



X Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal

- ▶ Delitos de Peligro
- ▶ Límites temporales al Poder Punitivo
- ▶ Relaciones del Derecho Penal Sustantivo
y del Derecho Procesal Penal en la enseñanza universitaria



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

asociación argentina de
adipuc
profesores de derecho penal
Res. 539/02 LCP.F. Santa Fe



Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA



X Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal

- ▶ Delitos de Peligro
- ▶ Límites temporales al Poder Punitivo
- ▶ Relaciones del Derecho Penal Sustantivo
y del Derecho Procesal Penal en la enseñanza universitaria

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL

Dr. Franco Picardi

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

Dra. María Paula Pontoriero

X Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal / Carlos Santiago Caramuti ... [et.al.]. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2013.

488 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-28886-8-8

1. Derecho Penal. I. Caramuti, Carlos Santiago

CDD 345

Fecha de catalogación: 20/08/2013

ISBN: 978-987-28886-8-8

X Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal

1ª edición - Agosto 2013

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

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

Directora: María Paula Pontoriero

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

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

PRESENTACIÓN

CARLOS SANTIAGO CARAMUTI



Me place presentar con unas breves líneas esta publicación de las disertaciones impartidas y ponencias presentadas con motivo del X Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal. Lo hago en mi carácter de Presidente de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, al momento de darse a luz la publicación.

El encuentro académico se realizó entre los días 23 y 25 de junio en la Universidad Nacional del Litoral, ciudad de Santa Fe, coincidentemente el mismo lugar donde tuviera su sede el primero, ocasión en la cual se constituyera nuestra asociación, y a partir del cual se fueron realizando anualmente los siguientes en distintas Universidades del país.

Como es habitual en nuestros encuentros, el X se estructuró sobre tres temas: uno vinculado estrictamente con la parte general de nuestra Disciplina (en el caso, “Los límites al poder punitivo”), otro relacionado de algún modo aunque no exclusivamente con la parte Especial (“Delitos de peligro”) y un tercero relacionado con la Enseñanza del Derecho Penal (en el caso, “Relaciones en la enseñanza del Derecho Penal y Derecho Procesal Penal”). También, como es tradición, sobre cada uno de esos temas hubo disertaciones en paneles específicos y ponencias, expuestas y debatidas en talleres de discusión.

Por primera vez en nuestras reuniones anuales, se instituyeron concursos de ponencias, las que fueron organizadas de modo regional, debiendo destacarse que las mismas se presentaron en número y calidad importante, prestigiando el resultado académico del evento. Al pie de cada ponencia premiada se destaca esa circunstancia, precisando el jurado interviniente.

Fruto de ese Encuentro es el contenido de la presente publicación que presentamos a nuestros asociados y lectores en general, manteniendo nuestra tradición de difundir los productos académicos de nuestras reuniones anuales.

Esta publicación, en particular, podemos darla a luz gracias al convenio de cooperación recíproca que celebramos con Infojus en nuestro XII Encuentro, celebrado en el año 2012 en la Universidad Nacional de Tucumán.

Comprometemos así nuestro esfuerzo y renovamos nuestro compromiso en la continuidad de nuestros Encuentros anuales y en la publicación de sus contenidos académicos, resultados de la producción intelectual de nuestros asociados, tanto de nuestros destacados profesores, como también y, especialmente, de nuestro promisorios jóvenes docentes.



RICARDO CARLOS MARÍA ÁLVAREZ⁽¹⁾



Nunca han sido buenos los tiempos del derecho penal. Que existiera un mejor derecho penal (acaso) lo sería en el tiempo narcisista de su propia dimensión epistémica, pero no porque lo fuera el existencial, aquel que acompaña y define la sociedad para la que discurriera.

De modo que, así planteada la cuestión, la remanida frase de los **malos tiempos** cuando tiene por objeto al derecho penal casi pierde sentido, pues la perspectiva de aquella dimensión —lineal o circular— resulta consustancial a la sociedad que lo genera. Pues obcecar en aquel mal augurio significaría una traspolación no esclarecida aún, pero intuitivamente anclada a otro modelo social para el cual fuera llamado el derecho.

Claro que hoy cuando se comprueba el fenómeno expansivo, la nostalgia de otro sistema de imputación parece evocar aquel momento decimonónico de criminalidad individual, de lesividad estrictamente cognitivista, pero —también— de reacciones severas y que hoy difícilmente sortearían un test de proporcionalidad humanista.

Ni buenos ni malos. Los tiempos y su cualidad no le pertenecen al derecho, sino a la sociedad que lo genera. El patrón de referencia, en todo caso, siempre lo aportará de modo exclusivo la Constitución Nacional.

Pues bien, entre los síntomas de ese fenómeno expansivo (¿o adaptativo?) se suelen señalar la anticipación de las fronteras de criminalización, la proliferación de tipos de peligro, una renovada ampliación de las posiciones de garantía como presupuesto de la evitación de ilícitos, el incremento de sus modalidades imprudentes y, al fin de cuentas, la reducción de espa-

.....

(1) Profesor titular Derecho Penal UNL.

cios de libertad como correlato de la dilatación de los correspondientes al riesgo no permitido.

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral recibió, durante el mes de junio del año 2010, a los profesores de Derecho Penal nucleados en su Asociación para debatir muchas de aquellas cuestiones.

El aporte de quienes condujeron las disertaciones constituye el objeto de este presente volumen. Una mera lectura de la agenda temática expuesta en aquella ocasión da cuenta de su viva actualidad. Hoy podría decirse, ya pasados tres años, que merecerían permanecer en el sitio de los problemas críticos de la ciencia del derecho penal, con vocación de cómoda estabilidad, pues todo parece indicar que, no solo existe “derecho penal para rato” parafraseando al maestro madrileño, sino también que su textura devendrá configurada bajo las directrices teóricas que hoy se ofrecen al lector. La ciencia del derecho penal, y el cometido de quienes la profesáramos, se muestra entonces signada por la necesidad de afrontar críticamente la tendencia político criminal del ubicuo intervencionismo punitivista en una dinámica social de creciente pujanza.

Las conferencias que aquí se publican constituyen, para entonces y todavía, un testimonio de lo indicado y que se mofa de los años transcurridos desde que fueran presentadas. Hay algo que, sin embargo y lamentablemente, el presente texto no ha sido capaz de registrar. Se trata de las vivas discusiones, del debate extendido y enriquecedor que aquellas fueran capaces de inspirar entre los colegas asistentes. Alguna vez deberíamos siquiera imaginar el modo de plasmar esos momentos en formatos semejantes al presente, para cerrar la dialéctica del evento de un modo acaso más eficiente en su afán de transmitir —y no solo ilustrar— cada encuentro del gremio.

Si, tras cuanto se ha dicho, se coincide con una imagen del porvenir que sitúa al objeto principal de nuestro quehacer como parte indispensable de la agenda socio política de modo persistente, pues entonces se debería contar por delante con muchos otros Encuentros de Profesores de Derecho Penal como aquel cuyo temario expositivo se presenta en este volumen, y que deberían vivenciarse (como hasta ahora y más que nunca) al calor del debate amplio y con lealtad incondicional al pensamiento crítico y su producto: la tolerancia. ¡Ojalá!



ÍNDICE



Conferencia de apertura

Reflexiones sobre la determinación normativa del concepto de peligro Por GONZALO FERNÁNDEZ.....	p. 3
--	------

Delitos de Peligro

Conferencias

Delitos de peligro Por NORA A. CHERÑAVSKY.....	p. 17
Consideraciones sobre los cuestionamientos a la legitimidad de los denominados delitos de peligro abstracto Por DANIEL DOMÍNGUEZ HENAÍN	p. 25
Peligro de lesión al bien jurídico o peligro de lesión a la norma Por DIEGO ERNESTO LAMMOGLIA.....	p. 37
Aproximación a los delitos acumulativos Por LEANDRO RÍOS.....	p. 45

Ponencias

Influencia del principio <i>in dubio pro reo</i> sobre la interpretación del delito de portación de armas de fuego Por JULIÁN HORACIO LANGEVIN	p. 67
Algunas consideraciones sobre la asociación ilícita Por DIEGO ERNESTO LAMMOGLIA.....	p. 87
Los criterios de legitimidad de la intervención penal con especial referencia a los delitos de peligro abstracto Por CRISTIAN RACHID.....	p. 101

La sociedad de riesgo y el Derecho Penal Por JORGE BARRERA	p. 121
Análisis del art. 17 de la ley 12.331: el peligro concreto del peligro abstracto Por SUSANA NOELIA CHAVES	p. 141
Delitos de Peligro: teorías fundantes, propuestas dogmáticas Por ROMÁN FACUNDO ESQUIVEL.....	p. 161
Delitos de Peligro: el regreso al Derecho Penal inquisitivo Por FRANCISCO FIGUEROA.....	p. 173
El peligro abstracto y los delitos contra la seguridad pública en el Código Penal argentino Por ENZO FINOCCHIARO	p. 195
Delito de omisión de auxilio. ¿Un delito de peligro desvinculado totalmente del resultado? Por GONZALO JAVIER MOLINA.....	p. 211
Delitos de peligro: límites a su legislación Por FRANCISCO EMMANUEL NESSIER.....	p. 227
La simple tenencia de arma de fuego su inconstitucionalidad múltiple Por JAVIER ALEJANDRO OSIO	p. 245
Los delitos de peligro y el principio de lesividad Por MARÍA ÁNGELES RAMOS y SEBASTIÁN SANÁIS.....	p. 263

Límites temporales al poder punitivo

Conferencias

Obligación internacional de investigar y esclarecer violaciones de derechos humanos. Una relectura del “Caso Bulacio vs. Argentina” y su repercusión en el ámbito de la prescripción penal Por MARÍA VIRGINIA DUFFY.....	p. 283
¿Límites temporales al poder penal del Estado? Por JORGE AMILCAR GARCÍA.....	p. 301

Ponencias

En la búsqueda de límites al límite temporal del Estado
 Por JORGE BACLINI p. 317

Plazos razonables y estrategias de gestión.
 Relación e incidencia en los debates jurídico penales actuales
 Por SILVIA BETINA GAMBA p.339

Encubre al prójimo, pero no a ti mismo
 Por SANTIAGO LÓPEZ WARRINER p. 361

Pena máxima divisible y prisión perpetua en relación
 a la libertad condicional. Reforma introducida por la ley 25.892
 Por JESSICA BRIZZIp. 379

La prescripción: el límite temporal al poder punitivo
 utilizado como excusa para vedar el acceso a la jurisdicción.
 Orden de tratamiento de las causales de sobreseimiento
 Por CARLOS SANTIAGO CARAMUTI p. 391

Los límites temporales de la prohibición de reingreso
 Por MATÍAS EIDEMp. 407

El máximo de la pena de reclusión o prisión perpetua
 frente al principio de legalidad
 Por NATALIA RUFINOp. 423

Relaciones del Derecho Penal Sustantivo
 y del Derecho Procesal Penal en la enseñanza universitaria

Conferencias

Derecho penal entre el aula y el estrado
 Por RICARDO CARLOS MARÍA ÁLVAREZp. 437

Ponencias

Enseñar en el siglo XXI
 Por GRACIELA ELIZABETH GÓMEZ..... p. 445

La oralidad como recurso esencial de la enseñanza conjunta
 del Derecho Penal Sustantivo y del Derecho Procesal Penal
 Por MARCELO ESTEBAN MÓNACO p. 463



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



Conferencia de apertura



Reflexiones sobre la determinación normativa del concepto de peligro

GONZALO FERNÁNDEZ⁽¹⁾



1. Introducción

Buenas noches para todos. El agradecido soy yo. Mi primer agradecimiento es para la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal y para esta querida Universidad (Nacional del Litoral) tan hermanada con nuestra Universidad de la República, y a la que vengo desde hace tantos años, donde están mis hermanos, y la posibilidad de encontrarme con los distintos compañeros con los que hemos recorrido largos años las mismas rutas académicas y científicas. De manera que es un honor, es un auténtico placer estar acá y poder aportar un grano de arena a la reflexión.

Cuando Ricardo me pidió que viniera y me dijo “tenés que hablar de los delitos de peligro” yo decidí que el tema a tocar era desgranar alguna reflexión a propósito del concepto o determinación normativa del concepto de peligro, que es probablemente el nudo gordiano de lo que viene después. Porque es harto frecuente que en nuestras discusiones transitemos en torno a si los delitos de peligro abstracto o los delitos de peligro concreto están bien o están mal, si hay un peligro presunto. Pero a veces no nos detenemos a meditar el concepto, o la determinación del concepto de peligro en sí mismo. Y de suyo que es

(1) Universidad de la República de Uruguay.

algo muy importante. Allá por el año 1967, Lackner, un autor que escribió una monografía sobre los delitos de peligro, anunciaba, vaticinaba certeramente que los delitos de peligro eran una especie de mancha de aceite que iba extendiéndose en el seno de la legislación contemporánea. Y, efectivamente, las figuras de peligro han ido permeando todo el derecho penal accesorio bajo la justificación de que, por un lado, la complejidad socioeconómica, y por otro el desarrollo tecnológico y la inseguridad, que ambos factores concurrentes generan, hacen necesaria la intervención penal anticipando la tutela penal en todo este nuevo Derecho Penal finisecular en el tránsito, en la salud pública, en la seguridad alimentaria, en el medio ambiente, en la seguridad laboral, en lo penal económico.

Por todos lados aparecen delitos de peligro. En realidad, a veces suelo decir —en broma— que si el Derecho Penal engorda y engrosa hoy es a través de los delitos de peligro, de los delitos de omisión y de los delitos culposos. Porque los delitos intencionales comisivos están todos inventados, no hay nada por inventar. Y ahora viene, al lado de nuestro viejo Derecho Penal nuclear, todo este Derecho Penal accesorio donde el peligro juega un rol de mucha jerarquía. Desde luego que el fundamento de los delitos de peligro es el adelantamiento de las barreras de la punibilidad para reprimir y castigar un acto previo al momento de efectiva lesión del bien jurídico protegido, lo que equivale a decir que los delitos de peligro se constituyen para prevenir riesgos de lesión de bienes jurídicos en el marco de una sociedad como la nuestra que no en balde ha sido calificada por Ulrich Beck como la sociedad del riesgo.

Es uno de los mecanismos de expansión del Derecho Penal que se junta a veces con la tutela de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales para los cuales se dice o se argumenta que la consagración de figuras de peligro es básica por la alta relevancia o el alto valor que el bien jurídico protegido tiene. Y, desde luego, a veces nos preguntamos dónde queda nuestro viejo discurso del Derecho Penal de mínima intervención, del Derecho Penal de *extrema ratio*, de ese Derecho Penal nuclear mínimo que defendimos y reivindicamos año tras año como bandera emblemática ante un Derecho Penal del peligro que se va expandiendo —me gusta esa imagen de Lackner de la mancha de aceite— y va conformando al lado del cuerpo tradicional de nuestra disciplina todo un Derecho Penal “paranuclear” o accesorio.

Es por esto que precisamente se me ocurría conversar con ustedes sobre un tema que me parece prioritario antes de discutir desde el punto de vista político-criminal si los delitos de peligro sí o si los delitos de peligro no, si los delitos de peligro tanto o si los delitos de peligro menos, si son un mero adelantamiento de la punibilidad o son otra cosa, si tienen un contenido propio de injusto o no lo tienen: creo que el *prius* lógico es la determinación del concepto de peligro, es decir, cómo definimos en penal el peligro.

Ya Süber en 1795 distinguía entre delitos de peligro y delitos de daño. Y esto se consagra definitivamente, o el que le da el gran espaldarazo, es Binding, con su famosa obra *Las normas y su violación*, que en 1872 clasifica los delitos en delitos de peligro, delitos de lesión y delitos de mera desobediencia. Vale decir entonces que los delitos de peligro tienen larga historia detrás. Estamos hablando del siglo XVIII. Sin embargo, hasta los años '60, o comienzos de la década del '70 del siglo pasado, tuvieron escasa presencia. Y tuvieron escasa presencia en el derecho comparado porque el dogma del resultado como fundamento ineludible de la antijuridicidad los hacía ver como cosa rara, como bichos sospechosos. El peligro, sin embargo —no necesito decirles—, está en la figura y el esquema de la tentativa. La tentativa es también un adelantamiento de la punibilidad solo que vinculado a delitos dolosos, a delitos intencionales. Y los delitos de peligro ensanchan nuestro Derecho Penal cuando se conectan a la imprudencia, o sea, cuando se constituyen como mecanismos de la culpa.

Casi toda la dogmática sostiene, o coincide en sostener, que la característica esencial de los delitos de peligro es el adelantamiento, la anticipación de la punibilidad. Y la médula, el contenido de los delitos de peligro, son conductas que tienen la posibilidad de poner en peligro bienes jurídicos. Es decir, conductas que *prima facie* no tienen un contenido propio de injusto. Y ahí ya hay un tema cuestionable. Creo que mi misión esta noche es nada más que tirar tópicos para que se discutan sobre si los delitos de peligro tienen sustantividad o autonomía propia, o si, por el contrario, dependen —como esquemas accesorios— del bien jurídico al cual anticipadamente se pretende proteger.

Dicho de otro modo, ¿el peligro es algo evitable en sí mismo o es algo que solo debe evitarse en función y en relación de prevenir un bien jurídico protegido?

Hay autores como Kindhäuser que sostienen que los delitos de peligro tienen un bien jurídico propio, la seguridad y estabilidad del bien jurídico; y hay autores que incluso miran de reojo, críticamente y de mal tono a los delitos de peligro, como Herzog de Frankfurt, y que sostienen sin embargo que lo que fundamenta el delito de peligro es la inseguridad social, con lo cual una línea de pensamiento establece que la seguridad se está convirtiendo en el gran bien jurídico envolvente y omnipresente en todas las figuras delictivas.

La seguridad tiene o merece esa jerarquía. Schönemann ha dicho, con cierta ironía, que los delitos de peligro, que eran los hijastros del Derecho Penal, en las últimas dos décadas se han convertido en sus hijos predilectos. Es decir: ascendieron en el orden jerárquico familiar, en el orden de llamamientos, como se decía en el Derecho Sucesorio, y hoy proliferan. Y es difícil poder concebir con claridad una determinación conceptual del peligro en sí, entre otras cosas por su fugacidad. Porque el peligro es nada más que un momento en la secuela o en el curso de una acción, de una conducta. Y esa esencial fugacidad de algo que se disuelve en nada o en lesión es una característica que dificulta su determinación.

Las primeras teorías que procuraron desde nuestra dogmática penal definir al peligro fueron las teorías subjetivas, que sostenían que el peligro es un juicio. El peligro es nada más que un pronóstico subjetivo que hace un observador. Y algún autor como Finger decía que el peligro es el hijo de nuestra ignorancia, es decir, el peligro es la consecuencia de nuestra limitada capacidad de conocimiento que nos lleva a no poder percibir nunca todos los elementos fácticos y las leyes causales de un determinado estado presente.

Este juicio es normalmente un juicio que se hace por analogía. Es merced a nuestra experiencia y nuestro saber causal que ante casos similares aplicamos razonamientos analógicos para llegar a la valoración de que existe un estado de peligro. Y se sostuvo que es además un juicio medio. Y un juicio que implica colocarse en lugar del autor y hacer una prognosis *ex ante* para determinar o diagnosticar —si ustedes quieren aceptarme un término médico— un momento o un estado de peligro, con la relatividad que esto conlleva.

Edgard Horn, por su parte, decía el peligro no es nada más que producto del error humano, con lo cual estamos cerca de definir al peligro como hijo de nuestra ignorancia, es decir, de nuestro desconocimiento de una serie de factores que pueden derivar en la realización de un resultado.

Frente a las teorías subjetivas, que yo les anticipo que voy a compartir, aparecen las teorías objetivas que son la doctrina dominante y que entienden que el peligro es una situación objetiva que consiste en la posibilidad de un resultado lesivo. Aquí el peligro no se presenta como un juicio, sino como una situación, como algo objetivamente tangible. Detrás de esto está von Kries y sobre todo Woldemar von Roland, que fueron los primeros autores que sentaron las bases de un concepto objetivista del peligro que pasó a ser luego doctrina dominante. Merkel, Binding, Edmund Mezger, von Hippel, todos se enderezaron por la teoría objetivista. ¿Qué es para ellos el peligro? Un grado elevado de probable lesión al bien jurídico.

Para la teoría subjetiva el juicio de peligro tiene un carácter constitutivo. Para los objetivistas, en cambio, tiene un carácter declarativo porque declara algo preexistente, algo que para ellos es tangible y que se configura en mérito a las bases fácticas y a las circunstancias objetivas del mundo exterior, con la variante de matiz de que, en aquellos casos de delitos de peligro abstracto o de peligro presunto, el juicio *ex ante* lo hace el legislador, y tipifica una conducta —incrimina una conducta— porque entiende que de ella son derivables elementos que objetivizan una situación de peligro.

Al lado de la teoría subjetiva y la teoría objetiva, sin embargo, no podía faltar una teoría normativa. Y los autores partidarios de la teoría normativa van a decir el concepto de peligro tiene que determinarse normativamente. No basta con remitirlo a un concepto subjetivo. No basta con adscribirlo a una situación objetiva. Es un juicio normativo. Es una valoración normativa. Es normativamente determinable.

El primer autor que plantea la normativización del peligro es Horn, que dice que normativamente el peligro debe determinarse como una posible causa de lesión. Es un estado de cosas que de acuerdo a la ley de la experiencia —que es una ley causal abstracta—, es regularmente la causa de una lesión, sin que la no producción de esa lesión, si el tema queda en peligro y no avanza, pueda explicarse mediante una concreta ley de imposibilidad.

Centrándose en el peligro concreto, en esta teoría que Horn llama la teoría científico natural del resultado de peligro, el autor nos va a decir que hay peligro concreto cuando según las leyes causales conocidas, las circunstancias habrían tenido que dar lugar a la lesión del objeto de la acción, pero esta ha dejado de producirse —dice— solo por una razón inexplicable conforme a las ciencias naturales, vale decir que cuando la conducta queda en peligro esto obedece a un enigmático azar y es como un milagro.

El segundo autor que intenta determinar normativamente el peligro es Bernd Schünemann, catedrático de München. Va a decir que el peligro surge cuando la salvación del bien jurídico dependa de fenómenos atípicos que no puedan ser finalmente controlados por el actuar humano, cuando las causas salvadoras sean el desarrollo anormal del curso causal y sean medios salvadores no dominables.

A su vez, Kramer sostiene que el peligro se determina normativamente como aquella situación en que ya no se puede evitar con seguridad el daño por su falta de dominabilidad.

Y por último Kindhäuser, el catedrático de Bonn, que va a determinar el peligro cuando exista incapacidad de prevención o de evitación, cuando el bien jurídico está en una situación tal que ya no se puede excluir con certeza la entrada o actuación de circunstancias relevantes para lesionarlo: es decir, cuando el bien jurídico ha caído en un estado de aguda desprotección o cuando deja de estar en condiciones de ser defendido o protegido certeramente.

Si ustedes comparan todo este cúmulo de doctrinas normativas cualquiera sea su vertiente —y yo las he resumido y comprimido al máximo— van encontrar fácilmente como común denominador dos cosas.

En primer lugar, el reconocimiento de la aleatoriedad y de los factores aleatorios que existen en el mundo exterior en la determinación de situaciones de peligro o de daño. En segundo lugar, la común referencia al bien jurídico.

Quienes apuestan a una determinación normativa del concepto de peligro se recuestan y respaldan en el bien jurídico protegido, y entonces definen al peligro como la probabilidad, como una calificación de la conducta que implica la no evitabilidad de una determinada cosa. Hay por supuesto un límite lógico que va a estar dado por las leyes causales naturales y por su resumen estadístico; pero esa no es una explicación suficiente, sino apenas un indicio para diagramar un concepto de peligro donde entra a tallar el riesgo permitido para dirimir cuáles son los riesgos que no pueden ser un peligro punible, por estar tolerados o permitidos en función de la utilidad social de la conducta, y cuáles son los no permitidos que merecen una represión penal.

Yo quisiera resumirles las dudas que tengo y que seguramente pueden suscitar algún debate y comienzo a partir de entender al Derecho como el principal elemento de comunicación en la sociedad. El Derecho es el

gran texto de la sociedad. El gran texto que se lee y que se actúa. Y el Derecho se construye a partir del lenguaje. El lenguaje hace sociedad. Y el lenguaje significa un sentido, un significado semántico. Es un símbolo del cual abstraemos significado.

¿Por qué parto de aquí? Porque, en primer lugar, si nosotros comparamos los delitos de peligro y los delitos de lesión, podremos encontrar que se agrede de modo distinto al objeto material del tipo, al objeto del bien jurídico, pero el bien jurídico es afectado del mismo modo tanto en los delitos de lesión como en los delitos de peligro.

Cuando el Derecho me marca el peligro me está marcando un concepto entrañado en nuestra experiencia cultural, que evoca en el intérprete u observador un significado. Cuando alguien determina el peligro lo que hace es un juicio sobre una relación de riesgo. El peligro es un juicio hipotético, es un juicio probabilístico que se formula —desde luego— en base a nuestra limitada —pero existente al fin— capacidad de conocimiento del mundo causal exterior. Pero no deja de ser un juicio sobre una relación o proyección de riesgo. Es decir, el peligro pasa a ser la interpretación que se formula respecto de un suceso en curso. El incendio es peligroso si sopla el viento para el lado de las casas, como decía el paisano. No es peligroso el incendio si el viento sopla hacia el lado del río o del mar, donde no hay nada ni nadie que pueda verse afectado. Al peligro lo interpretamos, lo construimos en base a juicios racionales. Y si acá en el auditorio hay algún partidario de la teoría de la argumentación jurídica seguramente me va a replicar “no, no lo interpretamos, lo argumentamos”, yo tímidamente le diré “tiene razón”.

Desde esta perspectiva que asume que el peligro no es una situación o estado de cosas objetivamente aprehensible por los sentidos sino un juicio racional, entonces tenemos que asignarle función constitutiva y no declarativa, porque antes del juicio, no hay nada. El peligro, el riesgo, como le gusta decir al compañero, es una posibilidad o probabilidad fundamentada en razones estadísticas, pero es en definitiva una valoración. La propia existencia de figuras de delitos de peligro presunto corrobora cuanto vengo de decir.

El legislador, en el delito de peligro abstracto, se avoca y se arroga el derecho de formular *ex ante* con carácter abstracto, general y absoluto, un juicio de peligro para determinada conducta o determinado comportamiento que tipifica como tal. La valoración de la idoneidad y de la entidad

del peligro sigue siendo un juicio valorativo que no es aprehensible por los sentidos; juicios que formulamos oscilando entre el esquema causal naturalista de una parte, y el mundo de la aleatoriedad y lo desconocido, de otra parte. De modo que yo creo que puede hacerse o que debería hacerse en dogmática una escisión y decir: por un lado, hay un juicio cognoscitivo que determina una situación de riesgo o de peligro, y por otro lado hay una proposición lingüística o un enunciado del juicio cognoscitivo que es el riesgo que se afirma o que se predica. Partamos de la base que los bienes jurídicos son valores sociales que no se afectan mediante actos mecánicos de destrucción o de simple puesta en peligro, de modo que ya la afectación del bien jurídico es un juicio valorativo. Creo que los grandes criterios normativos para formular este juicio son la dominabilidad y la evitabilidad. Es decir, hasta dónde podemos valorar que un suceso que está en curso es dominable o controlable y hasta dónde podemos valorar que se ha escapado o que se ha salido de la posibilidad de control y ha quedado librado al azar o a la mera casualidad. En el fondo —y se los digo nada más que para dejar picando la pelota porque acá quiero terminar y que lo piensen— yo creo que lo que planea detrás de estos criterios normativos —como decía otro querido amigo que se nos fue, Juan Bustos— es la exigibilidad. Todo el Derecho es exigibilidad. De modo que al formular el juicio de peligro tampoco podremos abstraernos o separarnos de la gran pregunta que siempre nos interpela a los juristas penales: “¿hasta dónde puedo exigir?” “¿Dónde debo dejar de exigir?” Una motivación conforme a la norma, una actuación respetuosa del deber de precaución, del deber objetivo de cuidado que configura la culpa penal.

Nuestra gran bandera ha seguido siendo, pese al engrosamiento del Derecho Penal comparado, la defensa a ultranza del principio de lesividad. Y si estuviera acá Enrique, ya estaría sacando la insignificancia y la adecuación social y eventualmente el riesgo permitido, todos aquellos elementos de restricción.

La determinación del concepto de peligro implicará, por tanto, al amparo de ese frontispicio de la lesividad, por un lado la realización de una conducta típica que nos demanda un juicio de correspondencia comparativa entre la conducta humana histórica y el modelo abstracto de conducta legal, y por otro lado, como segundo escalón o nivel de imputación, la valoración de que se ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado y de que ese riesgo no es controlable o dominable.

No ignoremos, por otra parte, las dificultades que esta valoración encierra, porque es una valoración *a posteriori*, *ex-post factum*, que nos obliga sin embargo a meternos en el lugar del sujeto *ex ante* y, en función de ello —para algunos en base a criterios medios (el “juicio medio” de los alemanes), para otros en base al conocimiento específico del autor, computando sus conocimientos especiales—, realizar esa prognosis de futuro. Creo por ende que el debate político criminal sobre los delitos de peligro, como en tantas otras cosas, ha determinado que la vida cotidiana le gane al gabinete. Y entonces hemos salido a discutir muy agudamente y muy certeramente si peligro abstracto sí o sí peligro abstracto no, si esto es o no es una posición garantista. Pero desde el punto de vista de la dogmática del peligro y de la determinación del concepto del peligro, estamos ante un tema importantísimo, estamos ante un bruto problema. Yo creo que puede resolverse no apelando a las impresiones subjetivas ni a criterios objetivistas que siguen estando impregnados por ese fantástico bacilo causal naturalista que impregnó al Derecho Penal a lo largo de cuatro décadas. Creo que solo puede determinarse con arreglo a criterios normativos y entendiéndolo como un juicio y no como una realidad ontológica. Muchas gracias por su atención.



Delitos de Peligro



Conferencias



Delitos de peligro

NORA A. CHERÑAVSKY



1. Introducción

“Sorprender a las cosas en el umbral, antes de que hayan asomado su rostro” resultará una clara metáfora para referirnos al cariz instrumental que han adquirido el derecho penal material y el derecho procesal penal en su etapa expansiva.

Dicho en palabras de Hassemer, la función del Derecho Penal como **compensación normativa entre crimen y culpabilidad**,⁽¹⁾ ha cedido paso a la vigencia del **paradigma preventivo en el que el derecho penal es más bien un agente o representante de la seguridad ciudadana**.

No hace falta remitirse —ni tampoco es el objeto de análisis de este aporte— a la oscura normativa antiterrorista del presidente Bush de principios del siglo XXI, ni a las disposiciones draconianas de la Comunidad Europea en relación al lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, para verificar que el derecho penal liberal se ha instrumentalizado y que los bienes jurídicos tradicionales pasan a complementarse con nuevas amenazas perdiendo así sus definidos contornos limitadores de la punibilidad.

Es que a fin de satisfacer las aspiraciones preventivas, el legislador recurre con más frecuencia a soluciones técnicas en donde la estructura de los tipos penales sirven para facilitar la prueba de los hechos más que para delimitar aquello que es materia de la prohibición, relegándose a los tipos de lesión o de peligro inminente o concreto para dar paso a aquellos configurados con un menor grado de concreción del riesgo, como son los de peligro remoto o abstracto.

(1) HASSEMER, WINFRIED, "Seguridad por intermedio del Derecho penal", en Maier Julio y Córdoba Gabriela, *¿Tiene un futuro el Derecho Penal?*, Bs. As., Ad-Hoc, 2009, p. 14.

No nos detendremos en la estructura de los delitos de peligro concreto ya que ellos parecen tener poca capacidad de rendimiento desde este punto de vista, y porque quien acepte el disvalor de acción propio de la tentativa acabada de **lesión con dolo eventual, aceptará que allí está** contenido en sí todo el **disvalor** del correspondiente delito de **puesta en peligro**.⁽²⁾

El delito de peligro abstracto, en cambio, es un delito de **pura actividad** desvalorada en razón de que de ella, **generalmente** o incluso **estadísticamente**, se puede derivar un peligro o riesgo real para el bien jurídico aunque ese riesgo sea más remoto que en los auténticos delitos de peligro concreto.

Tradicionalmente, el delito de peligro —y en este sentido no lo habremos de impugnar— se utiliza como herramienta técnica para la protección de aquellos bienes jurídicos que son considerados centrales y tienen prevista una protección incluso para instancias anteriores a la afectación, es decir a la de su puesta en peligro, como la vida, la libertad, la integridad física o la propiedad.

Un peligro abstracto consiste —según Sancinetti— en aquel conjunto de circunstancias que —según un criterio normativo— se convierten justamente en un “riesgo”.⁽³⁾

Es cierto que hay riesgos permitidos que son tolerados ya que el grado de complejidad social alcanzado no permite concebir un mundo sin riesgos; pero, cuando sobrepasan el límite de lo permitido, dichos riesgos ingresan al campo de lo reprobado penalmente ya sea por su peligrosidad concreta o abstracta.⁽⁴⁾

2. Incriminaciones tradicionales y nuevas incriminaciones

Siguiendo a Maier, podemos afirmar que el legislador recurre cada vez más a dicha forma de tipificación y a la idea de una justicia penal que no se ejerce para castigar comportamientos pasados, cuando estamos convencidos de que ello es justo y necesario, si no que, antes bien, ella se lleva a cabo, y de modo cada vez más generalizado, **para prevención de riesgos futuros**,

(2) SANCINETTI, MARCELO A., *Teoría del Delito y Disvalor de Acción*, Bs. As., Hammurabi, 1991, p. 216.

(3) SANCINETTI, MARCELO A., *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 1997, p. 145.

(4) JAKOBS, GUNTHER, *La imputación objetiva en derecho penal*, trad. por Manuel Cancio Melia, Bs. As., Ad-Hoc, 2009, p. 43 y ss.

en todo caso posteriores al castigo.⁽⁵⁾ Así sucede para la protección de bienes jurídicos difusos, mediante la tipificación de delitos ambientales, contra la salud pública, el orden público económico y otras funciones de la administración, el orden y la tranquilidad pública,⁽⁶⁾ entre otros.

El motivo que subyace para recurrir a esta técnica cuando se trata de bienes jurídicos difusos es sin duda el de facilitar la prueba de delitos —menores e irrelevantes en algunos casos— o bien para justificar la aplicación de la prisión preventiva, o bien para prevenir daños futuros e inciertos contra bienes jurídicos o funciones que el legislador considera trascendentes para el funcionamiento del Estado.

Dentro de esta categoría se incluyen aquellos en que la configuración del peligro para el bien jurídico es de carácter más general o remoto, para los que se requiere una especial necesidad de legitimación. Baste señalar como ejemplo algunas violaciones a la confidencialidad y a la privacidad de los datos, tales como la del secreto profesional del art. 156 CP —“revelar un secreto **cuya divulgación pueda causar daño**”— o el 157 bis, introducido por ley 25.326 y modificado recientemente por ley 26.388, de delitos informáticos —acceder a un banco de datos personales, como así también **revelar, proporcionar o hacer insertar** datos en un archivo de datos personales—.

En un caso es el **mero acceso** a datos o su **divulgación peligrosa** la conducta tipificada, sin necesidad de demostrar en el caso la **concreción** de tal riesgo en un resultado dañoso.

El otro —el caso de las nuevas tecnologías de la información y la criminalidad asociada a los medios informáticos e internet—, cuyos progresos sociales y de las comunicaciones son innegables, entraña también riesgos inherentes a estos avances.

Así, el art. 183 del CP en su nueva redacción conforme ley 26.388 ha introducido también como delito de peligro abstracto la puesta en el comercio o distribución de programas “destinados a causar daños”, puesto que

(5) MAIER, JULIO B. J., "Estado democrático de derecho, Derecho penal y procedimiento penal", en Maier Julio y Córdoba Gabriela, *¿Tiene un futuro el Derecho Penal?*, op. cit., p. 103.

(6) El art. 210 CP que prevé el tipo de la asociación ilícita cuya principal crítica es el adelantamiento de la punición al hecho mismo de constituir la asociación con el ánimo de llevar adelante delitos futuros, sin perjuicio de la concreción efectiva de alguno de esos ilícitos indeterminados.

estos programas (virus o virus *maker*), distribuidos en los sistemas informáticos, poseen gran capacidad —hoy ampliamente comprobada— para provocar daños.⁽⁷⁾

Algunos tipos penales de tenencia⁽⁸⁾ han merecido planteo de inconstitucionalidad. En este sentido, nos preguntamos si dicho reparo lo merecería la posesión de información personal relativa a otras personas o de medios de identificación personal de terceros. ¿Dicha tenencia o posesión es ya un delito? ¿Constituye ya en sí el disvalor del llamado “robo de identidad” o es necesaria a la vez la “utilización” de dichos datos?

Una respuesta, como en todo delito de tenencia, sería el “animo de utilización” para cometer fraudes u otras actividades ilícitas. Sin embargo, esta respuesta no convence. En primer lugar por la difícil prueba del elemento subjetivo, y porque la mera tenencia constituye todavía una esfera de protección muy lejana respecto del apoderamiento de datos (robo de datos) o fraudes.⁽⁹⁾

La ley 26.388 no ha receptado la incriminación del peligro abstracto que configura la mera tenencia o posesión de códigos, contraseñas u otros **datos que permitan acceder** a un sistema informático en relación con la posible lesión a la integralidad y confidencialidad de los mismos.⁽¹⁰⁾

La mera tenencia es un delito que se incrimina por la sospecha que levanta. Se trataría de un delito de peligro abstracto o también llamado “delito de peligro eventual indirecto”.⁽¹¹⁾ Se trataría de la manifestación de un derecho penal preventivo dirigido a castigar actos en sí equívocos que podrían desembocar en otros delictivos —fraude, difusión de software malicioso, correo basura, y otros—, pero por el momento privado de relevancia penal alguna.

(7) PALAZZI PABLO, *Los Delitos Informáticos en el Código Penal. Análisis de la ley 26.388*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012, p. 193.

(8) CNCP, “Arriola Sebastián y otros s/Recurso de hecho”, causa N° 9080”, sala I, A 891XLIV.

(9) Sin embargo, existe un proyecto de reforma al art. 139 CP del año 2010 para penalizar la “apropiación de identidad de otra persona física o jurídica” por Internet (Proyecto Monastersky).

(10) En cambio, la Convención de Budapest de Cibercrimen (Consejo de Europa) prevé en su art. 6 la figura del “Abuso de dispositivos”, que pueden ser incluso programas informáticos diseñados o adaptados principalmente para cometer cualquiera de los delitos tipificados en los arts. anteriores de la Convención, como el fraude o el daño informático. Prevé también la punibilidad de la tenencia de contraseñas.

(11) AAVV, *Robo de identidad y protección de datos*, Madrid, Dykinson, 2010, p. 236.

En cambio, la obtención de datos personales o sensibles a través de programas espías es hoy un delito en sí mismo ya que configuren un daño a un dato o a un programa en los términos del artículo 183 CP, o una lesión a la privacidad (acceso indebido o *hacking*, interceptación de datos informáticos, violación de secretos o espionaje informático regulados todos ellos en el art. 153 del CP según ley 26.388).

Forma parte del derecho penal expansivo anticipar la penalidad a actos preparatorios: el acceso no autorizado o el espionaje informático podrían ser meramente preparatorios respecto de un eventual hurto de identidad o de un fraude informático.

Una posible regulación para la obtención ilícita de datos (*hackeo*) sería la aplicación de sanciones civiles o administrativas como infracción a la privacidad, y reservar la intervención del derecho penal para el caso de su utilización fraudulenta.

En el primer caso, el acceso no autorizado es solo un acto preparatorio del fraude, aunque respecto de la afectación de la privacidad, está completo y por tanto merece una sanción autónoma administrativa o penal.

La mera posesión de datos identificatorios ajenos siempre será un acto preparatorio para una eventual utilización fraudulenta, por lo que sólo cabría una sanción civil o administrativa tal como está prevista en las legislaciones para el tratamiento no autorizado de datos, a fin de no engrosar la respuesta punitiva de meros peligros abstractos.

3. Delitos tradicionales de peligro abstracto asentados en estándares jurídicos

Existen, sin embargo, tipos penales de pura actividad y de peligro abstracto cuya justificación reside en haber sido legislados desde antigua data, asentados en estándares y contruidos merced a una "experiencia generalizada de su aptitud para la producción de futuros daños", y sin que contra ellos se formulen graves objeciones, tal como sucede con la figura del estupro del art. 120 CP.

En este caso se **legitima** el peligro abstracto que para el bien jurídico integridad sexual de una persona menor de dieciséis años de edad puede acarrear el acceso carnal o el abuso gravemente ultrajante que se realiza explotando su inmadurez —presupuesta por ley—, ya sea por la

diferencia de edad con el atacante o por la especial sumisión —que el legislador da por probado *ex ante*—, que podría producirse en un vínculo en que media una relación de poder. Al respecto señala Sancinetti que dicho peligro, de configurarse, sucederá incluso en forma muy posterior al castigo del autor.

Otro tipo penal tradicional estructurado como de peligro abstracto es el del art. 83 del CP, que regula la instigación al suicidio o la participación en el mismo. En Alemania, al analizar la figura equivalente del homicidio a petición, se sostiene que la razón de ser de la prohibición de la conducta de participar en el suicidio ajeno es justamente **el peligro remoto o abstracto** de que la petición de muerte de la persona cansada de vivir no haya sido lo suficientemente madurada o meditada.⁽¹²⁾ Piénsese que el mismo razonamiento se puede hacer con el tipo penal vernáculo. Si bien el tipo penal de la instigación al suicidio es de dudosa constitucionalidad, no lo es por ser de peligro abstracto, si no porque si se admite la impunidad de quien afirma su autonomía quitándose su propia vida, no habría fundamento razonable para penalizar la participación en un hecho que es conforme a derecho, por ser precisamente el ejercicio de la autonomía.

4. El peligro abstracto o remoto y el principio de lesividad

En punto a la legitimidad de los delitos de peligro abstracto respecto del art. 19 de la CN y la vigencia del *nullum crimen sine injuria* diremos siguiendo a Sancinetti que:

“La lesividad que **interesa es la lesión del pacto social**, esto es, el quebrantamiento de la norma, contra el que hay que reaccionar para asegurar las expectativas de conducta. En la pena lo que está en juego no es la recomposición de un bien, sino la estabilización general de normas de conducta confiables. En suma, **hay un principio de lesividad**, sólo que se lo formula erróneamente: El daño es el **daño social**, la lesión a la norma como pauta para la relación social, que se produce por igual con consumación o sin ella”.

(12) JAKOBS, GÜNTER, *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 70.

Desde cualquier interpretación del principio de lesividad, siempre quedará descartada la punición de los meros pensamientos, lo que queda en la esfera de reserva del ciudadano (art. 19 CN).

No deben pensarse voluntades ni la peligrosidad de autor: ¡hechos!, dice la Constitución.⁽¹³⁾

Si no se lesiona una relación social externa, entonces no hay hecho punible. Lo que se infringen son las normas dispuestas para la protección de esos bienes.

Si lo que se protegiera fueran bienes jurídicos, la pena tendría una función reparadora más parecida a la reparación de daños del derecho civil y ya sabemos, conforme lo expresado por Welzel, que la aplicación de la pena no repara el objeto de bien jurídico ya irremediablemente dañado.

5. Conclusión

Siguiendo a Shmidhausser diremos que si nada ni nadie puede ser puesto en peligro, el **merecimiento de pena de la conducta correspondiente debería reducirse a una mera infracción al orden, de ahí que sugerimos que muchas de las conductas de riesgo que tienen que ver con las nuevas tecnologías, y concretamente con el delito informático, deben ser sancionadas en el ámbito del derecho administrativo.**

El delito de peligro abstracto con relevancia penal quedará para aquellos que siendo de **mera actividad, la misma** haya sido desvalorada históricamente en razón de que de ella, **generalmente o incluso estadísticamente**, se derivan peligros o riesgos reales para el bien jurídico, aunque esos riesgos todavía no alcancen el grado de inmediatez del delito de peligro concreto o de lesión.

De allí se deriva su potencialidad dañosa y su posibilidad de producir afectación social, por lo que —en principio— ellos no afectarían el principio de lesividad del art. 19 de la CN.



(13) PESSOA, NELSON, *El Delito Imposible*, Bs. As., Hammurabi 1989, p. 63.

Bibliografía

- AAVV, *Robo de identidad y protección de datos*, Madrid, Dykinson, 2010.
- HASSEMER, WINFRIED, "SEGURIDAD por intermedio del Derecho penal", en Maier Julio y Córdoba Gabriela, *¿Tiene un futuro el Derecho Penal?*, Bs. As., Ad-Hoc, 2009.
- JAKOBS, GÜNTER, *Suicidio, eutanasia y derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- JAKOBS, GUNTHER, *La imputación objetiva en derecho penal*, trad. Manuel Cancio Melia, Bs. As., Ad-Hoc, 2009.
- MAIER, JULIO B. J., "Estado democrático de derecho, Derecho penal y procedimiento penal", en MAIER JULIO y CÓRDOBA GABRIELA, *¿Tiene un futuro el Derecho Penal?*, Bs. As., Ad-Hoc, 2009.
- PALAZZI PABLO, *Los Delitos Informáticos en el Código Penal. Análisis de la ley 26.388*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012.
- PESSOA, NELSON, *El Delito Imposible*, Bs. As., Hammurabi 1989
- SANCINETTI, MARCELO A., *Teoría del Delito y Disvalor de Acción*, Bs. As., Hammurabi, 1991.
- SANCINETTI, MARCELO A., *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 1997.

Consideraciones sobre los cuestionamientos a la legitimidad de los denominados delitos de peligro abstracto

DANIEL DOMÍNGUEZ HENAÍN⁽¹⁾



1. Introducción

Es frecuente encontrar en los manuales de derecho penal una clasificación tripartita de los tipos penales en base al grado de afectación del bien jurídico. Según ese criterio, los tipos penales se dividen en delitos de lesión; delitos de puesta en peligro concreto; y delitos de peligro abstracto.⁽²⁾

(1) Instituto de Derecho Penal Universidad de la Cuenca del Plata.

(2) Refiere el autor que "El concepto de peligro se pone habitualmente en relación con la probabilidad de la lesión de un bien jurídico. En la terminología tradicional se distingue entre delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto, según cual sea la clase e intensidad del peligro". Y agrega "Esta división tosca se refina mediante una profusión de formas mixtas y modalidades de peligro; así, se dice que existen, entre otros, delitos de acumulación, delitos de idoneidad, delitos de peligrosidad, delitos de peligro potencial y delitos de peligro abstracto-concreto. El rendimiento de esas distinciones es ciertamentebajo, pues no pocas veces la clase del peligro depende de la clase del bien jurídico afectado, de manera que tras la división se esconden, más que modalidades generales de delito, las peculiaridades de los bienes jurídicos afectados. Por ejemplo, el honor se menoscaba de una forma distinta a aquélla en que se menoscaba el patrimonio o la integridad física". KINDHÄUSER, Urs, "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal", traducción de Nuria Pastor Muñoz. en *In Dret*, n°1, Barcelona, febrero de 2009..

De manera general, también se suele distinguir en los delitos de peligro las siguientes situaciones: a) cuando el tipo penal exige que la acción genere un efectivo peligro para uno o más objetos de bien jurídico determinados se dice que estamos frente a un delito de peligro concreto; y b) en cambio, si la tipificación de la acción se basa en la consideración por parte del legislador de que la acción prohibida, en las concretas circunstancias que el tipo describe, habitualmente, según la experiencia general, implica un peligro para bienes jurídicos de terceros, sin requerir para la configuración del delito que algún bien en particular haya corrido un efectivo peligro, se dice que corresponde a la categoría de los delitos de peligro abstracto.

Estos últimos, precisamente, son cuestionados por un importante sector de la doctrina penal objetando su legitimidad y validez constitucional. Entre otras razones, se alega la falta de afectación a un bien jurídico —lo que pone en crisis su legitimidad constitucional en base al principio de lesividad u ofensividad (art. 19 CN)—; que los delitos de peligro abstracto son delitos formales, de mera desobediencia y que carecen de antijuridicidad material; que para disimular esta situación se alegan nuevos intereses objetos de tutela penal produciéndose una intolerable inflación mediante la creación artificial de nuevos bienes jurídicos; que las sanciones establecidas para estos delitos afectan el principio de proporcionalidad; y se objeta además que los delitos de peligro abstracto lesionan el principio de culpabilidad.⁽³⁾⁽⁴⁾

También como cuestionamiento político criminal, se señala a esta clase de delitos de ser los responsables de la expansión desmesurada del derecho penal de nuestros días, provocando una **administrativización** del derecho penal, lo cual colisiona con un derecho penal de *ultima ratio*. Se ha llegado incluso a advertir, en palabras de Herzog, sobre una “puesta en peligro del derecho penal mediante el derecho penal de la puesta en peligro”.⁽⁵⁾

(3) Bacigalupo sostiene que las críticas fundadas en el principio de culpabilidad no han encontrado hasta ahora una solución adecuadamente formulada. BACIGALUPO, ENRIQUE, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, Madrid, Akal/Lure, 1994, p. 154, y *Derecho Penal-Parte General*, Bs. As., Hammurabi, 2007, p. 237.

(4) Esta última objeción proviene de Arthur Kaufmann, quien a partir de la comprobación de la irrelevancia del peligro para decidir sobre la tipicidad del comportamiento, comprueba el impedimento que ello significa para contabilizar en beneficio del autor la suposición —correcta o incorrecta— de que su acción no representa peligro alguno para el bien, lo que afecta el principio de culpabilidad. Citado por BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit, p. 234.

(5) Citado en ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General*, trad. por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, tomo I, p. 60.

El objetivo de esta presentación es analizar si las objeciones y críticas que se formulan a los llamados delitos de peligro abstracto son o no merecidas. Para ello es necesario realizar algunas precisiones sobre el alcance de la expresión **peligro abstracto**, dada la diversidad de significado que la ha asignado la doctrina nacional y extranjera.

En primer lugar, hay que distinguir los supuestos en los que con la prohibición de la acción se pretende proteger bienes jurídicos individuales esenciales —vida, integridad física—, de otros tipos penales en los que se toman en consideración bienes colectivos o supraindividuales.⁽⁶⁾

Respecto a los delitos de peligro abstracto en los que el objeto de protección es un bien individual (o individualizable), para su compatibilización con el principio de lesividad corresponde exigir que la acción prohibida implique un efectivo peligro —real y no meramente presunto— para el o los bienes jurídicos individuales tutelados.⁽⁷⁾ En consecuencia, una interpretación del tipo penal en el sentido de que la determinación del peligro la hace el legislador —siendo ello el motivo de su incriminación—, en base a una presunción *juris et de jure*, no puede ser aceptada. Este criterio que considera a los delitos de peligro abstracto como delitos de pura actividad y en los que no se admite cuestionar la existencia del peligro dado que ello ya lo ha determinado de manera general e incontrastable el legislador, merece rechazo.⁽⁸⁾ Es verdad que estos delitos no presuponen para la tipicidad de la acción la constatación, *ex-post*, de que algún bien jurídico ha corrido un peligro efectivo, lo que los convertiría en delitos de peligro concreto.⁽⁹⁾ Pero sí es válido exigir que la acción represente, desde una perspectiva de análisis *ex-ante*, un peligro real —y no meramente presunto— de lesión para el bien jurídico.

(6) Sigo en esto a RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.

(7) Particularmente crítico con la concepción que denomina “el paradigma de la agresión”, Urs Kindhäuser, quien adopta un concepto normativo de peligro, dice: “El concepto de peligro es normativo en dos sentidos. Por una parte, se refiere a la posibilidad de un acontecimiento lesivo cuya producción no es deseada por quien habla (...). Por otra parte, el concepto de peligro implica la incapacidad física, psíquica o cognitiva de poder evitar intencionadamente la producción de un daño cuando se ejecuta un comportamiento (...). Por tanto, al concepto de peligro pertenece esencialmente el elemento de la inseguridad. Con otras palabras, peligro es inseguridad consciente”. KINDHÄUSER, URS, “Estructura y legitimación...”, *op. cit.*

(8) Dice al respecto Zaffaroni: “En derecho penal no se admiten presunciones *jures 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. ZAFFARONI, EUGENIO R., ALAGIA, ALEJANDRO, SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2000, p. 469.

(9) Así parece entenderlo ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 408.

En otras palabras, cabe condicionar su legitimidad a la constatación de una auténtica peligrosidad de la acción, lo que debe determinarse desde una perspectiva de análisis *ex-ante* y sin necesidad de requerir la comprobación *ex-post* de un resultado de peligro.⁽¹⁰⁾ Exigir una aptitud *ex-ante* de la acción para producir la lesión del bien jurídico permite excluir de la tipicidad penal a las infracciones puramente formales, al dotar de antijuricidad material al comportamiento que se considera prohibido, evitando con ello incumplir con el principio de ofensividad de rango constitucional (art. 19 CN).

Ahora bien, el carácter peligroso de la acción viene dado frecuentemente por el contexto definido en el tipo penal. Como lo advierte Rodríguez Montañés —coincidiendo con Berz—,

“la acción típica no es valorativamente neutra, sino expresión de una norma de cuidado especialmente tipificada, que delimita el riesgo permitido del no permitido y, por lo tanto, su realización supone, en principio, por sí misma, la infracción del deber objetivo de cuidado y la creación de un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido”.⁽¹¹⁾

Es decir que, en estos casos, la realización de la acción típica llevará implícito el peligro objetivo *ex-ante*. Ello sólo cambiará si el sujeto, antes de emprender la acción, adopta medidas de aseguramiento que excluyan el referido peligro.⁽¹²⁾

Como se podrá apreciar, esta modalidad de delito de peligro abstracto presenta la estructura de un delito imprudente al que se la ha recortado el resultado típico, adelantándose la punición a momentos anteriores para captar ya, como prohibido, al mero acto infractor del cuidado debido. Serían tipos de imprudencia sin resultado.⁽¹³⁾

(10) Críticos con la distinción entre delitos de peligro abstracto y concreto en base a la distinción de si la comprobación del peligro se realiza desde una perspectiva *ex-ante* o *ex-post*, Zaffaroni, Alagia y Slokar, para quienes la determinación del peligro siempre debe realizarse desde una perspectiva *ex-ante*. ZAFFARONI, EUGENIO R., ALAGIA, ALEJANDRO, SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 469

(11) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 366.

(12) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *ibid.*

(13) Se discute si lo requerido es la infracción objetiva del cuidado debido o si es suficiente con que subjetivamente considere el autor que no ha adoptado todas las medidas de precaución que él entiende necesarias, aunque las objetivamente adoptadas fueran ya suficientes para eliminar el peligro. Esta última es la concepción de Schünemann, a

En otras ocasiones el legislador recurre a una fórmula diferente. Ya no determina él de manera exclusiva las condiciones de peligrosidad de la acción sino que remite al análisis por parte del juez de la aptitud lesiva de la misma. Son los denominados, según la terminología de Hoyer, delitos de aptitud o de idoneidad.⁽¹⁴⁾ En éstos, es el juez quien tiene que realizar un juicio acerca de la aptitud de la acción para poner en peligro el bien, pero a partir de criterios de idoneidad general lesiva brindados por el legislador en la ley.⁽¹⁵⁾ Aquí tampoco es necesario para la tipicidad de la acción que se produzca un resultado de peligro para el bien individual.

En cualquiera de los casos, sea que el legislador determine la acción generadora del riesgo prohibido, o deje la verificación de la aptitud lesiva en manos del juez en base a los elementos generales y objetivos que fija, siempre será necesario para su validez constitucional que la prueba de la ausencia del peligro *ex-ante* no se ponga a cargo del acusado. Considero inaceptable la propuesta de quienes entienden que la demostración de la inexistencia del peligro objetivo corresponde al autor de la acción que se presume riesgosa (presunción *juris tantum*). Esto contradice el principio de inocencia (y el *in dubio pro reo*).⁽¹⁶⁾ Será el fiscal o el acusador particular quienes deberán demostrar la peligrosidad objetiva *ex-ante* de la acción y el juez —para dar por configurado el delito— deberá fundamentar su comprobación al ser ésta una condición de la tipicidad del acto. Sólo que, en los delitos de aptitud, tendrá a su cargo acreditar —conforme a las pautas fijadas en el tipo penal— que la acción es desde una perspectiva *ex-ante* objetivamente apta para lesionar al bien objeto de tutela penal; mientras que, en los otros casos, será el legislador quien determine de manera general las condiciones bajo las cuales se dará por configurado el riesgo, correspondiendo al juez, para considerar típica a la acción, descartar la adopción de todo recaudo tendente a evitar el peligro por parte del autor. En palabras de Silva Sánchez:

la que adhiere Roxin. La estructura del delito de peligro abstracto respondería entonces al de una tentativa imprudente (en su caso inidónea). ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 408. En mi opinión, la infracción al deber de cuidado debe haberse objetivamente materializado.

(14) Citado por HIRSCH, HANS J., "Sistemática y límites de los delitos de peligro", en *Revista de Derecho Penal. Delitos de Peligro II*, n°1, 2008, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, pp. 15/16.

(15) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, op. cit., pp. 37/38.

(16) ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 408.

“la cuestión es si se ‘abstraen’ las circunstancias del caso hasta estimar suficiente la peligrosidad general (estadística) de la clase de acción o se exige un juicio de peligro *ex-ante* pero efectivo en el caso concreto (en las circunstancias concretas de la situación del hecho); pues ambas son posible concepciones de un peligro abstracto no presunto que tan solo se diferencian en el grado de abstracción de los elementos que se toman en consideración a la hora de formular el juicio de peligro *ex-ante*”.⁽¹⁷⁾

En síntesis, interpretados de esta forma los delitos de peligro abstracto en los que se afectan bienes individuales, la objeción que los considera delitos formales desaparece al estar fundamentada la antijuridicidad material —conductas peligrosas/riesgo prohibido— para bienes jurídicos esenciales como la vida o la integridad física, entre otros. Si tal peligrosidad de la acción para el bien estaba —al momento de llevarse a cabo la misma— absolutamente excluida, según la doctrina ampliamente dominante decae su punición. La discusión se centra en determinar si sólo se excluye la pena (Graul) o ya la tipicidad de la acción (Berz).⁽¹⁸⁾ Esta última es, en mi opinión, la respuesta correcta.

En todo caso, el tema a debatir es la legitimidad de esta ampliación de la punición a momentos anteriores para captar acciones peligrosas para los bienes jurídicos como la vida o la integridad física sin requerir la producción de un resultado *ex-post* de peligro efectivo o de lesión de tales bienes. Pero entiendo esto más como una discusión en torno a los límites de un derecho penal de mínima intervención, y su compatibilización con una política criminal de *última ratio*, que como un posible cuestionamiento genérico a la legitimidad de esta clase de delitos.

En cambio, en los delitos de peligro abstracto en los que los bienes que se pretenden tutelar ya no son individuales sino supra individuales o colectivos

(17) Del comentario a la expresión legal “que puedan perjudicar gravemente”, primer supuesto básico de delito contra el medio ambiente del código penal español (art. 325, inc. 1). SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-M., *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999, p. 75.

(18) JESCHECK, HANS-H., Y WEIGEND, THOMAS, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Comares, 2002, p. 283. Los autores coinciden con Graul en sostener una simple exclusión de la pena dando como fundamento que “el injusto del hecho no decae completamente, sino que tan solo ha bajado por debajo del límite de merecimiento de pena”, (nota a pie, p. 63).

(salud pública, administración pública, seguridad común, medio ambiente, orden económico, entre otros), la situación es particularmente distinta.

En ellos ya no se estaría protegiendo de manera **mediata** bienes jurídicos individuales esenciales como vida o la integridad física, sino que se tipifican acciones en atención a su capacidad lesiva para un "bien con función representativa"⁽¹⁹⁾ o para "bien jurídico intermedio espiritualizado",⁽²⁰⁾ que son algunas de las expresiones acuñadas por cierto sector de la doctrina para referir a estos nuevos objetos de tutela penal. Es decir que, a diferencia de otros delitos de peligro abstracto en que los bienes objeto de mediata protección son de carácter individual y esencial, en estos ya no se da tal situación sino que se trata de conductas que afectan a **bienes diferentes**.⁽²¹⁾ A estos bienes jurídicos supraindividuales se les reconoce, por parte de cierto sector doctrinal, una autonomía respecto de los bienes jurídicos individuales.⁽²²⁾⁽²³⁾

Esta inflación de bienes jurídicos es una de las notas distintivas del derecho penal actual caracterizado por un sobredimensionamiento⁽²⁴⁾ en el que los objetos de tutela ya no son sólo los tradicionales bienes jurídicos de los que se ocupaba el derecho penal liberal, sino que se han elevado a esa categoría a los que, en palabras de Silva Sánchez "constituyen el contexto o las condiciones previas del disfrute de los bienes jurídicos individuales más clásicos".⁽²⁵⁾ Y esto, como con acierto describe el profesor

(19) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *Delitos de peligro...*, op. cit., p. 355.

(20) ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 410/411.

(21) Por su parte, Zaffaroni, Alagia y Slokar son críticos respecto a la creación artificial por clonación de bienes jurídicos intermedios cuya afectación es lesiva sólo por poner en peligro otros bienes jurídicos, como la falsedad documental. Allí advierten sobre la afectación al art. 19 CN, y al quedar imprecisa la determinación de la existencia del peligro, se lesiona también el principio de máxima taxatividad. ZAFFARONI, EUGENIO R., ALAGIA, ALEJANDRO, SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 469

(22) CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, "Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el código penal español: delitos de peligro", en S. Mir Puig y D. M. Luzón Peña (Coord), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, JM Bosch, Barcelona, 1996, pp. 248/249.

(23) En sentido contrario, negando a bienes tales como orden público, bien común, paz pública el ser independientes por no existir por sí mismos sino que son el resultado de la efectiva vigencia de todos los bienes jurídicos particulares. ZAFFARONI, EUGENIO R., ALAGIA, ALEJANDRO, SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal...*, op. cit., p. 470.

(24) Que Silva Sánchez denomina "la expansión del derecho penal", SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999.

(25) SILVA SÁNCHEZ, *ibid.*, p. 98.

de Barcelona, lleva al derecho penal “a entrar en relación con dimensiones estructurales, globales o sistémicas”. Precisamente, por tal razón, estos objetos de protección difícilmente sean lesionables por la conducta individual de un sujeto. Más bien lo que ocurre es que la reiteración de acciones —de manera cumulativa, (acciones masivas)— es lo que termina por erosionar o afectar a tales bienes.

Un claro ejemplo de esto que estamos hablando es lo que ocurre con los llamados delitos contra el medio ambiente. Así, por ejemplo, arrojar sin tratamiento previo desechos industriales a un río caudaloso puede ser un comportamiento prohibido pero que en sí mismo no implique más que una ínfima afectación al ecosistema, pero que, sumado a las conductas similares de otros sujetos, puede llevar a la contaminación de un curso de agua esencial para una comunidad de personas.

Ahora bien, las consecuencias de este cambio operado en lo que respecta a lo que se considera objeto merecedor de protección penal genera dificultades al momento de pretender aplicar los principios y garantías del derecho penal liberal, que, entre otras exigencias para el delito requiere máxima taxatividad en la individualización legal del comportamiento prohibido, levedad del bien tutelado, y rigurosos criterios de imputación en virtud de los cuales no se puede responsabilizar al autor más que por lo que él haga sin poner a su cargo los efectos que podrían producirse por otras acciones similares que serían realizadas por otros sujetos con los cuales no existe acuerdo alguno ni se tiene certeza —por más que sean de muy probable producción— de que finalmente se concretarán. El principio de proporcionalidad exige una estricta relación entre la entidad del injusto cometido y la magnitud de la sanción prevista para su autor. Tal proporcionalidad no se respetaría si se sancionara al sujeto no sólo por lo que él hizo sino también por los efectos lesivos de otras conductas de previsible realización.

Vuelvo a la certera descripción del profesor Silva Sánchez del fenómeno operado en el derecho penal de la actualidad: “el derecho penal que reaccionaba a posteriori contra un hecho lesivo individualmente delimitado (en cuanto al sujeto activo y al pasivo) se ha convertido en un derecho de gestión (punitiva) de riesgos generales y, en esa medida, se ha “administrativizado”.⁽²⁶⁾

(26) SILVA SÁNCHEZ, *ibid.*, pp. 102/104. Lo que el autor quiere significar con la expresión “administrativización” del derecho penal queda claro al comparar la diferente finalidad del derecho penal y del derecho administrativo sancionador: “...El primero persigue proteger bienes con-

Esto ha llevado a plantearse el interrogante respecto a qué hacer ante esta nueva realidad.⁽²⁷⁾

1. Para algunos, esta forma de legislar debe ser rechazada, por ser incompatible con los principios y garantías del derecho penal liberal. Cuestionan su legitimidad y propugnan un regreso a los límites del derecho penal nuclear en el que los objetos de tutela penal serían esencialmente bienes individuales y de significativa valoración.⁽²⁸⁾
2. Otros, asumiendo la innegable realidad de que los cambios responden a exigencias sociales que requieren una defensa penal de estos nuevos intereses por considerarlos imprescindibles para el desenvolvimiento de la vida social, institucional o económica estudian la forma de dar satisfacción a esta demanda de

cretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual de un injusto propio. El segundo persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad (reforzar, mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial). Por eso no tiene por qué seguir criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino, más bien, de afectación general, estadística; asimismo, no tiene por qué ser tan estricto en la imputación, ni siquiera en la persecución (regida por criterios de oportunidad y no de legalidad)". Más adelante destaca que el derecho administrativo sancionador es "esencialmente el Derecho del daño cumulativo, que exime de una valoración del hecho específico, requiriendo sólo una valoración acerca de cuál sería la trascendencia global de un género de conductas, si es que éste se estima lícito. (...) la pregunta clave es: ¿qué pasaría si todos los intervinientes en este sector de actividad realizaran la conducta X cuando existe, además, una seria probabilidad de que muchos de ellos lo hagan, de ser estimada lícita?".

(27) Es muy representativo al respecto la discusión planteada en Alemania entre quienes se oponen a la intervención del Derecho Penal en el ámbito de la protección del medio ambiente y quienes la legitiman y justifican. Adoptando esta última concepción, Schöneman dice: "...a esta crítica radical al Derecho Penal del medio ambiente la considero equivocada y, en verdad, de corte muy tradicional. Antes bien, habría que oponerse enérgicamente a toda sustitución del Derecho Penal del medio ambiente por el Derecho Administrativo, ya que en el ámbito ecológico, en el que el Derecho Penal representa el máximo ético, no se puede prescindir de la fuerza formadora de costumbres, conforme a la antigua denominación, o de su efecto preventivo general de integración, utilizando la terminología actual. Como una forma encauzada y concebida a largo plazo de la legítima defensa de la sociedad contra amenazas elementales, el Derecho Penal tiene su lugar más indicado en la defensa de la sociedad futura", en SCHÜNEMANN, BERND, "Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente", trad. de Mariana Sacher, *Obras. Colección Autores de Derecho Penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009, tomo II, p. 334.

(28) Schöneman se muestra crítico con esta concepción, y luego de destacar que en el ámbito de los delitos contra el medio ambiente los bienes jurídicos penalmente tutelados sólo pueden ser los **bienes ecológicos mismos**, calificando de desacertado a los ordenamientos jurídicos que sólo lo abarcan de manera indirecta por la lesión o puesta en peligro de individuos, agregando con énfasis: "Por lo tanto, no vacilo en caracterizar como retrógrados a todos los ordenamientos jurídicos que trabajan una tipificación basada en los delitos contra la integridad física o la vida (...) Por ello, el intento realizado por los autores de Fráncfort, que consiste en reducir los bienes ambientales protegidos mediante el Derecho Penal del medio ambiente a bienes jurídicos individuales, es tan equivocado como el intento al revés de una reducción del interés de control de la Administración, que acaba en una confusión de (otro) medio de protección con el objeto de protección". SCHÜNEMANN, *ibid.*

manera no traumática. Algunos lo hacen pensando que la prohibición y castigo de estas modernas formas de daño deben darse en un ámbito distinto al derecho penal nuclear (ejemplo de ello es la propuesta de Hassemer de un "derecho de la intervención" que contemple formas de imputación colectiva, que pueda ser esencialmente preventivas y con penas de menor gravedad, excluyendo particularmente la privación de libertad como sanción).⁽²⁹⁾ Y hay quienes, entre los que cabe destacar a Silva Sánchez —para quien el problema no está tanto en la expansión del derecho penal en general sino más bien en la del derecho penal de la pena privativa de libertad—, admiten su legitimidad bajo ciertas condiciones. Sostiene Silva Sánchez que una disminución en las garantías y una flexibilización en los criterios de imputación podrían estar legitimados si tuvieran como contrapartida sanciones menos severas que las privativas de libertad e incluso se contemplara la reparación penal: "El conflicto entre un Derecho penal amplio y flexible (...) y un derecho penal mínimo y rígido —seguramente imposible— debe hallar así una solución en el punto medio de la configuración dualista".⁽³⁰⁾

También Schünemann, luego de reconocer que el principal problema de regulación que presentan los delitos contra el medio ambiente se concentra en describir con exactitud el límite entre el aprovechamiento permitido y el daño no permitido, y admitir que las leyes de protección del medio ambiente sólo pueden ofrecer fórmulas generales al respecto,⁽³¹⁾ se pronuncia admitiendo que:

"...ante tal concepción del tipo penal, habrá que aceptar ciertas inseguridades jurídicas durante un período de transición, ya que el parámetro de la adecuación social también requeriría una concreción por parte de la jurisprudencia criminal para fijar el principio de *ultima ratio*. Pero esta reducida indeterminación podría ser aceptada sin problemas si se introdujera un procedimiento especial para los casos de escasa cuantía, que en la actualidad predominan de manera irritante en la criminalidad registrada contra el medio ambiente. Este procedimiento debería operar con sanciones

(29) SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-M., *La expansión del Derecho penal...*, op. cit., p. 119/120.

(30) En palabras de Silva Sánchez, sería posible pensar en un "derecho penal de dos velocidades" según se trate del núcleo duro de los delitos que tengan asignadas como sanción penas privativas de la libertad, para el cual se mantendría el modelo clásico de imputación y las garantías, y otro ámbito en el que sería admisible una "flexibilización controlada de las reglas de imputación (así, responsabilidad penal de las personas jurídicas, ampliación de los criterios de la autoría o de la comisión por omisión, de los requisitos de vencibilidad del error, entre otros) como también de los principios político-criminales (por ejemplo, el principio de legalidad, el mandato de determinación, o el principio de culpabilidad)". Tales principios, agrega Silva Sánchez, al ser susceptibles de una acogida gradual "...no tendrían por qué ser integrados en idéntica medida en los dos niveles de Derecho penal, con o sin penas privativas de libertad". SILVA SÁNCHEZ, *ibid.*

(31) SCHÜNEMANN, BERND, "Sobre la dogmática...", op. cit., p. 332.

como la multa y la asistencia a clases de concienciación ecológica. Cierta inseguridad en la delimitación entre la conducta punible y la conducta impune sería aceptable sin inconvenientes dentro del marco de este procedimiento para casos de escasa cuantía".⁽³²⁾

En mi opinión, éste puede ser el sendero a transitar aunque, cabe reconocer, se trata de un ámbito en el que se requiere aun mucha discusión.

Un rechazo de carácter general a los delitos de peligro abstracto en el ámbito penal no parece ser viable. Prácticamente todas las legislaciones contemplan estos delitos en su catálogo delictivo. Más aun, un modelo de legislación particularmente garantista como el Anteproyecto de ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación, que expresamente se pronuncia por la exclusión del ámbito penal de los delitos de peligro abstracto cuando señala:

"...hemos optado por desplazar hacia el área del derecho administrativo todos los comportamientos considerados como delitos de peligro abstracto que, en verdad, son actos de desobediencia, meras contravenciones. El campo auténticamente penal solo debe abarcar los llamados delitos de peligro concreto y los de daño, bifurcados en sus dos categorías conocidas: reversible e irreversible..."

concibe, sin embargo, varios tipos penales que pertenecen a la categoría de los delitos de peligro abstracto.⁽³³⁾

Por ello, más que renunciar de manera general a la aceptación de esta clase de delitos, la tarea a realizar es la de sentar las bases sobre las cuales sería admisible su legitimidad en un Estado de Derecho, siendo ésta una tarea que debemos encarar quienes estamos vinculados al estudio y *praxis* del derecho penal, razón por la cual este encuentro de profesores de derecho penal es un ámbito propicio para discutir sobre tan trascendente tema, por lo que considero un acierto de los organizadores el haberlo incorporado al temario de este encuentro.



(32) SCHÜNEMANN, BERND, "Sobre la dogmática...", *op. cit.*, p. 333.

(33) Así, en el capítulo XII (Delitos cambiarios) del Título VII (Delitos contra la propiedad y el orden económico) del libro Segundo, encontramos el art. 194, cuyos inc. "a" y "b" contemplan delitos de peligro abstracto. También en el capítulo IV (Delitos contra la salud pública) del Título IX (Delitos contra la seguridad pública), los arts. 239, 240 y 241; entre otros.

Bibliografía

- BACIGALUPO, ENRIQUE, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, Madrid, Akal/Lure, 1994.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal-Parte General*, Bs. As., Hammurabi, 2007,
- CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, "Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el código penal español: delitos de peligro", en S. Mir Puig y D. M. Luzón Peña (Coord), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, JM Bosch, Barcelona, 1996.
- ESCHECK, HANS-H., y WEIGEND, THOMAS, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Comares, 2002,
- HIRSCH, HANS J., "Sistemática y límites de los delitos de peligro", en *Revista de Derecho Penal. Delitos de Peligro II*, nº1, 2003, Bs. As., Rubinzal-Culzoni,
- KINDHÄUSER, URS, "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal", traducción de Nuria Pastor Muñoz. en *In Dret*, nº1, Barcelona, febrero de 2009.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General*, trad. por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997.
- SCHÜNEMANN, BERND, "Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente", trad. de Mariana Sacher, *Obras. Colección Autores de Derecho Penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-M., *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999
- ZAFFARONI, EUGENIO R., ALAGIA, ALEJANDRO, SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2000.

Peligro de lesión al bien jurídico o peligro de lesión a la norma

DIEGO ERNESTO LAMMOGLIA⁽¹⁾



1. Introducción

La temática que nos convoca, **delitos de peligro**, presenta varias aristas de estudio ya sea desde su diferenciación entre aquellos que requieren una relación directa de afectación o efectiva puesta en peligro del bien jurídico, así como la justificación de su existencia y validez constitucional entre otras.

En este marco he orientado estas palabras a un acotado análisis de la problemática de los delitos de peligro abstracto, tanto desde la perspectiva del bien jurídico como de su relación con el principio de lesividad, indagando sobre su compatibilidad con los preceptos constitucionales.

A modo introductorio voy a exponer brevemente sobre la relación que se plantea entre el modelo teórico la sociedad del riesgo y la supuesta necesidad de las figuras de peligro abstracto.

El modelo desarrollado principalmente por el sociólogo alemán Ulrich Beck⁽²⁾ se define, tal como lo explica Mendoza Buergo,⁽³⁾ básicamente por las siguientes características:

(1) Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNT.

(2) BECK ULRICH, *La sociedad del riesgo*, Barcelona, Paidós, 1986.

(3) MENDOZA BUERGO, BLANCA, *El derecho penal en la sociedad de riesgo*, Madrid, Civitas, 2001, p. 25.

I. El cambio potencial en los peligros actuales

Este aspecto marca una diferencia entre los peligros de antaño y los contemporáneos —tomando como baremo temporal la aparición de la sociedad postindustrial—, y los define como **artificiales**, en el sentido que son producidos por la actividad del hombre, decididos por este, de una gran magnitud, y pueden afectar a un número indeterminado de personas, principalmente los riesgos tecnológicos y ecológicos.

2. La complejidad organizativa de las relaciones de responsabilidad

La intervención de las empresas como productoras de riesgos dificulta la determinación de responsabilidad individual de las conductas, debido a sus esquemas de división de trabajo y sobre todo cuando el aporte del individuo es reducido.

En este sentido, Mendoza Buergo⁽⁴⁾ afirma que ha llegado a hablarse de una “irresponsabilidad organizada”.

La recepción de este modelo teórico, sobre todo en países europeos, ha requerido respuestas jurídicas a dichas situaciones, utilizando como herramienta al derecho penal.

Este escenario genera algunas controversias ya que se instrumentaliza al derecho penal al requerirle una función preventiva, con el fin de atacar esos riesgos en pos de una sociedad supuestamente más segura, cuestión que se desvanece ante la poca o nula eficacia de esta rama del derecho para cumplir con ese objetivo.

Pero: ¿cómo trabaja el derecho penal preventivo?

Básicamente adelantando la respuesta punitiva a etapas previas a la ejecución misma del delito que afectaría el bien jurídico. Ejemplo claro de ello son los delitos de tenencia.

He aquí donde, desde esta perspectiva, los delitos de peligro abstracto adquieren protagonismo, ampliando el espectro punitivo y pretendiendo que mediante la amenaza de pena en actos considerados preparatorios, los riesgos serán neutralizados.

En esta línea de razonamiento, claro está, nos alejamos de la necesidad de lesividad para excitar la respuesta punitiva, bastando para ello una mera desobediencia a la norma.

(4) MENDOZA BUERGO, BLANCA, *op. cit.*, p. 29.

De esta forma, cuando tenemos en frente una figura de peligro abstracto, nos encontramos ante la falsa disyuntiva de si lo que se tutela es un bien jurídico o la norma en sí misma. O, desde otra perspectiva, si se castiga por atacar un bien jurídico o es el mero castigo por desobedecer el mandato normativo. Y digo falsa porque no hay dudas de que lo que se castiga es la mera desobediencia.

2. Delitos de peligro abstracto y concreto

Recordemos brevemente la clásica diferenciación entre delito de peligro concreto y abstracto.

El primero está dado cuando el bien jurídico ha sido realmente puesto en peligro. El peligro es un elemento del tipo y si no se concretara el mismo, la acción devendría atípica. Este supuesto se verifica en un análisis *ex-post* realizado por el juez, quien determinará si hubo peligro para el bien jurídico o no.

En el tipo de peligro abstracto, la acción se considera peligrosa *per se*, por mandato legislativo, aun cuando en la realidad dicho peligro no exista. No integra el núcleo típico, y no requiere análisis *ex-ante* ni *ex-post*, ni siquiera para determinar si la acción es idónea para crear peligro. Es una presunción *iure et de iure* de peligro.

Esta posición de dudosa constitucionalidad prescinde del dato de la afectación material de bienes jurídicos individuales, corriendo el riesgo de transformarse en una herramienta del capricho legislativo para la extensión del poder punitivo estatal.

Pero esta dicotomía no se agota en el dato lesividad, sino que paralelamente tiene su anclaje en la concepción previa subyacente respecto del concepto de bien jurídico, cuestión a la que me abocaré a continuación.

3. Cuerpo y espíritu

El abordaje de este tema necesariamente requiere una referencia al debate que se suscita desde hace tiempo entre aquellas posiciones que consideran al bien jurídico como algo trascendente y previo al ordenamiento jurídico, desde una perspectiva limitadora del *ius puniendi* estatal, con un claro contenido material y "con una función crítica y reductora de la

expansión del poder punitivo”,⁽⁵⁾ y aquellas otras que destacan su carácter inmanente a la norma jurídica, extrayendo su propia condición intrínseca desde la norma misma.

Entre los exponentes de la primera postura, por supuesto con sus respectivos matices, hay que hacer referencia necesaria a Von Litz, Birnbaum, Luigi Ferrajoli, Zaffaroni y Fernández, entre otros.

De la misma manera podemos encolumnar en el inmanentismo a destacados juristas como Binding, Amelung, Hirsch y Jakobs.

Debo señalar que excede a esta exposición el análisis o la presentación de cada una de estas posiciones, por lo que solamente voy a hacer referencia tangencial a algunas de ellas durante el desarrollo de esta exposición.

Es decir que, el punto central de esta discusión, cuyo resultado tiene injerencia directa en la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, es si el bien jurídico es trascendente a la norma o es la norma misma.

En este sentido, desde una perspectiva inmanentista, la legitimidad de los tipos de peligro abstracto estaría en la desobediencia formal a la norma, sin necesidad de una valoración ni *ex-ante* ni *ex-post* de la puesta en peligro del bien jurídico, solo basta con comprobar que la acción realizada cumple con la descripción objetiva del tipo haciéndose objeto de reproche. Ello, por supuesto, sin tener en cuenta la naturaleza lesiva del resultado y al solo fin de restaurar la confianza en la norma.

Este dato no es menor ya que el principio de lesividad impone la carga de la demostración de la lesión o del peligro y alejarse de esta premisa implica necesariamente borrar todo límite axiológico externo.

En palabras de Ferrajoli, “la necesaria lesividad del resultado, cualquiera que sea la concepción que de ella tengamos, condiciona toda justificación utilitarista del derecho penal como instrumento de tutela y constituye su principal límite axiológico externo...”.⁽⁶⁾

Veamos que sucede desde la concepción trascendentalista del bien jurídico. Este enfoque considera al mismo como algo que trasciende a la norma, anterior a ella y presupuesto necesario del daño exigido por el principio lesividad.

(5) NIÑO, LUIS F., *El bien jurídico como referencia garantista*, Bs. As., Del Puerto, 2008, p. 2.

(6) FERRAJOLI LUIGI, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2006, p. 467.

En este sentido, los bienes preexistentes son reconocidos, positivizados y garantizada su disponibilidad, en un primer momento, por el bloque constitucional y, secundariamente, por las otras ramas de derecho no punitivo.

Luis Niño, en franca adhesión a la postura de Zaffaroni, conceptualiza al bien jurídico no como "un objeto material o ideal sino la posibilidad garantizada por el Estado de derecho democrático y liberal, de disponer de entidades valiosas por parte de las personas, aislada o colectivamente consideradas, pero de carne y hueso, y con una dignidad y unos derechos reconocidos por todas las modernas constituciones y por el ordenamiento internacional ius-humanista".⁽⁷⁾

Concluyendo este punto la posibilidad de legitimar o no la constitucionalidad de los delitos de peligro abstracto, está atada inevitablemente a una u otra de estas posiciones.

4. Algunas consideraciones de la relación de los delitos de peligro abstracto y la CN

Teniendo en cuenta lo anteriormente considerado, puede avizorarse un conflicto entre el principio de lesividad de acto consagrado en el art. 19 CN y los tipos penales de peligro abstracto.

Cuando el mismo prescribe la necesidad de perjuicio a terceros, claramente está limitando el ámbito de injerencia del *ius puniendi* estatal, lo cual parece incompatible con el adelantamiento punitivo que propone la técnica legislativa de los delitos de peligro abstracto.

Esto se evidencia claramente en los delitos de tenencia o en las figuras asociativas como la **confabulación** en materia de estupefacientes.

En este punto la CSJN en el fallo "Arriola", y en especial el voto del Dr. Lorenzetti, plantea la existencia de un conflicto "entre una norma federal que sanciona una conducta sin que se acredite peligro concreto o daño y por lo tanto en abierta contradicción con el art. 19 CN".⁽⁸⁾

Esta cita pone de relieve la interpretación que el Presidente de la Corte hizo respecto de la necesaria lesividad o por lo menos de la puesta de

(7) NIÑO, LUIS F., *El bien jurídico...*, op. cit.

(8) "Arriola, Sebastián y otros s/ causa", n° 9080.

peligro en concreto del bien jurídico, siendo incompatible con el texto del art. 19, cualquier tipo penal que no respete el marco de reserva de libertades individuales en el que no puede interferir el Estado.

En consonancia con lo señalado, es fulminante con el criterio de peligrosidad abstracta en tanto considera sin reservas al respecto, que la misma no supera el test de constitucionalidad, dejando lugar solo a aquellas conductas generadoras de un resultado lesivo o de un peligro concreto.

Zaffaroni, en su voto, concuerda así en que las acciones individuales, si no ocasionan un peligro concreto o lesión a terceros, quedan restringidas del alcance del Estado.

De la misma manera, Argibay sienta posición al afirmar que “el daño a terceros está implícito en la definición del delito”, ya que “lo contrario las pondría en una colisión literal y manifiesta con el art. 19 CN”.

Ambas interpretaciones dejan sin cabida ni anclaje constitucional a los tipos penales de peligro abstracto.

5. Mi posición

Finalmente, tal como se desprende de lo expuesto voy a sintetizar mi posición en esta cuestión:

1. En primer lugar, la técnica de utilización de tipos de peligro abstracto como herramienta de anticipación punitiva neutralizadora de riesgos no es la adecuada conforme a nuestro marco constitucional ya que, como mencionamos, avanza sobre las garantías y hace tabla rasa de los principios constitucionales, en particular del principio de lesividad.
2. En segundo lugar, los tipos en discusión carecen de legitimación al no encontrar otro criterio legitimador externo que no sea la voluntad del legislador, prescindiendo de esta manera de cualquier parámetro verificador de la existencia de una lesión o peligro concreto al bien jurídico reconocido.
3. En tercer lugar, sin perjuicio del control de constitucionalidad respectivo, la verificación *ex-post* por parte del juez sobre la existencia del daño o peligro concreto al bien jurídico es necesaria como criterio correctivo y paliativo de las deficiencias antes expuestas. Si se corroborara que es solo un supuesto de peligro de peligro, la acción devendrá atípica, pues no es legítimo penar la mera desobediencia a la norma estatal.

4. En cuarto lugar, solo una posición inmanentista respecto del bien jurídico podría intentar legitimar la validez constitucional de los delitos de peligro abstracto en relación al principio de lesividad. Esto es así pues, con esa concepción, la sola infracción de la norma lesiona el bien jurídico, lo que en mi opinión resulta inaceptable porque implica punir la mera desobediencia, sustituyéndose, como afirma Ferrajoli, el bien jurídico por “conceptos como violación del deber, desvalor de la actitud interna, o infidelidad al estado o a su jefe”.

Para terminar, voy a permitirme citar un párrafo del voto del Dr. Lorenzetti en el Fallo Arriola:

“Por consiguiente, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente, y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real que se deberá establecer en cada situación concreta siendo inadmisibles, en caso negativo, la tipicidad objetiva”.

Muchas gracias.



Bibliografía

- | | |
|---|---|
| ALVAREZ, ALEJANDRO E., “The Implementation of the ICC Statute in Argentina”, en <i>Journal of International Criminal Justice</i> , 2007 5 (2), p. 480/492, Oxford University Press. | MENDOZA BUERGO, BLANCA, <i>El derecho penal en la sociedad de riesgo</i> , Madrid, Civitas, 2001. |
| BECK ULRICH, <i>La sociedad del riesgo</i> , Barcelona, Paidós, 1986. | NIÑO, LUIS F., <i>El bien jurídico como referencia garantista</i> , Bs. As., Del Puerto, 2008. |
| | FERRAJOLI LUIGI, <i>Derecho y razón</i> , Madrid, Trotta, 2006 |

Aproximación a los delitos acumulativos

LEANDRO RÍOS



1. Concepto

Los comportamientos que se examinan bajo el acápite de delitos acumulativos tienen dos características:

1. Son aquellos que, realizados en una sola oportunidad, no afectan ningún bien jurídico individual o colectivo; es decir, son conductas que, consideradas unitaria e individualmente, carecen de todo poder ofensivo considerable, verificándose a lo sumo **microlesiones** en el objeto de protección u objeto del comportamiento.
2. Sin embargo, y desde la perspectiva global o general, es posible aseverar —en tono de *prognosis*— que la reiteración de aquellas conductas, ya sean realizadas por el mismo autor y/o por terceros sin necesidad de acuerdo previo,⁽¹⁾ sí afectaría de manera relevante en grado de lesión o de peligro el bien jurídico protegido, en virtud de su **riesgo de sumación** (criterio de peligrosidad adicional).

1.1. Discusión doctrinal

En la opinión de autores significativos, los delitos de acumulación o por acumulación son técnicas de tipificación destinadas a la protección de determinados bienes jurídicos colectivos,⁽²⁾ y/o supuestos especiales de

(1) Diferencia con la autoría accesoria. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Montevideo/Bs, As., B de F, 2006, p. 148.

(2) FEIJÓO SÁNCHEZ, 2006, p. 157 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, 2007, p. 818 y ss.; SOTO NAVARRO, 2003, p. 181 y ss.

tipos del peligro abstracto.⁽³⁾ De esa manera, su vinculación con los bienes jurídicos colectivos (como posible última forma de ataque relevante), y su identificación con el delito de peligro abstracto (como las últimas especies de peligro penalmente apreciable), ha conducido a una visión (juicio) negativa acerca de esta clase de ilícitos/culpables, señalándose en la acumulación un ejemplo paradigmático del fenómeno de la expansión del derecho penal en las sociedades post industriales⁽⁴⁾ (de modo más extremo: la expansión de la expansión).

Según Feijóo Sánchez:

“...los denominados delitos cumulativos o por acumulación o, con la terminología que prefiero, la tipificación de daños acumulativos es una técnica de protección de bienes jurídicos colectivos o supra individuales que debe pertenecer en exclusiva al Derecho administrativo, pero que resulta ilegítima en el Derecho penal en la medida en la que al penado se le imputan personalmente consecuencias de su acción que no son suyas (responsabilidad por hecho ajenos)”.⁽⁵⁾

Por su parte, en opinión de Mendoza Buergo el delitos por acumulación (*Kumulationstatbeständen*) se trata de un supuesto especial de tipos de peligro abstracto en los que la acción individual que se castiga no muestra siquiera la peligrosidad abstracta que se presume o se considera motivo de la punición de las conductas individuales en los supuestos tradicionales de delitos de peligro abstracto;⁽⁶⁾ así señala que:

“La particularidad estriba en que si habitualmente, según la interpretación mayoritaria, no se considera necesario en los delitos de peligro abstracto la constatación de la efectiva peligrosidad de la acción concreta para afectar el bien jurídico, en el caso de los delitos acumulativos ni siquiera tendría sentido tal comprobación, ya que la acción individual no es por sí sola capaz de llegar afectar al bien jurídico. Y ello es así, no porque el autor u otro haya tomado medidas de precaución para evitar

(3) MENDOZA BUERGO, 2001, p. 61.

(4) Críticamente: SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 143 y ss.; así también: ALCÁCER GUIRAO, 2002; SOTO NAVARRO, 2003, pp. 181, 183, 184 a 186; y ALASTUEY DOBÓN, 2004, p. 91.

(5) FEIJÓO SÁNCHEZ, 2006, p. 157.

(6) MENDOZA BUERGO, 2001, p. 61.

el peligro, sino por la nula carga lesiva de la acción aislada o, al menos, por la escasísima entidad de la peligrosidad que puede implicar, irrelevante en sí misma para el bien jurídico protegido. Se plantea así respecto de algunas conductas, una desproporción entre el ataque o el menoscabo que pueden representar aisladamente para el bien tutelado y la entidad de éste, de modo que resulta necesaria la repetición en serie de la conducta para llegar a afectar realmente al bien jurídico protegido”.⁽⁷⁾

Otro acercamiento plausible ha sido su análisis acompasado con el *iter criminis*, testeando si los delitos acumulativos constituyen formas de anticipación de la tutela penal o si, por el contrario, pueden ser ubicados legítimamente en una fase ejecutiva del hecho punible.⁽⁸⁾

Fuentes Osorio se esmera en entrecruzar los juicios de emplazamiento en el *iter criminis* y de peligro sobre la problemática de la anticipación de la tutela penal. Así destaca la importancia y necesidad del estudio de la antelación penal desde la perspectiva del *iter criminis*, porque —a su juicio— ello descubre problemas del sistema en el ámbito del principio de impunidad de los actos preparatorios y de las tentativas de participación, del principio de proporcionalidad, de ofensividad, y de culpabilidad. En particular, caracteriza al delito acumulativo “...por la concurrencia de una serie de acciones insignificantes efectuadas por diferentes sujetos sin existir un acuerdo entre ellos”.⁽⁹⁾

También se ha definido a la acumulación como un concepto dogmático cuya utilidad consistiría en la aportación de criterios interpretativos de ciertos comportamientos típicos, asemejándolo en dicho sentido a la noción de adecuación social.⁽¹⁰⁾ Así se destaca que los interrogantes implicados son: 1) “...hasta dónde está permitido llegar en la atribución de responsabilidad penal...”; y 2) “...si son admisibles formas de imputación individual basadas en la idea de acción colectiva...”.⁽¹¹⁾

(7) MENDOZA BUERGO, 2001, pp. 61/62.

(8) FUENTES OSORIO, 2006. También en FUENTES OSORIO, 2007, y recientemente se detiene en la problemática del delito acumulativo, a propósito de delito ecológico en FUENTES OSORIO, 2010.

(9) FUENTES OSORIO, 2010, p. 45.

(10) SILVA DIAS, 2003, p. 435.

(11) SILVA DIAS, 2003, pp. 435/436.

Para Silva Dias el concepto de acumulación es eminentemente dogmático, no siendo un técnica legislativa, pues no consiste expresamente — a su entender— en una clase de tipo legal incriminatorio, ni resulta de la aplicación de una regla de la Parte General del Código penal, que combinado con un tipo respectivo, de lugar a una ampliación de la tipicidad. Es que para el autor portugués "...la acumulación es un concepto dogmático, que sirve para la interpretación de ciertos tipos y para la imputación de ciertos comportamientos y que un sector de la doctrina pretende incorporar a la Parte General de Derecho penal". De ese modo lo asemeja a la "adecuación social", apartando el concepto de delito acumulativo de los delitos de peligro concreto (el cual considera como una técnica legislativa), sosteniendo: "Del mismo modo que la (in) adecuación social, la figura de la acumulación se conforma a partir de la concepción existente en la comunidad jurídica acerca de los límites de la tipicidad y, por extensión, de la imputación jurídico penal".⁽¹²⁾

Por otra parte, se ha ubicado bajo el tópico "tipos delictivos del Derecho penal del peligro" a los delitos acumulativos como uno de los capítulos centrales —junto a los delitos de preparatorios y a los delitos de peligrosidad concreta—, para el diseño de "criterios de una imputación justa" en la articulación de la teoría del bien jurídico y la estructura del delito.⁽¹³⁾

Según von Hirsch y Wohlers, los delitos acumulativos refieren a

"conductas que por sí solas no pueden menoscabar o no en una medida relevante un interés protegido jurídicamente, pero que unidas a otras realizadas en la mismas dirección pueden conducir a un menoscabo. El ámbito principal de aplicación de este tipo de delitos es la protección de intereses supraindividuales (colectivos), en los que incluso constituye un verdadero prototipo de tipo penal".⁽¹⁴⁾

También se deben computar los estudios que se refieren a la temática bajo la expresión "paradigma de la acumulación" opuesto al tradicional

(12) SILVA DIAS, 2003, pp. 435/436.

(13) von Hirsch, y otros, 2007, pp. 285/308.

(14) von Hirsch, y otros, 2007, p. 289, ejemplificando con tipos penales de protección de los medios naturales (§ 324 y ss. StGB), y determinadas instituciones estatales o funciones sociales, exceptuando las "mega infracciones" más bien poco realista.

“paradigma de la causalidad”.⁽¹⁵⁾ Así se analiza la posibilidad y corrección de utilizar el primero como un equivalente material del segundo al momento de poner en relación de ofensividad una contribución con base en una conducta individual respecto a bienes jurídicos auténticamente colectivos.⁽¹⁶⁾

Dos anotaciones a la vista de lo indicado:

- I. Como ocurre en la mayoría de los debates jurídicos-penales, no existe una noción única y estable acerca de ésta clase de supuestos, verificándose la necesidad de indagar sobre la categoría de los delitos acumulativos como modelo de análisis crítico en cuanto a la legitimación material de injustos/culpables concretos.⁽¹⁷⁾ Ese estudio debe realizarse diferenciando adecuada y suficientemente la problemática de la acumulación con otros tópicos conexos pero distintos, a saber: la teoría del bien jurídico colectivo, los delitos de peligro abstracto, la accesoriedad administrativa, la distinción entre ilícito penal e ilícito administrativo. Con otras palabras: la discusión de los delitos acumulativos aún se encuentra solapada y yuxtapuesta con aquellas temáticas.
2. Y como consecuencia de lo anterior, el estudio analítico de la acumulación se debe centrar en el relevamiento de las dimensiones de antijuridicidad (contrariedad al ordenamiento penal) y sancionabilidad (atribución individual),⁽¹⁸⁾ de modo paralelo y autónomo al debate político-criminal acerca de su utilización en el ámbito del Derecho Penal o en el Derecho Administrativo sancionador.⁽¹⁹⁾

Respecto de la magnitud **antijuridicidad penal**, los delitos acumulativos deben ser examinados bajo las **estructuras del tipo** (sean de mera actividad o de resultado natural) en la relación de la conducta con el objeto de protección; como así también en la **estructura del injusto** (en sus variantes de lesión, peligro concreto y peligro abstracto)⁽²⁰⁾ con referencia

(15) También el “paradigma de los cursos causales hipotéticos”, es un modelo en fricción con el de la causalidad. (AAVV, 2009). Es preciso un estudio comparativo entre las similitudes entre los cursos causales hipotéticos (lógica hipotética) y la acumulación (lógica acumulativa), adviértase que el axioma de la acumulación: “*sería diferente si todos lo hicieran*”, se formula en tono hipotético.

(16) BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, 2008, pp. 22/23. En las notas 28 y 29 enumera bibliografía introductoria e indispensable de la controversia acerca de los delitos acumulativos.

(17) FEJÓO SÁNCHEZ, 2007, p. 820, con cita de Müller-Tuckfeld.

(18) SILVA SÁNCHEZ, 2010, sobre la diferencia antijuridicidad penal/sancionabilidad penal.

(19) FEJÓO SÁNCHEZ, 2006, p. 155 y ss., crítico con aquello que prefiere denominar daño acumulativo, ubicándolo como un ejemplo de administrativización del derecho penal, lo que califica como un proceso patológico.

(20) ALCALE SÁNCHEZ, 2000.

a la relación entre conducta y bien jurídico protegido (sea individual; o aparentemente colectivo por ser divisibles en intereses individuales;⁽²¹⁾ o auténticamente colectivo).⁽²²⁾

En la entidad denominada **sancionabilidad penal**, los delitos acumulativos deberán ser vinculados a las problemáticas de la culpabilidad, de la lesividad (natural) y de la punibilidad, confrontándose los con las objeciones que surgen de dichos ámbitos respectivamente, a saber: el eventual abandono de un reproche de culpabilidad basado en un hecho lesivo individual; la escasa peligrosidad del comportamiento singularmente considerado; y la clase y cuantía de la sanción a imponerse.

El diagnóstico y la crítica acerca de los delitos acumulativos se encuentran aún preservadas en el ámbito político-criminal o de criminalización,⁽²³⁾ más concretamente en el debate acerca de Derecho penal de la denominada sociedad del riesgo,⁽²⁴⁾ siendo necesario trasladar o descender la discusión a los planos analíticos de las estructuras de antijuridicidad y sancionabilidad, aun cuando se concluya que la categoría de los delitos acumulativos son ilegítimos conforme un determinado modelo de validez normativa y en el marco de un Derecho penal propio de un Estado constitucional de derecho, debiéndose la ubicar en el Derecho administrativo sancionador.

En otras palabras: el estudio de los delitos acumulativos no debe quedar aletargado por las objeciones cursadas desde el plano político-criminal. Pues aun cuando pueda concluirse acerca de la corrección de las mismas, será la utilización como categoría crítica aquello que justifica la investigación.⁽²⁵⁾

(21) SOTO NAVARRO, 2003, p. 200 y ss., paradigmáticamente los delitos contra la seguridad colectiva.

(22) SOTO NAVARRO, 2003, p. 193 y ss., requiriendo el concierto de los criterios de titularidad compartida, indisponibilidad, indivisibilidad y naturaleza conflictual, para caracterizar el auténtico bien jurídico colectivo.

(23) Hefendehl sostiene que "...para la constitución de los tipos cumulativos sólo cuentan los efectos sinérgicos realistas, que la idea de acumulación no opera en el nivel de la configuración típica sino sólo en el nivel de la criminalización". SILVA DIAS, 2003, p. 466.

(24) ALCÁZER GUIRAO, 2002; BECK, 2006; LUHMANN, 1998. ESCAJEDO SAN EPIFANIO, 2006; MENDOZA BUERGO, 2001; SARRABAYROUSE, 2007; SCHÜNEMANN, 2007; SERRANO MORENO, 2006, SILVA SÁNCHEZ, 2006; LILIE, 2008.

(25) MÜLLER TUCKFELD, 2000, p. 513 "Los delitos acumulativos tienen perfecto sentido como categoría de análisis, e incluso podrían tenerlo también como categoría crítica". En igual sentido FEJÓO SÁNCHEZ, 2007, p. 820, con remisión de Müller Tuckfeld.

2. Críticas y réplicas sobre la categoría del delito acumulativo

2.1. Crítica: la infracción de Principios garantistas fundamentales

Considerar el delito acumulativo como una categoría necesaria —y quizás inevitable— para la protección de determinados bienes jurídicos y/o expectativas institucionalizadas,⁽²⁶⁾ exige dar respuesta a las objeciones cursadas desde la atalaya de los tradicionales Principios jurídicos-penales de ofensividad, proporcionalidad y culpabilidad (centrando la atención en la conducta individualmente considerada).⁽²⁷⁾

En relación con el principio de ofensividad, se suele señalar que al ser la contribución individual incapaz de afectar el bien jurídico "...La punición de la acción cumulativa tiene por base, por tanto, su disfuncionalidad como perturbación del entorno o del ámbito previo del bien jurídico (...) Todo ello apunta hacia una similitud estructural entre el delito acumulativo y la infracción administrativa".⁽²⁸⁾

Dentro de la relación de ofensividad, el delito acumulativo luce su carácter altamente relativo, pues depende la definición del referente material (**resultado**) para poder establecer el modo en que se condiciona el principio de insignificancia.⁽²⁹⁾

También se sostiene que la comparación entre la pena y el riesgo propio de la conducta (individualmente considerada), presenta problemas con el principio de proporcionalidad,⁽³⁰⁾ dado que siempre la respuesta punitiva

(26) Admiten la categoría de delitos acumulativos: Kuhlen, Loos, Hefendehl, Wohlers, Feinberg, Jakobs, Schünemann, Gracia Martín, con matices entre ellos.

(27) Críticos al confrontar los delitos acumulativos con los principios jurídico penales clásicos: Alastuey Dobón; Anastasopoulou; Daxenberger; Hesel; Khalo; Kindhäuser; Mendoza Buergo; Müller-Tuckfeld; Paredes Castañón; Roxin; Schulz; Seelman; Silva Dias; Soto Navarro; Sternberger-Lieben; Zieschang, Herzog, Feijóo Sánchez, Silva Sánchez y Alcácer Guirao.

(28) SILVA DIAS, 2003, p. 464. en idéntico sentido: SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 143 y ss.

(29) Fuentes Osorio, 2010, señalando que: "El delito acumulativo depende, entre otros factores, de la definición del resultado, pues éste va a condicionar la fijación del principio de insignificancia: no es lo mismo determinar la lesión del objeto material del medio ambiente en función de todo el río (p.e.) o de una pequeña parte del mismo. En el primer caso la conducta será normalmente insignificante y su relevancia dependerá de la posibilidad de sumación o de su efectiva sumación a otras similares; en el segundo, en cambio, se podrá constatar una lesión, una puesta en peligro concreta, o determinar que la conducta es capaz de producir dicha lesión. De este modo se concluye que se puede manipular la relevancia o irrelevancia de una conducta (por la insignificancia de su ataque al bien jurídico de referencia) mediante la selección del fragmento o porción del objeto material analizado."

(30) SILVA DIAS, 2003, p. 464 y SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 147.

necesaria (pena) rebasaría el merecimiento del comportamiento culpable cometido (culpabilidad).⁽³¹⁾

En referencia al principio de culpabilidad se sostiene que violenta el mismo en sus dos vertientes: ya sea como principio que exige la imputación del hecho al agente como obra suya, ya que en el delito acumulativo el autor carecería de previsibilidad y dominabilidad del resultado, en razón de que su comportamiento depende de una combinación de varios factores aleatorios, como así también del concurso de una pluralidad de agentes que actúan ignorándose recíprocamente; y también como principio que hace depender el castigo de un reproche estrictamente personal, pues otra objeción habitual es que se despersonaliza o masifica la imputación (sanción *ex iniuria tertii*).⁽³²⁾

2.2. Réplicas y líneas argumentales de legitimación de los delitos acumulativos

Los intentos de fundamentar la punición de los delitos acumulativos han discurrido por distintos carriles.

2.2.1. Argumento sociológico

Desde un punto de vista sociológico, y como un tópico central del debate-marco sobre el derecho penal de la sociedad del riesgo,⁽³³⁾ se ha destacado que los "nuevos" intereses,⁽³⁴⁾ el deterioro de realidades tradicionalmente abundantes⁽³⁵⁾ y el incremento esencial de valor que experimentan ciertos bienes en virtud de cambios sociales y culturales,⁽³⁶⁾ explican fenómenos expansivos del derecho penal, tanto razonables como así también irrazonables.⁽³⁷⁾ En dichos procesos, la lógica de las grandes cifras, el daño cumulativo global pronosticable y la dinámica de la propia sociedad del riesgo exigen una auténtica "modernización" del derecho penal, lo que implica —entre otras cuestiones— una modificación de las estructuras de imputación y la recalibración de principios jurídicos clásicos.⁽³⁸⁾

(31) Con otras palabras: cualquier pena que se aplique a delitos acumulativos sería mayor a la culpabilidad exhibida por el hecho nimio.

(32) SILVA DIAS, 2003, p. 466 y SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 145.

(33) BECK, 2006; LUHMANN, 1998; MENDOZA BUERGO, 2001; entre una extensa bibliografía.

(34) Por ejemplo: instituciones económicas de crédito.

(35) Por ejemplo: ecosistemas.

(36) Por ejemplo: patrimonio histórico-artístico.

(37) SILVA SÁNCHEZ, 2006, pp. 11/12.

(38) SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 165, aunque crítica el delito de acumulación, propone una "estrategia de resignación" (derecho penal de 2ª velocidad), ante la imposibilidad de "volver"

2.2.2. Argumentos de filosofía moral

Desde la filosofía moral,⁽³⁹⁾ ha sido el desvalor moral de la conducta fundado en la vulneración de deberes de solidaridad aquello que lleva a contemplar al agente como un "aprovechado".⁽⁴⁰⁾ Razones de igualdad social y jurídica aconsejarían restablecer el universo moral y jurídico que ha quedado invertido cuando quien cumple con la norma se perjudica,⁽⁴¹⁾ y aquel que la infringe termina beneficiado.⁽⁴²⁾ Se percibe una lesividad (social) en virtud de la situación de desigualdad (social) creada por el comportamiento que maximiza su interés individual al beneficiarse del resultado conjunto sin contribuir en su producción.⁽⁴³⁾

Podríamos ensayar un argumento adicional y complementario a esta perspectiva de filosofía moral si consideramos que, en el continuo de la acumulación y en un primer momento, aquellas conductas que sólo provocan una lesión mínima al objeto de protección se terminan convirtiendo en comportamientos que, aunque objetivamente y subjetivamente son idénticos a los anteriores, sí comienzan a afectar en un grado mayor el bien jurídico colectivo, luciendo insatisfactorio y desigual concederles un trato más gravoso que a las primeras. Sería otra consecuencia del "principio

al viejo y buen derecho penal liberal. En clave de Hassemer, "derecho de la intervención" HASSEMER, 1993, p. 646.

(39) De raíz anglosajona: Rawls, Feinberg, von Hirsch, Wohlers, Kuhlen, Tiedemann.

(40) También con las expresiones de: free-rider, free-loader, Trittbrettfahrer, viajero o pasajero sin ticket, dilema del gorrón. SILVA DIAS, 2003, p. 439 y ss. con citas de Rawls y Feinberg. También (von Hirsch, y otros, 2007), p. 300; ARIAS OLGUÍN, 2006; FUENTES OSORIO, 2010.

(41) Al menos no se beneficia en la misma proporción que quien incumple la norma

(42) ARIAS OLGUÍN, 2006, p. 36, sostiene: "lo que es moralmente condenable es que el infractor obtiene un beneficio mientras quienes cumplen con las normas, no obstante su superioridad moral, sufren una pérdida. Esta situación coloca el universo moral patas arriba: la deshonestidad es recompensada y la honradez y el civismo son penalizados o, por lo menos, no recompensados".

(43) FUENTES OSORIO, 2010, sostiene en la nota 154, que: "Se quiere encontrar una lesividad (social) en el comportamiento cuya sumación se pretende evitar mediante el "dilema del gorrón" (free rider). Olson (La lógica de la acción colectiva, 1965) afirmó que el máximo interés individual no reside en contribuir al éxito del grupo participando con su trabajo y otros sacrificios, sino beneficiarse del resultado conjunto sin contribuir en su producción,... La intervención penal en estos casos está justificada porque contribuye a eliminar una situación de desigualdad social (a favor del gorrón que disfruta de una ventaja injusta pues realiza una conducta que le beneficia y que, además, no tiene efectos negativos precisamente porque se aprovecha de que el resto no actúan de forma egoísta: respetan la norma) motivando mediante la sanción penal para que "todos" respeten la norma que establece el respeto de los bienes públicos,..." con cita de Kuhlen y Wohlers.

de igualdad”, y una estricta observancia al “principio del hecho”, lo que aconsejarían dispensarles un trato similar.⁽⁴⁴⁾

Se afirma la identidad objetiva y subjetiva de las conductas por cuanto la idea de delito acumulativo que aquí se mantiene, se corresponde con el delito de daño (natural) mínimo en el objeto de la acción (“estructura del tipo”), en un primer momento insignificante pero que produce, a gran escala, una afectación o menoscabo concreto —erosión— en los bienes jurídicos auténticamente colectivos (“estructura del injusto”).

El ilícito acumulativo observado desde la “estructura del tipo” es un delito de resultado (“microlesión” al objeto de la conducta), mientras que desde la perspectiva de la “estructura del injusto”, se trata de un delito de peligro abstracto. Dicha afirmación se realiza sirviéndose de las conocidas distinciones entre comportamiento y objeto del comportamiento, que da lugar a la clasificación entre delitos de mera actividad y delitos de resultado; y por otra parte la diferenciación entre comportamiento y Bienes jurídicos (individuales o colectivos), según la cual los delitos se califican como de lesión, de peligro concreto, y/o de peligro abstracto.⁽⁴⁵⁾

2.2.3. Argumento sobre la lógica acumulativa y teorías preventivas generales de la pena

La lógica acumulativa nunca ha sido extraña al derecho penal.⁽⁴⁶⁾ Es más, coloquialmente y cuando de méritos se trata, se suele sindicar como obra propia la de aquel que “ha puesto su granito de arena”. Lo señalado no es otra cosa que la propia idea de la equivalencia de las condiciones (*conditio sine qua non*).⁽⁴⁷⁾

(44) Cualquiera que sea la decisión, esto es: de imputar o de no imputar.

(45) ALCALÉ SÁNCHEZ, 2000, a propósito del injusto de mera actividad.

(46) SILVA DIAS, 2003, p. 436 “...se pone de manifiesto que la acumulación ni es exclusiva de las agresiones al medio ambiente, ni constituye realmente una novedad en el Derecho penal”; SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 149 y nota 330, “...los códigos y leyes penales de todos los países están plagados de delitos regidos por la lógica de la acumulación”, y agrega a pie de página: “Consideraciones similares habría que efectuar a propósito de la lógica de la repetición o la reiteración, o la generalización que preside buena parte de los “delitos de tenencia”. De nuevo aquí el argumento es que, si bien es cierto que la conducta aislada no es relevantemente peligrosa, resulta que las grandes cifras ponen de relieve que la reiteración o generalización de la misma se halla en relación con la producción de resultados lesivos”.

(47) La relación de causalidad en la “estructura del tipo” se verifica fácilmente, pues es empíricamente posible constatar “micro-lesiones” en el objeto de protección u objeto de la conducta.

Sería posible convenir —desde las teorías de la prevención general de la pena— que aún en relación con los bienes jurídicos individuales o altamente personales como la vida o la integridad personal, el comportamiento considerado individualmente carece de virtualidad o potencialidad comunicativa “por sí solo” para jaquear o poner en tela de juicio la consideración (ponderación) social que la comunidad posee sobre dichas entidades como intereses valiosos.

Respecto a los bienes jurídicos institucionales, como la confianza en la correcta Administración de Justicia o la transparencia en los actos de la Administración Pública, también luce plausible sostener que un único hecho de prevaricación, de cohecho o de falsificación de moneda, en una sociedad desmitificada, es insuficiente para cuestionar dicha confianza/seguridad en la probidad y honestidad de los jueces y de sus funcionarios.

Lo mismo acontece con las defraudaciones tributarias, pues ningún Estado se ve privado de sus reales posibilidades de acción en razón de que uno solo de sus contribuyentes omitiera el oportuno pago de sus impuestos.⁽⁴⁸⁾

En todos esos casos la idea de que “sería diferente si todos lo hicieran”, nos recuerda que los ilícitos/culpables (como sucesos históricos desvalorados normativamente), son ante todo un fenómeno valorativo-social vinculado con la cohesión o posibilidad de continuidad de una comunidad en un tiempo y en un espacio determinado. En otras palabras: desde el paradigma de la prevención general, un solo y único ilícito/culpable carece —si se lo considera aislada e irrepitiblemente— de la capacidad de cuestionar la norma o —si se prefiere— lesionar el bien jurídico. Precisamente, las críticas a la prevención general positiva han discurrido sobre la excesiva relevancia de considerar el peligro del modo de ataque o de repetición del hecho por sobre la idea de la gravedad del mismo.⁽⁴⁹⁾

Una adecuada articulación entre estas dos guías de la función de la pena (riesgo de repetición y gravedad del hecho), es el objetivo de aquellos que consideran posible un diálogo entre la prevención general y la teoría

(48) En este sentido: SILVA SÁNCHEZ, 2006, pp. 140 y 150, nota 331. En contra: (Feijóo Sánchez, 2006), p. 162, nota 71; y (Feijóo Sánchez, 2007), pp. 820/821, nota 141.

(49) (Mir Puig, 2003), p. 85/86. Críticamente señala que una concepción excesivamente amplia de lo ha de ser objeto de prevención (de su contenido) “...concibe la necesidad de prevención extendida a todo hecho, por leve que sea, y en función del peligro de su repetición cuantitativa, o viceversa, cree que deja de existir necesidad de prevención cuando el hecho, pese a su gravedad, no corre peligro de repetirse”.

del bien jurídico. Así, desde las Teorías clásicas de la prevención general de la pena,⁽⁵⁰⁾ la proporcionalidad en la reacción debe leerse también considerándose la relevancia del interés protegido para el sistema social.⁽⁵¹⁾ Dicho argumento se maximiza, si el punto de partida es la Teoría del bien jurídico.⁽⁵²⁾

Pero todo lo expresado precedentemente no debe conducir a aseverar que en todos los ejemplos citados la legitimación estructural de los injustos/culpables se corresponde con aquella de los delitos acumulativos. La referencia está dirigida a demostrar que la lógica de la acumulación es mucho más cercana de lo que se predica, y que si bien no es necesario recurrir a ella en la mayoría de los casos para surtir de legitimación material la incriminación de los hechos punibles, ello nada prejuzga acerca de su posible y necesaria utilización en relación a determinados bienes jurídicos colectivos.

Es decir: la contra cara de la nota de "indivisibilidad"⁽⁵³⁾ de los bienes jurídicos colectivos es la imposibilidad de ser lesionados por una conducta

(50) FELJÓO SÁNCHEZ, 2007, p. 816, circunscribiéndolo sólo a las denominadas por él "Teoría preventivo-instrumentales", desarrolladas en los capítulos IV, V, VI y VII. Así expresa: "... mientras una teoría preventivo-instrumental puede ofrecer legitimación para los denominados delitos acumulativos o por acumulación o, con una terminología que prefiero, para la tipificación de daños acumulativos, en la medida en la que sirve para la protección de bienes jurídicos, desde una teoría normativa de la prevención mediante la retribución como la que defiendo aquí es evidente que se trata de un injusto que debe pertenecer al Derecho Administrativo, pero no al Derecho Penal en la medida en la que al penado se le imputan personalmente consecuencias de su acción que no son suyas".

(51) FUENTES OSORIO, 2010.

(52) FELJÓO SÁNCHEZ, 2007, p. 775 y ss., considera que es necesario discutir sobre la legitimidad de las normas penales o de la punición o impunidad de hechos lesivos socialmente al margen de la referencia de los bienes jurídicos, puesto que la Teoría del bien jurídico no sólo no nos sirve para identificar las patologías del Derecho penal, sino que contribuye a la proliferación de las mismas (ejemplos: administrativización y expansión del Derecho penal).

(53) Según Soto Navarro —siguiendo a Hefendehl—: "... ni la titularidad compartida ni la indisponibilidad son caracteres exclusivos de los bienes jurídicos colectivos, por cuanto también pueden predicarse, dentro de ciertos límites, de algunos bienes jurídicos individuales. En cambio, sí constituye un auténtico criterio diferenciador, al que, sin embargo no se presta mucha atención, el rasgo de la indivisibilidad que sólo poseen los bienes jurídicos colectivos. Como ha destacado Hefendehl, un bien jurídico será colectivo "cuando sea conceptual, fáctica o jurídicamente imposible dividir tal bien en partes y atribuirles de forma individual en tanto porciones", Soto Navarro, 2003, p. 228, con cita de Hefendehl, Roland, "Grund und Grenzen des Schutzes kollektiver Rechtsgüter im Strafrecht", consultado por Soto Navarro en manuscrito antes de la publicación en Heymanns Verlag, p. 127). También destaca como característica fundamental de los "bienes jurídicos colectivos" la función o utilidad que los mismos desempeñan para la sociedad en su conjunto, siendo posible su aprovechamiento por todos los miembros de una sociedad, "...sin que nadie pueda ser excluido y sin que el aprovechamiento individual obstaculice ni impida el aprovechamiento por otros...". Soto

individual aislada e irrepetible, del mismo modo en que sólo es posible disfrutar “entre todos” de determinados bienes jurídicos colectivos.

2.2.4. Argumentos estructurales a nivel de aplicación

Ante las críticas mencionadas, el propio Kuhlen⁽⁵⁴⁾ ha señalado que el legislador debe comprobar que, sin una prohibición, la conducta sería realizada por un número tan elevado de personas que tendría graves consecuencias, y recién a partir de ello la decisión de incriminarla pasa a depender exclusivamente de la configuración típica concreta, en el sentido de si tal conducta realiza o no un ilícito típico, tratándose ya de un problema de imputación de un ilícito propio. En otras palabras: el “riesgo de sumación” como criterio de peligrosidad adicional debe ser demostrado estricta y acabadamente ya en el momento legisferante.⁽⁵⁵⁾

Asimismo, Hefendehl sostiene que “...para la constitución de los tipos cumulativos sólo cuentan los efectos sinérgicos realistas, que la idea de acumulación no opera en el nivel de la configuración típica sino sólo en el nivel de la criminalización”, y contesta a la objeción *ex iniuria tertii* sosteniendo que la misma sería correcta “...si en el tipo legal figurase una referencia a la contribución de terceros fundamentadora de la responsabilidad”.⁽⁵⁶⁾

En definitiva, Kuhlen y Hefendehl —en la relación entre el comportamiento y el bien jurídico colectivo (“estructura del injusto”)— se esfuerzan por hallar en la idea de acumulación un “equivalente material” a la falta de causalidad lesiva real, y encontrar un sustituto funcional a la imputación jurídico penal”.⁽⁵⁷⁾

Navarro, 2005, p. 886, con cita de Hefendehl, *Grund und Grezen des Schutzes kollektiver Rechtsgüter im Strafrecht*, p. 21, 126-128).

(54) SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 149, recordando que el propio Kuhlen —como principal difusor de la categoría de los delitos acumulativos *Kumulationsdelikte*—, acaba por reconocer que de *lege ferenda* sería conveniente que determinadas modalidades de contaminación de aguas (§ 324 StGB), se contemplaran como infracciones administrativas.

(55) Siendo ella la razón que desmerece el argumento según el cual cualquier conducta —por insignificante que sea— llevada a consideraciones globales de posibles reiteración, se volvería riesgosa (por ej.: silbar).

(56) Silva Dias, 2003, p. 466. No se conforma con la réplica de Hefendehl a Seelmann, Feijó Sánchez, 2007, p. 819, nota 134, dado que a su entender es necesario, independientemente de la remisión expresa al injusto de terceros, considerar el fundamento material de los delitos acumulativos, y además advertir que: “La denominación de una responsabilidad por daños acumulativos implica ya una referencia a que sin el hipotético comportamientos de terceros no existiría nada que proteger ni que castigar...”.

(57) SILVA DIAS, 2003, p. 469.

Hefendehl expresa textualmente que:

“...la idea de la acumulación nos sirve de equivalencia material a la relación que en el seno de la causalidad lesiva, ha de darse entre acción y bien jurídico. Precisamos de esta equivalencia puesto que, afirmada la condición de objeto del mundo real sometido a las leyes físicas del bien jurídico, éste ha de sufrir una modificación consecuencia de una conducta humana. La idea de la acumulación puede, a su vez, aplicarse fácilmente en el ámbito de los delitos medioambientales, puesto que los bienes ecológicos o recursos naturales representan finalmente bienes jurídicos y no es problemático imaginar, a mayor o menor plazo, la existencia de un riesgo por la acumulación de conductas”.⁽⁵⁸⁾

La admisión de la idea acumulativa, estaría condicionada al análisis del supuesto concreto, siendo “...necesaria en todos los casos una explicación clara acerca de cómo acción típica y bien jurídico se conectan o relacionan”.⁽⁵⁹⁾

Desde una perspectiva aproximada, von Hirsch y Wohlers consideran que el establecimiento de tipos penales acumulativos exige una doble dimensión de legitimación:

1. **Dimensión general** (“antijuridicidad penal”): en una primera instancia se debe poder legitimar la amenaza y la eventual imposición de una sanción penal como medida idónea para el restablecimiento de la igualdad ante la ley vulnerada, por la conducta del “aprovechado”.⁽⁶⁰⁾ El problema se posa en el ámbito de los “deberes (positivos) de cooperación” en relación al mantenimiento y garantía de los bienes colectivos necesarios para la existencia y la funcionalidad de la sociedad.⁽⁶¹⁾

Según estos autores, la legitimación genérica y abstracta de penalización no se revela como especialmente problemática, pues lo verdaderamente difícil es seleccionar particular y concretamente las conductas merecedoras de persecución punitiva.⁽⁶²⁾

2. **Dimensión particular** (“sancionabilidad penal”): la intromisión que supone la amenaza de pena y la efectiva sanción debe poder fundamentarse como una

(58) HEFENDEHL, 2002, p. 11.

(59) HEFENDEHL, 2002, p. 11, a propósito de los delitos contra el medio ambiente.

(60) La expresión “aprovechado”, luce como una traducción aceptable de los términos: *free-rider*, *free-loader*, *Trittbrettfahrer*, egoísta racional o gorrón.

(61) (von Hirsch, y otros, 2007), p. 300, con cita de Kant y Tiedemann.

(62) (von Hirsch, y otros, 2007), pp. 299/300.

restricción del ámbito de libertad del autor protegido por los derechos fundamentales razonable desde el punto de vista social y proporcional a su conducta.⁽⁶³⁾

Aquí se destacan dos ámbitos especialmente problemáticos en la penalización de las aportaciones cumulativas:

- a. Limitación a efectos acumulativos de forma realista: "... la aportación cumulativa sólo puede considerarse portadora de dañosidad social suficiente cuando la hipótesis de los efectos cumulativos es suficientemente realista...".⁽⁶⁴⁾ Como contrapartida, la inexistencia de pruebas empíricas de los denominados "efectos resaca, de contagio y/o espiral", veda la posibilidad de efectuar una prognosis realista respecto del "riesgo de sumación", y con ello torna ilegítima la punición de conductas acumulativas.
- b. Limitaciones normativas mediante el "deber (positivo) de cooperación" (**duty of cooperation**): se refieren a la conveniencia de exigir en la aportación cumulativa determinadas cualificaciones desde el punto de vista normativo para que pueda estimarse merecedora de pena.⁽⁶⁵⁾ El desarrollo del criterio normativo "deber (positivo) de cooperación", deberá vincularse a la ostentación del rol social de la persona.

Este criterio normativo debe ser apto para diferenciar la conducta individual del ciudadano —quien puede exhibir serias dificultades para renunciar a realizar esta clase de acciones—, con la de aquellos otros que organizados de un modo más complejo (por ejemplo: a través de personas jurídicas) actúan profesionalmente y/o habitualmente (plurisubsistencia), dado el mayor grado de responsabilidad de éstos últimos. Sostienen von Hirsch y Wohlers que:

"...hay que tener en cuenta que las limitaciones y gravámenes asociados al cumplimiento del deber de cooperación (**burden of desistance**) no son idénticas para todas las personas. Las consecuencias de renunciar a una conducta así como las razones a favor de la legitimidad de la ejecución de una acción se tienen que valorar de modo distinto en función de la posición de quien actúa: por ejemplo, hay que tener en cuenta si el actor ejercita determinada conducta sólo en el marco del ejercicio de su profesión o como ciudadano de a pie...". *De lege ferenda* plantean la cuestión de exigir un mayor grado de responsabilidad

(63) (von Hirsch, y otros, 2007), p. 300.

(64) (von Hirsch, y otros, 2007), p. 300/302.

(65) (von Hirsch, y otros, 2007), p. 302/304.

a quienes actúan profesionalmente y a otros especialistas en comparación con el ciudadano de a pie, por ser ello un “reparto justo de las limitaciones de la libertad de acción individual”.⁽⁶⁶⁾

Por último, y además de las limitaciones objetivo-normativas, se ha apuntado que también la imputación subjetiva operaría delimitando la imputación en los tipos de acumulación, pues dicha atribución “se realizará en función de la conducta individual efectuada por el sujeto en relación con este tipo”.⁽⁶⁷⁾

3. Conclusiones

En una primera aproximación es posible concluir:

- a. Aún no existe una noción única y estable acerca de los denominados delitos acumulativos, verificándose la necesidad de indagar sobre la categoría de los delitos acumulativos como modelo de análisis crítico en cuanto a la legitimidad/ilegitimidad material de delitos concretos. Ese estudio debe realizarse diferenciando adecuada y suficientemente la problemática de la acumulación con otros tópicos conexos pero distintos, evitando solapamientos y/o yuxtaposiciones temáticas.
- b. Es pertinente el estudio analítico a nivel estructural (de aplicación o de tipo)⁽⁶⁸⁾ sobre las dimensiones de antijuridicidad y sancionabilidad, de modo paralelo, conectado pero diferenciado, del debate político-criminal del Derecho penal de la Sociedad de riesgos. La necesaria traslación y/o descenso de la discusión a los planos analíticos de las estructuras del delito mencionadas (categoría analítica), debe efectuarse aun cuando se concluya que los delitos acumulativos son ilegítimos conforme un determinado modelo de validez normativa en el marco de un derecho penal propio de un Estado constitucional de derecho, debiéndose ubicar en el derecho administrativo sancionador (categoría crítica). Una hipótesis de trabajo podría rezar: “el juicio conclusivo acerca de la validez/invalides⁽⁶⁹⁾ de la categoría de los delitos acumulativos, debe coincidir en todos los niveles de fundamentación y aplicación, como así también en los ámbitos de la criminalización y del tipo”.
- c. Las críticas centrales al delito acumulativo surgen de su confrontación con los principios jurídicos-penales de ofensividad, proporcionalidad y culpabilidad, calibrados de modo tradicional.

(66) (von Hirsch, y otros, 2007), pp. 303/304.

(67) FUENTES OSORIO, 2010.

(68) SILVA DIAS, 2003, p. 443, citando a Hefendehl. Diferencia discursos de fundamentación con discursos de aplicación, y problemas de tipicidad con problemas de criminalización.

(69) Se utiliza el binomio validez/invalides, con los alcances asignados por Ferrajoli. Ver: FERRAJOLI, 2006; FERRAJOLI, 2001; y SERRANO MORENO, 2007.

- d. Las líneas argumentales que abonan su plausibilidad son diversas, y provienen de posturas modernizadoras⁽⁷⁰⁾ surgidas en el debate del Derecho penal de la sociedad del riesgo (argumentos sociológicos); del dilema del “egoísta racional” y su lógica (argumentos de filosofía moral); de las Teorías de la prevención general de la pena (compatibilidad del Derecho penal y de la pena, con la lógica acumulativa), y desde la instancia analítica del propio delito acumulativo (argumentos estructurales).
- e. En el marco del Derecho penal de la sociedad del riesgo, los delitos acumulativos se erigen como un ejemplo más de la exigencia que padece el Derecho en general, y el Derecho penal en particular, de abocarse a la gestión de “cuestiones de tiempo”. Dicho forzamiento se mantiene aunque el Derecho (penal) administre torpemente problemas de futuro, pronosticándolo e integrándolo como dato relevante.



Bibliografía

AAVV, *Causalidad, riesgo e imputación. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*, trad. Sancinetti Marcelo A., Ziffer Patricia S. y Lerman Marcelo D., Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

ALASTUEY DOBÓN, MARÍA CARMEN, *El delito de contaminación ambiental (art. 325.1 del código Penal)*, Granada, Comares, 2004.

ALCÁCER GUIRAO, RAFAEL, “La protección del futuro y los daños cumulativos”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, http://criminet.urg.es/recep/recep_04-08.html.

ALCALE SÁNCHEZ, MARÍA, *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada, Comares, 2000, 1ª.

ARIAS OLGUÍN, DIANA PATRICIA, “A propósito de la discusión sobre el derecho penal “moderno” y la sociedad del riesgo” [Documento 42-062006] / ed. EAFIT Universidad, Medellín: [s.n.], junio de 2006, 1º, ISSN 1692-0694.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, ANTONIO, “Comentario crítico a la regulación de los delitos contra el medio ambiente en el anteproyecto del Código penal de 2005”, en www.cepchile.cl

(70) Paradigmáticamente, SCHÜNEMANN, 1999, p. 652, al afirmar “sólo si la naturaleza delictiva de los daños al medio ambiente es caracterizada claramente mediante su integración en el Derecho penal y se cuenta con sanciones que resultan imponentes frente al destructor del medio ambiente socialmente influyente y de cálculo racional, entonces se podrá abordar con éxito la enorme tarea de reestructuración ecológica de la sociedad industrial. En cambio, considero ingenua la idea de poder iniciar un cambio de conciencia en toda la sociedad precisamente a través de la descriminalización (...) ¿Dónde podría ser más necesario el Derecho penal que en la protección del medio ambiente y, con ello, en la protección de las condiciones para que todos los demás bienes jurídicos puedan sobrevivir y prosperar?”. También publicado en SCHÜNEMANN, 2009, pp. 309 a 334.

- BECK ULRICH, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 2006.
- ESCAJEDO SAN EPIFANIO, LEIRE, *El medio ambiente en la crisis del Estado social. Su protección penal simbólica*, Granada, Ecorama, 2006.
- FELJÓO SÁNCHEZ, BERNARDO, *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2007.
- FELJÓO SÁNCHEZ, BERNARDO, “Sobre la administrativización del derecho penal en la sociedad del riesgo. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI”, en AAVV, *Derecho y Justicia Penal en el Siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García*, Madrid: Colex, 2006, 1°.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Andrés Ibáñez Perfecto y Greppi Andrea, Madrid: Trotta, 2001, 2°.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Garantismo. Debate sobre el derecho y la democracia*, trad. Greppi Andrea, Madrid: Trotta, 2006, 1°.
- FUENTES OSORIO, JUAN LUÍS, “¿Delito medioambiental como delito de lesión?”, en *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Barcelona: [s.n.], 8/11/2010, 2: vol. I, págs. 1-61.
- FUENTES OSORIO, JUAN LUÍS, *Delito ecológico: relación de ofensividad*, Granada: [s.n.], 2010, 1°.
- FUENTES OSORIO, JUAN LUÍS, “Formas de anticipación de la tutela penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, en <http://criminet.org.es/recpe>.
- FUENTES OSORIO, JUAN LUÍS, *La preparación delictiva*, Granada: Comares, 2007, 1°.
- HASSEMER, WINFRIED, “Crisis y características del moderno derecho penal”, en *Actualidad Penal*, Madrid: [s.n.], 28/11/1993, 43/22, p. 635 a 646.
- HEFENDEHL, ROLAND, “¿Debe ocuparse el derecho penal de los riesgos futuros?. Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Granada: [s.n.], 2002, <http://criminet.org.es/recpe>.
- LILIE, HANS, “Sociedad del riesgo y derecho penal”, Ponencia / Universidad de La Laguna y Las Palmas de Gran Canaria, 2008.
- LUHMANN, NIKLAS, *El derecho de la sociedad*, México, Herder, 2005, 2°.
- LUHMANN, NIKLAS, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, México, Alianza, 1991, 2°.
- LUHMANN, NIKLAS, *Sociología del riesgo*, Berlín, Triana Ediciones, 1998, 1°.
- MENDOZA BUERGO, BLANCA, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001, 1°.
- MENDOZA BUERGO, BLANCA, *Límites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, Comares, 2001, 1°.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2003, 2°, reimpresión.
- MÜLLER TUCKFELD, JENS CHRISTIAN, “Ensayo para la abolición del derecho penal del medio ambiente”, en AAVV, *La insostenible situación del derecho penal*, trad. Íñigo Corroza Elena, Pastor Muñoz Nuria y Ragués i Vallès Ramón, Granada, Comares, 2000, 1°.
- SARRABAYROUSE, EUGENIO C., *Responsabilidad penal por el producto*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, 1°.

- SCHÜNEMANN, BERND, *¿El derecho penal es la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos!. Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho*, trad. de la Torre Benítez Ángela, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, 1ª
- SCHÜNEMANN, BERND, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, trad. Cancio Meliá Manuel, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, 1ª, 1ª reimpresión.
- SCHÜNEMANN, BERND, “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y su interpretación”, en AAVV, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Hefendehl Roland (ed.), Martín Lorenzo María y Feldmann Mirja (trad.), Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2007, 1ª.
- SCHÜNEMANN, BERND, “Introducción al razonamiento sistemático”, en AAVV, *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, trad. Silva Sánchez Jesús María, Madrid, Tecnos, 1991, 1º.
- SCHÜNEMANN, BERND, *Obras*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009, 1ª: vol. I: II.
- SCHÜNEMANN, BERND, *Obras*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009, 1ª: vol. II: II.
- SCHÜNEMANN, BERND, “Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente” en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, 9-A: vol. V, p. 627 a 653.
- SERRANO MORENO, JOSÉ LUÍS, *Ecología y Derecho. principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica*, Granada: Ecorama, 1992, 2º.
- SERRANO MORENO, JOSÉ LUÍS, “El eterno futuro: el problema de tiempo en la evaluación de riesgos ambientales”, *Red Alfa*, Limogges: [s.n.], 2006.
- SERRANO MORENO, JOSÉ LUÍS, *Sistemas jurídicos. Líneas básicas para una teoría general*, Granada: inédito, 2007.
- SILVA DIAS, AUGUSTO, “¿Y si todos lo hiciéramos?. Consideraciones acerca de la (in)capacidad de resonancia del Derecho penal con la figura de la acumulación”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Madrid: [s.n.], 2003, vol. LVI.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2010, 2ª, ampliada y actualizada.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2006, 2ª.
- SOTO NAVARRO, SUSANA, “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid: [s.n.], Septiembre de 2005, 3: vol. LVIII, p. 887 a 918.
- SOTO NAVARRO, SUSANA, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, 2003, 1ª.
- VON HIRSCH, ANDREW y WOHLERS, WOLFGANG, “Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de imputación justa”, en AAVV, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Hefendehl Roland (ed.), Spínola Tártalo Beatriz (trad.), Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, 1ª.

Ponencias



Influencia del principio *in dubio pro reo* sobre la interpretación del delito de portación de armas de fuego⁽¹⁾

JULIÁN HORACIO LANGEVIN



1. Introducción

El objeto de este trabajo refiere a una particular forma de legislar en la que no se describen conductas de quien delinque, sino que se refiere a estados de convicción del juzgador con respecto a la prueba, extrayendo de ello una mayor severidad punitiva. Tal situación ocurre con un delito de peligro como es la portación de armas de fuego, ya que la reforma operada por ley 25.886⁽²⁾ dejó redactado del siguiente modo el art. 189 *bis* del código de fondo:

“...2) La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de 6 (seis) meses a 2 (dos) años y multa de mil pesos (\$ 1000) a diez mil pesos (\$ 10.000).

(1) Ponencia premiada en el Concurso Regional UBA sobre Delitos de peligro. Jurado: Nora Cherñavsky, Horacio Dias, Pablo Vega.

(2) BO, 05/05/2004.

Si las armas fueren de guerra, la pena será de dos (2) a seis (6) años de prisión.

La portación de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de un (1) año a cuatro (4) años.

Si las armas fueren de guerra, la pena será de tres (3) años y seis (6) meses a ocho (8) años y seis (6) meses de reclusión o prisión.

Si el portador de las armas a las cuales se refieren los dos párrafos que anteceden, fuere tenedor autorizado del arma de que se trate, la escala penal correspondiente se reducirá en un tercio del mínimo y del máximo.

La misma reducción prevista en el párrafo anterior podrá practicarse cuando, por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, **resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos.**

En los dos casos precedentes, se impondrá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena...”

2. *In dubio pro reo*

2.1.

El problema de la norma precedente radica en que agrava o disminuye la pena, no ya según la conducta del inculpado, sino en función del estado de convicción del juzgador respecto de la prueba del proceso.⁽³⁾ Ello puede observarse en la figura atenuada del sexto párrafo, donde la pena de la portación se disminuye si surge “evidente” la falta de intención de utilizar el arma con fines delictivos. Una correcta interpretación sistemática aconseja el análisis conjunto de la norma simple y la atenuada, ya que lo que se diga de una afecta necesariamente a la otra, y ello no deviene solamente de la relación de género a especie que media entre ambas, sino también de la esencial presencia en el tipo subjetivo de la “intención de usar las armas con fines ilícitos”, cuya ausencia exige la figura atenuada como condición negativa.

(3) Ver Langevin, 2005:363; 2006:5, y 2008:363.

En pos de clarificar las cuestiones imbricadas, corresponde descomponer el tipo atenuado en dos aspectos. El primero atiende a la descripción de la conducta punible que consiste en portar un arma de fuego. El segundo pone de resalto un elemento que en rigor no describe un accionar delictivo sino que erige un determinado grado de certidumbre probatoria dirigido exclusivamente al juez o tribunal encargado de juzgar esa conducta. No debe producir confusión la circunstancia de que la referencia legal se encuentre en el código penal, puesto que la orden legislativa se dirige al juez —derogando el principio de duda— cuando le exige que debe resultar “evidente” la falta de intención de cometer delitos con esa arma. Es decir que no basta para el legislador la duda constitucionalmente consagrada como garantía procesal, sino que es necesario algo colindante con la certeza, dado que según su significado gramatical “evidente” alude a algo cierto, claro, patente y sin la menor duda.⁽⁴⁾

2.2.

Al respecto, cabe acotar que los estados intelectuales de certidumbre sobre la prueba (verdad, certeza, duda y probabilidad) no son indiferentes para la ley constitucional, pues al dictarse la sentencia definitiva en el proceso penal solamente la certeza sobre la culpabilidad del imputado autoriza una condena en su contra. Como sostiene Cafferata Nores,⁽⁵⁾ gozando el imputado de un estado de inocencia constitucionalmente reconocido y legalmente reglamentado, únicamente podrá ser declarado culpable cuando las pruebas hayan producido la más plena convicción del tribunal al respecto. Por ende, todo mandato meramente legislativo que pretenda vulnerar ese principio no solamente es contradictorio con lo que establecen las legislaciones procesales, tanto nacionales como provinciales, sino que también y de modo preponderante es contrario a la Constitución y los convenios internacionales sobre derechos humanos, que consagran igual principio. Está claro además que la ley supone en la portación simple esa intención de cometer otros delitos, puesto que una interpretación sistemática como la recién realizada, indica que la presencia de esa intención es la que impide aplicar la figura atenuada. Verbigracia, si en un hipotético juicio el portador del arma demostrara por vía de dudas razonables que

(4) Ver RAE, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, 1992, t. I, p. 928, donde se lee que “evidencia” equivale a certeza clara, manifiesta y tan perceptible, que nadie puede racionalmente dudar de ella.

(5) CAFFERATA NORES, 1994:10.

no lo hacía con intención de usarla con fines delictivos, ello no sería suficiente para ser beneficiado con la pena atenuada, que exige algo más, que resultare **evidente** por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, o lo que es lo mismo un estado de certeza, por lo cual su conducta quedará irremediabilmente atrapada por las penas más severas de la portación simple.

2.3.

Párrafo aparte merece la remisión a las condiciones personales del autor como criterio para decidir la aplicación de pena, pues no debe olvidarse que la aplicación de la pena atenuada es facultativa para el juez, lo que surge inequívocamente de la utilización del verbo hipotético “podrá” que utilizó el legislador en la construcción delictiva.⁽⁶⁾ Acertadamente De la Fuente-Salduna⁽⁷⁾ manifiestan que se trata de una circunstancia contraria a un derecho penal liberal, basado en el hecho y no en el autor, que puede dar lugar a numerosas arbitrariedades, dado que en definitiva implica una delegación absoluta del poder estatal en la impresión desfavorable y absolutamente subjetiva del juez. Se observa una grave violación del principio de legalidad (art. 18 CN), pues en definitiva la ley no describe la conducta punible, razón por la cual los ciudadanos no tienen la posibilidad de conocer desde un principio lo que está prohibido penalmente para poder adecuar su comportamiento a ello, siendo ese recaudo exigido desde antiguo a través del mandato de determinación de la ley penal (*lex certa*).

El error proviene de la confusión entre tipicidad e individualización de la pena. Una cosa es la conducta descrita como punible tanto en los tipos básicos como en los agravados, y otra muy distinta son las circunstancias que en definitiva se van a tener en cuenta para graduar la pena en concreto dentro de límites de las escalas penales provistas por el legislador en abstracto. Ello se corresponde además con la distinción entre la culpabilidad para la fundamentación de la pena y la culpabilidad para la medición de la magnitud de la pena en el caso concreto,⁽⁸⁾ ya que esta

(6) Con razón el senador Yoma sostiene que se presta a actitudes discriminatorias, no pudiéndose dejar tan abierta la norma, ya que significa que esa reducción va a depender de la cara de cada persona. Expresamente agrega “ya sabemos cómo se aplican ese tipo de normas: cuando uno es negro, petiso y con cara de boliviano, parece delincuente; entonces va a ir preso; pero si el involucrado es rubio de ojos celestes, quizás no (“Antecedentes Parlamentarios”, 2004-A, p. 991, parág. 406).

(7) Ver DE LA FUENTE-SALDUNA, 2004: 201.

(8) ROXIN, “D.P”, t. I, p. 99 y 813.

última precisamente consiste en el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y de este modo opera como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud del poder punitivo que puede ejercerse sobre éste.⁽⁹⁾ En esa inteligencia, Terán Lomas⁽¹⁰⁾ resalta que la acción punible debe constituir un episodio concreto y determinado de la vida, ya que el Derecho Penal es de acto, no de autor, ya que el hombre no delinque en cuanto es sino en cuanto obra o deja de obrar. Y con toda precisión, aclara que la valoración de las condiciones personales prevista por el art. 41 CP tiene como objeto tanto al acto como el autor, más debe entenderse que se trata de la **valoración referida a la individualización de la pena y no a la subsunción**, que es el proceso previo, tendiente a establecer la conformidad a un tipo. Asevera que si se construye el derecho penal sobre los tipos de autor, se pena la intención, el pensamiento, el pecado, aunque no se los nombre, borrándose de esa forma el progreso de los siglos, para retornar a la indiferenciación primitiva. Bien afirma Mir Puig⁽¹¹⁾ que el principio de responsabilidad por el hecho exige un “derecho penal del hecho” y se opone a la posibilidad de castigar el carácter o modo de ser. Deben rechazarse la “culpabilidad por la conducta de la vida” o la “culpabilidad por el carácter”, ya que así lo reclama el principio de legalidad y su exigencia de tipicidad de los delitos: el mandato de determinación de la ley penal requiere una descripción diferenciada de cada conducta delictiva, lo que fue negado por la teoría de los “tipos de autor” que en su momento fueron propuestos en el nacionalsocialismo alemán en clara manifestación de su significado político.

Lo expuesto precedentemente no implica excluir la consideración como agravantes de ciertas circunstancias, condiciones o calidades personales del sujeto activo que guarden una conexión racional y no discriminatoria con la conducta descrita como delictiva por la respectiva figura, como por ejemplo la calidad de funcionario público que obviamente podría facilitar la comisión de delitos contra la administración pública y tiene una evidente relación con el bien jurídico afectado. Algo similar ocurre con el homicidio agravado por el vínculo previsto por el art. 80, inc. 1º, CP, donde lo punible no es el mero hecho de ser padre, madre o hijo, ya que lo que figura

(9) Ver ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., y SLOKAR, A., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2005, p. 620.

(10) TERÁN LOMAS, 1980, I: 257 y 259, II: 301 y 315. En el mismo sentido Soler, 1992, II: 503.

(11) MIR PUIG, 1985: 370.

contempla no son simples vínculos jurídicos sino reales relaciones parentales generadoras de confianza y afecto entre las personas.⁽¹²⁾ Pero además, debe destacarse una diferencia fundamental entre tales ejemplos (delitos especiales propios) y el hecho de tener antecedentes penales condenatorios como eventual —y descartado— criterio para estimar las “condiciones personales del autor” en la configuración del tipo. Quien ya fue juzgado y condenado goza de la garantía constitucional contra la doble persecución penal (*ne bis in idem*), que veda toda consideración de ese dato, por lo menos como base de un tipo penal. En cambio, cualesquiera de los ejemplos recién vistos no genera la protección constitucional en juego.

En consecuencia, el hecho de que sea un tipo atenuado nada quita ni agrega en orden a las exigencias constitucionales, desde que las mismas son aplicables tanto en la fundamentación como en la atenuación o agravación de la pena, debiendo destacarse que el vocablo utilizado por la ley no se trata de un concepto meramente valorativo sino de una fórmula vacía en cuanto a la descripción de conductas, que sienta bases absolutamente inaceptables para la interpretación y aplicación de la norma.⁽¹³⁾ Tampoco resulta óbice la circunstancia de que el requerimiento se refiera al tipo subjetivo, pues la valoración de los hechos o circunstancias fácticas alcanzadas por el *in dubio pro reo* incluye también los elementos subjetivos del tipo penal, cuya averiguación y reconstrucción resulta imprescindible para aplicar la ley penal. Por ende, la falta de certeza sobre estos últimos también debe computarse a favor del imputado.⁽¹⁴⁾

Por mandato constitucional, la ley penal debe ser general y previa al hecho delictivo, no reuniendo tales condiciones la establecida para regir un caso personalmente determinado —tal como sucede en el caso analizado—, dado que como enseñaba Núñez,⁽¹⁵⁾ la falta de individualización de la regla represiva choca contra la garantía constitucional de la igualdad ante la ley (art. 16 CN), que prohíbe se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias. Queda así construido un tipo de sospecha naturalmente inquisitivo,⁽¹⁶⁾ que en su mera literalidad conlleva la inconstitucionalidad de ambas normas, tanto la básica

(12) Ver LANGEVIN, 2005:1711.

(13) Ver ESER-BURKHARDT, 1995:52.

(14) Ver Fallos; 329:2019, cons. 9.

(15) NUÑEZ, 1987: I, 95.

(16) Ver LANGEVIN, 2008.

como la atenuada, ya que lo decisivo para su deslinde es la presencia o ausencia, respectivamente, de la intención delictiva, lo que de ningún modo puede realizarse con mandatos legales violatorios de preceptos constitucionales. Sobre el particular, ya Carrara⁽¹⁷⁾ observaba que las escalas punitivas no deben recibir influencia de la dificultad de probar ciertos delitos, ya que si por esta dificultad se aumentara la pena, no haríamos sino vengar en el reo nuestra impotencia, y al mismo tiempo, como la dificultad de la prueba hace más fáciles los errores judiciales, ello equivaldría a hacer mayor el mal que se inflige cuando es también mayor el peligro de hacerlo a un inocente.

2.4.

Esa correlación entre la pena y el grado de certidumbre de la prueba no puede ser admitida. *Veritas, non auctoritas facit iudicium*, dice Ferrajoli⁽¹⁸⁾ a propósito de la jurisdicción, invirtiendo el principio hobbesiano válido para la legislación, agregando que ninguna mayoría o ningún consenso político-parlamentario, prensa, partidos u opinión pública, puede suplantarse la falta de prueba de una hipótesis acusatoria. Toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia, y a ser tratada como inocente, mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley en un juicio que cumpla todas las garantías procesales, premisa que tiene vastas consecuencias en el proceso penal, la primera de las cuales implica que la acusación ha de probar la culpabilidad de la persona acusada. Y si existe una duda razonable, el acusado no puede ser declarado culpable.⁽¹⁹⁾

Refiriéndose a ese principio, Taruffo⁽²⁰⁾ sostiene que una justicia no arbitraria debe basarse en alguna medida en la verdad, esto es, en juicios sujetos a verificación empírica. Está claro, en cambio, que una justicia "sin verdad" equivale a un sistema de arbitrariedad en el que no existen garantías sustanciales ni procesales. Cualquier retroceso en esta materia implica una retrogradación de siglos a la tradición inquisitiva incompatible con el Estado de Derecho.⁽²¹⁾ La conquista del derecho de oponer la verdad al poder es

(17) Ver Carrara, 1986, II, 2, 150.

(18) FERRAJOLI, 1997:182- nota 28-, 184-nota 32-, y 544.

(19) Ver Comité de Derechos Humanos, Observación General 13, párr. 7, donde se expresa que "en virtud de la presunción de inocencia, la carga de la prueba recae sobre la acusación y el acusado tiene el beneficio de la duda. No puede suponerse a nadie culpable a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable".

(20) TARUFFO, 2002: 69.

(21) Ver BINDER, ALBERTO M., "La fuerza de la inquisición y la debilidad de la República", *Revista Política Criminal Bonaerense*, n° 1, p. 244. Ver también www.inecip.org.

resultado de un largo proceso de elaboración de las formas racionales de la prueba y la demostración: cómo producir la verdad, en qué condiciones, qué formas han de observarse y qué reglas deben aplicarse son cuestiones profundamente implicadas con la conquista de los derechos fundamentales de las personas.⁽²²⁾ Por ello, la comparación de las normas actuales con las de la inquisición no es ociosa, pues demuestra que no son nuevas formas de legislar sino que constituyen prácticas conocidas desde la antigüedad cuyo destierro le tomó siglos de sufrimiento a la humanidad y que ahora se intenta echar por tierra.⁽²³⁾

Desde esa perspectiva, cabe remarcar que no se trata de una mera regla de interpretación dirigida al juzgador sino de un derecho fundamental de las personas frente al Estado (art. 18 CN y art. 8º, inc. 2, CADH), cuyo contenido esencial no es disponible por el legislador, que en todo caso ha de respetarlo, pues la interdicción de la condena dubitativa forma parte del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia del que constituye el núcleo.⁽²⁴⁾

La importancia de tales afirmaciones merece ser destacada en un modelo de derecho penal que frente al arbitrio punitivo opone los ideales de racionalidad y certeza. Ferrajoli⁽²⁵⁾ explica que el *favor rei* funciona como una norma de clausura del modelo de derecho penal informada por la certeza y la razón, que no sólo permite sino que exige intervenciones potestativas y valorativas de exclusión o de alteración de la responsabilidad penal cada vez que subsiste incertidumbre en cuando a los presupuestos cognoscitivos de la pena. A este criterio son referibles instituciones como la presunción de inocencia, la carga de la prueba a cargo de la acusación, el principio *in dubio pro reo*, la absolución en caso de incertidumbre sobre la verdad fáctica y, por otro lado, la analogía *in bonam partem*, la interpretación restrictiva de los supuestos típicos penales y la extensiva de las circunstancias eximentes o atenuantes en caso de dudas sobre la verdad jurídica. Se trata de una discrecionalidad dirigida no a extender,

(22) Ver DRAPER, 1876. Ver también Vasallo, Laura, 2001.

(23) Carrara decía que no es cierto que los libros del proceso inquisitivo "...sean inútiles, por el contrario, son utilísimos como recuerdo histórico para demostrar cuáles son los sistemas a que nos quieren hacer regresar ciertos contemporáneos..." (1986: 304).

(24) Ver TOMÁS y VALIENTE, 1987:9.

(25) FERRAJOLI, 1997:105 y 106.

sino a excluir o reducir la intervención penal en cuanto no motivada por argumentos cognoscitivos seguros.

El profesor de la Universidad de Camerino continúa sosteniendo que la certeza de que ningún inocente sea castigado viene garantizada por el principio *in dubio pro reo*, que expresa el sentido de la presunción de no culpabilidad del imputado hasta prueba en contrario: es necesaria la prueba —es decir, la certidumbre— no de la inocencia sino de la culpabilidad, sin tolerarse la condena sino exigiéndose la absolución en caso de incertidumbre. La incertidumbre es en realidad resuelta por una presunción legal de inocencia a favor del imputado precisamente porque la única certidumbre que se pretende del proceso afecta a los presupuestos de las condenas y de las penas, y no a los de las absoluciones y de las no penas. En un proceso inquisitivo, la certeza perseguida es que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente pueda ser castigado. En cambio, la certeza perseguida por un modelo como el consagrado constitucionalmente está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune. Se entiende de esa modo como el *in dubio pro reo* es un corolario del *favor rei* frente al criterio opuesto, esto es *in dubio contra reum*.

Tal formulación se refuerza con lo dispuesto por el Estatuto del Tribunal Penal Internacional. En efecto, el art. 66 de las normas de Roma dan contenido a la presunción de inocencia a través de tres categorías, estableciendo en primer lugar que “Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable” (inc. 1°). En segundo lugar establece que “Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado” (inc. 2°). Y finaliza ordenando que “Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable” (inc. 3°). Es a todas luces ostensible que el principio *in dubio pro reo* fue previsto en toda su extensión probatoria, especialmente a través del inciso citado en último término, lo que no resulta un dato anecdótico o meramente informativo para nuestro país, puesto que sin perjuicio de resaltar la legitimidad que deviene del hecho de que dicho Tratado fue ratificado por la mayoría de la comunidad internacional, debe remarcarse especialmente en orden a la legalidad que la República Argentina fue uno de los primeros países en ratificarlo,⁽²⁶⁾

(26) La ratificación data del 08/01/1999.

dictando posteriormente las leyes internas de aprobación (ley 25.390),⁽²⁷⁾ de acuerdo sobre los privilegios e inmunidades de la Corte Penal Internacional (ley 26.193),⁽²⁸⁾ y de implementación del Estatuto⁽²⁹⁾ (ley 26.200).⁽³⁰⁾ Por ende, si alguien hipotéticamente pensara que el principio en estudio no fue receptado constitucionalmente, en contra de la tradicional interpretación que se otorgó al art. 18 CN, no cabe duda que su fundamentación podría realizarse sin esfuerzo con base en el Estatuto de Roma, por aplicación del principio *pro homine*, según el cual “la vigencia simultánea en un Estado de diversas normas internacionales o internas con distinto nivel de exigencias al Estado supone sumar acumulativamente todas ellas”.⁽³¹⁾

2.5.

Sin perjuicio de ello como así también del apuro legislativo que resulta de la confusión entre lo urgente y lo importante, creemos que una importante razón paralela se encuentra en la fuente extranjera consultada para la reforma del delito de portación de armas. Para nada se critica la consulta de antecedentes foráneos pero nunca debe olvidarse que cada derecho positivo se halla inmerso en un contexto legislativo y constitucional diferente que a veces torna inaplicables instituciones que lucen coherentes en el país de origen. En principio, debe destacarse que la norma sancionada en nuestro país es diferente a la legislación española⁽³²⁾ que dice consultar,

(27) BO, 23/01/2001.

(28) BO, 27/12/2006.

(29) Ver ALVAREZ, 2007:480.

(30) BO, 09/01/2007.

(31) Ver PINTO, 1997:163, donde se explica que “el principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanente al ejercicio de los derecho so su suspensión extraordinaria”.

(32) Ley Orgánica 10/1995, Código Penal Español. “Capítulo V. De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones y explosivos y de los delitos de terrorismo. Sección I. De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos. Art. 563: La tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas, será castigada con la pena de prisión de uno a tres años. Artículo 564.1. La tenencia de armas de fuego reglamentadas, careciendo de las licencias o permisos necesarios, será castigada: Con la pena de prisión de uno a dos años, si se trata de armas cortas. Con la pena de prisión de seis meses a un año, si se trata de armas largas. 2. Los delitos previstos en el número anterior se castigarán, respectivamente, con las penas de prisión de dos a tres años y de uno a dos años, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: Que las armas carezcan de marcas de fábrica o de número, o los

pues no es lo mismo decir “por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor **resultare evidente** la falta de intención de usar las armas portadas con fines ilícitos” (art. 189 *bis*, sexto párrafo, CP Argentino), que “por las circunstancias del hecho y del culpable **se evidencie** la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos” (art. 565, CP Español).

La ostensible mutación de palabras produce consecuencias jurídicas distintas, pues en el primer caso “evidente” equivale a certeza como resultado de las premisas valorativas indicadas por la norma (antecedentes personales y circunstancias del hecho), mientras que en el segundo supuesto esas mismas premisas son consideradas como cauces legales para llegar a la conclusión de falta de intención, por lo cual “se evidencia” equivale a camino o vía legal y significaría “surja de”. La palabra evidencia aparece entonces utilizada en dos sentidos diversos: en el texto español como prueba o camino probatorio para llegar al juicio de reproche, mientras que en el texto argentino indica determinada calidad del resultado conseguido a través de esos cauces de convicción. En otras palabras, a través de esas “evidencias” se debe llegar a un resultado “evidente”. La diferencia marcada es importante porque si bien subsiste la tacha de inconstitucionalidad por la referencia a las condiciones personales, por lo menos no se viola el principio de duda al no exigir un grado de certidumbre constitucionalmente prohibido.

2.6.

Tampoco pueden obviarse ciertas peculiaridades del ordenamiento jurídico español, que coadyuvan para explicar las razones por las cuales una norma con ese origen deja de lado el principio *in dubio pro reo*, circunstancia que no fue advertida por el legislador argentino al consagrar similar solución legal. En la cultura jurídica española, esa garantía no fue estimada como exigencia constitucional sino hasta hace pocos años, habiendo sido hasta entonces considerada como un mero principio procesal sin bases constitucionales.

Bacigalupo⁽³³⁾ informa que, en la historia del Derecho español, el principio sufrió una evolución semejante a la del resto de Europa, aunque lo cierto es que su reconocimiento es relativamente reciente, concibiendo de modo

tengan alterados o borrados. Que hayan sido introducidas ilegalmente en territorio español. Que hayan sido transformadas, modificando sus características originales. Art. 565. Los Jueces o Tribunales podrán rebajar en un grado las penas señaladas en los artículos anteriores, siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable se *evidencie* la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos.”

(33) BACIGALUPO, 1994:15.

diferente la presunción de inocencia a la que se amputa expresamente el principio *in dubio pro reo*. En el mismo sentido, Jaen Vallejo⁽³⁴⁾ admite que durante mucho tiempo el principio quedó reducido a una simple regla de interpretación que carecía de carácter sustantivo, extremo que también fue jurisprudencialmente reconocido, tal como dijera el Tribunal Supremo Español en el "caso Banesto"⁽³⁵⁾. La cuestión empezó a cambiar a partir de Dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU de 20/07/2000, donde luego de analizar la legislación y práctica españolas —que inveteradamente negaban recursos ante tribunales superiores al desconocer el rango constitucional del principio de duda— se estableció que "la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, art. 14, del Pacto Europeo". En los últimos tiempos y por esa razón, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han ido extendiendo la casación y el amparo, respectivamente, a la posibilidad de revisión de la aplicación del principio *in dubio pro reo* por el órgano *a quo*, al menos en lo que a su dimensión normativa se refiere. Pasó de ser considerado una regla interpretativa del juzgador a un derecho fundamental del individuo, que a raíz de su consagración en la Constitución española de 1978 se proyecta como límite de la potestad legislativa.⁽³⁶⁾

Por el contrario, en Argentina, si bien existen serios problemas con el acceso a los tribunales superiores, no se desconoce la naturaleza constitucional del principio,⁽³⁷⁾ que es una derivación necesaria del principio de inocencia, puesto que cuando el art. 18 CN dispone categóricamente que ningún habitante de la Nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le imputan hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme.

(34) JAEN VALLEJO, MANUEL, "La compatibilidad de la casación penal española con los convenios internacionales sobre derechos fundamentales", en www.unifr.ch/derechopenal/articulos. También del mismo autor: "Los principios de la prueba en el proceso penal español", en www.unifr.ch/derechopenal/articulos

(35) Tribunal Supremo Español, Sala en lo penal, "caso Banesto" sentencia n° 867/02, 29-7-02. La postura anterior puede confrontarse con la STS del 31-1-1983, entre otras.

(36) Ver TOMÁS y VALIENTE, op. cit., que expresa que antes de la Constitución Española de 1978 (art. 24.2) no existía en ese ordenamiento la presunción de inocencia ni como simple derecho subjetivo ni como derecho fundamental.

(37) Por todos: VÉLEZ MARICONDE, 1969, I, 324, II, 32.

2.7.

Lo expuesto puede ser graficado en inexorable y llamativa coincidencia con los manuales inquisitivos, donde se invierte completamente el principio de duda.

TABLA 1.

Certidumbre probatoria	Status	Solución sistema penal
	Culpable de portación de arma de guerra	3 años y 6 meses de prisión a 8 años y 6 meses de prisión. Más inhabilitación especial por doble tiempo de la condena.
Duda sobre la intención de usar el arma con fines ilícitos	Culpable de portación de arma de guerra	3 años y 6 meses de prisión a 8 años y 6 meses de prisión. Más inhabilitación especial por doble tiempo de la condena.
Certeza sobre la falta de intención de usar el arma con fines ilícitos (evidente)	Culpable de portación de arma de guerra sin finalidad de usarla con fines ilícitos	2 años y 4 meses de prisión a 5 años y 8 meses de prisión. Más inhabilitación especial por doble tiempo de la condena

3. Nullum crimen sine conducta

El problema planteado va más allá y en realidad es completamente diferente de los casos de responsabilidad objetiva usualmente criticados por la doctrina penal, puesto que no se trata de fundar o agravar la responsabilidad penal por hechos de terceros que de alguna manera están vinculados con la producción del hecho criminal, sino que se relaciona con la conducta posterior del juez al valorar la prueba. Queda entonces al descubierto que ninguna acción se le reprocha al imputado y esto es contrario a la concepción primaria del delito como acción típica, antijurídica y culpable. Mucho se ha discutido sobre el concepto de acción a los fines de la teoría del delito, la mayoría de las veces sin consecuencias prácticas relevantes sobre la generalidad de los sujetos pasivos del sistema penal. Sin embargo, en supuestos como el presente, cobra importancia el concepto de acción para exigir que ese comportamiento deba por lo menos tener alguna conexión fáctica con el hecho imputado. De ninguna manera puede construirse la conducta punible con la mera referencia a un estado de convicción probatorio del juzgador, que obviamente es posterior y nada tiene que ver con la producción del delito.

Si bien participamos de la idea de que el concepto de acción es jurídico y como tal es construido por el Derecho Penal, lo cierto es que hay límites ónticos a la construcción jurídico penal. Como enseñan Zaffaroni, Alagia y Slokar⁽³⁸⁾ el legislador no puede inventar un dato del mundo, tomando como existente lo que no lo es. En el caso se toma un elemento cognoscitivo que recién va a existir como tal en un juicio posterior, pues es obvio que los grados de certeza probatorios exigidos por las normas en análisis solamente aparecen después, en el proceso posterior, y en cabeza del juez que realizará ese acto jurisdiccional. Ya en el plano de la tipicidad, no se reprocha una exteriorización de voluntad productora de un resultado lesivo sino que hace referencia a un comportamiento ajeno, absolutamente externo al sujeto, que de ninguna manera puede dominar pues es posterior, a punto tal que impide cualquier clase de conexión racional con la conducta originaria. En definitiva, ello tiene lugar por la inexistencia de una *lex praevia* en sentido material, pues si bien la reforma hace pensar que formalmente existe una ley, lo cierto es que no tiene tal calidad material la que hace depender irracionalmente la pena fijada de una conducta posterior y ajena, resultando claro que esa forma de legislar configura un modo de afectación del recaudo constitucional. Se trata de una plural afectación de garantías constitucionales, dado que a un defecto de estricta jurisdiccionalidad, que atañe a la carencia de las garantías procesales que permiten la decisión de la verdad fáctica, se suma otro de estricta legalidad, que se refiere a la carencia de las garantías penales que permiten la decibilidad de la verdad jurídica.⁽³⁹⁾ La Constitución debe imponerse, pues precisamente las garantías estructurales cuya afectación se describe son aquellas que diferencian al derecho penal en el “estado de derecho” del derecho penal de los estados simplemente “legales”, en los que el legislador pretende ser omnipotente, sin ningún límite sustancial a la primacía de la ley.⁽⁴⁰⁾

4. Las autonomías provinciales

Las explicaciones anteriores ponen de manifiesto otro conflicto de orden constitucional. Ya se vio que la normas analizadas no prescriben conductas punibles que puedan ser integradas en el tipo objetivo, dado que en

(38) ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, 2000, 394.

(39) Ver FERRAJOLI, 1997:108/109.

(40) Ver FERRAJOLI, 1997: 379.

rigor de verdad su realización sólo puede tener lugar con posterioridad al hecho investigado, cuando el juez debe analizar la prueba reunida para determinar si resulta "evidente" la falta de intención de utilizar el arma con fines ilícitos en el caso de la portación. Por otra parte, esa operación interpretativa para verificar la aptitud de la prueba para llegar a uno u otro estado de ánimo probatorio sólo puede ser realizada por el juez, esto es una actividad jurisdiccional que como tal impide que pueda ser atrapada por el tipo subjetivo, razón por la cual el agente nunca podrá dirigir voluntariamente una conducta que no se dirige al imputado. Además, es obvio que un análisis jurídico de esas características solamente puede realizarse en el curso de un procedimiento judicial por el momento y el sujeto que la lleva a cabo. Estas tres razones, aunadas al hecho sustancial de que configuran reglas de valoración probatoria, permiten sostener la naturaleza procesal de tales normas, no debiendo producir confusión alguna el hecho de que se encuentren insertas en el Código Penal.

Esta situación conlleva su pertinente tacha de inconstitucionalidad en atención a la organización institucional nacional según la cual corresponde al Congreso Nacional el dictado del código penal, mientras que el de los códigos procesales se encuentra reservado a las provincias como poder no delegado (arts. 75, inc. 12, 121, 122 y 123, CN).⁽⁴¹⁾ No cabe duda alguna que el legislador nacional ha invadido una materia expresamente reservada a las legislaturas provinciales, de un modo no admitido por la Constitución Nacional, ya que le ordena a los jueces provinciales determinadas aplicaciones procesales del Código Penal. Este doble orden de competencias solamente puede ser alterado a título excepcional por el legislador nacional siempre que implique la consagración de garantías procesales mínimas acordes con la propia Constitución y los convenios internacionales de derechos humanos reconocidos en el art. 75, inc. 22, de nuestra Carta Magna.⁽⁴²⁾ Como también ya fue puesto de resalto, las normas cuestionadas, muy por el contrario, se apartan y violan expresamente las garantías mínimas consagradas en los instrumentos internacionales, circunstancia que impide aplicar la norma de excepción.

(41) Ver GONZÁLEZ CALDERÓN, 677; y Gelli, 2006:68.

(42) Ver ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, 2000:158/160.

5. Alternativas: el fallo "Vega Giménez"

5.1.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el alcance que corresponde otorgar al término "inequívocamente" del art. 14 de la ley 23.737, en la causa "Vega Giménez".⁽⁴³⁾ Recordemos que en llamativa coincidencia con las normas analizadas al comienzo, la tenencia de estupefacientes para uso personal exige una certeza aparentemente incompatible con el principio *in dubio pro reo*.⁽⁴⁴⁾ Al respecto, el más alto Tribunal del país estimó:

"La exigencia típica de que la tenencia para uso personal deba surgir inequívocamente de la 'escasa cantidad y demás circunstancias', no puede conducir a que si el sentenciante abrigara dudas respecto del destino de la droga quede excluida la aplicación de aquel tipo penal y la imputación termine siendo alcanzada por la figura de tenencia simple, tal como sostuvo el tribunal apelado. **Semejante conclusión supone vaciar de contenido al principio *in dubio pro reo*** en función del cual cabe dilucidar si, con las pruebas adquiridas en el proceso, puede emitirse un juicio de certeza sobre que la finalidad invocada de ninguna manera existió. Lo contrario deja un resquicio a la duda, tratándose, cuanto mucho, de una hipótesis de probabilidad o verosimilitud, grados de conocimiento que no logran destruir el estado de inocencia del acusado con base en aquél principio (art. 3 del Código Procesal Penal de la Nación). La valoración de los hechos o circunstancias fácticas alcanzadas por el *in dubio pro reo* incluye también los elementos subjetivos del tipo penal, cuya averiguación y reconstrucción resulta imprescindible para aplicar la ley penal. La falta de certeza sobre estos últimos también debe computarse a favor del imputado. De allí que, ante la proposición que afirma que no se pudo acreditar la finalidad de consumo personal, puede postularse que también es formalmente

(43) CSJN, V. 1283. XL., "Vega Giménez, Claudio Esteban s/ tenencia simple de estupefacientes, causa N° 660", sentencia del 27/12/2006.

(44) El art. 14 de la ley 23.737 establece: "Será reprimido con prisión de 1 a 6 años y multa de...el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere *inequívocamente* que la tenencia es para uso personal".

cierto que no se pudo acreditar que esa finalidad no existiera; y esta conclusión, *favor rei*, impide el juicio condenatorio que sólo admite la certeza. En tales condiciones, el estado de duda presente en el ánimo del juzgador —tal como admitió el tribunal apelado— no pudo nunca razonablemente proyectarse —como hizo— en certeza acerca de que se trató de una tenencia simple o desprovista de finalidad".

5.2.

El art. 14 de la ley 23.737 forma parte de esa clase de normas donde no se describen conductas sino que la diferente configuración del tipo subjetivo responde al estado de convicción probatorio del juez, ya que la menor pena depende de que el juez estime "inequívocamente" que la finalidad de la tenencia de estupefacientes es para uso personal. Una interpretación literal y aislada del tipo legal conduce a sostener que la existencia de una duda razonable no torna aplicable la menor pena, pues la figura exige un estándar probatorio más elevado al requerir que sea una finalidad inequívoca. La ley parecería exigir un estado de certidumbre incurso en la certeza, pues el término "inequívoco" significa que no admite duda o equivocación.⁽⁴⁵⁾ En ese contexto gramatical sería difícil llegar a la conclusión de que la finalidad es inequívoca cuando la decisión se tome como consecuencia del *in dubio pro reo* que precisamente supone hipótesis dudosas y por ende equívocas. Decimos que una exégesis de ese tipo es aislada porque prescinde de considerar la presunción de inocencia y por consiguiente el principio *in dubio pro reo* restringiendo su alcance al de mera regla o principio probatorio que puede ser derogado por disposición del legislador. Aún sin aclararlo expresamente, esa fue la postura seguida por el Tribunal de grado en el caso citado.

La Corte Suprema se encontraba ante un grave dilema. Podía afrontar directamente el agravio federal que implicaba el evidente desconocimiento del principio constitucional de la presunción de inocencia y su lógica consecuencia que consagra el *in dubio pro reo* mediante el expediente de considerar inconstitucional la ley citada, o podía intentar una interpretación conciliadora que dejara vigentes a ambas normas. Prefirió seguir este segundo camino, aclarando que el término "inequívocamente" no puede ser entendido tan rigurosamente que implique vaciar de todo contenido a las normas

(45) Ver Diccionario de la Real Academia Española, t. II, p. 1161, 21da. ed., 1992.

constitucionales afectadas. Es decir que reafirma y fortalece la presunción de inocencia, ya que cualesquiera que fuera la interpretación que pueda otorgarse al término contemplado en la ley penal, nunca puede derogar normas de jerarquía superior. Las meras probabilidades que dejan resquicios de duda siempre deben ser resueltas a favor del imputado y nunca en su contra, ya que la carga de la prueba pesa sobre la acusación y no sobre la defensa. Lo contrario implicaría la adopción del principio *in dubio contra reo*, constitucionalmente inadmisibles. En conclusión, cuando las circunstancias de hecho arrojen dudas o falta de certeza sobre la finalidad de la tenencia, corresponde concluir que la tenencia de estupefacientes era para consumo personal, resultando acreedor de ese modo a la escala punitiva de menor gravedad.

Tales consideraciones pueden sin duda extrapolarse al delito de portación de armas estudiado, configurando de ese modo una alternativa viable para superar las objeciones constitucionales detectadas. Cualesquiera que fuere la interpretación que quepa acordar a los términos “portación de un arma de fuego con evidente falta de intención de utilizarla con fines ilícitos” (189 *bis*, inc. 2, sexto párrafo, CP), no se puede en ningún caso vaciar de contenido a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* contenidos en el art. 18 CN. La Corte ensayó una formulación negativa de la norma, pues no establece cual es la interpretación obligatoria, sino que nos dice cual no puede ser una interpretación constitucionalmente admisible. Ello obliga a superar la mera literalidad del texto legal para armonizarlo con normas de rango superior. En los hechos, cuando en el proceso exista una insuperable situación de duda con respecto a la intención de utilizar el arma con fines ilícitos, le será vedado al intérprete hacer jugar esa duda en contra del inculpado, aun cuando el texto legal pareciera indicar lo contrario, pues esa literalidad debe ser enmarcada en el inevitable contexto constitucional. Las consecuencias de ello serán que la portación deberá ser calificada como atenuada, correspondiendo aplicar la reducción punitiva contemplada en el párrafo quinto, inc. 2° del art. 189 *bis*, CP.

6. Conclusiones

En base a los fundamentos precedentes se concluye que los tipos penales que no describen conductas del agente sino que se refieren a estados de convicción del juzgador con respecto a la prueba, con el fin de establecer una mayor severidad punitiva, son inconstitucionales por violar la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, los principios de

legalidad y culpabilidad, como así también las autonomías provinciales y el principio de igualdad (arts. 16, 18 y 75, inc. 12, CN). En consecuencia, afecta gravemente la Constitución Nacional la figura de portación de arma de fuego con evidente falta de intención de utilizarla con fines ilícitos (art. 189 bis, inc. 2, sexto párrafo, CP), en su mera literalidad, lo que torna necesario una interpretación sistemática respetuosa de las normas constitucionales de rango superior. Por ende, si existen dudas razonables sobre la intención de utilizar el arma con fines ilícitos, deberá aplicarse igualmente la figura atenuada.



Bibliografía

- ALVAREZ, ALEJANDRO E., “The Implementation of the ICC Statute in Argentina”, en *Journal of International Criminal Justice*, 2007 5 (2), p. 480/492, Oxford University Press.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*, Bs. As., Ad-Hoc, 1994.
- BINDER, ALBERTO M., “La fuerza de la inquisición y la debilidad de la República”, en *Revista Política Criminal Bonaerense* n° 1, Ver también www.inecip.org.)
- CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *La prueba en el proceso penal*, Bs. As., Depalma, 1994.
- CARRARA, FRANCESCO, *Programa de Derecho Criminal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1986.
- DE LA FUENTE, JAVIER, y SALDUNA, MARIANA, “Régimen penal de las armas y explosivos”, en *Reformas penales*, Donna, Edgardo (dir.), Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- DRAPER, JUAN GUILLERMO, “Historia de los conflictos entre la religión y la ciencia”, Madrid, 1876. Disponible en <http://www.filosofia.org/aut/dra/per08.htm>
- ESER, ALBIN, y BURKHARDT, BJÖRN, “D. P”.., España, Madrid, 1995.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 1997.
- GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN A., *Derecho Constitucional*, Kraft, 1943.
- GELLI, ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada*, La Ley, 2006.
- JAEN VALLEJO, MANUEL, “La compatibilidad de la casación penal española con los convenios internacionales sobre derechos fundamentales”, en www.unifr.ch/derechopenal/articulos. Y “Los principios de la prueba en el proceso penal español”, en www.unifr.ch/derechopenal/articulos.
- LANDEVIN, JULIÁN H., “Portación de antecedentes penales: un agravante inconstitucional (art. 189 bis, inc. 2° in fine, CP)”, en “Doctrina Judicial”, *La Ley*, 05/10/2005, p. 363;
- “Derecho Penal de Acto vs. Derecho Penal de Autor” (nota a fallo), en *El Derecho Penal*, nov. 2006, n° 11, p. 5.

"*Veritas non auctoritas facit iudicium*" Sobre la relación entre el principio "*In dubio pro reo*" y los delitos de robo con armas, portación de armas de fuego y tenencia de estupefacientes (arts. 166, 2°, y 189 bis, inc. 2°, CP, y art. 14 de la ley 23.737), en *Revista de Derecho Penal, Delitos de Peligro-II*, Rubinzal Culzoni, 2008, p. 363.

"Vinculaciones entre prueba, crimen y pena en el procedimiento inquisitivo", en www.dial.com del 15/7/2008, Sup. Administración de Justicia.

MIR PUIG, Santiago, "Sobre el principio de culpabilidad", en *El poder penal del Estado*, Depalma, Bs. As., 1985.

NUÑEZ, RICARDO C., *Tratado de Derecho Penal*, Lerner, Bs. As., 1987.

PINTO, MÓNICA, "El principio *pro homine*", en AAVV, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Bs. As., 1997.

TARUFFO, MICHELE, *La prueba de los hechos*, Trotta, Barcelona, 2002.

TERÁN LOMAS, ROBERTO A. M., *Derecho Penal. Parte general*, Depalma, Bs. As., 1980.

SOLER, SEBASTIÁN, actualizado por Fierro, Guillermo, *Derecho Penal Argentino*, Tea, Bs. As., 1992.

TOMÁS y VALIENTE, FRANCISCO, "*In dubio pro reo*", libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, mayo-agosto 1987, p. 9/32.

VASALLO, LAURA, "Historia de la verdad: lógica y fundamentos de la prueba en el Derecho Procesal Penal", en *Doctrina Judicial*, t. 2001-3, p. 922.

VÉLEZ MARICONDE, *Derecho Procesal Penal*, Lerner, Bs. As. 1969.

ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A., y SLOKAR, A., *Derecho Penal*, Bs. As., Ediar, 2000.

Algunas consideraciones sobre la asociación ilícita⁽¹⁾

DIEGO ERNESTO LAMMOGLIA⁽²⁾



1. Consideraciones previas

El presente trabajo tiene como objeto indagar en general respecto de la problemática que presentan los delitos de peligro abstracto y en particular sobre la figura de la asociación ilícita.

En ese sentido el análisis de la figura de asociación ilícita requiere una necesaria confrontación con principios constitucionales que podrían estar en juego, a saber: lesividad, legalidad y proporcionalidad, a fin de determinar su legitimidad.

2. Los delitos de peligro

La doctrina actual se refiere a los delitos de peligro, ya sean de peligro concreto o abstracto, como consecuencia casi inequívoca de la denominada **sociedad de riesgo**.

En este modelo desarrollado por Ulrich Beck,⁽³⁾ básicamente se plantea que en la sociedad postindustrial se ha producido un cambio de potencial en los peligros actuales en relación a otras épocas,⁽⁴⁾ y se ha vuelto más

(1) Ponencia premiada en el Concurso Regional UNTucumán y Noroeste Argentino sobre Delitos de peligro. Jurado: Carlos Caramuti, Alicia Freidenberg y Ángela Ledesma.

(2) Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UNT.

(3) BECK ULRICH, *la sociedad de riesgo*, "Hacia una nueva modernidad", Barcelona, Paidós, 2006.

(4) MENDOZA BUERGO BLANCA, *El derecho penal en la sociedad de riesgo*, 2001, p. 25.

compleja la organización de relaciones de responsabilidad⁽⁵⁾ generando ambos una sensación de inseguridad subjetiva.⁽⁶⁾

La existencia de estos nuevos riesgos que generan una marcada sensación subjetiva de inseguridad social conlleva ínsita una demanda de respuestas por parte de la sociedad frente a esta realidad planteada. Desgraciadamente, estos reclamos tienen como primer interlocutor al derecho penal.

En este sentido, Mendoza Buergo⁽⁷⁾ señala: “Si la sociedad de riesgo, allí donde no puede negar los peligros, tiene una verdadera necesidad de minimizar la inseguridad, y esta necesidad se traduce en la tendencia a contener con la ayuda del derecho penal, la formación de delitos no consentidos en una etapa muy temprana de su desarrollo, excluyendo ya en fases anticipadas determinadas clases de comportamientos que podrían ser iniciadores de peligro”.

Sin embargo, aun cuando el fundamento sea el mismo, —atacar acciones potencialmente delictivas o no en una etapa previa a la ejecución a fin de resguardar un bien jurídico colectivo— el delito que va a ser objeto de análisis de este trabajo —la asociación ilícita— tiene partida de nacimiento de fecha anterior a la denominada sociedad de riesgo. Nació con un tinte marcadamente político y, a pesar de algunas variaciones, su redacción actual se mantiene fiel al texto de 1921.

A continuación haremos una breve reseña legislativa en relación a la asociación ilícita.

3. Breve referencia sobre los antecedentes de la asociación ilícita

El primer antecedente legislativo en nuestro país respecto de la figura de la asociación ilícita data de 1886 —Código Tejedor— en donde no se la tipificaba como un injusto individual y autónomo sino incluido en el capítulo dedicado a la autoría y participación.⁽⁸⁾

Del texto del mismo surgían como delito el complot y la banda. Esta última tenía algunos rasgos similares a la redacción actual de la figura de la asociación ilícita, caracterizándola de esta manera: si dos o más individuos

(5) MENDOZA BUERGO, *op. cit.*, p. 28.

(6) MENDOZA BUERGO, *op. cit.*, p. 30.

(7) MENDOZA BUERGO, *op. cit.*, p. 35.

(8) CASTEX F. (2209): *Contra Bucéfalo. “Asociación ilícita y principios constitucionales del Derecho Penal”*, Ah-Hoc, p. 179.

resolvían verificar conjuntamente delitos indeterminados, esta asociación constituía banda.⁽⁹⁾

Como delito autónomo, la asociación ilícita hace su aparición en el Proyecto del año 1891 en el art. 252, castigando a quien tomare parte en cualquier asociación o banda destinada a cometer delitos, y en el art. 253, a quien participare de cualquier otra asociación prohibida por la ley.

El Proyecto de 1906, preveía, en el art. 228, prisión de un mes a cinco años a quien tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos, por el solo hecho de ser de la asociación. Ziffer⁽¹⁰⁾ aclara que esta es la redacción adoptada en el Código sancionado en 1921.

Dicha redacción sufrió modificaciones cuando, mediante la ley 17.567 (1968), se suprimió la palabra banda, acepción que fue repuesta cuando se volvió al texto originario de 1921, por ley 20.509.

En 1974⁽¹¹⁾ se modifica, aumentando la escala penal de tres a diez años, y se agrega el párrafo dedicado a jefes y organizadores.

4. La redacción actual del art. 210

El Código Penal vigente tipifica la asociación ilícita en los siguientes términos:

“Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años al que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos, por el solo hecho de ser miembro de la asociación.

Para los jefes u organizadores de la asociación, el mínimo de la pena será de cinco años de prisión o reclusión”.⁽¹²⁾

5. Su caracterización como delito de peligro abstracto

Para caracterizar a la asociación ilícita como delito de peligro abstracto vamos, en primer lugar, a realizar algunas consideraciones específicas respecto de esta categoría de delitos.

La clásica división o categorización de los delitos los clasifica en:

a) delitos de resultado o daño y b) delitos de peligro. Dentro de esta última, los subdivide en delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto.

(9) CORNEJO ABEL, *Asociación Ilícita*, Ad-Hoc, 1992, pp. 21 y 22.

(10) ZIFFER PATRICIA (...), *Asociación Ilícita*, Ad-Hoc, p. 22.

(11) Ley 20.642 (BO 29/01/1974).

(12) Código Penal, Bs. As., Zavalía, 2010, p. 84.

En los primeros —delitos de resultado—, el bien jurídico tutelado efectivamente ha sido afectado, lesionado. En sentido opuesto, en los delitos de peligro no hay afectación del mismo sino solo puesta en peligro de manera concreta y verificable o abstracta como mera hipótesis de peligro supuesta por el legislador.

Baigún refiere al respecto que la división entre delitos de daño o lesión y delitos de peligro tiene como base el grado de energía de la acción que provoca el deterioro del bien jurídico protegido. En este sentido, si el resultado es la destrucción total o parcial del bien, estamos en presencia de un delito de daño; si solo alcanza la posibilidad de producirlo, nos hallamos ante un delito de peligro.⁽¹³⁾

La determinación del **peligro** tiene fuentes distintas de acuerdo a si el tipo penal ha sido concebido como de peligro concreto o abstracto.

En los delitos de peligro concreto, la potencialidad lesiva de la acción es requisito del tipo y debe ser inmediata y verificable.⁽¹⁴⁾ Es decir que si mediante un análisis *ex-post* el juzgador llega a la conclusión que no se puso en peligro el bien jurídico, la acción deviene atípica.⁽¹⁵⁾

Diferente es la situación en los delitos de peligro abstracto en donde no se requiere un análisis *ex-post* para verificar la existencia del riesgo de la lesión para el bien jurídico, sino que el mismo viene dado normativamente por creación legislativa, es decir, el peligro es la *ratio legis* del tipo en cuestión.

Desde esta perspectiva ya pueden avizorarse los problemas que se plantean con la categoría de peligro abstracto a los que nos referiremos a continuación.

En primer lugar, no se requiere lesión ni peligro cierto y verificable para el bien jurídico. Tampoco se requiere causalidad, entendida como la relación entre la acción "peligrosa" y el efectivo riesgo de lesión.⁽¹⁶⁾

(13) BAIGÚN D., *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Bs. As., B. de F., 2007, p. 19.

(14) Gonzalo Fernández en Baigún, *op. cit.* "...la creación del peligro o, si se prefiere, la creación de la relación de riesgo, debe ser verificada a través de un juicio de peligro, un juicio de comprobación causal hipotética...".

(15) Al respecto Baigún, *op. cit.*, p. 19, afirma que "lo concreto es la unidad de lo diverso y comprende inexorablemente las relaciones entre los fenómenos. No se concibe un fenómeno sin que aparezca la conexión con otro. No se concibe el daño potencial sin la situación de riesgo anterior...".

(16) LANUSSE, P., 2000, "El bien jurídico protegido y los delitos de peligro abstracto" *Microjuris*: Cita: MJ-DOC-1346-AR - ED, 187-1255 - MJD1346. Al respecto: "La acción ya es típica cuando

En segundo lugar, el aspecto subjetivo del tipo (dolo) en los delitos de peligro abstracto es una presunción que, en razón a la estructura abstracta y al no admitir verificación, se torna irrefutable.

En otras palabras, al consumarse el delito con la mera concreción de lo descripto como peligroso, sin verificar si hubo siquiera potencialidad de peligro de daño o, peor aún, de peligro de peligro, se da por sentado que el supuesto autor por lo menos actuó con dolo eventual, cercenándole la posibilidad de demostrar lo contrario.

En tercer lugar, y como uno de los puntos más vulnerables a la crítica, se encuentra la caracterización de los delitos de peligro abstracto como tipificación de acciones que normalmente no serían punibles por su carácter de actos preparatorios.

No cabe duda que, de acuerdo a las características de la estructura típica del delito de asociación ilícita, es un supuesto de peligro abstracto. En la misma se pone en evidencia un claro adelantamiento punitivo a actos preparatorios, se presume el dolo, y se agota la consumación del tipo sin verificación siquiera de potencial peligrosidad de lesión para el bien jurídico.

Es evidente entonces que las figuras de delito abstracto son harto problemáticas si se las analiza a la luz de las categorías dogmáticas clásicas y desde las garantías mismas.

A continuación, ya entrando en el análisis de la asociación ilícita, vamos a referirnos al bien jurídico tutelado por dicho tipo penal.

6. Asociación ilícita y bien jurídico: el orden público

De acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia, el bien jurídico tutelado por el art. 210 del CP es el orden público, entendido como sinónimo de paz pública o paz social.

Donna⁽¹⁷⁾ afirma que lo que se protege cuando se habla de orden público es la paz pública, "en tanto sentimiento que tiene la generalidad de seguridad en el derecho y la fidelidad al orden normativo, en cuanto a la continuación y estado de la paz social"

es idónea para causar un peligro, coincidiendo el momento consumativo con el de la conducta propiamente dicha, careciendo de relevancia que el resultado peligro se produzca".

(17) DONNA A., Derecho Penal. Parte Especial, t. II-C, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 277.

Ziffer⁽¹⁸⁾ expresa que tranquilidad pública y orden público se presentan como conceptos con contenidos equivalentes. Aun así, para la autora la idea de tranquilidad refleja fielmente el aspecto de alarma colectiva considerado como fundamento de la punibilidad de la asociación ilícita.

Cornejo⁽¹⁹⁾ adhiere a las posturas que al orden público le dan el significado de tranquilidad pública, entendiendo que la misma se afecta cuando se altera la paz social provocando alarma colectiva.

La CSJN, en el fallo “Stancanelli”⁽²⁰⁾ interpreta los alcances del bien jurídico **orden público** cuando dice: “...ya que el orden público al que se alude es sinónimo de tranquilidad pública o paz social, es decir, de la sensación de sosiego de las personas integrantes de una sociedad nacida de la confianza de que pueden vivir en una atmósfera de paz social...”.⁽²¹⁾

De las interpretaciones mencionadas colegimos que la idea **tranquilidad pública** es la que da real sustento al concepto de orden público, traduciéndose como paz social.

Esta interpretación trae aparejada una serie de cuestionamientos en relación a lo ambiguo y difuso que se torna este bien jurídico.

(18) ZIFFER, P., *El delito de asociación ilícita*, Bs. As., Ad-Hoc, 2005, p. 36.

(19) CORNEJO A., (1192), *Asociación ilícita*, Bs. As., Ad-Hoc, p. 36.

(20) Stancanelli, Néstor Edgardo y otro s/ abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público s/ incidente de apelación de Yoma, Emir Fuad, 20/11/2001. CSJN. Considerando sumamente ilustrativo respecto de la interpretación de la CSJN en este fallo, cito textualmente el considerando: “Finalmente, no cabe perder de vista que para elementos del delito que el a quo encuentra prima facie configurado, más allá de las sucesivas denominaciones del título del Código Penal que lo incluye “originariamente”, “delitos contra el orden público”, luego, “delitos contra la tranquilidad pública”, y finalmente, aquella denominación restituida”, deben reunir la virtualidad suficiente como para violar el bien jurídico que se intenta proteger, es decir, el orden público. Si bien es cierto que la comisión de cualquier delito perturba la tranquilidad, la seguridad y la paz pública de manera mediata, algunos “tales como los incluidos en el mentado título” la afectan de forma inmediata, ya que el orden público al que se alude es sinónimo de tranquilidad pública o paz social, es decir, de la sensación de sosiego de las personas integrantes de una sociedad nacida de la confianza de que pueden vivir en una atmósfera de paz social, por lo que los delitos que la afectan producen alarma colectiva al enfrentarlos con hechos marginados de la regular convivencia que los pueden afectar indiscriminadamente. En consecuencia, la criminalidad de éstos reside esencialmente, no en la lesión efectiva de cosas o personas, sino en la repercusión que ellos tienen en el espíritu de la población y en el sentimiento de tranquilidad pública, produciendo alarma y temor por lo que puede suceder”.

(21) En igual sentido “Sanzoni Emilio Oscar s/ Asociación Ilícita”, causa N° 4653, 12/09/2002, CSJN.

Partiendo de una concepción garantista en donde consideramos al bien jurídico desde su aspecto material y limitador, encontramos el primer obstáculo. La denominación paz social, tranquilidad pública u orden público, son denominaciones amplias, con significados poco precisos y sumamente abstractas que impiden la verificación de una real lesión al bien.

Pareciera que, en este sentido, la norma penal estaría protegiendo un sentimiento, cuestión claramente subjetiva desde el punto de vista individual y absolutamente indeterminada desde el punto de vista colectivo.

Ferrajoli afirma concretamente que los tipos asociativos son un caso claro de tutela de bienes indeterminados, utilizándose en estos casos términos "vagos, imprecisos o, lo que es peor, valorativos, que derogan la estricta legalidad de los tipos penales y brindan un amplio espacio a la discrecionalidad y a la 'inventiva' judicial".⁽²²⁾

El fallo Giraudi,⁽²³⁾ en el voto del Dr. Federico, trata expresamente la cuestión sobre la indeterminación del bien jurídico respecto de la asociación ilícita, señalando al "orden público" como una expresión equívoca.

De esta manera vemos que la razón de la existencia de la figura prevista en el art. 210 es, por lo menos, discutible en cuanto a que, al no ser unívoca la interpretación del concepto orden público, siempre habrá dudas si realmente se está afectando un bien o, en otros términos, dudas sobre qué es lo que se tutela.

(22) FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 475.

(23) Giraudi P. y otros, TOF N° 1 - 19/03/2003. Publicado en La Ley 2003-D, 27. El párrafo dice textualmente: "En cuanto al bien jurídicamente protegido, el orden público, como certeramente lo señalara el insigne jurista cordobés Ricardo Cayetano Núñez, es una expresión equívoca señalando a continuación las distintas acepciones de la que es susceptible y coincidiendo en este aserto con autores de la talla de Carrara, Soler, o Fontán Balestra, quienes coinciden en su preferencia por la denominación de tranquilidad pública dada la ambigüedad de la actual denominación y la equívocidad de las distintas significaciones jurídicas que pueden serle atribuidas. (Ver Núñez, t. V, p. 173, Bs. As., Lerner, 1971) Estamos ante una ley mal nacida que tuvo su origen en un atentado anarquista que tuviera como blanco el teatro Colón en 1910 y que pese a la prudencia con que fue aplicada por los tribunales nada pudo disimular la pretensión aviesa de incluir como delitos comunes las violaciones a la ley que presentaban una innegable raíz política, posteriormente se fue generalizando la utilización de esta figura como instrumento de persecución política. Como veremos más adelante esta situación se ha agravado significativamente en los últimos tiempos. Un amplio panorama de estas distintas acepciones e interpretaciones de lo que debiera entenderse por orden público, lo encontramos en la obra de Abel Cornejo, "Asociación ilícita y delitos contra el orden público" (Rubinzal-Culzoni, pp. 13 a 23) en que enuncia no menos de nueve autores con sus distintos puntos de vista. Otro tanto nos aporta el doctor Edgardo Donna ("Derecho Penal", t. II-C) quien señala no menos de seis versiones distintas de lo que debiera entenderse por "orden público".

Como puede observarse, el motivo del problema está en que los contornos del bien jurídico **orden público** entendido como tranquilidad pública o paz social son netamente difusos, característica propia de los bienes jurídicos colectivos, debilitando su carácter limitador del poder represivo y, ergo, debilitándolo como garantía de control del poder punitivo.

7. La asociación ilícita y el adelantamiento punitivo

Como lo señalamos anteriormente, la característica principal de los delitos de peligro abstracto está dada por la falta de lesividad, consumándose estos con la sola configuración de la descripción típica, sin ninguna verificación sobre la existencia de lesión.

La asociación ilícita es un claro ejemplo de esta categoría de delitos, adelantando la punición a actos previos al inicio de ejecución del delito.

En rigor, el art. 210 del CP describe esta circunstancia en la frase “por el solo hecho de ser miembro de la asociación”, anticipándose a cualquier exteriorización delictiva. Interviene directamente en la fase preparatoria de los delitos, ya sea en la concepción, la decisión o la preparación de una pluralidad de delitos.⁽²⁴⁾

Zaffaroni⁽²⁵⁾ considera que la captación por parte del derecho penal de actos meramente preparatorios como tipos autónomos no es admisible, considerando de constitucionalidad “harto dudosa” la figura de la asociación ilícita, ya que revela “una ampliación del ámbito de prohibición que no puede sostenerse sino en violación al principio de lesividad, y sin que a su respecto quepan legitimaciones basadas “en el peligro para todos los derechos y libertades que la organización democrática estatal trata de garantizar a toda la sociedad”.

Afirma Ziffer que existe acuerdo absoluto en la doctrina y jurisprudencia⁽²⁶⁾ argentina en cuanto a que en el delito de asociación ilícita se ha adelantado la punibilidad a actos preparatorios.⁽²⁷⁾

(24) Stancanelli, Néstor Edgardo y otro s/ abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público s/ incidente de apelación de Yoma, Emir Fuad, CSJN 20/11/2001.

(25) ZAFFARONI E., *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, 2000, p. 777.

(26) Ver Stancanelli, Néstor Edgardo y otro s/ abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público s/ incidente de apelación de Yoma, Emir Fuad, CSJN, 20/11/2001 y Sanzoni Emilio Oscar s/ Asociación Ilícita, CSJN, causa N° 4653.

(27) ZIFFER P., *El delito de asociación ilícita*, Bs. As., Ad-Hoc, 2005, p. 40.

En el mismo sentido, Cornejo⁽²⁸⁾ no duda que en el delito de “sociedad criminal” se pune un acto preparatorio, siendo éste una excepción al principio *cogitatum poenam nemo patitur*, en el sentido de que todos aquellos actos que no dieron inicio de ejecución del delito (actos preparatorios) no son punibles.

Como puede observarse, en este marco nos encontramos frente a una nueva dificultad de legitimación de la asociación ilícita, ya que la misma es un tipo autónomo por el cual se punen actos netamente preparatorios no lesivos, previos al inicio de ejecución de un delito, que por regla no son punibles.

Hasta este punto tenemos entonces dos obstáculos que surgen del análisis de la figura del art. 210 del CP: uno el bien jurídico ambiguo y desdibujado; el otro, la punición de actos preparatorios (actos impunes).

8. Primer test de constitucionalidad: lesividad

Ya hemos venido avizorando en puntos anteriores el carácter no lesivo de la figura de la asociación ilícita, que genera serias dificultades al derecho penal liberal, ya que uno de sus pilares es el principio de lesividad.

A fin de cotejar la constitucionalidad de este tipo penal y determinar si su carácter no lesivo legitima de alguna manera la figura, vamos a confrontarlo con el art. 19 CN, el cual, como sabemos, consagra el “principio de reserva” por el cual se limita la potestad punitiva del Estado, dejando fuera de su alcance todas aquellas conductas individuales que no afectan a terceros.

Para Castex, el art. 19 de la Constitución Nacional impide al *ius puniendi* del Estado entrometerse en nada que no lesione bienes jurídicos ajenos.⁽²⁹⁾

Coincidimos con este autor en cuanto a que la lesión debe ser efectiva o de un peligro concreto ya que el mero hecho de asociarse constituye un acto preparatorio muy lejano a la lesión.

También estamos de acuerdo con Castex cuando afirma que permitir la actuación penal del Estado cuando no hay afectación al bien jurídico sino meros acuerdos, ideas, pensamientos, despoja al bien jurídico de su valor inicial, es decir, como límite al poder punitivo del Estado.⁽³⁰⁾

(28) CORNEJO A., *Asociación ilícita*, Bs. As., Ad-Hoc, 1992, p. 68.

(29) CASTEX F., *Contra búcéfalo*, Bs. As., Ediar, 2009, p. 191.

(30) CASTEX F., *op. cit.*, p. 194.

En relación a la lesividad, la CSJN tiene dicho en Stancanelli que "...la criminalidad de éstos reside esencialmente, no en la lesión efectiva de cosas o personas, sino en la repercusión que ellos tienen en el espíritu de la población y en el sentimiento de tranquilidad pública, produciendo alarma y temor por lo que puede suceder".

Esta afirmación nos obliga a preguntarnos: si ese acuerdo de voluntades con pluralidad de planes delictivos no tiene trascendencia pública, ¿de qué repercusión estamos hablando? ¿Cómo puede alarmarse la sociedad si ni siquiera se enteró de la existencia de la sociedad ilícita?

En este sentido, el fallo mencionado condiciona al futuro juzgador ya que aun cuando se trate de un delito de peligro abstracto, deberá realizar un análisis *ex-post* a fin de determinar si realmente hubo alarma social, empujando de esta manera lo abstracto hacia lo concreto.

Ferrajoli⁽³¹⁾ es contundente en este punto cuando afirma que "el principio de lesividad impone a la ciencia y a la práctica jurídica precisamente la carga de la demostración". Dicho autor condiciona mediante la lesividad del resultado toda justificación utilitarista del derecho penal como instrumento de tutela: sin lesividad no tiene justificación la punición.

En conclusión, la figura penal de asociación ilícita no supera el test de constitucionalidad en relación a la lesividad.

9. Segundo test de constitucionalidad: legalidad

El segundo test de constitucionalidad lo realizamos en relación a la legalidad. Este punto fue resuelto con meridiana claridad en el fallo Giraudi.⁽³²⁾

En el mismo se cuestiona a la figura por no cumplir con el principio de legalidad consagrado en el art. 18 CN, afirmando "que lo único que el art. 210 define de manera indubitable es el monto de la pena; prisión o reclusión de tres a diez años, de allí en más todo lo que encontramos en los distintos autores son interpretaciones del texto legal pero lamentablemente nada, absolutamente nada, de lo que se pretende que la ley dice está dicho por la ley".

Coincidimos en que dicha figura presenta muchos puntos oscuros en cuanto no define si es una forma de participación, qué elementos la

(31) FERRAJOLI L., *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 467.

(32) Giraudi, Pablo E. y otros, Tribunal Oral en lo Criminal Federal N°1 - 19/03/2003.

exteriorizan, si las personas (miembros) deben conocerse entre sí, si la permanencia en la misma basta con que sea temporaria o no, si debe impactar en la sociedad o solo basta su existencia, si sus miembros tienen que ser los mismos en el tiempo, entre otras cosas. Todas cuestiones debatidas doctrinariamente y con posiciones encontradas.

Como puede observarse, todas estas dudas son consecuencia de la falta de precisión e indeterminación de la norma como consecuencia de haber violado el principio de legalidad estricta.

Una norma imprecisa no cumple con el requisito de máxima taxatividad legal y tal es el caso de la asociación ilícita.

Por este motivo, el delito del art. 210 CP está viciado de inconstitucionalidad.

10. Tercer test de constitucionalidad: proporcionalidad

La proporcionalidad también es una materia pendiente en la asociación ilícita y en los delitos de peligro en general.

El razonamiento es sencillo: si tenemos en principio tres categorías de delitos de daño, de peligro concreto y de peligro abstracto, se supone que la escala penal, debería ser mayor en aquellos tipos penales cuyo resultado es la lesión de un bien jurídico ya que realmente hay un daño.

Lógicamente debería decrecer en aquellos que no generan lesión pero sí producen un peligro potencial verificable (peligro concreto) y disminuir más aún en aquellos delitos que no representan ni siquiera un peligro de lesión (peligro abstracto).

Lamentablemente, lo que debería ser una regla clara de proporcionalidad no se cumple en general y en particular, en el supuesto de asociación ilícita, tampoco, ya que la escala penal de la misma es superior a varias figuras típicas de resultado.

Solo basta imaginarse una asociación ilícita (3 a 10 años) para realizar indeterminados hurtos (hurto 1 mes a dos años): claramente hay una desproporción, ya que materializado el acto de hurto (lesionado el bien jurídico propiedad), el máximo sería de dos años, en cambio, para el solo hecho de realizar planes, aun cuando no trasciendan, la pena mínima sería de tres años.

Puede afirmarse, sin lugar a dudas, que en este caso el principio de proporcionalidad se conculca arbitrariamente.

Una interpretación que podría superar de alguna manera este escollo es aquella que considera la posibilidad de la existencia de la sociedad criminal para el caso de delitos sumamente graves, como ser, por ejemplo, una asociación para el genocidio.⁽³³⁾

11. Consideraciones finales

Sin perjuicio de todas las dificultades constitucionales que presenta la figura en cuestión y, en general, la existencia misma de los delitos de peligro abstracto, pueden encontrarse esfuerzos limitadores de interpretación del tipo de asociación ilícita tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Jurisprudencialmente, los fallos citados —Stancanelli, Giraudi y Sanzoni—, muestran esfuerzos limitadores del tipo en mayor o menor medida.

La sociedad científica también busca poner coto a esta cuestión. Basta como muestra citar las posiciones de Ferrajoli y Zaffaroni desarrolladas en el presente trabajo.

Finalmente, haremos referencia a las Resoluciones adoptadas en el XVIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal en setiembre de 2009, en donde se establecieron una serie de recomendaciones limitativas relativas al castigo de actos preparatorios solo en los casos de peligro grave y actual.

De las mismas surge que sólo se puede legitimar la punición de actos preparatorios cuando se reúnen las siguientes condiciones:

1. Se trata de prevenir la comisión de delitos muy graves, que lesionen la vida, la integridad física o la libertad de otros seres humanos,
2. La ley define con precisión los actos preparatorios incriminados, describiendo un comportamiento objetivo y concreto y evitando el recurso a cláusulas generales del tipo **cualesquier otro acto preparatorio** y, sobre todo, la criminalización de la mera intención de comisión de un delito;
3. Los actos castigados se encuentran estrechamente ligados a la comisión del delito principal y esta relación debe ser objetivamente identificable, en tanto y en cuanto constituyan un peligro concreto e inminente para los bienes jurídicos mencionados anteriormente,

(33) ZAFFARONI E., *Estructura básica del derecho penal*, Bs As., Ediar, 2009.

4. El responsable tiene que actuar con la intención directa (*dolus directus*) de cometer un delito concreto y específico,
5. La pena es inferior a la del delito principal cometido y, en todo caso, debe ser proporcional en relación con la pena de la tentativa. Cuando los actos preparatorios se materialicen en la comisión del delito principal, su pena debe ser absorbida por la pena del delito principal.



Bibliografía

- BAIGUN, D., *Los Delitos de Peligro y la prueba del dolo*, Bs. As., B. de F., 2007
- BECK, ULRICH, *La Sociedad de Riesgo*, Paidós, Barcelona, 2006.
- CASTEX, F., *Contra Bucéfalo*, Ad Hoc, Bs.As., 2009.
- CÓDIGO PENAL, Bs.As., Zavallía, 2010.
- CORNEJO, A., *Asociación Ilícita*, Bs. As., Ad Hoc, 1992.
- DONNA, A. *Derecho Penal Parte Especial T. II-C*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2002.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta. 1995.
- FONTAN BALESTRA, C., *Derecho Penal. Parte Especial*, Bs. As., Abeledo Perrot, Bs. As., 2008
- GIRAUDI PABLO E. y otros, TOFN° 1, 19/03/2003
- MENDOZA BUERGO, B., *El Derecho Penal en la Sociedad de Riesgo*, Madrid, Ed. Civitas, 2001.
- SANZONI EMILIO OSCAR S/ Asociación Ilícita, CSJN, causa N° 4653
- STANCANELLI, NÉSTOR EDGARDO y otro s/ abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público s/ incidente de apelación de Yoma, Emir Fuad, CSJN, 20/11/2001.
- ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *Derecho Penal Parte General*, Bs. As., Ediar,
- ZAFFARONI, E., *Estructura básica del derecho penal*, Bs. As., Ediar, 2009.
- ZIFFER, P., *Asociación Ilícita*, Bs. As., Ad Hoc, Bs.As., 2005.

Los criterios de legitimidad de la intervención penal con especial referencia a los delitos de peligro abstracto⁽¹⁾

CRISTIAN RACHID



1. Propuestas

1. La decidida protección constitucional que el ordenamiento jurídico argentino asegura a los derechos y libertades humanas fundamentales frente al poder estatal, y, en particular, frente al ejercicio del *ius puniendi* (arts. 18, 19, 29, 33, 75 inc. 22, CN), sólo es compatible con un derecho penal subsidiario y de *ultima ratio*;
2. A tales fines, debe revalorizarse la teoría de la **protección de bienes jurídicos** como medida legitimante de la intervención penal, en tanto sólo aquellas conductas que lesionen efectivamente y con cierta entidad bienes jurídicos precisamente definidos serían legitimamente criminalizables (art. 19, 28 CN);
3. Consecuentemente, los delitos de peligro abstracto, en tanto se los considere previsiones normativas en donde la peligrosidad de la conducta respectiva viene meramente presumida *iuris et de iure* por el legislador, no son legitimables en el ordenamiento penal argentino;

(1) Ponencia premiada en el Concurso Regional UBA sobre Delitos de peligro. Jurado: Nora Cherñavsky, Horacio Dias, Pablo Vega.

4. Ello no implica vedar dicha forma de intervención penal cuando la misma sea con fines de protección **exclusivamente** de bienes jurídicos **colectivos** de consistencia real, y en tanto dichos tipos de peligro abstracto se configuren **proporcionalmente** a partir de conductas efectiva y relevantemente lesivas de tales bienes jurídicos, debiendo verificarse dicha lesividad en el caso concreto. Por el contrario, los tipos de peligro abstracto deberían ser restringidos, por principio, respecto de comportamientos lesivos de bienes jurídicos **individuales**;
5. Aquellas conductas que no alcancen el grado de lesividad efectiva de bienes jurídicos concretos con los alcances precisados deberían quedar excluidas del ámbito estrictamente penal, sin perjuicio de ser objeto de intervención preventiva, en tanto debidamente **proporcionada** (art. 28 CN), por parte del Derecho Administrativo Sancionador.

2. Fundamentos

2.1. A la primera propuesta

El Derecho Penal debe ocuparse eficazmente de aquellas nuevas realidades que ameriten y hagan necesaria su intervención, pero, en tal cometido, la regulación penal respectiva no puede nunca consentir una flexibilización tal de las garantías constitucionales individuales que implique su desnaturalización, y con ello el olvido o ampliación desmedida de los fines del Derecho Penal; pues una tal ampliación o flexibilización pone en serio peligro la efectiva vigencia de aquellas garantías supralegales que ésta rama del ordenamiento jurídico, en virtud de la severidad y gravedad que caracteriza su intervención, debe precisamente —y especialmente— resguardar.

Parece innegable que la sociedad actual es compleja. Los avances tecnológicos, científicos y el fenómeno de la globalización han transformado a la sociedad tradicional convirtiéndola en una amenazada por riesgos. Desde una perspectiva sociológica se afirma que nos encontramos en una “sociedad de riesgo”.⁽²⁾ En ésta se observan grandes riesgos surgidos como consecuencia de los procesos de modernización social, como por ejemplo el uso de energía nuclear o de tecnología genética como un sistema de alto riesgo cuya complejidad puede llevar a accidentes. Ahora bien, lo característico de nuestra sociedad no es únicamente el riesgo reinante, sino sobre todo la complejidad creciente de las relaciones sociales y de los procesos productivos. Como señala Schünemann, la característica de la

(2) Concepto desarrollado por el profesor de Munich Ulrich Beck en sus estudios sobre la sociedad actual; obras: *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt Main, 1986; *Gegengifte. Die organisierte Unverantwortlichkeit*, 1988.

sociedad actual radica en el extraordinario incremento de las interconexiones causales, la existencia de relaciones causales múltiples, y la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos en los que el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anónima y estandarizada.⁽³⁾

Concordantemente parece verificarse que, con el objeto de proteger los intereses sociales frente a estos riesgos, el legislador ha recurrido al Derecho Penal. Los esfuerzos del legislador contemporáneo han tenido, y tienen aún, como objetivo, la **ampliación de los comportamientos penalmente relevantes**. Esto se observa en la agravación del Derecho Penal político como reacción frente a actividades terroristas fundamentalistas, de izquierda y neofascistas; en el surgimiento y expansión del Derecho Penal de drogas, del Derecho Penal del medio ambiente y del Derecho Penal Económico; así como en los esfuerzos por la lucha contra la criminalidad organizada y en el control de las investigaciones científicas a través del Derecho Penal.

La consecuencia es que el ámbito de intervención de este Derecho Penal tiene que ver con el individuo sólo mediatamente. Inmediatamente serían instituciones de la sociedad o también del Estado. Los bienes jurídicos no serían bienes jurídicos individuales, sino **bienes jurídicos universales** que el legislador, en muchos casos, formula vaga y ampliamente y, además, recurriendo al tipo de delito de los **delitos de peligro abstracto**. Esto sería una forma de aseguramiento penal que flexibiliza las estructuras tradicionales de imputación de responsabilidad penal y que amplía el ámbito de los comportamientos penalmente relevantes. El legislador actual se orientaría a la consecución de objetivos preventivos y entendería a las normas penales como instrumento de control social estatal a través de cuya utilización deben ser influenciados o conducidos desarrollos sociales, y corregidos desarrollos desviados. El nuevo Derecho Penal se desarrollaría como un medio de manejo social y como un instrumento de pedagogía social. Se habría producido un cambio de orientación: del paradigma de la justicia penal hacia el **paradigma de la prevención**.⁽⁴⁾ La orientación a los resultados sería en la fase del Derecho Penal "clásico", en el mejor

(3) SCHÜNEMANN, BERND, *Comentarios críticos acerca de la situación actual de la Ciencia del Derecho Penal Alemán*, en GA 1995, pp. 211 y 212.

(4) HASSEMER, WINFRIED, "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts" (Identidad y crisis del derecho penal moderno), en ZRP 1992, pp. 378 y ss.

de los casos, sólo un criterio que complementaba la dación correcta de leyes. Hoy el objetivo del Derecho Penal “moderno” sería alcanzar determinados resultados externos. Se afirma, en suma, que **el Derecho Penal no sería más para el legislador la *ultima ratio*, sino, en medida creciente, la *prima ratio*.**

Las consecuencias de dicha tendencia incluyen graves desviaciones de lo que debe ser un derecho penal civilizado, por la denominada “estatización del derecho penal”, que implica un desplazamiento de la persona humana y la entronización del Estado como sujeto de toda infracción penal.⁽⁵⁾ De ahí que no ha de extrañar que, como derivación de un punto de partida negatorio de la persona humana, sufran derogación principios esenciales como el de legalidad, el de exterioridad, el de tipicidad o el de que no hay pena sin culpa. A lo que cabe agregar que, paradójicamente, maguer esa declarada búsqueda de eficacia preventiva, “...(E)s ya un lugar común —dice Silva Sánchez— aludir a la proliferación de preceptos que, habiendo perdido —si es que alguna vez la tuvieron— toda aptitud para el cumplimiento de funciones instrumentales de protección de bienes jurídico-penales, se limitan a desempeñar un mero papel ‘simbólico’, con exclusiva incidencia sobre la opinión pública y sus sentimientos de inseguridad”.⁽⁶⁾

Todo ello, por cierto, va en franca contraposición con las condiciones que debe asegurar y cumplir la legislación infraconstitucional, en especial la penal, de un Estado de Derecho como el que instaura nuestra Constitución Nacional. En tal sentido, no resulta posible frente al contundente bloque constitucional de protección de los derechos humanos que sustenta nuestro ordenamiento jurídico, en especial luego de la reforma constitucional sancionada en 1994, desconocer que la persona humana es la destinataria de las normas jurídicas, pues es el hombre —como centro del sistema— y no la sociedad políticamente organizada, quien tiene dignidad y, por tanto, es titular de los derechos y libertades fundamentales. Hoy está claro: frente a un conflicto entre dos normas de igual jerarquía debe realizarse una interpretación que las concilie, pero dando prioridad a los derechos individuales sobre las atribuciones estatales.

(5) SOLER, SEBASTIÁN, *Bases ideológicas de la reforma penal*, Eudeba, 1966, p. 42.

(6) SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, “Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo español”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año III, n° 7, Bs. As., Ad Hoc, 1997, p. 86.

Tales principios han sido expresamente explicitados por reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Así, en el fallo dictado *in re "Arriola"*,⁽⁷⁾ en el que el Tribunal Címero efectuó precisamente el control de constitucionalidad de la figura de la tenencia de estupefacientes con fines de consumo personal (art. 14 2º párr. ley 23.737), haciendo expresa referencia a las condiciones de legitimidad de los llamados **delitos de peligro abstracto**, dejó expresamente sentado que cabe tener presente que una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994, fue el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (art. 75, inc. 22 CN). Este último acontecimiento histórico ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la **política criminal del Estado**, que le impide sobrepasar determinados límites y además lo obliga a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional. Que así, los tratados internacionales, en sus textos, reconocen, y aún amplían y explicitan, varios derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional de 1853, entre ellos —y en lo que aquí interesa— el **derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada** (art. 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Con relación a tal derecho y su vinculación con el **principio de autonomía personal**, a nivel interamericano se ha señalado que

“El desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía —que es prenda de madurez y condición de libertad— e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las

(7) CSJN, 25-09-2009, A. 891. XLIV. RECURSO DE HECHO, “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”.

agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones". (CIDH en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, del 4 de julio de 2006, parágrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez).

Que también el **principio de dignidad del hombre**, proclamado en el sistema internacional de derechos humanos (Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de la Convención Americana), En efecto, tal principio de dignidad que consagra al hombre como un fin en sí mismo, se opone a que sea tratado utilitariamente. Esta Corte *in re* "Grajajo" (Fallos: 329:3680) además agregó que

"...En un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el propio estado se arrogue la potestad —sobrehumana— de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad, o si se prefiere mediante la pena o a través de una medida de seguridad..." (ver en sentido coincidente "Maldonado", Fallos: 328:4343).

También la reciente jurisprudencia de la CSJN, en el caso "Acosta",⁽⁸⁾ ha reconocido expresamente el carácter del Derecho Penal como **ultima ratio del ordenamiento jurídico**. De tal manera, la CSJN hace aplicación expresa de un principio de política criminal de naturaleza garantista, el de **última ratio o mínima intervención** del Derecho Penal, que básicamente considera el recurso a la pena criminal como **ultima ratio** y como un mecanismo de protección jurídica **subsidiario** respecto de las otras ramas del ordenamiento jurídico (*v.gr.* Derecho Civil, Administrativo, cuyas respuestas no presentan la severidad y gravedad que suelen caracterizar a la respuesta penal). Dicho principio de política criminal aplicado por la CSJN, se conecta lógicamente y armónicamente con el principio de legalidad específico, con expresa invocación asimismo del principio de derecho internacional

(8) CSJN, 23-04-2008, A. 2186. XLI. RECURSO DE HECHO - "Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1 párrafo ley 23.737 - causa N° 28/05C"

de los Derechos Humanos conocido como *pro homine*, "... que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal".

Cabe someramente referir que el principio *pro homine* funciona como un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos; e inversamente, a la norma o a la interpretación más restrictiva cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria, por lo que él coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre "a favor del hombre". Este principio sustancial, en el que la Corte ha fundamentado sus fallos en varios precedentes recientes,⁽⁹⁾ no se circunscribe al derecho penal, sino también al procesal penal y a otras ramas del ordenamiento jurídico. Dicho principio tiene reconocimiento en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 5, aparts. 1 y 2) (Adla, XLVI-B, 1107); en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 5, apartados 1. y 2.); en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 29 [Normas de interpretación]) y en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 41).

Todo ello determina la **ampliación del canon de control de constitucionalidad**, producida fundamentalmente a partir de la última innovación constitucional y a la imprescindibilidad de acometer sus labores de interpretación normativa de conformidad con la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos.

En suma, no puede sino concluirse que la legislación penal de un Estado de Derecho que se pretenda racional debe ser —entre otras cosas— eficaz. Pero dicha eficacia, por cierto, nunca puede costearse en moneda de flexibilización de los principios limitadores del poder penal de un tal modelo de Estado, entre los que se cuenta el principio de **dignidad del ser humano**, del que se deriva para el derecho penal, junto con el principio

(9) Así surge, entre otras, de lo decidido en la causa "Cardozo, Gustavo Fabián s/ recurso de casación", del 20/6/2006 (Fallos: 329:5762); y en el expte. "Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación", del 3/5/2007 (Fallos: 330:1989), en el que se dijo que el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos, propia de los tratados internacionales de la materia, sumado al principio *pro homine*, connatural con estos documentos, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la *persona humana*.

de **reserva** (art. 19 CN), “su limitación a los ataques que por su naturaleza son indispensables para asegurar la convivencia de las personas en la comunidad”.

2.2. A la Segunda Propuesta

El análisis de legitimidad de las normas penales tiene su punto de partida en la correcta comprensión de la tarea asignada al Derecho Penal. Tal tarea, por lo antes dicho, no puede ser sino la **protección subsidiaria de bienes jurídicos**.⁽¹⁰⁾ Luego, una intervención penal será legítima sólo si está dirigida a su protección y si, además, se adecua a los mandatos de **necesidad, eficacia, proporcionalidad y racionalidad**. La teoría del bien jurídico tiene pues el rol central entre los criterios que permiten evaluar la legitimidad de las intervenciones penales.

Es que, en atención a dicho carácter subsidiario y restrictivo de la intervención penal, no puede prescindirse de la referencia a un bien jurídico de contenido real y preciso que necesariamente debe ser el presupuesto de toda norma penal, noción ésta central en la teoría del delito, ya que no pueden

(10) En este sentido —doctrina dominante—, conf. Roxin, Allg. Teil I, § 2, n. marg. 1 y ss.; *id.*, “Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit”, en ZStW 116, 2004, p. 944; Baumann, Weber y Mitsch, Strafrecht. Allg. Teil, 11a ed., Bielefeld, 2003, § 3, n. marg. 10 y ss.; MünchKommStGB/Freund, vor §§ 13, n. marg. 37; NK-Hassemer y Neumann, vor § 1, n. marg. 108 y ss.; Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, Strafrecht. Allgemeiner Teil I, 8a ed., 1992, § 19, n. marg. 4 y ss.; Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas, “Lehrbuch des Strafrechts”, Allgemeiner Teil, 5a ed., Berlin, 1996, p. 257; SK-Rudolphi, vor § 1, n. marg. 2; Lackner y Kühl, vor § 13, n. marg. 4; MünchKommStGB/Joecks, Einl., n. marg. 30. En Perú conf. Abanto Vásquez, Manuel, *Derecho Penal Económico. Consideraciones jurídicas y económicas*, Lima, 1997, p. 41 y ss.; Hurtado, Pozo, PG, p. 24 y ss. En la Argentina conf. Lascano, Carlos J., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Córdoba, 2000, p. 18 y ss.. En España conf. Mir Puig, Santiago, PG, p. 124 y ss.; García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho Penal. Introducción*, Madrid, 2000, p. 88 y ss.; Muñoz Conde y García Arán, *Derecho Penal. Parte general*, 2a ed., Valencia, 1996, p. 58 y ss.; Santana Vega, Dulce M., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid, 2000, p. 41 y ss. En Italia conf. Moccia, Sergio, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales”, en *Política criminal y nuevo Derecho Penal, libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, p. 114 y ss.. De otra opinión, entre otros, Jakobs, Allgemeiner Teil, *Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2a ed., Berlin/Nueva York, 1991, pp. 2/12 y ss.. En Perú, Caro John se muestra crítico ante la teoría del bien jurídico, indicando que “la conocida teoría de la lesión de bienes jurídicos pierde peso porque el significado de un hecho penalmente relevante se expresa sólo mediante la defraudación de una expectativa normativa y no así mediante la lesión de un bien jurídico” (conf. Caro John, José A., “Sobre la recepción del sistema funcional normativista de Günther Jakobs en la Jurisprudencia penal peruana”, en libro homenaje al profesor Günther Jakobs, *El funcionalismo en Derecho Penal*, Bogotá, 2003, pp. 149, 150 y 151). Reseña efectuada por Pariona Arana, Raúl, “El derecho penal ‘moderno’ (*) [N *] Sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales”, Lexis N° 0003/70035043-1.

reprimirse conductas que no tengan penalmente una mínima y concreta **relevancia lesiva** respecto de un bien jurídico protegido. En efecto, no debe perderse de vista que no puede concebirse una conducta penalmente típica sin que se afecte un bien jurídico, de manera que prescindir del bien jurídico es tanto como caer en una manifestación irracionalista y autoritaria del derecho penal liberal consagrado por la Constitución Nacional vigente. El bien jurídico cumple dos funciones fundamentales por las que no puede prescindirse de su consideración: a) una función garantizadora (art. 19 CN) que impide que haya tipos sin bienes jurídicos afectados (**principio de lesividad**); b) una función teleológica-sistemática, que da sentido a la prohibición manifestada en el tipo y la limita. Ambas funciones son necesarias para que el derecho penal se mantenga dentro de los límites de la racionalidad de los actos de gobierno, impuestos por el principio republicano —art. 1 CN.⁽¹¹⁾ La teoría del bien jurídico no puede, así, reducirse a una función instrumental meramente **interpretativa** del tipo; sino que debe cumplir, fundamentalmente, una función **crítica** de la norma penal legislada.⁽¹²⁾

Con ello se relaciona el **principio de exterioridad** de la acción, expresamente consagrado en el art. 19 CN, cuando declara que "... las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral públicas, ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados". Por ende, si no hay acción externa, no puede haber posibilidad de reproche penal, so *pena* de profanar el ámbito reservado a Dios. Este principio aparece conculcado cuando la ley penal pretende atrapar los actos preparatorios y no tan sólo el comienzo de ejecución de la acción. De la derogación del principio de exterioridad se derivan estas consecuencias:

- a. punibilidad de acciones anteriores a la tentativa, es decir, de actos preparatorios e instigación incumplida;
- b. nivelación de la pena para todo un *iter criminis* sin distingos.

Como consecuencia de dichos límites constitucionales a la política criminal del Estado, no puede sino concluirse que, si bien el Congreso tiene amplias atribuciones en materia criminal, pudiendo escoger qué bienes se han de amparar penalmente, cuáles conductas incriminar y qué penas aplicar, debe existir **proporcionalidad** entre la conducta delictuosa, el

(11) CORTI, *Jurisprudencia Fiscal Anotada*, "Impuestos", LI-A, p. 458, con cita de Zaffaroni.

(12) Ver entre otros, MOCCIA, SERGIO, "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales", en *Política criminal y nuevo Derecho Penal*, libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1997, p. 114 y ss.

bien tutelado y la pena. La ausencia de **razonabilidad** de la pena, en función de la valoración social de los bienes jurídicamente protegidos por las normas penales, hace viable su impugnación por inconstitucionalidad con fundamento en los arts. 28 y 33 CN; doctrina ésta expresamente adoptada por la Corte Suprema,⁽¹³⁾ cuya importancia desde el punto de vista constitucional radica en haber sentado el criterio de que: una norma penal puede ser inconstitucional por la naturaleza de la pena o por su *quantum*, como puede serlo por su tipo penal. En definitiva, el mandato de racionalidad al que debe ajustarse el legislador penal exige que éste acomode su actividad a un liminar principio de **utilidad de la intervención penal**, que ordene la función que define su rol —como encargado de sancionar la ley— de acuerdo con la aptitud de la ley criminal para el cumplimiento de su función instrumental de eficaz protección de bienes jurídico-penales.

Entonces, el Derecho Penal no podrá ser funcional a **cualquier** orientación político criminal, debería indagar más profundamente en el **programa político criminal** que, por imperio de la regla de compatibilidad constitucional, surge claramente de la historia e inscripción constitucional (en especial, el sistema de garantías y el régimen republicano). Por lo mismo, la discusión sobre las distintas sistemáticas y los problemas actuales de la dogmática penal quedará abierta pero no podrá eludir el punto de partida. Si todo concepto dogmático es funcional, quedará por decidir, consciente o inconscientemente, si será funcional al poder o a su limitación. Probablemente, con rigor dogmático, reparando en el vértice del sistema normativo argentino y su fuente de inspiración histórica, política e ideológica, podremos encontrar la respuesta.⁽¹⁴⁾

Por cierto que, si bien es aparentemente mayoritaria la aceptación de la protección de bienes jurídicos como uno de los principales criterios legitimantes de la intervención penal, son múltiples las propuestas dogmáticas a la hora de concretizar la aplicación práctica de dicho criterio. Por razones obvias de extensión, podemos aquí meramente reseñar alguna que nos parece interesante, como la que sostiene que el punto de partida del análisis de legitimidad de los tipos penales debe seguir siendo la

(13) Sentencia de la Corte Suprema de la Nación del 6/6/1989, ED 134-202, que declara la inconstitucionalidad de la pena instituida por el art. 38 del decreto-ley 6582/1958.

(14) ERBETTA, DANIEL, "Consideraciones sobre el razonamiento judicial y el derecho penal", SJA 31/3/2004 - JA 2004-I-1095.

teoría del bien jurídico (la determinación de los intereses protegidos por la norma), debiendo luego recurrirse a otros criterios. Así: 1) si un bien jurídico se comprueba como digno de protección en lo fundamental, 2) entonces la legitimidad de la norma dependerá decisivamente de la **estructura del delito**, que resulta de la relación de los comportamientos correspondientes comprendidos por el tipo penal con el **algo** protegido como bien jurídico.⁽¹⁵⁾

Otra postura particular, con la que coincidimos en gran medida, propone que se debe **materializar el concepto de bien jurídico desde abajo** elaborando ciertos criterios. Así plantea que el bien jurídico ha de ser siempre un **objeto real**, lo cual implica que éste no debe ser sólo un valor ideal ni tampoco sólo un conjunto de objetos corporales. La alternativa a lo **ideal** no es lo **material** (corporal), sino lo **real**. La configuración personal de la constitución y de las actividades estatales deben llevar a la conclusión de que el hombre es el valor superior sobre el cual el Estado se funda. Luego, una comprensión correcta de este postulado no debe llevar a absolutizar los intereses individuales, sino a equilibrar dichos intereses. Los intereses colectivos son, pues, las **condiciones que posibilitan el desarrollo del individuo**. Igualmente sugiere que el principio de proporcionalidad debe ser puesto en conexión con la teoría del bien jurídico para así alcanzar su dimensión constitucional.⁽¹⁶⁾

En suma, en el análisis de legitimidad de las intervenciones penales la teoría del bien jurídico permite determinar claramente: 1) cuándo estamos ante verdaderos bienes jurídicos; 2) ante qué tipo de bienes jurídicos y 3) como consecuencia de ello, qué tipo de estructura de delito corresponde emplear, lo cual determinará un cierto nivel de exigencia —necesario— para la legitimidad de las intervenciones penales.

2.3. A la tercera propuesta

Conocidas son las múltiples y fundadas discrepancias a que ha dado lugar la categoría de los delitos de **peligro abstracto**, una reseña obligadamente apretada de las mismas, permite advertir que:

(15) WOHLERS, WOLFGANG, "Deliktstypen des Präventionsstrafrechts -zur Dogmatik, moderner" (Tipos de prevención del delito en la dogmática moderna), *Gefährdungsdelikte*, Berlín, 1999, p. 40.

(16) Ver HEFENDEHL ROLAND, "Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht" (Intereses colectivos en derecho penal), Köln/Berlin, 2001, §§ 3 II, 4, 7, 9.

De un lado —según concepción decididamente desarrollada por los profesores de Frankfurt, Winfried Hassemer, Wolfgang Naucke y Peter-Alexis Albrecht—, se niega la necesidad de la intervención del Derecho Penal en la lucha contra meros riesgos, puesto que ello supone el abandono de los principios del Derecho Penal clásico y desvirtúa el carácter de *ultima ratio* del mismo. El Derecho Penal debe limitarse a la protección de bienes jurídicos fundamentales, reprimiendo los comportamientos que los lesionen. Por el contrario, no debería intervenir contra riesgos, puesto que su intervención importaría necesariamente la flexibilización de los criterios de imputación penal y relajaría las garantías penales como consecuencia del adelantamiento de las barreras del Derecho Penal al ámbito previo a la lesión del bien jurídico mediante el uso de los delitos de **peligro abstracto**; y esto constituiría una intervención ilegítima en el ámbito de libertad del ciudadano. Luego —afirma este sector—, el Derecho Penal debe limitarse a la protección de los bienes jurídicos individuales, admitiendo la protección de bienes jurídicos colectivos únicamente si éstos **mediatamente sirven a la protección del individuo** (reducción a un “Derecho Penal nuclear”).⁽¹⁷⁾

De otro lado, se ha resaltado que la finalidad preventiva del Derecho Penal precisa que el mismo intervenga ya antes de la lesión de bienes fundamentales de la sociedad, cuando su intervención posterior haría que los efectos del daño tuvieran consecuencias irreparables para la sociedad. A fin de cumplir con su función de protección el Derecho Penal debe intervenir ya ante riesgos que se plasmen en peligros concretos o abstractos para los bienes jurídicos. Tarea del Derecho Penal es también influir en la conducta del individuo de tal modo que sean excluidas situaciones de peligro **potenciales**.⁽¹⁸⁾ Las normas penales tienen que cumplir necesariamente **funciones sociales**, porque si no caerían bajo la sospecha de inconstitucionalidad,⁽¹⁹⁾ al ser consideradas ataques desproporcionados a la esfera de libertad del individuo —uso del medio más violento del que dispone el Estado—. Un Derecho Penal que solamente sirviera a la

(17) Ver HASSEMER, *op. cit.*, ZRP 1992, pp. 378 y 381.

(18) JAKOBS, GÜNTHER, “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung” (Penalización por adelantado de una violación de la protección jurídica), en ZStW 97 (1985), pp. 751 y 767.

(19) Ver ROXIN, CLAUDIUS, “Schlussbericht der Tagung zum Thema ‘Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts’” (Informe Final de la conferencia sobre ‘la crítica y la justificación del derecho penal’), en Ulfrid Neumann y Cornelius Prittwitz (Hrsg.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, Frankfurt am Main, 2005, p. 178.

retribución de lesiones se enfrentaría a importantes reparos. Una sociedad que no entiende la existencia de la violencia estatal como finalidad en sí misma sólo puede legitimar el ejercicio de violencia estatal a través de consecuencias positivas.

Con todo, puede advertirse en realidad que la clave radicaría en no llevar las respectivas posturas al extremo, pues ello conlleva el inevitable peligro de desembocar en soluciones ilegítimas. Prudente, más bien, sería proceder analizando en cada caso cuándo nos encontramos ante intervenciones ilegítimas y cuándo estas intervenciones están justificadas bajo el manto de legitimidad en el cumplimiento de los fines propios del Derecho Penal. Este debe ser **eficaz** en la lucha contra estos riesgos dentro del marco que le corresponde y, por supuesto, que su intervención debe ser **legítima**. La consecución de estos objetivos dependerá de en qué medida los principios tradicionales de imputación de responsabilidad penal pueden adaptarse a las complejas realidades actuales sin abandonar el irrenunciable aseguramiento de libertad del individuo en un Estado de Derecho.

Por ello, no se debería descalificar de plano el empleo de los delitos de peligro abstracto, sino más bien someter a una estricta evaluación de legitimidad cada delito de ese tipo, contribuyendo de este modo a que el legislador haga un uso de esta clase de tipos bajo los criterios de **necesidad, racionalidad y proporcionalidad**.

Tal parece ser la orientación que tiene, en lo esencial, la doctrina sentada por la CSJN en el ya mencionado caso "Arriola". En efecto, el voto adoptado unánimemente por el Máximo Tribunal en ese precedente dejó sentado "...31)...que aquí se trata de la impugnación de un sistema normativo que criminaliza conductas que —realizadas bajo determinadas circunstancias— no afectan a un tercero y, por lo tanto, están a resguardo del art. 19 CN. Consecuentemente, cabe afirmar que el Congreso ha sobrepasado las facultades que le otorga la Carta Magna". Ahora bien, el mismo Tribunal se preocupó en aclarar, párrafos antes —lo que después queda expresamente plasmado en la parte dispositiva—, que si bien la decisión importa descartar "...29)...la criminalización del consumidor. Obviamente que la conducta no punible solo es aquella que se da en específicas circunstancias que no causan daños a un tercero". En la misma línea, es importante una especial consideración del voto personal del ministro Lorenzetti en dicho fallo, en tanto se ocupa específicamente

de la problemática de los delitos de peligro abstracto, sentando en lo fundamental que

“...13)...libertad que se reserva cada individuo fue definida (artículos 41 y 51 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, Francia, 26 de agosto de 1789) como el poder de hacer todo lo que no dañe a terceros. Su ejercicio no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. (...) El ejercicio de la libertad tiene límites y puede dar lugar a la punición, pero un Estado de Derecho debe construirse sobre una cuidadosa delimitación de esa frontera. Por ello es posible señalar que: a) no es posible que el legislador presuma que se da un cierto daño o peligro para terceros como ocurre en los delitos llamados ‘de peligro abstracto’

...14)...En el derecho penal no se admiten presunciones *juris et de jure* que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. En cuanto al peligro de peligro se trataría de claros supuestos de tipicidad sin lesividad. Por consiguiente, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real que se deberá establecer en cada situación concreta siendo inadmisibles, en caso negativo, la tipicidad objetiva”.

Creemos, en definitiva y sin dejar de recalcar que el análisis de la legitimidad de los tipos de peligro debe efectivizarse, según los criterios que antes hemos expuesto, respecto de cada norma en particular, que en tanto se considere a aquellos como previsiones normativas en donde la peligrosidad de la conducta respectiva viene meramente presumida *iuris et de iure* por el legislador, no son legitimables en el Ordenamiento Jurídico Argentino. En todo caso, y como requisito ineludible de legitimidad, la norma de tal forma configurada deberá aprehender comportamientos con suficiente **exterioridad y relevancia lesiva** de bienes jurídicos de consistencia real, debiendo dicha relevancia externa ser expresamente verificada en cada caso concreto.

2.4. A la cuarta propuesta

Como se vio *supra* —apart. II.3)—, ni aún las posturas más reacias a la utilización de los delitos de **peligro abstracto** parecen desconocer la utilidad y necesidad de la intervención penal para la protección de bienes jurídicos **colectivos**, entendiendo por tales aquellos en los que no hay un objeto material determinado sobre el que recaiga particularmente el comportamiento comprendido en el delito, así como tampoco se cuenta con un titular —de dicho bien— individualizado (v. gr. salud pública, seguridad común). Es que, si como se dijo anteriormente —*supra*, apart. II.2)—, el hombre es el valor superior sobre el cual el Estado se funda, y una comprensión correcta de este postulado no debe llevar al extremo de absolutizar los intereses individuales, sino a equilibrarlos, reconociendo que, en tal sentido, los intereses colectivos son, precisamente, las **condiciones que posibilitan el desarrollo del individuo** (arts. 14, 19, 28 CN), es evidente que el Estado no debe renunciar a asegurar protección a aquellos bienes supraindividuales que por su naturaleza son indispensables para asegurar la **convivencia de las personas en la comunidad**.

La legitimidad de dicha intervención estatal en protección de bienes colectivos ha sido igualmente reconocida por el invalorable fallo dictado por la CSJN en el caso "Acosta". En efecto, en el voto unánime de dicho precedente se dejó igualmente sentado en forma expresa que

"...21)...además, dichas convenciones internacionales también aluden a los valores que permiten establecer limitaciones al ejercicio de esos derechos para preservar otros bienes jurídicos colectivos, tales como 'bien común', 'orden público', 'utilidad pública', 'salubridad pública' e 'intereses nacionales' (art. 22 inc. 31, del Pacto de San José de Costa Rica; artículos 12 inc. 3, 14, 19 inc. 31 b, 21 y 22 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 29 inc. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

... 22) Que sobre la interpretación de tales bienes colectivos la Corte Interamericana ha dado claras pautas interpretativas, para evitar que la mera invocación de tales intereses colectivos sean utilizados arbitrariamente por el Estado. Así en su Opinión Consultiva 5/86 señaló que es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las **condiciones de la vida social que**

permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana". (Subrayados del autor)

Luego agregó:

" ...No escapa a la Corte, sin embargo,... que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el 'orden público' o el 'bien común' como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). 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" (parágrafos 66 y 67)". (Resaltado del autor)

Como resulta lógico, la clave parece estar en el equilibrio entre los múltiples intereses individuales y colectivos que necesariamente coexisten en la sociedad humana, pudiendo extraerse, como criterio general, que, en definitiva, la protección legítima de los segundos será aquella que asegure, en última instancia, a todas y cada una de las personas su pleno desenvolvimiento en libertad, sin interferir, a su vez, en el de los demás integrantes de la sociedad.

En base a tales principios, es que entendemos, en general y dejando a salvo el ineludible control de legitimidad sobre cada norma penal en particular, que los delitos de **peligro abstracto** son legítimos e incluso, en tanto implican un **adelantamiento** de la más severa reacción estatal-penal-, deberían reservarse **exclusivamente** para la protección de bienes jurídicos colectivos, en tanto se cumplan las condiciones de configuración legislativa que hemos

precisado en el apartado anterior, de tratarse de bienes jurídicos de consistencia real y respectivos comportamientos con suficiente **exterioridad** y **relevancia lesiva** respecto de aquellos, las que deberían ser expresamente verificadas en cada caso concreto.

Ello así por cuanto, como se dijo, el Estado, en función de su razón de ser, no puede desentenderse de la protección penal de tales bienes colectivos contra aquellos atentados cuya gravedad haga necesaria dicha reacción; y, por su parte, la propia naturaleza y consistencia de dichos bienes colectivos excluye toda posibilidad real de verificar fenomenológicamente la existencia de un nexo causal real entre el comportamiento penalmente relevante y un resultado externo que se independice de aquel y subsista en un objeto material o titular del bien jurídico que, por definición, no estarán determinados. Por ello, los esfuerzos para éste tipo de atentados, deberán concentrarse, en cada caso, en la constatación, en la conducta ilícita misma, de una trascendencia exteriorizada de manera tal que aparezca como efectivamente lesiva del bien jurídico colectivo protegido por la norma respectiva.

Al contrario, debería quedar vedada, por principio, la utilización de tal forma delictiva por aquellos tipos penales cuyo objeto de protección sean bienes jurídicos individuales, para los cuales quedarían exclusivamente reservadas las figuras de resultado (de daño o de peligro concreto), siendo menester en tales casos la verificación del nexo causal real entre el comportamiento y el resultado típicos.

De tal forma, creemos, se contribuiría a asegurar la legitimidad de la intervención penal que, al inicio de ésta propuesta, hemos caracterizado y fundado como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico.

2.5. A la quinta propuesta

Siendo tales los fines y límites del Derecho Penal, y especialmente atento a su **subsidiariedad** como mecanismo de protección jurídica, respecto de las otras ramas del ordenamiento jurídico, es que no deberían criminalizarse conductas que por su escaso contenido lesivo son más propias de constituir ilícitos administrativos o civiles, y respeto de las cuales la aplicación de verdaderas penas podría vulnerar el principio de **proporcionalidad** que debe existir entre las mismas y la conducta que se pretende reprochar (y con ello la garantía constitucional de la **razonabilidad**, art. 28 CN).

Es por ello que suscribimos, respecto de aquellas conductas que hemos excluido, conforme los parámetros de legitimidad antes explicitados, del ámbito de protección estrictamente penal, su inclusión en los ámbitos de intervención propios de aquellas otras ramas del ordenamiento, cuya respuesta se advierte más proporcionada y eficaz⁽²⁰⁾.

Pensamos, en síntesis, que el modelo de Derecho Penal, para resguardar su legitimidad y eficacia, debe ser el informado por los principios clásicos de legalidad, culpabilidad, lesividad y *ultima ratio* de su intervención; dejando la prioritaria consecución de fines como la prevención de riesgos inciertos, control o la consecución de seguridad, o la dirección u orientación de comportamientos sociales y la consecución de objetivos políticos, a otras ramas a las que resulta más inherente y propia esa función, como lo es el caso del Derecho Administrativo en general y el de contravenciones en particular, en base a los principios y reglas y formas de intervención que son propios a esa rama y sustancialmente diversos a los del Derecho Penal.



Bibliografía

- | | |
|--|--|
| AROCENA, GUSTAVO A., “Hacia una legislación penal más racional”, <i>LNC</i> 2006-1-91. | CORTI, <i>Jurisprudencia Fiscal Anotada</i> , “Impuestos”, LI-A, p. 458. |
| BACIGALUPO, ENRIQUE, <i>Principios de Derecho Penal. Parte general</i> , 4ª ed., Madrid, 1997. | CREUS, CARLOS, <i>Derecho Penal. Parte General</i> , Bs. As., Astrea, 3ª edic., 1992. |
| BIDART CAMPOS, GERMÁN J., <i>Tratado Elemental de Derecho Constitucional argentino</i> , Bs. As., Ediar, 2000, t. I-A. | D’ALESSIO, ANDRÉS J. (director), <i>Código Penal. Parte General</i> , Bs. As., La Ley, 2007. |
| CORNEJO, ABEL, <i>Los delitos del tráfico de estupefacientes</i> , Bs. As., Ad-Hoc, 1994. | DE RIVACOBA y RIVACOBA, MANUEL, “El derecho penal en América Latina a finales del siglo XX”, <i>JA</i> 1999-IV-1053. |

(20) Propuesta similar efectúa Hassemer, quien propugna la asignación de tales infracciones a un “Derecho de intervención”, que se ubicaría entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, y cuya mayor efectividad deviene de las menores garantías exigidas para dicha intervención, en comparación con las que son exigibles en el Derecho Penal, menores exigencias que, por su parte, son compensadas con sanciones proporcionalmente menos intensas. Lo cual, en definitiva, implica excluir del ámbito del Derecho Penal aquellos “riesgos” contra los que no podría actuar eficazmente, sino con meros efectos simbólicos, y que, por lo demás, su intervención contra éstos constituiría una intervención ilegítima. (Ver Hassemer, *op. cit.*, pp. 378 y ss.).

- ERBETTA, DANIEL, "Consideraciones sobre el razonamiento judicial y el derecho penal", SJA 31/3/2004 - JA 2004-I-1095.
- FONTAN BALESTRA, CARLOS, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1995, T. II.
- HASSEMER, WINFRIED, "Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts" (Identidad y crisis del derecho penal moderno), en ZRP, 1992.
- HEFENDEHL ROLAND, "Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht" (Intereses colectivos en derecho penal), Köln/Berlin, 2001.
- JAKOBS, GÜNTHER, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung" (Penalización por adelantado de una violación de la protección jurídica), en ZStW 97 (1985).
- LAJE ANAYA, JUSTO, *Narcotráfico y Derecho Penal Argentino*, Córdoba, Marcos Lerner, 1992.
- LASCANO, CARLOS J., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Córdoba, 2000.
- MENDOZA BUERGO, BLANCA, *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*, Madrid, Civitas, 2001.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal. Parte general*, 6ª ed., Barcelona, 2002.
- MOCCIA, SERGIO, "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales", en *Política criminal y nuevo Derecho Penal*, libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1997
- MOLINARIO, ALFREDO J., *Los delitos*, Bs. As., Ed. Tipográfica Editora Argentina, 1996
- RACHID, CRISTIAN, "Elementos del tipo del transporte de estupefacientes (Análisis desde una óptica eminentemente jurisprudencial)", *Revista Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo-Perrot, Septiembre-2009
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, "Consideraciones generales acerca del desarrollo actual de la teoría del delito, a propósito del problema de la responsabilidad penal por el producto", en: *Debate Penal*, Junio, Lima, 1997.
- ROXIN, CLAUDIUS, "Schlussbericht der Tagung zum Thema 'Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts'" (Informe Final de la conferencia sobre 'la crítica y la justificación del derecho penal'), en Ulfrid Neumann y Cornelius Prittowitz (Hrsg.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, Frankfurt am Main, 2005.
- SCHÜNEMANN, BERND, *Comentarios críticos acerca de la situación actual de la Ciencia del Derecho Penal Alemán*, en GA 1995.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, "Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo español", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año III, n. 7, Ed., Bs. As., Ad-Hoc, 1997 .
- SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, Bs. As., Ed. Tipográfica Editora Argentina, 1992, t. III.
- VILLEGAS, HECTOR B., *Régimen Penal Tributario Argentino*, Bs. As., Depalma, 1998.
- VITALE, GUSTAVO L., "Estado Constitucional de Derecho y Derecho Penal", en obra colectiva *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 1998.
- WOHLERS, WOLFGANG, "Deliktstypen des Präventionsstrafrechts -zur Dogmatik, moderner" (Tipos de prevención del delito en la dogmática moderna), *Gefährdungsdelikte*, Berlín, 1999.
- ZAFFARONI, EUGENIO R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2002.

La sociedad de riesgo y el Derecho Penal

JORGE BARRERA⁽¹⁾



1.

“En la sociedad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos. Por tanto, los problemas y conflictos de reparto de la sociedad de la carencia son sustituidos por los problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico-técnica.

Este cambio de lógica del reparto de la riqueza en la sociedad de la carencia a la lógica del reparto de los riesgos en la modernidad desarrollada está vinculado históricamente a (al menos) dos condiciones. En primer lugar, este cambio se consuma (como sabemos hoy) allí donde y en la medida en que mediante el nivel alcanzado por las fuerzas productivas humanas y tecnológicas y por las seguridades y regulaciones del Estado social se puede reducir objetivamente y excluir socialmente la miseria material auténtica. En segundo lugar, este cambio categorial depende al mismo tiempo de que, al hilo del crecimiento exponencial de las fuerzas productivas en el proceso de modernización, se liberen los riesgos y los potenciales de auto-amenaza en una medida desconocida hasta el momento”.⁽²⁾

(1) Universidad de Montevideo.

(2) BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós-Surcos, 1ra. ed., 2006, p. 29.

De esta manera, comienza el sociólogo alemán Ulrich Beck su famosa obra *La sociedad de riesgo*, que marcara un hito no sólo en el campo de la sociología, sino (y no precisamente de manera inesperada) en el campo de la dogmática jurídico penal: la que —como bien se ha dicho— ha extraído sus conclusiones y adoptado sus premisas de manera cuasi automática.

Señalamos anteriormente que dicho “traspaso de conclusiones” no era “inesperado” (no debiera al menos serlo al intérprete atento) desde el momento en que el Derecho penal ha de encontrar una solución concreta y eficaz a múltiples problemas que emergieron (y siguen emergiendo) de ésta sociedad de riesgo, nuestra sociedad actual. Así, es que tenemos un abanico de casuística inmenso que va desde el SIDA, pasando por los accidentes nucleares, las catástrofes ecológicas como el actual derrame de la British Petroleum en el Golfo de México, el terrorismo, el lavado de activos, los ciberdelitos, el narcotráfico, hasta las catastróficas cifras anuales de lesionados y muertos que arrojan los accidentes de tránsito. Será sobre esa extensa y compleja materia compuesta de multitudes de interconexiones causales, de contextos de acciones más colectivas que individuales y por ende, más anónimas y estandarizadas que el Derecho penal ha (y habrá) de adecuarse.

Claro que dicha adecuación podrá ser una que atienda a sus principios, estructuras e instituciones clásicos (que perfilan un **deber ser**), aunque moderándolas o morigerándolas en algunos aspectos relativos a su alcance o aplicación; o bien, otra u otras que las desatiendan de manera amplia (cuando no plena), sustituyéndolas por otras de dudosa constitucionalidad, amén de difícil compaginación respecto de aquellos principios, instituciones y estructuras (que se verían reducidos al llamado: núcleo clásico del Derecho penal). Así se ha afirmado recientemente:

“Es común escuchar casi con resignación que existen dos o más formas de Derecho penal: uno que se refiere a los delitos tradicionales, homicidio, privaciones de libertad, abusos sexuales, hurto, estafas, etc., en el cual se deben mantener las garantías mínimas y otros derechos penales que ya no tienen relación con el bien jurídico, tal como hasta ahora se ha entendido, sino que se refieren a ciertos delitos que hacen a bienes jurídicos generales de difícil determinación, hasta la afirmación de que ni siquiera es necesario este concepto

reemplazándose por la violación de la norma, delitos de puro hacer, etc.”.⁽³⁾

Como efecto de lo expuesto, se puede constatar un verdadero desarrollo cuantitativo en las partes especiales de los más modernos códigos penales, emergiendo tipos penales no convencionales y observando fundamentalmente la estructura del peligro abstracto; así como un verdadero desarrollo cualitativo con un fuerte incremento de los baremos punitivos; y todo ello íntimamente relacionado con la idea del **riesgo**. Es que, justamente, es tan sólo bajo el prisma de una concepción apoyada únicamente en su veta naturalística u ontológico-social de **ser** de las relaciones sociales, que se componen las categorías del **deber ser** que inspiran a estas nuevas construcciones dogmáticas jurídico penales. Ello hasta el punto de llegar a una confusión entre ambas categorías, desconociéndose toda distancia, diferencia, o siquiera indefinición entre las mismas. Así, es que, conforme a estos nuevos “dogmas”, vemos emerger tipos de peligro abstracto, no solamente a modo de adelantar la barrera de punibilidad a lo que hasta hace no menos de cincuenta o treinta años no dudábamos en calificar de meros actos preparatorios, sino también porque refieren los mismos a bienes jurídicos indeterminables cuya ofensividad (tanto a nivel de lesión como de peligro concreto) es imposible de confirmar. Y así también, es que vemos desfigurarse los dogmas propios de los principios dogmáticos propios del Estado constitucional de Derecho tales como el principio de legalidad (ante la vorágine de los tipos penales en blanco), de culpabilidad, de ofensividad; así como un permanente deterioro del principio intradogmático de la dignidad humana que ha de ceder ante el de Bien común político.

Dentro de tal marco situacional, ha expresado Albrecht:

“Los mecanismos formales y materiales del derecho penal están orientados, cada vez más, a la víctima, de acuerdo con el pensamiento de la eficiencia preventiva. La finalidad de la limitación preventiva del riesgo justifica todos los medios de intervención estatal, desde la intervención encubierta hasta las escuchas de la vivienda. Uno de los rasgos típicos del Derecho penal del riesgo es también la inclusión del que no es sospechoso en las medidas

(3) Ver DONNA, EDGARDO, “La sociedad de riesgos y los delitos de peligro abstracto”, en *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gombornat Ordeig*, Madrid, Edisofer, 2008, t 1, p. 863.

de comprobación estatales. No es el autor, sino los grupos sociales o las condiciones de vida lo que está bajo sospecha".⁽⁴⁾

De tal guisa, es que siguiendo a *Silva Sánchez*, se ha sostenido que esta materia compone un verdadero Derecho penal de dos velocidades (si bien hoy día, con referencia a los delitos de terrorismo y blanqueo de capitales internacionales, pudiere hablarse perfectamente de tres velocidades), caracterizando a estos delitos fundados en el "riesgo" por las siguientes variables:

- La creación de bienes jurídico penales novedosos, que no se relacionan con los tradicionales.
- La amplificación del espacio de riesgo jurídico penalmente relevante, lo que conlleva a
- La morigeración de las reglas o criterios de imputación.
- La relativización y/o limitación de los principios político criminales de garantía propios de un Estado social y democrático de Derecho.⁽⁵⁾⁽⁶⁾

Más, si se observa detenidamente, subyacente a todas estas variables, se halla el concepto de **riesgo** como (en feliz expresión de Donna) **concepto regulador básico** de la dogmática de este nuevo Derecho penal.

De tal forma, que será conforme a dicho parámetro (riesgo) que se podrá imputar conforme a Derecho, conductas que conlleven peligros causales de lesión o puesta en riesgo al bien jurídico, ello en la medida en que el autor de la misma no se exceda del marco o baremo de **riesgo permitido** (y ello a mi entender, aunque no haya adoptado todas las medidas de control necesarias para disminuir el peligro de aparición de dichos resultados lesivos. Contrariamente a lo señalado: Donna y Demetrio Crespo).

También en atención a dicho baremo de riesgo permitido o penalmente irrelevante, es que se determinará la ofensividad de la conducta respecto del bien jurídico, en especial en aquellos casos en que éste no es más

(4) ALBRECHT, METER A., "El derecho en la intervención de la política populista", en *La insostenible situación del Derecho penal*, Málaga; Comares, 1ra. ed., 1999, p. 469.

(5) DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, "Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el Derecho penal", en *Revista de Derecho penal*, vol. I; Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 512 en adelante.

(6) SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2da. ed., 2006, p. 11 en adelante.

que una construcción indeterminable que responde, o bien a situaciones jurídicas de intereses difusos o intereses colectivos (de allí que una conducta individual desarrollada por el reo sea impasible de generar siquiera un riesgo a su respecto), o bien a verdaderas funciones sociales que se disfrazan de bienes jurídicos (como ser, v. gr.: la función recaudatoria en los delitos fiscales). Y lo expuesto, cuando no se trata, lisa y llanamente de la tutela de la mera vigencia de la norma, bajo la concepción de las expectativas legítimas que a su respecto se conforman, de acuerdo ello a los postulados del funcionalismo sistémico, cuyo principal expositor sigue siendo a la fecha, Günther Jakobs.

El bien jurídico, de tal modo, sufre un menoscabo en su integridad, y en su lógica dentro de la teoría del delito. De ser el fundamento tuitivo de la norma penal de determinación/conducta, pasa a ser un escollo; el que se sortea mediante el recurso de crear nuevas especies a cuyo respecto no se puede formalizar un juicio de lesividad siquiera a título de riesgo (peligro concreto). De allí que, en la medida en que no se puede verificar a su respecto lesividad u ofensividad alguna, se prefiera a la hora de tipificar conductas penales, el recurrir a estructuras de delitos de comisión por omisión, cuando no de mera conducta, a cuyo respecto no se requiere verificar previamente a la imputación objetiva de corte netamente normativo, la relación de causalidad o nexo de causalidad (etapa previa propia de los delitos de resultado material separado de la conducta).

Mal podrá pues, un bien jurídico que obedece a una ontología indeterminable —propia de una función o de una situación jurídica de interés colectivo o difuso—, cumplir con su ratio de garantía limitativa del *ius puniendi*: ello ya que a su respecto, difícilmente se podrá contraargumentar por la defensa, acreditando la inexistencia en el caso particular de ofensividad o lesividad alguna.⁽⁷⁾

Pero fundamentalmente, lo que ha de desprenderse en este capítulo introductorio, es la concepción del legislador penal, como ingeniero social; extremo éste que menoscaba el carácter fragmentario del Derecho Penal (llevándolo a una concepción de **expansivo**) que no solamente no es natural a éste, sino que incluso socava su constitucionalidad. Así como también, hiere de muerte a su finalidad de prevención general positiva,

(7) JUAREZ TAVARES, E. X., *La teoría del Injusto*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2010.

ya que su énfasis estará puesto en la prevención general negativa. Ya que, lejos de inspirarse las normas de conducta penales en principios y valoraciones fuertemente arraigadas en la tradición y en la conciencia del colectivo social al que alcance en su regulación, las mismas estarán fundadas en intereses o necesidades de corte funcional no siempre comprendidas, ni por tanto arraigadas o compartidas por dicho colectivo (inexistencia de conciencia social de la norma de conducta/valoración). De allí la necesidad de echar mano al Derecho penal como instrumento de conminación o intimidación, para prevenir así que los individuos realicen las conductas típicas.

Así, a modo de síntesis de lo hasta aquí expuesto, y ya adelantando la crítica que nos ha de merecer todo ello (siendo extensivo a la estructura de los tipos de peligro abstracto), ha sostenido Prittwitz:

“Esta descripción (...) conduce a una revitalización de la creencia en la fuerza conformadora de costumbres del Derecho Penal. La motivación ética de esta nueva criminalización rara vez tiene que ver con comportamientos violentos (normalmente y de forma correcta ya penalizados), pues se trata de comportamientos cuyas consecuencias trascienden a la criminalidad clásica violenta y que sólo cuando se analizan superficialmente, resultan ofensivos. Estas conductas no contravienen generalmente la ética más inmediata, que impregna la moral social y que resulta altamente relevante en el modo de comportarse, sino que por el contrario contravienen con frecuencia una moral lejana mucho menos relevante en la conformación de conductas. Estas conductas son generalmente designadas como criminalidad de bagatela, en cuanto a que su peligrosidad deviene únicamente por el denominado efecto de acumulación, o dicho de otro modo, la falta de peligrosidad en el momento del comportamiento se desmiente únicamente a través de la consideración de perspectivas temporales más amplias. Ante la duda se afecta antes a comportamientos conformes con el sistema que a comportamientos desviados, lo que muestra en los nuevos criminalizadores un punto de partida crítico hacia la sociedad y hacia el poder, lo que políticamente despierta más simpatías; destinatarios idóneos de las nuevas formas penales son con frecuencia sólo aquellos que disponen ya de determinadas posiciones de poder (...).

La acentuación de estas características del Derecho Penal de riesgo pone de manifiesto que, al menos en mi opinión, este sirve a fines legítimos, necesarios y justos. Pero muestra también de forma clara que existen una serie de exigencias que desbordan el proyecto del Derecho Penal del riesgo, si lo que se pretende es utilizar la criminalización, según manda la tradición, de forma instrumental con el fin de evitar comportamientos peligrosos. Y es que un programa penal, que tiene la razón de su parte, pero que no descansa en categorías morales y normas sociales asentadas (inhibición a matar, tabú de la violencia, la ética más cercana), que además debe imponerse frente a las posiciones de poder establecidas, y que lleva ad absurdum el concepto —por todos bien visto— del comportamiento desviado, tropieza pronto con los límites de su poder de definición, y en cualquier caso, de su potencial de dirección”.⁽⁸⁾

2.

Si bien su aparición se remonta a un tiempo anterior al surgimiento en el último cuarto del siglo pasado de este **Nuevo Derecho penal de riesgo**, el delito de peligro abstracto ha observado un profuso protagonismo en el mismo.

Ello se explica esencialmente, por las características propias de este nuevo derecho penal, que lejos de aceptar su carácter fragmentario, es decir: que se ocupe de tan solo algunas relaciones intersubjetivas antijurídicas que generen profundas disfunciones o conflictos sociales de entidad, lo que busca es su expansión en un ámbito tridimensional:

- a. Mediante la recepción (cuando no creación) de nuevos bienes jurídicos, tales como el medio ambiente, la hacienda pública, la economía, la seguridad en el tráfico, etc.
- b. Mediante el adelantamiento de la barrera de la punibilidad a lo que antológicamente pudiere calificarse de actos preparatorios,
- c. Mediante la morigeración de las exigencias para cerrar el juicio de reprochabilidad penal: no requiriéndose la verificación de lesividad u ofensividad alguna respecto del bien jurídico tutelado.

(8) PRITZWITZ, CORNELIUS, “Sociedad de riesgo y Derecho penal”, en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Universidad Castilla-La Mancha; Cuenca, 2003, pp. 261 en adelante.

- d. Mediante la criminalización de conductas que, hasta ese entonces no eran posibles de considerarse penalmente relevantes ni socialmente inadecuadas (por no afectar negativa y ontológicamente a ningún bien jurídico determinable).

Frente al referenciado marco que compone la expansión del Derecho penal de riesgo, se entiende perfectamente la razón por la cual la estructura típica de los delitos de peligro abstracto resulta la ideal para el mismo.

Atendiendo a su relación para con el bien jurídico tutelado, los delitos se clasifican en delitos de lesión, de peligro (concreto) y de peligro abstracto. Acerca de estos dos últimos, define Mir Puig:

“Suele decirse que en los primeros requiere expresamente la ley la creación de una efectiva situación de peligro (resultado de peligro), mientras que en los delitos de peligro abstracto no es preciso que en el caso concreto la acción cree un peligro efectivo: sólo serán delitos de peligro en el sentido de que la razón de su castigo es que normalmente suponen un peligro”.

Y ejemplifica respecto de los delitos de peligro abstracto:

“el art. 379 CP, que castiga al que 'condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas' es un delito de peligro abstracto, porque no es preciso que la conducta haya puesto en peligro concreto algún bien jurídico, bastando la peligrosidad que se supone conlleva la acción. Por mucha peligrosidad *ex-ante* que tenga la conducción en estas circunstancias, si no ha habido ninguna persona que haya estado próxima a la lesión o muerte, no existe un delito de peligro concreto, sino de un peligro abstracto”.⁽⁹⁾

Conforme a lo reseñado, los delitos de peligro abstracto se conforman ya con la mera constatación de la acción típica por parte del sujeto activo, no requiriéndose a su respecto más que una peligrosidad general de dicha conducta para algún bien jurídico, lo que no incluye concreción alguna de tal peligro denotativa de una probabilidad inmediata o próxima de lesión.

De tal manera que lo único que se requerirá respecto del bien jurídico es un juicio de peligrosidad *ex-ante*, que se compone a su vez de

(9) MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 7ma. Ed., 2004, p. 233.

un doble juicio: uno nomológico, y otro gnoseológico, por los que se atienden tanto el análisis de la conducta en sí misma (desde el punto de vista material u óntico-ontológico) y su explicación conforme a las leyes de las ciencias naturales y sociales. Conforme a ello es que se le catalogará dentro de determinada categoría o tipo de peligrosidad que, estadísticamente (cuando no antojadizamente) se entiende que causaría determinado resultado concreto.

No se computará, pues, a su respecto, ningún juicio *ex-post* que atienda a una valoración normativa de la conducta peligrosa (*ex-ante*), ni menos aún se atenderá a si la peligrosidad resultante del juicio *ex-ante* interfirió o al menos se acercó —siquiera— al ámbito de disponibilidad propio del bien jurídico correspondiente. De tal manera que, más que de peligro abstracto, correspondería hablar de **peligrosidad abstracta**, ya que de eso se trata en esencia: una pura peligrosidad *ex-ante*, fijada conforme a criterios netamente estadísticos o presuntos en lo que a su ofensividad para con el bien jurídico concreto respecta.

Ahora bien, el recurso al delito de peligro abstracto como estructura típica de este novel Derecho Penal de riesgo (realidad ésta indiscutible tanto en el Derecho Penal europeo continental, como en el Derecho Penal anglo-americano, así como en las últimas legislaciones penales extra código originadas en América Latina), más despojándole de toda interpretación garantista y conglobante respecto de las normas constitucionales, así como despojado de la guía teleológica de los principios intradogmáticos y clásicos del Derecho Penal liberal, **está destinado a sufrir un inevitable y rotundo fracaso**. Esto conforme a lo que —con gran claridad— manifestara Prittwitz:

“Mi diagnóstico y pronóstico es el siguiente: estas tareas lo sobrepasan. La respuesta a los problemas de la sociedad moderna, que se desarrolla a todas luces de forma vertiginosa, y que aquí se han ejemplificado y singularizado mediante la ecología o la economía, quedan sin resolver cuando se traspasan generosamente al Derecho penal. Incluso cabe temer ocasionalmente efectos colaterales, contra productivos, en la intervención del Derecho penal, pues dado que no se atajan las causas estructurales —o más acertadamente sistémicas— que conducen al fracaso del Derecho penal como solución, las pretendidas mejoras que en él se efectúan socavan paulatinamente su perfil constitucional”.⁽¹⁰⁾

(10) PRITTWITZ, CORNELIUS, *op. cit.*, p. 263 en adelante.

Es que, justamente, un Derecho Penal, cuya norma de conducta se eleva a la *ratio* misma de la pena, esto es, cuya finalidad es la tutela de la norma en sí misma, donde el ciudadano no puede reconocer en la prohibición o el mandato de la norma penal una finalidad de protección de determinados bienes jurídicos reconocibles y determinables, por ende, mal puede afirmarse positivamente una conciencia social acerca de tal norma a su respecto. Es, pues, un Derecho penal cuya pena nunca podrá tener como fin la prevención general positiva de la norma, y donde resultará cuanto menos curioso el precisar un fin de prevención especial de la pena a su respecto.

Así, y dentro del Derecho penal de tráfico viario, véase lo que sucede cuando se tipifica como delito el carecer de libreta de conducir, o tener la misma vencida. En este caso, estamos materialmente ante no otra cosa que una falta o infracción administrativa, carente de toda connotación lesiva para con la integridad física o la vida de los individuos que participan del tráfico viario (conductores, peatones, etc.). Si bien es cierto que se podría especular en que —estadísticamente— quien carece de libreta o la tiene vencida es una persona cuyas condiciones para el manejo de vehículos no es la óptima, o hay mayor riesgo de que así sea (por ejemplo, por no haberse realizado el análisis médico preceptivo para obtener la renovación, o por no haber demostrado su conocimiento teórico acerca de las reglas del tránsito a través del examen correspondiente); lo cierto es que difícilmente tal argumentación resista un examen de lesividad siquiera mediata respecto de las mencionadas objetividades jurídicas (vida, integridad física, o incluso más: seguridad). Asimismo, desde un punto de vista político criminal, no sería difícil que los ciudadanos vieran en la imposición de tal pena no otra cosa más que un exceso por parte del Estado, irracional por innecesario, lo que lejos de compartir la norma de conducta impuesta por la norma penal, les llevaría a considerarla un mero acto de poder (coercitivo) por parte del Estado (y de allí al repudio no hay muy largo trecho).

3.

A estas alturas del análisis, tras haber desarrollado —siquiera someramente— el dogma que subyace al llamado Derecho Penal de riesgo, y desde allí comprender el alcance y *thelos* de la estructura típica del delito de peligro abstracto; cabe hacer la siguiente la puntualización a título personal: **no considero que tal estructura sea conforme a la Constitución y a las garantías propias del Derecho penal propio del Estado Constitucional de**

Derecho. Más aún, si se consideran los efectos de semejante estructura respecto del proceso penal. Sin perjuicio de ello, reconozco su existencia como un dato indiscutible dentro de la dogmática penal contemporánea, así como que, desgraciadamente, goza de gran salud y vigencia.

De allí que, en el capítulo siguiente (final) de este trabajo, expondré brevemente siquiera algunas de las características que habría de presentar la tipificación de los delitos de peligro abstracto, a los efectos de alcanzar una mínima estandarización conforme a la Constitución Nacional, así como a los principios dogmáticos e intradogmáticos del Derecho Penal; y de tal guisa, evitar el fatal destino que reseñáramos *ut supra*.

4.

Conforme a lo anunciado, y a los efectos de intentar conciliar la estructura de los delitos de peligro abstracto derivada de la concepción dogmática del llamado Derecho Penal de riesgo, con los principios y garantías propios del Derecho penal del Estado constitucional de Derecho, es que propongo, sin ánimo, ni pretensiones de agotarlos, los siguientes requisitos dogmáticos, propios (ellos) de la dogmática penal liberal y constitucional.

4.1. El rechazar la tipicidad en aquellos casos en que se pruebe que se había excluido de antemano todo peligro

Esta posición es sostenida con gran claridad por Mir Puig, quien señala que los delitos de peligro abstracto, como tales, no dejan de ser delitos de peligro; siendo el peligro una característica de la conducta *ex-ante*, no del resultado. Lo que le caracteriza al **peligro abstracto** son dos extremos: a) el que se requiera para su conformación la verificación de un juicio de peligrosidad *ex-ante* (peligro estadístico); b) el que no se requiera a su respecto un resultado de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico (propio ello del delito de **peligro concreto**).

Ahora bien, tal peligrosidad *ex-ante*, que se supone inherente a la acción típica puede rechazarse siempre que se constate que, en el caso concreto, quedó excluida de antemano. Señala al respecto el referido Profesor:

“...hoy se discute que persista la tipicidad en los delitos de peligro abstracto en el caso extremo de que se pruebe que se había excluido de antemano todo peligro. A favor de negar su subsistencia cabe alegar que deja de tener sentido castigar una conducta cuya relevancia penal proviene de la peligrosidad que

se supone en ella, cuando tal peligrosidad aparece como inexistente desde el primer momento”.

Y remata su desarrollo: “Si la razón del castigo de todo delito de peligro (sea abstracto o concreto) es su peligrosidad, siempre deberá exigirse que no desaparezca en ellos todo peligro”.⁽¹¹⁾

De tal manera, y siguiendo este razonamiento, si bien en los delitos de peligro abstracto, no se podría justificar la falta de tipicidad por la constatación *ex-post facto* de la falta de peligro concreto, esto es, de la proximidad de la peligrosidad al ámbito de disponibilidad de un bien jurídico —por ejemplo, integridad física—; sí se podría sostener tal atipicidad fundado en que de antemano, *ex-ante*, es decir, antes de efectuar la conducta típica, el individuo excluyó todo riesgo o peligro.

Si bien cabe reconocer que los casos en que se verificarían los extremos señalados por el referenciado Mir Puig son de difícil producción en la casuística, lo cierto es que al menos **tiene la virtud de rechazar la existencia, respecto de los delitos de peligro abstracto, de una presunción legal *iure et de iure* acerca de la peligrosidad de la acción**, posición ésta última absolutamente violatoria del principio de culpabilidad, de ofensividad y de dignidad humana propios del Derecho Penal.

4.2. El rechazo de los delitos de peligro abstracto de mera conducta

Es a nuestro juicio, absolutamente insalvable la inconstitucionalidad de toda aquella estructura típica de peligro abstracto que carezca de todo contenido de injusto material. Estos tipos delictivos, a cuyo estudio se ha dedicado especialmente Günther Jakobs, denominándolos “Delitos de pura desobediencia”, se caracterizan por construirse sobre la base de que el interés jurídico resulta ya vulnerado mediante una mera infracción de la prohibición establecida en la norma de conducta (esto es: en el precepto penal).

Tal como ha sostenido Martínez Buján, se trata en puridad de principios, de auténticas infracciones administrativas que son elevadas al rango de infracción penal. Por supuesto, que en dicha “elevación de rango” quedan por el camino los principios de ofensividad o lesividad, así como el principio de última ratio y el carácter de fragmentariedad del Derecho Penal clásico. De allí la referida inconstitucionalidad insanable de la que adolecen tipos penales (que se pueden apreciar en las legislaciones españolas

(11) MIR PUIG, *op. cit.*, p. 234.

y alemanas) tales como: los delitos tributarios contables en su modalidad de incumplimiento de la obligación de llevar libros de contabilidad o registros fiscales, o, en materia de delitos de tráfico viario, la inobservancia de portar libreta de conducir vigente y en regla.

Lejos de aceptar los delitos de peligro abstracto de mera conducta, o “de pura desobediencia”, donde la objetividad jurídica tutelada no deja de ser, pues, más que la propia norma de conducta desnudada de toda valoración material y axiológica, sostenemos con vehemencia su inconstitucionalidad. Y no conformes con ello, debe exigirse que, como mínimo estándar de garantía, el tipo penal de peligro abstracto no sea un delito puramente formal sino que observe un peligro real para bienes jurídicos penales, ello por más abstracto o genérico que sea.

De tal modo,

“...se trataría de delitos que no se consuman con la simple concordanza formal de la conducta humana con los presupuestos típicos correspondientes, esto es, con la mera infracción de la prohibición, sino que requieren la efectiva comprobación en la conducta de un juicio *ex-ante* de peligro para el bien jurídico penalmente protegido, o, lo que es lo mismo, la infracción del deber objetivo de cuidado en relación con la eventual lesión de dicho bien jurídico”.⁽¹²⁾

4.3. Propiciar los delitos de peligro abstracto de aptitud

Dentro del Derecho penal continental europeo, así como en determinadas nóveles legislaciones penales extra código en Latinoamérica, se ha verificado el surgimiento de determinadas figuras típicas de peligro abstracto que observan ciertas referencias típicas expresas en relación con su peligrosidad (de tal conducta tipificada) respecto de la objetividad jurídica tutelada. Así observamos referencias como: “de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores” (como es el caso del art. 282 Código Penal español referente a delitos relativos al mercado y a los consumidores), “de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma” (como es el caso del art. 290 Código Penal español referente a los delitos societarios), “que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales” (como es el caso

(12) MARTÍNEZ BUJÁN - PÉREZ, CARLOS, *Derecho penal económico y de la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 210.

del art. 325-1 del Código Penal español referente a los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente).

A su respecto, ha señalado la doctrina:

“Lo verdaderamente identificador de estos delitos es la incorporación explícita al injusto de elementos típicos normativos 'de aptitud', o sea, elementos de valoración sobre la potencialidad lesiva de la acción del agente, cuya concurrencia habrá de ser constatada por el juez. Si se repasa el catálogo de delitos socioeconómicos en el nuevo CP español, se puede comprobar que este recurso técnico —frecuente también tradicionalmente en otros sectores delictivos como, sobre todo, en el ámbito de la salud pública— ha sido bastante utilizado por el legislador de 1995. De esta manera el legislador español ha atendido en este punto las sugerencias de la doctrina especializada, que había preconizado el empleo de semejante técnica restrictiva de tipificación por razones de diversa índole, estimando desde luego que resultaban preferible a la opción de efectuar limitaciones en el tipo subjetivo”.⁽¹³⁾

Tal como se puede apreciar, se trata en la subespecie, de un requisito normativo del tipo objetivo, denotativo de la **aptitud** de la conducta concretamente realizada por el agente para la producción de un daño. De allí que se trate de un **elemento normativo típico de carácter relativo** ya que requerirá una valoración concreta, en cada caso de verificarse una conducta típica, consistente en el riesgo potencial que la acción supone para el bien jurídico. Asimismo, y por tratarse de un elemento del tipo objetivo, la señalada referencia normativa ha de hallarse abarcada por el dolo del autor, siquiera a título de dolo eventual, por lo que también constituye una limitación a nivel de tipicidad subjetiva, abriendo la posibilidad de verificar a su respecto un error de tipo.

Cabe, sin embargo, hacer una serie de puntualizaciones respecto de esta modalidad especial de peligro abstracto:

1. A los efectos del juicio de tipicidad, no se requiere la verificación de peligro concreto alguno respecto del bien jurídico tutelado.
2. Sin embargo, tal peligro de lesión/riesgo del bien jurídico tutelado habrá de ser considerado como un **motivo** que impulsara la conducta del agente a la hora de poner en marcha el curso causal, esto es, de exteriorizar la conducta

(13) MARTÍNEZ BUJÁN - PÉREZ, CARLOS, *op. cit.*, p. 212.

típica. Todo ello atendiendo a la ponderación realizada expresamente por el legislador a la hora de criminalizar tales comportamientos.

3. De allí que, si bien la doctrina abrumadoramente le otorga a estos delitos la estructura de los delitos de peligro abstracto, reconoce como evidente el que se deba atender aquí a un "desvalor potencial de resultado", o a un desvalor de resultado primario que concebido como un desvalor de la peligrosidad, indudablemente caracteriza a estos delitos (conforme señala Wolter).⁽¹⁴⁾
4. Al respecto, corresponde atender a lo reseñado por Cerezo Mir, quien señaló que en los delitos de aptitud la gravedad del desvalor de la acción es mayor que con respecto al delito de peligro abstracto *stricto sensu*, ya que en ellos la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex-ante* aparece como un elemento del tipo en atención a lo que el dolo deberá abarcar consecuentemente, no sólo la conciencia y voluntad de realización de la acción, sino también de su peligrosidad.
5. Si bien gran parte de la doctrina entiende que el resultado ha de aparecer *ex-ante* como una consecuencia no absolutamente improbable,⁽¹⁵⁾ personalmente considero correcta la posición que exige que la creación del riesgo típicamente relevante ha de ser uno análogo al que existe en los delitos de resultado.⁽¹⁶⁾ Esto ya que condice plenamente con las exigencias del principio de ofensividad o lesividad recogido en el art. 10 *ab initio* de la Constitución uruguaya (así como respecto del art. 19 de la Constitución argentina).

4.4. Echar mano de la teoría de los bienes jurídicos inmediata y mediatamente tutelados a los efectos de verificar la lesividad de la conducta concreta

Tal como hemos señalado anteriormente, cuando hablábamos del dogma de la sociedad de riesgo, una de sus características derivaba en la creación de bienes jurídicos supraindividuales que receptan situaciones jurídicas de intereses colectivos o difusos.

A su respecto, resulta imposible determinar lesión o puesta en concreto peligro alguno, y ello por parte de una conducta típica individual. Piénsese, si no, en lo que sucede con el bien jurídico hacienda pública

(14) WOLTER, J., "Objektive und personale Zurechnung von Verhalten", Berlín, 1981.

(15) SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, "Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1º del Código penal Español", en AAVV, *Derecho de la circulación*, Barcelona, 1993, p. 25 en adelante. ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito*; Barcelona, Atelier, 2003, p. 26.

(16) MENDOZA BUERGO, A., *El derecho penal en la sociedad de riesgo*; Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 456 en adelante.

en los delitos tributarios: ¿cómo es posible sostener lesividad alguna a dicha función por parte de la conducta de un contribuyente que mediante defraudación tributaria, evita pagar sus impuestos?, ¿cómo se explicaría que esa conducta fuera capaz de limitar o cercenar las metas presupuestales determinadas por el gobierno nacional, provincial o departamental?

De allí que se halla buscado (nuevamente) solucionar dicho escollo de disfuncionalidad mediante el trámite de echar mano a los delitos de peligro abstracto. Ahora bien, y tal como lo expresáramos en detalle en anterior oportunidad,⁽¹⁷⁾ ese recurso al tipo de delito de peligro abstracto no puede significar —bajo ningún concepto— inobservar al principio de ofensividad o lesividad expresado contundentemente en el art. 10 de la Constitución uruguaya (o el art. 19 Constitución argentina): “Las acciones privadas de los hombres que en nada afecten al orden público ni a terceros, estarán exentas de la jurisdicción de los magistrados”.

De allí que sostuviéramos la aplicación a la subespecie, de la teoría de los bienes jurídicos espiritualizados (Roxin) o institucionalizados (Jakobs), que hallara su mayor delineación en la categoría de bienes jurídicos inmediata y mediatamente tutelados postulada por Schünemann y Kindhäuser. Así, tenemos que:

- a. El bien jurídico mediatamente tutelado, es un bien jurídico colectivo o supraindividual que no es susceptible de lesión ni siquiera a título de peligro concreto por la ocurrencia de una conducta individual (típica). Por ende a su respecto, su tutela habrá de verificarse a título de peligro abstracto.
- b. Para establecer la existencia de tal peligrosidad, habrá de precisarse a su respecto, cuál bien jurídico individual y determinable actúa a modo de representante, esto es, comparte su espíritu *legis* o forma parte de la misma *ratio* institucional pero a nivel particular. Así, *v. gr.*, tenemos que, en el caso de los delitos tributarios, bien jurídico mediato será la hacienda pública o la función tributaria, mientras que bien jurídico inmediato —esto es: representante— será el erario público o el patrimonio estatal.
- c. La lesividad, necesaria a los efectos de cerrar el juicio de tipicidad conforme a la Constitución (para que la conducta pueda ser “objeto de la jurisdicción de los Magistrados” penales), habrá de verificarse respecto del bien jurídico inmediatamente tutelado. Así, se deberá determinar si la conducta defraudatoria o de evasión fiscal del contribuyente ha significado un daño

(17) BARRERA, JORGE y PEREIRA GARMENDIA, MARIO, *La defraudación tributaria. Un análisis normativo y garantista del art. 110 del Código Tributario*, Montevideo, AMF, 2008.

o riesgo efectivo respecto del 100% de los ingresos brutos que debían de ingresar a las arcas del Estado. Como se puede apreciar, de este modo, se cumplimenta con los principios del Derecho Penal liberal, ya que, al tratarse de un bien jurídico determinable, tanto su lesión como su puesta en riesgo concreto, puede ser objeto de una argumentación demostrativa, como de una contra-argumentación demostrativa.⁽¹⁸⁾

- d. Ahora bien, la constatación de la efectiva lesividad, a título de daño o riesgo concreto del bien jurídico inmediatamente tutelado, habilitará sostener una mayor antijuridicidad material, fundada en la existencia de una peligrosidad estadística de lesión al bien jurídico mediatamente tutelado. Ello emerge de un cálculo meramente estadístico —de raigambre normativa— consistente en multiplicar esa conducta concreta por una variable *x* que representaría la cantidad de personas que, pudieren eventualmente, imitar tal conducta. Así, en el caso de la defraudación tributaria, tenemos que, la conducta típica —lesiva respecto del patrimonio estatal—, de resultar imitada por un número amplio de contribuyentes, sí podría ser pasible de generar un desajuste a todo el sistema tributario (cosa que la conducta individual, *per se stante*, jamás podría siquiera poner en riesgo concreto).

Si bien no dejamos de reconocer que esta construcción sigue adoleciendo de vicios que la hacen pasible de fuertes críticas (como, sobre todo, el fundar un aumento de la reprochabilidad del injusto por lo que pudieren hacer eventualmente terceras personas que no se hallan vinculadas a título de copartícipes ni de cómplices para con el autor de la conducta típica), lo cierto es que al menos busca la observancia debida del principio de ofensividad, así como amorigerar los efectos que, construcciones vagas, imprecisas e indeterminables de bienes jurídicos que por otra parte carecen de historia en el análisis dogmático penal, indiscutiblemente generan.

4.5. El rechazo de todo tipo de régimen especial de la prueba del dolo o de la culpa respecto del tipo del delito de peligro abstracto

Esto, de alguna manera, emerge de todos los extremos que hemos venido señalando anteriormente. Prácticamente no se sostiene hoy día, a nivel doctrinario, la pertinencia de artículos como los n° 20 y 21 del Código Penal uruguayo, que, a la usanza del Código Rocco estipula un régimen probatorio especial para el dolo y la culpa en este tipo de delitos (haciendo uso de verdaderas presunciones de *iure et de iure*). Este tipo de prueba presuncional contra reo es absolutamente inconstitucional, no sólo por violentar al principio de ofensividad, sino, fundamentalmente, por resultar

(18) Cumpliendo de tal modo con el carácter de garantía contra el avance indebido del *ius puniendi*, que le otorgamos (siguiendo a Juárez Tavares) al bien jurídico penalmente tutelado.

absolutamente incompatible para con el principio de culpabilidad, así como respecto de los principios intradogmáticos tanto de dignidad humana, como de bien común político.⁽¹⁹⁾

Hemos señalado, hasta aquí, los extremos dogmáticos que, atendiendo a los postulados del Derecho Penal propio del Estado constitucional de Derecho, pueden ayudar a limitar los efectos disfuncionales que una estricta aplicación de la categoría de los delitos de peligro abstracto, bajo el prisma del dogma del riesgo, ha de causar. El criterio general de la doctrina pan-germánica ha sido, conforme denunciara Prittwitz en la cita que le efectuáramos *ut supra*, el de ir generando verdaderas disfunciones sobre disfunciones dogmáticas al sólo efecto de salvaguardar las incongruencias que el dogma sociológico de la sociedad de riesgo genera en el marco de la dogmática penal conforme a las garantías del Derecho penal liberal clásico.

Por el contrario, el camino que se ha propuesto aquí es el de recortar tales incongruencias respecto de la dogmática penal clásica y a la Constitución Nacional, ello en la medida de lo posible, y siempre que no se pueda, a nivel legislativo, proceder a desechar liminarmente tales estructuras deficientes.

De tal manera se pretende no sólo evitar el pronóstico negativo que *ut supra* recogiéramos de Prittwitz, sino también, a los efectos de evitar que en el **mientras tanto** se afecte a niveles intolerables las garantías que todo ciudadano ha de gozar en un Estado constitucional de Derecho. El lograrlo será una empresa difícil y cuasi temeraria, más no por ello menos necesaria y justa.



Bibliografía

- | | |
|--|--|
| <p>ALBRECHT, METER A., “El derecho en la intervención de la política populista”, en <i>La insostenible situación del Derecho penal</i>, Málaga, Comares, Ira. ed., 1999.</p> | <p>BARRERA, JORGE y PEREIRA GARMENDIA, MARIO, <i>La defraudación tributaria. Un análisis normativo y garantista del art. 110 del Código Tributario</i>, Montevideo, AMF, 2008.</p> |
| <p>ALCÁCER GUIRAO, R., <i>¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito</i>, Barcelona, Atelier, 2003.</p> | <p>BECK, ULRICH, <i>La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad</i>, Barcelona, Paidós, Ira. ed., 2006,</p> |

(19) Así: Jacobucci, Jorge, *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Bs. As., Ábaco, 2002.

- DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, "Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el Derecho penal", en *Revista de Derecho penal*, vol. I; Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2005.
- DONNA, EDGARDO, "La sociedad de riesgos y los delitos de peligro abstracto", en *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gombertat Ordeig*, Madrid, Edisofer, 2008.
- JUAREZ TAVARES, E. X., *La teoría del Injusto*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2010.
- MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, CARLOS, *Derecho penal económico y de la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- MENDOZA BUERGO, A., *El derecho penal en la sociedad de riesgo*, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal. Parte general*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 7ma. Ed., 2004.
- PRITTWITZ, CORNELIUS, "Sociedad de riesgo y Derecho penal", en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Universidad Castilla-La Mancha; Cuenca, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, "Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1º del Código penal Español", en AAVV, *Derecho de la circulación*, Barcelona, 1993.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2da. ed., 2006.
- WOLTER, J., "Objektive und personale Zurechnung von Verhalten", Berlín, 1981.
- YACOBUCCI, JORGE, *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Bs. As., Ábaco, 2002.

Análisis del art. 17 de la ley 12.331: el peligro concreto del peligro abstracto

SUSANA NOELIA CHAVES⁽¹⁾



1. Resumen

A partir de la entrada en vigencia de la ley 12.331 en el año 1937, que también fue conocida al momento de su sanción como de “cierre de los prostíbulos”,⁽²⁾ la Argentina adoptó respecto de la prostitución, una política criminal de tipo abolicionista, en la que se suprime toda reglamentación de la prostitución pero sin castigar a quien la ejerce. Es decir, no se reprime el ejercicio de la prostitución, ni se lo intenta reglamentar, pero sí se sanciona a todo aquél que lucre o explote el ejercicio de la actividad sexual ajena.

Concretamente el objeto de este trabajo es analizar el art. 17 de dicha ley, que dispone: “los que sostengan, administren o regenteen, ostensible o encubiertamente casas de tolerancia, serán castigados con una multa de doce mil quinientos a ciento veinticinco mil pesos”.

Entiendo que el punto de partida debe ser la identificación del bien jurídico al que alude el tipo legal en estudio. En efecto, el concepto de bien jurídico

(1) Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

(2) MOLINARIO, ALFREDO, “*Los Delitos*”, actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tipográfica Editora Argentina, 1996, p. 483.

tiene una función limitadora del poder punitivo por cuanto exige, como requisito para su habilitación, la afectación de un bien jurídicamente tutelado por el derecho (no por el derecho penal sino constitucional, internacional, civil, etc.).⁽³⁾ Un reciente fallo de la Sala I de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal del 19/08/2009, declaró la inconstitucionalidad del art. 17⁽⁴⁾ basándose en, lo que según entiendo es, un erróneo análisis de la norma desde una óptica meramente higienista. El problema es que analizar esta norma como destinada únicamente a evitar el contagio de enfermedades venéreas, y concebir a este delito como de peligro abstracto trae la necesaria consecuencia de la declaración de su inconstitucionalidad pues, si esto fuera efectivamente así, claramente la norma bajo estudio estaría en franca violación con el art. 19 CN. Por el contrario, basta con repasar los debates parlamentarios de la ley, para concluir sin lugar a dudas que, al momento de su dictado, se pensaba no sólo en la salud pública sino también en la dignidad y en la libertad e integridad sexual de las mujeres víctimas de la que entonces se denominaba "trata de blancas". La relación entre esta ley y el interés del Estado en reprimir la trata de personas y la explotación de la prostitución, en cuanto afecta la libertad de las personas, no puede presentarse de forma más clara tanto por su origen (fundamentos invocados en la discusión parlamentaria de la ley) como también por los avatares de su vigencia (restablecimientos de sus prescripciones normativas anteriores por la ley 16.666, que es ratificatoria del Convenio para la Represión de la Trata de Personas).

Aclarado esto, hay que establecer si las conductas descriptas en la norma logran sortear el límite que viene dado por el principio de lesividad consagrado en el art. 19 CN. En ese sentido, es necesario reeditar la clásica distinción entre dos clases de peligro: el concreto y el abstracto. A éstos últimos se les asigna una mayor probabilidad en la producción del resultado lesivo porque la ley, al diagramar la figura, presume necesariamente que ciertas acciones conducirán al riesgo del bien jurídico, ya sea por la clase de conducta o por los medios empleados.⁽⁵⁾ Se trata de normas que no tienen detrás una afectación a bienes jurídicos de terceros, se sanciona por el

(3) Ver ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL- ALAGIA, ALEJANDRO - SLOKAR, ALEJANDRO, "*Derecho Penal Parte General*", *op. cit.*, p. 486.

(4) CCCF, Sala I, "Rojas, Isabel y otros s/ procesamiento", Rta. el 19/08/09.

(5) BAIGÚN, DAVID, "*Los delitos de peligro y la prueba del dolo*", Montevideo, B de F, 2007, p. 17 y SOLER, SEBASTIÁN, "*Derecho Penal Argentino*", t. IV, Bs. As., Tipográfica Editora Argentina, 1992, p. 564.

mero quebrantamiento de la norma prescindiendo de toda verificación de una situación de verdadero peligro de lesión para un bien jurídico. Ahora bien, el principio de lesividad o de ofensividad opera como un límite del poder punitivo imponiendo la necesidad de efectuar esa verificación pues para poder afirmar la tipicidad de una conducta es un requisito ineludible que ella afecte el bien jurídico al que alude la norma, ya sea en la forma de lesión o de peligro.

Los tipos de peligro abstracto habilitan una mayor cantidad de poder punitivo, presumiendo una situación de peligro allí donde no la hay y sancionado, de ese modo, conductas inocuas y notablemente distantes a la realización efectiva de una agresión, en franca violación al principio de ofensividad consagrado en la Constitución Nacional, lo que, paradójicamente, configura un claro peligro concreto para el Estado de Derecho, permitiendo una habilitación ciertamente irracional de poder punitivo.⁽⁶⁾ Cualquier anticipación criminalizante viola el principio de reserva garantizado por el art. 19 CN, por lo que deben quedar expresamente excluidos los cursos de acción que sólo revelan una posibilidad de afectación abstracta, en los que no se hace más que usar un discurso pretendidamente tutelar de bienes jurídicos para habilitar el ejercicio del poder punitivo en razón de meras desobediencias administrativas o de criterios de moral subjetiva.

En ese orden de ideas, entiendo que el art. 17 de la ley 12.331 debe ser analizado como un delito de peligro concreto. De ello se sigue que, en cada caso, habrá que verificar si ha existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real, siendo inadmisibles, en caso negativo, la tipicidad objetiva. Si analizamos el art. 17 en relación al bien jurídico salud pública, cabe concluir que la acción de sostener, regentear o administrar una casa de tolerancia no implica, por sí misma, un peligro concreto para la salud pública. En efecto, y como ya se ha expresado precedentemente, si hubiera una puesta en peligro o lesión de la salud pública, ya sea por la posibilidad o el efectivo contagio de una enfermedad venérea, ello va a ser consecuencia no de la conducta típica sino de la omisión de usar profiláctico, ya sea por parte de quien presta o quien requiere los servicios sexuales.

(6) MARÍA CECILIA TORO, "Delitos de peligro abstracto. La tenencia de estupefacientes para el consumo personal en el código penal argentino y la legislación española", publicado en <http://www.terragnijurista.com.ar>

En relación a los bienes jurídicos libertad e integridad sexual, el análisis es mucho más complejo. No debe perderse de vista que la existencia de las casas de tolerancia es un problema estrechamente vinculado con la trata de personas por cuanto son ellas el destino del proceso de trata, sin que con esto quiera decirse que, en atención a la importancia del bien jurídico protegido, deba presumirse que existe un peligro allí donde no lo hay.

Hay aquí dos casos que hay que distinguir. El primero es el de quien ejerce la prostitución por cuenta propia y de manera voluntaria. El ofrecimiento de sexo por parte de una persona mayor de edad, en forma individual y en la intimidad de un departamento privado es una acción privada que carece de relevancia penal.⁽⁷⁾

No obstante, la situación cambia drásticamente cuando existen intermediarios. Es allí donde radica el problema. Nadie puede consentir su propia explotación ni prostituirse para el exclusivo beneficio de otro.⁽⁸⁾ Esto es claro, pues sostener lo contrario sería admitir que un esclavo puede consentir libremente su esclavitud. En este sentido, el legislador quiso reprimir al sostenedor, organizador, regente de esa actividad, al que de ella lucra, es decir al intermediario, que es quien podría generar un peligro concreto para la libertad e integridad sexual de quienes ejercen la prostitución, en atención a la situación de vulnerabilidad en que se encuentran.

Distinto es el caso de quien ejerce la prostitución por cuenta propia, con autonomía y entrega parte de sus ganancias a quien le consigue los clientes o le facilita el lugar para su ejercicio, pues en este caso no hay peligro alguno para la libertad sexual.⁽⁹⁾ En consecuencia, tal como se expuso a lo largo de este trabajo, por imperativo constitucional el peligro no puede presumirse sino que en cada caso concreto habrá que verificar si la conducta descrita en la norma ha puesto el bien jurídico en una situación de peligro concreto.

(7) CNCasación Penal, Sala III, "Tintillay, Jorge E. y otros", Rta. 07/11/2003.

(8) DE LUCA, JAVIER AUGUSTO y LÓPEZ CASARIEGO, JULIO, "Delitos contra la integridad Sexual", Bs. As., Hammurabi, 2009, p. 170.

(9) En este caso, podría configurarse el delito previsto en el art. 26 del CPN si se dan los medios allí descritos.

2. Análisis del art. 17 de la ley 12.331

2.1. El peligro del peligro abstracto

En la Argentina, durante muchos años, el ejercicio de la prostitución en las casas se hallaba reglamentado. Se permitía el funcionamiento de prostíbulos pero sólo podían estar regenteados por mujeres.⁽¹⁰⁾ En 1935 una ordenanza municipal estableció la prohibición de las casas de tolerancia en el territorio de la capital federal, adoptando así un sistema abolicionista. Como un efecto no deseado de esa prohibición, se incrementó el número de casas de tolerancia en las comunas limítrofes del Gran Buenos Aires. En ese estado de cosas, a fin de adoptar un sistema abolicionista de la prostitución que tuviera aplicación en todo el país, era necesario el dictado de una ley nacional. Así, el 11 de enero de 1937, entró en vigencia la ley 12.331 referida a la profilaxis antivenérea, que derogó todos los reglamentos referidos a la prostitución y que, en su art. 15, dispone: *“queda prohibida en toda la república, el establecimiento de casas de tolerancia o locales donde se ejerza la prostitución o se incite a ella”*. Asimismo, y a fines de procurar el cumplimiento de la prohibición del art. 15, en su art. 17 dispone que: *“los que sostengan, administren o regenteen, ostensible o encubiertamente casas de tolerancia, serán castigados con una multa de doce mil quinientos a ciento veinticinco mil pesos”*.

De esta forma, con la ley 12.331, que también fue conocida al momento de la sanción como de *“cierre de los prostíbulos”*,⁽¹¹⁾ la Argentina adoptó respecto de la prostitución, una política criminal de tipo abolicionista.

(10) En la ordenanza de la ciudad de Buenos Aires se establecía cómo debían ser las ‘casas de prostitución’, su localización (a no menos de dos cuadras de templos, teatros y escuelas), quienes debían regentearlas (sólo mujeres) las normas de higiene y seguridad municipal; establecía además que las mujeres debían ser mayores de 18 años (la mayoría de edad en el Código civil era de 21 años, de modo que la prostitución de menores estaba legalizada) y someterse a inspecciones y reconocimientos médicos. Regía la obligación para las casas de prostitución de llevar registros de las mujeres. Se prohibía la prostitución clandestina, es decir aquella que se ejercía fuera de las casas de prostitución toleradas por el reglamento.

(11) MOLINARIO, ALFREDO, *“Los Delitos”*, actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tipográfica Editora Argentina, 1996, p. 483.

Este sistema se fundamenta en la consideración de que la prostitución es una explotación del cuerpo del ser humano y que, reglamentar tal actividad, sólo consigue perpetuar esa injusticia. Propone la derogación de la reglamentación y si bien no incrimina la prostitución, tampoco la reconoce.

Una vez más el efecto de la ley no fue el esperado por cuanto su entrada en y la consecuente derogación de la reglamentación de la prostitución que ella preveía, significó que muchos prostíbulos pasaran a funcionar de manera clandestina, otros se cerraron y se reabrieron bajo nuevas fachadas.

Posteriormente, la ley 12.331 fue modificada por el decreto-ley 10.638 del 28/04/1944 (ratificado por ley 12.912 el 11/07/1947) que modificó el art. 15 y permitió el funcionamiento de prostíbulos, siempre que ellos estuvieran autorizados por la Dirección Nacional de Salud Pública y Asistencia Social. Asimismo, modificó el art. 17 estableciendo que el simple ejercicio de la prostitución por la mujer en su casa, en forma individual e independiente, sin afectar el pudor público no constituía delito alguno. Así se volvió al sistema reglamentarista que imperaba antes de la ley 12.331

Pero no obstante este momentáneo (y finalmente abandonado) relajamiento en la prohibición que venimos apuntando, la ley 16.666, publicada en el BO 16/07/1965, dispuso expresamente la derogación de las excepciones que venía a consagrar el decreto 10.638/1944, así como de toda disposición que se opusiera al decreto-ley 11.925/1957, ratificado por ley 14.467, que ratificaba el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena. Así se volvió a la redacción anterior de los arts. 15 y 17 de la ley.

3. Las acciones típicas

El art. 17 prohíbe las conductas de sostener, administrar o regentear, ya sea de manera ostensible o encubierta, casas de tolerancia.

Según el Diccionario de la Real Academia Española sostener significa mantener, dar lo necesario para su manutención y prestar apoyo. Por su parte, regentar significa dirigir, gobernar aún sin ser el dueño. Y finalmente, administrar significa conducir, guiar y dirigir.

Con respecto a las conductas descritas en la norma, la jurisprudencia ha dicho *“Es sostenedor de una casa de tolerancia el que la tiene —ej. quien alquila el local a prostitutas y recibe parte de las ganancias—, o mantiene —p. ej. quien sufraga los gastos que demanda el uso del local—, o presta*

un apoyo o auxilio material para que el lugar sirva a tal fin”⁽¹²⁾ y “No sólo es punible quien sólo se beneficia de la promiscua actividad realizada por un tercero, sino quien lucre al participar en la propiedad o la administración de un lenocinio, es decir, quien asuma a modo de empresa la explotación de esa conducta”.⁽¹³⁾

4. Bienes jurídicos protegidos

Para la elaboración dogmática del concepto de tipo se debe atender tanto a la conducta tipificada como también a la exclusión de tipicidad cuando no media conflictividad, como requisito o barrera infranqueable a la irracionalidad con la que opera poder punitivo. En este sentido, se ha dicho que *“los conflictos penalizados son concebibles cuando importan lesiones a otros que se producen en la interacción humana, de modo que no existe conflictibilidad cuando hay acciones que no lesionan a nadie, ni tampoco lo hay cuando no es posible tratarlas como pertenecientes a alguien”.*⁽¹⁴⁾

En este orden de ideas, toma vital importancia el concepto de bien jurídico, que tiene una función limitadora del poder punitivo por cuanto exige, como requisito para su habilitación, la afectación de un bien jurídicamente tutelado por el derecho (no por el derecho penal sino constitucional, internacional, civil, etc.).⁽¹⁵⁾ En consecuencia, el punto de partida debe ser la identificación del bien jurídico al que alude el tipo legal en estudio.

Un reciente fallo de la Sala I de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal del 19 de agosto de 2009, declaró la inconstitucionalidad del art. 17 de la ley 12.331⁽¹⁶⁾ basándose en, lo que según entiendo es, un erróneo análisis de la norma desde una óptica meramente higienista. En efecto, el fallo “Rojas” pretende anclar la interpretación de la ley en una concepción higienista y, sin embargo, si uno repasa el debate parlamentario de aquella época, queda claro que al momento de dictarse la ley que aquí nos ocupa, se pensaba no sólo en la salud pú-

(12) CNACrim. y Corr., Sala IV, “Morrone, Patricia”, Rta. el 30/04/03.

(13) CNACrim. y Corr., Sala IV, “Rivadavia 5474”, Rta. el 23/03/00.

(14) ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL - ALAGIA, ALEJANDRO - SLOKAR, ALEJANDRO, “Derecho Penal Parte General”, 2da. ed., Bs. As., Ediar, 2002, p. 484.

(15) Ver ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL - ALAGIA, ALEJANDRO - SLOKAR, ALEJANDRO, “Derecho Penal Parte General”, op. cit., p. 486.

(16) CCCF, Sala I, “Rojas, Isabel y otros s/ procesamiento”, Rta. el 19/08/09.

blica sino también en la dignidad y en la libertad e integridad sexual de las mujeres víctimas de la que entonces se denominaba “trata de blancas”.

En el fallo mencionado, la Cámara acude a los argumentos introducidos en el debate, pero lo hace de una manera parcial.

Cabe destacar que estos dos artículos a los que me estoy refiriendo, fueron finalmente incorporados al texto de la ley a partir de la propuesta efectuada por el senador Serrey. Cuando se estaba debatiendo el texto de tales artículos, en especial del art. 15 de la ley, el senador Serrey, por la provincia de Salta, dijo

“Uno de los males más graves que derivan de la prostitución oficializada, es el desarrollo que toma la trata de blancas, que mi colega el senador por la Capital trató de combatir con el proyecto que presentara hace ya muchos años, porque la existencia de casas de lenocinio facilita esos negocios”, “Suprimiendo estos establecimientos, llegaremos a eliminar una profesión tan infame como infamante, quitando los lugares a que suelen llegar los cargamentos de mercancías, que como tal consideran a las pobres mujeres traídas de Europa”.⁽¹⁷⁾

Asimismo, en ocasión de expresar los motivos por los cuales propuso la inclusión del que hoy es el art. 15 de la ley, el senador Serrey citó un decreto del gobernador Fresco y dijo

“las condiciones antihigiénicas de los locales en que funcionan esos prostíbulos no pueden ser más alarmantes, siendo sus deficiencias de tal naturaleza que autoriza a clasificarlos como verdaderos lupanares, donde pelagra seriamente y por igual, la salud de los visitantes y la de las pupilas, mujeres que con la desgracia de verse obligadas a ejercer tan triste comercio, deben soportar así una inicua explotación y vivir en condiciones que importan una terrible amenaza de contaminación venérea”,

“El diputado Giménez —y lo cito en primera línea porque es el apóstol del abolicionismo en este país— decía en un discurso pronunciado en el Consejo Deliberante: La reglamentación de los prostíbulos es la causa principal de la trata de blancas, la degeneración del hombre y con

(17) Debate parlamentario de la ley 12.331, Cámara de Senadores, 18 de septiembre de 1936, p. 278.

ella la esclavitud de la mujer. El prostíbulo es la escuela del vicio y del proxenetismo y la causa principal de la difusión de las enfermedades venéreas".⁽¹⁸⁾

Citando al doctor Cafferata dijo

"Otro aspecto de la sanción que comentamos se refiere a la prohibición de la prostitución reglamentada. Tiene nuestra decidida adhesión y merece destacarse como un paso más hacia la justicia social. Elementales consideraciones sociales, morales y hasta humanitarias, se oponen a que existan en la sociedad seres humanos en esas condiciones, que son de las más repugnante y dolora esclavitud. La discusión entre abolicionistas y reglamentaristas, basada en razones profilácticas, no puede subsistir, porque hay otros motivos superiores que invocar". "Puede decirse, en resumen, de la reglamentación, que es el factor de desmoralización, factor de contaminación; poder discrecional dado a la autoridad, lo que fomenta su abuso; favorecer el escandaloso comercio de los dueños de casas, perpetrar la esclavitud de la mujer y llevar fatalmente a la trata de blancas",⁽¹⁹⁾ "El prostíbulo ha sido siempre —como lo acaba de repetir recientemente el comité especial de estudio de la Sociedad de las Naciones— uno de los principales estimulantes de la trata de blancas".⁽²⁰⁾

La iniciativa y propuesta del entonces senador por Salta fue apoyada unánimemente por sus colegas de ambas cámaras y así pasó a integrar la nueva ley.

El diputado Padilla al pronunciarse sobre la conveniencia, para la profilaxis de las enfermedades venéreas, de la supresión de la prostitución reglamentada, adujo

"el negocio infame del tratante de blancas se resiente enormemente con la supresión del lenocinio reglamentado. La supresión de los lenocinios si no va a acabar con el tratante de

(18) Debate parlamentario de la ley 12.331, Cámara de Senadores, 18 de septiembre de 1936, p. 279.

(19) Debate parlamentario de la ley 12.331, Cámara de Senadores, 18 de septiembre de 1936, p. 280.

(20) Debate parlamentario de la ley 12.331, Cámara de Senadores, 18 de septiembre de 1936, del informe de los doctores Baliña, Belbey y Zwanck del año 1935, p. 281.

blancas, hablando gráficamente, les va a arruinar el negocio. Un detalle muy importante que ha sido observado en todos los países donde se ha suprimido la prostitución reglamentada, es que los tratantes de blancas se trasladan con ese motivo a otros países en que existe la misma".⁽²¹⁾

Por su parte, el diputado Mouchet argumentó

"Suprimiendo la prostitución reglamentada, realizamos un gran conquista moral, por cuanto anulamos el infame comercio que gira alrededor de la pobre mujer que realiza una función tan innoble y degradada como es la prostitución...Este mal es, justamente, el que se va a corregir si a ley se cumple... Esto desde el punto de vista moral. Desde el punto de vista médico, ya ha establecido muy bien el señor diputado Padilla, miembro informante de la comisión, que la supresión del prostíbulo reglamentado va a dar por resultado un descenso de las enfermedades venéreas".⁽²²⁾

Así las cosas, de las citas efectuadas se desprende claramente que el bien jurídico protegido por ley no es sólo la salud pública sino además la libertad sexual y dignidad humanas de quienes son explotadas sexualmente.⁽²³⁾ En este sentido, se ha dicho que

"Las palabras que emplea el art. 17 ley 12.331 son aplicables a aquellos terceros sostenedores, explotadores del comercio carnal, verdaderos proxenetas", "la ley 12.331 tiende a suprimir el régimen reglamentarista de la prostitución y no la prostitución misma. Las sanciones que estatuye el art. 17 y que corresponde al art. 15 de la ley, que prohíbe en toda la República el establecimiento de casas o locales donde se ejerza la prostitución o se incite a ella, consistentes en multa, pérdida de carta de ciudadanía a los naturalizados y extranjeros y expulsión del país una vez cumplida la condena, hablan a las claras que se quiso punir a quienes regenteaban, sostenían o administraban casas de to-

(21) Debate parlamentario de la ley 12.331, Cámara de Diputados, 9 de diciembre de 1936, p. 932.

(22) Debate parlamentario de la ley 12.331, Cámara de Diputados, 9 de diciembre de 1936, p. 936.

(23) En el mismo sentido FAIBERG, MARCELO, "Prostitución, pornografía infantil y trata de personas", p. 84.

lerancia, en el sentido de mancebías, casas públicas de mujeres meretrices, estimulantes de la trata de blancas y alimentos de corrupción política y social”.

(El destacado me pertenece).⁽²⁴⁾

El fallo mencionado parte de una premisa equivocada pues sólo considera como bien jurídico en juego a la salud pública. Siendo así, no sorprende que se declare la inconstitucionalidad de la norma, pero a esto me referiré más adelante.

En igual sentido, entiendo se equivoca la Sala V en el fallo “Chanquia” del año 2008.⁽²⁵⁾ En este caso, la Sala V de la Cámara, argumentó que la ley de Profilaxis Antivenérea tutela la salud pública y, entendió que no se había verificado la lesión de bien jurídico alguno, en atención a que había quedado demostrado que se habían utilizado preservativos en los encuentros sexuales que tenían lugar en la prostíbulo que el imputado sostenía. No obstante, no analiza si la conducta del imputado puso en peligro el bien jurídico libertad e integridad sexual de las mujeres.

Debe considerarse además que la ley 16.666, publicada en el BO 16/7/65, además de actualizar los contenidos de los arts. 15 y 17 de la ley 12.331, reponiéndolos conforme su concepción originaria (abolicionista), dispuso además la derogación expresa de toda disposición que se opusiera al decreto-ley 11.925/57, ratificado por ley 14.467, que ratificaba el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena. De ello se sigue que lo hizo para cumplir con los compromisos internacionales de nuestro país en la represión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena.

Por lo dicho, la relación entre esta ley y el interés jurídico del Estado en reprimir la trata de personas y la explotación de la prostitución, en cuanto afecta la libertad de las personas, no puede presentarse de forma más clara tanto por su origen (fundamentos invocados en la discusión parlamentaria de la ley) como también por el desarrollo o avatares de su vigencia (restablecimientos de sus prescripciones normativas anteriores por la ley 16.666, que es ratificatoria del Convenio para la represión de la trata de personas).

(24) CNACrim. y Corr., Sala II, Rta. 17/9/1990, publicado en JA 1991-I-403.

(25) CNACrim. y Corr., Sala V, “Chanquia, Cristian Marcelo”, Rta. 26/9/08.

5. El peligro concreto del peligro abstracto

Como se expresó precedentemente, en el fallo "Rojas" la Cámara considera que el único bien jurídico al que alude la norma es la salud pública y en virtud de ese análisis parcializado es que llega a la conclusión de que es inconstitucional. En efecto, la conducta consistente en administrar un prostíbulo no implica peligro alguno para la salud pública pues si ha de ser posible una lesión a tal bien jurídico es a través del contagio de una enfermedad venérea, el cual va a depender de la omisión del uso del preservativo, ya sea por parte del solicitante del servicio sexual o de quien lo provea. Pues entonces, esa acción voluntaria, excluiría el nexo causal que debe mediar entre el resultado lesivo y la conducta prohibida. Lo que la Cámara omite es analizar la norma desde los otros bienes jurídicos protegidos, esto es la libertad e integridad sexual y la dignidad.

Cabe destacar que el fallo mencionado no introduce argumentos en contra de la validez constitucional de los delitos de peligro abstracto en general, sino sólo respecto de aquellos que tienen como finalidad situaciones en interferencia con la autonomía personal de los individuos. También en este punto discrepo con el fallo.

Es clásica la distinción entre dos clases de peligro: el concreto y el abstracto. A éstos últimos se les asigna una mayor probabilidad en la producción del resultado lesivo porque la ley, al diagramar la figura, presume necesariamente que ciertas acciones conducirán al riesgo del bien jurídico, ya sea por la clase de conducta o por los medios empleados.⁽²⁶⁾ Para formular una incriminación de ese tipo, el derecho se basa en reglas constantes de experiencia y se desentiende de toda comprobación referente a la efectiva existencia de lesiones o de riesgos. Dicho en otras palabras, se castiga una acción "típicamente peligrosa" o peligrosa "en abstracto", sin exigir que se haya puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido.⁽²⁷⁾

El bien jurídico en los delitos de peligro abstracto generalmente es de carácter público, común o colectivo, ya que justamente la abstracción del

(26) BAIGÚN, DAVID, "Los delitos de peligro y la prueba del dolo", Montevideo, B de F, 2007, p. 17 y SOLER, SEBASTIÁN, "Derecho Penal Argentino", t. IV, Bs. As., Tipográfica Editora Argentina, 1992, p. 564.

(27) CORIGLIANO, MARIO EDUARDO, "Delitos de peligro. Hacia una definición político-criminal y sistemática. La frontera de lo punible en el derecho penal", p. 5, publicado en Revista electrónica Derecho Penal Online.

peligro y la lejanía de la lesión hacen que no pueda conocerse de antemano cuál será la conducta lesiva posterior ni el futuro objeto lesionado materialmente.

Vemos así, como en los delitos denominados “de peligro abstracto” la finalidad limitadora del bien jurídico, a la que se ha hecho referencia en el punto tres, se ha expandido de una manera inusitada, lo que implica la sanción de conductas que pueden llegar a ser inocuas en sí mismas, pero que sin embargo pueden reconducirse a la protección de bienes jurídicos remotos, con la consecuente incriminación de conductas notablemente distantes a la realización efectiva de una agresión.⁽²⁸⁾ Se trata de normas que no tiene detrás una lesión de un derecho de terceros, se sanciona por el mero quebrantamiento de la norma.

El principio de lesividad o de ofensividad se constituye en un límite para la habilitación de poder punitivo que se encuentra expresamente exigido por el art. 19 CN. Este principio hace que no sea posible prohibir una conducta que se desarrolle dentro de la esfera privada, entendida como aquella que no lesiona a terceros. Por tanto, para afirmar la tipicidad de una conducta es un requisito ineludible que ella afecte el bien jurídico al que alude la norma, ya sea en la forma de lesión o de peligro. La afectación del bien jurídico es así un límite de garantía.

Los tipos de peligro abstracto habilitan una mayor cantidad de poder punitivo, presumiendo una situación de peligro allí donde no la hay y sancionando, de ese modo, conducta que no afectan en modo alguno bienes jurídicos de terceros, en franca violación al principio de ofensividad consagrado en la Constitución Nacional.

Hirsch sostiene que solo los delitos de peligro concreto son auténticos delitos de peligro. Las formas de los delitos de peligro abstracto facilitan la utilización del derecho penal, porque ya no es necesario probar la lesión efectiva al bien jurídico, sino que solo basta con demostrar lo peligroso de la acción. Con ello se reduce los requisitos para castigar y las posibilidades de defensa ante ello.⁽²⁹⁾ A la misma conclusión arriba Zaffaroni, para quien

(28) MARÍA CECILIA TORO, “*Delitos de peligro abstracto. La tenencia de estupefacientes para el consumo personal en el código penal argentino y la legislación española*”, publicado en <http://www.terragnijurista.com.ar>

(29) HANS JOACHIM HIRSCH, “*Derecho Penal, Obras Completas*”, t. I, Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 65-87.

ninguno de los criterios esgrimidos para justificar la punibilidad de los tipos de peligro abstracto son constitucionalmente admisibles. Hay muchas formas de tratar de destruir el concepto de afectación del bien jurídico como límite contentor del poder punitivo del estado y una de ellas es inventar el peligro abstracto.

Conforme lo expuesto, por imperativo constitucional, sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro en los que debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real que se deberá establecer en cada situación concreta, siendo inadmisibles, en caso negativo, la tipicidad objetiva.

Por tanto, si en los delitos de peligro presunto el legislador presume la posibilidad de daño para el bien jurídico tutelado, lo cierto es que tal presunción no puede ser de aquellas conocidas como *juris et de jure*, es decir, que no admiten prueba en contrario porque el principio de lesividad impone que no puede haber tipicidad sin afectación a un bien jurídico, que puede consistir en una lesión en sentido estricto o en un peligro. Por tanto, frente a un delito de peligro debe partirse de la base de que la presunción contenida en la respectiva norma es *iuris tantum*, es decir, que se admite prueba en contrario acerca de la potencialidad de la conducta para crear un riesgo efectivo al bien jurídico objeto de tutela. Sobre este punto Ferrajoli sostiene que “estos tipos deberían ser reestructurados, sobre la base del principio de lesividad, como delitos de lesión, o al menos peligro concreto, según merezca el bien en cuestión una tutela limitada al perjuicio o anticipada a la mera puesta en peligro (concreto)”.⁽³⁰⁾

Dicho en otras palabras, no basta con realizar simple y llanamente el proceso de adecuación típica de la conducta para luego dar por presupuesta su tipicidad, pues siempre se impone verificar si en el caso concreto tal presunción legal es desvirtuada por alguna prueba en contrario. Cualquier anticipación criminalizante viola el principio de reserva garantizado por el art. 19 constitucional, por lo que deben quedar expresamente excluidos los cursos de acción que sólo revelan una posibilidad de afectación abstracta, en los que no se hace más que usar un discurso pretendidamente tutelar de bienes jurídicos para habilitar el ejercicio del poder punitivo en razón de meras desobediencias administrativas o de criterios de moral subjetiva. Vemos así, como aceptar el peligro abstracto genera un peligro

(30) FERRAJOLI, LUIGI, “Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal”, Madrid, Trotta, 2001, p. 479.

concreto para el Estado de Derecho, permitiendo una habilitación irracional de poder punitivo.

En definitiva, hay situaciones concretas de peligro y otras que no lo son, y nada puede legitimar que en las últimas se afirme la tipicidad objetiva en contra de la letra clara del art. 19 CN.⁽³¹⁾ Por tanto, siempre que una conducta se realice en condiciones que no traiga aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, dicha conducta se encuentra amparada por la garantía del art. 19 CN.⁽³²⁾

6. El art. 17 de la ley 12.331 como delito de peligro concreto

En los delitos de peligro concreto se requiere la concreta puesta en peligro del bien jurídico, el peligro concreto es el resultado típico.⁽³³⁾

Si analizamos el art. 17 en relación al bien jurídico salud pública, cabe concluir que a acción de sostener, regentear o administrar una casa de tolerancia no implica, por sí misma, un peligro concreto para la salud pública. En efecto, y como ya se ha expresado precedentemente, si hubiera una puesta en peligro o lesión de la salud pública, ya sea por la posibilidad o el efectivo contagio de una enfermedad venérea, ello va a ser consecuencia no de la conducta típica sino de la omisión de usar profiláctico, ya sea por parte de quien presta o quien requiere los servicios sexuales.

En relación con los bienes jurídicos libertad e integridad sexual el análisis es mucho más complejo y habrá que verificar, en cada caso, si la conducta típica generó para aquellos bienes jurídicos una situación próxima a la lesión.

En este orden de ideas, me parece importante destacar que de lo que aquí se trata es de evitar lesiones a la libertad e integridad sexual. Y con ese objetivo, no puede perderse de vista que nunca una persona puede ejercer la prostitución "para otro" con un consentimiento libre.⁽³⁴⁾

Hay aquí dos casos que hay que distinguir. El primero es el de quien ejerce la prostitución por cuenta propia y de manera voluntaria. El ofrecimiento de sexo por parte de una persona mayor de edad, en forma individual y

(31) ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL - ALAGIA, ALEJANDRO - SLOKAR, ALEJANDRO, *op. cit.*, pp. 491-492.

(32) CSJN, "Bazterrica", Rta. 29/8/86, Fallos: 308:1392.

(33) CORIGLIANO, MARIO EDUARDO, *op. cit.*, p. 5.

(34) DE LUCA, JAVIER AUGUSTO y LÓPEZ CASARIEGO, JULIO, "Delitos contra la integridad Sexual", Bs. As., Hammurabi, 2009, p. 170.

en la intimidación de un departamento privado es una acción privada que carece de relevancia penal.⁽³⁵⁾ La discusión acerca del posible encuadramiento, en el art. 17, de la conducta de la mujer que ejerce la prostitución en su domicilio hoy se encuentra superada.⁽³⁶⁾ Al respecto la jurisprudencia ha dicho

“No constituye delito a tenor de lo dispuesto en el art. 17 de la ley 12.331 la conducta de la mujer que comercia con su propio cuerpo en un lugar determinado, casa o local, en forma individual o independiente, aun cuando su oficio se revele abierta o encubiertamente al público por aviso periodístico”,⁽³⁷⁾ “El ejercicio de la prostitución en forma individual o independiente, no constituye delito y no corresponde confundir esta conducta con la que verdaderamente posee relevancia penal, que no es otra, que la desplegada por los sostenedores, administradores o regentes de la prostitución. Tanto la prostitución ejercida en esas condiciones, como su “presunta” promoción periodística, no constituyen delito”.⁽³⁸⁾

Es interesante mencionar que, mientras que un grupo de organizaciones de mujeres y feministas pone de relieve el carácter de víctima de las mujeres que trabajan en prostitución hablando de “explotación sexual” y definiendo a las mujeres como “mujeres en situación de prostitución”, otro grupo las identifica como “trabajadoras sexuales” y procura desvictimizarlas.⁽³⁹⁾ Por mi parte, entiendo que sostener que una persona no puede decidir libremente ejercer la prostitución implica violentar la autonomía de la voluntad.⁽⁴⁰⁾ En este sentido, refiriéndose a la prostitución ejercida

(35) CNCasación Penal, Sala III, “Tintillay, Jorge E. y otros”, Rta. 07/11/2003.

(36) El fallo plenario de la CNACrim. y Corr., del 27/3/40, “Rodríguez Blasa”, sostuvo que el simple ejercicio de la prostitución por la mujer, en forma individual e independiente, en un local, configura la figura del art. 17. de la ley 12.331. Esta postura fue criticada duramente por gran parte de la doctrina.

(37) CNACrim. y Corr., Sala II, Rta. 17/09/1990, publicado en JA 1991-I-403.

(38) CNACrim. y Corr., Sala IV, “Montoya, Rosa M.”, Rta. 12/03/02.

(39) MARIO PECHENY y MÓNICA PETRACCI, “Argentina: derechos humanos y sexualidad”, CEDES, 2007, pp. 227 a 248.

(40) La Comisión Internacional contra el Tráfico de Mujeres ha considerado que la prostitución no resulta ser una elección libre, sino que es una elección propia de supervivencia. Más que consentir, una mujer prostituta accede a la única opción que está a su alcance. Su conformidad deriva del hecho de tener que adaptarse a las condiciones de desigualdad que son establecidas por el consumidor que le paga a ella para que haga lo que él quiera (conf. Raymond, Janice,

libremente, Emilio García Méndez sostiene *“la tentación de incapacitar para proteger nada tiene de nuevo. Aunque le suene a edad del bronce a las mujeres jóvenes de hoy, no han pasado muchos años desde que la mujer, casada y mayor de edad, necesitaba la autorización del marido para trabajar. ¿La razón? La “protección” de la mujer”*.⁽⁴¹⁾

No obstante, la situación cambia drásticamente cuando existen intermediarios. Es allí donde radica el problema. Nadie puede consentir su propia explotación ni prostituirse para el exclusivo beneficio de otro. Esto es claro, sostener lo contrario sería admitir que un esclavo puede consentir libremente su esclavitud. En este sentido, el legislador quiso reprimir al sostenedor, organizador, regente de esa actividad, al que de ella lucra, es decir al intermediario, que es quien podría generar un peligro concreto para la libertad e integridad sexual de quienes ejercen la prostitución, en atención a la situación de vulnerabilidad en que se encuentran. En igual sentido se advierte el art. 1 del Protocolo de Palermo que castiga al que, para satisfacer las pasiones de otra, *“Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona”*

La existencia de las casas de tolerancia es un problema estrechamente vinculado con la trata de personas por cuanto son ellas el destino del proceso de trata. La realidad muestra que las prostitutas integran un colectivo discriminado de especial vulnerabilidad, lo que propicia su explotación. En este sentido, estimo importante destacar las palabras de Mercedes Asorati, Coordinadora General del Programa Esclavitud Cero de la Fundación El Otro:

“Un tratante nos dijo que dentro de los prostíbulos existían tres clases de mujeres: las locas sueltas —que eran mujeres que se encontraban en situación de prostitución sin ningún proxeneta, chulo o marido, como se llama en la jerga de los prostíbulos—; existían mujeres que tenían marido —que son las gerenciadas por proxenetas, chulos o sus propios maridos reales—; y las que lloran. Y las que lloran eran las víctimas de trata de personas”,

⁽⁴¹⁾ “10 razones para no legalizar la prostitución”, Coalición Internacional contra el Tráfico de Mujeres, del 25/3/03, en www.geaweb.org; citado por Javier de la Fuente, “Oferta y demanda de sexo en los espacios públicos” en el libro de Ponencias de las Jornadas “La nueva legislación contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, p. Organizadas por la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Bs. As., p. 161).

(41) GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, *“La trata de personas y el consentimiento”*, publicado en Diario Página 12, sábado 12 de abril de 2008.

“La trata antes operaba con los sectores más vulnerables de las diferentes sociedades: con las mujeres más pobres, las mujeres analfabetas, con las mujeres que eran de otros países y no hablaban la lengua”, agrega Túnez. “En la medida que el consumo de prostitución se empieza a globalizar se genera toda esta cuestión de la mercantilización de los cuerpos y de las vidas de las mujeres, empiezan a haber otras demandas. No sólo se demandan mujeres en situaciones vulnerables, se demandan mujeres ‘exóticas’, mujeres de clase media, mujeres-niñas de clase alta. La trata hoy opera en función de la demanda y el consumo”.⁽⁴²⁾

Distinto es el caso de quien ejerce la prostitución por cuenta propia, con autonomía y entrega parte de sus ganancias a quien le consigue los clientes o le facilita el lugar para su ejercicio, pues en este caso no hay peligro alguno para la libertad sexual.⁽⁴³⁾ En consecuencia, tal como se expuso a lo largo de este trabajo, por imperativo constitucional el peligro no puede presumirse sino que en cada caso concreto habrá que verificar si la conducta descrita en la norma ha puesto el bien jurídico en una situación de peligro concreto.

7. Reflexiones finales

A lo largo de este trabajo he expresado mi parecer en torno a la proliferación de los tipos de peligro abstracto, y al peligro que implica, para un estado de derecho, el aceptar un peligro presunto sin respeto alguno por el principio de lesividad impuesto por la constitución nacional. En ese orden de ideas, manifesté la necesidad de establecer el bien jurídico protegido por la norma y la exigencia de su lesión o su puesta en peligro concreto, para sólo entonces, habilitar poder punitivo.

Para concluir me parece interesante realizar algunas reflexiones sobre el fenómeno de la explotación sexual en atención a su clara vinculación con la norma que ha sido objeto de análisis. Legislar es necesario pero no alcanza. Durante muchos años no existió en la Argentina una verdadera voluntad política de perseguir a las redes de trata y a los proxenetas. Para lograr ese

(42) En “El negocio de la trata en la ruta del petróleo”, publicado en www.opsur.wordpress.com el 21/04/2010.

(43) En este caso, podría configurarse el delito previsto en el art. 26 del CPN si se dan los medios allí descritos.

cometido, es indispensable que cada una de las provincias intensifiquen las medidas de control sobre los locales donde podrían estarse llevando a cabo conductas prohibidas por los arts. 17 de la ley 12.331, 125, 125bis, 126, 127 y 145 bis y 145ter del Código Penal de la Nación, los que generalmente se encuentran habilitados como whiskerías, bares, casas de masajes y pubs. Asimismo, sería deseable la derogación de las normas contravencionales que reprimen, en algunos casos, el ejercicio de la prostitución de manera independiente. Mantener esa clase de normativa acrecienta el estado de vulnerabilidad de quienes ejercen la prostitución, pues las deja más expuestas a la arbitrariedad y corrupción policial y es una clara forma de complicidad con los traficantes y dueños de lugares donde se explota y se esclaviza a mujeres. La mujer que no puede ejercer la prostitución en la vía pública se ve empujada a recurrir a los prostíbulos, con todos los peligros que ello implica.

Advierto, con agrado, una corriente que se ha propuesto tomar cartas en el asunto mediante la adopción de medidas tendientes a evitar el incremento de víctimas de explotación sexual, a que "las que lloran" sean cada vez menos. Tal vez ahora también la jurisprudencia comience a avanzar en este sentido.



Bibliografía

- FAINBERG, MARCELO H, "*Prostitución, pornografía infantil y trata de personas*", Ad Hoc, Buenos Aires, 2010.
- DE LUCA, JAVIER y LÓPEZ CASARIEGO, JULIO, "*Delitos contra la Integridad Sexual*", Hammurabi, Buenos Aires, 2009.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, "*Derecho Penal Parte General*", 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2002.
- RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, TERESA, "*Delitos de peligro, Dolo e Imprudencia*", Universidad Complutense, Madrid, 1994.
- BAIGÚN, DAVID, "*Los delitos de peligro y la prueba del dolo*", Ed. B de F, Montevideo, 2007.
- CORIGLIANO, MARIO EDUARDO, "*Delitos de peligro. Hacia una definición político-criminal y sistemática. La frontera de lo punible en el derecho penal*", publicado en Revista electrónica Derecho Penal Online.
- FERRAJOLI, LUIGI, "*Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*", Trotta, Madrid, 2001.
- FONTÁN BALESTRA, CARLOS, "*Derecho Penal Parte Especial*", 15ª edición actualizada por Ledesma, Guillermo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- MOLINARIO, ALFREDO, "*Los Delitos*", actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, Tipográfica Editora Argentina, 1996.

Delitos de Peligro: teorías fundantes, propuestas dogmáticas

ROMÁN FACUNDO ESQUIVEL⁽¹⁾



1. Introducción

La presente ponencia tiene como finalidad principal realizar una sucinta exposición de aquellas teorías esbozadas por la doctrina penal con el objeto de legitimar los delitos de peligro abstracto. Es preciso aclarar que aquí no abordaremos la mayor objeción formulada a la construcción del mencionado tipo delictivo (afectación al principio de lesividad, ofensividad) sino más bien, luego de una breve introducción al tema, analizaremos las propuestas dogmáticas superadoras que se pretenden aplicar.

2. Los delitos de peligro abstracto. Concepto

Son aquellos que no requieren, para configurarse, que se produzca un peligro concreto respecto del bien jurídico protegido, siendo suficiente que se presenten los hechos que la ley presume abstractamente como creando un peligro respecto de ese bien jurídico.

Siguiendo a Maurach, la peligrosidad abstracta es la vara de medida que el legislador utiliza para prohibir ciertas acciones que pueden calificarse como peligrosas de acuerdo a la experiencia general. Es decir, cuando la ley

(1) Universidad Nacional del Nordeste Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas

considera (al peligro) derivado de ciertas situaciones, de ciertas acciones y sobre todo del empleo de ciertos medios, verbigracia el abandono del servicio ferroviario o la introducción clandestina de alcaloides.⁽²⁾

Resulta conveniente a los fines de un mejor entendimiento de los mismos, traer a colación un ejemplo del derecho español: **el de la ebriedad en el tránsito**. El tipo delictivo castiga el mero hecho de conducir un vehículo cuando el conductor “no se encuentre en condiciones de guiar con seguridad el vehículo, a consecuencia el consumo de bebidas alcohólicas o de otros medios que causen embriaguez”. La penalidad es independiente de si la conducción del autor puso o no en peligro a otros participantes del tránsito público. Es más, la peligrosidad general de la conducción en estado de ebriedad ha sido el motivo que el legislador ha tenido en vista para penalizar dicha conducta como delito de peligro abstracto.⁽³⁾

En estos delitos, el peligro es únicamente la *ratio legis*, es decir, el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva. Se castigan ciertas conductas porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico. El peligro no es aquí un elemento del tipo, y el delito queda consumado aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido. Debido a ello, en este caso no es necesaria la comprobación judicial del peligro para que la conducta resulte subsumible en el tipo.⁽⁴⁾

(2) MAURACH, REINHART, actualizada por Zipf, Heinz, *Derecho Penal Parte general*, trad. Por Genzch, J. Boffil y Gibson E. Aimone, Buenos Aires, Astrea, 1994, p. 283.

(3) MAURACH, REINHART, *op. cit.*, pp. 283, 284.

(4) CEREZO MIR, JOSÉ, “Los Delitos de Peligro Abstracto”, en *Garantías Constitucionales y Nulidades Procesales*, t. II, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 719. Para el mencionado autor, la distinción entre delitos de peligro abstracto y concreto se encuentra en “la peligrosidad de la acción” para los primeros, y “el resultado de peligro” para los últimos. Para este autor el juicio de peligro coincide básicamente con el juicio de previsibilidad objetiva. Para determinar la peligrosidad de la acción el juicio debe realizarse (*ex-ante*), por una persona inteligente (el juez), colocada en la posición del autor, en el momento del comienzo de la acción teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por la persona inteligente, mas la conocidas por el autor (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales (saber nomológico). Si la producción del resultado aparece como **no absolutamente improbable, la acción era peligrosa**. Para el citado autor, entonces el peligro aparece como una cualidad inherente a la acción, se trata de una acción peligrosa. Si en cambio hablamos de un **resultado de peligro**, es preciso que un bien haya entrado en el radio de acción de la conducta del sujeto y que su lesión aparezca en ese momento como no absolutamente improbable. Por ejemplo un conductor de un vehículo automotor adelanta a otro vehículo en una curva; su conducta será peligrosa si para un observador inteligente, colocado en su lugar, en el momento en que inicia la maniobra de adelantamiento, aparece como no absolutamente improbable que venga un vehículo en dirección

3. Doctrina nacional

Para Zaffaroni, es preciso tener en cuenta que el concepto de peligro abstracto como una **posibilidad de peligro** no puede ser sostenido debido al hecho de se convertiría en el **peligro de peligro**, lo que en la tentativa traería ocasionado una triplicación del mismo: **peligro de peligro de peligro**.⁽⁵⁾

Continua el citado autor manifestando que no existen tipos de peligro abstracto o concreto; sino solo tipos en los que se exige la prueba efectiva del peligro corrido por el bien jurídico, en tanto que en otros se produce una inversión de la carga de la prueba debido a que una vez realizada la conducta se presume el peligro hasta tanto no se pruebe lo contrario, circunstancia que corresponderá probar al acusado. Estima que se trata de una clasificación con más relevancia procesal que penal de **fondo**.

En una posición opuesta, Creus afirma que el peligro viene valorado ya *ex-ante* por el legislador y con ese material juzga el juez *ex-post*. Sostiene que "una cosa es valorar y otra es juzgar según las valoraciones que son dadas". Afirma que no basta con "constatar la conducta", sino que el juez tiene que comprobar si esa conducta encuadra en el peligro previsto por el legislador, es decir, debe constatarla "como peligrosa" según la valoración de la ley. Es por eso que llega a la conclusión de que no es correcto hablar de una inversión de la carga de la prueba. En el delito de peligro abstracto, la injuria al bien jurídico protegido está en la conducta peligrosa misma. La visión del delito de peligro abstracto como delito **sin injuria** se apoya en una inadvertencia: que siempre en ellos hay una protección generalizada, o que no se protege la salud de determinados individuos sino la de la población.⁽⁶⁾

contraria y, por tanto, la producción de un resultado de muerte, lesiones o daños. Puede suceder, sin embargo, que no viniera en ese momento un vehículo en dirección contraria, en ese caso no se habría producido un resultado de peligro, un peligro concreto de un bien jurídico. Si venía un vehículo en dirección contraria, se habrá producido un resultado de peligro, si en el momento en que este vehículo entrase en el radio de acción del que llevaba acabo el adelantamiento, apareciera como no absolutamente improbable la producción de un resultado muerte, lesiones o daños. Se trata de dos juicios de peligro realizados en momentos diferentes.

(5) ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALAGIA, ALEJANDRO, SLOKAR, ALEJANDRO, *Manual de Derecho de Penal*, 2da. ed., 1° reimp., Bs. As., Ediar, 2007, p. 375.

(6) CREUS, CARLOS, *Derecho Penal*, Parte General, 3ra. edic., Bs. As., Astrea, 1994, p. 166.

4. Teorías que fundamentan los delitos de peligro abstracto

En cuanto a las posturas tradicionales que se han esbozado en torno a la fundamentación los delitos de peligro abstracto, destacamos dos de ellas: la de “la peligrosidad o relevancia lesiva general”, y “la peligrosidad abstracta”.⁽⁷⁾

Es preciso aclarar que ambas doctrinas poseen puntos en común, como la no consideración del peligro, ni de la peligrosidad de la acción, como elementos típicos. Es decir, la razón de la punición de ciertas conductas es el peligro que representan para bienes jurídicos esenciales, pero esta consideración es meramente apriorística, la razón del legislador, o una presunción. El delito se considera consumado con la mera realización de la acción típica, siendo absolutamente irrelevante si, en el caso concreto hubo o no peligro.⁽⁸⁾

4.1. La teoría de la peligrosidad general

Esta teoría afirma que en los delitos de peligro abstracto, el legislador quiere prohibir conductas “generalmente” o “típicamente” peligrosas según señala la experiencia. La conducta típica no se prohíbe por que demuestre en concreto su cualidad lesiva o peligrosa, sino en cuanto pertenece a una clase de acciones que, con frecuencia significativa, producen lesiones de bienes jurídicos. La peligrosidad no es pues un atributo de la acción individual, sino de la clase de acciones y constituye un **mero motivo del legislador** para tipificar el delito, pero no es un elemento del tipo del injusto. Se parte, por lo tanto, de un juicio de probabilidad estadística en el que no se repronostica un daño concreto, sino una relación estadística entre ciertas clases de acciones y un resultado lesivo.⁽⁹⁾

4.2. La teoría de la peligrosidad abstracta

Sostiene que el legislador, al elaborar el tipo, establece en él formas de conducta consideradas peligrosas por que poseen las condiciones **mínimas suficientes** para causar un daño (condiciones mínimas incorporadas a la descripción típica). La relevancia lesiva de tales conductas no se basa en un proceso deductivo sobre la base de la frecuencia con que las mismas

(7) RODRIGUEZ MONTAÑEZ, TERESA, *Delitos de Peligro Dolo e Imprudencia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 282.

(8) RODRIGUEZ MONTAÑEZ, TERESA, *op. cit.*, p. 282.

(9) RODRIGUEZ MONTAÑEZ, TERESA, *op. cit.*, p. 283.

provocan resultados lesivos, sino inductivo: a partir de unas condiciones mínimas que pueden señalarse como causas de eventuales resultados lesivos se establece que todo comportamiento que reúna esas condiciones es peligroso en abstracto.⁽¹⁰⁾

Esta teoría se basa en una presunción del legislador establecida *iuris et de iure*.

La presunción sería que todo comportamiento típico posee la relevancia lesiva típica, realiza el peligro abstracto, aún en el caso de absoluta no peligrosidad en concreto y por eso puede hablarse de una presunción de peligro/peligrosidad *iuris et de iure*. Esa no peligrosidad fáctica del caso concreto es absolutamente irrelevante para el peligro abstracto, que seguirá concurriendo, obviándose con ello las dificultades probatorias que plantean estos supuestos, consideración procesal que suele emplearse como argumento para justificar la presunción de peligro.

5. Principio de precaución

Este principio nace con el fin de poder justificar la intervención del legislador en los supuestos de incertidumbre acerca del saber científico-causal, es decir, aquellos casos en los que el riesgo es ciertamente sospechado, pero no previsible, del riesgo no cuantificable o mensurable en sus dimensiones esenciales, del riesgo incierto por ser inciertos los soportes científicos que podrían identificarlo y describirlo.⁽¹¹⁾

Debemos hacer una distinción entre dos principios; el de precaución y el de previsión.

El de previsión parte de la idea de previsibilidad, con base en las leyes causales conocidas.

El de precaución, por el contrario, parte de la sospecha de los riesgos graves e irreversibles que puede llevar consigo una actividad determinada, en supuestos en que se desconocen las leyes causales o en los que existe una incertidumbre acerca de los procesos causales que pueden desencadenar dichas actividades. La incertidumbre afecta en ocasiones no solo la relación de causalidad entre acción y el daño grave e irreversible, sino a la producción del mismo daño y a la cuantificación del riesgo y del daño.

(10) RODRIGUEZ MONTAÑEZ, TERESA, *op. cit.*, pp. 285-286.

(11) ROMEO CASANOVA, citado por Cerezo Mir, en *op. cit.*, p. 734.

A este respecto existen solo presunciones o sospechas basadas generalmente en cálculos estadísticos y probabilidades. Los principales campos de aplicación del principio de precaución serían la protección del medio ambiente y la salud pública.⁽¹²⁾

Se ha pretendido con el principio de precaución una ampliación de los delitos de peligro abstracto, de modo de incluir en ellos los supuestos de mera sospecha de la posibilidad de la producción de un daño grave e irreversible por la incertidumbre del saber científico causal. Para Cerezo Mir, esta ampliación implicaría una desnaturalización del concepto de delito abstracto puesto que este se basa sin dudas en el principio de previsibilidad. Para dicho autor, en estos delitos se castigan conductas que generalmente, de acuerdo con el saber científico general de la época, llevan consigo el peligro de un bien jurídico protegido. Continúa diciendo que el principio de precaución debería servir solo de base para una ampliación de las responsabilidades de carácter civil y administrativo.

Las dudas acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto se han planteado también precisamente en el plano de lo injusto. Desde el momento que puede faltar en el caso concreto el peligro del bien jurídico, se cuestiona su contenido de injusto material. No se considera suficiente para fundamentarlo que la acción lleve consigo generalmente el peligro del bien jurídico. Se trataría de presunción *iuris et de iure* irrefutable, de la existencia del peligro.

En el plano de la legalidad no hay mayores objeciones por cuanto el legislador puede describir la acción prohibida de un modo preciso.

El contenido material de lo injusto en los delitos de peligro abstracto se encuentra en el desvalor de la acción. En la configuración de los tipos se mantiene la referencia a los bienes jurídicos. Se castigan ciertas conductas porque generalmente ponen en peligro el bien jurídico. Se mantiene, pues, una conexión, aunque de menor entidad, con el principio de lesividad. El dolo, al ser conciencia y voluntad de la realización de los elementos del tipo, no va referido, sin embargo, al peligro del bien jurídico (pues no pertenece al tipo la producción de un resultado de peligro), ni siquiera tiene que abarcar necesariamente la conciencia y voluntad de la peligrosidad general de la acción.

(12) CEREZO MIR, JOSÉ, *op. cit.*, p. 735.

La legitimidad de los delitos de peligro abstracto es cuestionable únicamente desde el punto de vista del contenido del injusto material, desde el momento en que en el caso concreto puede faltar no sólo el resultado de peligro del bien jurídico, sino incluso la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex-ante*.⁽¹³⁾

A continuación expondremos algunas soluciones tendientes a dotar al injusto de estos delitos de un contenido material.

6. El peligro abstracto como tentativa de delito imprudente o como tipificación de una infracción del deber de cuidado sin resultado

Brehm y Horn estimaron que no debía considerarse típica la conducta cuando el autor ha adoptado medidas de cuidado o de seguridad complementarias para evitar peligros para bienes jurídicos ajenos. Según esta línea de pensamiento, en la medida que el autor se comporte con el cuidado objetivamente debido, no realizará el tipo de peligro abstracto. Es decir, los delitos imprudentes de resultado y de peligro abstracto tendrían como fundamento la misma norma y los mismos deberes de cuidado. A modo de ejemplo, sostienen que, si no se infringe la norma de cuidado con la vida o la salud de otras personas, no es posible afirmar materialmente la existencia de un injusto de peligro abstracto, aunque formalmente estén presentes en el hecho todos los elementos típicos. Sólo será penado el que no adopte las precauciones necesarias para evitar muertes o lesiones. Verbigracia, aunque alguien conduzca bajo la influencia de bebidas alcohólicas, se podría tener en cuenta para negar la tipicidad de la conducta que conducía a una velocidad bastante inferior a la máxima permitida y que de copiloto iba atenta otra persona que no había ingerido bebidas alcohólicas. Según estos autores, aunque se infrinjan ciertas reglas estándar de seguridad, faltaría un injusto material si se añaden otras condiciones de seguridad que pueden preservar de lesiones los bienes jurídicos individuales.⁽¹⁴⁾

Los delitos de peligro surgen para castigar la realización de conductas peligrosas imprudentes respecto del eventual resultado lesivo, pero sin

(13) CEREZO MIR, JOSÉ, *op. cit.*, p. 739.

(14) FEJOO SANCHEZ, BERNARDO J., "Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro", en *Revista de Derecho Penal*, 2007-2: delitos de peligro I, Dirigido por Edgardo Alberto Donna, 1da. ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, pp. 168 y ss.

esperar a que ese resultado se produzca. Representan, por tanto un adelantamiento de las barreras de protección en el ámbito del delito imprudente, castigando excepcionalmente la tentativa imprudente —normalmente impune— ante la importancia del bien puesto en peligro y la especial relevancia lesiva de la forma de ataque al mismo, en ciertos ámbitos en los que la naturaleza de la actividad y la experiencia acumulada han permitido tipificar la norma de cuidado con la suficiente precisión, haciendo posible la punición de esa conducta peligrosa sin resultado, sin menoscabo de la seguridad jurídica.⁽¹⁵⁾

7. La transformación de los delitos de peligro en delitos de lesión

Sostiene Jakobs que una conducta, que no puede ser legítimamente criminalizada en su cualidad de acto preparatorio de la lesión de determinados bienes jurídicos, no merece sin embargo su criminalización por la lesión de bienes jurídicos situados delante de aquellos o en sus flancos. Si bien el comportamiento delictivo no se puede anticipar discrecionalmente a la lesión de un bien jurídico, quizá resulte posible anticipar la propia lesión de un bien jurídico. Propone el maestro de Bonn que no se está pensando en rebajar el ataque al bien jurídico de la lesión a la puesta en peligro, sino más bien en un fraccionamiento del bien jurídico. Se puede fragmentar el injusto correspondiente al estadio de la lesión en diversos injustos parciales y, renunciando a la completa reunión de todos los injustos parciales, definir el injusto del hecho por algunos fragmentos de injustos producidos precozmente, o incluso, por uno solo de ellos.⁽¹⁶⁾

En los delitos con un injusto meramente parcial no se infringen las normas principales (las normas de los delitos de lesión), sino normas de flanqueo cuya misión es garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales. Para poder enjuiciar la legitimidad de estas normas de flanqueo es necesario echar un vistazo a las condiciones de vigencia de las normas. Una norma es eficaz si presta lo que hay que prestar: aseguramiento de las expectativas. Para ello es necesario que la norma sea reconocible *ex-ante*

(15) RODRIGUEZ MONTAÑEZ, TERESA, *op. cit.*, pp. 304 y ss.

(16) JAKOBS GUNTER, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en *Estudios de Derecho Penal*, UAM Ediciones, Madrid, Civitas, 1997, pp. 313 y ss.

como estable por el potencialmente afectado. La vigencia de la norma no es por tanto solo una relación entre normas y autores potenciales, los únicos a los que normalmente se designa como destinatarios de la norma, sino también una relación entre la norma y los potencialmente afectados. La vigencia de las normas es una cuestión con múltiples facetas, en la que el aspecto relativo a los potencialmente afectados, no es solo el aspecto del autor formulado negativamente, sino que tiene un contenido positivo, concretamente el de la confianza en la norma.

Si se acepta el enunciado de que la vigencia de la norma no solo depende de la conducta de los autores potenciales, sino también de lo que esperan los afectados, resulta evidente que la vigencia de la norma puede verse dañada no solo por quebrantamientos de la norma, entendidos en su sentido habitual, sino también por cualquier menoscabo de la confianza de los afectados, cualquiera que sea la vía por la que esto ocurra.

Asimismo y en este sentido Kindhauser, afirma que los delitos de peligro abstracto, consisten materialmente en la abstracción de la seguridad como bien jurídico protegido o finalidad tuitiva de la norma. La seguridad como finalidad de la norma es entendida como una posibilidad de disposición sin peligro o sin preocupaciones de los bienes. No se trataría de un bien jurídico de naturaleza psicológica, sino más bien de naturaleza normativa que tendría en cuenta las condiciones jurídicamente garantizadas de disposición segura de bienes en cada ámbito social o en el orden social en su conjunto.⁽¹⁷⁾

8. Teoría normativa de la tipicidad como marco superador

Los delitos de peligro son supuestos en los cuales se tipifica la desprotección ilegítima de otro ámbito de organización (peligro concreto) o la incorrecta organización del propio ámbito de organización, o la organización insegura para otros ámbitos de organización (delitos de peligro abstracto). Los delitos de peligro tipifican situaciones de inseguridad para otros ámbitos de organización, ya sean individuales o supraindividuales.

(17) KINDHAUSER, citado por FEJOO SANCHEZ, *op. cit.*, pp. 174 y ss. Para el citado autor el objeto de protección sería la posibilidad para una persona razonable de disponer de forma segura de bienes, suponiendo estos delitos una perturbación de las condiciones normativamente garantizadas de disposición segura de bienes. Los delitos de peligro abstracto quedan así definidos como delitos que tipifican una lesión *sui generis*.

En los tipos abstractos no se exigen, como elemento de la tipicidad, referencia alguna a ámbitos de organización ajenos concretos. Basta en ellos con una organización insegura del propio ámbito de organización o con una organización más insegura que las conductas permitidas en el ámbito social en el que se actúa.

En lo que se refiere al tipo objetivo, lo que se defiende es que la conducta no solo debe reunir todos los elementos típicos de acuerdo con los cuales el tipo define expresamente la conducta como estadísticamente peligrosa, sino que esos elementos deben permitir que se pueda imputar al infractor, en el caso concreto, una organización insegura del propio ámbito de organización o, formulado de manera distinta, una organización peligrosa más insegura que una equivalente permitida. Ello no significa que haya que constatar la idoneidad de la conducta para lesionar, sino simplemente que desde una perspectiva normativa o jurídica —que no equivale necesariamente al de la víctima potencial— no se ha controlado o dominado suficientemente el propio ámbito de organización. Si la conducta ni siquiera afecta o llega a generar situación de inseguridad alguna a otros ámbitos de organización o por actuaciones salvadoras de terceros o de la propia víctima, es indiferente. El autor ya ha realizado su injusto. **Una organización objetiva y normativamente insegura es lo que otorga una definición concreta y no la referencia estadística, es por ello que se transforma el hecho en un injusto penal y no en un mero injusto administrativo.**

Es más, una organización objetivamente insegura no siempre genera inseguridad (una situación de peligro) para otros ámbitos de organización. Para el citado autor es preciso que se constate con seguridad desde una perspectiva *ex-post* que la organización del autor era una organización objetiva y normativamente insegura y ello con independencia de que se haya visto o no afectado el objeto material de un bien jurídico individual.

Dese el punto de vista del tipo objetivo, la infracción a normas con accesoriadad administrativa debe entenderse como cláusulas de riesgo permitido en el sentido de que esta institución de encuentra ampliamente asumida en el ámbito de otras modalidades delictivas.

9. Conclusión

A modo de síntesis, resulta evidente que las concepciones normativas, (en su referencia *autopoiéticas*) ofrecen un marco superador, dotando a este tipo de delito, a su manera, de un contenido material del injusto.

Ahora bien, tampoco se renuncia a la exigencia de protección de bienes jurídicos por el hecho de destacar que el Derecho penal con sus prohibiciones quiere asegurar los valores de la acción (como el respeto a la vida o a la propiedad ajena). Ello es totalmente correcto en la medida en que el mantenimiento de valores de la acción sirve para la protección de los bienes jurídicos a los que los mismos se refieren. Solamente está vedada la protección de valores de la acción y de la actitud interna **flotantes**, cuya lesión no tiene referencia alguna a un bien jurídico.⁽¹⁸⁾

Sin un comportamiento externo perturbador no se puede hacer responder a un sujeto de lo que le es interno, abarcando lo interno el entero ámbito privado, no solo los pensamientos. La ley puede recortar, del ámbito privado lo que corresponde a un comportamiento abstractamente peligroso, pero esto tiene que suceder sin tomar en cuenta el contexto de planificación del sujeto.⁽¹⁹⁾

Resulta de lo expuesto que las soluciones dogmáticas descriptas no adolecen de críticas o incongruencias, pero entiendo que persiguen el fin de legitimar este tipo de construcción, a partir de concepciones que se debaten entre un derecho penal liberal y un derecho penal preventivo.



Bibliografía

- MAURACH, REINHART, actualizada por Zipf, Heinz, *Derecho Penal. Parte general*, trad. Por Genzch, J. Boffil y Gibson E. Aimone, Bs. As., Astrea, 1994.
- CEREZO MIR, JOSÉ, “Los Delitos de Peligro Abstracto”, en *Garantías Constitucionales y Nulidades Procesales*, T II, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2001
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALEJANDRO SLOKAR y ALEJANDRO ALAGIA, *Manual de Derecho de Penal*, 2 ed., 1° reimp., Bs. As., Ediar, 2007.
- CREUS, CARLOS, *Derecho Penal. Parte general*, 3° ed., Bs. As., Astrea, 1994.
- RODRIGUEZ MONTAÑEZ, TERESA, *Delitos de Peligro Dolo e Imprudencia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.

(18) ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, t. I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, traducción de Diego-Manuel Luzon Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal, 2° alemana, Madrid, Civitas, 1997, p. 60.

(19) JAKOBS GUNTER, *op. cit.*, pp. 312-313.

FEIJOO SANCHEZ, BERNARDO J. “Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro”, en *Revista de Derecho Penal* 2007-2: delitos de peligro I, Dirigido por Edgardo Alberto Donna, 1° ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

JAKOBS GUNTER, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”,

en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, UAM Ediciones, Editorial Civitas, 1997.

ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte general*, trad. de Diego-Manuel Luzon Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal, 2° alemana, Madrid, Civitas, t. 1, 1997.

Delitos de Peligro: el regreso al Derecho Penal inquisitivo

FRANCISCO FIGUEROA⁽¹⁾



1. Introducción

El derecho penal moderno en las últimas décadas ha ampliado considerablemente los límites del poder punitivo. En lugar de ser estos restrictivos y de *ultima ratio, contrario sensu*, se están adelantando las barreras, abarcando la órbita de otras ramas del derecho —en las que no debería entrometerse el Derecho Penal— e inmiscuyéndose en el ámbito social como solucionador de conflictos. Con sólo ojear el código de fondo se vislumbra la cantidad de conductas tipificadas que en verdad son meras infracciones o desobediencias administrativas, se están abarcando las figuras contravencionales en el código penal.

Sumado a que, si se analiza la situación del Derecho Penal actual, podrá observarse sin demasiado esfuerzo el rol protagónico que éste ha adquirido, al demandársele cada vez más que no espere a la producción del resultado lesivo, sino que castigue a las acciones peligrosas, haya o no resultado dañoso. En este sentido, Rodríguez Montañés afirma que “responden a la creciente necesidad de adelantar las barreras de protección del Derecho Penal a estadios previos a la producción del resultado, para

(1) Universidad de Buenos Aires.

hacerla efectiva".⁽²⁾ Por su parte Goerner refiere que "...la protección penal a momentos muy distantes de la efectiva lesión o puesta en peligro real de aquellos".⁽³⁾

A raíz de todo ello me puse a pensar en el aspecto constitucional de los tipos penales que sancionan situaciones de mera peligrosidad,⁽⁴⁾ es decir, sin generar una puesta en peligro concreto del bien jurídico tutelado, denominados corrientemente como **delitos de peligro abstracto**.

Algunos ejemplos de esto encontré en los artículos: 1) 189 *bis*, pto. 1, último párrafo;⁽⁵⁾ 2) 189 *bis*, pto. 2,⁽⁶⁾ 3) 193 *bis*⁽⁷⁾ todos ellos del CP y en el art. 14 de la ley 23.737,⁽⁸⁾ entre otros.

(2) RODRIGUEZ MONTAÑES, TERESA, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 21.

(3) GOERNER, GUSTAVO, "Los delitos de peligro abstracto y las garantías constitucionales", *Revista de Derecho Penal. Delitos culposos II*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, vol. 2002-2, 2002, p. 560.

(4) Como bien los denomina HIRSCH, HANS JOACHIM, "Delitos de peligro y Derecho penal moderno", en www.eldial.com, abril de 2010.

(5) Art. 189 *bis*, pto 1º, *in fine* CP: "La simple tenencia de los materiales a los que se refiere el párrafo que antecede, sin la debida autorización legal, o que no pudiere justificarse por razones de su uso doméstico o industrial, será reprimida con prisión de tres (3) a seis (6) años".

(6) Art. 189 *bis*, pto. 2º CP: "La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de 6 (seis) meses a 2 (dos) años y multa de mil pesos (\$ 1000) a diez mil pesos (\$ 10.000). Si las armas fueren de guerra, la pena será de dos (2) a seis (6) años de prisión. La portación de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de un (1) año a cuatro (4) años. Si las armas fueren de guerra, la pena será de tres (3) años y seis (6) meses a ocho (8) años y seis (6) meses de reclusión o prisión. Si el portador de las armas a las cuales se refieren los dos párrafos que anteceden, fuere tenedor autorizado del arma de que se trate, la escala penal correspondiente se reducirá en un tercio del mínimo y del máximo. La misma reducción prevista en el párrafo anterior podrá practicarse cuando, por las circunstancias del hecho y las condiciones personales del autor, resultare evidente la falta de intención de utilizar las armas portadas con fines ilícitos. En los dos casos precedentes, se impondrá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena. El que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años".

(7) Art. 193 *bis* CP: "Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años e inhabilitación especial para conducir por el doble de tiempo de la condena, el conductor que creare una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas, mediante la participación en una prueba de velocidad o de destreza con un vehículo automotor, realizada sin la debida autorización de la autoridad competente. La misma pena se aplicará a quien organizare o promocionare la conducta prevista en el presente artículo, y a quien posibilitare su realización por un tercero mediante la entrega de un vehículo de su propiedad o confiado a su custodia, sabiendo que será utilizado para ese fin".

(8) Art. 14 ley 23.737: "Será reprimido con prisión de 1 a 6 años (...) el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su es-

Continuamente los legisladores han establecido tipos penales que sancionan conductas de mera peligrosidad, incrementándose notablemente en este último tiempo pese a las fuertes críticas doctrinales acerca de su constitucionalidad. Así es, debido, en gran medida, a la creciente demanda por parte de la sociedad de leyes tendientes a aumentar la seguridad tanto en las calles como en el tráfico, tal como sostiene la Corte Suprema de Justicia.⁽⁹⁾ Respecto de la seguridad en el tráfico tomo como ejemplo el ya citado art. 193 bis CP —incorporado por ley 26.362, art. 2, BO 16/04/2008—. ⁽¹⁰⁾

Las mencionadas figuras colisionan con los mandatos constitucionales, vulnerando los principios de lesividad, legalidad, subsidiariedad, fragmentariedad, proporcionalidad, mínima intervención, *ultima ratio*, culpabilidad, de reserva, penal de acto, *in dubio pro reo*, *nullum crimen sine culpa*, *nullum crimen sine iniuria*, máxima interpretación restrictiva y en *bonam partem* y *nullum crimen sine conducta*, muchos de ellos establecidos por la Constitución Nacional, y por los pactos internacionales a los que se les confirió igual raigambre constitucional, a través del art. 31 y 75, inc. 22 CN, introducido en la reforma constitucional efectuada en 1994.

Cierto es que la declaración de inconstitucionalidad es la *ultima ratio* del orden jurídico, es decir, que la “declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional y, en caso de duda, debe estarse por su constitucionalidad (Fallos 310:1162; 311:394; 312:122,435, 1437, 1681, 2315; 314:407; 315:923; 316:779; 316:2624). Sólo debe acudir a ella cuando la repugnancia de la ley inferior con la norma calificada de suprema sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos 285:322;

casa cantidad y demás circunstancias, surge inequívocamente que la tenencia es para uso personal”.

(9) Fallo de competencia 542. XXXV. “Leguiza, Ángel Marcelo s/ robo calificado y otro” del 24/10/2000. En lo que aquí respecta refiere: “Es el propio debate parlamentario de la ley 25.086 —que incorpora la nueva figura de portación de arma de fuego de uso civil condicional sin autorización— donde el legislador señala que la inclusión tiene como fin hacer frente a la situación de violencia en la comisión de delitos que se está generando. Es decir, el peligro no es la portación del arma en sí misma, sino la modalidad violenta —por el uso de tales armas que ha adquirido la comisión de delitos en los últimos tiempos (c. Antecedentes Parlamentarios ley 25.086, pp. 1671, 1675, 1683 y passim)—”. Mismo criterio adoptó en el caso de competencia n° 86. XXXVI. “Cabrera, Oscar Andrés s/ infr. art. 189 bis del CP”. del 9 de noviembre de 2000. Ambos extraídos de www.csjn.gov.ar

(10) Si se analizan los antecedentes parlamentarios podrá observarse que la intención es castigar con la pena allí prevista a quien participare, organizare, promocionare o posibilitare la realización de una “picada”, haya o no provocado un accidente. Tomado de los dichos el senador Naidenoff.

316:2624; R.229.XXXI, causa Ricci, Oscar F. A. c/ Autolatina Argentina S.A. y otro s/accidente”, sentencia del 28 de abril de 1998, entre muchos otros).⁽¹¹⁾ Ahora bien, no menos cierto es que esa confrontación producida entre las figuras penales (de la forma que se encuentran redactados) y las normas con jerarquía constitucional llevaría a proponer su inconstitucionalidad, a menos que en el caso particular el acusador logre demostrar que haya existido un real o concreto peligro del bien jurídico protegido.

2. Conceptos

Sintéticamente voy a delimitar y definir el significado de los conceptos básicos a tener en cuenta, dado que de lo contrario se cae en la ambigüedad, vaguedad de la terminología utilizada, acarreando interpretaciones disímiles.

Según la Real Academia Española por **peligro** se entiende: “1) Riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal; 2) Lugar, paso, obstáculo o situación en que aumenta la inminencia del daño”.⁽¹²⁾ A su vez, define **concreto** —en lo que aquí interesa— como: “1) Dicho de un objeto: Considerado en sí mismo, particularmente en oposición a lo abstracto y general, con exclusión de cuanto pueda serle extraño o accesorio; (...) 4) Preciso, determinado, sin vaguedad”.⁽¹³⁾ Por último, por abstracto se entiende: “1) Que indica una cualidad con exclusión del sujeto; 2) Que no se ocupa de cosas reales; (...) 6) Lo abstracto, lo que es difícil de determinar”.⁽¹⁴⁾

Roxin diferencia los delitos de peligro concreto y abstracto, sosteniendo que

“...en los delitos de peligro concreto la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente en peligro en el caso individual. (...) En cambio, en los delitos de peligro abstracto, la peligrosidad típica de una acción es motivo para su penalización, sin que en el caso concreto se haga depender la punibilidad de la producción real de un peligro”.⁽¹⁵⁾

(11) Del dictamen del procurador general de la Nación, doctor Nicolás E. Becerra, en el marco de la causa “Iannon, Fabián Adrián s/ robo —causa 570— S. C. I.64 XXXIV” del 26 de abril de 1999.

(12) www.rae.es

(13) *Ídem*.

(14) Diccionario *Pequeño Larousse ilustrado*, Ramón García-Pelayo y Gross, Larousse, 1990.

(15) ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier

Hirsch, por su parte, refiere

“...mientras que en los 'delitos de puesta en peligro abstracto' el legislador prohibiría directamente determinadas conductas, las cuales según la experiencia general, son peligrosas, en los 'delitos de puesta en peligro concreto' se trata de que la producción del peligro es elemento del tipo y debe ser constatada por el juez en el caso concreto”⁽¹⁶⁾.

Similares definiciones, sostienen Caballero⁽¹⁷⁾ y Cerezo Mir,⁽¹⁸⁾ entre otros.

3. Colisión con las garantías constitucionales

Previo a adentrarme a la cuestión de fondo —la constitucionalidad de los delitos de peligrosidad abstracta— voy a hacer mención de algunos extractos obtenidos de tres fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,⁽¹⁹⁾ como a su vez, de unas breves consideraciones constitucionales, todo lo cual utilizaré como punto de partida del análisis. Asimismo, me resta aclarar que los fallos no los voy a agrupar de acuerdo al tema tratado y no de manera cronológica, por lo que los primeros dos versaran sobre la colisión de la mera tenencia con el art. 19 CN, y el otro acerca de la punibilidad en el derecho penal criminal de meras infracciones administrativas.

En primer lugar, en el fallo “Bazterrica”, la Corte refirió que:

“Ahora bien, aun si se considerara que el consumo de estupefacientes es por sí una conducta que no satisface los mínimos 'standards' éticos de nuestra comunidad, *no se sigue de ello que el Estado esté en condiciones de prohibir tal conducta con prescindencia de los peligros y daños efectivos que produzca*. Existen múltiples conductas de las cuales podría afirmarse, sin demasiado riesgo de error, que constituyen un paradigma de

De Vicente Remesal, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 336.

(16) HIRSCH, publicación cit.

(17) CABALLERO, JOSÉ SEVERO, “Los delitos de peligro abstracto. Su validez constitucional”, en *Doctrina Judicial*, t. 1990-II, Bs. As., La Ley, 1991, pp. 323/5.

(18) CEREZO MIR, JOSÉ, “Los delitos de peligro abstracto”, en *Revista de Derecho Penal, Garantías constitucionales y nulidades procesales II*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2001, vol. 2001-2, pp. 719/20.

(19) Cabe aclarar que transcribiré sólo los párrafo que me resultaron más interesantes, sin perjuicio de lo cual luego me remitiré —en honor a la brevedad— a algunos de los considerandos más relevantes, los que daré por reproducidos.

coincidencia valorativa en nuestra comunidad. (...) Este es el motivo por el cual el *ordenamiento jurídico impone un ámbito de exclusión respecto de las conductas y creencias de las personas que no ofendan las de los demás ni se materialicen en un daño*. Este es el significado mismo del art. 19 CN. (...) En segundo término, tiene la importante falla técnica de *constituir un tipo penal, con base en presupuestos sobre la peligrosidad del autor más que por su relación con el daño o peligro concreto* que pueda producirse a derechos o bienes de terceros o a las valoraciones, creencias y 'standards' éticos compartidos por conjuntos de personas, en cuya protección se interesa la comunidad para su convivencia armónica. (...) Además, se explicaron las *deficiencias técnicas en la construcción del tipo* configurado en tal disposición, en la que se castiga la simple creación eventual de un riesgo, abriendo para el intérprete la posibilidad de que por *la mera referencia a discutibles perjuicios potenciales o peligros abstractos se considere procedente la punición, sin ninguna relación directa con daños concretos a terceros* o a la comunidad. (...) En consecuencia, al no haberse fundado la tipificación del delito en un *nexo razonable entre una conducta y el daño que ella provoca*, resulta ínsito a tal procedimiento de legislar la falta de distinción entre acciones en general o conductas en particular que ofendan a la moral pública o perjudiquen a un tercero. (...) De tal suerte, la institución de una pena como la prevista en la disposición legal de que se trata para ser aplicada a la tenencia de estupefacientes para el consumo personal, conminada en función de perjuicios acerca de potenciales daños que podrían ocasionarse 'de acuerdo a los datos de la común experiencia', no se compeadece con la norma constitucional citada, especialmente cuando el resto de la legislación sobre el particular considera la tenencia de droga como una conducta presupuesta en otras que resultan punibles (del voto del Dr. Enrique S. Petracchi)".⁽²⁰⁾

(20) BAZTERRICA, GUSTAVO M., del 29/08/1986, CSJN, extraído del libro "*Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal*" de D'Alessio, Andrés José, 1ra. ed., Bs. As., La ley, 2005, pp. 4/22, —la cursiva me pertenece—. Asimismo, me remito y doy por reproducidos los considerandos 3º) *in fine*; 5º) segundo párr.; 7º) tercer párr., *in fine*; 9º) cuarto párr.; 11º)-segundo párr., primer parte; 12º) cuarto párr.; 15º) segundo párr.; 16º) primer párr. y segundo, *in fine*; 17º) segundo y quinto párr.; 18º) sexto párr.; 19º) primer párr., segundo *in fine* y tercero; 21º) primer párr.;

Por su parte, en igual sentido que el anterior, en el fallo “Arriola” la CSJN agregó:

“Así aquellas consideraciones que fundan la criminalización del consumidor en base a la posibilidad de que estos se transformen en autores o partícipes de una gama innominada de delitos, parecen contradecir el estándar internacional que *impide justificar el poder punitivo del Estado sólo en base a la peligrosidad*. (...) Que a nivel internacional también se ha consagrado el principio *pro homine*. De acuerdo con el art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 29 de la Convención Americana, *siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos*. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, estas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido (CIDH OC 5-85). No hay dudas que tal principio *pro homine* resulta más compatible con la posición de la Corte en 'Bazterrica' que en 'Montalvo', pues aquél amplía la zona de libertad individual y este último opta por una interpretación restrictiva. (...) Obviamente que *la conducta no punible solo es aquella que se da en específicas circunstancias que no causan daños a un tercero*. (...) Por tal motivo *se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros*, como ha ocurrido en autos (del voto de la mayoría). No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. *Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad*. (...) Por ello es posible señalar que: a) *no es posible que el legislador presuma que se da un cierto daño o peligro para terceros como ocurre en los delitos llamados 'de peligro abstracto'* (...) En el derecho penal *no se admiten presunciones juris et de jure*

22º) tercer párr., primera parte, sexto y séptimo párr. y 27º) completo, todos ellos del voto del Dr. Enrique S. Petracchi.

que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. En cuanto al peligro de peligro se trataría de claros supuestos de tipicidad sin lesividad. Por consiguiente, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que *sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro*, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real que se deberá establecer en cada situación concreta siendo inadmisibles, en caso negativo, la tipicidad objetiva (del voto del doctor Ricardo Luis Lorenzetti)".⁽²¹⁾

Por último, el doctor Enrique Santiago Petracchi formula una interesante disidencia en el fallo "Spinosa Melo" de la que destaco lo siguiente:

"5°) Que a poco que se examinen los recaudos que la normativa citada impone a las personas que solicitan tener armas de guerra, se advertirá que, por un lado, dicha tenencia se otorga para brindar seguridad y defensa al legítimo usuario del arma; y, por el otro, que los requerimientos que se le exigen a dicho usuario, tienen el propósito de acreditar que éste posee idoneidad suficiente para tener dicha arma, de tal modo que ello no constituya un peligro para terceros (...) 8°) Que pienso que una solución contraria a la señalada en el considerando precedente, importaría sostener una de dos hipótesis auto-contradictorias: a) que el ordenamiento administrativo tolera situaciones que generan peligro para la seguridad pública, al permitir la tenencia de armas a los legítimos usuarios (en el caso, a los altos funcionarios citados en la resolución n° 1131/90); o bien, b) que dicho ordenamiento administrativo considera, por un lado, que no existe tal peligro a la seguridad pública, porque el arma está en poder de una persona que reúne las calidades de legítimo usuario; y, por el otro, que tal ordenamiento deja expedito el camino a la sanción penal, que tutela a la seguridad pública,

(21) Fallo "Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080", del 25/8/09 CSJN, A. 891. XLIV. Recurso de Hecho —la cursiva me pertenece—. Asimismo, me remito y doy por reproducidos los consids.: 10); 16) —primero, segundo y tercer párr.; 17); 18); 20); 22); 23); 29) —segundo párr. 31); 32); 33) y 36), del voto de la mayoría. Como así también, 11); 13) —tercer, cuarto y quinto párr. 14) y 18), del voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti. Por último, los consids. 11); 16); 30), del voto del doctor Carlos S. Fayt.

porque dichos funcionarios no han cumplido un simple trámite administrativo (consistente en solicitar al RENAR que el arma sea registrada, y, además, que se expida la autorización para la tenencia de dicha arma —conf. art. 62 del decreto 395/75—). (...) 10º) Que el alcance acordado a las normas pertinentes en el sub lite, se funda en las razones desarrolladas, que impiden una condena de naturaleza penal, como a la que ha arribado el a quo, donde sólo existe una simple y objetiva omisión de un trámite administrativo. Y, que, por los motivos indicados precedentemente, tal omisión no puede, en principio, dar lugar a la sanción prevista en el art. 189 bis del Código Penal”.⁽²²⁾

Es dable mencionar, sumado a lo ya expuesto, que criterio similar ha adoptado María Angélica Gelli⁽²³⁾ al analizar los arts. 18 y 19 de la Constitución de la Nación (a cuyos comentarios me remito en honor a la brevedad) los que —como así también otros del orden internacional, con jerarquía constitucional— resultan claramente vulnerados con los delitos de peligrosidad abstracta, que pasaré a desarrollar basándome en algunas de las premisas establecidas por Lascano,⁽²⁴⁾ al elaborar un sistema de imputación penal, respetando el orden utilizado.

3.1. Conducta / Acción

Es sabido que para que el derecho penal pueda intervenir debe haber una acción o conducta por parte de un sujeto. Claro está que en los delitos de tenencia no hay una conducta tendiente a la comisión de un delito, sino una conducta de vida. Por ello es que considero que en los delitos de peligrosidad abstracta se sanciona un mero acto preparatorio. Tal como sostiene Muñoz

“...en las estructuras de tenencia se trata de ‘adelantar un poco más la línea de defensa de la sociedad contra el delito, para que éste sea castigado en su raíz misma sin aguardar a que dé

(22) Voto en disidencia del doctor Enrique Santiago Petracchi en el Fallo de la CSJN “Spinosa Melo, Oscar Federico p/ lesiones leves en concurso real con tenencia ilegal de arma de guerra” del 30/4/1996 (S. 125. XXVI.). Tomo y doy por reproducidos los consid. 1); 2); 5); 7); 8) y 9).

(23) GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, 3ra. ed. ampliada y actualizada, Bs. As., La Ley, 2006, pp. 218/9, 239, 247/8, 252, 258/60.

(24) LASCANO, CARLOS JULIO, “Las pautas político-criminales de la Constitución Argentina y el tipo de injusto”, *Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro-II*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1ra. ed., 2008, v. 2008-1, pp. 55/7.

sus frutos'. En efecto, desde el punto de vista de aquello que se teme, la tenencia ilegítima es un mero acto preparatorio... Más allá, la ley desbordaría sus límites y violaría el principio *nullum crimen sine accione*, principio que está en la raíz misma de la justicia".

Más adelante, el mismo autor refiere que "se sostuvo que al prohibirse la tenencia no se describe una acción —en su sentido más amplio— sino simplemente un estado de cosas, una relación entre una persona y un objeto, y que no puede muchas veces evitarse...". Por último, sostiene que "todas las dificultades de los delitos de tenencia se basan en que la expresión 'tener', en contra de su forma gramatical, no describe ninguna conducta".⁽²⁵⁾

3.2. Principio de lesividad

Este principio está dirigido exclusivamente a que el poder coercitivo únicamente podrá activarse cuando un bien jurídico protegido se encuentre frente a un peligro concreto de ser dañado, o bien, cuando el mismo ya ha sido lesionado, siempre y cuando no medie una causa de justificación. Rodríguez Montañés entiende que "se prescinde de la referencia a la peligrosidad o al peligro concreto y se castiga una conducta por su peligrosidad abstracta o general, sin serlo en el caso concreto, se vulnera, la exigencia de real eficacia lesiva de la acción como presupuesto de la antijuridicidad material. En estos delitos no existiría ni desvalor de resultado, ni desvalor objetivo de acción".⁽²⁶⁾ Asimismo, Zaffaroni, Alagia y Slokar, sostienen que "[e]sta opción constitucional se traduce en el Derecho Penal en el *principio de lesividad*, según el cual ningún Derecho puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo".⁽²⁷⁾

Castro⁽²⁸⁾ refiere que "no podemos dejar de advertir también que el principio de lesividad se ve seriamente afectado en toda forma de incriminación que no pueda empíricamente demostrarse".

(25) Muñoz, Damián R., "La tenencia del peligro", en *Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro-I*, vol. 2007-2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 560/1 y 567/8.

(26) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *op. cit.*, p. 247.

(27) ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte general*, 2ra. ed., Bs. As., Ediar, 2003, p. 128.

(28) CASTRO, JULIO CÉSAR, "Delitos de peligro. Algunas cuestiones dogmáticas. Una observación sobre la tenencia de armas", en *Revista de Derecho Penal, delitos de peligro-II*, vol. 2008-1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 325.

3.3. Principio de proporcionalidad

Con este principio se busca que no se imponga una pena desmedida, impuesta al antojo del juzgador, sino que —*contrario sensu*— la misma debe guardar una estrecha relación con la lesión causada al bien jurídico protegido o con el grado de amenaza sufrido por encontrarse expuesto a un peligro concreto de ser dañado.⁽²⁹⁾

En este punto vale la pena detenernos y analizar dos figuras en concreto para vislumbrar la desproporcionalidad de las escalas penales, por un lado el art. 166, inc. 2° CP: “Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo”. Cabe aclarar que la escala prevista en el art. 166 CP es de cinco (5) años a quince (15) años de prisión o reclusión, por lo que quien cometa un robo con armas de fuego se enfrentará a una escala de seis (6) años y ocho (8) meses a veinte (20) años de prisión o reclusión. Por el otro, el 189 *bis*, pto. 2 CP establece: La portación de armas... ..fueren de guerra, la pena será de tres (3) años y seis (6) meses a ocho (8) años y seis (6) meses de reclusión o prisión (...). (...) El que registrare antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, o se encontrare gozando de una excarcelación o exención de prisión anterior y portare un arma de fuego de cualquier calibre, será reprimido con prisión de cuatro (4) a diez (10) años. Claramente hay una notable desproporción entre las escalas penales mencionadas, ya que en el robo con armas no sólo se castiga la lesión del bien jurídico propiedad, sino también se tiene en consideración el mayor poder ofensivo, que redundará en el mayor estado de indefensión de la víctima, como así también el peligro real que constituye para el agraviado y el poder intimidante del arma.⁽³⁰⁾ En cambio, en el 189 *bis*, sólo se castiga la portación de un arma, que a mi entender no afecta ningún bien jurídico (a diferencia del abuso de armas que si lo afectaría o que, aunque sea, se pruebe que hubo un riesgo concreto de afectación), se pena una mera desobediencia administrativa. Ello sin considerar la agravante establecida por poseer antecedentes penales por delitos dolosos, o encontrarse gozando

(29) Criterio similar sostiene CRESPO, EDUARDO DEMETRIO, “Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin”, en *Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro-I*, vol. 2007-2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 212.

(30) DONNA, EDGARDO ALBERTO, *Delitos contra la propiedad*, 2da. ed. Act., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 209.

de una excarcelación o exención de prisión. Tal como diría Castro “no sea tímido use el arma, que hay descuento”.⁽³¹⁾

Por último, es acertado Muñoz al referir que “la preocupación básica del Derecho Penal moderno sería la prevención del riesgo y no, en primer término, el establecimiento de una sanción adecuada y proporcionada a la gravedad de lo injusto culpable, con menoscabo de los principios de igualdad y proporcionalidad”.⁽³²⁾

3.4. Principio de legalidad

En el art. 18 CN se establece lo atinente al principio de legalidad. Ahora bien, según Guisasola Lerma

“...la objeción más grave que se plantea a los delitos de peligro abstracto proviene de su *concepción tradicional*, de acuerdo con la cual el peligro no figura entre los elementos del tipo penal sino que se entiende que es inherente a determinado tipo de acciones, esto es, se presume con carácter general la peligrosidad de la acción. Estos delitos de peligro abstracto que vienen denominándose 'puros' pueden plantear roces con el principio de legalidad, puesto que prescinden de cualquier tipo de verificación a realizar por el intérprete de la ley penal. Si la estructura de peligro abstracto releva de la necesidad de probar la concreta peligrosidad de la acción, la tipicidad queda perfeccionada con la mera subsunción formal de la conducta en el precepto, al presumirse de forma absoluta que unas determinadas acciones son penalmente relevantes”.⁽³³⁾

Una conducta es pasible de sanción, siempre que la ley que la prohíbe sea previa, *scripta, certa y stricta*,⁽³⁴⁾ lo que se encuentra vulnerado con los delitos de peligrosidad abstracta, ya que los tipos penales que la contienen no describen una conducta, ni requieren una lesión o un peligro concreto

(31) CASTRO, *op. cit.*, p. 328.

(32) MUÑOZ, *op. cit.*, p. 550.

(33) GUIASOLA LERMA, CRISTINA, “Tendencia expansiva de los delitos de peligro y garantías penales: especial referencia a los delitos de peligro abstracto”, en *Revista de Derecho Penal, delitos de peligro-II*, vol. 2008-1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 234/5.

(34) Como definir cada una de las cualidades excedería el marco del presente trabajo, me remito al respecto a lo dicho por D’Alessio, *op. cit.*, p. 24/6.

del bien jurídico protegido, ni siquiera describen el peligro que conlleva la conducta desplegada.

3.5. Principio de reserva penal

En lo que aquí respecta, es dable dar por reproducido lo dicho por la Corte en los fallos “Arriola” y “Bazterrica” acerca de la interpretación que debe hacerse sobre el art. 19 CN, como así también los cometarios efectuados por Gelli.⁽³⁵⁾ De todo ello, se desprende con claridad que el derecho penal no puede inmiscuirse en aquellas acciones o conductas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, **ni perjudiquen a un tercero**, ya que esa es la barrera que le pusieron los constituyentes al Estado para que ni el poder punitivo, ni sus agentes hagan abuso de la autoridad conferida, ya que como se verá el Derecho Penal debe ser de última ratio, subsidiario y de mínima intervención.

Al respecto Muñoz refiere que “precisamente esta **no interferencia en la vida social configura la deslegitimación de estas prohibiciones**” por cuanto “...así como un mero pensamiento no puede constituir ninguna perturbación de la vida en común, **tampoco puede serlo cualquier conducta que se mantenga en la esfera privada**, en la medida que la esfera privada no concorra con la de otra persona y deje entonces de ser privada”.⁽³⁶⁾

Entonces podemos afirmar que los delitos de peligro abstracto se contraponen a este principio, ya que de la redacción de estos tipos penales surge claramente que no hay una afectación al orden y la moral pública y, menos aún, un perjuicio a terceros, sino que, por el contrario, se castiga la simple tenencia de cosas que serían peligrosas o, en base a lo que la “experiencia de los legisladores” les indica que generalmente son conductas peligrosas, sin establecerse una lesión a un bien jurídico protegido, ni siquiera un peligro concreto.

3.6. Principios de mínima intervención, subsidiariedad, fragmentariedad y ultima ratio

Tienen en miras restringir al poder punitivo al máximo posible —sin desconocer que los otros principios también lo hacen, dado que todos estos en consonancia limitan al derecho penal— ya que si el conflicto planteado puede ser resuelto por otra rama del derecho —llámese derecho civil o

(35) GELLI, *op. cit.*, pp. 247/60.

(36) MUÑOZ, *op. cit.*, p. 561, quien cita a Jakobs, Günther (la negrita me pertenece).

administrativo—, la máquina del poder punitivo no debe entrar en funcionamiento —principio de subsidiariedad—. Sólo cuando las otras ramas del derecho no pueden brindar una solución es cuando interviene el derecho penal criminal —principio de *ultima ratio*—. Por su parte, sólo debe intervenir en casos de peligro concreto o cuando un bien jurídico fue lesionado, siempre y cuando se encuentre tipificada la conducta y el resultado —principio de mínima intervención—. A su vez, interviene únicamente cuando se afectan determinados bienes jurídicos.⁽³⁷⁾

Como bien dice Hirsch

“...en primer lugar, debe nombrarse la inobservancia del principio de *ultima ratio*. La posibilidad de penalizar conductas previas facilita al legislador la producción de preceptos penales siempre nuevos. (...) Tan pronto como surge la necesidad de regulación de un lugar de la vida social, se habla hoy, inmediatamente, de la introducción de nuevos preceptos penales. (...) Asimismo, donde el Derecho civil o administrativo pudiera ofrecer una solución más acorde con la naturaleza del problema, resulta políticamente más eficaz cuando el legislador agita la vara del Derecho penal. Los reparos que debieran derivarse del hecho de que el legislador sólo recurre al Derecho penal como *ultima ratio*, apenas resisten”.⁽³⁸⁾

Por su parte Donna explica que

“...esta extensión del Derecho Penal, debido a la llamada sociedad de riesgos, y su extensión a sectores que antes se encontraban fuera de su ámbito, es posible debido al triunfo de la posición del llamado Derecho Penal de fines, de modo que se convierte en un instrumento de política social, frente a la idea del Derecho Penal como la reafirmación del Derecho mediante la protección de bienes jurídicos. Con lo cual el Derecho Penal deja de ser la *última ratio* para convertirse en una forma de conformación social o instrumento de cambio de la sociedad, idea que había sido rechazada por la Ilustración”.⁽³⁹⁾

(37) En sentido similar al expuesto se expide Roxin, *op. cit.*, pp. 65/7.

(38) HIRSCH, publicación cit.

(39) DONNA, EDGARDO ALBERTO, *Derecho Penal. Parte especial*, t. II-C, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 18.

Resulta interesante lo propuesto por Muñoz,⁽⁴⁰⁾

“...cuanto más Derecho Penal, más soluciones. De este modo, a pesar de los discursos —sólidos y fundados— que propician un Derecho Penal mínimo, realmente subsidiario y de *ultima ratio*, las respuestas políticas devuelven paradójicamente un Derecho Penal inflacionario con trastornos de *paranoia criminalizadora*, verdadera patología de nuestro tiempo (...) [al] extender su intervención a nuevos sectores de la actividad social y al ampliar el ámbito de protección más allá del círculo de los bienes jurídicos individuales, el Derecho Penal se convertiría en un instrumento de política social. El Derecho Penal dejaría de ser la *ultima ratio* para convertirse en la primera o única ratio en la protección de los nuevos bienes jurídicos, con olvido del principio de subsidiariedad”.

3.7. Principio de culpabilidad

Roxin, quien además de definir los delitos de mera actividad, advierte que los delitos de peligro abstracto

“son aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro. Por tanto la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador, sin que su concurrencia sea requisito del tipo. (...) Esto puede poner a los delitos de peligro abstracto en colisión con el principio de culpabilidad”.⁽⁴¹⁾

Ahora bien, según Bacigalupo

“el principio de culpabilidad excluye la legitimación de toda pena que no tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente a la misma. De esta manera, el principio de culpabilidad se propone evitar que una persona pueda ser tenida por un medio para la realización de algún fin, es decir, se propone evitar la vulneración de la dignidad de la persona. (...) Dicho con otras palabras: sólo es punible el

(40) MUÑOZ, *op. cit.*, pp. 548/50.

(41) ROXIN, *op. cit.*, p. 407.

autor, si ha obrado culpablemente; la gravedad de la pena que se le aplique debe ser equivalente a su culpabilidad".⁽⁴²⁾

La Corte entiende que la intención del legislador surge "en el propio debate parlamentario de la ley 25.086 (...) Es decir, el peligro no es la portación de arma en sí misma, sino la modalidad violenta —por el uso de tales armas que ha adquirido la comisión de delitos en los últimos tiempos (v. Antecedentes Parlamentarios ley 25.086, pp. 1671, 1675, 1683 y *passim*)".⁽⁴³⁾

Sentado esto puede advertirse que claramente se encuentra vulnerado el principio de culpabilidad, lo que torna que en lugar de reprocharse a un individuo la lesión ocasionada o el peligro concreto efectuado sobre el bien jurídico protegido, se reprocha la condiciones personales, o por el actuar, o la conducción de vida de los sujetos, es decir, en lugar de aplicarse un derecho penal de acto, se aplica un derecho penal de autor, lo cual está proscripto por nuestro ordenamiento de mayor jerarquía.

Como si ello fuera poco, advierto que los tipos penales que sancionan conductas de mera peligrosidad abstracta establecen una presunción *iure et de iure*, es decir que no admiten prueba en contrario. Un claro ejemplo, es lo establecido en el art. 189 *bis*. Mas, a su vez, en ese mismo artículo el legislador —en un acto de bondad— le quiso dar la posibilidad, al que resulte imputado, de demostrar su inocencia, es decir establece una presunción *iuris tantum*, en la parte que hace referencia a **resultare evidente la falta de intención** de utilizar las armas portadas con fines ilícitos, ahora, ¿No se presume inocente el imputado en causa penal? ¿Él debe probar su inocencia o el acusador y/o juez demostrar su culpabilidad? Sí sólo generar la duda de que no va a cometer un ilícito, ¿hay que condenarlo de todas formas? ¿No se aplica el *in dubio pro reo*, el cual tiene raigambre constitucional? ¿No es el propio mandato constitucional el que establece que toda persona inculpada de un delito se presume inocente hasta tanto se demuestre su culpabilidad, mediante sentencia condenatoria firme?⁽⁴⁴⁾

(42) BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho penal. Parte general*, Bs. As., Hammurabi, 1999, 2da. ed., totalmente renovada y actualizada.

(43) Extraído de los fallos "Leguiza" y "Cabrera", op. cit. El párrafo en su totalidad fue transcrito en la nota n° 8.

(44) A fin de ampliar más este párrafo y dar un sustento doctrinario ver: Langevin, Julián Horacio, "Veritas non auctoritas facit iudicium", en *Revista de Derecho Penal, delitos de peligro-II*, vol. 2008-1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 376/84; Muñoz, op. cit., p. 554/6, nota n° 17 y 563; CASTRO, op. cit., pp. 309 y 323/4; entre otros.

La respuesta a todas esas preguntas se pueden resumir en que el derecho penal ha retrocedido décadas, es decir, se encuentra involucionando, a punto tal, que puedo afirmar que nos encontramos frente al Derecho Penal de la Inquisición.

Recordemos que, en el derecho penal inquisitivo, sólo se absolvía a un sujeto cuando había certeza de que era inocente —algo similar a lo establecido en el art. 189 *bis*, pto. 2), sexto párr. y el art. 14, de la ley 23.737, entre otros—. De no haber certeza para absolver, se dictaban penas a quienes se presuman culpables *in dubio contra reo*.⁽⁴⁵⁾

Por último, dejo planteado un interrogante —el cual por una cuestión de delimitar el contenido del presente no desarrollaré—, quien ejerce una conducta de vida y la misma encuadra en un tipo penal (ya sea que posee un arma, tiene un cigarrillo de marihuana, maneje a alta velocidad o “corra una picada”) ¿actúa con dolo o, aunque sea, con imprudencia? es decir, ¿sabe que su conducta de vida está penada y tiene la voluntad de lesionar o poner en real peligro a un bien jurídico o, sabe que no está teniendo los recaudos suficientes para no violar un deber de cuidado?.

4. Conclusión

Si bien no desconozco que lo concerniente a los delitos de mera peligrosidad abstracta es un tema demasiado amplio para ser tratado en este acotado marco, creo que he brindado un pantallazo general, haciendo hincapié en lo fundamental acerca de la confrontación con los mandatos constitucionales.

Entiendo que muy acertado y cierto es lo dicho por Von Liszt “el derecho penal termina donde desaparece el peligro concreto”. Lo cual se ve claramente afectado por los tipos penales bajo estudio, ya que ellos sancionan peligros que son difíciles de determinar, o mejor dicho, son indeterminables.

A su vez, no puedo comprender como se recurre al derecho penal criminal (que no por nada debería ser la *ultima ratio*, sino que ese deber ser se funda en que se encuentra en juego uno de los derechos más importantes del ser humano, la libertad, no sólo de movimiento, sino también

(45) Respecto al derecho penal inquisitivo resulta interesante y me remito in totum—ya que excedería el marco del presente y escaparía al acotado margen para el desarrollo— a la publicación de Langevin, *op. cit.*, p. 363/97, haciendo hincapié en las pp. 370/3, 376/80, 385/6 y 396.

de proyectar una vida, involucra cuestiones familiares, etc.) por el simple hecho de efectuar una acción —ya que no se lesiona, ni afecta a terceros, ni se pone en peligro concreto a ningún bien jurídico— o, lo que es peor aún, por una mera experiencia personal los legisladores entiendan que una conducta **siempre** va a tener la misma consecuencia y por eso se la pena. Recordemos que las experiencias de cada ser humano son diferentes a las de otro, lo demuestra la misma experiencia, si de ella nos valemos para determinar cosas.

No resulta lógico que por una mera omisión administrativa un sujeto corra el riesgo de ir a la cárcel (que quienes han visitado una, alguna vez, saben lo que ello conlleva), como ser el caso de la tenencia de armas. Por no realizar el trámite frente al RENAR puedes ir a la cárcel, ¿por qué no por no tramitar la licencia de conducir? ¿No es igual de peligroso tener un arma que manejar? ¿No se pone en peligro a la seguridad pública con ambas conductas?⁽⁴⁶⁾ Creo que la solución para esas cuestiones pasa por el derecho contravencional, en cuyo caso, de infringir la normativa, se puede multar al infractor y hasta, si se quiere, decomisar el objeto que podría poner en peligro la seguridad pública.

Por supuesto que no desconozco la innumerable cantidad de nuevos riesgos que nuestra sociedad enfrenta a diario y ante los que el Derecho debe responder. Pero ello no implica que la solución sea el Derecho Penal, llegar a eso sería ir en contra de todos los principios penales, por sobre todo de última ratio, subsidiariedad, mínima intervención.

Debemos evitar la utilización de esta rama del Derecho para resolver problemas éticos o de convivencia.⁽⁴⁷⁾ El Derecho Penal no está pensado para eso, ni debe ser confundido con el Derecho Contravencional.⁽⁴⁸⁾

Es acertado lo dicho por la Sala V, de la CNACC en el fallo “Carlisi, Ángel”,⁽⁴⁹⁾ mediante el cual se interpreta que la omisión de renovar la

(46) Resultan interesantes algunos ejemplos brindados y reflexiones hechas por los siguientes autores: GUIASOLA LERMA, *op. cit.*, p. 244 (mismo ejemplo se puede aplicar a la tenencia de armas sin la debida autorización); CASTRO, *op. cit.*, pp. 304/5.

(47) ROXIN, *op. cit.*, p. 53.

(48) A mayor abundamiento ver el fallo dictado TSJ CABA, 24/10/2007, “Aldao, Mauricio Ángel”, al que me remito, citado por Maiza, María Cecilia, sección jurisprudencia de la Revista de Derecho Penal, delitos de peligro-II, vol. 2008-1, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 518/22.

(49) MAIZA, *op. cit.*, p. 524.

vigencia del legítimo usuario —permiso para tener armas— es una mera falta administrativa. En igual sentido, sostengo que la omisión de ir a obtener dicho permiso es una falta administrativa, ello no resulta de una interpretación antojadiza, sino que por el contrario la finalidad que se busca con la renovación de dichos permisos —al igual que la licencia de conducir— es corroborar que la persona sigue estando en condiciones de poseer un arma (por ello se exige apto físico, psicológico/psiquiátrico, antecedentes penales, entre otra serie de cosas), lo mismo que se busca con la primera inscripción —recordemos que se exigen las mismas cosas que para renovar—, corroborar que el sujeto está en condiciones de poseerla, lo único en que varía son los tiempos verbales y temporales, es decir, con uno se busca reafirmar lo ya dado y con el otro dar para luego reafirmar. Resumiendo, ambas son meras infracciones administrativas, que su incumplimiento no puede acarrear una sanción penal criminal, sí una sanción contravencional y, en su caso, el posterior decomiso, como bien dije con anterioridad.

A lo largo de este trabajo, confrontando cada uno de los principios básicos del derecho penal con los tipos penales *sub examine*, fui demostrando —de manera sintética— como, por más que se intente buscarle la manera para darle una interpretación armónica con los mandatos constitucionales, así como se encuentran redactados los tipos penales de peligrosidad abstracta, en principio, serían inconstitucionales, a menos que en un caso determinado el **acusador demuestre el peligro concreto de la conducta prohibida**, de lo contrario los contradicen y violan, dado que sólo sancionan conductas de mera tenencia y desobediencia administrativa. Mas lo cierto es que el derecho penal no fue creado para prevenir que se cometan delitos, sino que —*contrario sensu*— actúa cuando un bien jurídico tutelado se vio afectado o puesto en real o concreto peligro, ya que tiene como finalidad reafirmar el derecho, castigar a quien cometió un delito (demás esta reiterar que la sanción debe ser proporcional al daño causado).

Es notable cómo el poder legislativo en lugar de evolucionar con las leyes penales (ya sean para satisfacer el clamor social o porque realmente el estado tiene un interés particular en proteger determinados bienes jurídicos) está involucionando, retrocediendo muchas décadas, a punto tal de llegar a lo menos querido, el derecho penal de la inquisición. Donde no primen los derechos y garantías de los individuos, sino por

el contrario donde prime la imposición de una pena por las dudas, en lugar de un juicio previo para ser condenado se lo practica para poder llegar a ser absuelto. En lugar de requerir certeza de culpabilidad para aplicar una pena, uno ya es merecedor de una sanción a menos que haya certeza de su inocencia. No sólo eso, sino que en lugar de ser el acusador —o en su defecto el juez— quien deba probar la culpabilidad, es el imputado y su defensa quien prueba su inocencia. Todo lo contrario a lo proclamado por los arts. 18; 19; 28; 31; 75, inc. 22 de la Constitución de la Nación; arts. 11.1; 29.1 y 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 5.6 y 8.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), todos los cuales poseen jerarquía constitucional.

Con esto no se quiere proponer un vacío legal, menos aún no satisfacer el clamor popular y desproteger a la sociedad (según lo que ésta y los legisladores entienden por protección), dado que de declararse la inconstitucionalidad de las figuras bajo estudio, las mismas se encuentran abarcadas por otros tipos penales. Como ejemplos de ello puedo citar la tenencia de armas, de desaparecer la misma, se sigue castigando a quien la tiene y comete alguno de los delitos tipificados, como ser, robo con armas, amenazas coactivas mediante el empleo de armas, entre otras, lo que satisface a la pretensión popular, como así también, a la experiencia del legislador: la cual le indica que todos los casos en que se posea armas es para cometer un ilícito. Otro ejemplo palmario es el establecido en el art. 193 *bis* CP, el que sanciona al corredor de picada, cuando el mismo art. 84, establece el homicidio culposo e incluso prevé una agravante para el caso en que se produzca mediante la conducción imprudente de un vehículo automotor, o bien puede ser abarcado por el art. 94 CP, lesiones culposas, que también prevé la misma agravante mencionada.

Finalizando, en virtud de todo lo expuesto, sostengo que los delitos de mera peligrosidad de la manera que están redactados, tipificados, en principio serían inconstitucionales, a menos que (como bien dije antes) en un caso determinado el acusador logre probar que hubo un real o concreto peligro de lesión del bien jurídico protegido. Motivo por el cual el presente texto sólo sirve de lineamiento a tener en cuenta a la hora de enfrentarnos a cada caso en particular.



Bibliografía

- Diccionario *Pequeño Larousse ilustrado*, Ramón García-Pelayo y Gross, Ed. Larousse, 1990.
- Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro-I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007-2, dirigida por el Dr. Edgardo Alberto Donna.
- Revista de Derecho Penal, Delitos de peligro-II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008-1, dirigida por el Dr. Edgardo Alberto Donna.
- Revista de Derecho Penal. Delitos culposos II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, vol. 2002-2, dirigida por el Dr. Edgardo Alberto Donna.
- Revista de Derecho Penal, "Garantías constitucionales y nulidades procesales II", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2001, vol. 2001-2, dirigida por el Dr. Edgardo Alberto Donna.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, Derecho penal. Parte especial, 2ª ed. totalmente renovada y ampliada, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- CABALLERO, JOSÉ SEVERO, "Los delitos de peligro abstracto. Su validez constitucional", *Doctrina Judicial*, t. 1990-II, Bs. As., La Ley, 1991.
- D'ALESSIO, ANDRÉS JOSÉ, *Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal. Colección de análisis jurisprudencial*, Bs. As., Ed. La Ley, 2005.
- DONNA, EDGARDO ALBERTO, *Delitos contra la propiedad*, 2ª. ed. actualizada, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- DONNA, EDGARDO ALBERTO, *Derecho Penal. Parte especial*, T. II-C, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, 3ª Ed. ampliada y actualizada, Bs. As., La Ley, 2006.
- HIRSCH, HANS Joachim, "Delitos de peligro y Derecho penal moderno", en www.eldial.com.
- RODRIGUEZ MONTAÑES, TERESA, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- ROXIN, CLAUS, Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, trad. por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier De Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, Alagia, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Ediar, 2ª ed. Bs. As., 2003

El peligro abstracto y los delitos contra la seguridad pública en el Código Penal argentino

ENZO FINOCCHIARO



1. Introducción

Nuestro sistema penal se encuentra enmarcado en el sistema constitucional y de los derechos humanos consagrado dentro del bloque de constitucionalidad al que debe obedecer, cumpliendo con la regla lógica de la compatibilidad legal de todo sistema de normas. También debe atender a la realidad social, desde donde toma los elementos que le permiten construir sus conceptos sin caer en las falacias de ficción o de ocultación de los datos de la realidad.⁽¹⁾ Dentro de todo este marco constitucional y social, conocido como Estado constitucional de Derecho, el derecho penal, en cuanto barrera racional de contención del poder punitivo, se centra en tres principios fundamentales consagrados por ese bloque: la estricta legalidad, la culpabilidad y la lesividad.

Muy especialmente, el principio de lesividad consagrado por el art. 19 CN, impone que no haya tipicidad sin lesión u ofensa a un bien jurídico, que puede consistir en una lesión en sentido estricto o en un peligro.

(1) ZAFFARONI, RAÚL, ALAGIA, ALEJANDRO, SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2000, p. 94.

Si bien no nos resulta muy cómoda la categoría de **bien jurídico**, dada la aceptación académica que ha tenido, la tomaremos momentáneamente para continuar el análisis.

El aumento de la criminalidad y de la propia violencia en la sociedad, ha llevado a quienes supuestamente llevan la voz cantante en la legislación penal —en Argentina se da la particularidad que quienes escriben, quienes enseñan y quienes aplican el derecho penal, suelen ser los mismos— a olvidar momentáneamente ésas premisas, creyendo que en sus respuestas de ejercicio de poder punitivo la sociedad encontraría la solución que ninguno de las demás instituciones políticas y sociales han sido incapaces de esbozar. Recuérdese que el derecho penal tiene un carácter de *ultima ratio*, y que es probablemente el último esfuerzo del Estado por contener una determinada situación.

Una de las medidas de pretensión punitiva que se han ensayado en las legislaciones penales de los últimos años es la reproducción de la categoría del **tipo de peligro**, que no es ni más ni menos que un adelantamiento del momento consumativo a etapas previas a esa lesión constitucionalmente requerida, excediéndose dogmáticamente de lo que la propia realidad limita.

Así, se ha hecho moneda corriente la clasificación de los tipos penales en orden a la lesión al bien jurídico en tipos de lesión y tipos de peligro, subdividiendo estos últimos en **delitos de peligro concreto** y **delitos de peligro abstracto**.

A efectos prácticos y basándonos en Soler,⁽²⁾ diremos que “peligro” es la probabilidad de que ocurra un evento dañoso, denominándose “peligro abstracto” al peligro que la ley considera como necesariamente derivado de ciertas situaciones, de ciertas acciones y, sobre todo, del empleo de ciertos medios. Para formular una incriminación de ese tipo, el derecho se basa en reglas constantes de experiencia. En las figuras de peligro abstracto, el derecho suele desentenderse de toda comprobación referente a la efectiva existencia de lesiones o de riesgos, y es aquí donde choca con el principio de lesividad que mencionáramos en nuestra introducción.

2. Los delitos de peligro abstracto

Pero se nos preguntará, ¿qué es un delito de peligro abstracto?

En primer lugar, siguiendo a Roxin, diremos que los delitos de peligro concreto requieren que se haya producido un peligro real para un objeto

(2) SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal*, Bs. As., TEA, 1986, t. IV, p. 562.

protegido por el tipo respectivo. Por tanto, al igual que en los delitos de lesión, en primer lugar ha de haberse creado un concreto **peligro de resultado** en el sentido de un riesgo de lesión adecuado y no permitido. Este peligro, conforme a los criterios de imputación ya desarrollados, ha de comprobarse por medio de una prognosis objetivo-posterior; si falta un peligro de resultado, el hecho tampoco será imputable aunque se produzca una efectiva puesta en peligro. Si hay que afirmar el peligro de resultado, ese peligro debe haberse realizado en un resultado que suponga un "resultado de peligro concreto" y que, como también en otros casos, ha de incluir todas las circunstancias conocidas *ex-post*.⁽³⁾

La cuestión de cómo ha de estar configurado y cómo debe comprobarse ese resultado de peligro concreto, hasta ahora está poco clara, tanto a nivel local como en el derecho comparado. Sin embargo, Roxin extrae dos presupuestos generalmente reconocidos: en primer lugar, ha de existir un objeto de la acción y haber entrado en el ámbito operativo de quien lo pone en peligro, y en segundo lugar, la acción incriminada tiene que haber creado el peligro próximo de lesión de ese objeto de la acción.

Ahora bien, Roxin sostiene que los delitos de peligro abstracto son aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro. Por tanto, la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador, sin que su concurrencia sea requisito del tipo.⁽⁴⁾

En este punto, el autor alemán distingue entre categorías de tipos penales abstractos:

- a. Los clásicos delitos de peligro abstracto, donde los autores que los propugnan (Brehm, Horn, Kindhauser) pretenden proteger la vida e integridad de la persona puesta en peligro abstractamente, ya que los tipos de peligro abstracto no están para proteger bienes jurídicos, sino para garantizar "seguridad". Y seguridad es el "estado jurídicamente garantizado que está previamente cuidado de modo suficiente", mientras que la lesión del bien jurídico no es "punto de referencia" ni para el reproche de injusto ni para el de culpabilidad;

(3) ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Thompson-Civitas, 1999, p. 404.

(4) ROXIN, *op. cit.*, p. 406.

- b. Acciones masivas, comunes en lo relativo a la seguridad vial, donde se afirma la punibilidad incluso aunque según la situación de las cosas —una zona deshabitada— estuviera totalmente excluida una puesta en peligro, evidenciando razones de prevención general positiva;
- c. Delitos con “bien jurídico intermedio espiritualizado”, que Roxin relaciona con figuras determinadas, como el cohecho y el falso testimonio, donde la confianza de la población en la pureza del desempeño del cargo y el hallazgo judicial de la verdad no precisan en el caso concreto sean puestos en peligro por una acción subsumible en los tipos respectivos; y
- d. Delitos de aptitud abstracta, una categoría que Roxin atribuye a Schröder, donde deben darse ciertos elementos de puesta en peligro no designados con más precisión en la ley, y que han de ser determinados mediante interpretación judicial.⁽⁵⁾

El propio Jakobs consideraba que en gran parte no son legitimables en un Estado liberal las incriminaciones en el campo previo a la lesión del bien jurídico y especialmente habla de los delitos de peligro abstracto. Considera que el castigo en lo sustancial sólo está justificado si “la conducta peligrosa se ha ejecutado completamente”, pero, en cambio, no cuando una conducta “sin otra conducta posterior y a su vez delictiva no sería en absoluto peligrosa o sólo lo sería de modo claramente restringido”.⁽⁶⁾

La creación de **peligros** artificiales, presumiendo que hay peligros y riesgos cuando no los hay, clonando bienes jurídicos, creando bienes jurídicos **intermedios** (cuya afectación es lesiva sólo por poner en peligro otros bienes jurídicos) no son sino otras violaciones al referido art. 19 y al principio de estricta legalidad consagrado en nuestra Carta Magna.

Por otra parte, dejando latente el requisito típico de la existencia de un peligro real contra el bien jurídico, se lesiona el principio de máxima taxatividad, que exige el máximo de precisión posible respecto de cualquier límite de prohibición, convirtiendo en difuso y arbitrario el límite estricto del tipo penal.

Se le debe exigir al legislador que agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a su obra. En primer lugar, el principio republicano de gobierno exige que el legislador **deba ser racional** y por ello

(5) ROXIN, op. cit., p. 411.

(6) JAKOBS, GUNTHER, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 1985, p. 527.

debe exigirse esa máxima racionalidad. Entonces, no es suficiente con una descripción somera en una ley, sino que la misma debe hacerse en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible.

Cuando esto no ocurre y existe abstracción, vaguedad o ambigüedad, el legislador es laxo para con el verbo típico, e incluso cuando se prevé una escala penal poco armónica para con el bien jurídico que se dice proteger hay dos posibilidades: declarar la inconstitucionalidad de la ley o aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa.

Durante años se ha intentado darle validez a los delitos de peligro abstracto creando bienes jurídicos artificiales, que a todas luces son excesivamente amplios, genéricos e inasibles (tales como la paz pública, la seguridad pública, la seguridad vial, etc.). Así, el legislador, lejos de realizar la seguridad jurídica entendida como la protección de bienes y personas, evidencia fallas en ese **dique de contención** que es el derecho penal, dándole el triunfo a la irracionalidad del poder punitivo y llevándonos a preguntarnos qué tipo de Estado queremos y en qué país queremos vivir.

Pretender prevenir el peligro antes que se produzca la lesión efectiva no es sino tipificar la tentativa en forma autónoma, tipificar el acto preparatorio e incluso tipificar el pensamiento.

No observamos sino una perversión en el concepto del **interés difuso** y en el **peligro común**.

3. Los tipos penales de peligro en los delitos contra la seguridad pública

Nuestro Código Penal, lamentablemente, está plagado de ejemplos de las figuras que señalamos, en particular de delitos de peligro abstracto. Debemos recordar que muchas veces el legislador recurre a la ley penal para intentar tapar las falencias y desaciertos de otro tipo de instituciones, quizás más abarcativas, más específicas en la problemática y no tan estigmatizantes como el propio derecho penal.

Hemos dicho anteriormente que durante el Siglo XX —y la tendencia no parece decrecer en este siglo—, han surgido ciertos bienes jurídicos difusos y conceptualmente equívocos, muchos de los cuales permiten la existencia de estos tipos penales **de peligro**. La seguridad pública, por ejemplo, es uno de ellos.

La seguridad pública se encuentra receptada en cuanto bien jurídicamente protegido en el Título VII del Libro II del Código Penal. Este título se compone de cuatro capítulos. El primero de ellos contiene los delitos de incendio y otros estragos (arts. 186 a 189 bis); el segundo de ellos contiene los llamados delitos contra la seguridad del tránsito vial y de los medios de transporte y de comunicación (arts. 190 a 197); el tercer capítulo contiene a los delitos de piratería (arts. 198 a 199); y el último de ellos contiene a los delitos contra la salud pública (arts. 200 a 208).

En la perspectiva de esta sección del Código Penal, seguridad significa no tanto ausencia de riesgos sino, más bien, el conocimiento de riesgos y de los actos que los acrecientan o los posibilitan y que, por eso, se busca evitar. Cuando el legislador habla de "seguridad" se está refiriendo a los peligros que producen ciertas acciones para los bienes en común, pero teniendo en cuenta que se trata de la seguridad pública. El adjetivo **público** está empleado en el sentido de conjunto, de comunidad, de una parte no individualizada del pueblo, de la sociedad.⁽⁷⁾

El decreto-ley 17.567/68, una de las reformas penales más importantes producidas en nuestro país, durante el gobierno de Onganía, modificó la denominación del título por el de "seguridad común". Según afirmara Soler, principal gestor de dicho cambio y de dicha reforma, el espíritu de la norma traducía la creación de un peligro común para los bienes o las personas. Así, afirmó que ese peligro común motiva la protección de la "necesidad común", en tanto conjunto de cosas y personas indeterminadas, destacando la correspondencia entre peligro y seguridad. Soler se basaba asimismo en la opinión de Peco, quien en su proyecto de Código de 1942 remarcaba la idea de agrupar bajo el título seguridad pública los más dispares delitos, pues en cualquier delito se engendra el temor de que éste pueda repetirse contra alguien y de allí proviene la seguridad que estatuye la ley penal mediante la correspondiente prohibición concreta, a través de la imposición de una pena.⁽⁸⁾

La idea central de estas figuras a examinar es la idea de **peligro**. Y dentro de ése peligro se distingue el peligro de lesión a un bien determinado, que es el peligro concreto, y el peligro de una lesión no individualizada,

(7) DONNA, EDGARDO A., *Derecho Penal, Parte Especial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007, t. II-C, p. 12.

(8) SOLER, *ibid.*

que será el peligro abstracto. Así, se caracteriza al grupo que protege bienes jurídicos mediante estas figuras como **derecho penal del riesgo**, pues es el riesgo, el peligro, el denominador común que motiva su intervención.

Adentrándonos en las figuras del Título en análisis, vemos que el art. 186 ("El que causare incendio, explosión o inundación, será reprimido: 1° Con reclusión o prisión de tres a diez años, si hubiere peligro común para los bienes") castiga a quien hace peligrar a bienes y/o personas mediante la causación de un incendio, una explosión o una inundación. Así, el tipo penal gira en torno al concepto de incendio en cuanto peligro, puniéndose incluso aun cuando la cosa estaba destinada a arder —echar combustible a un fogón—, si como consecuencia de ello se derivara un peligro común.⁽⁹⁾

La propia jurisprudencia lo toma como una figura de peligro diciendo que, con relación al art. 186 del CP,

"...la figura penal no puede descuidar el elemento del peligro, de manera que, de acuerdo con una designación corriente en la doctrina alemana, podemos partir de la base siguiente: incendio es 'fuego peligroso'. Esta noción corresponde plenamente a la doble concurrencia de una determinada fuerza (la del fuego) y de la real existencia de peligro. El incendio sin peligro común para los bienes no es incendio, sino daño, cuando recae sobre bienes ajenos... la primera diferencia está determinada por las diversas maneras de concebir los delitos de peligro común. En efecto, si al fuego se le acuerda el carácter de un medio en sí mismo calificado como presuntamente peligroso, es claro que el solo hecho de excitar fuego constituirá incendio. Para consumir el delito, bastará la acción de 'comunicar' fuego (prender fuego)".⁽¹⁰⁾

Piénsese en el término "el solo hecho de...", como constitutivo de una figura de peligro.

(9) En el medio del análisis de estas figuras, se inserta el recuerdo colectivo de lo ocurrido en el boliche "Kheyvis", de Olivos, Argentina, el 20 de diciembre de 1991, donde fallecieron 17 adolescentes; el ocurrido en el boliche "Utopía", de Lima, el 20 de julio de 2002, donde fallecieron 29 adolescentes; el ocurrido en la galería "Mesa Redonda", de Lima, el 29 de diciembre de 2001, donde fallecieron 291 personas, el ocurrido en el Supermercado "Ycuá Bolaños", en Asunción, Paraguay, el 1 de agosto de 2004, donde fallecieron 396 personas, en la mayor de las catástrofes enunciadas y el ocurrido en el local "República Cromañón", el 30 de diciembre de 2004, donde fallecieron 198 personas

(10) CNCrimin. y Corr., Sala IV, 19/02/2003, Causa 20.380, Rossi, Diego.

Ya es posible observar la presencia del peligro por el peligro mismo, dado que de causarse una efectiva lesión a un bien determinado, se estará ante un delito contra la propiedad (daño), contra la vida y/o contra la integridad física (lesiones), según el caso concreto. Aquí vemos también una desmesurada escala penal para tratarse de una **acción de peligro**, que entra en el grado de la probabilidad y no en el de la certeza. A este respecto, señalamos que el inc. 5 del artículo de referencia agrava la escala en 10 a 25 años de prisión si ocurre el resultado muerte. Así, tenemos una figura de peligro, agravada por un resultado, siendo más gravosa que un homicidio simple con dolo directo. No nos parece que la racionalidad y la sistemática de la buena legislación penal hayan primado aquí.

Analizando lo que ocurre con el art. 189 *bis*, inc. 1 tercer párrafo y con el inc. 2, vemos que la cuestión no mejora mucho. Allí, la acción típica, en ambos casos, es tener el objeto (material peligroso o arma de uso civil) sin poder justificar la debida autorización. Quien otorga la autorización es el Estado y en caso de no contarse con el respectivo certificado de tenencia, se estará ante la conducta típica prevista. Por otra parte, de estar bien cumplida la cadena de cuidados para ese tipo de material, dicha conducta no podría ocurrir muy a menudo, ya que el Estado debe controlar previamente la fabricación, distribución y provisión de armas y materiales, y el hecho que un particular o alguien no autorizado lo tenga, salvo que haya habido un delito previo de robo o hurto, recae básicamente sobre las responsabilidades del Estado.

No queremos ser exhaustivos en un trabajo que sólo intenta ser demostrativo, pero los mismos parámetros se descubren en los casos de suministro, entrega indebida de arma de fuego, fabricación habitual e ilegal de armas y explosivos. Ni que hablar en los supuestos de portación y de alteración de la numeración en los casos de armas de uso civil, que anteriormente eran infracciones administrativas.

Asimismo, no nos parece muy correcto el hecho que el autor de un delito tenga que probar su justificación o su inocencia, por cuanto rige un principio elemental en el derecho penal derivado de la Constitución, que es el que deposita en el acusador público el hecho de demostrar la culpabilidad de quien se estima sospechoso de haber cometido un delito. La punición de una simple tenencia no es sino un reconocimiento del Estado a su propia incapacidad de control a la situación previa de provisión de algo fiscalizado por el Estado, que claramente ha fallado. Tampoco nos parece correcto punir una conducta en la creencia que **será utilizada para**

algo peligroso, dado que entonces se estaría extendiendo el tipo penal hacia actos ni siquiera pensados o ejecutados, violando el principio constitucional de legalidad estricta.

Claramente, estamos frente a figuras de peligro abstracto, donde se pune una conducta “por el peligro en sí mismo” y no por los actos que efectivamente haya llevado adelante el agente, ya que éstos actos también tiene una tutela autónoma *per se*.

En el Capítulo II del Título VII se encuentran las figuras que tutelan la seguridad del tránsito y los medios de transporte y comunicación. Aquí también estamos en presencia de tipos penales de peligro.

Es evidente que, para el legislador, la mera puesta en peligro del tránsito y de los medios de transporte y comunicación representa un mal de suma gravedad, por el riesgo potencial de alta probabilidad que presentan y el cual, de ocurrir, inexorablemente afecta a un gran e indeterminado número de personas y de bienes, amén de la alarma general que se produce. Lo que se valora es el normal funcionamiento de los medios de comunicación y de los servicios públicos vitales, no siendo necesario siquiera un peligro concreto o un daño cierto.

En efecto, el art. 190 dice

“Será reprimido con prisión de dos a ocho años, el que a sabiendas ejecutare cualquier acto que ponga en peligro la seguridad de una nave, construcción flotante o aeronave. Si el hecho produjere naufragio, varamiento o desastre aéreo, la pena será de seis a quince años de reclusión o prisión. Si el hecho causare lesión a alguna persona, la pena será de seis a quince años de reclusión o prisión, y si ocasionare la muerte, de diez a veinticinco años de reclusión o prisión. Las disposiciones precedentes se aplicarán aunque la acción recaiga sobre una cosa propia, si del hecho deriva peligro para la seguridad común”.

Nuevamente, vemos un tipo penal donde se intenta proteger un bien jurídico inasible, a través de la peligrosidad que pudiera llegar a conllevar la acción del agente. Creus, para intentar poner paños fríos, en las últimas versiones de su muy querida **parte especial** nos decía que estábamos ante tipos penales de **peligro concreto**, ya que el bien jurídico debe haber corrido efectivamente un peligro, que debe haber sido

conocido y deseado por el autor, a título de dolo.⁽¹¹⁾ Aun así, el error subsiste. Esto es, no castigar una acción por el daño causado por ésta, único presupuesto constitucionalmente válido para soportar la aplicación de poder punitivo.

Supuestos similares ocurren con el atentado ferroviario (art. 191), con el atentado contra el telégrafo o el teléfono de un ferrocarril (art. 192) y los atentados contra los trenes o tranvías (art. 193). En el supuesto del atentado ferroviario, para Creus se trata incluso de un delito de peligro abstracto, ya que sólo tiene en cuenta el acto de interrumpir el funcionamiento, sin tomar otras consideraciones.⁽¹²⁾ Molinario refiere estar ante un delito de peligro remoto,⁽¹³⁾ y Donna sostiene que se trata de una acción peligrosa concreta.⁽¹⁴⁾

En este punto, es interesante señalar la posición de Donna, quien intenta una original salida al problema de la legislación de los delitos de peligro en el choque constitucional. El autor, tomando una posición del jurista alemán Hans Joachim Hirsch, señala que

“el peligro es un juicio, que se relaciona con el juicio de previsibilidad objetiva, es decir, se trata de un juicio *ex-ante*, realizado por una persona normal, colocada en la posición del autor, cuando se dé el comienzo de la acción, y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por la persona inteligente, más las conocidas por el autor (saber oncológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales (saber nomológico). Si la producción del resultado aparece como no absolutamente improbable la acción era peligrosa. Pero en este caso, como se puede observar, el peligro es una cualidad inherente a la acción del autor, de allí que pueda hablarse de una acción peligrosa”.⁽¹⁵⁾

Mediante la ley 26.362, del 16 de abril de 2008, se introduce el art. 193 *bis*, que tipifica las “picadas”, con el siguiente texto:

(11) CREUS, CARLOS, *Derecho Penal, Parte Especial*, Bs. As., Astrea, 1997, t. II, p. 36.

(12) CREUS, *op. cit.*, p. 44.

(13) MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, *Los Delitos*, Bs. As., TEA, 1999, t. III, p. 86.

(14) DONNA, *op. cit.*, p. 158.

(15) DONNA, *op. cit.*, p. 20.

“Será reprimido con prisión de seis meses a tres años e inhabilitación especial para conducir por el doble del tiempo de la condena, el conductor que creare una situación de peligro para la vida o la integridad física de las personas, mediante la participación en una prueba de velocidad o de destreza con un vehículo automotor, realizada sin la debida autorización de la autoridad competente. La misma pena se aplicará a quien organizare o promocionare la conducta prevista en el presente artículo, y a quien posibilite su realización por un tercero mediante la entrega de un vehículo de su propiedad o confiado a su custodia, sabiendo que será utilizado para ese fin”.

Como hemos dicho al principio, el derecho penal debe estar inserto y tomar siempre en cuenta y respetar al mundo que lo rodea y a la realidad política y social que lo circunda y que le da un norte predogmático. En el 2008, murieron 8.205 personas por accidentes de tránsito, a razón de 22 personas por día y 683 por mes⁽¹⁶⁾ y aún tenemos frescos los casos de Sebastián Cabello, Celia y Vanina, como el que nos viene a recuerdo en este instante. Es claro el objetivo que ha tenido el legislador, quien incluso agregó el bien jurídico **seguridad del tránsito** a este Título, mediante la Ley señalada. Algo debe hacerse con la seguridad vial. ¿Pero era necesario recurrir a figuras de peligro para frenarlo? ¿Es la única herramienta efectiva que surge? ¿No existe otra posibilidad que amenazar con una pena de prisión de seis meses a tres años? Sin meternos en ciénagas políticas, creemos que la respuesta debe ser integradora y coordinada y no penalizadora. Encima, para peor, se eligen figuras que contradicen a los principios básicos de nuestro derecho penal y nuestro derecho constitucional.

Ya en el Capítulo IV, tenemos a los delitos contra la salud pública. Al sancionar la Ley 26.524, publicada el 5 de noviembre de 2009, se dijo que

“La sanción de la presente permitirá satisfacer, a través de nuevas normas represivas, necesidades actuales en materia de protección de la salud pública y el medio ambiente en general, aumentando el espectro de las figuras hasta ahora recepcionadas por la legislación. Ello, con la finalidad de definir

(16) Cifras obtenidas del sitio web de la Asociación Civil “Luchemos por la vida”, www.luchemos.org.ar

como nuevos tipos penales a determinadas conductas disvaliosas que en la actualidad vienen consternando a la opinión pública y se han manifestado con un grado de peligrosidad y reiteración que no permiten que se las continúe ignorando como tales en materia penal, requiriendo de una urgente solución legal”.

El bien jurídico entonces, surge cada vez más amplio. Aquí se protege a la salud pública, concepto inasible si los hay y al medio ambiente, del eventual peligro que pudieran llegar a correr. El propio legislador señala que se punen “acciones peligrosas”, en lugar de acciones lesivas.

De hecho, el primer párrafo del art. 200 dice “Será reprimido con reclusión o prisión de tres a diez años, el que envenenare o adulterare, de un modo peligroso para la salud, aguas potables o sustancias alimenticias o medicinales, destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas”. ¿Quién denota el “modo peligroso”? Indudablemente, se ha tratado de proteger al individuo antes que el individuo se envenene o se perjudique con la ingesta de las sustancias dañinas, pero con ello se pasa por alto el principio constitucional de estricta legalidad, en tanto tipifica acciones que no son lesivas en forma concreta y en tanto adelanta el momento punitivo, aplicándose claramente a etapas del *iter criminis* que no pueden ser alcanzadas por poder punitivo, pues ni siquiera están en la etapa de la ejecución de la lesión.

La propia Cámara de Casación dijo que

“la salud no tiene en la norma en estudio el alcance restringido que se le debe atribuir por ejemplo en el art. 89 del CP —grado de equilibrio orgánico, en ese caso, del que goza la víctima— sino que comprende el bienestar corporal y fisiológico de las personas en general. El envenenamiento, la contaminación o la adulteración se realizan de un modo peligroso para la salud así entendida no sólo si pueden producir, agravar o prolongar enfermedades, sino también si pueden causar otros deterioros corporales o fisiológicos incluidos los que tienen como consecuencia eliminar el equilibrio que constituye el bienestar de los individuos aunque más no sea temporalmente (ej. estados de cansancio o nauseosos). Asimismo se trata de un delito de peligro abstracto derivado del grado del envenenamiento, contaminación o adulteración. Por consiguiente su consumación

es instantánea aunque de efectos permanentes, no demanda daño efectivo para la salud general ni un peligro concreto de que éste se produzca y ni siquiera requiere que en la situación concreta personas determinadas o alguna persona hayan usado el agua o consumido las sustancias alimenticias o medicinales. Por lo demás una acción puede no constituir envenenamiento pero sí adulteración. El concepto de adulteración que interesa a este artículo es la adulteración peligrosa para la salud. A los fines del art. 200 es adulteración toda alteración —sea total o parcial— de la sustancia de un cosa que, sin ser la directa agregación de un tóxico, altera sus propiedades alimenticias o medicinales volviéndola peligrosa para la vida o la salud de las personas. Así algo 'peligroso para la salud' es algo que conlleva riesgo o puede ocasionar daño, entendiéndose por tal, un detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia. Como bien lo señala el a quo quien frente a una situación de dolor, probablemente derivada de alguna patología, ingiera un medicamento espasmolítico adulterado —aunque con sustancia neutra— no va a obtener un alivio en su malestar, por el contrario, éste habrá de prolongarse generando así esa posibilidad de daño a la que alude la norma cuya aplicación se cuestiona".⁽¹⁷⁾

Todos recordamos los casos del Yectafer, de los vinos *Soy Cuyano y Mansero*, de los propóleos de los laboratorios Huilén.

El art. 202 castiga la propagación de una enfermedad peligrosa o contagiosa ("Será reprimido con reclusión o prisión de tres a quince años, el que propagare una enfermedad peligrosa y contagiosa para las personas").

Siguiendo lo expuesto anteriormente, para Donna, 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.⁽¹⁸⁾

En nuestra opinión, seguimos estando frente a delitos de peligro abstracto, en tanto la figura no requiere ningún daño o lesión cierta para con-

(17) CNCP, Sala II, Solís Colucci, Juan Ernesto y Morales Valencia, Horacio Alberto s/ recurso de casación, 12/11/2003.

(18) DONNA, *op. cit.*, p. 226.

figurarse, sino una mera posibilidad de contagio. Para ilustrar al lector, diremos que este art. 202 se basa en el art. 18 de la Ley 12.331, sancionada el 11 de enero de 1937, durante el gobierno de Agustín P. Justo y que increíblemente, continúa vigente a la fecha.

4. Conclusiones

El trabajo se proponía advertir la existencia de tipos de peligro abstracto en nuestro ordenamiento positivo, haciendo hincapié en lo que acontece en los llamados delitos contra la seguridad pública. Hemos dado cuenta que este fenómeno es lamentablemente común, y no es novedoso. Piénsese que la mayoría de las figuras señaladas provienen del siglo XIX. Además, se advierte que el legislador persiste en esta práctica, dado que hemos visto recientes reformas donde la tónica es la misma e incluso se acentúa.

Es más que loable intentar proteger a la comunidad en las máximas posibilidades. Ahora bien, esos límites a la protección, indudablemente, están dados por el marco constitucional en el que se inserta nuestro sistema penal, en cuanto enteramente dependiente de aquél. Así, los principios constitucionales de estricta legalidad, máxima taxatividad, levisidad y razonabilidad deben primar a la hora de legislar, por encima de cualquier otro tipo de situación coyuntural. El peligro abstracto, en cuanto posibilidad de riesgo a un bien jurídico difuso, choca con estos principios.

Quizás las buenas intenciones terminan por pervertir lo que intentan proteger. La mejor forma de brindarle seguridad a la población no es intentar abarcar todos los bienes jurídicos que se le ocurran al legislador, sino garantizarle al ciudadano que se respetará a rajatabla aquéllos principios que la Carta Magna establece.

Es indudable que estamos ante una sociedad plagada de riesgos y peligros y que muchas veces estos riesgos y peligros se acrecientan por la propia incapacidad del Estado de proveer adecuadas prácticas y políticas integradoras que aporten soluciones de fondo y que no se siga recurriendo al poder punitivo como primera herramienta, adelantando persecuciones y derogando la Constitución.



Bibliografía

CREUS, CARLOS, *Derecho Penal, Parte Especial*, Bs. As., Astrea, 1997.

DONNA, EDGARDO A., *Derecho Penal, Parte Especial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007.

JAKOBS, GUNTHER, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 1985.

ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Thompson-Civitas, 1999.

SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal*, Bs. As., TEA, 1986.

ZAFFARONI, RAÚL, ALAGIA, ALEJANDRO, SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2000.

Delito de omisión de auxilio

¿Un delito de peligro desvinculado totalmente del resultado?

GONZALO JAVIER MOLINA⁽¹⁾



1. Introducción

Es opinión casi unánime en la ciencia penal, que uno de los principios constitucionales que limitan la legislación penal es el denominado principio constitucional de lesividad. Según este principio, el Derecho penal pretende proteger bienes jurídicos y no únicamente un mandato sin sentido de la norma penal.

En palabras de Zaffaroni: “El principio de lesividad impone que no haya tipicidad sin lesión u ofensa a un bien jurídico, que puede consistir en una lesión en sentido estricto o en un peligro”.⁽²⁾

A partir de allí, se exige que toda figura penal, para ser tal, debe contener la prohibición de una conducta que implique directamente una lesión, o al menos una puesta en peligro de un bien jurídico protegido penalmente. A su vez, se clasifican los delitos de peligro en figuras de peligro abstracto y peligro concreto.

(1) Universidad Nacional del Nordeste (Corrientes).

(2) *Derecho Penal. Parte general*, Ediar, p. 468.

En los últimos años, una desmedida utilización de estas figuras ha llevado a una inflación del sistema penal que ha puesto en alerta precisamente este principio de lesividad.

En este trabajo pretendemos analizar específicamente una figura de peligro (el delito de omisión de auxilio, previsto en el art. 108 CP) que contiene además otra característica especial. Esta figura tiene la particularidad de ser una figura de peligro, y además una figura de omisión (simple).

Las consecuencias que se extraigan del presente trabajo para la figura específica de la omisión de auxilio pueden ser trasladadas a otras figuras similares de omisión simple.⁽³⁾ A través del problema que aquí se trata se podrá advertir también la ubicación de la figura de omisión de auxilio como un delito de peligro abstracto o de peligro concreto y la forma en que sus elementos objetivos deben ser analizados.

El tema a analizarse se podría resumir en la siguiente pregunta: ¿el delito de omisión de auxilio, exige para su consumación, que la acción mandada tenga aptitud para evitar un daño efectivo al objeto de protección del bien jurídico? ¿O basta simplemente con el no cumplimiento de la conducta para tenerlo por consumado e imponer la pena?

Una gran cantidad de casos de esta figura penal se podrían resolver de manera diferente, de acuerdo a la respuesta que se considere correcta.

La idea de que los delitos de omisión simple son necesariamente delitos de pura actividad, muchas veces lleva a pensar que basta que en el caso concreto, el sujeto no cumpla con la acción mandada para que se considere consumada la figura. Sin embargo, puede ocurrir que la acción mandada ante una situación de peligro, sea absolutamente imposible de realización como una acción realmente salvadora, o incluso puede ocurrir que esa acción esperada sea totalmente inconducente para salvar el objeto de bien jurídico en peligro.

2. La tipicidad objetiva en los delitos de omisión simple

En la doctrina penal existe un acuerdo casi absoluto en cuanto a la construcción de los tipos penales de omisión propia. Estos estarían conformados por tres elementos: 1) Situación típica generadora de un deber de

(3) Generalmente, las figuras de omisión simple son delitos de peligro, ya que en ellas no hace falta la producción de un resultado típico. Basta para su realización con el no cumplimiento de la acción mandada teniendo la capacidad de realizarla.

actuar; 2) No realización de la acción mandada; 3) Posibilidad material de realizar la acción.

A su vez, los delitos de omisión impropia tienen —según lo entiende la doctrina mayoritaria actualmente— seis elementos. Serían los mismos tres de los delitos de omisión propia, más los elementos relacionados con el resultado y la situación especial del autor.

De esta manera, los delitos de omisión impropia tendrían los siguientes elementos: 1) Situación típica generadora de un deber de actuar; 2) No realización de la acción mandada; 3) Posibilidad material de realizar la acción; 4) Producción del resultado típico; 5) Nexo de evitación y 6) Posición de garante.

Pretendemos discutir aquí, cómo debe ser el análisis de los elementos objetivos de los delitos de omisión propia, especialmente los elementos del delito de omisión de auxilio, previsto en el art. 108 del Código Penal argentino.

Esos tres elementos mencionados, ¿deben ser analizados solamente desde una perspectiva *ex-ante*?, ¿o su análisis debe ser *ex-post*?

Las conclusiones de esta cuestión, no tienen una finalidad puramente teórica, sino que, por el contrario, traen consecuencias prácticas muy importantes.

De la toma de posición sobre este aspecto, dependerán los alcances de la figura, que generalmente se considera como un delito de peligro, aunque sin precisar exactamente qué grado de peligro debe existir en el caso concreto.

3. ¿Análisis objetivo o subjetivo?

Para que el problema sea más fácilmente perceptible, daremos dos ejemplos relacionados con el elemento N° 2 (no realización de la acción mandada). El problema también se puede tratar con el tercer elemento (posibilidad material de realizar la acción).

Caso 1: el sujeto “B” se está ahogando en el río. “A”, (una persona que pasa por el lugar) tiene la posibilidad de salvarlo arrojándole un salvavidas. Para ello, dispone de varios tipos de chalecos salvavidas:

- el N° 1 que tiene capacidad para salvar personas de hasta 50 Kg.;
- el N° 2 que tiene capacidad para salvar a personas de hasta 90 Kg.; y
- el N° 3 que salvaría a personas de hasta 120 Kg.

En rigor de verdad, no había ninguna indicación claramente visible que señale la capacidad de salvar de cada uno de los chalecos. La capacidad de salvamento surgía de una pequeña etiqueta que tenían los chalecos en su parte interior.

Ante la urgencia, "A" le arroja el primer salvavidas que tiene a mano (el N° 2), y corre a avisar a la patrulla naval de rescate. El salvavidas llega a manos de la víctima, pero ésta termina ahogándose porque pesaba 104 Kg. Se comprueba que si en el mismo momento que "A" arrojó el salvavidas N° 2, hubiera arrojado el N° 3, "B" se hubiera salvado.

En nuestro ejemplo, si decimos que el análisis de los elementos objetivos debe ser *ex-post*, no puede considerarse que "A" realizó la acción mandada, aunque haya estado en un error imposible de superar por la urgencia de las circunstancias. La acción debida en el caso para él, era arrojarle a la víctima el salvavidas N° 3, es decir: la mejor conducta de salvamento, objetivamente considerada.

La circunstancia de desconocer en el caso concreto cuál es la conducta más apta para el salvamento del bien jurídico, no puede excluir el elemento objetivo que se debe exigir en esta instancia con todo el rigor que exige el análisis de la tipicidad objetiva. Conducta debida es la mejor conducta de salvamento, independientemente de las creencias del autor en la situación concreta.

Indudablemente, el error en que ha incurrido el autor en nuestro caso tendrá efectos atenuantes sobre su responsabilidad penal; pero esos efectos se deberán analizar recién al momento de analizar la tipicidad subjetiva del autor (*dolo*).

Concretamente, el error del autor en nuestro ejemplo excluirá el *dolo*, pero la conducta será objetivamente típica,⁽⁴⁾ al menos en lo que se refiere a la existencia de este segundo elemento.

(4) Luego se verá que si el error del autor es invencible, se excluye responsabilidad penal a título de *dolo* y también a título *culposo*. Si el error fuera vencible, se excluirá sólo la responsabilidad penal *dolosa*, pero subsistirá la posibilidad de penar a título de culpa (*imprudencia*) siempre que estuviera prevista esta forma de tipicidad para la figura penal que estemos tratando. Si en nuestro caso imputáramos un homicidio por omisión (esto sólo sería posible, si nuestro omitente además fuera garante) podría pensarse al sujeto por homicidio *culposo*. Si lo que se imputa es la simple omisión de auxilio (art. 108 CP argentino) por falta de *dolo*, la conducta sería impune, ya que no existe una figura de omisión de auxilio *culposo*. Por lo demás, la solución es valorativamente aceptable en el ejemplo, considerando que la persona (sin ser garante) actuó con la voluntad de salvar.

Para quienes sostengan que los elementos objetivos de los delitos de omisión propia deben analizarse desde una perspectiva puramente *ex-ante*, la respuesta podría ser que no se configura el segundo elemento en su faz objetiva (no realización de la acción mandada), por lo cual la conducta ya sería objetivamente atípica. Esto es así, porque desde una perspectiva *ex-ante*, se puede afirmar que cualquier persona prudente hubiera hecho lo que hizo nuestro autor. Cualquiera hubiera incurrido en el mismo error.

Si desde una perspectiva *ex-ante*, la conducta realizada aparecía como la conducta esperada por parte de cualquier persona que actuara con un mínimo de prudencia, entonces, el sujeto ha realizado la acción debida y no se configura este segundo elemento (no realización de la acción mandada).

De todas maneras, para ambas teorías, la conducta sería atípica. Para la primera (posición *ex-post*) porque le faltaría el dolo, y para la segunda (posición *ex-ante*) porque faltaría la tipicidad objetiva.

En este primer ejemplo, las soluciones coincidirían en la falta de tipicidad de la conducta, aunque una se refiera al aspecto objetivo, y la otra al subjetivo.

Asimismo, podría pensarse en un caso inverso:

Caso 2: Un médico desea la muerte de una persona que le pidió su ayuda.⁽⁵⁾ Según la ciencia médica, debe suministrarle 10 dosis de un medicamento que le salvará la vida. Para matarlo, decide aplicarle solamente 5 dosis. De esta forma, haría creer a las personas que estaban presentes, que estaría prestando ayuda a la víctima. Misteriosamente, las 5 dosis del medicamento hicieron efecto en el cuerpo de la víctima que logra sobrevivir, pese a las intenciones del autor.

En este caso, el error del autor es inverso al caso anterior. Ahora realmente salva, sin querer hacerlo.

Veamos cómo debería resolverse el caso, de acuerdo a las dos posiciones que analizamos.

En primer lugar, abordaremos estos elementos desde una perspectiva *ex-post*. Según esta teoría, como el análisis objetivo exige la concurrencia de los elementos que analizamos desde la óptica puramente objetiva, independientemente del pensamiento y las intenciones del autor —que en

(5) Deberíamos suponer además, que el médico no es garante de ese paciente, para seguir pensando en la figura de omisión simple, y no en una figura de omisión impropia.

este caso pueden ser muy disvaliosas— debemos decir que no existe el elemento “no realización de la acción mandada”. El autor realiza la acción mandada: aplicar el medicamento suficiente para salvar a la persona que se estaba muriendo. Por ello no puede haber delito de omisión consumado; sólo podría haber responsabilidad por tentativa inidónea del respectivo delito de omisión.

En este caso, en cambio, una teoría que analizara los elementos de la omisión de auxilio desde una perspectiva *ex-ante*, debería sostener que el médico no realizó la acción mandada, y como además tenía dolo, debería responder por delito consumado de omisión de auxilio, pese a haber realizado una conducta que salvó la vida del paciente.

Si el elemento objetivo “no realización de la acción mandada” se exige sólo desde una perspectiva *ex-ante*, deberíamos decir que en este caso, desde esa óptica sí existió este elemento, ya que era razonable pensar que quien aplicaba la dosis insuficiente, no estaba realizando la acción mandada. Como además se configura el dolo, la conclusión debería ser que este sujeto cometió una conducta típica de omisión de auxilio (art. 108 CP).

Esta solución (considerar que el delito de omisión de auxilio está consumado) es una solución que muchos autores de la doctrina penal argentina estarían dispuestos a aceptar. El problema es que esta solución implica una visión **subjetivista** del ilícito; y no todos esos autores aceptarían—seguramente— todas las consecuencias de una visión subjetivista del ilícito penal.

La mayoría de la doctrina penal actualmente propone una visión dualista del ilícito, conformado por elementos objetivos y elementos subjetivos. Para que se configure el injusto, deben darse tanto los primeros como los segundos. Si faltara alguno de ellos no habrá ilícito consumado.

Entiendo que para una concepción del delito que en el ámbito del ilícito penal valore elementos objetivos y subjetivos, el análisis de los elementos que se denominan **objetivos** debe hacerse desde una perspectiva puramente *ex-post* como todo elemento objetivo. Por ello, para nuestro primer caso (Caso 1), si desde una perspectiva *ex-post* era posible evitar el resultado típico, se dará por configurado este segundo elemento, independientemente de que el autor haya pensado otra cosa.⁽⁶⁾

(6) Smolianski, al referirse a este elemento, sostiene: “Si bien es sumamente difícil establecerlo en los casos concretos, lo que se requiere no es la evitación del resultado lesivo

De manera que en estos delitos, el análisis de los elementos de la tipicidad, en primer lugar debe ser puramente objetivo. Luego se analizará la tipicidad subjetiva, es decir las representaciones del autor al momento de actuar.⁽⁷⁾

Al menos este debería ser el análisis lógico en un sistema dualista del ilícito, que requiere en el ámbito del injusto, elementos objetivos y elementos subjetivos.

Distinta sería la solución para un esquema de teoría del delito que sólo exija elementos objetivos en el ilícito, o que sólo exija elementos subjetivos.

4. La posición de Silva Sánchez

Un autor como Silva Sánchez,⁽⁸⁾ sostiene que los elementos objetivos de la tipicidad en los delitos omisivos deben analizarse desde una perspectiva puramente *ex-ante* y no *ex-post*. Él sostiene expresamente: “Por acción indicada hay que entender una conducta que, desde una perspectiva *ex-ante*, se estima objetivamente apropiada —más aún, necesaria— para la evitación del resultado lesivo del bien jurídico mediante una prestación positiva”.⁽⁹⁾

Agrega luego el mismo autor:

“La adopción del criterio objetivo *ex-ante* como medio de determinación de la presencia de una omisión penal obliga a rechazar las perspectivas *ex-post*, de orientación, en principio, causalista, y subjetiva *ex-ante*, defendida en el marco del finalismo. Ambas se revelan inadecuadas para la delimitación del concepto de realización típica omisiva. Lo anterior implica que debe negarse la existencia de una omisión en sentido jurídico-penal en los casos en que ya el juicio objetivo *ex-ante* pone de

—obviamente, a lo imposible nadie está obligado—, sino el intento serio por conjurarlo”. Manual de Derecho Penal. Parte general, p. 213.

Debemos aclarar que si en el caso, la evitación es imposible, ni siquiera se requiere el “intento serio por conjurarlo”. Si la evitación es imposible —vista desde una perspectiva *ex-post*— la conducta será objetivamente atípica. El error del autor tal vez pueda fundamentar en el caso una punición por tentativa inidónea, pero no se podrá tratar el caso como objetivamente típico del delito omisivo.

(7) La existencia del dolo —a nivel de tipicidad subjetiva— podría fundamentar la punición por tentativa o tentativa inidónea.

(8) SILVA SÁNCHEZ, “El delito de omisión. Concepto y sistema”, pp. 361/372.

(9) SILVA SÁNCHEZ, “El delito de omisión. Concepto y sistema”, p. 361.

relieve que la conducta que no se realiza no es apropiada para la evitación del resultado sino que, a lo más, puede dificultar su producción o retrasarla por un período de tiempo de escasa consideración".⁽¹⁰⁾

Personalmente coincido con la propuesta de analizar el elemento objetivo desde una perspectiva puramente *ex-ante* como lo propone Silva Sánchez. Pero también considero correcta la visión del subjetivismo en el ámbito del ilícito, lo que es precisamente criticado por Silva.

Entrando más en profundidad en el análisis del tema, el autor citado sostiene luego:

"La influencia del causalismo determina entonces que no se distinga con la debida claridad entre juicio sobre la acción indicada y juicio de imputación del resultado. Así, se estima que las omisiones llamadas propias infringen sólo un deber de actuar porque se castigan aunque, pese a la omisión, no se produzca el resultado lesivo del bien jurídico. El enjuiciamiento de la situación parte, pues aquí, de una perspectiva *ex-ante*. En cambio, las omisiones impropias infringen un deber de evitar el resultado, porque su producción va vinculada a la aparición de un resultado lesivo que podría haber sido evitado. La perspectiva a adoptar aquí es la denominada *ex-post*. De este modo, se llega a señalar que, si *ex-post* se descubre que ninguna acción del sujeto habría evitado el resultado, no existe siquiera una omisión de evitación del resultado. Esto es, sin embargo, incorrecto. En efecto, si el juicio *ex-ante* afirma la posibilidad de evitar el resultado y no se actúa, existe ya una omisión —impropia dado el caso— que nada puede borrar. El juicio *ex-post* de imposibilidad de evitación tiene como único efecto la no imputación del resultado, es decir, el castigo por tentativa en lugar de por delito consumado. Pero una omisión existe desde el momento en que consta que el sujeto no ha realizado una conducta que *ex-ante* aparecía como apropiada y necesaria para la evitación del resultado. En el plano de la acción indicada, de la naturaleza del deber, no tiene, pues, sentido establecer diferencia alguna entre omisiones.

(10) SILVA SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 362.

En contra de tal diferenciación pueden esgrimirse, como mínimo, dos argumentos. Por un lado, desde la perspectiva de un derecho penal protector de bienes jurídicos, carece de sentido la imposición de deberes de actuar que no tengan por finalidad la evitación de resultado lesivos de dichos bienes”.⁽¹¹⁾

Entiendo que este es el centro de la discusión. La idea que interpreta que los delitos de simple omisión serían asimilables a los delitos de pura actividad o de peligro abstracto —desentendidos totalmente del resultado— sería incorrecta. Para esta concepción, sólo en los delitos de omisión impropia debería exigirse objetivamente, la comprobación de su vinculación con un resultado. En cambio, para los delitos de simple omisión, bastaría con el mero no hacer.

Este es el error principal de esta concepción. Porque incluso en los delitos activos de peligro (incluso en los de peligro abstracto) se exige alguna vinculación con la eventual producción del resultado. Actualmente, un autor como Zaffaroni sostiene que:

“Es corriente la clasificación de los tipos penales en orden a la lesión al bien jurídico en tipos de lesión y tipos de peligro, subdividiendo estos últimos en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. La multiplicación de los tipos de peligro abstracto llamó poderosamente la atención de la doctrina sobre ellos. Para caracterizarlos se apela a dos criterios: 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 *jure 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. Por eso Binding los caracterizaba como delitos de desobediencia, lo que hoy reaparece con el reconocimiento de que no pasan de ser meras desobediencias a la administración. En cuanto al peligro de peligro, basta pensar en las consecuencias que acarrea en caso de tentativa: serían supuestos de triplicación de peligros o riesgos (riesgo de riesgo de riesgo), o sea de

(11) *Op. cit.*, p. 363.

clara tipicidad sin lesividad. Por consiguiente, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y **por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real.** El recurso de entender por peligro abstracto el que sólo existió juzgado *ex-ante*, y por peligro concreto el que existió valorado *ex-post*, no es satisfactorio, dado que en cierto sentido todo peligro es abstracto *ex-ante* y es concreto *ex-post*".⁽¹²⁾

Es por ello que actualmente incluso en los delitos de pura omisión, aunque sean equiparables a los delitos de peligro (aún de peligro abstracto) es necesario que se compruebe objetivamente —esto significa desde una perspectiva *ex-post*— que la realización de la acción mandada hubiera evitado el resultado. Incluso es necesario que se compruebe desde esa misma perspectiva que al sujeto le era posible realizar la acción debida como mejor acción de salvamento.

Considerar que el delito de omisión está consumado cuando se comprueban sólo desde una perspectiva *ex-ante* los elementos de la figura de omisión simple, sería penar desentendiéndonos por completo de los postulados del principio de lesividad. Sería penar la mera desobediencia sin sentido⁽¹³⁾.

En este sentido, Zaffaroni refiriéndose al principio de lesividad y los delitos de peligro, termina señalando:

(12) ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, "Derecho Penal. Parte General", p. 469. (El resaltado me pertenece).

(13) SILVA SÁNCHEZ, en una parte de su trabajo, cita a Schöne: "Este autor (Schöne) parte de considerar que en los tipos de omisión impropia se da un deber de evitación del resultado. Consiguientemente, y a los efectos de situar en los tipos de omisión de socorro y omisión de denuncia una regulación central de la omisión de evitación de lesiones de bienes jurídicos, trata de hallar en éstos ese mismo deber. Su conclusión opuesta a la que acabamos de exponer, reza expresamente así: también en el tipo de la omisión de socorro —y lo mismo en el de la omisión de denuncia— se da un mandato de realización de acciones *ex-ante* adecuadas para la evitación de la lesión ...el planteamiento de Schöne parte de rechazar los argumentos usualmente expresados a favor de la tesis de que el tipo de omisión de socorro contiene un mandato de actividad. ...en conclusión, el tipo de omisión de socorro contiene, a su juicio, un mandato de evitación del resultado. Aunque, ciertamente, para quedar exento de responsabilidad, basta con esforzarse seriamente por la evitación, aunque ésta no se consiga. El intento de cumplimiento es, pues, a estos efectos, suficiente" (*op. cit.*, p. 364).

“En cada situación concreta debe establecerse si hubo o no peligro para un bien jurídico y, en caso negativo, no es admisible la tipicidad objetiva”.⁽¹⁴⁾

Una teoría dualista del ilícito no puede justificar la imposición de una pena como delito de omisión simple consumado cuando *ex-post* se comprueba que la acción que estaba mandando realizar no servía de ninguna manera para ayudar al salvamento del objeto de protección.

Sólo tendría sentido imponer una pena en estos casos, si olvidamos el tanpreciado principio de lesividad que exige que para la punición de una conducta u omisión, debería haber una concreta afectación —o al menos, puesta en peligro— de un objeto (físico) de protección de bien jurídico. Por ejemplo: sólo se podría penar a quien no arrojó el salvavidas si había alguna posibilidad de que con ese salvavidas la víctima se salvase del ahogamiento; a menos que se entienda que el principio de lesividad no debe ser entendido tal como lo propone la doctrina mayoritaria, sino como “lesividad a la norma”, según lo entiende actualmente, por ejemplo, Sancinetti.⁽¹⁵⁾

En consecuencia, para una teoría dualista del ilícito, el análisis de los elementos objetivos necesariamente debe ser *ex-post*. Un análisis *ex-ante* no es otra cosa que un análisis subjetivo: qué se representó el autor al momento de actuar. Pero esto es precisamente el criterio que se debe utilizar al momento de ver el elemento subjetivo.⁽¹⁶⁾

De lo contrario, si sólo se analizaran los elementos objetivos desde una perspectiva *ex-ante*, más los elementos subjetivos, sólo tendríamos un solo nivel de análisis: el subjetivo. Y esto es lo que caracteriza precisamente al monismo subjetivo en el ámbito del injusto penal: los elementos de la

(14) *Op. cit.*, p. 469.

(15) Sancinetti, Marcelo en “El pensamiento de la ilustración y el llamado del principio de lesividad”. Lección doctoral pronunciada en el acto de investidura del título “Doctor Honoris Causa” por la Universidad de la Cuenca del Plata, 26/3/10, Inédito.

Allí sostiene Sancinetti: “Por supuesto que uno podría admitir un principio de *lesividad*, y en ese “sentido reformado” yo soy un representante del “principio de lesividad”, si se parte del dato de que lo que puede proteger la pena *no* es la incolumidad del bien, pues el bien, precisamente, ya está dañado con la acción delictiva a castigar especialmente en caso de consumación, sino que lo que la pena ha de proteger es *la confianza general de la comunidad en que las normas fundamentales del contrato social siguen rigiendo*”.

(16) Ver MOLINA, GONZALO J., “Reflexiones sobre la perspectiva de análisis de los elementos objetivos en la legítima defensa”, en *Revista de Derecho Penal*, 2006-2, p. 361 y ss.

tipicidad y de la antijuricidad se estudian sólo desde una óptica subjetiva, los elementos objetivos no inciden en absoluto.

Por cierto, puedo estar de acuerdo con las conclusiones a las que llegaría una concepción subjetivista del ilícito. Lo que no se puede aceptar es que una tesis dualista del ilícito— como por ejemplo, la que sostiene Silva Sánchez, y la mayoría de la doctrina penal actual— llegue a resultados exclusivos del subjetivismo. Si las soluciones del subjetivismo les parecen más acertadas desde una concepción de estricta justicia,⁽¹⁷⁾ deberían sincerarse y exigir en el ilícito solamente elementos subjetivos. Lo contrario contradice la más elemental lógica en la estructura de la teoría del delito, especialmente en el ámbito del ilícito penal.

5. El problema de la “repetición” del análisis de los elementos

Suponiendo que sea correcta la propuesta que aquí se efectúa: que los elementos objetivos de todo delito de omisión (propia e impropia) deben analizarse siempre desde una perspectiva *ex-post*, habremos de enfrentarnos con un aparente conflicto.

Como se ha expuesto, en el caso de los delitos de omisión impropia, a los tres primeros elementos se les deben sumar tres más: resultado típico, nexo de evitación y posición de garante. La cuestión es: si analizamos entonces tanto la “no realización de la acción mandada”, como la “posibilidad material de realizar la acción” desde una perspectiva *ex-post*, entonces ¿no estaríamos repitiendo el mismo análisis cuando verificamos el nexo de evitación —que también deberá hacerse desde una perspectiva *ex-post*—?

Por dar un ejemplo: el sujeto no arroja el salvavidas que estaba a su alcance para salvar al que se estaba ahogando. La víctima muere. Sin embargo se comprueba luego que, aunque se lo hubiese lanzado, aquél igual hubiera muerto, porque el salvavidas estaba fallado. También se comprueba que el “omitente” no tenía en el caso, otra opción de salvar.

En este caso, si analizamos el tercer elemento —como aquí se propone— desde una perspectiva puramente *ex-post*, deberíamos decir que el sujeto no tuvo la “posibilidad material de realizar la acción” aunque desde una perspectiva *ex-ante* hubiera parecido que sí.

(17) Particularmente creo que es así.

Pero entonces, ¿qué le dejamos para el elemento “nexo de evitación”? Se podría haber pensado que en el caso estudiado, lo que no existe es precisamente ese elemento. Entonces, si ya descartamos la tipicidad objetiva porque no se da el tercer elemento que lo analizamos también desde una perspectiva *ex-post*, parecería no quedar nada para el análisis del elemento “nexo de evitación”.

Algo al respecto plantea Struensee, cuando señala:

“La posibilidad individual de realizar la acción posible en concreto se sigue situando aún como requisito independiente, junto a la denominada causalidad de la omisión. Pero en el ámbito objetivo, la cuestión de la causalidad de la omisión es idéntica a la cuestión de la posibilidad objetiva de la acción. La denominada causalidad de la omisión —adaptando la teoría de la equivalencia— se indaga sobre la base de una hipótesis: ¿habría evitado el resultado típico la acción posible para el obligado? Con lo cual se pone de manifiesto que es absurdo considerar como requisitos cumulativos (distintos) la cuestión de la posibilidad objetiva de la acción y la de la causalidad de la omisión”.⁽¹⁸⁾

Sin embargo, creo que la propuesta de interpretación de los elementos objetivos desde la perspectiva *ex-post* que aquí se hace, puede superar esta objeción. Veamos.

Sigue teniendo sentido, en el ámbito de los delitos de omisión impropia (asimilables a los delitos de lesión, o de resultado en el ámbito de los delitos activos) seguir exigiendo el elemento “nexo de evitación” y analizar los primeros también desde una perspectiva *ex-post*. Esto es así, por una razón metodológica elemental. Si analizamos aquéllos primeros elementos desde una perspectiva *ex-ante*, entonces, la vinculación entre la omisión (entendida como el mero incumplimiento de la norma) y el resultado que se hace con el análisis del elemento “nexo de evitación”, estaría reservada sólo a los delitos de omisión impropia.

En cambio con la propuesta que aquí se formula, se analiza en cierta medida también la vinculación entre la omisión y el resultado en todos los

(18) Struensee, Eberhard, Prólogo a “Dogmática de los delitos de omisión”. de Armin Kaufmann. Como el mismo Struensee trata de explicarlo, cuando se refiere al problema de la causalidad de la omisión, se está refiriendo a lo que conocemos como “nexo de evitación”, con lo cual la superposición que plantea es la misma a la que hacemos referencia en el texto.

delitos de omisión simple. De esta forma, se otorga alguna incidencia al resultado también en los delitos de simple omisión. Y esto no está mal. Al menos no para una concepción dualista del ilícito que exija elementos objetivos y subjetivos en este ámbito del delito, y a la vez esté limitada por el principio constitucional de lesividad.

Se podrá decir que se convierten los delitos de peligro (como la omisión de auxilio) en delitos de resultado (o de cuasi-resultado). Lo cierto es que ésta es la única manera de respetar el principio de lesividad también en el ámbito de los delitos de omisión, entendiendo lesividad como la necesaria lesión o puesta en peligro de un objeto de protección de bien jurídico. Lo contrario implicaría aceptar la imposición de penas por el mero incumplimiento de una norma penal sin sentido.



Bibliografía

- BACIGALUPO, ENRIQUE, *Delitos impropios de omisión*. Bogotá, Temis, 1983.
- “La regulación de las conductas omisivas en el nuevo código penal”, en Buompadre, Jorge, (director y coordinador), *Derecho Penal y Procesal Penal. Homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1997.
- Manual de derecho penal*, Bogotá, Temis, 1996.
- Principios constitucionales de derecho penal*, Bs. As., Hammurabi, 1999.
- BARBOZA, JULIO, “Norma y realidad de los delitos de omisión” en *Del actual pensamiento jurídico argentino*, Bs. As., Ediciones Arayú, 1955, pág. 251.
- BELLATI, CARLOS A, “El delito de omisión”, en *J.A.*, 2000-II. p.1058.
- CUADRADO RUIZ, MARÍA ÁNGELES, “La comisión por omisión como problema dogmático” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1997, tomo L.
- DE LUCA, JAVIER A, “Omisión impropia, legalidad y congruencia”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis Nexis, Mayo de 2008, p. 743.
- ETCHEBERRY, ALFREDO, “¿Hacia el fin de los delitos de omisión?”, en *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, Edit. Edisofer, 2008, T.I., p. 879, .
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, Tercera edición, 1998.
- FISSORE, GUSTAVO, *La omisión en el Derecho Penal*, Rosario, Nova Tesis, 2003.
- GIACOMINI, ERNESTO D. T, “Las infracciones de omisión vistas por el XIII Congreso Internacional de Derecho Penal”, en *Zeus*, Colección jurisprudencial, Tomo 42, sept./ dic. 1986, Rosario, pág. D 07.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, “Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento”, en *Estudios de derecho penal* Madrid, Tecnos, 1990, p. 140.

“Causalidad, omisión e imprudencia”, en *Ensayos penales*, Madrid, Tecnos, 1999, p.189.

“La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición”, en *Ensayos penales*, Madrid, Tecnos, 1999, p.257.

“La distinción entre delitos propios (puros) y delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión)”, en *Ciencias Penales contemporáneas. Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología*. Año 2- Número 4-2002. Marco Antonio Terragni, Director. Edit. Jurídicas Cuyo. Mendoza, 2002. p. 27 y ss.

La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003.

GRACIA MARTÍN, LUIS, “Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)”, en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, Universidad nacional de educación a distancia, 2001. p. 411.

HUERTA TOCILDO, SUSANA, “Injerencia y art. 489 bis, 3° CP.”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, enero-abril, 1985, Tomo XXXVIII, Fascículo I, p. 37 y ss.

Problemas fundamentales de los delitos de omisión, Madrid, Ministerio de Justicia Centro de publicaciones, 1987.

JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edic. Corregida, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano González de Murrillo, Madrid, Marcial Pons, 1997.

KAUFMANN, ARMIN, *Dogmática de los delitos de omisión*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

MITSCHE, WOLFGANG, “Prestación de auxilio incompleta como hecho punible”, en *Derecho Penal Contemporáneo*, n° 15, abril-junio de 2006, trad. de Marcelo Sancinetti y Glenda Vidarte, edit. Legis, Bogotá Colombia, 2006.

MOLINA, GONZALO JAVIER, “El delito de abandono de personas en el Código Penal argentino. Su relación (como delito de peligro) con los delitos de lesión”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis Nexis, Bs. As., nov. de 2006, p. 2085.

“La teoría de la imputación objetiva como criterio de solución a viejos problemas en el Código Penal argentino. Aplicación de la teoría en el ámbito de la injerencia, el estado de necesidad justificante y el abandono de personas”, en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Lexis Nexis. Bs. As., 2006-1-17.

“LA CONSTITUCIONALIDAD de los delitos de omisión impropia en el código penal argentino”, en *Revista de Derecho penal*, Rubinzal Culzoni, 2009-2, p. 597.

NINO, CARLOS S., “¿Da lo mismo omitir que actuar?”, en *La Ley*, 1979 “C”, p. 801.

NOVOA MONREAL, EDUARDO, “Los delitos de omisión”, en *Doctrina Penal*, Bs. As. Depalma, Año 6, Enero-marzo 1983, N° 21, pág. 19.

Fundamentos de los delitos de omisión, Bs. As., Depalma, 1984.

PESSOA, NELSON R, “En torno a la constitucionalidad de los tipos omisivos impropios en el derecho penal argentino”, en Buompadre, Jorge Eduardo, (Coordinador y director) *Derecho Penal y Procesal Penal. Homenaje*

a Carlos Contreras Gómez, Bs. As., Abeledo Perrot, 1997.

QUINTERO, MARÍA ELOÍSA, "El delito de omisión desde una perspectiva normativista. Consideraciones en torno a la polémica sobre delitos impropios de omisión y principio de legalidad", en *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Eduardo Montealegre Lynett (Coordinador), Universidad externado de Colombia. 2003. T. II. p. 173.

"Omisión Vs. Acción. Responsabilidad por la conducta omisiva", en *El pensamiento de Günther Jakobs. El Derecho Penal del siglo XXI*. P. 283 y ss., Ediciones jurídicas cuyo, Mendoza.

RIGHI, ESTEBAN, "Delitos omisivos equivalentes a la comisión activa", en *Nueva Doctrina Penal 2001/A*, Bs. As., Del Puerto, 2001.

Derecho Penal. Parte General, Bs. As., Lexis Nexis, 2007.

ROXIN, CLAUDIUS, "Causalidad y posición de garante en los delitos de omisión impropia", en *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Madrid, Edisofer, 2008, t 2.

"En el límite entre comisión y omisión", en *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Reus, 1976.

SANCINETTI, MARCELO A, *Casos de Derecho Penal. Parte general*, Bs. As., Hammurabi, 2005, t 1 y 3.

Dogmática del Hecho Punible y Ley penal, Bs. As., Ad-Hoc, 2003.

SCHÜNEMANN, BERND, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS M, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Montevideo, B de F., 2° edic. actualizada. 2003.

El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales, Barcelona, J.M.Bosch Editor, 1997.

"La comisión por omisión y el nuevo código penal español", en *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Bs. As., Ad-Hoc, 1998, pág. 73.

SMOLIANSKI, RICARDO D, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Bs. As., Ad-Hoc, 2005.

STRUENSEE, EBERHARD, "Exposición y abandono de personas", en *Problemas capitales del derecho penal moderno*, Günther Jakobs-Eberhard Struensee, edit., Bs. As., Hammurabi, 1998, p. 81.

ZAFFARONI, EUGENIO R., ALAGIA, A., SLOKAR A., *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2000.

ZAFFARONI, EUGENIO R., "QUI PEUT ET N'EMPÊCHE PÈCHE, PERO NO DELINQUE, (Acerca de la inconstitucionalidad los tipos omisivos impropios no escritos)", en *En torno de la cuestión penal*, Montevideo, B de F., Colección Maestros del Derecho Penal, N° 18.

Delitos de Peligro: límites a su legislación

FRANCISCO EMMANUEL NESSIER⁽¹⁾



1. Introducción

En el presente trabajo analizaré las opiniones de diversos doctrinarios de alto prestigio, respecto de los delitos de peligro abstracto tratando de arribar a una idea clara de su naturaleza. También me referiré a las oposiciones que han argumentado algunos de dichos autores, en referencia a su inclusión al ordenamiento jurídico penal, tanto a nivel nacional como también juristas alemanes del siglo pasado. Luego hablaré de los límites que, personalmente, creo tiene el legislador a la hora de punir una **acción** como **de peligro abstracto**, límites estos que no son otra cosa que la **libertad** de los individuos.

Es necesario recordar las palabras de Soler⁽²⁾ al decir que

“sea cual sea la infracción que se tome como ejemplo, ésta siempre constituirá la tutela de un bien jurídico, y por lo tanto, la comisión del delito representará una efectiva lesión a un bien jurídico. Así dentro de la esfera de las figuras que protegen la vida encontramos el disparo de arma, con lo cual se pone de manifiesto que el derecho, además de tutelar el bien jurídico *vida*, eleva también a esa jerarquía a la seguridad de las personas, y por eso, además de prohibir la destrucción de la vida,

(1) Universidad Católica de Santa Fe.

(2) SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1976, t. II, pp. 158-160.

prohíbe el mero hecho de *ponerla en peligro*, la acción de hacer correr grave riesgo a determinada persona”,

de lo que se deduce que ese aumento de protección de determinados bienes jurídicos lleva muchas veces a la creación de tipos de peligro abstracto, pero, lógicamente, esa tipificación de conductas debe tener un límite para no perjudicar la libertad de los individuos donde no hay peligro para ningún bien jurídico.

Pasemos ahora al análisis del tema.

2. El delito de peligro abstracto en la doctrina

Según Mezger⁽³⁾ en el delito penal “no es importante solamente la lesión, sino también el peligro que pueden correr los bienes jurídicos. Hay acciones y personas que se consideran peligrosas”. Pero, a los efectos del presente trabajo solo nos interesan las acciones peligrosas.

Tradicionalmente, los doctrinarios han dividido los delitos de daño de los delitos de peligro, subdividiendo a su vez estos en “delitos de peligro concreto, en los que el bien jurídico debe haber sufrido un riesgo real de lesión, y delitos de peligro abstracto, en los que ese riesgo real no es necesario” dice Bacigalupo,⁽⁴⁾ y más adelante agrega: “es suficiente la comprobación de la acción”.

Por tanto, afirma Fontán Balestra,⁽⁵⁾ “en los delitos de peligro abstracto, lo típico es la realización de una *acción idónea* para causar peligro”; en el mismo sentido Creus⁽⁶⁾ dice “tiene *idoneidad* para amenazar el bien jurídico protegido, aunque el peligro no se hubiese corrido efectivamente en el caso concreto”. En ellos, nos dice Mezger⁽⁷⁾ “tal peligro se presume como motivo establecido por el legislador y, por consiguiente, no aparece especialmente en el tipo” penal. Creus⁽⁸⁾ opina acertadamente

(3) MEZGER, EDMUND, *Derecho Penal libro de estudio. Parte General*, 6ta. ed., Bs. As., Din, 1989, pp. 127-150.

(4) BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal Parte General*, 2da. ed., Bs. As., Hammurabi, 1999, pp. 232-234, 312.

(5) FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Tratado de Derecho Penal*, 2da. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, t. I, 1995, p. 491.

(6) CREUS, CARLOS, *Sinopsis del Derecho Penal Parte General*, Rosario, Zeus, 1977, p. 71.

(7) MEZGER, EDMUND, *op. cit.*

(8) CREUS, CARLOS, *Derecho Penal. Parte General*, 5ta. ed., Bs. As., Astrea, 2004, p. 161.

que “en ellos el legislador considera que la acción en sí constituye ya un peligro para el bien jurídico, aunque no se acredite que lo haya corrido efectivamente”.

En palabras de Fontán Balestra⁽⁹⁾ se consuma con solo “crear la posibilidad de peligro para un bien tutelado por la ley penal”.

Conviene aclarar que **peligro** es la “posibilidad inmediata de un resultado perjudicial”,⁽¹⁰⁾ o, en otras palabras, “riesgo de un mal, daño o perjuicio”.⁽¹¹⁾

Dice Núñez⁽¹²⁾ que el peligro es

“la amenaza de daño para el bien protegido por la ley. La amenaza de daño no es la simple posibilidad de que el daño suceda, pues para hablar de una amenaza no basta que la producción de un mal no sea imposible. La amenaza constituye el peligro, es la posibilidad de que el daño se produzca como consecuencia de la situación de peligro creada por el comportamiento del autor. Esta probabilidad existe si esa es una consecuencia que se produce normalmente”;

es decir la **idoneidad** de que hablan los autores precitados.

“La peligrosidad general de la acción”—según Mezger—⁽¹³⁾ da lugar a la sanción penal y puede aplicarse el castigo aún en el caso de que no se haya producido *in concreto* peligro especial alguno”. En palabras de Bacigalupo,⁽¹⁴⁾ “el tipo se agota en la realización de la acción”. De lo expuesto, concluyo que los delitos de peligro abstracto son aquellos en los que se penaliza una **acción idónea para amenazar al bien jurídico protegido**, aún sin resultado dañoso ni peligrosidad de daño al mismo, sino que está peligrosidad es una *praesumptio juris et de jure* creada por el legislador.

(9) FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *op. cit.*

(10) MEZGER, EDMUND, *op. cit.*

(11) OSSORIO, MANUEL, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Bs. As., Heliasta, 1999, p. 733.

(12) NUÑEZ, RICARDO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ta. ed., Córdoba, Marcos Lerner, 1999, p. 147.

(13) MEZGER, EDMUND, *op. cit.*

(14) BACIGALUPO, ENRIQUE, *op. cit.*

3. Oposición a su inclusión a la legislación penal

Autores de altísimo prestigio se han opuesto a la inclusión de esta categoría de delitos al ordenamiento jurídico penal mediante argumentos muy interesantes, a los que haré referencia a continuación.

Se ha dicho en lo expuesto anteriormente que “el peligro abstracto es presumido por la ley”⁽¹⁵⁾ y si bien Mezger⁽¹⁶⁾ expresa que “el mero peligro representa un resultado”, no debemos perder de vista que al referirnos al peligro abstracto, y no al peligro concreto, no existe peligro para el bien jurídico, sino posibilidad de peligro como veremos a continuación.

Zaffaroni⁽¹⁷⁾ expresa que “en las últimas décadas, con el pretexto de que vivimos en una sociedad de riesgos, se multiplican en el mundo los tipos de peligro que adelantan el momento consumativo a etapas muy previas a la lesión”. Más adelante agrega que “sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro (...) en estos últimos, siempre debe haber existido una situación de peligro de lesión en el mundo real”; así surge a las claras que para el citado autor, no es correcto que se incluyan los delitos de peligro abstracto al Derecho Penal; a su vez dice que “en cada situación concreta debe establecerse si hubo o no peligro para el bien jurídico y, en caso negativo no es admisible la tipicidad objetiva”, y como ya expresé al ser la peligrosidad de la acción una presunción *juris et de jure*, no existe la posibilidad de valoración de la peligrosidad de la acción para el caso particular.

Respecto de este último punto, expresa Bacigalupo⁽¹⁸⁾ que “en estos delitos no solo se debe comprobar la realización de una acción que supere los límites del peligro permitido. Además, se requiere que la acción haya representado un peligro para un determinado bien jurídico”.

Este problema tan crucial, como lo es el hecho de que la acción del sujeto ponga o no en peligro un bien jurídico determinado, no es tema nuevo de discusión en la doctrina, ya que como veremos a continuación, hace aproximadamente ochenta años era postulado por los doctrinarios alemanes.

(15) NUÑEZ, RICARDO, *op. cit.*

(16) MEZGER; EDMUND, *op. cit.*

(17) ZAFFARONI, EUGENIO; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2006, pp. 374-376.

(18) BACIGALUPO, ENRIQUE, *op. cit.*

Como he dicho en repetidas oportunidades, la peligrosidad de la acción "se presupone como motivo establecido por el legislador"⁽¹⁹⁾ *juris et de jure*. Esta presunción al no permitir que se realice un juicio de valoración respecto de la peligrosidad de la acción en el caso particular, nos pone frente a la duda respecto de si ésta no es una arbitrariedad, ya que parece ser más una regla de conducta u obediencia a la ley por el solo hecho de obedecer, aunque ningún bien jurídico se encuentre en **peligro** de ser dañado. Al respecto dice von Hippel⁽²⁰⁾ "la sanción de verdaderas desobediencias puras, que no contienen de ninguna manera una puesta en peligro de los bienes jurídicos sería un descarrilamiento del legislador". Pero ya unos pocos años antes Binding⁽²¹⁾ objetaba esta categoría de delitos a la que consideraba como "*de pura desobediencia*". Las objeciones de Binding atacaron en primer término la presunción de peligro contenida en los delitos de peligro abstracto, dice Binding: "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 *praesumptio juris et de jure* respecto de la peligrosidad del comportamiento: este no sería peligroso en concreto, sino abstractamente".⁽²²⁾

Para Beling⁽²³⁾ tales delitos "carecen de toda existencia justificada", en su opinión habrá delito de peligro abstracto "cuando la ley penal sanciona una acción en virtud de peligro que ésta normalmente representa, incluso en el caso de que no haya sido peligrosa *in concreto*, de tal manera que el juez, naturalmente, no necesita comprobar una puesta en peligro, e inclusive la clara prueba de la carencia de peligrosidad de la acción no excluirá la aplicación de la ley penal". De lo expuesto concluye el citado autor, que los delitos de peligro abstracto no serían sino "*tipos sin lesión y sin peligro*".

De lo analizado en este apartado concluyo diciendo que estos autores se oponen a una *praesumptio juris et de jure* de la peligrosidad de la acción, y ponen énfasis en la necesidad de una valoración de la acción particular para determinar así si existió o no peligro para el bien jurídico protegido; y

(19) MEZGER, EDMUND, *op. cit.*

(20) VON HIPPEL, "Deutsches Strafrecht", Citado por BACIGALUPO, ENRIQUE, *op. cit.*

(21) BINDING, "Die Normen und ihre Übertretung". Citado por BACIGALUPO, ENRIQUE, *op. cit.*

(22) BACIGALUPO, ENRIQUE, *op. cit.*

(23) BELING, "Die Lehre vom Verbrechen". Citado por BACIGALUPO, ENRIQUE, *op. cit.*

la exclusión de la pena cuando se compruebe una "absoluta imposibilidad de surgimiento de peligro".⁽²⁴⁾

4. La seguridad jurídica, la acción y su tipificación

Conviene aclarar primeramente que la Seguridad Jurídica es una

"condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran. Representa la garantía de la aplicación de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o mala voluntad de los gobernantes puedan causarles perjuicio. A su vez, la seguridad jurídica limita y determina las facultades y los deberes de los poderes públicos".⁽²⁵⁾

En palabras de Marquardt,⁽²⁶⁾ "la seguridad jurídica es la resultante de un *complejo normativo* que permite establecer y delimitar, de manera clara y precisa, las atribuciones de los órganos del Estado y los derechos y deberes de cada uno de los súbditos del ordenamiento jurídico".

En este apartado me referiré especialmente a la delimitación de los derechos y deberes del individuo que el Derecho Penal, en tanto que es parte del **complejo normativo**, establece y delimita al crearse el tipo penal, poniendo una acción.

"Desde el punto de vista legal" —dice Placencia Villanueva—⁽²⁷⁾ "el concepto de acción *debe excluir de antemano aquellas formas de comportamiento que en ningún caso pueden poseer relevancia jurídico-penal*".⁽²⁸⁾

Al Derecho Penal "solo le interesan los comportamientos humanos que desencadenen una modificación externa o interna prevista dentro de la ley, excluyendo así otro tipo de acciones jurídicamente irrelevantes".⁽²⁹⁾

(24) BACIGALUPO, ENRIQUE, *op. cit.*

(25) OSSORIO, MANUEL, *op. cit.*

(26) MARQUARDT, EDUARDO H., *Temas básicos del Derecho Penal*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1977, pp. 11-22.

(27) PLACENCIA VILLANUEVA, RAÚL, *Teoría del delito*, México, Universidad Autónoma de México, 2004, pp. 51-52 y 57.

(28) JESCHECK, HANS, *Tratado de Derecho Penal*, citado por PLACENCIA VILLANUEVA, RAÚL, *op. cit.*

(29) RODRÍGUEZ DE VESA, JOSÉ MARÍA, *Derecho Penal Español. Parte General*, citado por PLACENCIA VILLANUEVA, RAÚL, *op. cit.*

Algunos autores han definido la acción penal como “hacer aquello que no se debe (*facere quod non debeat*)”.⁽³⁰⁾ También diversas teorías como por ejemplo la idea **bismarkiana** que hablaba del “deber de obediencia al Estado, sostenida por Binding; o también la concepción autoritaria del Estado nacional-socialista”.⁽³¹⁾ Sin embargo —adelanto desde ya—, que al aceptar estas opiniones literalmente, se corre el gravísimo riesgo de aceptar la tipicidad del peligro de delito abstracto cuando ésta represente una mera desobediencia pura.

Según la concepción tradicional “la acción es un comportamiento humano dependiente de la voluntad (voluntario), que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior”⁽³²⁾ y “consecuencia puede consistir tanto en el simple movimiento corporal, como la suma de éste y el resultado material que se ocasiona”.⁽³³⁾ En el primer caso, estaríamos frente a los delitos de peligro (tanto concretos como abstractos).

Dice Marquardt al hablar del delito como acción “su característica más importante es consistir siempre en un hecho externo que lesiona o pone en peligro ciertos bienes”.

El citado autor es claro al expresar que la “exacta descripción legal de la acción se combina con la exigencia de que dicha acción debe afectar concretamente un bien jurídico”— ponerlo en peligro— “para poner un límite a las posibles arbitrariedades de los órganos de aplicación del derecho”.⁽³⁴⁾

Como más adelante mostraré, el límite legal al *ius puniendi* en los delitos de peligro abstracto, se encuentra en el art. 19 CN y la violación de ésta norma crea inseguridad jurídica en la materia analizada en el presente trabajo. Sin embargo, ante la ley el individuo debe cumplir, y al no ser éste quien la crea y/o modifica, ve injustamente coartada su libertad cuando las arbitrariedades del legislador incumplen la respectiva norma constitucional.

Para finalizar este apartado diré que, como ha quedado claro en lo expuesto, la acción en el delito de peligro abstracto es de **mero movimiento**

(30) ROSAL, JUAN DEL., *Tratado de Derecho Penal Español*, citado por PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL, *op. cit.*

(31) MARQUARDT, EDUARDO H., *op. cit.*

(32) JESCHECK, HANS, *op. cit.*, Citado por PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL, *op. cit.*

(33) PLASCENCIA VILLANUEVA, RAÚL, *op. cit.*

(34) MARQUARDT, EDUARDO H., *op. cit.*

corporal, aún sin existencia de peligro alguno ya que este es presupuesto. También es importante adelantar que esta presunción generalmente crea inseguridad jurídica, al estar prohibida una acción que no afecta ni pone en peligro bienes jurídicos.

5. El art. 19 de la Constitución Nacional

La primera primera parte del art. 19 CN dice: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados".

Creus⁽³⁵⁾ dice que esta norma "asegura una zona de libertad que *no puede ser reducida por la ley*" ya que "limita la potestad (...) de prohibir", es decir que limita el *ius puniendi* del Estado. Pero es necesaria por parte del individuo una "actitud responsable".⁽³⁶⁾

"La protección jurídica que, según el art. 19 CN, debe prestarse al hombre, refiere concretamente a dos aspectos: 1) el denominado *forum internum*, el mundo interior del hombre y las acciones que no exteriorizan, y 2) las acciones y actos personales que trascienden al exterior y que pueden ser conocidos por terceros, mientras no afecten al orden social, la moral pública, ni los derechos de los demás".

Respecto a la determinación de estos tres límites dice De Ruiz⁽³⁷⁾

"a) el orden público es el interés general (el bien común); b) la moral pública está regulada por las costumbres sociales, por las formas de vida aceptadas por la comunidad; c) perjuicio a terceros significa que una acción privada deja de serlo si causa daño a los demás", [y agrega] "solo la ley puede deslindar lo público de lo privado, y para ello el legislador debe atenerse a pautas de razonabilidad (...) criterios de prudencia, sentido común, etc."

(35) CREUS, CARLOS, *op. cit.*

(36) ZARINI, HELIO J., *Constitución Argentina comentada y concordada*, Bs. As., Astrea, 2001, p. 106.

(37) DE RUÍZ, MARTA, *Manual de la Constitución Nacional*, Bs. As., Heliasta, 1997, p. 293.

Las acciones realizadas por los hombres en su intimidad, al igual que sus pensamientos y opiniones son protegidos por este artículo, ya que la Constitución Nacional crea o mejor dicho, permite a los individuos “un espacio mínimo a su libertad”,⁽³⁸⁾ siempre y cuando no ofendan con su actuar **al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero**. “El problema surge cuando nos enfrentamos con las exteriorizaciones en hechos”⁽³⁹⁾ fuera de esa esfera de la privacidad.

Por lo pronto podemos afirmar que las acciones realizadas en la intimidad del individuo, con la salvedad expresada en el artículo de referencia, no pueden ser tipificadas por el legislador. Como ha resultado en el caso de la tenencia de estupefacientes para consumo personal, fallo “Arriola, Sebastián y otros s/Causa n° 9080” dicha penalización es “inconstitucional por invadir el ámbito de reserva de la persona humana protegido por el art. 19 CN”, ya que dicha acción “no pone en riesgo bienes o derechos de terceros”;⁽⁴⁰⁾ así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Dice Ekmekdjian⁽⁴¹⁾ “no puede haber una república fundada en un sistema opresivo que desconozca la intimidad de sus habitantes” y más adelante, citando a la CSJN en los casos Bazterrica y Capalbo de 1986, dice “la citada norma constitucional *prohíbe al legislador afectar la esfera privada, la cual debe entenderse no como la de las acciones que se realizan en la intimidad, sino como aquellas que no ofendan al orden o moralidad públicas ni perjudiquen a terceros*”. Si bien esta jurisprudencia más tarde se dejó sin efecto en el caso Montalto, al considerar como no inconstitucional la penalización de tenencia de estupefacientes para consumo personal (hoy en día vuelta a considerar inconstitucional), establece una perspectiva diferente al ampliar la interpretación del art. 19 respecto de la esfera privada, *no solo las acciones que se realizan en la intimidad*. “Si bien el límite de la intimidad (el orden, la moral pública y los derechos de terceros) queda fijado al legislador, éste no puede

(38) EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL, *Manual de la Constitución Argentina*, 4ta. Ed., Bs. As., Depalma, 1999, pp. 5-9.

(39) CAYUSO, SUSANA G., *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Bs. As., La Ley, 2009, pp. 144-151.

(40) ALBRECHT, HERNÁN, “Despenalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Comentario y análisis del fallo de la CSJN: Arriola, Sebastián y otro s/Causa n° 9080 (25/08/09)”. *Revista FORO de práctica profesional*, Santa Fe, año II n° 6, 2009, pp. 46-50.

(41) EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL, *op. cit.*

prohibir conductas que no interfirieran con la moral colectiva, so pena de convertir en una tautología al art. 19".⁽⁴²⁾ Por tanto, "tales limitaciones genéricas deben ser definidas por el legislador, que ha sido facultado por la Constitución para interpretar la moralidad pública". Parafraseando a Ekmekdjian, y adhiriéndome a su opinión, digo que el Estado debe respetar la intimidad de los individuos, no buscando ciudadanos buenos a costas de coartar su libertad, sino solamente cuando en uso de ésta efectivamente se ponen en peligro los bienes jurídicos protegidos por el art. 19 CN, cuidando por todos los medios de no ser arbitrarios, ni presumir peligrosidad en acciones, sino evaluarlas o, mejor dicho, permitir su evaluación por los tribunales en el caso concreto.

6. El peligro permitido

Donna⁽⁴³⁾ al hablar de la teoría del riesgo permitido dice

"no hay duda de que ciertos actos del hombre aumentan el riesgo de causar daño al bien jurídico, pero dichas actividades están permitidas por el orden jurídico; por ejemplo, las actividades deportivas riesgosas (automovilismo, boxeo, rugby, etc.) o las actividades profesionales peligrosas (minería, edificación operaciones de alto riesgo, etc.). En estos casos tal adecuación se transforma (se alteran los márgenes de la previsibilidad objetiva) y se habilita al hombre prudente para llevar a cabo esas conductas dentro de ciertos límites, en la medida en que al ponerlas en práctica observe las pautas (deberes objetivos de cuidado) impuestas precisamente, para disminuir el peligro de aparición de tales resultados, de manera que, así efectuados, cuando estos aparecen no se puede imputar objetivamente a los autores el comportamiento que los ha causado".

Por su parte Jackobs⁽⁴⁴⁾ dice al respecto "*cualquier contacto social entraña un riesgo*, incluso cuando todos los intervinientes actúan de buena fe"

(42) EKMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL, *Tratado de Derecho Constitucional*, Bs. As., Depalma, 2001, t. II, pp. 385-386.

(43) DONNA, EDGARDO A., *Teoría del delito y de la pena*, Bs. As., Astrea, 1995, p. 46.

(44) JACKOBS, GÜNTER, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 1977, pp. 43-68.

más adelante, en su desarrollo de la temática da los siguientes ejemplos “a través de un apretón de manos puede transmitirse, a pesar de todas la precauciones, una infección (...) un alimento que alguien ha servido puede estar en mal estado sin que sea posible percatarse de ello”, y agrega “esta trivial constatación no conduce, sin embargo, a la conclusión de que esos contactos sociales deben ser evitados”. “Puesto que una sociedad sin riesgos no es posible y nadie se plantea seriamente renunciar a la sociedad, una garantía normativa que entrañe la total ausencia de riesgos no es factible; por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediamente tolerado, como *riesgo permitido*”.

El citado autor opina que la sociedad “no es un mecanismo para obtener la protección de bienes, sino un contexto de interacción”, por tanto como ya se ha explicado, dentro de esa interacción se corren riesgos, necesarios a mi entender. Y al referirse a los delitos de peligro expresa que “a través del establecimiento de la prohibición de la puesta en peligro —que cuando menos es de carácter abstracto—, el comportamiento queda excluido del ámbito de lo socialmente adecuado, y se define como perturbación de la vida social; esto acontece por la simple realización de un comportamiento así configurado sin tener en cuenta el resultado que se produce” luego agrega que “la prohibición de la puesta en peligro abstracta discrimina un determinado tipo de comportamiento y no un determinado nivel de riesgo” es decir que “existen comportamientos no permitidos en función del tipo de comportamiento”.

Más adelante continúa diciendo que “pueden haber tantas permisiones de riesgo diferentes como roles distintos haya en los que se pueda administrar el riesgo de modo socialmente adecuado” es decir, casos donde puede haber un *deber* de conocer, por ejemplo un médico.

De lo expuesto concluyo en que se pueden distinguir tres tipos de **peligro permitido**, por un lado los legislados, es decir aquellas acciones regladas por la ley como por ejemplo las nombradas por Donna, es decir deportivas y profesionales; por otro lado, aquellas de las cuales es imposible legislar, como puede ser la infección de una enfermedad, o la comida en mal estado de los ejemplos dados por Jackobs; y, por último, las permitidas tácitamente, verbigracia no regladas. A éstas me referiré a continuación.

Podemos decir que “la vida social no puede organizarse sin una permisión de riesgos”.⁽⁴⁵⁾ Como ya adelantara, mi opinión es a favor de la permisión de riesgos ya que consecuencia lógica de ésta es la mayor libertad de los individuos. Y también me referí a peligros no reglados, para clarificar este punto daré el siguiente ejemplo: un matrimonio almuerza mientras mantienen una fluida conversación, para alimentarse **utilizan** lógicamente cubiertos (cuchillo y tenedor); **al permitir el uso** de los mismos se está permitiendo un **peligro**, ya que esa conversación puede transformarse en una discusión y el cuchillo utilizarse para agredir un individuo al otro. Nadie pensaría en su sano juicio en prohibir el uso de cubiertos, por el peligro abstracto que eso implica. Otros ejemplos de elementos peligrosos podrían ser: aceite o agua hirviendo, lapiceras, tijeras y herramientas, botellas, etc. Pero aquí ya nos estamos refiriendo a elementos de que se puede servir una persona para agredir a otra; sin embargo la prohibición de **tenencia** de armas de guerra sin debido permiso o también la **portación** de armas, ejemplo dado por Soler,⁽⁴⁶⁾ implicaría una **presunción de peligro abstracto**, que estos elementos anteriormente nombrados en mis ejemplos no poseen, pero no es el elemento, sino la **acción de tenerlos o portarlos** lo que pena el delito de peligro abstracto por considerar esas acciones peligrosas.

Como expresé a lo largo de este trabajo el delito de peligro abstracto pena una **acción** y ésta es presumida *juris et de jure* como peligrosa por el legislador, cuando esta no es tipificada hay **peligro permitido** si la acción entraña o puede entrañar un peligro para un bien jurídico determinado que, a mi entender, puede ser reglado o no reglado sea por aceptación tácita o por imposibilidad de su anticipación.

7. Conclusión

A modo de síntesis de lo expuesto diré:

1. El delito puede dividirse en delitos de daño y de peligro, y a su vez esté en peligro concreto y peligro abstracto. Como expresé en el apartado 2), el legislador toma una **acción** que según su entender entraña un peligro potencial y la tipifica. Entonces los delitos de peligro abstractos son **acciones tipificadas** en virtud del peligro potencial que entrañan generalmente, este peligro (como dije reiteradamente) es una *praesumptio juris et de jure* creada por el legislador.

(45) JACKOBS, GÜNTER, *op. cit.*

(46) SOLER, SEBASTIÁN, *op. cit.*

2. La principal crítica que hace la doctrina es que al ser la peligrosidad de la acción una presunción que no admite prueba en contrario, el juez no puede valorar la peligrosidad de dicha acción en el caso particular. Además, suele ocurrir que esta creación de delito de peligro abstracto es violatoria de la libertad de los individuos sin un fundamento valedero, es decir, sin que realmente el resultado habitual o **idóneo** de la misma ponga en peligro un bien jurídico, o mejor dicho, en **peligro de peligro**; en estos casos, como dije en el apartado 3), sería una pura desobediencia de la ley, una ley cuya violación no produce lesión ni peligro en el bien jurídico **protegido**.
3. En el apartado 4) hablé de la seguridad jurídica. La existencia de seguridad jurídica da al individuo el alcance y límite de sus derechos y deberes y también los del poder del Estado, dicho en otras palabras: el ordenamiento jurídico delimita los derechos y deberes de ambos, Estado y súbditos. Me referí especialmente a la delimitación de los derechos y deberes del individuo que el Derecho Penal, en tanto parte de **complejo normativo**, establece y limita al crearse el tipo penal, puniendo una acción. También hablé de la tipificación de los delitos de peligro en tanto que acciones de **mero movimiento corporal**.
4. El art. 19 CN es tratado en el apartado 5), y personalmente lo considero el límite legal más importante con que se encuentra el legislador, y debe cumplirlo *so pena* de declaración de inconstitucionalidad de la norma violatoria. Allí analicé los alcances de ésta norma fundamental, refiriendo escuetamente a ciertos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y autores constitucionalista de prestigio, sacando la conclusión de que la norma no solo se limita a la esfera íntima del individuo, sino también, a la trascendencia de ésta en su actuar, siempre y cuando no exceda los límites expresados en dicha norma.
5. Del peligro permitido, que analicé en el último apartado, concluí diciendo que a mi entender existen tres tipos de **peligro permitido**: a) previsto por el legislador y reglado; b) imprevisible; c) tácitamente permitido, estos dos últimos no reglados. En los **tácitamente permitidos** (denominación creada por mí a los efectos de otorgarles un nombre), el legislador no los regla, pero podría hacerlo, y tomando el ejemplo dado, podría prohibir el uso de cubiertos para comer, por la posibilidad potencial de que sean utilizados para agredir. Pero no lo hace, no por no considerarlo potencialmente peligroso, sino porque generalmente no se presenta como peligro abstracto, por tanto está tácitamente permitido su uso en la cocina. Permitir un peligro evidentemente no significa descategorizarlo como tal, sino confiar en que los individuos no lo van a usar con fin ilícito, es decir da libertad al individuo. Resultaría, por otra parte arbitrario su prohibición ya que no entrañan **generalmente** un peligro, pero, como dije, la posibilidad de peligro está. Y es esta última valoración de vital importancia en el tema tratado ya que, como explicaré más adelante, la expresión **generalmente** es indispensable para decidir si se debe o no tipificar una **acción**.

De lo expuesto concluyo que los límites que a mi entender tiene el legislador a la hora de tipificar una acción como **de peligro abstracto** son:

Artículo 19 CN: el legislador debe evitar por todos los medios entrometarse en las acciones privadas de los individuos y, salvo casos realmente necesarios, donde considere que la acción pone potencialmente en peligro un bien jurídico, tipificarla; pero si esta conducta no pone en peligro al bien jurídico ni siquiera potencialmente, debe abstenerse de punirla, ya que esto consistiría una arbitrariedad, y la norma sería inconstitucional.

Peligro permitido, o mejor dicho, respeto de la libertad del individuo, cuando una acción siendo peligrosa no traiga como resultado **generalmente** riesgoso para el bien jurídico; en otras palabras, si una acción generalmente no puede poner en peligro un bien jurídico, abstenerse de tipificarla. Es necesario recordar que el permitir el desarrollo libre de las acciones del individuo aumenta su libertad, y si esta es ejercida responsablemente, las posibilidades de peligro disminuyen; por eso más arriba dije que la libertad y su ejercicio exigen responsabilidad al individuo.

Sintetizando diré que la libertad del individuo y su respeto es el límite con que se encuentra el legislador, el cual debe evitar legislar sobre **acciones de peligro abstracto**, salvo que estas acciones realmente puedan derivar en un peligro para un bien jurídico importantísimo como lo sería la vida. Pero nunca exceder innecesariamente la esfera de intimidad de la persona. Solo en casos excepcionalísimos puede aceptarse un **tipo** de peligro abstracto, pero siempre y cuando como he dicho sea **idóneo para poner en peligro y su consecuencia general**.

Por otro lado, diré que la peligrosidad de la acción no debe ser una presunción *juris et de jure*, sino una *praesuntio juris tantum* ya que el resultado de la acción es generalmente la puesta en peligro, pero no siempre lo coloca en peligro, y una presunción que no admita prueba en contrario significaría una arbitrariedad, si no existió tal posibilidad.

Debemos recordar que la ley, si bien debe ser cumplida, debe crearse para bien de los individuos y un mejor desarrollo, organización y fortalecimiento de la sociedad y no como normas de conducta u obediencia al Estado *per se*. El legislador observando las necesidades sociales (como lo es la seguridad de las personas), puede restringir la libertad de los individuos pero solo cuando es necesario para proteger un **bien superior**, caso

contrario debe permitir las acciones libres de los individuos aunque estas puedan ocasionar un peligro, ya que como se ha dicho, una sociedad sin riesgos es impensable e imposible.

El legislador, para evitar la puesta en peligro de un bien jurídico, crea tipos de peligro tanto abstracto como concreto, y en mi opinión, si se considera necesario protegerlo, siempre y cuando se respete la libertad y dignidad de los individuos, y haya un verdadero peligro para un bien jurídicamente superior, es correcta la tipificación para su protección.

El legislador debe poner en una balanza los bienes jurídicos protegidos por un lado, y por el otro la libertad, dignidad, intimidad, derechos y garantías otorgados por la Constitución Nacional a los individuos, y conforme a ello optar por sancionar o no una acción. Si esta importantísima función es cumplida con prudencia y sentido común, estaremos frente a una verdadera norma justa.

8. Resumen

Luego de analizar las opiniones de diversos doctrinarios de alto prestigio respecto de los delitos de peligro abstracto y tratando de arribar a una idea clara de su naturaleza, me referí a las oposiciones que han argumentado algunos de dichos autores, en referencia a su inclusión al ordenamiento jurídico penal, tanto a nivel nacional como algunos juristas alemanes del siglo pasado. También hablé de los límites, que personalmente creo, tiene el legislador a la hora de punir una **acción** como **de peligro abstracto**, pero límites estos que no son otra cosa que la **libertad** de los individuos.

En el trabajo arribé a las siguientes conclusiones:

1. El delito puede dividirse en delitos de daño y de peligro, y a su vez esté en peligro concreto y peligro abstracto. Como expresé en el apartado 2), el legislador toma una **acción** que según su entender entraña un peligro potencial y la tipifica. Entonces los delitos de peligro abstractos son *acciones tipificadas* en virtud del peligro potencial que entrañan generalmente, este peligro (como dije reiteradamente) es una *praesumptio juris et de jure* creada por el legislador.
2. La principal crítica que hace la doctrina es que al ser, la peligrosidad de la acción una presunción que no admite prueba en contrario, el juez no puede valorar la peligrosidad de dicha acción en el caso particular. Además, suele ocurrir que esta creación de delito de peligro abstracto es violatoria de la libertad de los individuos, sin un fundamento valedero, es decir sin que realmente el resultado habitual o **idóneo** de la misma ponga en peligro un bien jurídico, o mejor dicho en **peligro de peligro**; en estos casos como dije en el apartado 3) sería

una pura desobediencia de la ley; una ley cuya violación no produce lesión ni peligro en el bien jurídico **protegido**.

3. En el apartado 4) hablé de la seguridad jurídica. La existencia de seguridad jurídica da al individuo el alcance y límite de sus derechos y deberes y también los del poder del Estado, dicho en otras palabras: el ordenamiento jurídico delimita los derechos y deberes de ambos, Estado y súbditos. Me referí especialmente a la delimitación de los derechos y deberes del individuo que el Derecho Penal, en tanto parte de **complejo normativo**, establece y limita al crearse el tipo penal, puniendo una acción. También hablé de la tipificación de los delitos de peligro en tanto que acciones de **mero movimiento corporal**.
4. El art. 19 CN es tratado en el apartado 5), y personalmente lo considero el límite legal más importante con que se encuentra el legislador, y debe cumplirlo so pena de declaración de inconstitucionalidad de la norma violatoria. Allí analicé los alcances de ésta norma fundamental, refiriendo escuetamente a ciertos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y autores constitucionalista de prestigio, sacando la conclusión de que la norma no solo se limita a la esfera íntima del individuo, sino también, a la trascendencia de ésta en su actuar, siempre y cuando no exceda los límites expresados en dicha norma.
5. Del peligro permitido, que analicé en el último apartado, concluí diciendo que a mi entender existen tres tipos de **peligro permitido**: a) previsto por el legislador y reglado; b) imprevisible; c) tácitamente permitido, estos dos últimos no reglados. En los **tácitamente permitidos** (denominación creada por mí a los efectos de otorgarles un nombre) el legislador no los regla, pero podría hacerlo, tomando el ejemplo dado, podría prohibir el uso de cubiertos para comer, por la posibilidad potencial de que sean utilizados para agredir. Pero no lo hace, no por no considerarlo potencialmente peligroso, sino porque generalmente no se presenta como peligro abstracto, por tanto está tácitamente permitido su uso en la cocina. Permitir un peligro evidentemente no significa descategorizarlo como tal, sino confiar en que los individuos no lo van a usar con fin ilícito, es decir da libertad al individuo. Resultaría, por otra parte arbitrario su prohibición ya que no entrañan **generalmente** un peligro, pero como dije, la posibilidad de peligro está. Y es esta última valoración de vital importancia en el tema tratado, ya que la expresión **generalmente** es indispensable para decidir si se debe o no tipificar una acción.

De lo expuesto concluí que los límites que a mi entender tiene el legislador a la hora de tipificar una acción como **de peligro abstracto** son:

Artículo 19 CN, el legislador debe evitar por todos los medios entrometarse en las acciones privadas de los individuos, y salvo casos realmente necesarios, donde considere que la acción pone potencialmente en peligro un bien jurídico, tipificarla; pero si esta conducta no pone en peligro, ni siquiera potencialmente, debe abstenerse de punirla ya que esto consistiría en una arbitrariedad, y la norma sería inconstitucional.

Peligro permitido, o mejor dicho respeto de la libertad del individuo, cuando una acción siendo peligrosa, no traiga como resultado **generalmente** riesgoso para el bien jurídico; en otras palabras, si una acción generalmente no puede poner en peligro un bien jurídico, abstenerse de tipificarla. Es necesario recordar que el permitir el desarrollo libre de las acciones del individuo aumenta su libertad, y si esta es ejercida responsablemente, las posibilidades de peligro disminuyen; por eso más arriba dije que la libertad y su ejercicio exigen responsabilidad al individuo.

Sintetizando dije que la libertad del individuo y su respeto es el límite con que se encuentra el legislador, el cual debe evitar legislar sobre *acciones* de **peligro abstracto**, salvo que estas acciones realmente puedan derivar en un peligro para un bien jurídico importantísimo como lo sería la vida. Pero nunca exceder innecesariamente la esfera de intimidad de la persona. Solo en casos excepcionalísimos puede aceptarse un **tipo** de peligro abstracto, pero siempre y cuando como he dicho sea **idóneo para poner en peligro y su consecuencia general**.

Por otro lado, dije que la peligrosidad de la acción no debe ser una presunción *juris et de jure*, sino una *praesuntio juris tantum* ya que el resultado de la acción es generalmente la puesta en peligro, pero no siempre lo coloca en peligro, y esto significaría una arbitrariedad si no existió tal posibilidad.

Debemos recordar que la ley, si bien debe ser cumplida, debe crearse para bien de los individuos y un mejor desarrollo, organización y fortalecimiento de la sociedad y no como normas de conducta u obediencia al Estado *per se*. El legislador observando las necesidades sociales (como lo es la seguridad de las personas), puede restringir la libertad de los individuos pero solo cuando es necesario para proteger un *bien* superior, caso contrario debe permitir las acciones libres de los individuos aunque estas puedan ocasionar un peligro, ya que como se ha dicho, una sociedad sin riesgos es impensable e imposible.

El legislador para evitar la puesta en peligro de un bien jurídico crea tipos de **peligro** tanto **abstracto** como **concreto**, y en mi opinión si se considera necesario protegerlo, siempre y cuando se respete la libertad y dignidad de los individuos, y haya un verdadero peligro para un bien jurídicamente superior, es correcto la tipificación para su protección.

El legislador debe poner en una balanza los bienes jurídicos protegidos por un lado, y por el otro la libertad, dignidad, intimidad, derechos y

garantías otorgados por la Constitución Nacional a los individuos, y conforme a ello, optar por sancionar o no una acción. Si esta importantísima función es cumplida con prudencia y sentido común, estaremos frente a una verdadera norma justa.



Bibliografía

- ALBRECHT, HERNÁN, “Despenalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. Comentario y análisis del fallo de la CSJN: Arriola, Sebastián y otro s/Causa n° 9080 (25/08/09)”, Revista *FORO de práctica profesional*, Santa Fe, noviembre de 2009, año II n° 6, p. 46-50. Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Hammurabi, 2° edición, 1999, p. 232-234, 312.
- CAYUSO, SUSANA G., *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Bs. As., La Ley, 2009, p. 144-151.
- CREUS, CARLOS, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Astrea 5° edición, 2004, p. 161.
- CREUS, CARLOS, *Sinopsis del Derecho Penal. Parte General*, Rosario, Zeus, 1977, p.71.
- DE RUIZ, MARTA, *Manual de la Constitución Nacional*. Bs. As., Heliasta, 1997, p.293.
- DONNA, EDGARDO A, *Teoría del delito y de la penal*, Bs. As., Astrea, 1995, p. 46.
- EKMEKDJIAN, MIGUEL Ángel, *Manual de la Constitución Argentina*, Bs. AS., Depalma 4° edición, 1999, p. 5, 9, 10.
- EKMEKDJIAN, MIGUEL Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Bs. As., Depalma, 2001, Tomo II, p. 385, 386.
- FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Bs. As., Ed. Abeledo-Perrot 2° edición, Buenos Aires, 1995, Tomo I p. 491.
- JACKOBS, GÜNTER, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 1977, p.43-68.
- MARQUARDT, EDUARDO H, *Temas básicos del Derecho Penal*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1977, p. 11, 22.
- MEZGER, EDMUND, *Derecho Penal libro de estudio Parte General*, Bs. As., Din, 6° edición, 1989, p. 127, 150.
- NUÑEZ, RICARDO, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Córdoba, Marcos Lerner, 4° edición, 1999, p. 147.
- OSSORIO, MANUEL, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Bs. As., Heliasta, 1999, p. 733.
- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *Teoría del delito*, México, Universidad Autónoma de México, 2004, p. 51, 52, 57.
- SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, Bs. As., Ed. Tipográfica Editora Argentina, 1976, Tomo II p 158-160.
- ZAFFARONI, EUGENIO, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Bs. As., Ediar, 2006, p. 374 - 376.
- ZARINI, HELIO J, *Constitución Argentina comentada y concordada*, Bs. As., Astrea, 2001, p. 106.

La simple tenencia de arma de fuego: su inconstitucionalidad múltiple

JAVIER ALEJANDRO OSIO⁽¹⁾

“La elemental racionalidad de cualquier decisión judicial exige que no se prohíba una acción que no lesiona a otro”

Eugenio Raúl Zaffaroni



Para comenzar a hablar de que una cosa tiene determinadas características o efectos, es de perogrullo decir que lo indicado es comenzar por definir la cosa sobre la cual predicaremos tales cualidades. En este caso nos ocupan dos tipos penales que aunque vigentes en la actual ley punitiva, no superarían un test de constitucionalidad por varias razones, básicamente por dos, primero porque se tratan de leyes penales en blanco que son completadas por un decreto emanado del poder Ejecutivo mediante el uso de facultades que no le pertenecen, y segundo porque violan el principio de reserva ya que no sólo no exigen daño alguno para su castigo sino tampoco peligro concreto, bastándole el peligro abstracto.

Debemos confesar que la idea que desarrollaremos no nos pertenece, pero sí compartimos plenamente y nos ha sido actualizada por el Dr. Lorenzetti en su voto en el reciente fallo “Arriola”⁽²⁾ de la CSJN, por lo que

(1) Cátedra de Derecho Penal II de la Universidad Nacional de La Pampa.

(2) CSJN. Fallo del 25/08/2009: A. 891. XLIV. *Recurso de hecho: Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080.*

nos ha despertado el interés por escribir al respecto, trasvasando los argumentos sostenidos por ese Ministro en relación a la tenencia de estupefacientes para consumo personal a otros tipos penales, en este caso la tenencia de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal (art. 189 bis, cuarto párrafo, del Código Penal) y la tenencia de arma de guerra sin la debida autorización legal (mismo artículo, quinto párrafo) y radiografiar tales figuras zaffaronianamente —si se me permite el término—.

1. Disposición legal de los tipos penales en cuestión y relación con otros

El cuarto párrafo del antiguo art. 189 *bis* del Código Penal punía la simple tenencia de armas de guerra o de materiales que definía en su primer párrafo —bombas, materias o aparatos capaces de liberar energía nuclear, materias explosivas, inflamables, asfixiantes o tóxicas, o sustancias o materiales destinados a su preparación, sin la debida autorización legal—, pero el 14 de abril del año 2004, en pleno auge del blumbergismo —léase pan-penalismo, punitivismo, campaña de ley y orden— se modificó todo el art. 189 *bis*, avanzando aún más en el adelantamiento de la punición de conductas que no llegan a ser lesivas ni peligrosas en términos concretos, ya que incluyó la tenencia de arma de fuego de uso civil, quedando en definitiva los párrafos primero y segundo del inc. 2 de dicho texto legal redactados de la siguiente manera por la ley 25.886: “La simple tenencia de armas de fuego de uso civil, sin la debida autorización legal, será reprimida con prisión de 6 (seis) meses a 2 (dos) años y multa de mil pesos (\$ 1000) a diez mil pesos (\$10.000)” y “Si las armas fueran de guerra, la pena será de dos (2) a seis (6) años de prisión”, respectivamente.

Como podrá verse, la pena que se prevé para estas figuras que, a nuestro criterio, no causan siquiera peligro concreto, en el caso de la tenencia de arma de fuego de uso civil supera a la prevista para las lesiones leves y algunas graves (arts. 89 y 90 del CP), el hurto (art. 162 del CP), el daño (art. 183 del CP) y la misma que para los delitos de violación de compromisos internacionales (art. 220 del CP), violación de inmunidades (art. 221 del CP) y los fraudes al comercio y a la industria (arts. 300 y 301 del CP), por tomar algunos ejemplos al azar.

Ello da cuenta que al legislador actual le da lo mismo que alguien tenga un revólver con terminado artesanal, calibre 38, heredado como reliquia familiar, y que un funcionario en representación del estado viole un

tratado internacional suscripto por Argentina con otro país soberano, por ejemplo, sobre derechos humanos; o que una persona tenga una carabina en su campo para ahuyentar a las comadrejas y zorros que le comen los animales de granja y los huevos de los cuales obtiene su sustento familiar y otra que ingrese a una casa aprovechándose del descuido de los dueños al cerrar la puerta principal y se lleve todo lo que está en su interior; pudiendo así ejemplificar con miles de ejemplos irrisorios.

En el supuesto de que la tenencia sea de arma de guerra, el desajuste punitivo con el resto de la normativa es aún más marcado, puesto que por ejemplo se prevé el doble de la pena para el que tiene un arma de este tipo sin permiso administrativo aunque la tenga colgada en la pared y no la use, que para el que la tiene con permiso y dispara con ella hacia una persona, ver sino el artículo que describe el abuso de armas (art. 104 del CP). Así también la pena para el tipo cuestionado supera la prevista para la instigación o ayuda al suicidio (art. 83 del CP), el homicidio culposo aún con su agravante (art. 84 del CP), el aborto con consentimiento de la mujer (art. 85, inc. 2, del CP), el abuso sexual (art. 119, primer párrafo, del CP), la privación ilegítima de la libertad (art. 141 del CP), el robo (art. 164 del CP), las estafas y defraudaciones de los artículos 172 y 173 del CP, todos los delitos que comprometen la paz y dignidad de la Nación a excepción de la infidelidad diplomática (arts. 219 a 225 del CP), el cohecho (art. 256 del CP); y la misma que el homicidio en riña (art. 95 del CP), la privación ilegítima de la libertad agravada (art. 142 del CP), las defraudaciones agravadas (art. 174 del CP), el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos (art. 268 (2) del CP), por tomar ejemplos al azar.

Ello da cuenta que al legislador actual le da lo mismo que alguien tenga en un exhibidor en el living de su casa "armas de fuego o de lanzamiento disimuladas" tales como lápices, estilográficas, cigarreras o bastones, por ejemplos, o miras infrarrojas capaces de funcionar, a que cuatro personas se enfrenten a golpes contra otros tres a la salida de un boliche a resultas de lo cual todos resultan lesionados y uno de ellos muerto, no pudiéndose materialmente precisar quien fue el autor del golpe letal; como también le da igual que una persona haya recibido a modo de regalo de su amigo amante de las armas una munición de proyectil expansivo con ranuras y la exhiba en su automóvil colgando del espejo retrovisor, aun cuando no posea el arma necesaria para dispararlo, y que a una persona le rompan la ventana de su casa, le peguen a ella y al resto de la familia, los aten y

amordacen, les sustraigan todos los efectos de valor y se los lleven en los dos autos lujosos también de su propiedad.

Excedería el objetivo de este trabajo abundar respecto del desfasaje producido por algunas reformas al texto legal penal que actualmente se encuentra vigente y que dista mucho de ser, no ya un código sino un orden jurídico programático, al cual le falta precisamente un programa de ordenamiento normativo, si se me permite el juego de palabras.

2. Delimitación conceptual de los tipos en cuestión

Ya centrándonos específicamente en las previsiones normativas de los párrafos primero y segundo del inc. 2 del art. 189 *bis* del Código Penal, vemos que la **conducta** punible en ambos es la misma tener —sólo que cambia el monto de la pena prevista en abstracto si cambia el objeto que se tiene arma de fuego de uso civil o arma de guerra—, por lo que el desarrollo analítico lo haremos de manera conjunta como si se tratara de un solo tipo con dos montos punitivos diferentes de acuerdo a qué es lo que se tiene.

Creus y Buompadre⁽³⁾ nos indican que la figura de la tenencia de arma de fuego de uso civil antes de que la ley 25.886 la insertara en el Código Penal, se encontraba prevista como una contravención en el art. 42bis de la ley de armas y explosivos 20.429, y que la conducta típica de este delito como así también del caso del art. 189bis, inc. 2, segundo párrafo, del CP, consiste en **tener** un arma que reúna las características propias de las que se encuentran descriptas en la categoría respectiva, dada en el Decreto 395/75; y tiene “el que corporal o simbólicamente puede disponer de ellos (los transporta o hace transportar, los mantiene almacenados, los introduce en el país, etc.), por sí mismo o en representación de terceros”.⁽⁴⁾

En relación a este aspecto, es decir a la “acción, hecho o conducta” punible, Fontán Balestra sostiene que:

“La tenencia a que la ley penal se refiere es más amplia que el limitado concepto que surge del art. 2352 del Código Civil. Por ello comprende también la posesión a la que alude dicho cuerpo

(3) CARLOS CREUS y JORGE EDUARDO BUOMPADRE, “Derecho Penal Parte Especial”, tomo 2, 7ma. ed. actualizada y ampliada, Bs. As., Astrea, 2007, p. 33.

(4) *Op. cit.*, en nota anterior, p. 24.

legal y, para configurarla, se requiere un elemento material, el corpus, es decir una relación real con el objeto de que se trata y otro subjetivo, el animus, el conocimiento y la voluntad de tener”,⁽⁵⁾

concluyendo que lo exigible es que el autor se reconozca como dueño y pueda disponer de la cosa en cualquier momento.

Por su parte, Nuñez nos dice en relación a los objetos que describe la ley que los tiene “quien los mantiene corporalmente en su poder, cualesquiera que sean el origen o la razón de la tenencia y su finalidad. Pero debe tratarse de una tenencia flagrante pues sólo si se está realizando actualmente se puede hablar de un peligro para la seguridad común”.⁽⁶⁾

En la misma inteligencia Breglia Arias y Gauna comparten el criterio descriptivo de la tenencia de Nuñez y explican que algunos autores

“sostienen que la tenencia debe ser actual (Nuñez, Laje Anaya, Parma); otros, consideran que la tenencia pasada está incluida (Sierra). Buompadre está con quienes requieren actualidad. Es suficiente la precariedad de la tenencia y la 'compartida', y la que se ejerce por un tercero ... Pero aunque la tenencia compartida por varios es perfectamente posible, en tanto todos ellos halan tenido un efectivo poder de disposición sobre ella, no cabe inferir la tenencia del solo hecho de pertenecer a una organización ilegal que dispone de armas, en la medida en que la disposición de éstas por cada integrante no dependa de su sólo arbitrio, sino de que le sea suministrada con motivo de una decisión que ha de adoptarse en una esfera que no sea la propia”.⁽⁷⁾

Todos los autores reseñados coinciden en que no importa a los efectos de la tipificación de la tenencia prohibida el origen del arma ni los motivos

(5) CARLOS FONTÁN PALESTRA, “Derecho Penal Parte Especial”, actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, decimosexta edición actualizada, Bs. As., Lexis-Nexis – Abeledo-Perrot, 2002, p. 617.

(6) RICARDO C. NUÑEZ, “Derecho Penal Argentino. Parte Especial - VI”, Córdoba, Lerner, 1971, p. 70.

(7) OMAR BREGLIA ARIAS y OMAR R. GAUNA, “Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, tomo 2, 4ta. ed. actualizada y ampliada, Bs. As., Astrea, 2001, p. 383. Citando en esta parte el fallo de la CSJN del 24/12/80 publicado en LL, 1981-B-209; JA, 1981-II-662, y ED, 92-662.

por los cuales llegó a poder del tenedor como así tampoco las razones de la falta de registro y/o obtención o renovación del permiso legal requerido para la tenencia, sino que basta con que éste no haya sido tramitado nunca o en la forma debida, o se encuentre vencido.

Ahora bien, siguiendo los estudios de Donna al respecto⁽⁸⁾ podemos ver que la jurisprudencia en esta materia ha sido conteste con la doctrina señalada, sosteniéndose por ejemplo que:

- “Por tenencia de arma de guerra ha de entenderse quien las mantiene corporalmente en su poder, cualquiera que sea el origen o la razón de la tenencia y su finalidad sin que quepa asignar tal carácter a la mera y fugaz detención de aquélla aun concediendo que el procesado haya estado en contacto con la cosa por exhibición”⁽⁹⁾ esto dicho en relación a la tenencia precaria o fugaz;
- “Tiene el objeto el que puede disponer de éste físicamente en cualquier momento... y que ...la tenencia se la puede ejercer a nombre propio o a nombre de un tercero; a su vez ...la mera existencia del arma con posibilidades de ser utilizada ya amenaza la seguridad común en los términos previstos por la ley”,⁽¹⁰⁾ esto dicho en relación a la tenencia actual;
- “En el delito de tenencia de arma de guerra tiene el objeto el que puede disponer de él físicamente en cualquier momento, sea al mantenerlo corporalmente en su poder o en un lugar donde se encuentra a disposición del agente ... Se trata de un delito de propia mano que lo comete no sólo el que de forma exclusiva y/o excluyente goza de la posesión del arma sino también quien, cuando la tenencia es compartida y conoce su existencia dentro de la dinámica delictiva, la tuviere indistintamente a su disposición”,⁽¹¹⁾ esto dicho en relación a la tenencia compartida;
- “El efectivo dominio de hecho sobre el material se encuentra indiscutido, pues para ello no se requiere el constante contacto físico con el objeto cuya tenencia desautorizada la ley veda. El efectivo conocimiento de su existencia por parte de los encausados, puede inferirse fácilmente del lugar preciso y oculto en donde se hallaban los elementos”,⁽¹²⁾ y

(8) EDGARDO ALBERTO DONNA, JAVIER ESTEBAN DE LA FUENTE, MARÍA CECILIA I. MAIZA, ROXANA GABRIELA PIÑA, “El Código Penal y su interpretación en la Jurisprudencia”, tomo IV, arts. 186 30, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 50 a 56 y 80 a 82.

(9) *Op. cit.*, En nota anterior p. 50. CFed.CCcorr, sala I, 22/3/84, “S., F. A. s/ tenencia de armas de guerra”, SAJ sumario N° 3000188.

(10) *Op. cit.*, En nota 7, p. 51. CFed.CCcorr, sala II, 19-12-97, “M., D. L. s/ Inf. arts. 292 y 189 bis, tercer supuesto del Cód. Penal”, c/ 13.576, SAJ sumario N° 30006322.

(11) *Op. cit.*, En nota 7, p. 55. CNCCorr. Sala VI, 5-6-2003, “H. L., G. y otros” c.21.732.

(12) *Op. cit.*, en nota 7, p. 81. CNCCorr. Sala V, 5-7-2002, “M., O. A.”, C. 19.328, BCNCYC n° 3/2002, p. 172.

- “La tenencia de las municiones incautadas por parte del procesado es una conclusión lógica de su carácter de titular del domicilio, sin que lo ostensible de su ubicación torne dudosa su responsabilidad por tratarse de un delito de peligro abstracto que se configura por la mera tenencia del objeto prohibido”.⁽¹³⁾

En esta inteligencia vemos que, más allá de los demás requisitos típicos de las figuras en estudio, lo que se pune es la simple tenencia, tenencia y posesión en la terminología del Código Civil, es decir el *corpus* u objeto que se tiene y el *animus* o intención de tenerlo, que también puede ser sólo conocimiento de la tenencia del objeto sin haber obtenido la autorización legal respectiva que autorice su posesión dentro de la esfera de custodia particular.

Ahora, las preguntas que inmediatamente aparecen ante esta conclusión son ¿dicho quehacer reúne los requisitos de la conducta, acción o hecho punible o criminal? Más concretamente: ¿esa simple tenencia supera el test de lesividad u ofensividad necesario para que un tipo penal se ajuste a los cánones dispuestos en la Constitución Nacional?, y en definitiva, con su punición, ¿no se está adelantando poder punitivo a hechos que no son conflictivos pues no producen lesión ni peligro concreto a terceros aún desde una doctrina subjetivista?

Pues, adelantándonos a las conclusiones a que arribaremos más adelante, diremos que sólo caben respuestas negativas para las dos primeras cuestiones planteadas, mientras que una gran y preocupante afirmativa para la tercera.

3. El bien jurídico afectado en estos delitos

A modo sintético, ya que no hay contradicciones importantes al respecto tanto en la doctrina como en la jurisprudencia argentina, diremos que el bien jurídico que se encuentra afectado con los tipos penales previstos en el Título VII del Código Penal, dentro del cual se encuentran los dos que hoy nos convocan, es la seguridad pública o común, es decir la integridad de los bienes y las personas que viven en la sociedad y se hallan exentas de tener que soportar situaciones peligrosas que la amenacen. Las conductas peligrosas son aquellas que crean una situación de hecho que pueda vulnerar aquella seguridad jurídica.⁽¹⁴⁾

(13) *Op. cit.*, En nota 7, p. 82. TOCr. Fed. N° 2 de La Plata, 7/7/95, “V., P. J. s/ ley 23.737” expte. 59/95, PJN Intranet.

(14) CREUS Y BUOMPADRE, *op. cit.*, p. 1.

Ergo, los titulares del bien jurídico son indeterminados, el peligro creado por las figuras previstas tiene como característica que es común o público, es decir, que afecta a toda una comunidad o colectividad, y por ende, el poder vulnerante del autor de las conductas punibles no puede limitarse a bienes o personas determinadas, sino que puede extenderse a toda la población.

Sin perjuicio de que en algunos casos acciones que configuran tipos de este capítulo del Código Penal causen daños a particulares, como por ejemplo el incendio, en estos casos el legislador no previó ese accionar por su daño concreto sino porque mediante ese acto se creó un peligro también concreto para la comunidad, aunque en el caso de los tipos de peligro abstracto —como el caso de la simple tenencia de armas de fuego de uso civil o de guerra—, el delito se configura con la sola acción, que recibe castigo porque su sola realización implica ya una actividad riesgosa⁽¹⁵⁾ por las posibilidades con que cuenta el autor para ocasionar daños y la impotencia por parte del estado para evitarlos. El legislador mismo, ante la violación al deber legal, presume una actividad riesgosa sin necesidad de comprobación ni otro tipo de requerimiento determinado o a determinar, la presunción es *juris et de jure* y abstracta, es decir, en relación a daños y destinatarios indeterminados.

4. El test de lesividad u ofensividad que deben respetar los tipos penales

El art. 19 de la CN dice textualmente “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”, he aquí la enunciación fundamental del principio de lesividad, que es expuesto por Ferrajoli con el aforismo *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenali sine iniuria*,⁽¹⁶⁾ es decir, sin daño no debe existir ley penal, por ende tampoco delito, ni por supuesto pena.

Este principio debe ser rector desde un derecho penal liberal como primera *ratio* para no permitir la punición de modos de vida, tipos morales o aspectos raciales, religiosos, sexistas, etcétera, que el poder de turno considere no adecuados a su propia moral o ética.

(15) *Op. cit.*, en nota anterior, p. 2.

(16) LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, Trotta (trad. P. Andrés Ibañez y otros). Madrid, 1989.

Como bien se señala en un documento de la Cátedra Hendler de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, “esa necesidad de dañar a un tercero será el denominador de la cultura penal formada desde Hobbes, Puffendorf y Locke, hasta Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano y Romagnosi. La protección de derechos de terceros será el límite racionalizador señalado por la Ilustración”,⁽¹⁷⁾ a lo que agregaríamos, y que deberá aplicarse a todos los hechos que se intenten castigar mediante el sistema penal en ese carácter de garantía limitadora para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino —parafraseando el preámbulo de nuestra Carta Magna—.

Como dice Roxin —siguiendo a Rudolphi— el moderno derecho penal no se vincula, como el antiguo, a la a la inmoralidad —subjetiva o religiosa— de la conducta para punirla, sino a su dañosidad social, es decir, a su incompatibilidad con las reglas de una próspera vida en común.⁽¹⁸⁾

Ahora ¿qué es una injuria o lesión a un derecho de otro?, o sea, ¿qué es un bien jurídico sin cuya afectación no puede darse lugar a criminalizaciones?

Para Zaffaroni el bien jurídico cuya afectación castiga el sistema punitivo es la relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto protegido por otras normas del ordenamiento jurídico, por lo que se debe rechazar la idea de bien jurídico tutelado, que es una inversión extensiva racionalizante del concepto limitativo de bien jurídico afectado y sólo corresponde sostener éste último como expresión dogmática del principio de lesividad, que requiere también una entidad mínima de afectación. Es decir, se debe considerar a este principio un límite y no una legitimación para el programa criminalizante.⁽¹⁹⁾

Ahora, asumida que ha sido la idea de una necesaria afectación a un bien jurídico para que pueda habilitarse poder punitivo estatal, y como esa afectación es susceptible de grados, es necesario además aclarar a qué tipo/s de afectación se refiere nuestra constitución.

(17) Documento de la Cátedra Hendler, Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, titulado “Los principios constitucionales para una política criminal del Estado social y democrático de derecho” publicado en http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=39

(18) CLAUS ROXIN, *Fundamentos político-criminales del Derecho Penal*, Bs. As., Hammurabi, 2008, p. 406.

(19) EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2da. ed., 2ª reimpresión. Bs. As., Ediar, 2008, p. 373.

Nos parece claro que el art. 19 CN, cuando dice “que de ningún modo ofendan” y “ni perjudiquen a un tercero”, está significando que para que una acción deje de ser privada —por ende exenta de los magistrados—, y pase a ser punible debe trascender a su autor y provocar en un tercero —particular u orden o moral pública— un daño concreto o un peligro también real, pues el receptor de la acción sólo se verá de algún modo afectado en su propia esfera si corre un peligro concreto, verificable o real de daño, y/o si sufre un menoscabo, lesión o afectación determinada en su persona y/o derechos, donde la ofensa será ya palmaria y expresa. Véase que de esta conclusión está exento el peligro llamado abstracto, es decir, el peligro de peligro, las circunstancias en que el legislador presume *juris et de jure* que una “acción” determinada es peligrosa y por lo tanto ordena sea castigada antes de que pueda ocasionar el peligro concreto o daño que se cree avizorar mediante una futurología irracional de imposible verificación.

Zaffaroni, con la claridad que lo caracteriza, nos enseña al respecto que

“En el derecho penal no se admiten presunciones *juris et de jure* que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. En cuanto al peligro de peligro, basta pensar en el caso de tentativa: serían supuestos de triplicación de peligros o riesgos (riesgo de riesgo de riesgo), o sea, de clara tipicidad sin lesividad. Por consiguiente, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente, y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que, en estos últimos, siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real”.⁽²⁰⁾

Resalta además este autor que en la actualidad se inventan bienes jurídicos, se crean algunos intermedios y se clonan otros con miras al adelantamiento consumativo de las conductas propendiendo habilitar cada vez más poder punitivo, incluso con mucha antelación a la producción de daño alguno.

Así entendido el principio constitucional que abordamos, creemos necesario afirmar ahora que todos los tipos mediante los cuales se intente habilitar poder punitivo —absolutamente todos—, contenidos en leyes penales manifiestas, latentes o eventuales, antes de ser aplicados y subsumir

(20) *Op. cit.*, en nota anterior, p. 375.

un hecho, conducta o acción en sus términos, debe primero superar el test de lesividad u ofensividad, es decir, que si el objeto de estudio reúne los requisitos de una acción y de que ésta se encuentra comprendida en un tipo penal deberá sometérselo al test aludido, que hace alusión sólo a la lesividad estricta, primera en el tiempo, pura, esencial, esto es, específicamente si la conducta puede de algún modo afectar a un tercero en su persona o derechos mediante lesión-daño o peligro concreto-real; y si no lo hace, si se verifica la inexistencia de peligro real o no hay afectación alguna o supone la creación de un peligro meramente abstracto, deberá declararse a la ley que lo contiene como inconstitucional por apartarse de sus principios fundamentales, que por otra parte se han visto reforzados en el año 1994 con la introducción al texto constitucional —art. 75 inc. 22— de los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por nuestro país, pues se estaría vulnerando además el principio de reserva que surge del mismo articulado constitucional y es el anverso de la lesividad.

5. Los tipos penales cuestionados, el test de lesividad y su clara inconstitucionalidad

Ahora bien, en este estado del análisis sorprendería que en términos racionales se llegara a una conclusión distinta a la que arribaremos, esto es a la inconstitucionalidad de los tipos previstos en los arts. 189 *bis*, inc. 2, párrafos primero y segundo, del Código Penal, es decir, la simple tenencia de armas de fuego de uso civil y la simple tenencia de armas de guerra sin autorización legal, respectivamente.

Sin entrar en detalles sobre los demás requisitos típicos de tales figuras, la conclusión del párrafo precedente surge precisamente al pasar por el test de lesividad u ofensividad a la acción que se enuncia como típica de esos tipo: la simple tenencia. En definitiva, tener la cosa, en este caso un arma de fuego determinada, aún en la esfera de la intimidad, y con más la relación de dicho “accionar” y el bien jurídico cuya afectación requiere todo el capítulo en el que se encuentran previstos, es decir, la seguridad pública o común.

Como se ha podido observar a lo largo de este trabajo, cada vez que se hizo alusión a la “conducta, acción o hecho” base de la tipificación de los dos tipos cuestionados, se lo ha hecho entre comillas, y precisamente ha sido así porque, a nuestro criterio, en estos casos el autor no realiza una acción, conducta o hecho entendiéndose por ello una actividad voluntaria

final —parafraseando a Welzel—, con todos los requisitos necesarios de ésta, sino que simplemente se limita a tener una cosa determinada, que por su parte no es intrínsecamente dañina pues, por ejemplo, un arma si no es utilizada no emana gases tóxicos, no deteriora el ambiente o los bienes de otras personas, no ocasiona un riesgo concreto para quienes se muevan a su alrededor o en las cercanías, etcétera, etcétera, y que puede tenerse aún en la esfera de la intimidad de un ser humano y los demás desconocer por completo su existencia, no sólo por el hecho en sí mismo, sino también por su carencia de efectos ya peligrosos en términos empíricos o ya dañinos.

Por ello ni siquiera se da el requisito general básico sobre el que luego deberían versar las características propias de un delito —tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad—, pero aun concediendo que pueda considerarse que tener, entendido esto como la relación de disponibilidad de una cosa determinada, configura una acción, conducta o hecho con voluntad final, al pasarlo por el colador del test de lesividad u ofensividad que no es un invento pretoriano nuestro sino una exigencia constitucional básica —art. 19 de la CN vemos que en realidad se trata de una **conducta** o algo X que no causa lesión alguna, y eso es indiscutible desde cualquier punto de vista, ya que no hay afectación concreta de ningún bien jurídico, como así tampoco un peligro concreto-real—, debido a que la seguridad común o pública no se ve más o menos amenazada y en riesgo por el solo hecho de que una persona tenga en su hogar o vehículo un arma de fuego si aún no la ha utilizado en contra de bienes de terceros, o ni siquiera ha pensado en una utilización semejante; por lo que prever un castigo punitivo para alguien por el sólo hecho de tener una cosa que no es dañina en sí, ni en reposo ni en movimiento, y que necesita ser dirigida y accionada hacia bienes o personas para producir recién ahí peligro y/o daño, es adelantar la punición a estadios mucho anteriores a los que prevé la Constitución Nacional como base a partir de la cual se encuentra habilitado el poder punitivo estatal. Esta base se encuentra conformada por el daño y/o el peligro concreto, lo demás corresponde a la reserva individual y su juez sólo puede ser Dios, según la Carta Magna.

En esta inteligencia, y de acuerdo a las enseñanzas de Schmidhäuser,⁽²¹⁾ diremos que en estos casos se pune la sola infracción al orden, al deber de respeto ideal de los bienes jurídicos en general, coincidiendo con

(21) SCHMIDHÄUSER, "Studienbuch", 5/86.

Sancinetti además en que lo que se pone en tela de juicio, más allá del **tener la cosa**, es la legitimidad de la norma mediante la cual el Estado, de manera paternalista y en detrimento del derecho de las personas a determinar su propio modelo de vida, castiga **acciones** aun cuando en los casos concretos puedan tener totalmente neutralizada su peligrosidad sopesado esto a la luz del principio de reserva constitucional art. 19 de la CN.⁽²²⁾ Puede verse así que aún desde una postura subjetivista como la del último autor aludido, proveniente de una teoría de las normas al modo de Binding, Kaufman y Zielinzy, los tipos que tratamos son vistos como inconciliables con los postulados de nuestra Carta Magna.

Esta arbitrariedad por parte del legislador al sobrepasar el límite pre-dispuesto por el soberano en la Constitución puede verse aún más de resalto con un simple dato de la realidad y una reflexión subsiguiente. Desde la práctica forense o tribunalicia, y de la lectura de estadísticas específicas, puede aseverarse sin temor a equívocos que de los delitos con daños efectivos para los bienes o aún la propia vida de las personas —robos y atracos, homicidios simples y agravados, riñas con lesionados y/o muertos, secuestros extorsivos seguidos o no de muerte—, la mayoría se comete con armas blancas y/o con armas impropias, y la otra mitad con armas de fuego de uso civil, siendo escasísimos —o inexistentes— la comisión de hechos violentos con armas de guerra, por lo que a un legislador como el actual que actúa movido por el clamor popular —léase por el clamor popular que vota—, compulsivamente —con fin proselitista que legaliza la venganza—, sin reparar en congruencias sistemáticas y/o racionalizaciones respecto del poder punitivo habilitado —penas mayores para delitos inmensamente menos graves—, tranquilamente se le podría ocurrir tipificar en el Código Penal la figura de la simple tenencia de arma blanca sin la debida autorización legal, con fundamento en el peligro abstracto que se crea con su tenencia y/o portación con la posibilidad inmediata de ser utilizada —tal como parece ser el fundamento para punir la tenencia de las armas de fuego de uso civil y de guerra—. Pues, tendríamos que acudir todos los ciudadanos al RENAR a inscribir nuestros cuchillos de cocina, no hacerlo y rogar que no nos atrape la telaraña del sistema penal por esa omisión o simplemente prescindir de su utilización en cualquier ámbito —si es que esto fuera posible—.

(22) MARCELO A. SANCINETTI, "Teoría del delito y disvalor de acción", 2da. reimp., Bs. As., Hamurabi, 2004, pp. 217 a 220.

En suma, y para concluir, la idea que campea a lo largo de todo este aporte nos la ha reforzado recientemente el Dr. Lorenzetti en su voto en el fallo "Arriola" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,⁽²³⁾ quien en sus considerandos 10 y 11 dice lo siguiente:

"...queda claramente configurado el conflicto constitucional entre una norma federal que sanciona una conducta sin que se acredite peligro concreto o daño y por lo tanto en abierta contradicción con el art. 19 de la CN. 11)... a) El art. 19 de la CN constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea. b) Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional. c) No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad. d) La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros".

En el considerando 13 sostiene

"El ejercicio de la libertad tiene límites y puede dar lugar a la punición, pero un Estado de Derecho debe construirse sobre una cuidadosa delimitación de esa frontera. Por ello es posible señalar que: a) no es posible que el legislador presuma que se da un cierto daño o peligro para terceros como ocurre en los delitos llamados 'de peligro abstracto'",

mientras que en el 14) dice que "la norma constitucional que protege la privacidad no habilita la intervención punitiva del Estado basada exclusivamente en la mera posibilidad de que el consumidor de estupefacientes se transforme en autor o participe de una gama innominada de delitos",

(23) CSJN. Fallo del 25/08/2009: A. 891. XLIV. Recurso de hecho: Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080.

nosotros diremos que el tenedor de armas se transforme en autor o partícipe de una gama indeterminada de delitos.

Por último, en su considerando 18), sentencia que "...debe respetarse el ámbito de ejercicio de la libertad personal cuando no hay daño o peligro concreto para terceros, y que no son admisibles los delitos de peligro abstracto. Por aplicación de este criterio la norma que pune la tenencia de estupefacientes para consumo personal resulta violatoria del art. 19 de la CN y por tanto debe ser declarada su inconstitucionalidad", nosotros diremos los párrafos primero y segundo del inc. 2 del art. 189 bis del Código Penal, debe ser declarado inconstitucional.

Como podrá verse, los tipos de simple tenencia de armas de fuego, tanto en su modalidad de uso civil como de guerra, sin la autorización debida, como ésta última es y debe ser dispensada por la administración, podrán ser en todo caso infracciones administrativas o hasta una contravención en algunos casos específicos, pero nunca un delito en un estado de derecho democrático con una constitución liberal como la nuestra que manda a que el estado no imponga una moral determinada ni conmine con pena lo que no daña a otro/s ni causa un peligro concreto-real, o ¿será que es más fácil incluir con fines proselitistas una figura en el Código Penal mediante una ley por simple mayoría que instrumentar los medios adecuados para que el poder administrador reglamente específicamente la fabricación, tenencia, transporte, portación, venta o utilización de armas de fuego, la educación al respecto, y coordine el control de las armas existentes y la utilización que se les da?

Que quede claro: no es punible el que tiene, pero el Estado debería dirigirse en todo caso con su aparato investigativo hacia los que ilegalmente fabrican, transportan, importan, exportan, venden y distribuyen armas de fuego sin autorización estatal, por ejemplo a niños y jóvenes en situación de emergencia —léase excluidos— o en situación de privilegio —léase poderosos—, o a terroristas, guerrilleros, políticos corruptos. Nuestra postura no debe interpretarse como a favor de que las personas se armen indiscriminadamente.

Para cerrar, diremos que cuando aludimos a que la inconstitucionalidad de los tipos en tratados es múltiple, nos referíamos a todo lo dicho precedentemente, pero también a la circunstancia de que dichas figuras no se encuentran completas en el Código Penal, es decir en la ley del Congreso, sino que por ser de los llamados tipos abiertos impropios, deben ser completadas por una norma jurídica que no es una Ley Formal sino que es un Decreto

del Poder Ejecutivo administrador, en nuestro caso el decreto 395/75, por lo que el poder para el cual la constitución asignó sólo facultades administrativas aparece en estos casos ejerciendo potestades legislativas que no le corresponden constitucionalmente, que, por otra parte, le pertenecen al Poder Legislativo y éste no puede delegar; tema que de por sí merecería un trabajo in extenso que excedería el marco planteado para el presente.



Bibliografía

- BINDER, ALBERTO, *Introducción al Derecho Penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 1993.
- BREGLIA ARIAS, OMAR Y GAUNA, OMAR R., *Código Penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, 4ta. ed. actualizada y ampliada, Bs. As., Astrea, 2001, t. 2.
- CREUS, CARLOS, *Derecho Penal. Parte Especial*, 6ta. ed. actualizada y ampliada, Bs. As., Astrea, 1997, t. 2.
- CREUS, CARLOS y BUOMPADRE, JORGE EDUARDO, *Derecho Penal Parte Especial*, 7ma. ed. actualizada y ampliada, Bs. As., Astrea, 2007, t. 2.
- CSJN. Fallo del 25/08/2009: A. 891. XLIV. Recurso de hecho: Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080.
- DE LUCA, J. A., *El delito de tenencia ilegal de armas de guerra*, Bs. As., Ad-Hoc, 1993.
- Documento de la Cátedra Hendler, Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, titulado “Los principios constitucionales para una política criminal del Estado social y democrático de derecho”, publicado en http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=39
- DONNA, EDGARDO ALBERTO; DE LA FUENTE, JAVIER ESTEBAN; MAIZA, MARÍA CECILIA I. y PIÑA, ROXANA GABRIELA, *El Código Penal y su interpretación en la Jurisprudencia*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2004, t. IV, arts. 186-30.
- ESTELLA, OSCAR ALBERTO; GODOY LEMOS, ROBERTO, *Código Penal. Parte Especial. De los delitos en particular*, 2da. ed. actualizada y ampliada, Bs. As., Hammurabi, 2007, t. 3, arts. 186 a 306.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta (trad. P. Andrés Ibañez y otros), 1989.
- FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Derecho Penal Parte Especial*, actualizado por Guillermo A. C. Ledesma, 16ta. ed. Actualizada, Bs. As., Lexis-Nexis-Abeledo-Perrot, 2002.
- JAKOBS, GÜNTHER, *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. por Manuel Cancio Meliá y Enrique Peñaranda Ramos, Bs. As., Ad-Hoc, 1996.
- LAJE ANAYA, JUSTO, *Delitos con armas y abigeato*, Córdoba, Alveroni, 2004.
- MARÍN, JORGE L., *Derecho Penal. Parte Especial*. 2da. ed. Actualizada, Bs. As., Hammurabi, 2008.
- NÚÑEZ, RICARDO C., *Derecho Penal Argentino. Parte Especial*, Córdoba, Lerner, 1971.

PARMA, CARLOS, *Código Penal Argentino Comentado*, Córdoba, Mediterránea, 2005.

ROXIN, CLAUS, *Fundamentos político-criminales del Derecho Penal*, Bs. As., Hammurabi, 2008.

RUSCONI, MAXIMILIANO y KIERZENBAUM, M., “Teoría del delito y garantías constitucionales”, en *Monografías* 25, Bs. As., Ad-Hoc, 2009.

SANCINETTI, MARCELO A., *Teoría del delito y disvalor de acción*, Bs. As., Hammurabi, 2004.

SCHMIDHÄUSER “STUDIENBUCH”, 5/86.

SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, Bs. As., Tea, 10ª reimp., 1992.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2008.

Los delitos de peligro y el principio de lesividad

MARÍA ÁNGELES RAMOS y SEBASTIÁN SANÁIS⁽¹⁾



1. Resumen

Para que el Estado pueda velar por sus propios intereses y los de los ciudadanos que lo integramos, debe acudir al dictado de ciertas normas y al Derecho Penal que, al decir de Rudolph, solo se justifica cuando es necesario para proteger las condiciones de vida de una sociedad que se estructura sobre la base de la libertad de las personas. Empero, esta función política no puede ser vista como legitimante del bien jurídico porque abriría el camino a una criminalización ilimitada. En vez, el Estado debe valerse del concepto de bien jurídico como limitador del poder punitivo para criminalizar sólo ciertas acciones que puedan afectarlo por lesión directa o por peligro.

Ello debe ser siempre así porque del universo de normas surgen los bienes que el Estado protege, por lo tanto, debemos despojarnos de la idea de que el Derecho Penal es creador de bienes porque su función debe limitarse a captar acciones que puedan, de algún modo, llegar a lesionarlo anunciándole un castigo.

Debe aclararse que no se tratará el punto relativo a si las leyes penales deben ser dictadas teniendo en cuenta la moral porque, desde un punto de vista penal-constitucional, la moral no es un bien jurídico ni un interés a proteger o garantizar. La ley no podrá mandar lo que la moral o la religión prohíben ni tampoco podrá prohibir lo que la moral o la religión ordenan.

(1) UBA.

El concepto de moral debe entenderse como garantía por el respeto mutuo, porque de lo contrario, el Estado se estaría inmiscuyendo en el ámbito de la conciencia de los hombres.

Resultará entonces necesario que delimitemos el concepto y función del bien jurídico. Podemos comenzar a decir que se trata del reflejo de los intereses de la vida humana y social de los cuales el Estado, por medio de la ley, encierra su voluntad y objetivo político. También, podríamos sostener que un concepto material de bien resulta adecuado si se lo piensa como un valor cultural que nace en los imperativos y prohibiciones de la misma norma. Desde una visión ontológica, se puede decir que bien jurídico es el resultado de valores ético-sociales orientados por un proyecto de protección basado en principios de universalidad y de dignidad de la persona humana. Con el funcionalismo, podrá verse el concepto de bien jurídico como instrumento para el mantenimiento del sistema de normas, donde la norma es vista como mecanismo para ejercer control social y como expectativa de la conducta esperada. El bien jurídico, con una función utilitarista, se identifica con la validez de la norma.

En cambio, se adhiere al concepto de bien jurídico entendido como un valor de la persona humana de carácter universal, material o ideal, pero real, y que se lo describe como "la relación de disponibilidad de un sujeto para con un objeto". Esta relación de disponibilidad asegura el desarrollo de la personalidad de un sujeto y, por tanto, debe ser visto de manera amplia, como algo material o inmaterial; como la posibilidad de uso o aprovechamiento y encuentra protección desde la Constitución, el derecho internacional y el conjunto entero de normas.

No debe tomarse el concepto de bien jurídico solamente desde un punto de vista normativo sino como un dato objetivo del ser, porque no se trata solamente de un valor, sino de un valor que puede afectar el desarrollo de la persona humana. Así se evitarán incriminaciones contrarias al principio de lesividad y que sólo tienen en mira una simple función de control estatal. Ejemplo: el medio ambiente es un bien colectivo que comprende el sol, el agua, el aire y demás elementos de la naturaleza. Si se lo reduce como un bien esencial de la persona humana que hace a su desarrollo individual y dentro de la sociedad, será susceptible de ser lesionado concretamente por alguna acción humana. En cambio, si se lo entiende como un bien en sí mismo, solo podrán regularse acciones de control para su protección pero no como resultado de una conducta que derive en un delito.

En cuanto a tipos penales, se distinguen distintas categorías según la forma en que se ataque el bien jurídico. Así, habrá tipos de lesión cuando exista una efectiva destrucción o disminución y, otros donde será suficiente la constatación de que el bien jurídico haya sido puesto en peligro. Existirán acciones que se criminalizan antes de que se concrete en una lesión, como el caso de la tentativa. Sin embargo, el problema está dado sobre la clase de peligro, es decir, sobre la forma en que se exprese, ya sea como una acción peligrosa o una acción que ponga en riesgo al bien jurídico. Este último supuesto, de peligro concreto, no ofrece mayores inconvenientes, ya que es verificable en el plano objetivo. El problema radica con los denominados delitos de peligro abstracto, en los cuales se sanciona una conducta que es intrínsecamente peligrosa, cuestionándose que esa acción todavía no afectó ningún bien jurídico y, por tanto, su punibilidad resulta de un adelantamiento a etapas previas y por ende, ausentes de lesividad.

Esto llevó a pensar que solamente hay un Derecho Penal de lesión y, hasta tanto aquella acción peligrosa no se concrete por vía de la causalidad en un resultado lesivo, queda amparado bajo el principio de reserva. Pero, vista de este modo a la lesión, como algo material y tangible, nos lleva a limitar el concepto de bien jurídico que antes definimos de manera amplia, quedando de lado aquellos que, por su característica inmaterial, resultan muy difíciles de objetivar. En algunos bienes jurídicos será sencillo poder establecer el límite entre una disminución o una anulación de esa relación de disponibilidad, ejemplo, la vida, el patrimonio, la salud. Pero existen otros tantos bienes jurídicos en los cuales resulta muy difícil establecer esa marca. Ejemplo: el medio ambiente, la seguridad.

En realidad, los delitos de peligro son en sí mismos supuestos de tipos penales en los que la mera comprobación de la conducta condiciona la afectación del bien jurídico. Lo que se castiga no es lo que pudiera haber ocurrido, no se trata de castigar una mera probabilidad de ocurrencia de un evento dañoso, sino que lo que se castiga es que la conducta es intrínsecamente peligrosa. Lo que desvalora el legislador es la conducta peligrosa, no lo que pudo haber ocurrido, a partir de ella.

Por eso, en cualquier caso, más allá de la técnica legislativa con que el tipo penal está redactado, será tarea del juez determinar si en el caso concreto se afectó el bien jurídico, por lesión o por peligro. Los criterios de lesividad siempre deben guardar relación con el hecho concreto.

El problema del peligro es que no se trata de punir lo posible e incierto sino que las acciones con esa característica, peligrosas, pueden lesionar de un modo concreto al bien jurídico, pero que deberá relevarse en cada caso concreto, más allá de la forma elegida por el legislador para redactar la norma, como acción peligrosa o como acción con componente lesivo. En ambos casos, el peligro debe verificarse de manera objetiva, y también establecer que ha mediado una disminución en la relación de disponibilidad producto de ese peligro con el bien jurídico.

El camino a seguir debe ser el de someterse a una estricta evaluación de legitimidad en cada caso como modo de contribución para que el legislador haga uso de esta clase de tipos bajo criterios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad. De este modo, estaremos prevenidos de no caer en criterios que fundamentan las normas en criterios funcionales o utilitaristas.

En definitiva, lo que pretendemos es destacar la trascendencia del bien jurídico como elemento limitador de la aplicación de la potestad punitiva por parte del Estado. A partir de allí, la comprobación de lesión o peligro concreto resulta indispensable para que no se amplíe irracionalmente la facultad persecutoria estatal.

2. Introducción

La existencia de un Estado tiene necesidad política y basa su razón de ser en la paz social. Para mantener su estructura política y garantizar la convivencia social, se apoya en normas que hacen de contención y defensa frente a ataques a determinados intereses que considera valiosos. Todas las normas que el Estado dicta son en función de protección de diversos intereses, en el caso del Derecho Penal, mediante la imposición de una pena para quienes los lesionen o pongan en peligro.

Para el Derecho Penal, aquel interés que era menester proteger por parte del Estado —el bien jurídico— ha evolucionado a lo largo de la historia. Inicialmente, en la época de la ilustración y del racionalismo, se trataba de bienes subjetivos basados en el contrato social que pudieran afectar los derechos de los ciudadanos y los del Estado mismo para la realización de sus fines. Sin embargo, Feuerbach entendía que, aunque subjetivos, son preexistentes e independientes de todo origen moral y el Estado es tan solo un medio para garantizarlos.

Es a partir del aporte de Birnbaum⁽²⁾ que aparece un nuevo punto de partida en la idea de un concepto de bien jurídico, no netamente subjetivo, porque parte de la premisa que detrás de ese derecho hay algo más que se quiere proteger, un interés que es su razón de ser y que surge a partir de un concepto natural y positivo del Derecho. Quedan así comprendidos, tanto bienes en sentido material como valores espirituales que forman parte de los atributos que permiten la autorrealización de un hombre en sociedad (libertad, honor, etc.).

En esta línea de razonamiento, para que el Estado pueda velar por sus propios intereses y los de los ciudadanos que lo integramos, debe acudir al dictado de ciertas normas y al Derecho Penal que, al decir de Rudolphi,⁽³⁾ solo se justifica cuando es necesario para proteger las condiciones de vida de una sociedad que se estructura sobre la base de la libertad de las personas. Empero, esta función política no puede ser vista como legitimante del bien jurídico porque abriría el camino a una criminalización ilimitada. En cambio, el Estado debe valerse del concepto de bien jurídico como limitador del poder punitivo para criminalizar sólo ciertas acciones que puedan afectarlo por lesión directa o por peligro.

Ello debe ser siempre así porque del universo de normas surgen los bienes que el Estado protege, por lo tanto, debemos despojarnos de la idea de que el Derecho Penal es creador de bienes porque su función debe limitarse a captar acciones que puedan de algún modo llegar a lesionarlo anunciándole un castigo.⁽⁴⁾

He aquí el art. 19 de nuestra Constitución Nacional: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".⁽⁵⁾

(2) *Universidad de Buenos Aires, ayudantes docentes de la materia "Elementos de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología". BIRNBAUM, JOHANN MICHAEL FRANZ, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, colección Maestros del Derecho Penal, BdF, n° 32, 2010.

(3) RUDOLPHI, *Los diferentes aspectos del bien jurídico*, Nuevo Pensamiento Penal, 1975-338.

(4) Zaffaroni-Alagia-Slokar, *Derecho Penal Parte. General*.

(5) "Esta libertad que se reserva cada individuo fue definida (arts. 4 y 5 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, Francia, 26 de agosto de 1789) como el poder de hacer todo lo que no dañe a terceros. Su ejercicio no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos, de modo que la ley

Debe aclararse que no se tratará al punto relativo a si las leyes penales deben ser dictadas teniendo en cuenta la moral, porque desde un punto de vista penal-constitucional la moral no es un bien jurídico ni un interés a proteger o garantizar. La ley no podrá mandar lo que la moral o la religión prohíben ni tampoco podrá prohibir lo que la moral o la religión ordenan. El concepto de moral debe entenderse como garantía por el respeto mutuo, porque de lo contrario, el Estado se estaría inmiscuyendo en el ámbito de la consciencia de los hombres.⁽⁶⁾

Uno de los puntos a desarrollar será a partir del objeto de la norma penal, vista como amenaza a conductas que pongan en peligro o lesionen presupuestos básicos de la vida social. Si entendemos, tal como lo postula Binding,⁽⁷⁾ que “la norma crea la acción antijurídica y la ley penal la conducta delictiva”, será requisito necesario que la ley penal contenga la descripción de la conducta prohibida, como garantía de legalidad a lo que debe sumarse el requisito de lesividad como segundo presupuesto.

De aquí surgirán una innumerable cantidad de problemas que exceden el marco del trabajo, de los cuales se hace una simple mención, como por ejemplo, el de la vaguedad de ciertas leyes, las denominadas leyes penales en blanco, desde un punto de vista de legalidad o algunos delitos de lesión, caracterizados como de bagatela en torno a una posible afectación al principio de lesividad. Luego, concretamente, dentro de los delitos de peligro vamos a encontrar que los catalogados como abstractos deberían ser considerados tan solo como meras desobediencias⁽⁸⁾. Pero ellos no serán objeto de nuestro trabajo se analizará el componente de lesividad dentro de esta categoría de delitos y, también, las distintas posiciones que existen en torno a ello, que van desde conceptos que lo abarcan supuestos de adelantamiento de punibilidad,

no puede prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. Fallo “Arriola, Sebastián, y otros s/ causa N° 9080” - CSJN - 25/08/2009”.

(6) “Las principales consecuencias de este principio pueden sintetizarse en que: (a) el Estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral y (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad. Como consecuencia de lo anterior, las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el Estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta” (Dr. Lorenzetti, según su voto en el Fallo “Arriola”).

(7) Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 21, citado por Donna, Alberto, en *Teoría del Delito y de la Pena*.

(8) No entraremos en este análisis, acerca de si se trata de un delito o de una desobediencia. En última instancia la desobediencia, vista en el plano contravencional, tiene una pena y como tal queda abarcada dentro de los criterios a analizar en torno a la existencia de lesividad.

categorías inferiores a delitos, formas distintas de lesión, y en su caso, si se presume o si, por el contrario, debe ser probada como en cualquier delito de resultado.

3. Delitos de peligro y lesividad

Como adelantamos, el primer párrafo del art. 19 de la CN consagra el más importante de los límites materiales que allí se imponen, no en cuanto a la criminalización primaria o secundaria, sino a la injerencia coactiva del Estado en general. A su vez, desde la doctrina argentina, se consagra el concepto personalista del Derecho, por lo tanto, no puede admitirse que alguien pretenda imponer penas cuando no hay derecho afectado.⁽⁹⁾ Esta delimitación del poder de intervención del Estado, por una parte es, garantía de estabilidad y, por otra, obliga a establecer como base de una acción típica, una lesión o el peligro de un bien jurídico.

En este sentido opera el principio de lesividad. Ninguna ley puede legitimar una intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, ya sea que se trate de una afectación individual o colectiva, más o menos concreta, total o parcial de un bien jurídico.

Resultará entonces necesario que delimitemos el concepto y función del bien jurídico. Podemos comenzar a decir que se trata del reflejo de los intereses de la vida humana y social de los cuales el Estado, por medio de la ley, encierra su voluntad y objetivo político. También, podríamos sostener que un concepto material de bien resulta adecuado si se lo piensa como un valor cultural que nace en los imperativos y prohibiciones de la misma norma. Desde una visión ontológica, se puede decir que bien jurídico es el resultado de valores ético-sociales orientados por un proyecto de protección basado en principios de universalidad y de dignidad de la persona humana. Con el funcionalismo, podrá verse el concepto de bien jurídico como instrumento para el mantenimiento del sistema de normas, donde la norma es vista como mecanismo para ejercer control social y como expectativa de la conducta esperada. El bien jurídico, con una función utilitarista, se identifica con la validez de la norma.⁽¹⁰⁾

(9) ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal, parte general*, Ediar.

(10) Resultaría impropio a los objetivos de este trabajo extenderme en el desarrollo de cada una de las corrientes que analizan el concepto y función del bien jurídico, desde la visión positivista, neokantiana, ontológica y las nuevas vertientes del funcionalismo. Para ello podrá acudir a la obra del doctor Juárez E. X. Tavares, *Bien jurídico y función en derecho penal*, de la colección Claves del Derecho Penal, número 3, Editorial Hammurabi, edición 2004.

En cambio, se adhiere al concepto de bien jurídico entendido como un valor de la persona humana de carácter universal, material o ideal, pero real,⁽¹¹⁾ y que se lo describe como “la relación de disponibilidad de un sujeto para con un objeto”.⁽¹²⁾ Esta relación de disponibilidad asegura el desarrollo de la personalidad de un sujeto y, por tanto, debe ser visto de manera amplia, como algo material o inmaterial; como la posibilidad de uso o aprovechamiento y encuentra protección desde la Constitución, el Derecho Internacional y el conjunto entero de normas. Por lo tanto, no es válido entenderlo en un sentido funcional al sujeto a partir de una norma concreta porque ello implica asignarle un criterio legitimante del poder punitivo que el bien jurídico no tiene.

Para sostener la validez de la norma deberemos acudir a la función del bien jurídico que es la de demostrar su lesión o puesta en peligro. El concepto de función está dado por una relación de variables a partir de puntos de referencia de algo. Por sí sola no tiene un significado, sino solamente en el contexto de una relación. Por ello, la función del bien jurídico no constituye su valor y por lo tanto, no se la puede confundir con un bien. La distinción es de suma importancia pero no puede partir de la propia norma y de su infracción. Ningún concepto de función puede derivar exclusivamente de los fines que persigue.⁽¹³⁾ La función primordial del bien jurídico es la de actuar como límite a la aplicación del poder punitivo. Como sostuvimos antes, traza la base del injusto y además opera como objeto de referencia de la imputación cuando se demuestra lesión o peligro. Debe reunir la característica de universalidad, que le dará subsistencia como valor independiente de una relación y de sustancialidad, como dato real, material o inmaterial, capaz de ser lesionado por una conducta humana.

Para determinar la posibilidad efectiva de lesión a bienes jurídicos inmateriales o colectivos se deberá efectuar un procedimiento de demostración que consiste en determinar si esos bienes pueden ser reducidos o entendidos como bienes personales.

No debe tomarse el concepto de bien jurídico solamente desde un punto de vista normativo sino como un dato objetivo del ser, porque no se

(11) JUARES E. X. TAVAREZ, *Bien jurídico y función en el Derecho penal*, colección Claves del Derecho Penal, n° 3, ed. Hammurabi, p. 67.

(12) *Op. cit.*, p. 6.

(13) *Op. cit.*, p. 8.

trata solamente de un valor, sino de un valor que puede afectar el desarrollo de la persona humana. Así se evitarán incriminaciones contrarias al principio de lesividad y que sólo tienen en mira una simple función de control estatal. Ejemplo: el medio ambiente es un bien colectivo que comprende el sol, el agua, el aire y demás elementos de la naturaleza. Si se lo reduce como un bien esencial de la persona humana que hace a su desarrollo individual y dentro de la sociedad, será susceptible de ser lesionado concretamente por alguna acción humana. En cambio, si se lo entiende como un bien en sí mismo, solo podrán regularse acciones de control para su protección pero no como resultado de una conducta que derive en un delito.

En cuanto a tipos penales, se distinguen distintas categorías según la forma en que se ataca el bien jurídico. Así, habrá tipos de lesión cuando exista una efectiva destrucción o disminución y, otros donde será suficiente la constatación de que el bien jurídico haya sido puesto en peligro. Existirán acciones que se criminalizan antes de que se concrete en una lesión, como el caso de la tentativa. Sin embargo, el problema está dado sobre la clase de peligro, es decir, sobre la forma en que se exprese, ya sea como una acción peligrosa o una acción que ponga en riesgo al bien jurídico. Este último supuesto, de peligro concreto, no ofrece mayores inconvenientes, ya que es verificable en el plano objetivo. El problema radica con los denominados delitos de peligro abstracto, en los cuales se sanciona una conducta que es intrínsecamente peligrosa, cuestionándose que esa acción todavía no afectó ningún bien jurídico y, por tanto, su punibilidad resulta de un adelantamiento a etapas previas y por ende, ausentes de lesividad.

Dicho esto, debemos preguntarnos acerca del alcance del término "daño" como sinónimo de lesión. Por un lado, comprende un aspecto material dado por cualquier cosa con aptitud para causar dolor o quitar los medios del placer. Arturo Rocco explica que es todo aquello que causa dolor por contraposición al placer. Si la satisfacción de las necesidades humanas causa placer, daño es todo aquello que causa insatisfacción porque quita los medios para satisfacer esas necesidades. Por eso, daño es lo que quita o disminuye a la persona un bien de la vida y, porque lo que quita o disminuye un bien es un mal, daño es, en este sentido, sinónimo de mal. Luego, concluye que se trata de la modificación del mundo exterior que produce la pérdida o la disminución de un bien o de

un interés humano.⁽¹⁴⁾ A su vez, amplía el concepto y aclara que interés es el bien que tiene como característica “todo lo que puede satisfacer una necesidad”.⁽¹⁵⁾

Esta necesidad se traduce en otra, la de establecer si la existencia de una lesión va a limitar la aplicación de la ley penal. En cuanto a los delitos de peligro cabe ver cuál es el daño que el peligro ocasiona para los distintos bienes. Y aquí entra a jugar el factor del tiempo que hará más o menos probable que el peligro se concrete como lesión. Tendremos posibilidades lejanas a lesiones concretas y también otras más cercanas a la realidad. Ello se traduce en que hay distintos grados de probabilidad pero ello no excluye la posibilidad de lesión de algún interés.

Por ejemplo, sostener criterios tales como que el delito de tenencia de armas resulta inconstitucional porque no se lesiona ningún bien jurídico y que tan solo se trataría de una falta administrativa determinada por la no inscripción del arma, resulta rebatible, en consonancia, con lo ya expuesto si se sostiene el argumento de que no se trata de aquello que el tenedor pudiera hacer con el arma sino que, para el Estado y para toda la sociedad, resulta alarmante que existan en circulación armas sin que se sepa a quién pertenecen, de dónde salen, a quién se transmiten, etc. Ello afecta, lesiona, sin lugar a dudas el bien jurídico “seguridad pública” dentro del cual se encuentra tipificada la conducta. El componente de lesividad se comprueba con el dato objetivo de no contar con la debida autorización expedida por la autoridad habilitada para tal efecto. Por lo tanto, no se busca con este tipo penal adelantar la intervención estatal a modo de reducir los riesgos que pudieran concretarse en graves daños futuros hacia otros bienes,⁽¹⁶⁾ sino la de establecer que existen ciertas acciones que, en sí mismas, afectan otros intereses también fundamentales de la sociedad y que el Estado debe igualmente proteger de acuerdo a los fines que persigue.

(14) Estas conclusiones fueron extraídas del artículo de Eduardo Aguirre Obarrio, *Un paseo por el peligro*, publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año 2, Número 3, Ad-Hoc, 1996, p. 69.

(15) *Idem* nota anterior, p. 70.

(16) Aquí existen voces que aluden a que con esta forma de tipificar conductas disvaliosas se terminaría en un camino donde se volvería punible el peligro del peligro, y más tarde, el peligro del peligro del peligro. Bien a ello cabe citar nuevamente al doctor Aguirre Obarrio [*op. cit.*, Nota 13], que en breves palabras rebate este argumento diciendo que “... se trata

4. Distintas posiciones en torno a la relación de peligro y lesividad

Desde un punto de vista filosófico podríamos comenzar diciendo que las cosas son o no; suceden o no suceden. Desde esa premisa, sólo debiera tratarse o considerarse relevante aquello que es real, porque lo que solamente es posible no tiene esa condición y, por lo tanto, no existe en el mundo de lo concreto, son solo apariencias. El peligro allí no existe en realidad porque todavía no "es" y para equiparlo debemos entrar en el ámbito de la subjetividad.

Dentro del espectro de posibilidades habrá condiciones que influirán en que se conviertan en realidades y también existirán otras que condicionarán a la desaparición del peligro. Es decir, que dependiendo de ciertas condiciones, como la naturaleza de la acción, factores causales, así como el tiempo, aquello que se inició como una posibilidad tendrá, o no, capacidad de concretarse en algo real o desaparecer. Esto es en gran parte cierto, pero no en su totalidad porque el peligro es algo más que una posibilidad, es decir como algo que puede ser o no ser.

Sin embargo, quienes explican esta posición sostienen que cuando se castiga una acción típicamente peligrosa no se cumple con los criterios de lesividad dado que se parte de una perspectiva *ex-ante*, el peligro como posibilidad y no *ex-post*, como resultado.⁽¹⁷⁾

Esto llevó a pensar que solamente hay un Derecho Penal de lesión y, hasta tanto aquella acción peligrosa no se concrete por vía de la causalidad en un resultado lesivo, queda amparado bajo el principio de reserva.⁽¹⁸⁾ Pero vista de este modo a la lesión, como algo material y tangible nos lleva a limitar el concepto de bien jurídico que antes definimos de manera amplia, quedando de lado aquellos que, por su característica inmaterial, resultan muy difíciles de objetivar. En algunos bienes jurídicos será sencillo poder establecer el límite entre una disminución o una anulación de esa relación

de una designación impropia, porque el peligro es el mismo, contemplado con anterioridad. Podemos decir que un joven es un proyecto de hombre maduro y que un niño es un proyecto de joven. Pero decir que un niño es un proyecto de un proyecto, no. El niño está más lejos, pero el proyecto es el mismo. Tal cual sucede con el peligro", ver p. 74.

(17) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, TERESA, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Rubinzal-Culzoni, p. 30.

(18) Esta posición fue afirmada por Sebastián Soler. Ello surge del desarrollo del artículo del doctor Marcelo A. Sancinetti, "*Tipos de peligro, en las figuras penales (homenaje al profesor Carlos Creus)*", publicado en los Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Año VII, n° 12.

de disponibilidad, ejemplo, la vida, el patrimonio, la salud. Pero existen otros tantos bienes jurídicos en los cuales resulta muy difícil establecer esa marca. Ejemplo: el medio ambiente, la seguridad.

Otra posición⁽¹⁹⁾ sostiene que la problemática está dada porque en los delitos de peligro concreto, el peligro es un elemento del tipo que puede ser constatado por el juez en un caso concreto y que opera como un elemento del tipo objetivo. En vez de resultado lesivo hay peligro lesivo. En cambio, en los delitos de peligro abstracto, existen indicios de peligrosidad determinados por la ley. Pero, aunque la ley releve una acción peligrosa, lo cierto es que el peligro debe ser constatado *ex-post*, en un caso dado.

En realidad, los delitos de peligro son en sí mismos supuestos de tipos penales en los que la mera comprobación de la conducta condiciona la afectación del bien jurídico. Lo que se castiga no es lo que pudiera haber ocurrido, no se trata de castigar una mera probabilidad⁽²⁰⁾ de ocurrencia de un evento dañoso, sino que lo que se castiga es que la conducta es intrínsecamente peligrosa. Lo que desvalora el legislador es la conducta peligrosa, no lo que pudo haber ocurrido, a partir de ella.

Por eso, en cualquier caso, más allá de la técnica legislativa con que el tipo penal está redactado, será tarea del juez determinar si en el caso concreto, se afectó el bien jurídico por lesión o por peligro. Los criterios de lesividad siempre deben guardar relación con el hecho concreto.⁽²¹⁾

No puede soslayarse que existen quienes afirman que “en los delitos de peligro abstracto el peligro no integra el tipo penal y, por lo tanto, no debe ser demostrado, ya que es la *ratio legis* del legislador, es decir, el motivo que lo llevó a crear la figura delictiva”.⁽²²⁾ Obviamente, esto acarrea un problema que va más allá de una técnica legislativa deficiente,

(19) SCHRÖDER, citado por Teresa Rodríguez Montañez.

(20) SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal*, t. IV, p. 562.

(21) En este sentido se sostiene que los delitos de peligro abstracto son aquellos en los que se castiga la conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado. En los (delitos) de peligro abstracto... se castiga una acción “típicamente peligrosa” o peligrosa “en abstracto” en su peligrosidad típica, sin exigir que en el caso concreto se haya puesto efectivamente en peligro el bien jurídico protegido (confr. Entre otros, Mayer, Frank, Welzel, Schmidhäuser, Stratenwerth, Jescheck, Jakobs, Roxin, Jiménez de Asua, todos citados por Teresa Rodríguez Montañés en *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 30.

(22) CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de derecho penal español. Parte general*, t. II, p. 328.

fundamentalmente porque la afectación a un bien jurídico se presume *iure et de iure* y ello puede vulnerar principios de legalidad y culpabilidad. Es preferible otra forma de entender el concepto de peligro, como aquel que puede ser visto como una cosa en sí, objetivado, reflejo de una situación que se da en la realidad. Tiene objetividad desde el momento en que la norma se considera agredida cuando se desarrolla en el mundo exterior una conducta que altera el *status* del medio social y que por sí misma es idónea para producir una repercusión en el ámbito de la sociedad.⁽²³⁾

Una cosa es una acción peligrosa, que puede ser objetivada, y otra, lo que pueda suceder a partir de esa acción, que es hacer futurología, y va en contra del postulado del art. 19 CN. Ciertamente, el peligro juega dentro de esta evolución de lo posible a lo real. Ubicado el concepto, volvemos a la segunda pregunta, relativa a si es suficiente un conocimiento general de peligro como dato objetivo y si tiene efecto lesivo sobre algún bien jurídico. No debemos confundir la objetividad del peligro con factores de naturaleza subjetiva, como sensaciones o sentimientos que se toman en cuenta para integrar el concepto de peligro. Este problema hará que pasemos del peligro al riesgo, que veamos el riesgo como alarma y luego como sinónimo de miedo. El miedo transforma lo objetivo en subjetivo por eso el Estado necesita actuar para evitar males futuros.

Una opinión distinta es la que nos da Bacigalupo, en lo relativo a los delitos de peligro abstracto cuando afirma que en realidad son ilícitos menores y, por lo tanto, meras desobediencias que no ponen en riesgo a los bienes jurídicos.⁽²⁴⁾ Pareciera que aquí nos hablara de más de una categoría de bienes cuando alude a ilícitos menores y desobediencias, pero aunque así fuera, no por ello puede afirmarse que no exista lesividad en los términos del art. 19 CN. Verdaderamente, cuando hablamos de ilícito, desobediencia, delito o contravención, hablamos de una acción conminada con algún tipo de sanción, eso es Derecho Penal. Lo que se sanciona es la conducta contraria al derecho de otro, que podrá ser una persona individual o el Estado mismo.⁽²⁵⁾

(23) BAIGÚN, DAVID, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo. Colección Maestros del Derecho Penal*, ed. BdF, n° 23, 2007.

(24) BACIGALUPO, ENRIQUE, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, 2da. ed., España, Akal ediciones, 1994.

(25) En apoyo de mi postura me atrevo a citar a Birnbaum (*op. cit.* 1) cuando explica con meridiana claridad que "... si se predica de las contravenciones de policía que ellas no son acciones antijurídicas en sí mismas, o bien que representan acciones que en un principio eran jurídicamente posibles pero que el Estado está legitimado para prohibirlas, así como que di-

Una posibilidad más. Si sostenemos que la norma tiene por función expectativas de comportamiento y está allí a modo de asegurar la confianza en una sociedad, el quebrantamiento de ésta es una cuestión de hecho. La sola infracción o la comprobación de un riesgo desaprobado de la norma es lesión y no interesaría nada más. El peligro verificado como dato de la realidad y porque está en la norma sería suficiente. Claro que una posición que adopta una función reductora del poder punitivo no puede sostenerlo porque la construcción de la tipicidad debe establecer el pragma típico y excluir la tipicidad cuando no medie conflictividad. De esta manera, se podrá determinar la lesividad y la capacidad objetiva de imputación del agente. No habrá conflicto cuando una acción no lesione a nadie, más allá de la forma de redactar el tipo por el legislador.

5. Conclusión

El problema del peligro es que no se trata de punir lo posible e incierto sino que las acciones con esa característica, peligrosas, pueden lesionar de un modo concreto al bien jurídico, pero que deberá relevarse en cada caso concreto, más allá de la forma elegida por el legislador para redactar la norma, como acción peligrosa o como acción con componente lesivo. En ambos casos, el peligro debe verificarse de manera objetiva, y también establecer que ha mediado una disminución en la relación de disponibilidad producto de ese peligro con el bien jurídico.

El camino a seguir debe ser el de someterse a una estricta evaluación de legitimidad en cada caso como modo de contribución para que el legislador haga uso de esta clase de tipos bajo criterios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad. De este modo, estaremos prevenidos de no caer en criterios que fundamentan las normas en criterios funcionales o utilitaristas.

cha prohibición fundamenta un derecho a la obediencia, si luego, se prosigue diciendo que el concepto de una contravención de policía emerge del derecho a la obediencia protegido a través de la conminación de una pena, derecho que, empero, es lesionado nada menos que merced a la comisión de la acción prohibida, entonces queda de manifiesto que ésta no puede ser denominada una lesión de derechos debida a la amenaza de una ley penal, sino que es la acción que ha sido prohibida y conminada con una pena, la cual adquiere la calidad de lesión de derechos sólo cuando es cometida, esto es, si se la ejecuta a despecho de haberse publicado la prohibición penal... Si una acción no es antijurídica cuando queda sin resultado, tampoco puede serlo cuanto lo tiene. El derecho de exigir que nadie nos lesione comprende en sí al mismo tiempo el de exigir que nadie nos coloque en peligro jurídico. Por ende, atendiendo a este segundo derecho análogo, las acciones jurídicamente peligrosas constituyen verdaderas lesiones de derechos”.

En definitiva, lo que pretendemos es destacar la trascendencia del bien jurídico como elemento limitador de la aplicación de la potestad punitiva por parte del Estado. A partir de allí, la comprobación de lesión o peligro concreto resulta indispensable para que no se amplíe irracionalmente la facultad persecutoria estatal.⁽²⁶⁾



Bibliografía

- AGUIRRE OBARRIO, EDUARDO, De paseo con el peligro. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año 2, Número 3, Ad-Hoc, 1996.
- AGUIRRE OBARRIO, EDUARDO, Segundo paseo con el peligro. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año 3, Números 4-5, Ad-Hoc, 1997.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, Derecho penal. Parte General, 2da. ed., Hammurabi.
- BAIGÚN, DAVID, Los delitos de peligro y la prueba del dolo, colección Maestros del Derecho Penal, BdF, n° 23, 2007.
- BIRNBAUM, JOHANN MICHAEL FRANZ, Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito, colección Maestros del Derecho Penal, BdF, n° 32, 2010.
- CEREZO MIR, JOSÉ, Curso de derecho penal español. Parte general, BdF.
- DONNA, ALBERTO, Derecho Penal. Parte general, Rubinzal-Culzoni, 2006.
- DONNA, ALBERTO, Teoría del delito y de la pena, Astrea.
- FERRAJOLI, LUIGI, Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, 8da. ed., Trotta, 2008.
- MAIER, JULIO; CÓRDOBA, GABRIELA (compiladores), ¿Tiene un futuro del derecho penal?, Ad-Hoc, 2009.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉZ, TERESA, Delitos de peligro, dolo e imprudencia, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- ROXIN, CLAUS, Derecho penal. Parte general, Civitas.
- SANCINETTI, MARCELO A., Tipos de Peligro, en las figuras penales (homenaje al profesor Carlos Creus), Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año 7, Número 12, Ad-Hoc, 2001.
- SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal argentino*, Tea.
- ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *Derecho penal*. Parte general, Ediar.

(26) "Las principales consecuencias de este principio pueden sintetizarse en que: a) el Estado no puede establecer una moral; b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral y c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad. Como consecuencia de lo anterior, las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el Estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta." (Dr. Lorenzetti, según su voto, en el Fallo "Arriola" ya citado).

Límites temporales al poder punitivo



Conferencias



Obligación internacional de investigar y esclarecer violaciones de derechos humanos

Una relectura del “Caso Bulacio vs. Argentina” y su repercusión en el ámbito de la prescripción penal

MARÍA VIRGINIA DUFFY⁽¹⁾



1. Introducción

A partir del año 1983 y hasta la fecha, nuestro país, a través de sus diferentes gobiernos, ha manifestado su voluntad de insertarse en el ámbito internacional e interamericano mediante la ratificación y aprobación de numerosos instrumentos de derechos humanos, proceso que alcanzó mayor intensidad a partir de la reforma constitucional de 1994 con la incorporación con jerarquía constitucional de aquellos instrumentos internacionales e interamericanos que conforman la base normativa de cada sistema.

La decisión que marca de manera trascendente dicho proceso puede situarse en el año 1984, con la aprobación de la CADH y la aceptación de la

(1) Universidad Nacional de Tucumán y Universidad Nacional del Litoral, Argentina

competencia de la Corte IDH. Tal decisión se justificó en la necesidad de buscar un antídoto contra posibles regresiones autoritarias y garantizar la no repetición de violaciones aberrantes a los derechos humanos mediante la inserción del país en el sistema internacional de protección de derechos humanos.⁽²⁾

Lo cierto es que, desde entonces, nos encontramos condicionados a analizar nuestro derecho interno de manera articulada con el derecho internacional de los derechos humanos.

El derecho penal no escapa a tal exigencia, a pesar a las resistencias y polémicas que su incorporación ha desatado en ciertos sectores de la doctrina, particularmente sobre el argumento de que los estándares y principios de derechos humanos producirían un supuesto **ensanchamiento** de los límites del sistema penal.⁽³⁾

Asumiendo que nos posicionamos entre quienes consideran la sujeción del sistema penal al mástil de los derechos humanos como garantía de consolidación democrática, proponemos analizar algunas consecuencias de la obligación internacional de investigar y esclarecer violaciones de derechos humanos en el proceso penal y, particularmente, sus repercusiones en el instituto de la prescripción.

2. Obligaciones de respeto y garantía: obligación de investigar y sancionar violaciones de derechos humanos

El art. 1.1 de la CADH dispone: “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 jurisdicción, sin discriminación...”.

La obligación de respeto consiste en cumplir con la conducta establecida en cada norma convencional, ya sea absteniéndose de actuar o efectuando una prestación.

.....

(2) ABRAMOVICH, VÍCTOR, “Transplante y Neopunitivismo. Debates sobre la aplicación de los derechos humanos en Argentina”, en Tiscornia, Sofía, *Activismo de los Derechos Humanos y Burocracias Estatales. El caso Walter Bulacio*, Ediciones del Puerto/CELS, 2008, pp. 249-268.

(3) Ver PASTOR, DANIEL, “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa de desprestigio de los derechos humanos”, en *Nueva Doctrina Penal*, Bs. As., Ediciones Del Puerto, 1993.

La obligación de garantía, se traduce en un conjunto de deberes que asume el Estado a efectos de promover, a través de sus órganos, la posibilidad real y efectiva de que sus ciudadanos ejerzan los derechos y disfruten las libertades que se les reconocen. Es decir, el Estado está obligado a crear condiciones efectivas de goce y ejercicio de los derechos consagrados en la Convención.⁽⁴⁾

En supuestos donde se producen violaciones a derechos humanos, la obligación de garantía se traduce en el deber del Estado de **investigar y juzgar a los responsables**, deber que recae, conforme la estructura estatal argentina en el Ministerio Público Fiscal y en el Poder Judicial, particularmente en el ámbito de la justicia penal.

Según la Corte IDH, los Estados están conminados en el ámbito interno a establecer la verdad de lo ocurrido —determinando las circunstancias en que se produjeron los hechos e individualizando a los responsables—, a juzgar a quien/quienes se determinen como responsables, y a reparar a las víctimas. Ello bajo la comprensión de que las situaciones de impunidad habilitarían un espacio propicio para la reproducción sistemática de violaciones de derechos humanos.⁽⁵⁾

El análisis del contenido de dicha obligación y de las consecuencias de su incumplimiento, nos exige realizar algunas referencias al fallo emitido por la Corte IDH en el “Caso Bulacio vs. Argentina”,⁽⁶⁾ de 2003, donde se

.....

(4) CORTE IDH, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, 28/07/1988, Serie C N° 4, párr. 166.

(5) Razonamiento constante desde el “Caso Godínez Cruz vs. Honduras”, 20/01/1989. Serie C N° 5, párr. 185 primera parte, citado por Nash y Sarmiento, en *Reseña de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (2006).

(6) El objeto de la causa fue una demanda contra el Estado Argentino por incumplimiento de su obligación internacional de investigación y juzgamiento, con la consecuente lesión del derecho de protección judicial de la víctima, situación gestada en una causa judicial donde se investigaba la detención arbitraria, tortura y posterior muerte del joven Walter Bulacio por personal de policía federal, hecho producido en el mes de abril de 1991. El Estado Argentino admitió su responsabilidad internacional por la detención de Bulacio, considerando que, en el caso, se había incurrido en una falta de apropiado ejercicio del deber de custodia del detenido, no se habían adoptado medidas de protección al menor de edad y, por las particulares circunstancias de los procedimientos utilizados, entendió violados los derechos a una decisión en plazo razonable y el acceso a un recurso judicial efectivo (arts. 2, 5, 19, 4, 8, y 25 de la CADH). Cabe advertir que, en razón de las dilaciones constatadas en la substanciación del proceso penal, mientras se tramitaba la demanda ante la Corte IDH, el único imputado en la causa judicial (Comisario Miguel Espósito) fue sobreseído por prescripción de la acción penal (Cámara del Crimen, Sala VI, Causa “Espósito Miguel s/ Incidente de prescripción de la acción penal”, 22/11/2002). La Corte IDH con fecha 18 de setiembre de 2003 se expidió sobre

ordenó al Estado proseguir y concluir la investigación de los hechos perpetrados en perjuicio de Bulacio y sancionar a los responsables.

La Corte IDH, en los apartados 110 a 121 bajo el título “Otras formas de reparación”, desarrolla el contenido de la obligación de investigación y sanción, e inicia sus consideraciones recordando que los Estados partes de la CADH asumieron el deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción, lo que requiere la adopción de medidas para prevenir y sancionar conductas lesivas a los derechos fundamentales⁽⁷⁾ por parte de sus propias fuerzas de seguridad del Estado o de terceros que actúen con su aquiescencia.⁽⁸⁾

Respecto al modo como debe ejecutarse la obligación de investigar, afirmó que ésta debía cumplirse “con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”.⁽⁹⁾ La investigación que el Estado lleve a cabo en cumplimiento de esta obligación “debe tener un

.....

el caso y, entre otras medidas, dispuso que el Estado Argentino debía proseguir y concluir la investigación del conjunto de los hechos del caso y sancionar a sus responsables. La CSJN mediante sentencia del 23/12/2004, dejó sin efecto aquella sentencia que declaraba prescripta la acción penal, dispuso se iniciaran actuaciones administrativas contra los magistrados que substanciaron la investigación penal viciada, y ordenó que la causa vuelva al tribunal de origen para que emita un nuevo pronunciamiento. Respecto a la decisión adoptada por la CSJN, cabe destacar que, no obstante explicitar su disidencia con algunos de los argumentos del tribunal interamericano —particularmente respecto a la inaplicabilidad en el caso del instituto de la prescripción—, consideró que lo decidido por dicho órgano resultaba de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino, al tenor de lo normado por el art. 68.1 de la CADH (“Los Estados partes de la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”).

(7) En el “Caso Garibaldi vs. Brasil”, la Corte IDH refiere con claridad a la extensión de la obligación de garantía a cargo del Estado afirmando que “para cumplir con la obligación de garantía los Estados deben, no solo prevenir, sino también investigar las violaciones a los derechos humanos reconocidos en ese instrumento, como las alegadas en el presente caso y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por las violaciones de los derechos humanos” (parág. 112).

(8) Ver Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 4, párr. 110; Caso Bámaca Velásquez, supra nota 30, párr. 172; y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63, párrs. 144-145. En igual sentido, Comentario General N° 6 (Décimo sexta sesión, 1982), párr. 3, supra nota 123; María Fanny Suárez de Guerrero v. Colombia. Comunicación N° R.11/45 (5 de febrero de 1979), U.N.Doc. Supp. N° 40 (A/37/40) en 137 (1982), p. 137).

(9) Ver Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 4, párr. 144; Caso Bámaca Velásquez, supra nota 30, párr. 212; y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), supra nota 69, párr. 226.

sentido y ser asumida como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad”.⁽¹⁰⁾

A la luz de tales precisiones, la Corte valoró que en el causa judicial donde se investigó la muerte del joven Bulacio, el órgano judicial no cumplió con su obligación de controlar la **manera de ejercer** los medios que la ley pone a servicio de la defensa, para evitar dilaciones, afirmando que “el derecho a la tutela judicial efectiva exige que los jueces dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos”.

Luego de efectuar la descripción de tales circunstancias particulares, la Corte analiza la prescripción invocada en la causa penal y, recordando sus precedentes sobre la **inadmisibilidad de las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno para impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos**, afirma que el Estado no puede invocar la prescripción de la acción penal para justificar el incumplimiento de su obligación convencional de investigación.

3. Derivaciones de la obligación internacional de investigar y juzgar violaciones de derechos humanos en el derecho interno

Las repercusiones del fallo Bulacio en el ámbito académico y social se circunscribieron a la presunta restricción a las garantías de los imputados que devendría del cumplimiento de la obligación de juzgamiento de violaciones a derechos humanos, atento la inadmisibilidad de disposiciones de prescripción o de otros obstáculos a la perseguibilidad penal que la acompañarían como consecuencia inherente.

Sin desconocer la importancia de tales consecuencias —sobre todo para quienes consideran que la prescripción de la acción penal supone una garantía del imputado ínsita en el principio constitucional de legalidad—,⁽¹¹⁾

.....

(10) Ver Caso Juan Humberto Sánchez, supra nota 4, párr. 144; Caso Bámaca Velásquez, supra nota 30, párr. 212; y Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), supra nota 69, párr. 226.

(11) Ver JAKOBS, GUNTER, *Derecho Penal. Parte general: Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 83 y ss., y ZIFFER PATRICIA, “El principio de legalidad y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad”, en *Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje a Julio Maier*, Ediciones del Puerto, 2005, p. 745 y ss.

consideramos que resulta imprescindible desarrollar la extensión, y particularidades de la obligación internacional referida, para poder individualizar y contextualizar sus efectos.

A tal fin, nos parece conveniente distinguir tres situaciones:⁽¹²⁾ a) cuando las conductas lesivas sean atribuibles a particulares; b) cuando las conductas lesivas involucren la participación de agentes estatales; c) cuando las conductas lesivas configuren crímenes internacionales.

4. Conductas atribuibles a particulares: deber de substanciar procesos penales racionales e igualitarios

Cuando el Estado no ha podido arbitrar medios suficientes para evitar o prevenir situaciones de lesión de derechos fundamentales, se encuentra obligado a garantizar el acceso a la jurisdicción de la víctima y la substanciación de una investigación seria a fin de determinar la verdad de lo sucedido y sancionar a quien/quienes se individualicen como responsables.⁽¹³⁾

De conformidad con la normativa constitucional vigente en Argentina, el derecho de defensa implica tanto el derecho de cualquier persona **de acceder a los tribunales de justicia para reclamar el reconocimiento de un derecho y demostrar el fundamento del reclamo**, como el derecho de la

(12) En igual sentido se expresa la Comisión IDH en su "Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos" de fecha 31 de diciembre de 2009 al tratar la obligación de investigación de los Estados.

(13) En el "Caso Garibaldi vs. Brasil", la Corte IDH desarrolla con precisión lo que considera es una investigación penal seria, afirmando que "A la luz de ese deber, cuando se trata de la investigación de una muerte violenta como en el presente caso, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles, y orientada a la determinación de la verdad. Esta Corte ha especificado los principios rectores que es preciso observar en una investigación cuando se está frente a una muerte violenta. Conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, las autoridades estatales que conducen una investigación de este tipo deben intentar como mínimo, *inter alia*: a) identificar a la víctima; b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal de los responsables; c) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; d) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte, y e) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen, se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados". Tales manifestaciones se efectúan con cita de lo dispuesto en el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de las Naciones Unidas. (párr. 114 y 115).

persona demandada de **argumentar y demostrar la falta total o parcial de fundamento de lo reclamado en su contra** (art. 25, 8.1 en correlación con el art. 1.1. de la CADH; preámbulo de la CN "afianzar la justicia").⁽¹⁴⁾

Desde tal definición y en atención a la obligación del Estado de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos a las personas sujetas a su jurisdicción, el mismo estaría compelido a arbitrar medios adecuados para garantizar el derecho de defensa de la víctima, mediante una tutela judicial efectiva, y el derecho de defensa en juicio del imputado, a través del cumplimiento irrestricto de las normas que regulan el debido proceso legal.

A efectos de verificar el cumplimiento de los deberes estatales referidos en el marco de un proceso penal, el Estado debería poder demostrar que ha substanciado una investigación **inmediata, exhaustiva, seria e imparcial**. Lo que supone poder establecer en forma convincente y creíble que el resultado de la investigación (cualquiera que éste fuere)⁽¹⁵⁾ no ha sido producto de la ejecución mecánica de ciertas formalidades procesales, desentendidas de la búsqueda efectiva de la verdad.⁽¹⁶⁾

La obligación del Estado de investigar violaciones de derechos humanos atribuibles a particulares, requiere la substanciación de un proceso penal donde las partes puedan ejercer su derecho de defensa con amplitud, y la autoridad judicial arribe a una sentencia que incorpore el mínimo de justicia material exigido por el ordenamiento constitucional, dentro de un plazo razonable.⁽¹⁷⁾ Y en el supuesto de que el proceso penal no cumpla con tales premisas de validez, el Estado debería contar con recursos internos

.....

(14) CAFFERATA NORES, *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, 2da. ed. actualizada por Santiago Martínez, Bs. As., CELS/Ediciones del Puerto, 2008.

(15) Considerando que se trata de una obligación de medios no de resultados ("Caso Garibaldi vs. Brasil", párr. 113).

(16) La obligación aludida y su cumplimiento no incluye la existencia de una sentencia condenatoria, es decir que no exige imperativamente y en todos los casos que para demostrar su cumplimiento se determine un culpable o se acrediten los hechos. Ver CIDH Informe 33/04.

(17) Para la Corte IDH la razonabilidad de un plazo procesal se deduce de la valoración de los siguientes elementos: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales. Ver "Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua", supra nota 93, párr. 77; "Caso Escué Zapata vs. Colombia", supra nota 30, párr. 102; y "Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá", supra nota 10, 149.

que permitan a las partes solicitar la revisión del proceso viciado a efectos de su anulación, en caso de ser ésta pertinente.⁽¹⁸⁾

La Corte IDH ha considerado que cuando un Estado no investiga seriamente violaciones de derechos cometidas por particulares, se comporta como auxiliador del imputado, al gestarle —desde su omisión— una situación de impunidad,⁽¹⁹⁾ manteniendo con su falta de diligencia la situación de poder gestada en el hecho ilícito, en detrimento de la víctima.

Consecuentemente, una vez vigente la obligación de investigación y juzgamiento a cargo del Estado, las omisiones tendientes a eludir su cumplimiento comprometerían su responsabilidad internacional,⁽²⁰⁾ y generarían la obligación de reparar a la víctima los daños causados por violación del deber de debida diligencia a su cargo. Pero tales situaciones no habilitarían, en principio, la posibilidad de revisar o reabrir un proceso penal ocluido por efecto de obstáculos a la persecución penal vigentes en el derecho interno.⁽²¹⁾

.....

(18) En cuanto a la arbitración de mecanismos de derecho interno para revertir los efectos ilegítimos de procesos penales viciados, única obligación del Estado en este espectro de situaciones, cabe reparar en el desarrollo jurisprudencial de Corte Constitucional Colombiana, que ha desempeñado una tarea novedosa controlando la sujeción de los actos de gobierno a las reglas constitucionales sobre las que se funda y se sustenta el sistema democrático. En tal cometido, la Corte Constitucional Colombiana ha desarrollado en su amplitud el concepto de cosa juzgada fraudulenta para anular sentencias emitidas al amparo de procedimientos penales viciados a los que ha calificado como vías de hecho judiciales, supuestos éstos que se configurarían ante la concurrencia de al menos uno de los siguientes vicios o defectos protuberantes: a) defecto sustantivo, que se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable; b) defecto fáctico, que ocurre cuando resulta indudable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión; c) defecto orgánico, se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; y d) defecto procedimental que aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido (Sentencia N° T-006/9; Sentencia C-543/92; Sentencia T-260/99; Sentencia T-295/09).

(19) Ver Caso Velásquez Rodríguez. Fondo, párr. 174, y Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C N° 5, párr. 188; Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 3 de abril de 2009, Serie C N° 196, párrafo 78.

(20) Por incumplimiento de normas convencionales de Derecho Internacional relativas al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas para establecer la verdad de los hechos. En este sentido causa "Garibaldi c/ Brasil" párr. 118 y 119.

(21) Lo afirmado no obstaría a que, en casos particulares donde se demuestre la existencia de un deber de debida diligencia agravado por la existencia de una situación previsible de riesgo —situaciones de violencia sistemática o estructural— el Estado deba responder de

5. Conductas atribuibles a funcionarios del Estado: especial obligación de esclarecer los hechos y límites legales al ejercicio de la prescripción

La segunda situación a analizar sería la relativa a aquella en que la conducta violatoria de derechos humanos resulte presuntamente atribuible a agentes del Estado, caso en el cual se generaría para el Estado una especial obligación de esclarecer los hechos y sancionar a sus responsables.

La Corte IDH da cuenta en este punto de aquellos supuestos en los cuales los presuntos responsables de la violación de derechos humanos se encuentran favorecidos por su vinculación con el Estado, posibilitándose la gestación de complicidades para promover su impunidad.

La reticencia de los órganos del Estado al momento de perseguir penalmente una criminalidad perpetrada por personas con clara vinculación con el poder puede advertirse en el uso —y abuso— de mecanismos legales para limitar el ejercicio o avance de la acción penal e impedir el dictado de una sentencia judicial condenatoria o absolutoria.⁽²²⁾

Frente a la evidencia emergente de tal realidad, la Corte IDH ha establecido que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, la cual fue definida como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”, particularmente cuando se encuentran involucrados agentes del Estado.⁽²³⁾

También ha manifestado que los funcionarios públicos y los particulares que entorpezcan, desvíen o dilaten indebidamente las investigaciones

manera más intensa, atento su posición de garante frente a la gestación de relaciones desiguales de poder que producen patrones de violencia. En este sentido se expidió la Corte IDH respecto al Estado mexicano en la causa “Campo Algodonero c/ Mexico” 2008. Ver análisis de Víctor Abramovich en “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Anuario de Derechos Humanos 2010, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile Facultad de Derecho.

(22) Entre otras, la causa por el homicidio del soldado Carrasco fue prescripta tras once años y dos meses de proceso (2005); y el caso “Kheyvis”, donde se investigaba a numerosos inspectores municipales por la muerte de 17 adolescentes y la lesión de otros 24 tras el incendio del local bailable en 1993, culminó por prescripción tras diez años de trámite.

(23) Ver Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra nota 10, párr. 148; Caso 19 Comerciantes, supra nota 15, párr. 175; y Caso Maritza Urrutia, supra nota 19, párr. 126, Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, párr. 170.

tendientes a aclarar la verdad de los hechos, deberán ser sancionados aplicando al respecto, con el mayor rigor, las previsiones de la legislación interna.⁽²⁴⁾

Enmarcada entonces en el objetivo de condicionar al Estado a prevenir y, en su caso, juzgar seriamente violaciones de derechos humanos perpetradas por personas amparadas por el poder, la Corte IDH ha efectuado referencias respecto a la improcedencia de la prescripción y de otros eximentes de responsabilidad.

No obstante, desde nuestra perspectiva, tales recomendaciones no estarían dirigidas a declarar la imprescriptibilidad de la acción en el caso, por la calidad particular del presunto responsable) sino a limitar el uso de obstáculos procesales que impidan el dictado de una sentencia condenatoria u absolutoria.

Por consiguiente, lo que corresponde analizar en este ámbito de la obligación internacional de investigación es si la naturaleza del instituto de la prescripción permite restringir sus efectos en casos particulares. Y la respuesta debe ser afirmativa.

El primer argumento que sostiene nuestra posición es la consideración de que la prescripción es un instituto de orden legal, no constitucional. La prescripción sólo posee una vinculación instrumental con normas constitucionales, en tanto configura una de las reglamentaciones posibles del principio constitucional e internacional de plazo razonable de duración del proceso (art. 18 y 75 inc. 22 CN; art. 6.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 14.3.c., y 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 8.1 y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 40.2.b.III de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Un segundo argumento surgiría de la desvinculación de la prescripción con las circunstancias que pertenecen al acontecer del hecho o aquellas de las que depende su punibilidad. El autor hace depender su actuación de la confianza en que concurran o no concurran esas circunstancias, pero nadie puede confiar en que no será castigado porque se va a producir la prescripción, circunstancia ésta sobre la que nada se puede afirmar al
.....

(24) Ver Caso del Caracazo. Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C N° 95, párr. 119; Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, párr. 173.

momento del hecho y de la que nadie puede fiarse.⁽²⁵⁾ La prescripción al momento del hecho no existe fácticamente.

Por consiguiente, atento a que el instituto de la prescripción no guardaría vinculación con garantías substanciales del imputado, la misma podría ser objeto de limitaciones o excepciones que deberán valorarse con carácter restringido y sobre criterios objetivos y generales, a fin de cumplir con la exigencia de previsibilidad y calculabilidad de las expresiones del poder punitivo que impone el Estado de Derecho,⁽²⁶⁾ evitando arbitrariedades.⁽²⁷⁾

Conforme tal perspectiva, consideramos que una respuesta plausible desde el derecho interno a efectos del cumplimiento de la especial obligación de esclarecimiento de los hechos y sanción de los responsables, en casos de violaciones a derechos humanos en los que intervengan agentes estatales, se habilitaría en el ámbito de las causales de suspensión del curso de la prescripción, en particular de aquella legislada en el segundo párrafo del art. 67 CP conforme el cual “la prescripción también se suspende en los casos de los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos aquellos que hubieren participado mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público”.

Dicha causal, introducida por la Ley de Ética en el ejercicio de la función pública (ley 25.188 de 1999), supuso una modificación substancial en su redacción original, la que hasta entonces sólo estaba referida a los delitos contra la Administración Pública.⁽²⁸⁾

.....

(25) ROXIN, CLAUDIA, *Derecho Penal Parte general. Fundamentos de la estructura de la Teoría del delito*, Madrid, Civitas, t.1, pp. 988/989, y STRATENWERTH, GÜNTHER, *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, Bs. As., Hammurabi, 2005, pp. 85/86.

(26) Ver STRATENWERTH, GÜNTHER, *Derecho Penal...*, op. cit., pp. 85/86.

(27) Un ejemplo de límites a la prescripción que no responden a tales premisas surgiría de la ley 14.034 —que establece penalidades para el argentino que por cualquier medio propicie la aplicación de sanciones políticas o económicas contra el estado argentino—, en la que se dispone que la prescripción de la acción no comenzará a correr mientras su autor se encuentre fuera de la jurisdicción nacional, la cual se encuentra vigente a la fecha. Tal causal de suspensión es introducida por el Estado para protegerse del accionar de un sujeto particular que en el año 1951 se dedicó a solicitar sanciones al Estado Argentino.

(28) En cuanto a los antecedentes del párrafo aludido cabe referir a la ley 16.648 y a la ley 17.567. La ley 16.648 de 1964 modificó el art. 67 del Código Penal, incorporando esta causa de suspensión para los casos de delitos contra la Administración Pública (CP Título XI Cap. VI a X). En el año 1968 la norma es ampliada por ley 17.567, incorporándose el Capítulo IX bis del Título XI entre los supuestos respecto de los cuales se aplicaba la suspensión. Ver LASCANO, CARLOS (H), “Extinción de acción y de penas”, en Baigún, David y

La ley referida determinó un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a **todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías**, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, **extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado**. Asimismo, provocó modificaciones en nuestro CP entre las que se incluye la reforma del art. 67, determinando la suspensión del curso de la prescripción para **todos los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública** mientras cualquiera de sus intervinientes desempeñe un cargo público.

No obstante la evidente amplitud de la reforma, la doctrina ha efectuado una interpretación restrictiva de la norma, tanto respecto a los delitos sobre los que opera⁽²⁹⁾ como a los cargos públicos involucrados.⁽³⁰⁾ Tal exegesis fue justificada en la consideración de que una interpretación amplia podría generar soluciones inequitativas o crear nuevas categorías de delitos imprescriptibles, por lo que resultaba necesario contextualizar la reforma en el fundamento originario de la causal del art. 67 CP —protección del buen funcionamiento de la Administración Pública—. ⁽³¹⁾

Sin perjuicio de tal interpretación, consideramos que la norma debe analizarse conforme los basamentos de la ley que la incorpora y no desde los motivos originarios de la causal que se reforma.

En tal sentido la Ley de Ética Pública se motivó en la necesidad de arbitrar mecanismos para sujetar las conductas de los funcionarios y empleados

.....

Zaffaroni, Eugenio R. (Dirs.) *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, 3ra ed., 2012, t. 2B, art. 62/63, p. 226 y ss.

(29) En este sentido a) delitos contra la Administración Pública (Título XI); b) delitos contra la propiedad que recaen sobre bienes o intereses pecuniarios del Estado (art. 173 inc. 7 y 174 inc. 5 del CP); c) delitos contra la libertad individual (art. 149 *bis* del CP) cometidos por un funcionario contra un particular. Ver LASCANO, CARLOS (H), *ibid.*

(30) En este sentido se cita a Zaffaroni, Alagia y Slokar, quienes analizan la norma del art. 67 CP segundo párrafo considerando que abarcaría sólo a los empleos estatales que por jerarquía o vecindad con la función pública permitan sospechar que pueden emplear su autoridad o influencia con el fin de perjudicar el ejercicio de la acción penal (ministro, secretario, subsecretario, juez) o de sus cómplices o personas de estricta confianza. Al respecto cabe advertir que el texto citado efectuaría una interpretación de la norma anterior a la reforma de 1999. Ver LASCANO, CARLOS (H), *ibid.*

(31) Ver LASCANO, CARLOS (H), *ibid.*, con cita de Hairabedian, Maximiliano y Zurueta, Federico, *La prescripción en el proceso penal*, Córdoba, Mediterránea, 2006, pp. 104/105.

públicos al imperio de la ley y al interés público, con miras a satisfacer el bienestar general (art. 2). Es decir que el objetivo de la ley fue el de poner un límite legal a la actuación de **todas** las personas que ejerzan una función pública, cualquiera sea su ámbito de competencia.

Por consiguiente, resultaría contrario a los fines de la citada ley limitar la causal de suspensión incorporada sólo a los delitos contra la Administración Pública, correspondiendo su aplicación a cualquier delito en el que uno de sus intervinientes ejerciese un cargo público, amplitud que posiciona a la causal referida como mecanismo idóneo para restringir la posibilidad de dilaciones en investigaciones penales que involucren a funcionarios del estado.

A la luz de las apreciaciones expuestas corresponde concluir que la suspensión de la prescripción en supuestos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública mientras cualquiera de sus partícipes se encuentre desempeñando un cargo público acercaría una sana solución legal a los problemas que plantea la investigación de delitos cometidos al amparo del poder, particularmente cuando los presuntos autores y/o partícipes integran fuerzas de seguridad,⁽³²⁾ impidiendo dilaciones temporales intencionales tendientes a garantizar su impunidad.

6. Crímenes internacionales: excepciones a la regla de la prescripción

Considerando la normativa internacional de derechos humanos vigente a la fecha, las únicas excepciones a la regla de la prescripción la configurarían los delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión conforme lo establecido por la **Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 1968**.

.....

(32) El Comité de Derechos Humanos del PIDCP, al efectuar sus observaciones finales sobre el estado de cumplimiento de los derechos civiles y políticos en Argentina, remarcó entre los principales motivos de preocupación las informaciones recibidas relativas a muertes ocasionadas como consecuencia de actuaciones violentas de la policía, en algunas de las cuales las víctimas fueron menores. Consecuentemente, recomendó al Estado Argentino la adopción de medidas para que hechos como los descritos no tengan lugar y para asegurar que los responsables de los mismos sean debidamente enjuiciados y castigados. (Comité de Derechos Humanos, 98 período de sesiones, Nueva York, 8 a 26 de marzo de 2010. Examen de los informes presentados por los estados parte. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Argentina).

Dicha excepción se fundamentaría en que tales crímenes implican conflictos que jamás pueden ser suspendidos porque su magnitud y significación hacen que la sociedad entera, nacional e internacional, los continúe vivenciando a pesar del paso del tiempo;⁽³³⁾ y en la necesidad de adoptar decisiones político-criminales que limiten toda posibilidad del Estado de evitar el juzgamiento de sus conductas lesivas, amparándose en mecanismos legales de su derecho interno.

Paralelamente, de conformidad con nuestra normativa interna, también son imprescriptibles, por mandato constitucional, **los delitos contra el orden constitucional y el sistema democrático, y la usurpación de funciones a las autoridades previstas por la Constitución o las de las provincias** (art. 36 CN).

La imprescriptibilidad de tales delitos implicó una variación substancial del criterio de política criminal vigente con anterioridad a la reforma,⁽³⁴⁾ que no fue casual sino que se justificó en la necesidad de dar un nuevo paso en la construcción de un relato común respecto de lo sucedido en la década del 70, constitucionalizando el informe *Nunca Más*. Conforme tal objetivo, se establecieron restricciones penales y políticas para facilitar el funcionamiento del sistema democrático,⁽³⁵⁾ bajo la idea —posiblemente inverificable— que la pena amenazada desalentaría futuros atentados contra el orden constitucional y la democracia.⁽³⁶⁾

Finalmente, también corresponde acotar que, en los últimos años en el ámbito interamericano se ha introducido el concepto de **graves violaciones a los derechos humanos**, definiéndose como tales **la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas**,⁽³⁷⁾ disponiéndose que en tales supuestos son inadmisibles las

(33) ZAFARRONI, EUGENIO R., ALAGIA, ALEJANDRA Y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2000, p. 843 y ss.

(34) Suspensión del curso de la prescripción hasta el restablecimiento del orden constitucional (ley 23.077).

(35) Ver ZAYAT DEMIAN, "El caso Patti y otra paradoja de la democracia", en Gargarella, Roberto (Coord.), *Teoría Crítica y Derecho Constitucional*, Bs. As., Abeledo Perrot, t. II, Cap. XLVI.

(36) Ver ORLANDO, FEDERICO, "Las paradojas de la democracia: excluyendo voces del proceso deliberativo", en Gargarella, Roberto (Coord.), *Teoría Crítica y Derecho Constitucional*, Bs. As., Abeledo Perrot, t. II, Cap. XLV.

(37) Lo ha afirmado en este sentido la Comisión IDH en su *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos* de fecha 31 de diciembre de 2009.

amnistías, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y, en su caso, la sanción de los responsables.⁽³⁸⁾

En torno a este ámbito de conductas se desarrollan las principales controversias respecto a la extensión y límites de la obligación de investigación y juzgamiento emergente de la normativa internacional de derechos humanos, sin perjuicio de que, como ha quedado evidenciado en los párrafos precedentes, la misma abarcaría un espectro más amplio y complejo de situaciones.

No obstante el escaso desarrollo que tiene a la fecha la categoría expuesta, consideramos que en todos los casos analizados por la Corte IDH donde ha utilizado este concepto,⁽³⁹⁾ se advierte la configuración de tres circunstancias fácticas relevantes: a) la constatación de violaciones **manifiestas** o **masivas** de derechos inderogables de la persona (vida, integridad física, libertad personal); b) la intervención responsable del Estado en la perpetración de las violaciones; c) el habilitación de mecanismos de derecho interno, particularmente amnistías, para impedir o evitar la investigación y el juzgamiento de las conductas lesivas perpetradas.

Conforme tal caracterización, la justificación de la imprescriptibilidad y la prohibición de amnistías efectuada por la Corte IDH devendría de que las conductas descriptas tipifican delitos de una gravedad similar a los delitos de lesa humanidad, y ante ello resulta necesario impedir que los Estados, de quien depende el ejercicio de la jurisdicción penal interna, obstruyan el juzgamiento de su propia conducta lesiva mediante el uso arbitrario de instrumentos legales de derecho interno como la prescripción o las amnistías.

Por ende, desde nuestra perspectiva, la comisión aislada o por particulares sin vinculación con el Estado, de alguno de los delitos calificados como **gra-**

.....

(38) Corte IDH, "Caso Barrios Altos vs. Perú". Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75, párrafo 41; Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154, párrafo 112; y Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C N° 148, párrafo 402.

(39) Caso Barrios Altos (ley de autoamnistía de violaciones masivas de derechos humanos cometidas en Perú entre 1980/1995); Caso Almonacid Arellano (aplicación de Decreto de Autoamnistía para sobreeser a los funcionarios de las fuerzas policiales responsables de la ejecución extrajudicial de un ciudadano durante gobierno de facto en Chile) Caso Masacre de Ituango (asesinato de civiles por grupos paramilitares con colaboración o consentimiento de las Fuerzas Públicas de Colombia). Tales casos son a los que remite la Comisión IDH cuando en el Informe sobre seguridad introduce este ámbito de la obligación de investigar.

ves violaciones de derechos humanos, resultaría insuficiente para habilitar la imprescriptibilidad, exigiéndose a tal efecto que la conducta lesiva pueda ser atribuida al Estado como parte de una práctica o política estatal.

7. Conclusiones

- a. El cumplimiento de la obligación de investigación y juzgamiento de violaciones a derechos humanos no supone el abandono de la protección del imputado en pos de la promoción de los derechos de la víctima. Los derechos humanos, desde su gestación, reconocen como fundamento la necesidad de proteger a las personas frente al poder, y en el ámbito penal se concentran específicamente en custodiarlas del poder punitivo, tanto de su inacción arbitraria (cuando se lesiona el derecho a la tutela judicial) como de su abuso (cuando se lesiona el debido proceso legal).
- b. No existe un derecho constitucional a gozar de obstáculos a la persecución punitiva, siendo la misma pasible de restricciones legales y de excepciones. En su caso, si se pretende efectuar una lectura constitucional del instituto, deberíamos referirnos al derecho del imputado a que se decida su situación en un plazo razonable. Y la prescripción en tal contexto es solo uno de los mecanismos legales internos que intentan materializar el derecho al plazo razonable, ni el único, ni el mejor.
- c. La decisión de la Corte IDH en el "Caso Bulacio vs. Argentina", relativa a la continuación de la investigación hasta el dictado de sentencia, no se justificó en una supuesta sobrevaloración de los derechos entre la víctima en detrimento del imputado, sino en la consideración de que el proceso penal oportunamente substanciado no respondía a las exigencias de racionalidad e igualdad que definen un proceso penal legítimo, perjudicando los derechos de una de las partes del proceso. La ausencia de dirección del proceso por el órgano judicial, y su evidente dilación a los efectos de la prescripción, produjeron en el caso un claro detrimento del derecho de la víctima a conocer la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los responsables, en un plazo razonable, lo cual supone diligencia y eficacia en las actuaciones del Estado.⁽⁴⁰⁾
- d. Si bien la referencia al caso Barrios Altos efectuada por la Corte IDH en el caso Bulacio podría valorarse como confusa, resulta evidente que el supuesto analizado en el caso (investigación viciada de delitos atribuidos a un agente del Estado) no configuraría ninguno de los supuestos delictivos que habilitan la imprescriptibilidad de la acción penal. Ello por cuanto no fue acreditado en la causa que el Estado argentino haya consentido, como parte de su política de estado, que las fuerzas de seguridad practiquen

.....

(40) Ver "Caso Bayarri vs. Argentina". Sentencia de 30 de octubre de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas

torturas o tormentos en cumplimiento de sus funciones: la tortura sufrida por la víctima no fue decidida desde el Estado sino por un individuo particular que revestía la calidad de funcionario del Estado. Consecuentemente, atento la particular situación de poder que amparaba al imputado,⁽⁴¹⁾ el Estado estaba obligado a habilitar mecanismos legales idóneos para reequilibrar la posición de las partes, permitiendo el esclarecimiento de los hechos en el marco de un proceso penal igualitario y racional. En dicho marco, el establecimiento de restricciones a la operatividad del curso de la prescripción, en supuestos donde algunos de los imputados ejerzan una función pública, se presentaría como un mecanismo adecuado a tales fines. Como conclusión final, quisiéramos reparar en una reflexión efectuada por el Juez *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas,⁽⁴²⁾ quien citando palabras del jurista brasileiro Ruy Barbosa, afirmó que “justicia atrasada no es justicia, sino injusticia calificada y manifiesta”. El estado actual de la justicia penal en el continente, marcada por la tardanza excesiva en el trámite de las causas, por la selectividad y la consecuente impunidad de aquellos que perpetran conductas de mayor contenido de ilicitud, confirman la vigencia de tal radical manifestación. Será de esperar entonces que, en los años por venir, nuestros Estados asuman con seriedad el cumplimiento de la obligación internacional de investigación y juzgamiento implementando las reformas legislativas y funcionales pertinentes a fin de dar adecuado cumplimiento con la protección internacional del derecho humano a una prestación jurisdiccional en plazo razonable (art. VIII y X de la DUDH de 1948; art. XVIII y XXIV de la DADU; art. 8 y 25 de la CADH), medida ésta imprescindible si se pretende consolidar sociedades substancialmente democráticas.



Bibliografía

ABRAMOVICH, VÍCTOR, “Transplante y Neopunitivismo. Debates sobre la aplicación de los derechos humanos en Argentina”, en Tiscornia, Sofía, *Activismo de los Derechos Humanos y Burocracias Estatales. El caso Walter Bulacio*, Ediciones del Puerto/CELS, 2008.

CAFFERATA NORES, *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, 2da. ed. actualizada por Santiago Martínez, Bs. As., CELS/Ediciones del Puerto, 2008.

(41) Miguel Espósito al momento de los hechos revestía el cargo de Comisario a cargo de la Comisaría 35 de la Policía Federal, habiéndose mantenido en dicho cargo hasta el año 1995, momento en el que pidió su retiro.

(42) Caso “Giribaldi vs Brasil”, Voto razonado Sentencia de fecha 23 de setiembre de 2009.

JAKOBS, GUNTER, *Derecho Penal. Parte general: Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

LASCANO, CARLOS (H), “Extinción de acción y de penas“, en Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio R. (Dirs.) *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Bs. As., Hammurabi, 3ra ed., 2012.

ORLANDO, FEDERICO, “Las paradojas de la democracia: excluyendo voces del proceso deliberativo“, en Gargarella, Roberto (Coord.), *Teoría Crítica y Derecho Constitucional*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2008.

PASTOR, DANIEL, “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa de desprestigio de los derechos humanos“, en *Nueva Doctrina Penal*, Bs. As., Ediciones Del Puerto, 1993

ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal Parte general. Fundamentos de la estructura de la Teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997.

STRATENWERTH, GÜNTHER, *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*, Bs. As., Hammurabi, 2005.

ZAFARRONI, EUGENIO R., ALAGIA, ALEJANDRA y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2000.

ZAYAT DEMIAN, “El caso Patti y otra paradoja de la democracia“, en Gargarella, Roberto (Coord.), *Teoría Crítica y Derecho Constitucional*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2008.

ZIFFER, PATRICIA, “El principio de legalidad y la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad“, en *Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje a Julio Maier*, Ediciones del Puerto, 2005.

¿Límites temporales al poder penal del Estado?

JORGE AMILCAR GARCÍA



1. Introducción

1.1. *Espíritu del tiempo*

El “juego del lenguaje” de colocar un signo de interrogación en el tema propuesto al panel refleja en mejor medida, creo, la complejidad del actual “espíritu del tiempo” con la que debe vérselas el derecho penal, en lo que se ha denominado la sociedad “securitaria” o “del miedo”.

Slavoj Žižek reflexiona sobre la violencia sistémica del modelo social que, como “materia oscura”, subyace debajo de la que vemos cotidianamente como irracional y explosiva, que caracteriza a la post modernidad, y que se vive como pérdida de sentido: toda esta violencia “pura” es un pasaje al acto, un vago e inarticulado resentimiento que no puede ser traducido al discurso o a la significación hermenéutica, y que redundará en un miedo social a una desintegración inminente de la estructura.

Precisamente, el “tiempo” ha sido uno de los temas cruciales en la modernidad, en su pretensión de “zweckrationalität” o de saber instrumental para “dominar” o domesticar —naturaleza y civilización—, en un sentido técnico-científico. En una no neutral y necia visión antropológica “prometeica” (al infinito por el camino de la ciencia) —es decir, en un mero consecuencialismo del “poder-saber”—, el modelo social dominante precisa de una noción lineal de tiempo, de un tiempo medible y previsible, para que frente a la complejidad se aplique la misma receta —en nuestro caso, la mera expansión punitivista—, aunque ello genere abierta tensión con

los consensos comunicacionales ya normativizados en los derechos fundamentales. Uno de éstos —que caracteriza al derecho penal liberal desde Kant— es la limitación temporal como ínsito en el principio de justicia, tanto en la contestación al injusto culpable con la pena como respecto de la racionalidad de las reglas de determinación de espacios de deber y de libertad.

A pesar de aquella racionalización weberiana sobre la ética protestante como base del capitalismo, el trabajo social ha dejado de ser un valor esencial en la desenfrenada búsqueda de optimización de costos. Las certezas sobre futuro laboral, profesional, educativo, o de seguridad social que integraban el bagaje del “Estado de prestaciones”, han desaparecido. El “Estado social” inclusivo se ha transformado en “Estado excluyente” que construye fronteras. El odio al inmigrante del recién incluido encarna el presentimiento de su propia desechabilidad. La lógica actual es de expulsión, no sólo de marginalización, nos dice Saskia Sassen.

En un mundo absolutamente individual, donde languidecen los vínculos de solidaridad, el Estado de prestaciones ha retrocedido al “Estado de la seguridad personal”; es decir, a un “Estado de vigilancia” en el cual, en pos de la eliminación de los miedos ante “el otro”, los ciudadanos ceden voluntariamente porciones importantes de libertad.⁽¹⁾

2. ¿Nulla ratio penal?

Entendemos que existe legitimidad —validez, desde un “punto de vista externo”— para que el derecho penal defina comunicativamente (normativamente) quebrantos graves a la coexistencia; quebrantos éstos que se perciben hoy incrementados, sea en los delitos “tradicionales” —v. gr. violencia sexual, doméstica o de género, hechos violentos contra la libertad o propiedad y, aún, las graves consecuencias en vidas, de

.....

(1) Me he ocupado de estos temas recientemente en “Malos tiempos para el derecho penal. ¿De la reivindicación de la víctima al neopunitivismo?”, incluido en AA.VV, *Edición Homenaje al Prof. Jorge Eduardo Vázquez Rossi*, UNL, 2009. Remito allí a citas de Zygmunt Bauman sobre esta época, que el autor caracteriza como “modernidad líquida”. Se trata de una época que pareciera llevar a un abandono —en el marco de la “perenne emergencia”— del modelo de “Derecho Penal de Ciudadanos” hacia un nuevo control cognitivo de los “miedos globales”, bajo el pretexto del interés de los llamados protagonistas reales del conflicto. Ya sea que se postule conscientemente como “ley y orden”, o que se trate sólo de una respuesta populista —en el sentido peyorativo—, de simple acompañamiento de las manifestaciones más primarias del colectivo ante la incapacidad de la dirigencia política de hacer frente a la complejidad social, el signo de esta tendencia no cambia.

negligencias en el tráfico vial, aéreo, de organización de entretenimientos masivos etc.—, sea en los delitos que resultan de la evolución de la sociedad —v. gr. bienes jurídicos supraindividuales, formas transnacionales de ilegalidad organizada, quebrantos masivos de derechos humanos desde los aparatos estatales, terrorismo etc.—. Pero creemos errado que ello pueda hacerse devaluando los consensos comunicacionales que caracterizan a la Modernidad.

Aún aquel “redescubrimiento de la víctima” producido en los años 80, que ha procurado soluciones compositivas como alternativa o atenuación de delitos de mediana o escasa gravedad, ha virado en sentido divergente, exaltando un protagonismo relevante de la víctima pero como reclamo por un derecho penal de “*prima ratio*”, de claro sentido represivo, de castigo, y con desmedro de las garantías sustantivas y procesales del autor del delito.

Zaffaroni ha destacado con acierto la figura novedosa de la “víctima-héroe” como producto de la “política espectáculo”: en el marco de la debilidad, una respuesta no a los conflictos sino a su proyección mediática. Al colocar la culpa en el fracaso preventivo del derecho penal democrático, esta simplificación conflictual siempre deriva en una regresión en el respeto de los derechos ciudadanos, en una identificación banal de todo supuesto autor de un delito con la dicotomía “schmittiana” amigo-enemigo; es decir, en lo que ha sido denominado “trampa de deslegitimación” o auto-negación del Estado social de derecho.⁽²⁾

.....

(2) Sobre el debate actual, ver SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Perspectivas sobre la Política Criminal Moderna*, Bs. As., Abaco, Univ. Austral, 1998; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La Expansión del Derecho Penal*, 2ª ed., B de F, 2006. Me he referido al tema en *El Estado de Derecho y el actual fenómeno de la Expansión del Derecho Penal*, UCU, 2000. Sobre el llamado “Derecho Penal de Enemigos” resulta imprescindible la colectánea dirigida por M. Cancio Meliá, en dos tomos: CANCIO MELIÁ, M. (dir.), *Derecho Penal del Enemigo*, B de F, 2007. Asimismo, ver ZAFFARONI, EUGENIO R., *El enemigo en el Derecho Penal*, Bs. As., Ediar, 2006, quien distingue correctamente los planos de la ciencia penal, la teoría política y la guerra. También ver su colectánea editada por B de F llamada *En torno de la Cuestión Penal*. En realidad, la discusión provocada por los textos crudamente descriptivos de Jakobs, sobre el contrasentido “derecho penal de enemigos”, tiene el revulsivo de descubrir cuánto de éste aparece en las legislaciones que se sancionan. Entiendo obvio que no se puede comparar la situación de ciudadanos sin proceso en Guantánamo con la creación de Tribunales penales para Genocidios, o con la anulación de indultos o amnistías contrarias al derecho internacional, en cumplimiento de precedentes que obligan al país. Las referencias para este tema aparecen, exhaustivamente, en SANCINETTI-FERRANTE, *El Derecho Penal en la protección de los Derechos Humanos*, Bs. As., Hammurabi, 1999. Me he ocupado del tema en “El Llamado Proyecto Integral de Reformas y Actualización al Código Penal argentino. Una contribución a la racionalidad en la legislación penal a pesar de los “malos tiempos”, en el *Anuario de la VI reunión de la Asociación de Profesores de Derecho Penal*, Bs. As., Ediar, 2007; también en *Simposio Argentino Alemán de Profesores*

3. La resistencia de la “racionalidad discursiva”

Es también sabido que en la ciencia del derecho penal y en el discurso aplicativo prevalece una marcada oposición a la tendencia recién descrita, más allá de que se acepte en general que la legislación o el saber penal no pueden quedar anclados o cristalizados en el tiempo y que deben, por ello, adecuarse a la autodefinición social, pero sin que ello implique un quiebre de las normas enfáticas de nuestra tradición continental principalista.

Es que luego del “giro lingüístico”, la filosofía de la comunicación entiende al derecho —incluido el penal—, como práctica discursiva destinada al consenso leal; es decir, fundada en su propia legitimidad constructivo-procedimental (validez). Y, dado la estrecha relación con las ciencias sociales, especialmente con la sociología, toda teoría del derecho penal parte de un momento histórico y debe dar cuenta del discurso crítico de dicho “espíritu del tiempo”.

A su vez, la “teoría de la argumentación” como desarrollo de la vieja “metodología jurídica” da cuenta del contenido pragmático del derecho penal, tanto en la justificación del discurso judicial como en los procesos de toma de decisión legislativa —contexto de descripción y explicación— y su legitimidad, en lo que llamamos “desarrollo continuador del derecho”.

Pretendo ejemplificar este bagaje cultural que cimenta la “resistencia de la racionalidad discursiva” en el análisis de un caso de inconciliabilidad constitucional: el de la pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado del art. 80 CP, una norma que pervivió desde el auge del positivismo criminológico, pero que puede verse revitalizada frente al “retorno de la inocuización”, es decir, frente al recrudescimiento en el ámbito anglosajón y en la rediscusión en el europeo de “medidas de seguridad” post y aún pre-delictuales para imputables, como forma de aseguramiento cognitivo

.....

de Derecho Penal, llevado a cabo en la UBA en diciembre de 2007 y denominado “Derecho Penal y Terrorismo”, publicado en *ElDial* rev. electr., DCD5F, 20/02/2008.

Mi diferencia respecto de la Escuela de Frankfurt de Hassemer y sus discípulos (ver AA.VV, *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, Comares, 2000); más específicamente, con su propuesta de un “derecho de Intervención” para estas complejidades, es que nada garantiza que un impreciso “*interventionrecht*” no culmine en la “necesidad”, luego, de amenguar las garantías, de su re-endurecimiento. El riesgo del “derrame”, desde un “derecho penal de enemigos” a todo el ámbito penal, sería una insospechada aplicación de la “cínica” tesis del “desborde de la copa de champagne” con la que, en los 90, se intentaba justificar la baja de impuestos y toma de ganancias exorbitantes de los sectores de altísimos ingresos, pues “derramaría sus influjos sobre las clases bajas”.

de la peligrosidad, lo que desgaja de todo límite temporal al hecho ilícito y la culpabilidad, sin más cortapisa que un vago criterio de proporcionalidad o de los no menos vagos datos del discurso psiquiátrico.⁽³⁾

Una de las cuestiones más controversiales en nuestra dogmática de la teoría de la sanción ha sido la de si nuestro ordenamiento jurídico penal contiene un sistema de “doble vía”; a su vez, si en lo que refiere a las “medidas de seguridad”, el mismo se limita a aquellas destinadas a incapaces de culpabilidad o el vicariante para soluciones terapéuticas —v. gr. derecho penal de menores, o supuestos de adicción—, o abarca también las post-delictivas dirigidas al aseguramiento cognitivo de personas, más allá de la pena adecuada a culpabilidad.

En nuestro ámbito, algunos autores o tribunales creyeron ver estas medidas post delictuales para imputables en la multirreincidencia calificada del art. 52 CP. En su momento, pensamos que la reforma de la ley 23.057, amén de demostrar la irracionalidad del régimen anterior que había significado el encierro vital de sujetos por reiteración de delitos menores, al mantener su definición como pena, zanjaría la cuestión.

Ha sido el reciente fallo “Gramajo” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) el que lo ha hecho, enfatizando que, más allá de la etiqueta, cuando éstas —sean pre o post delictuales— no tengan carácter curativo e importen privación de libertad con sistema carcelario, son penas.

Si bien el fallo no trata el supuesto normativo del art. 80 CP, tiene de todos modos una preeminencia argumental e incide directamente en el análisis de la compatibilidad constitucional de dicha pena, y sobre todo en la idea que subyace tanto a las penas perpetuas, como al recrudescimiento del pensamiento “defensista social” de un derecho de “medidas”: la del embuste de etiquetas (“*sicherungschaft*” del que hablaba hace años Kohlrausch), para la institucionalización de la inocuización de sujetos considerados “no personas”, en el sentido de “peligrosos”.

.....

(3) SILVA SÁNCHEZ, J. M., “El retorno de la Inocuización”, en *Política Criminal y Persona*, Bs. As., Ad-Hoc, 2000; también ver su discípulo ROBLES PLANAS, R., “Sexual predators. Estrategias y límites del Derecho Penal de la Peligrosidad”, en *in dret*, n° 4, 2007; sobre la discusión en el art. 52 CP, por todos, ver ZAFFARONI, EUGENIO R., SLOKAR, A., y ALAGIA, A., *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 91 y ss., y t. v, p. 161 y ss. 343 y ss.; y el estudio exhaustivo de ZIFFER, P., en *Medidas de Seguridad*, Bs. As., Hammurabi, 2008. Asimismo, se puede ver una síntesis de las mismas antes de las reformas, en FRISCH, W., *Las medidas de Corrección y Seguridad en el sistema de Consecuencias jurídicas del Derecho Penal*, trad. de P. Ziffer de su original en *ZStW* 1990, en *Indret* n° 3, 2007.

Así, en el caso de la pena de prisión o reclusión perpetua, el planteo sobre su constitucionalidad se ha obviado pues no se trataba en realidad de perpetuidad, dado que el sancionado gozaba de los derechos a la libertad condicional a los 20 años, y a los regímenes de semilibertad y salidas transitorias que prevé la Ley de Ejecución 24.660, que es ley penal en sentido enfático, en la "progresividad" y relatividad de la etapa ejecutiva, reglamentando el mandato de optimización constitucional del fin readaptador o no desocializador de la prisión.

Pero esta conclusión puede variar, ya que la reforma al art. 13 CP —por ley 25.892—, ha llevado a 35 años el término para gozar de la libertad condicional, sin posibilidad de salidas transitorias, por lo que ya nos encontraríamos aquí en la frontera de la efectiva perpetuidad.

Si adunamos a ello la mentada reclusión accesoria por tiempo indeterminado —que supone como mínimo cinco años de cumplimiento para la liberación del art. 53 CP—, ninguna duda cabe que conserva lozanía aquella frase de Von Liszt en su "*Marburger Universitaetsprogramm*": ante "... los irrecuperables (...) como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida...",⁽⁴⁾ es decir, rezuma la idea de sucedáneo de la pena de muerte, como defensa de la sociedad.

La trascendencia del fallo "Gramajo" es que cancela la posibilidad de que, en dichas normas, se pretenda ver algo similar a las reglas de eliminación de peligrosidad americanas conocidas por su nombre vulgar derivado del beisbol —"*Three strikes yo'ure out*" o las "*Selective Incapacitación*" frente a los "*High risk offenders*" inglesa—, o con la revitalizada "custodia de seguridad" ("*Sicherungsverwahrung*") germana, posterior a la pena para eliminación de peligrosidad, del paragr. 66 del StGB.

Es que, como dice Silva Sánchez, estas "medidas", que aparecen vinculadas a los delincuentes sexuales violentos, refractarios a tratamiento terapéutico eficaz según parte de la literatura psiquiátrica, son nada más que la punta del iceberg en la absolutización de la seguridad como objetivo político criminal: se hace recaer sobre el autor todo riesgo de reincidencia mediante aseguramiento cognitivo, el que paulatinamente irá desprendiéndose tanto del principio de "proporcionalidad" como del ilícito culpa-

.....

(4) Ver ZAFFARONI, en la nueva edición de su *Tratado...*, Bs. As., Ediar, 2005, p. 709; VON LISZT, *La idea de fin en el derecho penal*, Valparaíso, Edeval, 1994, p. 115 y ss.).

ble previo, o aún de su originaria referencia a los “sexual predators”.⁽⁵⁾ La posibilidad de adosar “...lo dispuesto en el art. 52 CP...” a los homicidios agravados proviene del texto originario del Código Penal y, de modo sorprendente, no ha recibido un tratamiento detallado en la doctrina.

Si bien se mira encierra una paradoja insoluble: una pena fija y perpetua remite, como accesoria, a una pena indeterminada que, a su vez, supone una cadena ininterrumpida de reincidencias —reales, a partir de la ley 23.057—.

Sigue vigente entonces la crítica de Soler, ya que es poco imaginable que se le habrá de conceder libertad condicional a quien todavía tiene a más la pena del art. 52 CP, con más razón con la reciente reforma. Recién se habría de plantear a los 35 años. En el mejor de los supuestos, se le “concedería” la libertad condicional, pero ella no se haría efectiva. Previamente, el penado debería cumplir diez años más (art. 13 ult. párr.) y recién allí, comenzaría a cumplir los cinco años de la reclusión accesoria del art. 52 CP. Entonces, a los cinco años de esta etapa, se hallaría el sujeto en condiciones de la libertad, ahora sí efectiva, en los términos del art. 53 CP.

Ínterin, tampoco podría el interno obtener beneficios como salidas transitorias, libertad asistida o alternativas, etc. (ver arts.17 y ss., 54 y ss., de la ley 24.660).⁽⁶⁾

A raíz del pronunciamiento citado de la CSJN en “Gramajo”, el Tribunal Superior de Córdoba en el fallo “De Luca, Rodolfo Alberto/homicidio calificado reiterado, etc. —Recurso de Revisión—”, de fecha 20/6/2008, ha retomado el argumento de Laje Anaya, fundado en los antecedentes legislativos, de que la referencia en el art. 80 al art. 52, tenía vinculación con el lugar de cumplimiento de la pena —en los parajes del Sud— y no con la

.....

(5) Ver SILVA SANCHEZ, J. M., *Tiempos de Derecho Penal*, B de F, p. 38 y ss.; ídem Robles Planas, sobre el progresivo endurecimiento de la legislación germana, que ahora puede tener una duración de por vida, si bien se puede declarar extinguida tras el transcurso de diez años de internamiento si ha dejado de existir el peligro de comisión de delitos graves. Desde 2002, rige la posibilidad de reservarse en la sentencia la imposición de la medida (vorbehaltene Sicherungsverwahrung), hasta el momento en que el delincuente haya cumplido una parte importante de la pena. Más aún, en la reforma, con la custodia de seguridad posterior al cumplimiento de la pena (nachträgliche Sicherungsverwahrung), “...cuando así lo aconseje una valoración global de las circunstancias del delincuente a la luz de su peligrosidad...”.

(6) Ver FELINI, Z., en David Baigún y Eugenio Zaffaroni, *Código Penal y Normas Complementarias*, t. 3, Bs. As., Hammurabi, p. 37 y ss.; SOLER S., *Derecho Penal Argentino*, t. III, p. 46 y ss..

pena a los reincidentes, por lo que se halla derogada al desaparecer esta forma de cumplimiento.

Si bien consideramos una buena estrategia hermenéutica soslayar esta regla anacrónica y contraria a un derecho penal racionalmente fundado apelando al argumento de la derogación tácita de la “relegación” en los parajes del sud, la cuestión problemática a analizar es cómo tratamos la labor del legislador que, desde 1944, ha mantenido esta norma y su referencia al art. 52 CP, no obstante reformas sustanciales al instituto —como las leyes 23.057, 24.660 y la citada 25.892, entre otras, todas posteriores a la obra de Laje—. Es difícil argumentar que el legislador, que se ha embarcado en una corriente claramente expansionista en materia de reacciones jurídico penales, hubiese “olvidado” una norma como el art. 52 CP, destinada claramente a impedir o dificultar la soltura anticipada de las penas perpetuas.⁽⁷⁾

El voto particular del Ministro Petracchi, que recoge ideas de la Prof. Ziffer, quien exhaustivamente se hace cargo de que, incluso desde la perspectiva de un derecho penal de “doble vía” que, a la manera del art. 66 del StrGB, admita medidas post delictuales para imputables en aras de custodia de seguridad, el art. 52 es inadmisibles constitucionalmente.

Así, expresa (considerando 27 en adelante) que en la figura cuestionada se ha pretendido producir una superposición de las características de

.....

(7) La “...modificación al texto proveniente del Código Penal de 1921 (decreto 20.942/44, BO, 14/8/44) que suprimió en el art. 52 la exigencia relativa a que la reclusión accesoria por tiempo indeterminado debía ser cumplida en un paraje de los territorios del sud, como así también la inexistencia de disposiciones de la ley de Ejecución Penitenciaria (ley 24.660) en orden a establecimientos destinados al cumplimiento de la medida, plantean la cuestión de la supervivencia del agregado del art. 80. Entonces, si éste ya no tiene por efecto asignar un lugar para el cumplimiento de la pena debido a la modificación legislativa operada, no puede inferirse que la mención del art. 52 lo es al efecto de permitir la imposición junto con la reclusión o prisión perpetua de la reclusión accesoria por tiempo indeterminado...”, ver LAJE ANAYA JUSTO, “Delitos contra las personas”, en JA, Doctrina, 1975, p. 100; *ibid.*, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, vol. 1, Bs. As., Depalma, p. 10.

En el considerando 30) del voto mayoritario del crucial precedente “Gramajo” de la CSJN, se sintetiza que la reclusión —como cualquiera de las otras penas del art. 5 CP— no cambia su naturaleza por ser impuesta por tiempo indeterminado, ni accesoria o conjunta. Desde su origen histórico, la pena del art. 52 es la de relegación proveniente de la ley de deportación francesa de 1885 en la Guayana y, en nuestra legislación, en 1903, como complemento de la deportación a Ushuaia y de la llamada Ley de Residencia; no es posible fundarla en la peligrosidad, porque ésta responde a una probabilidad en grandes números que, en el caso concreto, es siempre incierta, por lo que, o bien responde a subjetividad o a infundada suposición legislativa.

una pena y las de una medida de seguridad, con la finalidad de eludir los principios que limitan la aplicación de una y otra, respectivamente: los principios de culpabilidad y proporcionalidad. "...No sólo se pretende un 'fraude de etiquetas', sino que, además, la etiqueta es modificada una y otra vez según cuál sea la garantía constitucional que aparezca como una valla al encierro perpetuo..."

La regulación actual del instituto

"...no parece haberse apartado demasiado de sus antecedentes, y subsiste como el instrumento normativo destinado a asegurar, bajo ciertas circunstancias, que ciertos sujetos sean definitivamente eliminados de la sociedad. Para el logro de este objetivo, indudablemente, el principio de culpabilidad aparece como un obstáculo que puede ser sorteado por la vía de ulteriores necesidades de prevención, y con total prescindencia del mandato de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reclama a los estados miembros que la pena de privación de libertad se oriente hacia la reinserción social del condenado (art. 5, inc. 6, CADH) y no al puro aseguramiento".

Y, analogando la citada regla con las leyes recientes de los Estados Unidos —de encierro de por vida—, excluyendo toda posibilidad de libertad anticipada —arriba referida—, execrada por la doctrina como un ejemplo de "punitivismo popular" irrestricto, el voto concluye que el objetivo de "aseguramiento" se

"...dirige a impedir coactivamente que el condenado vuelva a delinquir, por medio de un encierro que asegure, al menos, cinco años sin delitos extramuros. Semejante finalidad de 'custodia', de hecho, es efectivamente cumplida por toda pena de prisión, pero dentro de nuestro ordenamiento constitucional le está prohibido al legislador intentar lograrla por más tiempo que el que autoriza una pena adecuada a la culpabilidad por el ilícito concretamente cometido..."

La transcripción de los párrafos más relevantes de este señero precedente nos llevan a la conclusión de que la finalidad eliminatoria de esta pena es incompatible con el bloque constitucional que fundamenta la legitimidad de la pena estatal, que tiene como valladar aquel "coto vedado" que señala Garzón Valdés como sustancial del gran relato de la modernidad.

Al impedirse fácticamente toda liberación o alternativa al encierro, se desconoce la calidad de persona del ciudadano, y se lo trata al modo de las antiguas “pérdidas de la paz”, es decir como enemigo. El principio de culpabilidad se extralimita groseramente en aras de la mera prevención especial negativa, sin siquiera argüir las viejas etiquetas etiológicas de habituales, incorregibles etc., ya que se trata de la condena por un hecho —muy grave, por cierto—.

Correctamente, el Anteproyecto de Reformas Integral del Código Penal —que analizáramos en otras reuniones de AAPDP— las desecha, como a toda medida que no sea curativa en el sistema vicariante.

Es verdad, como dicen Silva Sánchez, o su discípulo Robles o, entre nosotros, el exhaustivo trabajo de Ziffer, que la dogmática debe afrontar científicamente estos planteos del *output* social, para evitar que, ante la oquedad sistemática, el legislador desbordado por la exigencia populista, lo haga malamente.

Pero ocurre que las reformas, tanto en la legislación alemana, como en proyectos españoles, parecen retrotraernos a lenguajes del positivismo lombrosiano, pues nuevamente el núcleo es “la tendencia o propensión a la comisión de delitos de gravedad...”, ya no sólo limitado a los predadores sexuales, es decir, a la vieja peligrosidad.

Como un “*ricorsi*”, el discurso médico psiquiátrico, o de algún ensayista de las “neurociencias”, sería el que auxiliaría al saber penal para definir este inasible concepto futuro —que, necesariamente, es estadístico; es decir, de grandes números de generalidad y, por ende, insusceptible de determinar como pronóstico individual—.

De nuevo, entonces, aparecen las referencias a la habitualidad, a la reincidencia, o novedades como la “reserva” en la sentencia de la imposición de la medida (*vorbehaltene Sicherungsverwahrung*) de la reforma alemana. Así, cuando el pronóstico de peligrosidad es incierto en el momento de producirse la condena, el tribunal puede acordar que se reserva la posibilidad de adoptar la medida de seguridad hasta el momento en que el delincuente haya cumplido una parte importante de la pena. Cabe acotar que, en todos los casos, estas medidas pueden llegar a ser a perpetuidad.

En suma, más allá de reconocer la gravedad de cierta criminalidad violenta, entre la que cuenta la agresión sexual a niños, sin duda, el derecho

penal de culpabilidad puede admitir por el hecho funciones preventivas —generales o, fundamentalmente, especiales en el marco de la ejecución penitenciaria especializada, libertad vigilada en la ejecución extramuros, o bien medidas de seguridad curativas para semi imputables que vicaríen con la pena—.

En cambio, un derecho de medidas que tenga en cuenta sólo la peligrosidad o propensión a delinquir de los sujetos —es decir, que se presente desgajado del hecho ilícito—, o que se base en condenas anteriores ya purgadas, carece de fundamento científico y adolece de una justificación moral ya que quebranta el principio de autonomía y dignidad de la persona, sin que el también vago principio de proporcionalidad pueda conferirles legitimidad.⁽⁸⁾

Los problemas de aseguramiento cognitivo por fuera del hecho ilícito, o previos a él, atañen a la política social preventiva de conflictos. Rechazar el *output* ajeno al cometido del derecho penal, también es una tarea dog-

.....

(8) El control jurisdiccional de constitucionalidad, que deriva de la superioridad o prioridad de los derechos fundamentales frente a la legislación parlamentaria, condiciona su legitimidad a que la inconciliabilidad de la ley con aquéllos se demuestre en el caso como flagrante. No se cimienta en un inexistente acceso privilegiado a la Razón en los Jueces, al uso del idealismo platonista, ni tampoco en que de un modo paternalista la judicatura haga valer sus juicios de valor moral frente a la "irracionalidad" legislativa. No se trata, como dice Habermas, "del papel de un regente que ocupa el lugar del sucesor en el trono ante la minoría de edad de éste", sino de fulminar lo que aparece como contradictorio con el principio del discurso.

En conclusión: no se trata aquí de obstruir a que la norma afronte complejidades de la evolución social, mediante reglas estratégicas que reclame el principio de mayorías sino que, al afectar al concepto de dignidad, sujetos racionales en el marco de una comunicación leal —dirigida al acuerdo, sin coerciones, en igualdad, con pretensiones de universalidad—, no podrían hacer valer estos contenidos o su procedimiento formal como compatible con el mejor argumento, sino simplemente como acto de poder.

Esta simplificación de pretender que todo "output" del subsistema social deba pasar sin filtros al agravamiento de la ley penal o procesal, no sólo elude la barrera de la legitimidad, sino que banaliza también el discurso político —que no puede quedar transformado en un simple acompañamiento demagógico de los más irracionales sentimientos colectivos vindicativos, reclamando la racionalidad del relato iluminista—. Aún más, en clave consecuencialista, muestra en sí misma su falsedad argumental: se puede llegar *ad absurdum* a que se establezca pena perpetua para los delitos de cualquier índole que tengan consecuencias graves, o en embuste de etiquetas de "aseguramiento cognitivo" para gran cantidad de "candidatos". Ello, obviamente, no ha de hacer variar sustancialmente el problema de la conflictividad social, de raíces mucho más profundas y complejas. Ver, en tal sentido, FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 2001, p. 394 y ss.; ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales* (trad. de Bernal Pulido de la 2ª ed.), Madrid, CEC, 2007 —atender especialmente al epílogo en el que contesta a sus críticos (p. 511 y ss.); HABERMAS, J., *Facticidad y Validez* (trad. de Jiménez Redondo), Madrid, Trotta, 1998, p. 354.

mática. Hace a sus principios de justificación discursiva y, en clave consecuencia lista, evita el descrédito del fracaso seguro.

4. Conclusión

Por fuera de nuestra oposición a la tendencia a las medidas de seguridad posteriores al delito destinadas al aseguramiento cognitivo, por entenderlas contrarias al bloque constitucional que supedita la sanción estatal, considerar como tal al art. 80 CP en su referencia al art. 52 CP, afecta a la dignidad del hombre y a los principios de igualdad, de resocialización o no desocialización, de humanidad y no trascendencia a terceros, garantizados constitucionalmente y en los pactos internacionales de derechos humanos.



Bibliografía

- AA.VV., *LA insostenible situación del Derecho Penal*, Granada, Comares, 2000.
- ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales* (trad. de Bernal Pulido de la 2ª ed.), Madrid, CEC, 2007.
- CANCIÓ MELIA, M. (dir.), *Derecho Penal del Enemigo*, B de F, 2007.
- FELINI, Z., en David Baigún y Eugenio Zaffaroni, *Código Penal y Normas Complementarias*, t. 3, Bs. As., Hammurabi.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 2001.
- FRISCH, W., “Las medidas de Corrección y Seguridad en el sistema de Consecuencias jurídicas del Derecho Penal” (trad. de P. Ziffer de su original en ZStW 1990), en *Indret*, n°3, 2007.
- GARCÍA, JORGE AMÍLCAR, “Derecho Penal y Terrorismo” [en línea], Simposio Argentino Alemán de Profesores de Derecho Penal, UBA, 2007, en *ElDial rev. electrónica*, DCD5F, 20/02/2008.
- GARCÍA, JORGE AMÍLCAR, “El Llamado Proyecto Integral de Reformas y Actualización al Código Penal argentino. Una contribución a la racionalidad en la legislación penal a pesar de los “malos tiempos”, en el *Anuario de la VI reunión de la Asociación de Profesores de Derecho Penal*, Bs. As., Ediar, 2007.
- GARCÍA, JORGE AMÍLCAR, “Malos tiempos para el derecho penal. ¿De la reivindicación de la víctima al neopunitivismo?”, incluido en AA.VV, *Edición Homenaje al Prof. Jorge Eduardo Vázquez Rossi*, UNL, 2009.
- GARCÍA, JORGE AMÍLCAR, *El Estado de Derecho y el actual fenómeno de la Expansión del Derecho Penal*, UCU, 2000.
- HABERMAS, J., *Facticidad y Validez* (trad. de Jiménez Redondo), Madrid, Trotta, 1998.

- LAJE ANAYA, J., "Delitos contra las personas", en *JA, Doctrina*, 1975.
- LAJE ANAYA, J., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, vol. 1, Bs. As., Depalma.
- ROBLES PLANAS, R., "Sexual predators. Estrategias y límites del Derecho Penal de la Peligrosidad", en *in dret*, n° 4, 2007.
- SANCINETTI-FERRANTE, *El Derecho Penal en la protección de los Derechos Humanos*, Bs. As., Hammurabi, 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., "El retorno de la Inocuidad", en *Política Criminal y Persona*, Bs. As., Ad-Hoc, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Perspectivas sobre la Política Criminal Moderna*, Bs. As., Ábaco, Univ. Austral, 1998.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La Expansión del Derecho Penal*, 2ª ed., B de F, 2006.
- SILVA SANCHEZ, J. M., *Tiempos de Derecho Penal*, B de F.
- SOLER S., *Derecho Penal Argentino*, t. III, Bs. As., Tipográfica Argentina, 1976.
- VON LISZ T., *La idea de fin en el derecho penal*, Valparaíso, Edeval, 1994.
- ZAFFARONI, E. R., SLOKAR, A., y ALAGIA, A., *Tratado de derecho penal*, t. I, Bs. As., Ediar, 1995.
- ZAFFARONI, E. R., *El enemigo en el Derecho Penal*, Bs. As., Ediar, 2006.
- ZIFFER, P., *Medidas de Seguridad*, Bs. As., Hammurabi, 2008.

Ponencias



En la búsqueda de límites al límite temporal del Estado⁽¹⁾

JORGE BACLINI⁽²⁾



1. Introducción

El poder penal es de alta intensidad, en tanto implica la autorización del uso de la violencia sobre los ciudadanos. Por lo tanto, en un Estado democrático debe ser siempre limitado, conformando estos límites una protección para las personas en contra de su uso arbitrario. Con ello emerge no sólo la necesidad de establecer los límites en forma previa sino con la mayor precisión posible.

Sin embargo, mientras la mayoría de los límites existentes se encuentran determinados con cierta certeza, no ocurre lo propio con los límites temporales por cuanto, si bien se establecen topes máximos a nivel legal respecto a la extinción de la acción penal por prescripción (art. 62 CP), los mismos se desnaturalizan con la creación por el propio Estado de otras instancias que, al mismo nivel normativo, aumentan en exceso esos topes, fundamentalmente a través de las llamadas causales suspensivas e interruptivas (art. 67 CP), tornándolos imprecisos y hasta inoperantes.

En esta inteligencia, estableciendo una vinculación entre el límite temporal y el derecho constitucional al juzgamiento en un tiempo razonable, la Corte de la Nación ha creado la llamada "insubsistencia de las causales

(1) Ponencia premiada en el Concurso Regional UNRosario sobre Límites temporales al poder punitivo. Jurado: Daniel Erbetta, Gustavo Franceschetti, Guillermo Llaudet.

(2) Facultad de Derecho, UNR.

interruptivas" para poner fin a la persecución penal a través de la prescripción de la acción. No obstante, el criterio jurisprudencial, al ser aplicado en cada caso concreto, es ambiguo, termina afectando la igualdad ante la ley y no logra la precisión que se auspicia.

En este orden de ideas, la pregunta de si existen realmente límites temporales autoimpuestos por el Estado es la que ha dado origen a este trabajo. El estudio de la respuesta deriva a otras preguntas secundarias que deberán ser previamente contestadas, como ser aquellas que se dirigen a determinar el fundamento del límite que se autoimpone el Estado, y la razón de ser de las causales suspensivas e interruptivas y su validez; finalmente, concluiremos en un análisis crítico de las mismas procurando su precisión y, con ello, la del límite temporal.

2. Fundamentos de los límites temporales

2.1. *Aspecto general*

Existen diversas clases de límites al poder penal del Estado. Los límites materiales (sólo son aplicables cuando se transgrede una prohibición o un mandato estrictamente tipificado); límites instrumentales (sólo se pueden aplicar penas establecidas legalmente); límites formales (es necesario respetar ciertas formas y procedimientos); límites institucionales (sólo el Poder Judicial puede aplicar esas penas) y límites temporales (sólo es admisible ejercer el poder penal dentro de un plazo, cuyo término debe ser preciso). Este límite temporal se encuentra en el mismo nivel político-institucional que las restantes limitaciones al ejercicio del poder penal.⁽³⁾ Sin embargo, tal conclusión primaria no da respuesta a una pregunta previa, esto es: ¿por qué el Estado ha decidido imponerse ese límite? Y es justamente la respuesta a dicho interrogante la que develará el fundamento de la prescripción penal.

Cierto es que, desde una perspectiva general, todos los límites son impuestos como un freno que se impone el Estado porque el poder penal es de alta intensidad e implica la autorización al uso de violencia estatal. A pesar de ello, cada límite tiene una razón propia que ha dado lugar a su consagración.

2.2. *La innecesiedad de la pena*

Es cierto que el mero transcurso del tiempo no puede llevar a considerar que un hecho simplemente no ha ocurrido; pero, por lo general, el

.....

(3) BINDER, p. 130.

derecho penal no encuentra ya motivo para su intervención.⁽⁴⁾ Esto es, se ha considerado que el tiempo constituye un límite al poder del Estado porque hace desaparecer la finalidad y la necesidad de la represión, ya que la necesidad de reintegrar el orden jurídico perturbado por el delito y de asegurar a la población acerca de la actuación del derecho, no puede reconocerse ya cuando, por el largo tiempo transcurrido, las cosas han tomado por sí mismas el propio equilibrio, y la memoria del delito se ha debilitado o ha desaparecido en absoluto de la conciencia pública.⁽⁵⁾

Entonces, el límite temporal que se impone el Estado para el ejercicio del poder penal encuentra uno de sus fundamentos en el olvido de la impresión que, en su momento causó el delito en la sociedad,⁽⁶⁾ lo que hace perder objeto a la pena. Es que si también la alarma social determina la intervención del Estado en la represión de los delitos, cuando desde su perpetración ha transcurrido determinado período sin que la infracción se haya reprimido, la alarma social se debilita y desaparece poco a poco, y por esto falta interés en hacer valer la pretensión punitiva.⁽⁷⁾

El olvido, desde una perspectiva de la pena como prevención general, “extingue la alarma social ante el delito y la correlativa exigencia de la sociedad de que se lo reprima”,⁽⁸⁾ en tanto la paz jurídica se habrá restablecido ya por el transcurso del tiempo (porque “ha crecido la hierba sobre el asunto”).⁽⁹⁾

El transcurso del tiempo sin que nadie haya ejercitado la acusación indica, en efecto, la pérdida de utilidad de las penas por la pérdida de toda su

.....

(4) Ver MAURACH, t. 2, p. 968; VON LISZT, t. III, p. 417, explicaba ya, desde una aspecto natural, los efectos del tiempo.

(5) MANZINI, t. 5, p. 147.

(6) CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, t. 1, p. 377 y ss. señala que: “En materia penal es un modo político de extinguir la acción... el tiempo extingue la acción, porque además de hacer difícil la justificación del inocente, hace cesar el daño social merced al presunto olvido del delito, lo cual conduce a la cesación de la impresión moral que nació de él, sea respecto a los buenos, en quienes deja de existir temor, sea respecto de los malvados, en quienes deja de tener influjo el mal ejemplo. Desaparecido el daño político, se torna inútil la reparación penal”.

(7) BETTIOL, p. 727.

(8) CARRARA, *Opuscoli de Derecho Criminal*, t. II, p. 85 y ss. y 301 y ss., en NUÑEZ, *Manual de Derecho Penal*, p. 243.

(9) ROXIN, p. 990.

función preventiva y, en particular, de la función primaria, que es evitar que los perjudicados se tomen la justicia por su mano.⁽¹⁰⁾

En otras palabras, la prescripción de la acción puede interpretarse y comprenderse perfectamente con ayuda de criterios preventivos. La idea de una justicia absoluta basada en la idea de retribución exigiría, en estos casos, la aplicación de una sanción.⁽¹¹⁾

Sin embargo, la conclusión no se altera desde una perspectiva agnóstica de la pena, en virtud de la cual se sostiene que:

“el fundamento común a toda prescripción es la irracionalidad concreta de la pena, sea la impuesta (prescripción de la pena) o la conminada (prescripción de la acción), no porque antes fuera racional (conforme cualquier discurso legitimante), sino porque el transcurso del tiempo pone de manifiesto una mayor crisis de racionalidad (...) La pena presupone un conflicto, pero no un conflicto con valor histórico o anecdótico, sino un conflicto que, si bien siempre debe ser pasado, debe seguir siendo vivenciado conforme a su esencia conflictiva, es decir, que debe tener vigencia en la vivencia de los sufren sus consecuencias y, en general, de quienes lo protagonizaron. Si bien el poder punitivo no resuelve casi nunca los conflictos, está claro que —en el mejor de los casos— puede suspenderlo, pero sería demasiado irracional admitir que la pena quiera suspender un conflicto que ya está suspendido por el transcurso del tiempo. Es cierto que la respuesta debiera darse caso por caso, pero resulta obvio que un sistema semejante afectaría la seguridad jurídica, por lo que la ley se conforma con establecer plazos, durante los cuales basta que el sujeto no haya cometido otro delito. La excepción a esta regla la constituyen los crímenes que jamás han dejado de ser vivenciados, para pasar a ser meramente históricos: éste es el supuesto de los delitos contemplados en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, de 1968 (ratificadas por ley 24.584)”.⁽¹²⁾

.....

(10) FERRAJOLI, p. 574.

(11) Ver MUÑOZ CONDE, p. 230.

(12) ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal*, p. 882.

A ello bien puede agregarse que, transcurrido considerable tiempo entre el hecho y el juicio, la persona que está delante del tribunal no es exactamente la misma que cometió el hecho, y algo análogo sucede cuando ha transcurrido considerable tiempo entre la sentencia condenatoria y su ejecución: el sujeto que se halla ante la agencia de ejecución penal tampoco es el sujeto al que el tribunal condenó, como tampoco lo es el tribunal ni la agencia ejecutiva, ni los afectados y, sobre todo, el conflicto, que deja de ser vivenciado, para pasar a ser meramente histórico.⁽¹³⁾

Obviamente, estos fundamentos son aplicables para el caso de la víctima o sus familiares que, sobre todo en delitos graves normalmente, no olvidan ni tampoco puede llegar a entender que el orden social se haya restaurado por el transcurso del tiempo. No obstante, el derecho penal no puede fundarse sobre la base de la necesidad de retribución que nace en la víctima del delito.⁽¹⁴⁾

En síntesis, el más importante fundamento de la prescripción penal está dado porque el transcurso del tiempo torna innecesaria la pena por irra-

.....

(13) ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal*, 2002, p. 882.

(14) Enseña NUÑEZ en *Derecho Penal Argentino*, t. II, p. 168, que la versión original del Código de 1921 no contenía causales de interrupción ni de suspensión de la prescripción, razón por la cual la mayoría de los autores sostenía que el transcurso del tiempo hacia al olvido del hecho tornando innecesaria la pena. Sin embargo, la Ley de Fe de Erratas (Ley 11.221), sancionada el 21/09/1923, violando su propósito corrector, incorporó "la comisión de un nuevo delito" como causa interruptora de la prescripción. A partir de ello, numerosos autores creyeron reconocer otra razón fundante de la prescripción: la resocialización natural del sujeto. Sin embargo, la enmienda del sujeto tiene baches tan profundos que hacen que sea insostenible para justificar a la prescripción. Señala MAGGIORE, t. II, p. 363, que el único fundamento de la prescripción está dado por "la fuerza natural del tiempo que cubre de olvido los hechos criminosos, anula el interés represivo, apaga las alarmas sociales y dificulta la producción de las pruebas. (...) El expuesto, y no otro, es el fundamento de la prescripción; no la presunta readaptación del reo a la vida social; ni la consideración de que el transcurso del tiempo equivale —como un período de prueba— a una expiación indirecta ...". Un ejemplo nos exime de mayores comentarios. Menciona, con acierto, PASTOR, p. 29 que "si una persona es condenada por ser autora de homicidio (CP, 79) a un pena de prisión de veinticinco años, pero no se presenta a cumplirla, con lo cual el plazo para la prescripción de la pena es el monto de la condena (CP, 65, 3), y esta persona es detenida el día anterior al de la prescripción, entonces, a pesar de que los veinticinco años han prácticamente transcurrido sin que cometiera otro delito, es decir que ha operado la resocialización "natural", de todos modos le será aplicada la pena completa de veinticinco años con el fin, precisamente, de lograr la resocialización. Este caso es paradigmático, desde el punto de vista de la racionalidad del sistema de prescripción y de la lógica de sus conexiones internas, para demostrar que lo prevaleciente en esta materia es el paso del tiempo, sin justificaciones morales posteriores, mucho menos desde la prevención especial como fundamento de la pena".

cional, puesto que el conflicto ha quedado resuelto porque la alarma social que da origen a su represión se ha extinguido, se ha apagado.

2.3. La utilidad por imposibilidad

La prescripción de la acción penal secundariamente se fundamenta en criterios de utilidad por imposibilidad. Esto significa un reconocimiento que hace el propio Estado de la imposibilidad que la justicia pueda abarcar la investigación de todos los hechos denunciados. Así, por estrictas y prácticas razones de utilidad, se autoriza al juez a que dé por finalizado el conflicto transcurrido cierto tiempo.

Es que el sistema punitivo opera ejerciendo un poder punitivo represivo en forma de criminalización primaria y secundaria. Criminalización primaria es la formalización penal de una conducta en una ley; o sea, una conducta está criminalizada primariamente cuando está descripta en una ley como delito. Este programa nunca puede ser realizado, o sea, no es siquiera imaginable que todos los que realicen alguna de las conductas que están amenazadas con pena reciban realmente un castigo. Criminalización secundaria es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas. Es el acto del poder punitivo por el que éste recae sobre una persona como autora de un delito. Es imposible llevar a cabo toda la criminalización primaria, no sólo porque se pararía la sociedad sino también porque la capacidad de las agencias de criminalización secundaria (policía, justicia, cárceles) es infinitamente inferior a lo planificado por la criminalización primaria.⁽¹⁵⁾

Obsérvese, entonces, que en este desfasaje existente entre la criminalización primaria y la secundaria entra a jugar un rol decisivo la prescripción de la acción penal. Esto es, por un lado el Estado criminaliza conductas cada vez en mayor cantidad, ordenando perseguir todos los delitos denunciados; pero, por el otro, señala que aquellos casos que selectivamente no se puedan perseguir, se prescriban. De este desfasaje, se deduce una admisión que hace el propio Estado en tanto que reconoce la imposibilidad de llevar a cabo toda la criminalización primaria, dado que la criminalización secundaria no está dotada por el mismo Estado de los medios necesarios para poder efectivizarla, encontrando un canal útil para cancelar, al menos en derecho, esos conflictos con la prescripción de la acción penal.

.....

(15) ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Manual de Derecho Penal*, pp. 11/12.

2.4. La prescripción de la acción penal y la resolución del conflicto en un tiempo razonable

Para algunos autores

“la prescripción penal juega dos roles accesorios. Por un lado, en cierto universo de casos, es el instrumento procesal realizador del derecho fundamental de toda persona perseguida penalmente a que su proceso se defina dentro un plazo razonable. Por el otro, resulta ser un “estímulo” para la actividad estatal oportuna y efectiva de los órganos encargados de la persecución pública, amenazados por la imposibilidad de realizar el derecho material más allá de ese límite temporal”.⁽¹⁶⁾

Sin embargo, aun cuando el derecho al juzgamiento en plazo razonable guarde directa vinculación con la prescripción, las razones apuntadas no hacen a los fundamentos de la prescripción.

No puede fundarse la prescripción de la acción penal en un estímulo para la actividad estatal oportuna y efectiva de los órganos encargados de la persecución pública y una consecuente sanción a esos órganos por el retardo en la ejecución de sus deberes. Contrariamente, como ya se dijo, existe imposibilidad de poder investigar todos los casos denunciados pero ello de ningún modo, a título general, puede conformarse en una sanción ni en un estímulo. Cuando hay obligación legal de investigar todo, pero el Estado no provee los medios necesarios para que se pueda abarcar ese todo, sólo allí se reconoce la prescripción, pero en ello nada tiene que ver un estímulo y mucho menos un sanción.

El retardo en el cumplimiento de los deberes hace a la responsabilidad personal e individual del titular del órgano dispuesto por el Estado que es quien tiene la imposición legal de iniciar una acción pública o de continuarla una vez que ésta ya haya sido promovida. Es decir, la sanción que debe recaer no es la prescripción de la acción penal, sino un castigo directo sobre el titular del órgano que no cumplió debidamente con sus deberes. La sanción en estos casos, entonces, es estrictamente personal y puede ser penal, administrativa o través del enjuiciamiento previsto para los magistrados.

.....

(16) PASTOR, p. 52.

Al respecto, ya antiguamente el maestro Carrara reflexionaba:

“es claro que esta idea nace de una deducción equivocada del derecho civil, ya que la prescripción penal no se basa de ninguna manera, como la civil, sobre la protección de los vigilantes y el castigo de los negligentes. Sería ridículo que, para castigar la negligencia de un juez, se dejara libre a un culpable, y a la sociedad sin defensa. Estos conceptos no tienen nada de común con las leyes penales”.⁽¹⁷⁾

En el otro extremo, tampoco puede sostenerse que los plazos de la prescripción de la acción penal configuren el plazo razonable que como derecho tiene toda persona para la definición de una persecución penal en su contra, sobre todo cuando el límite temporal para que ella opere es muy prolongado (por ejemplo, 15 años, art. 62,1 CP).⁽¹⁸⁾ Es que si los plazos de la prescripción de la acción penal son los que delimitan lo que significa “plazo razonable”, lo razonable sería irrazonable, aun en aquellos casos en los cuales los tiempos de prescripción de la acción penal sean exiguos, dado que éstos pueden extenderse casi ilimitadamente por causales suspensivas e interruptivas.

A pesar de todo lo expuesto, debe reconocerse una estrecha vinculación entre ambos institutos, en tanto

“...la amenaza penal no puede quedar supeditada ilimitadamente, ya que la prescripción es el instrumento realizador de otro derecho fundamental que es el de la definición de un proceso penal en un tiempo razonable, y los plazos del código penal son el marco máximo de posibilidad de perseguir punitivamente, pero la prescripción de la acción puede operar antes si en la hipótesis concreta el tiempo del proceso excedió el marco de razonabilidad establecido por la Constitución y el derecho internacional”.⁽¹⁹⁾

Así, se concluye que

“...los plazos máximos establecidos para la prescripción funcionan como límite en los supuestos de rebeldía y fuga, y también

.....

(17) CARRARA, *Programa*, t. 1, p. 181 y ss.

(18) PASTOR, p. 40.

(19) ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Manual de Derecho Penal*, p. 688 y ss.

como límite frente a investigaciones preparatorias que no han logrado fundar una imputación que mereciera un grado tal de sospecha que permita la declaración indagatoria. De tal suerte los plazos del art. 62 son excepcionales (umbral máximo de perseguibilidad), pero la prescripción de la acción puede operar antes si, una vez afianzada la imputación precisa (y luego de la declaración indagatoria) vencen los plazos que la ley procedimental fijó como términos razonables para la duración de los procesos. Estos términos pueden ser modificados por las legislaciones procesales locales, pero nunca podrán exceder los topes máximos fijados por el código penal a través del art. 62, que es el marco de referencia en que opera la perseguibilidad penal".⁽²⁰⁾

Considerar plazos de prescripción como umbral máximo es saludable, máxime cuando se autoriza su cese con anterioridad acudiendo a los lapsos que establezcan las leyes procesales una vez formalizada la imputación. Sin embargo, la referencia olvida (quizás porque directamente deroga) la existencia de extensiones legales a dichos lapsos provenientes de las causales suspensivas e interruptivas, las que provocan prolongaciones excesivas de aquel umbral máximo de perseguibilidad. Por lo demás, al remitir a la ley procesal, el cese anticipado colisionaría con la igualdad ante la ley ante la posible existencia de plazos distintos entre las diferentes provincias, a lo que finalmente cabe preguntarse qué ocurriría cuando la ley procesal no dispone dicho plazo.⁽²¹⁾

Como se observa, la solución es parcial en tanto, de mediar causales suspensivas e interruptivas, no brinda esencialmente respuesta a la pregunta de cuándo opera aquel umbral máximo. Es decir, hay que reconocer la existencia de una similitud entre la prescripción como límite temporal autoimpuesto por el Estado y el juzgamiento en tiempo razonable como derecho de todo imputado,⁽²²⁾ no porque exista una relación entre ambos lógica o jurídica, sino por el motivo —común a ambos— por el cual se extingue la acción penal: el paso del tiempo, esto es, el cumplimiento de

.....

(20) ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Manual de Derecho Penal*, p. 689.

(21) Tal es el caso del nuevo Código procesal penal de Santa Fe (ley 12.734) que no dispone plazo de duración de la investigación penal preparatoria.

(22) Ver LA ROSA, *La prescripción en el Derecho penal*, p. 102.

un plazo. Sin embargo, la prescripción no ofrece garantías de que el imputado no sea juzgado en un plazo, más allá del razonable.⁽²³⁾

En esta inteligencia, debe verse que la razonabilidad del plazo ha quedado librada a su suerte en la interpretación que le ha dado la jurisprudencia local e internacional, al afirmarse que el carácter razonable de la duración del proceso debe ser determinado según las circunstancias de cada caso, pero especialmente tomando en cuenta su complejidad, la conducta del imputado y de las autoridades judiciales.⁽²⁴⁾ Se destaca, asimismo, que la propia naturaleza de la garantía de ser juzgado en un plazo razonable impide determinar con precisión a partir de qué momento o bajo qué circunstancias comenzaría a lesionarse, pues la duración razonable de un proceso depende en gran medida de diversas circunstancias propias de cada caso, por lo que el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas no puede traducirse en un número de días, meses o años.⁽²⁵⁾ Así, ante la falta de contenido del plazo razonable, la Corte de la Nación ha recurrido a los tiempos de la prescripción de la acción⁽²⁶⁾ creando una causal de invalidez del procedimiento denominada insubsistencia, a partir de la cual aquellos actos procesales realizados cuando el plazo normal del proceso se encuentra superado, no tienen que ser considerados como actos de procedimiento interruptivos, ya que, al haber sido practicados luego del tiempo razonable —esto es, una vez que el proceso debería encontrarse resuelto—, deben ser considerados defectuosos, correspondiendo disponer la prescripción de la acción penal.⁽²⁷⁾

A pesar de las buenas intenciones de ese criterio —utilizado en proceso de muy dilatada extensión—, éste sigue siendo impreciso en tanto su de-

(23) LANZON, p. 251.

(24) Ver Corte IDH, "Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago", 21/03/2002; "Suárez Rosero vs. Ecuador", 12/11/97; Tribunal Europeo de DH, "Wiesinger vs. Austria", 30/10/1991 y otros; Tribunal Constitucional de España, 12/04/1999 y 12/11/1996.

(25) CSJN, "Acerbo", 21/08/2007, t. 330, p. 3640. En realidad se dice que el diseño de esta doctrina corresponde al Tribunal Europeo de DH en el caso "Stögmüller", 10/11/1969 y, seguida por los Tribunales nacionales e internacionales. Véase Tribunal Constitucional Español, auto n° 219 del 01/07/1993; Corte Suprema de los Estados Unidos, 07 U.S. 514, 530; CNCP, Sala II, 24/08/2004, c. 4748.

(26) CSJN, "Mozzatti", 17/10/1978, Fallos 300:1102; 306:1688; 312:2075; 316:2063. Más recientemente "Amadeo de Roth", 04/05/2000, Fallos 323:982; "Barra", 09/03/2004, Fallos 327:327; "Egea", 09/11/2004, Fallos 327:4815; "Acerbo", 21/08/2007, Fallos 330:3640; "Santagelo", 08/05/2007; "Ibañez", 11/08/2009. Un análisis amplio puede verse en LANZON, p. 253 y ss.

(27) Ver CREUS, *El principio de celeridad*; Calvete, t. I, p. 26.

finición hace a cada caso concreto quedando a la interpretación que haga cada tribunal, no alcanzando a disponerse el mentado límite temporal con la precisión que aquí se auspicia. De allí, entonces, que el objetivo pase por buscar límites al límite temporal.⁽²⁸⁾ En otras palabras, analizar críticamente la existencia de las causales suspensivas e interruptivas y, en función a ello, limitarlas en el tiempo.

Para ello, de inicio, bueno es destacar que el legislador nacional ha establecido en el Código Penal los límites temporales respecto a la prescripción de la acción tomando como base el abstracto del monto de la pena máxima del delito imputado en los delitos reprimidos con penas privativas de la libertad temporal, no obstante ha dispuesto un tope máximo de 12 años y otro mínimo de 2 años, mientras que, cuando dichas penas son perpetuas, se estableció el plazo de 15 años (art. 62, incs. 1 y 2 CP). Es decir, puede afirmarse que se ha seguido el mismo criterio de valoración de los bienes jurídicos protegidos por cada norma de la parte especial —aunque con incluso mayor limitación—, la cual rige con mayor precisión, aun en la prescripción de la pena donde en general se determina el plazo prescriptivo en concreto, esto es el dispuesto por la sentencia condenatoria (art. 65 inc. 3 CP).⁽²⁹⁾ Con ello, este marco legal obedece a que, por fuera de los mismos la pena conminada o impuesta será innecesaria por irracional y desproporcionada, debiendo analizarse el porqué de la existencia de prolongaciones por causales suspensivas e interruptivas.

3. Causales suspensivas

3.1. Panorama general

Las causales suspensivas, a excepción de las llamadas cuestiones previas, tienen su origen principalmente en condiciones de las cuales es portador el propio sujeto o que el propio sujeto genera —sin pertenecer al

.....

(28) El art. 78c.1 del Código Penal alemán, luego de disponer 12 causales interruptivas, en el 3er. apartado limita temporalmente la prescripción a como máximo el doble del tiempo prescriptivo. La posición se muestra como inicialmente saludable, sin embargo los plazos prescriptivos son bastante altos (art. 78) a lo que debe sumarse que a partir del acuerdo general de la naturaleza procesal de la prescripción de la acción no es aplicable a la misma el principio de legalidad. De allí las distintas prórrogas de la prescripción que se han establecido respecto a los crímenes cometidos por el nacionalsocialismo y en la ex Alemania Democrática, cuyo detalle puede verse en Hirsch, t. II, p. 212 y ss. y p. 238.

(29) Salvo para las condenas a pena de reclusión y prisión perpetua que es de 20 años (art. 65 incs. 1 y 2 CP) y para la condenadas a pena de multa que es de dos años (art. 65 inc. 4 CP).

derecho de defensa— y que es necesario remover en tanto generan una imposibilidad material para promover o reactivar la acción penal. Así, aun observando que la remoción del obstáculo que las mismas representan es imprescindible para activar la acción penal, ello no implica que puedan a su vez limitarse en su duración.

Esto es, su propia naturaleza obliga a superar el obstáculo que normalmente la misma ley presenta; así, su existencia termina siendo necesaria ya que, de lo contrario, sería no sólo una ingenuidad sino también una contradicción jurídica su derogación —lo que además podría traducirse en un mensaje de impunidad—. Por tanto, si bien no puede llegarse al extremo de su abolición porque surge de una gama de situaciones que se dan en la práctica y que, de no existir la suspensión, depararían en la impunidad, sí puede proponerse que se establezca un plazo límite para la duración de los distintos supuestos ya que, de lo contrario, encontraríamos una forma encubierta de imprescriptibilidad.⁽³⁰⁾

3.2. Análisis particular

3.2.1. Suspensión en los delitos de los arts. 226 y 227bis CP

La ley 23.077 de defensa de la democracia incorporó como causal de suspensión de la prescripción de la acción penal la comisión de los delitos previstos en los arts. 226 (rebelión) y 227 bis (actos de consentimiento o cooperación con ella), hasta el restablecimiento del orden constitucional. La razón de ser de esta causal se deduce, sin esfuerzos, de la naturaleza de las acciones conminadas y de la necesidad de no tornar ilusoria su prevención general.⁽³¹⁾ Por su propia naturaleza, rige durante todo el período en el cual aquél opera, por lo que su vigencia temporal —necesaria— se encuentra limitada por la propia norma.

3.2.2. Cuestiones previas y prejudiciales

En éstas la suspensión opera durante todo el tiempo que dura la tramitación de la cuestión prejudicial o previa. Es decir, no se ha establecido un tiempo máximo de duración por lo que, de la extensión en su tramitación, se deduce la inexistencia del límite temporal.

.....

(30) Ver MANZINI, t. 5, p. 170 y ss.

(31) CREUS, *Derecho Penal*, p. 385.

Advirtiendo, entonces, que el Estado debe propender a que estos supuestos tramiten con la debida celeridad, corresponde disponer un límite temporal para la remoción de estos obstáculos: bien podría ser dos y cuatro años para la causales previas y prejudiciales, respectivamente.

En las causas previas, es el propio Estado el que debe dar marcha y tramitar la remoción, por lo que sería correcto que también aquí se autolimite. Mientras tanto, como las causas prejudiciales tienen su origen en otro proceso judicial que hace cosa juzgada respecto de la cuestión penal, debería disponerse también un tiempo límite de duración de aquélla que, en este caso, se establece en mayor monto (cuatro años) debido a que el impulso no depende exclusivamente del Estado.

3.2.3. *Delitos cometidos por funcionarios en ejercicio en el cargo público*

La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubieren participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando cargo público (art. 67, 2º párrafo CP).

La más autorizada doctrina entiende que la disposición tiene el propósito de evitar que corra el término prescriptivo mientras la influencia política del sujeto pueda perturbar el ejercicio de la acción. Por ende, por cargo público no debe entenderse cualquier empleo estatal, sino al funcionario cuya jerarquía o vecindad con ésta permita sospechar que puede emplear su autoridad o influencia con el fin de perjudicar el ejercicio de la acción penal (ministro, secretario, subsecretario, juez), o de sus cómplices o personas de estricta confianza.⁽³²⁾

Sin embargo, esta postura no es del todo convincente. Es que, de ser esa la fundamentación de esta causal, la suspensión debiera correr para todos los delitos de la parte especial y no sólo respecto a aquellos delitos que el funcionario cometiera en ejercicio de la función pública, atento a que la influencia política del funcionario público puede llegar a perturbar el ejercicio de la acción que nazca de cualquier delito de los contenidos por el Código.

Por otra parte, de seguirse esta posición, hay que tener en cuenta que la suspensión en el curso de la prescripción contiene aspectos negativos, ya que si bien se suspende el curso de la prescripción de la acción mientras el funcionario permanezca en su cargo, ello debería deparar que también se

.....

(32) ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal*, p. 904; Lascano, t. 2, p. 663.

suspenda el curso del ejercicio de la acción y, con ello, de la investigación hasta tanto el funcionario deje de ser tal, por cuanto es en ese momento en el cual se ejerce la mentada influencia política. Y ello puede generar una doble alternativa en relación al funcionario: a) que, ante su inocencia, se manche su buen nombre y honor y que, con ello, se lo perjudique políticamente por el halo de sospecha que genera la denuncia de un delito; b) que se lo favorezca políticamente ya que una eventual condena en su contra seguramente afectaría su permanencia en el cargo público que ostenta, lo que generaría una sensación general de privilegio e impunidad.

En el otro extremo, esta fundamentación implicaría sostener que el Poder Judicial no es independiente.

Además, cabe destacar que esta fundamentación de la suspensión del curso de la prescripción de la acción penal por la influencia política no se muestra coherente con las previsiones de la ley 25.320 que, al regular la forma de proceder del juez cuando dé apertura a una causa penal contra un legislador, funcionario o magistrado sujeto a desafuero, remoción o juicio político, lo autoriza a seguir adelante con el procedimiento judicial hasta su total conclusión, incluso a recepcionarle declaración indagatoria, salvo que el funcionario no se presentara, en cuyo caso deberá detener el procedimiento y activar el antejuicio. Es que si la ley aludida, referida a personas que ejercen cargos públicos de máxima importancia, autoriza al juez a seguir adelante con el procedimiento judicial hasta su conclusión, más allá de algunas limitaciones que puntualmente se establecen, es porque se está rechazando la posibilidad de influencia política en este supuesto. De ello debe inferirse que para personas que ejercen cargos públicos de menor relevancia —en tanto no se exige ninguna limitación para proceder a su juzgamiento—, una vez que el delito ha sido denunciado, no existiría razón para suspender el curso de la prescripción de la acción penal por una hipotética influencia política que la ley no menciona.

Habiendo sido demostrada que la influencia política no es el motivo de esta causal, urge limitarla. Así, puede señalarse que a esta causal suspensiva hay que observarla desde dos aspectos, según sea que el delito haya sido o no descubierto, y que sólo tiene operatividad para esta última.

En efecto, puede ocurrir que debido a que el funcionario aun está en el cargo, él mismo o sus influencias políticas eviten que el delito sea descubierto de forma tal que si la prescripción de la acción comenzara a correr conforme lo prescripto en el art. 63 CP, de no existir esta causal suspensiva

bien podría ocurrir que cuando el funcionario cesare en sus funciones la acción ya se encontrara prescripta y que con ello se lograra la impunidad.

La conclusión expuesta se corrobora cuando se advierte que esta causal suspensiva se extiende para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público. Y ello se muestra como coherente en tanto que si el hecho aun no ha sido denunciado porque no fue conocido, lógico es que ninguno de los intervinientes (estén o no desempeñando cargo público) se vean beneficiados con la prescripción. Ello se ve reafirmado con el último párrafo del art. 67 que prevé el curso separado de la prescripción, como así también su suspensión e interrupción para cada delito y para cada uno de los partícipes, con la excepción prevista en el segundo párrafo de este artículo, justamente la que da inteligencia a la solución que se propugna.

Bajo este análisis, los términos “funcionario público” y “empleado público”, son los delimitados en el art. 77 del Código Penal. Como puede observarse, lo más razonable parece ser que esta causal suspensiva sólo tiene vigencia cuando el delito no ha sido denunciado porque no ha sido descubierto ni ha trascendido, culminando una vez que el funcionario público ha cesado en el cargo o antes si el hecho presuntamente ilícito ha trascendido a la luz pública. Es, entonces, en esta interpretación en la cual se encuentra un límite al límite temporal.

3.2.4. La rebeldía y la extradición

Finalmente, lo que se propone es la creación de otra causal de suspensión de la prescripción de la acción penal y también de la pena, la que estaría configurada por el auto de rebeldía y el pedido de extradición,⁽³³⁾ pero colocando como límite de duración de las mismas el plazo de cuatro años.

En primer término, importante es resaltar que éstas son conductas que parten del propio sujeto y que motivan la respuesta del Estado, por ser por autonomasia la muestra de la contumacia del imputado ante el reclamo de la justicia.⁽³⁴⁾ En este sentido, se ha dicho que así como no se puede

.....

(33) ALVAREZ, p. 267, aunque también lo coloca como un acto interruptivo. Recientemente la Corte Nacional, 10/05/2005, LL, 31/05/2005 (supl.), N° 108.972, LL, 30/09/2005 (supl.) rechazó la posibilidad de que la solicitud de extradición sea considerada acto interruptivo. Sin embargo, el PE recestando críticas que se le formularon a la ley 25.990 envió un Proyecto de ley, mensaje N° 347 del 20/04/2005, donde incorporaba estas causales pero como interruptivas.

(34) Ver CRIPPA GARCIA, p. 3; BARCESAT, *Examen crítico de la ley 25.990*; CEVALLOS, en *elDial.com* DC556.

poner en cabeza del imputado la inactividad judicial por hallarse fuera de su esfera de acción, tampoco puede cargarse al juez con la paralización de la causa por fuga del imputado.⁽³⁵⁾ Amén de ello, cabría considerar la violación al principio de igualdad que resultaría en los casos en que un co-procesado, en forma contraria al fugado, continuara sometido a la potestad punitiva del Estado. En efecto, para ambos el plazo de prescripción sería el mismo sin que la rebeldía del contumaz lo suspenda, de modo que quien se encuentra a derecho podrá ser pasible de pena. Por el contrario, quien ha incurrido en —llamémosle así— inconducta procesal podrá quedar impune cuando comparezca ante la justicia habiendo aprovechado de su situación de rebeldía.⁽³⁶⁾

Para Binder, la superación del límite temporal sólo es admisible cuando el imputado realiza un acto que imposibilita la prosecución de la causa; esto es, la fuga. En síntesis, el plazo que tiene el Estado para ejercer su poder penal funciona de modo diverso, según se haya iniciado algún tipo de persecución penal o no se haya tomado ninguna iniciativa al respecto. Si el Estado no ha iniciado ninguna persecución penal, tiene un tiempo para hacerlo que sólo podrá ser superado por alguna causa externa al Estado mismo, que le impida tomar tal iniciativa. Si, por el contrario, el Estado ha iniciado algún tipo de persecución penal, el límite temporal se manifiesta en un plazo dentro del cual debe terminar ese procedimiento. Y el término del plazo sólo podrá ser superado por alguna condición externa al Estado mismo que le impida absolutamente arribar a una solución definitiva. No se trata de una imposibilidad práctica —que el Estado podrá superar con mayores recursos, mejores sistemas o mayor diligencia—, sino una imposibilidad absoluta. La única condición de ese tipo nace cuando la fuga del imputado imposibilita al Estado la realización del juicio.⁽³⁷⁾

Así, en la inteligencia de que en la República Argentina no hay proceso penal en contumacia, conforme a la interpretación imperante sobre la garantía que asegura la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18 CN)⁽³⁸⁾ y a que ella obedece a una actividad desarrollada por el imputado que

.....

(35) ALVAREZ, p. 267.

(36) Ver GRÜNBERG, elDial.com DC54D, aunque la coloca como causal interruptiva.

(37) BINDER, p. 133 y ss.

(38) D'ALBORA, p. 592; MAIER, t. II, pp. 126 y 216; JAUCHEN, p. 154; VELEZ MARICONDE, t. II, p. 364 y ss.; CLARIA OLMEDO, t. I, p. 314; en contra SUPERTI, p. 99 y ss.; CORVALAN, p. 163; CUENCA, pp. 219/20.

se traduce en la imposibilidad material de llevar adelante el proceso —la que, por otra parte, el derecho no puede favorecer en tanto no hace al derecho de defensa del justiciable—, lo que se propone es que el auto de rebeldía y el pedido de extradición operen como una causal suspensiva, pero a su vez limitada temporalmente, en cuatros años.⁽³⁹⁾

Se la coloca como causal suspensiva y no interruptiva en función a que no se advierte el sentido de borrar todo el plazo prescriptivo ya corrido, máxime cuando el Estado ya ha iniciado la persecución penal y el imputado, inicialmente, ha estado a derecho.

Los plazos de duración que se fijan lo son en función a que el Estado, una vez dispuesta la causal, deberá disponer de los medios necesarios para hacer efectiva la comparecencia del imputado o condenado a derecho. Así, el límite de cuatro años que se dispone tiene su origen en la advertencia de que, en una sociedad informatizada e internacionalmente integrada como la actual, una fuga definitiva es difícil porque obliga al sujeto a la clandestinidad y a un estado de permanente inseguridad —que ya es de por sí, normalmente, una pena gravísima—,⁽⁴⁰⁾ operando la llamada pena natural.

4. Causales interruptivas

La prescripción de la acción penal tiene raigambre liberal y su interrupción por actos procesales tiene filiación autoritaria.⁽⁴¹⁾ Ha sido calificada, con razón, de absurda e inicua y de instituto anti-científico.⁽⁴²⁾

.....

(39) Ver, en igual sentido, ELOSÚ LARUMBE. Por otra parte, destacamos que tanto el auto de rebeldía y la orden de captura eran considerados como suspensivos de la prescripción de la acción penal en los Proyectos de reforma del Código Penal de Peco de 1941 (art. 95 respecto sólo a la declaración de rebeldía) por un plazo no mayor de dos años y el de 1953 (art. 129 apart. b respecto sólo a la orden de captura), fijando un plazo no mayor a cuatro años.

(40) Ver FERRAJOLI, p. 559. También PASTOR, p. 152, quien señala: “Pensemos, también, en los medios que tiene el Estado moderno para evitar la fuga sin privar de su libertad al imputado para detenerlo rápidamente una vez que se ha fugado”.

(41) ZAFFARONI, *La secuela de juicio es la sentencia*, pp. 569 y 570, donde destaca: “Esta interrupción de la prescripción es de raigambre antiliberal, como lo prueba el hecho de que haya estado reconocida en el derecho común alemán (fundado en la “Carolina”), cuya tradición empalmó en Alemania con la recepción del Código de Napoleón, cundiendo en la mayor parte de los códigos anteriores a la unidad y, por cierto, pasando por el código de Prusia al código imperial. Por la misma influencia napoleónica, la interrupción de la prescripción por actos procesales pasó al último párrafo del art. 133 del Código español de 1870”. En la misma consideración, ver BINDER, p. 125.

(42) PASTOR, p. 127.

El sistema que interrumpe la prescripción de la acción penal por actos de procedimiento no encuentra asidero en ningún principio jurídico; introduce en la justicia práctica la tiranía más abominable de la arbitrariedad y conduce a las consecuencias más absurdas.⁽⁴³⁾ Es que, en primer lugar, deja al arbitrio de un hombre el que una acción penal prescriba o no prescriba contra el que le parezca —lo cual es un abuso— y, en segundo término, torna al instituto del cual depende —la prescripción— en una quimera, puesto que tiende a la imprescriptibilidad de la acción, lesionando de muerte al instituto como límite temporal y la innecesariedad e irracionalidad de la pena como su fundamento por el transcurso del tiempo, dado que los actos de procedimiento no mantienen vivo el interés social por la pena, sino que, muy por el contrario, lo único que mantienen vivo es el arbitrario impulso del proceso.⁽⁴⁴⁾ Finalmente, afectan el derecho de defensa de la persona por la desaparición de las pruebas y el derecho que tiene toda persona de ser juzgado en un tiempo razonable.⁽⁴⁵⁾

Es que, en las causales interruptivas, la alongación del plazo prescriptivo termina siendo mucho más grave toda vez que, cuando se presenta la causal, se borra el tiempo prescriptivo corrido, el cual comienza a correr de cero nuevamente justificando “los más graves retrasos y dilaciones provocados por el órgano encargado de dirigir la investigación judicial, puesto que bastaría la producción de un acto considerado interruptivo para que el dilatado trámite de un procedimiento quede justificado y el encausado tenga que soportar un nuevo término, sin culpa de su parte”.⁽⁴⁶⁾

.....

(43) CARRARA, *Programa*, t. 1, nota & 580 p. 382, toma una cita de Henkel, partidario de la imprescriptibilidad: “Es mucho más fácil persuadirnos de que la prescripción, tanto de la pena como de la acción, es inadmisibles, que concederle razón, en uno u otro caso, si se la admite, al repugnante sistema de la interrupción arbitraria. En cuanto a mí toca, si se me pusiera a elegir entre estos dos cosas, preferiría no admitirla nunca, antes que admitirla o no admitirla, según le plazca al capricho del funcionario público”.

(44) Ver VERA BARROS, p. 126.

(45) En crítica a la ley 25.990, Zaffaroni, Alagia y Slokar señalan que “Conforme a la redacción vigente, en un hurto simple, la acción penal puede extenderse hasta diez años, en un robo simple hasta treinta años y en una tentativa de homicidio hasta sesenta años, pues basta que entre un acto procesal y otro no haya pasado un tiempo mayor que el máximo de la pena. En la práctica significa que para el CP no se prescribe ningún delito, o sea, que el CP renuncia a poner en marco general al ‘plazo razonable’ de duración de los procesos, que queda librado por entero a los códigos procesales...”, ver ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Manual de Derecho Penal*, p. 692. Es que, como destaca LA ROSA en *La insubsistencia de la acción penal* (p. 446) con los actos interruptores colocados por la nueva ley el plazo prescriptivo puede hasta quintuplicarse.

(46) LA ROSA, *La prescripción de la acción penal*, p. 260.

Bajo estas certeras críticas, y advirtiendo que la interrupción del curso de la prescripción de la acción penal por actos de procedimiento altera sobradamente los plazos prescriptivos que el mismo legislador nacional ha establecido en función a la valoración de la importancia de los bienes jurídicos en juego —desde los que ya no caben dudas que la pena se torna innecesaria por irracional—, no puede soslayarse que las causales interruptivas por actos de procedimiento deben ser limitadas a su mínima expresión. Esto es, la única causal admisible ha de ser la sentencia condenatoria no firme, a la que por otros fundamentos debe adicionarse la comisión de un nuevo delito.

La interrupción procesal en general no parece tener mayor sentido, por cuanto es el propio Estado el que prorroga el límite temporal por la negligencia de los órganos que el mismo Estado ha predispuesto para ejercer la acción penal,⁽⁴⁷⁾ la que es cargada en el imputado sobre el cual extiende el manto de sospecha, afectando el derecho al juzgamiento en un plazo razonable. Por tanto, la sentencia condenatoria no firme⁽⁴⁸⁾ —a la que los órganos predispuestos por el Estado han dado debido impulso, logrando su objetivo— debería ser la única causal interruptiva que tendría que tener vigencia.⁽⁴⁹⁾

Por lo demás, la restante causal interruptiva es la comisión de un nuevo delito, el que debe ser declarado judicialmente para ser tener vigencia.⁽⁵⁰⁾ Su operatividad se sostiene en función a que, dadas estas circunstancias, la aplicación de la pena resultaría en principio necesaria desde el punto de vista preventivo y aun su aplicación podría entenderse racional.

.....

(47) En el mismo sentido, ver LA ROSA, *La insubsistencia de la acción penal*, p. 447; DE LA FUENTE-SALDUÑA.

(48) Nos recuerda ZAFFARONI en *La secuela de juicio*, p. 570 que en el primer Código Penal —esto es, el de Toscana (1786)—, sólo se reconocía efecto interruptivo a la sentencia condenatoria, criterio que siguió el Código español de 1822.

(49) Sin embargo, LA ROSA, *La insubsistencia de la acción penal*, p. 447 y ss., coloca como interruptora procesal a la convocatoria a prestar declaración indagatoria aludiendo que es el momento en que se ejercita la acción penal contra el sujeto presentándose un plazo dentro del cual esos actos deben llegar a cumplir su finalidad, es decir, un lapso delimitado dentro del cual el Estado debe arribar a una decisión definitiva. Desde la perspectiva que aquí se sigue tal acto no puede ser considerado interruptivo puesto que permitiría la duplicidad del plazo prescriptivo aun sin el desarrollo concreto de actividades de impulso del proceso por parte del Estado, dejando en manos del órgano encargado de la persecución penal que una acción prescriba o no, arbitrariedad que es la que se procura eliminar, ya que son las tornan irrazonable el plazo de juzgamiento.

(50) Ver CSJN, 10/05/1999, Fallos. 322:717; TSJ, Córdoba, sentencia N° 65, 08/07/2004.

Bibliografía

- ÁLVAREZ, CARLOS A., "La hasta hoy denominada 'secuela de juicio' y la ley 25.990", en *LL*, n° 2, marzo de 2005.
- BACLINI, JORGE C., *La prescripción penal*, Rosario, Juris, 2008.
- BARCESAT, EDUARDO S., "Examen crítico de la ley 25.990", en *LL*, Sup. Penal, febrero, 2005.
- BETTIOL, GIUSEPPE, *Derecho Penal. Parte General*, trad. de José León Pagano (h), Bogotá, Temis, 1965.
- BINDER, ALBERTO M., *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Bs. As., Ad-Hoc SRL, 1993.
- CALVETE, ADOLFO, *Prescripción de la acción penal*, t. 1, Szapocznik, 1989.
- CARRARA, FRANCESCO, *Opuscoli de Derecho Criminal*, t. II, 5ª edic., Florencia, 1898.
- CARRARA, FRANCESCO, *Programa de Derecho Criminal*, t. 1, trad. de Ortega Torres y Guerrero, Temis, Bogotá, 1972.
- CEVALLOS, ZENÓN A., "Prescripción. Un tema de moda", en *elDial.com DC556*, febrero, 2005.
- CLARIA OLMEDO, JORGE, *Tratado de Derecho procesal penal*, t. I, Bs. As., Ediar, 1962.
- CORVALAN, VÍCTOR, "Peligrosidad procesal y sistema acusatorio", en E. Donna (dir.) *Revista de Derecho Procesal Penal, Excarcelaciones*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005.
- CREUS, CARLOS, *Derecho Penal, Parte General*, 3ª edic. actualizada y ampliada, 1ª reimp., Bs. As., Astrea, 1994.
- CREUS, CARLOS, "El principio de celeridad como garantía del debido proceso en el sistema jurídico penal argentino", en *LL* 1993-B-894.
- CRIPPA GARCIA, OTTO, "La reforma del art. 67 del Código Penal", en *Boletín Zeus*, año 32, n° 7642, T° 97, 14/03/2005.
- CUENCA, DANIEL, "El tratamiento de la libertad en el proceso penal", en E. Donna (dir.) *Revista de Derecho Procesal Penal, Excarcelaciones*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005.
- D'ALBORA, FRANCISCO, *Código Procesal Penal de la Nación*, 5ª edic., Bs. As., Lexis Nexis, 2002.
- DE LA FUENTE, JAVIER E. SALDUNA, MARIANA, "Prescripción de la acción penal. La interrupción por actos de procedimiento. Ley 25.990", en *Reformas Penales II*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006.
- ELOSÚ LARUMBE, ALFREDO, "Interrupción del curso de la prescripción de la acción penal. Alcances de la ley 25.990", en *LL*, Sup. Penal, febrero, 2005.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Ibañez, Ruiz Miguel, Bayón Mohino, Terradillos Basoco y Cantarero Bandrés, España, Trotta/ Valladolid, 1995.
- GRÜNBERG, ADRIÁN F., "Prescripción de la acción penal. Una "secuela" de 56 años", en *elDial.com DC54D*.
- HIRSCH, HANS JOACHIM, *Derecho penal. Obras Completas*, t II, Derecho Penal del Estado de Derecho e injusto dirigido estatalmente, trad. de Alicia Gil Gil, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2000.
- JAUCHEN, EDUARDO M., *Derechos del imputado*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005.
- LANZON, ROMÁN P., "La prescripción de la acción el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación",

- en Bertolini y Ziffer (dirs.), *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Bs. As., febrero, 2010, fasc. 2.
- LA ROSA, MARIANO R., *La prescripción en el Derecho Penal*, Bs. As., Astrea, 2008.
- LA ROSA, MARIANO R., "La insubsistencia de la acción penal y la declaración como límite a la potestad punitiva", en E Donna (dir.) *Revista de Derecho Penal*, 2009-2, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009.
- LASCANO, CARLOS J. (h), en Zaffaroni y Baigun (dirs.), *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 2, Bs. As., Hammurabi, 2002.
- MAGGIORE, GIUSEPPE, *Derecho Penal*, t. II. trad. de la 5ª edic. italiana de Ortega Torres, Bogotá, Temis, 1954.
- MAIER, JULIO B., *Derecho Procesal Penal*, t. II, Bs. As., Del Puerto SRL, 2004.
- MANZINI, VINCENZO, *Tratado de Derecho Penal*, t. 5, trad. de Sentis Melendo, con notas del derecho argentino por Ricardo Nuñez y Ernesto R. Gavier, Bs. As., Ediar, 1950.
- MAURACH, REINHART, *Derecho Penal. Parte General*, t. 2, act. por Gössel-Zipf, trad. 7ª edic. alemana por Bofill Genzsch, Bs. As., Astrea, 1995.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción al Derecho penal*, 2ª ed., Bs. As., B de F, 2001.
- NUÑEZ, RICARDO C., *Derecho Penal Argentino*, t. II, Parte General, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1960.
- NUÑEZ, RICARDO, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Córdoba, Lerner, 1975.
- PASTOR, DANIEL, *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal*, Bs. As., Del Puerto SRL 1993.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*, T. 1: Fundamentos, La estructura de la teoría del Delito, trad. de la 2ª edic. Alemana y notas de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997.
- SUPERTI, HÉCTOR, *Derecho Procesal Penal, Temas conflictivos*, Rosario, Juris, 1998.
- VELEZ MARICONDE, ALFREDO, *Derecho procesal penal*, t. II, 2da. edic., Lerner, Bs. As., 1980.
- VERA BARROS, OSCAR N., *La prescripción penal en el Código Penal*, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1960.
- VON LISZT, FRANZ, *Tratado de Derecho Penal*, t. III, trad. de la 20ª edic. alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho penal español por Quintiliano Saldaña, Hijos de Reus, Madrid, 1917.
- ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Bs. As., 2002.
- ZAFFARONI, EUGENIO R.; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Bs. As., Ediar, 2005.
- ZAFFARONI, EUGENIO R., "La 'secuela del juicio' es la sentencia", en AA.VV, *De las Penas*, Bs. As., Depalma, 1997.

Plazos razonables y estrategias de gestión

Relación e incidencia en los debates jurídico penales actuales⁽¹⁾

SILVIA BETINA GAMBA⁽²⁾



1. Resumen

Es necesario instaurar una planificación estratégica del proceso penal, comenzando por una estimación del tiempo que le llevará al fiscal concluir la investigación. Pero esa estimación de tiempo debe realizarse en todos los supuestos y no sólo ante el requerimiento de una medida de coerción personal como la prisión preventiva. El justiciable no puede hacerse cargo con su tiempo-vida, libertad y angustia psíquica de la burocracia o desidia de la administración pública, muchas veces autorizada por los largos plazos previstos en la ley; plazos institucionales, no plazos previstos en términos de vida humana. La propuesta implica una modalidad de gestión por objetivos que redunde en una más eficaz y eficiente organización de causas y tiempos de acción, ya no funcional con un lento y burocrático sistema de justicia, sino con los factores humanos en concreto, "en vivo", que haya para ponderar en cada caso particular y que nadie mejor que los mismos operadores pueden conocer—generando mayor responsabilidad y compromiso—, sin otro plazo legal apriorísticamente previsto que el de la prescripción.

.....

(1) Ponencia premiada en el Concurso Regional UNRosario sobre Límites temporales al poder punitivo. Jurado: Daniel Erbetta, Gustavo Franceschetti, Guillermo Llaudet.

(2) Universidad del Centro Educativo Latinoamericano.

2. Introducción

Este breve trabajo pretende dar una nueva vuelta de tuerca sobre lo que debe entenderse por “plazo razonable” y su incidencia en la aceptación o no de muchos institutos restrictivos de bienes humanos fundamentales (como la libertad, la defensa en juicio y el derecho al debido proceso) de la mano instrumental de una adecuada estrategia de gestión.

Todos hemos oído el clisé acerca de que “los tiempos de la Justicia no son los de la gente”; cuando eso se palpa en la realidad cotidiana se torna inaceptable. El derecho es para la vida, está al servicio del hombre, y de modo alguno esta ecuación puede invertirse. Claro que todos debemos en algún momento sufrir restricciones en nuestro querer, en nuestra individualidad o en nuestra libertad por el sólo hecho de vivir y —más precisamente— de vivir con otros (con-vivir), en sociedad, en comunidad. La “otredad” y también el “nosotros” impone límites a nuestras acciones. Pero los límites de los límites, para ser aceptables, se fundan en su razonabilidad.

Ante la creciente crisis de deslegitimación que afronta el derecho penal, muchas y variadas recetas se han propuesto para intentar diseñar un sistema eficaz y eficiente; pero la frecuente desvinculación de las políticas criminales con estudios empíricos científicamente fundados acerca de la problemática de la criminalidad, la seguridad ciudadana y el “miedo al crimen” así como a la realidad judicial y especificidades socio-históricas regionales hacen caer en saco roto las más bienintencionadas propuestas. Así, suele suceder con no poca frecuencia la instalación de “soluciones” que no son sino parches del sistema, y que terminan por privilegiar intereses ocultos (cuando no espurios o demagógicos) con enmiendas poco serias a institutos reciclados sin responder a su verdadero espíritu ni naturaleza.

El caso más prototípico lo constituye seguramente el de los tiempos de la investigación y, dentro de ella, particularmente la cuestión de la prisión preventiva. ¿Por qué queda preso el imputado que goza de la presunción ficcional de inocencia? Hay respuestas históricas y más actuales, jurisprudenciales, normativas y doctrinarias de toda clase pero siempre fundadas —implícita o explícitamente— en la peligrosidad: por procesalmente peligroso, por socialmente peligroso, porque es reincidente (y eso demuestra que es un peligro), porque tiene varias excarcelaciones y no se sabe si es o no un peligro pero por las dudas hay que dejarlo preso pues “algo habrá hecho”.

Si se funda o no en algún tipo de peligro o si la prisión preventiva es o no una pena anticipada es un debate que se extenderá mientras permanezca este instituto dentro de alguna legislación, pero se puede volver repentina y prácticamente superficial si tornamos al encierro "razonable". Algo similar ocurre con la duración del proceso y el derecho a obtener un pronunciamiento que acabe con la incertidumbre sobre nuestra suerte.

El plazo razonable se presenta así como la medida de lo tolerable. Intentaremos, a lo largo de este trabajo, profundizar esta idea y cómo plasmarla.

3. ¿Qué es lo "razonable"?

Podemos comenzar a introducirnos en esta problemática acordando un primer punto básico: que en todo análisis jurídico —como en toda materia que se somete al conocimiento del hombre— hallamos diversos niveles de análisis. El primero es interno y suele darse en llamar el contexto de "descubrimiento": es donde surgen las primeras concepciones sobre la base de una intuición, de una sensación, en un soporte subjetivo; son los "motivos", el puntapié inicial, el punto de partida, la punta del ovillo que engendrará las primeras preguntas y las primeras hipótesis de investigación. A ello le sigue el surgimiento de otro ámbito: es el contexto de justificación porque, como seres racionales que somos, ostentamos la imperiosa necesidad de poder sustentar con argumentos nuestra primigenia idea y posterior teoría para intentar persuadir a los demás de su acierto.

En este segundo contexto —el de justificar la idea— son muchos los factores que juegan para lograr el éxito (o aceptación), para lograr que se gane un lugar en la comunidad científica de que se trate; pero básicamente podemos sintetizar dos: uno es la racionalidad, o justificación lógica y puramente formal, para evitar que resulte incoherente o contradictoria, o imposible. La otra cae en lo razonable, y cae en el terreno material, de los contenidos, saltando a un terreno resbaladizo: el de una visión antropológica del derecho.

Entre las muchas perplejidades de nuestro lenguaje, sin dudas la multivocidad y equivocidad de muchos vocablos ponen en jaque hasta al proponente mejor plantado. La idea de razonabilidad —y más en el ámbito jurídico— y sus muchos sentidos lo ponen de manifiesto.⁽³⁾

.....

(3) Ver HARO, RICARDO, "La Razonabilidad y las Funciones de Control" [en línea], en *Ius et Praxis*, año 7, n° 2, 2001, pp. 179/186, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122001000200008&script=sci_arttext. El autor nos cuenta que "Geny, gráficamente ha

Por eso, de todos, y para el tema que nos ocupa hoy, destaco dos por su fuerza y claridad:

- a. el primero es el de razonabilidad definida como un concepto negativo que nos acerca Chaim Perelman y Aulis Aarnio, con sus variantes: razonabilidad como lo no inaceptable, como el límite a la insensatez. ¿Qué es razonable? Pues lo que no es ciertamente inaceptable. Esto nos lleva a un problema sobre el que luego volveremos, que es el de “¿inaceptable para quién?”;
- b. el otro concepto muy interesante relacionado con la razonabilidad es más práctico y concreto, utilizado por muchos Tribunales y destacados juristas como Germán Bidart Campos y que consiste en un estándar de ajuste a la Constitución.

A riesgo de incurrir en simplificaciones, pero dada la naturaleza del presente trabajo, concluimos que ambos conceptos implican lo mismo: un mínimo pero muy sólido límite a la insensatez, pensados y acordados para un espacio y un tiempo determinados que es el nuestro, aquí y ahora.

4. Razonabilidad, seguridad jurídica, eficiencia y eficacia

4.1. ¿Es un concepto de “goma”?

¿Es la razonabilidad un concepto elástico, un concepto de “goma” al decir de Geny? Pues parece que si con esto nos referimos a la evidente exigencia de una adecuación a la contingencia social y cultural, sí. Este enfoque pertenece al orden de la procura de un consenso fáctico sobre el tema, con fundamento —al menos en un Estado democrático de derecho— en lo que acepte la mayoría de una comunidad.

.....

denominado ‘la razonabilidad’, como una fórmula elástica o ‘fórmula de goma’, es decir, un criterio no fijo, estático o estructurado, sino adaptable a variadas situaciones y extensible en diversas direcciones. Con la agudeza y la profundidad que lo caracterizaba, Juan Francisco Linares, nos habla de una razonabilidad en sentido estricto que significaba la ‘justicia de la igualdad’ y una razonabilidad en sentido amplio que incluye meritaciones de valores inferiores a la Justicia en el plexo axiológico como son la solidaridad, la cooperación la paz, el orden, el poder, la seguridad. Por su parte, Luis Recasens Siches destaca que las enseñanzas de ‘lo razonable’, se desprenden de la experiencia de la razón vital y de la razón histórica, es decir, de la experiencia vivida por los hombres individual y colectivamente, y por ello, señala que la razonabilidad es fruto del logos humano o sea ‘la lógica de lo razonable’, a diferencia de la lógica de tipo matemático que es ‘la lógica de lo racional’. Nosotros por nuestra parte, luego de haber reflexionado la luz de la filosofía y el derecho, hemos llegado a una conclusión que nos permite estar en condiciones de aproximar una noción señalando que lo razonable es lo justo y equitativo, lo conforme con la Constitución, según las condiciones de persona, tiempo, modo y lugar y en función de todos los valores que, en un orden jerárquico, integran el plexo axiológico del orden jurídico (libertad, igualdad, solidaridad, paz, seguridad, orden, bienestar, etc.)”.

Sin embargo, tampoco esto será la panacea, pues sin dudas ese consenso fáctico se apoya en una ficción ya que los acuerdos ostentan distintos niveles según el papel que en él jueguen los prejuicios sociales, el nivel de información del auditorio, la habilidad argumentativa de los postulantes a las diversas teorías y muchos más factores “espurios”.⁽⁴⁾

Parece que tendremos que acostumbrarnos a vivir con la angustia de lo temporal, de lo contingente. Hay que elegir y comprometerse, siempre al borde del naufragio. Esa es la esencia del hombre y su obra, siempre dinámica, siempre cambiante. Esa naturaleza es también estructuralmente contradictoria porque, al tiempo que se flexibiliza y adapta, cae en la inestabilidad; y el ser humano necesita siempre una respuesta que no admita dobleces. Por eso muchas veces se recurre a conceptos ideales y abstractos, rígidos, que el hombre idealiza y elucubra como valores eternos, invariables, universales, absolutos. Un faro, un astrolabio, una brújula que no siempre parece estar a mano. En tiempos de descrédito y desprestigio en la imagen de la Justicia; en tiempos de conmoción social, de generalizada inseguridad ontológica y crisis económica, la idea de razonabilidad aparece más polifacética que nunca: como desafío, como tabla de salvación y como renovada y artera herramienta de la demagogia.

Sin embargo, ese maleable concepto de razonabilidad aparece más claro cuando se mira a través del prisma de la Constitución Nacional y de los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos: “El Estado democrático tal como se lo concibe actualmente, según el modelo nacido a partir de las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, y extendido en nuestros días casi universalmente, es un Estado autolimitado, especialmente cuando se trata de su instrumento más torpe y brutal: el poder penal”.⁽⁵⁾

.....

Por su parte, hay quienes distinguen entre una racionalidad como lo “proporcionado, ajustado” (de orientación Aristotélico-Tomista); como medida de tiempo (para trabajar, para ser juzgado, para actuar); como lo “ordinario, esperable o normal” (de acuerdo a reglas de experiencia: como “buen padre de familia” o patrón generalizable de conducta). Ver, en tal sentido, BAZÁN, JOSÉ LUIS Y MADRID, RAÚL, “Racionalidad y razonabilidad en el derecho”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 18, n° 2, 1991.

(4) ATIENZA, MANUEL, “Para una razonable definición de “razonable” [En línea], http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/cuaderno4/Doxa4_13.pdf

(5) PASTOR, DANIEL R., *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal*, Bs. As., Del Puerto, 1993, p. 46.

En particular, veremos que la construcción de la idea de razonabilidad como medida de tiempo —como “plazo razonable”—, que atraviesa toda la concatenación de actos de un proceso penal, contribuye a construir —o a socavar hasta la aniquilación— los cimientos de muchas instituciones procesales penales, al punto de limitar muchas veces la problemática de la eficacia —en el sentido de cumplimiento de los fines proyectados— a su realización en determinados plazos.

5. La medida de lo razonable: las garantías constitucionales. Metodología, estrategia y gestión

La garantía básica recién enunciada, conocida como el “Plazo Razonable de Duración del Proceso Penal”, tiene hoy manifestación positiva en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCYP), todos ellos con jerarquía constitucional desde la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22 CN). El art. 7.5 CADH expresa: “Toda persona detenida o retenida tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable” y el art. 8.1: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable”; el art. 25 DADDH dispone: “Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a ser juzgado sin dilación injustificada”; y, finalmente, el art. 14.3.C del PIDCYP establece: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a ser juzgada sin dilaciones indebidas”.

La razonabilidad en el cumplimiento de plazos para el ejercicio del poder punitivo estatal y la reacción del imputado incide y se proyecta directamente y en forma instrumental sobre todas las demás garantías, a las que atraviesa con capacidad potenciadora o neutralizadora, según —precisamente— el nivel de tal razonabilidad que sean capaces de alcanzar.

Es que en un Estado democrático de derecho, el mal que el poder punitivo inflinge a sus súbditos debe ser permanentemente limitado, acotado por los parámetros de razonabilidad y racionalidad; nunca debe desviarse de los fines para los cuales fueron creados y que son consensuados mediante un mecanismo ficcional de aceptación por “mayorías” y representaciones por elección popular.

La existencia de plazos más o menos razonables termina, entonces, por revelar la verdadera naturaleza de muchas instituciones —como la pri-

sión preventiva, en tanto cautelar o en tanto pena anticipada— y, bien entendido, se constituye en guardián de la autonomía procesal frente al avasallamiento de políticas de neto corte autoritario, represivo; o al menos —y hasta tanto sinceremos sus verdaderas intenciones— contribuye a atenuar el mal que éstas generan. Es una cuestión con un fuerte perfil cuantitativo: lo malo, si breve, es menos malo.

Cuando las políticas de represión invaden el proceso penal, sostenidas y acicateadas por voraces e inescrupulosos medios de comunicación a través de discursos simplistas y demagógicos de “mano dura” al servicio de algún interés económico inconfesable —que erigen a los jueces en encargados de resolver la problemática de la criminalidad—, sólo se logra atropellar las garantías que tanto dolor y siglos de lucha le ha costado a la humanidad.

El proceso penal al servicio de la Constitución Nacional es debido proceso; de lo contrario, sólo es un adeudado proceso.⁽⁶⁾

El primer indicio de lo dicho es el instituto de la prescripción, surgido como límite a la potestad punitiva estatal —siempre poderosa, siempre potencialmente peligrosa para la libertad y dignidad de los ciudadanos—, que en el Código Penal se manifiesta así:

Art. 59: “La acción penal se extinguirá: (...) 3° Por la prescripción;....”.

Art. 62: “La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación:....”.

Art. 67: “...la prescripción se interrumpe solamente por...” (y determina sus causales).

Al limitar los tiempos para el ejercicio de poder, la prescripción se muestra como una sanción a quien no los cumple: pone en evidencia la ineficiencia del sistema, y cómo y los intentos por burlarla —como la antigua, y muchas veces arbitraria, “secuela de juicio”— implican una vez más un abuso de poder.

Sin embargo, y antes de eso, consideramos que la determinación de muchos plazos en función de su razonabilidad y necesidad no puede descansar sólo en aquellos que, en forma apriorística, abstracta y gé-

.....

(6) La frase pertenece a nuestro querido profesor y amigo, el Dr. Víctor Corvalán.

rica fijen las leyes de fondo y/o procesales, sino fundamentalmente en el compromiso y responsabilidad de los propios operadores del sistema mediante un sistema estratégico de gestión: ellos son los protagonistas, los actores y directores a la vez de la trama de la administración de justicia en cada caso particular y concreto que, por tanto, ostentará variables de múltiple consideración que escapan a toda previsibilidad legal.

El imprimir al accionar judicial un sistema de gestión por objetivos implica que los operadores se compenetren profundamente con las razones de interés público que justifican la existencia de la institución, que atiendan a cuál es su función y cuál la mejor manera de cumplirla, estimulando un espíritu más dinámico, constructivo, previsible, colaborativo, fundado, medible y, por tanto, evaluable. A la vez, estimula a los funcionarios "...al análisis y evaluación de principios tradicionales y procedimientos rutinarios, aceptados sin mayor discusión. Es una verdad compartida por muchos empleados públicos, que abundan las organizaciones que operan bajo el imperativo de 'siempre lo hicimos así'".⁽⁷⁾

.....

(7) ALBAVERA, FERNANDO SÁNCHEZ, "Planificación estratégica y gestión pública por objetivos", publicación del Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES), Chile, marzo de 2003. Esquematiza este autor que "La 'gestión por objetivos' se desarrolló fundamentalmente en la empresa privada pero ahora hace parte esencial de lo que se ha dado en llamar la 'reinversión del gobierno'. De lo que se trata es de alcanzar objetivos prefijados. Un objetivo es el resultado que se desea alcanzar. Los objetivos se logran mediante el desempeño de actividades. Estas vienen a ser los medios para conseguir un fin. Es muy importante hacer una distinción clara entre el medio o medios y el fin o fines. Los medios son los insumos y los fines son los productos o resultados. Lo importante es no solamente definir objetivos para obtener las metas planteadas sino también, precisar los objetivos y metas para hacer eficiente el uso de los medios o de los insumos. En gran medida, del cumplimiento de éstos depende el resultado final.

La literatura disponible define la 'gestión por objetivos' de diversas maneras pero todos los enfoques conducen a la obtención de indicadores de desempeño. Algunas de las definiciones más frecuentes, que se han extraído de la bibliografía consultada, son las siguientes:

- Es una forma de dirección dinámica, que integra la necesidad de la organización de lograr sus metas con las necesidades de contribuir al desarrollo de sus miembros.
- Es una forma de dirección en que el superior y los subordinados definen conjuntamente las metas de la organización; las áreas principales de responsabilidad de cada individuo, en términos de los resultados que se esperan de él; y que utiliza estos parámetros como guías operativas de la gestión.
- Es una forma de dirección que permite a los miembros de una organización, unir, ordenar y coordinar sus capacidades para alcanzar logros comunes.
- Es una forma de dirección para utilizar al máximo el potencial y la capacidad de cada recurso de una organización, imprimiéndole, al mismo tiempo, una orientación.

En este punto, conviene distinguir que la gestión en materia de procesos penales puede dividirse en dos categorías diferentes: por un lado, la meramente técnica o administrativa que está a cargo de las Oficinas de Gestión judicial correspondiente, de vital importancia para evitar más que nada pérdidas de tiempo y frustración de actos, ya que hacen las veces de organizador de agendas (y están a cargo de gabinetes o equipos técnicos como administradores de empresas o ingenieros); pero por otro lado —y éste es al que nos referiremos enseguida—, hay otros manejos de tiempos que escapan de la competencia y control que incumbe a esa oficina —como los que puede llevar una investigación—: se refieren a la función judicial y también deben ser planificados, controlados y evaluados mediante estrategias de gestión políticamente definidas cuya aplicación y responsabilidad corresponde en primer lugar a los operadores judiciales.⁽⁸⁾ Ambos sistemas de medida de tiempo contribuyen a configurar normas de calidad en el servicio de justicia.

Plazo “razonable” es, entonces, aquel que insumió una buena gestión investigativa y de juzgamiento.

Para ser más claros, veamos ahora en forma breve y concreta algunas propuestas respecto a la incidencia de la razonabilidad —o no— de los plazos

.....

- Es una forma de dirección para trabajar en equipo, armonizando las aspiraciones personales de los interesados con el bien común.
- Es una forma de dirección en virtud de la cual, todo el trabajo se organiza en términos de resultados específicos que deben alcanzarse en un tiempo determinado, de forma tal, que contribuyan al logro de los objetivos de la organización.
- Es una forma de dirección por la cual, al principio de un período, que se pretende evaluar, superior y subordinado, discuten los resultados específicos que deben obtenerse, midiéndolos siempre que sea posible.
- Es una forma de dirección que enfatiza las metas que deben alcanzarse y que para su óptima realización, exige objetivos específicos que deben establecerse en cada puesto.

En esencia, la gestión por objetivos y resultados, divide el trabajo del administrador en sus funciones y actividades básicas, con el fin de escoger las de mayor importancia para una administración efectiva y que orienta y coordina con sus funcionarios para que hagan lo mismo, a efectos de lograr mayor productividad y satisfacción en el trabajo”.

(8) Conclusiones del XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal 200: “La organización judicial se debe formular en tres planos: —de políticas institucionales (plan estratégico, indicadores, etc.)—, plano operativo, donde se ubica la gestión y el case management y plano logístico, donde encontramos las tecnologías de la información e infraestructura. 4. Corresponde distinguir: a) Las tareas exclusivamente jurisdiccionales (dictado de resoluciones y sentencias), b) la gestión del trámite de las causas (case management) y c) las cuestiones estrictamente administrativas de organización del tribunal...”.

en instituciones tales como la incomunicación, la investigación, la prisión preventiva y la duración del juicio y la responsabilidad en su gestión de los operadores.

6. Tiempo y gestión. Algunas propuestas

6.1. La investigación y la prisión preventiva. El “tiempo-vida” y la responsabilidad en la gestión de los agentes investigadores

Una práctica que ya se viene realizando en muchos países es la de requerir —por parte del juez de garantías— una estimación del tiempo que le llevará al fiscal concluir la investigación. Este factor resulta determinante a los efectos de que el juez decida aceptar —o no— la aplicación de un encierro preventivo, porque teniendo un panorama de lo que puede durar la investigación (y por ende, la prisión), es más sencillo evaluar su conveniencia y el nivel de tolerancia a las consecuencias de la prisonización, pues no será lo mismo que indique dos meses que dos años.

Una prisión preventiva que implique la pérdida de libertad por tiempo prolongado —situación más que frecuente en nuestro lento y burocrático proceso penal— supone necesaria e ineludiblemente una despersonalización de quien la sufre; siempre termina por implicar, nos guste o no, un adelanto de pena; pues no hay modo de reparar ese tiempo de encarcelamiento sin condena, esa confiscación del período de vida de la persona. El preso preventivo, el preso que sigue sosteniendo su presunción de inocencia, ostentaba hasta hace poco —en forma paradójica— menos beneficios que el condenado; pues éste llega a gozar de los beneficios que puede acordarle el régimen penitenciario —como el de visitas íntimas— a los cuales no tiene en principio derecho el primero. Para atenuar toda esta problemática, se han ideado —e, incluso, instaurado legalmente— una serie de dispositivos morigeradores y alternativos, pero que en definitiva no resuelven el problema de fondo: el del preso sin condena y su aflicción, incomprensible si no es pensado como un adelanto de pena. Este discurso, de admitirse, es políticamente incorrecto y técnicamente injustificable en un Estado democrático de derecho, razón por la cual se alude a toda clase de maquillajes institucionales. La mayor evidencia de esto es, como lo dice Víctor Corvalán,⁽⁹⁾

.....

(9) En la obra *Acerca del proceso penal* inédito, Rosario, Editorial Juris, en prensa. Inédito gentilmente cedido por el autor.

cuando al momento de practicarse el cómputo de la pena aplicada se tiene en cuenta el tiempo cumplido teórica e hipócritamente en el cumplimiento de la medida “cautelar”. Se admite así que ya cumplió parte de su pena... ¡y menos mal que es así!

Pensamos que el único remedio a esta difícil problemática es, otra vez, el tiempo. Pero no cualquier tiempo: la mayoría de las regulaciones procesales penales contemplan plazos máximos de duración para la prisión preventiva, pero son generalmente de dos o tres años. ¿Y la razonabilidad? ¿Es razonable un plazo de prisión sin condena de dos o tres años? ¿Para quién es razonable este plazo? ¿Para consolidar un lento e ineficiente sistema de investigación sin responsabilidades para los funcionarios y magistrados morosos que “se toman su tiempo” para ver qué pasó; que fomente excusas basadas en chicanas y dilaciones indebidas?

Si se lograra consolidar un sistema de exigencia de anticipo de los plazos que se necesitarán para iniciar el juicio o debate con un bloque de responsabilidades por no cumplimentarlos, toda la discusión sobre la perversidad de la prisión preventiva y sus maquillajes morigeradores pierden gran parte de su necesidad y sentido.

Como dice Perfecto Andrés Ibáñez,⁽¹⁰⁾

“El encarcelamiento preventivo, con sobrados méritos, ha polarizado históricamente la atención de los juristas sensibles. Pero, no obstante la enormidad de su injusticia y la indisoluble aporía que inserta en el corazón mismo del sistema penal, ha terminado por prevalecer, incluso entre aquéllos, un pacto con la realidad que en línea de principio es seguramente insostenible. De este pacto no escrito forma parte el confinamiento de la prisión provisional en el capítulo de los imponderables y, como tal, de lo inasequible al esfuerzo transformador. Así, la carrariana 'injusticia necesaria', ha acabado por ser asumida como rasgo indele-

.....

(10) Ver IBÁÑEZ, PERFECTO ANDRÉS, “Sobre el tiempo pena del imputado (a propósito de un libro ‘con nervio’ de Daniel R. Pastor)” [En línea], www.eldial.com.ar. El autor continúa enunciando que si se consiente la prisión provisional —en tanto dispositivo consustancial a un modelo punitivo articulado en torno a la pena privativa de libertad—; si se resigna a la idea de un proceso penal penalizador —que aunque parezca una redundancia no lo es—; a convivir con la prisión provisional como instrumento de disciplina social— con todo lo que ello implica, al menos su estricta y restrictiva aplicación en el tiempo redundará en que constituya un mal menos malo que el actual.

ble del ADN del —de todo— sistema punitivo. En ese contexto de discurso, y por razones de economía (no sólo procesal), la aceptación de la intangibilidad del terrible instituto ha propiciado el desplazamiento del interés de amplios sectores de juristas a un territorio menos abrupto y supuestamente independiente: el de la agilización de los ritmos del proceso, mediante lampedusianas reformas ocasionales”.

No hay otra receta posible por ahora, pensamos, que la razonabilidad en el tiempo de la prisión preventiva; razonabilidad que no se ajusta a los estándares de comodidad ni a las excusas de los funcionarios ni del trámite burocrático e inquisidor, sino a términos de vida humana; “...obliga al jurista, so pena de deslegitimación, a una consideración radical del orden jurídico en clave coherentemente constitucional, es decir, transformadora. En este caso, a dejar de relegar al ámbito de lo jurídicamente irrelevante lo que el proceso penal hace con los derechos fundamentales del imputado”.⁽¹¹⁾

Otra es la propuesta de Pastor,⁽¹²⁾ quien sugiere topes legales —no de gestión— máximos, y soluciones compensatorias ante el vencimiento del plazo de prisión como un impedimento procesal que evite la prolongación del enjuiciamiento, del mismo modo en que la prueba viciada de ilegitimidad constitucional debe ser expulsada cuanto antes del proceso; cuando es éste, como tal, el aquejado de manera insubsanable de esa misma ilegitimidad esencial, tiene que cesar en su curso, pues sólo así el orden jurídico puede resultar internamente coherente. Para nosotros, entonces, ya será demasiado tarde para quien ha sufrido el encierro. Incluso quisiéramos ir aún un poco más allá, pues consideramos que la estimación de tiempo para la investigación debe realizarse en todos los supuestos y no sólo ante el requerimiento de una medida de coerción personal como la prisión preventiva. Esto es así porque de ese modo es el propio fiscal quien, en consideración a las particulares características de la causa que va a investigar, asume cuánto tiempo necesita para ello y dispone su energía y su capacidad hacia la consecución responsable de ese cometido. Por su parte, ello constituye una promesa ante el juez de garantías, quien, una

(11) IBÁÑEZ, PERFECTO ANDRÉS, *op.cit.*

(12) PASTOR, DANIEL R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, Bs. As., Ad-Hoc, 2002.

vez vencido el plazo, debe interpelarlo acerca de los resultados conseguidos en ese tiempo y tomar en consideración eventuales prórrogas o nuevos otorgamientos de plazo en virtud de la complejidad y demás factores que pudieron haber sobrevenido o haber sido descubiertos durante la marcha de tal investigación y que no respondan a demoras imputables al investigador.

El justiciable no puede hacerse cargo con su tiempo-vida, libertad y angustia psíquica de la burocracia o desidia de la administración pública, muchas veces autorizada por los largos plazos previstos en la ley; plazos institucionales, no plazos previstos en términos de vida humana.

La propuesta no implica más cargas para el investigador sino —estamos convencidos— la posibilidad cierta de una más eficaz y eficiente organización de causas y tiempos de acción, ya no en tiempos del lento y burocrático sistema de justicia, sino de los factores humanos en concreto, “en vivo”, que haya para ponderar en cada caso particular que nadie mejor que el fiscal pueden conocer.

Como toda propuesta novedosa, puede generar resistencia o la idea de que no puede ser instaurada o sólo viene “a complicar las cosas” pero es justamente al revés, pues contribuye a prestigiar el trabajo y hasta a simplificarlo mediante una temprana planificación y toma de decisiones al estilo gerencial.

Este sistema de gerenciamiento resulta incluso mucho más flexible que incumplibles (por breves) o irrazonables (por extensos) plazos legales para la investigación, y es perfectible a través de una buena base de datos con indicadores que impliquen tiempo propuesto, metas cumplidas, requerimiento de prórrogas, fundamento del incumplimiento del plazo inicial, tiempo y motivos de la dilación, y resultados totales a los fines de su posterior evaluación en cuanto a cumplimiento de metas y objetivos. Un sistema de gestión por objetivos donde este punto haga la veces de “accountability” o rendición de cuentas público que genere compromiso, responsabilidad y transparencia.

7. El juicio y los recursos

Cuando hablamos de celeridad no debemos caer tampoco en el otro extremo dando por tierra todo lo que este concepto que venimos investigando —el de razonabilidad en los plazos— nos aporta: no es cuestión de atro-

pellar ahora a las garantías constitucionales con un abuso del paradigma “rapidito” de sumarísimos y abreviados cuando no se ajusten a aquéllas.

Para una adecuada duración del proceso —incluyendo el debate y la etapa recursiva— habrá que tener en cuenta múltiples factores como criterios de proporcionalidad de las exigencias objetivas de una diligente investigación, la propia responsabilidad del interesado cuando se aprecien de estrategias dilatorias abusivas o, directamente, de sabotaje escudadas en el derecho a defensa.

La exagerada duración del proceso conduce sólo a arbitrariedades: no hay método que pueda resolver la memoria del testigo que debe volver a declarar años después del hecho; el mismo imputado puede ser él mismo ya “otra persona” muy diferente a aquél que cometió el hecho que se le endilga —de haber sido así—; se pierde el objeto y el valor de todo el esfuerzo persecutorio y los fines mismos de la pena.

No compensa a la víctima, no satisface a la sociedad, genera el escarnio en los medios de comunicación y el descrédito del sistema todo, cuando no la responsabilidad estatal ante la impunidad o la arbitrariedad de una condena. Inseguridad jurídica, desproporción, disconformidad.

Inclusive en materia recursiva, el hecho de que el actor penal (público o privado) apele una sentencia absolutoria —seriamente cuestionable a la luz de una serie de principios, como el de impedir el doble conforme al imputado que se vea ahora condenado, o el *non bis in ídem*: caso “Polak”, caso “Kang” — descartaría al menos el tercero de sus flancos débiles: el de violentar el plazo razonable (¡otra vez!) para ostentar un pronunciamiento firme que ponga fin a la precariedad del estado del imputado frente a la Justicia penal.

Cuando de juicios orales se trata, la función de gestión administrativa a la que ya hiciéramos referencia se vuelve vital para evitar demoras, postergaciones y frustraciones de audiencias.

8. Otros casos: la incomunicación y la defensa

La incomunicación y el secreto del sumario evitaron durante mucho tiempo —y lo siguen haciendo— hasta el derecho del imputado a conferenciar privadamente con su defensor. Recién en estos tiempos este rigorismo se va atenuando con normas como las del actual CPP santafesino, que sí lo autoriza, pero siempre inmediatamente antes de que el imputado pida declarar.

Esto suele generar arduos debates y polémicas en torno a la posible vulneración o no del derecho a recibir la debida asistencia y asesoramiento profesional como parte integrante y momento primero del derecho de defensa, por un lado; y a “privilegiar” el cuidado de la investigación para que en esas primeras horas o días posteriores a la comisión de un hecho con apariencia delictiva no se “filtre nada”, por el otro. Que si el profesional va a retransmitir a terceros cómplices la información que le da el imputado; que si le va a ayudar o procurará ayudar a que se eliminen rastros o pruebas del delito —cayendo en el espacio del encubrimiento o incluso de la participación—, son todas sospechas a partir de las cuales se construyen largas incomunicaciones en supuesta procura del no entorpecimiento de la investigación y, de paso, para darle tiempo a los instructores para que se tomen, justamente, su tiempo. Un ejemplo paradigmático es el caso “Suárez Rosero”, donde el período total de incomunicación del imputado se prolongó desde su detención (el 23 de junio) hasta el 28 de julio de 1992, período durante el cual no se le permitió recibir visitas de su familia ni comunicarse con un abogado, pese a hacerlo declarar el primer día en sede policial. Durante este lapso, su único contacto con sus familiares se limitó al cambio de ropa y sucintas notas manuscritas que intercambiaban con “pasadores” pero siempre revisadas por el personal de seguridad.

Todos los problemas que genera la incomunicación y los “ríos de tinta” —al decir de Von Kirschmann— que corren sobre el tema se borran con sólo darle al plazo de incomunicación una extensión “razonable” en términos de la persona que lo sufre y no del que necesita el investigador para esta cómodo. La ley, como arma inerte para la pasión del tirano, sólo le será funcional si le da tiempo para ser cargada.

9. Recetas de “genéricos”. Los parches del sistema

Para finalizar, propongo analizar brevemente de qué modo los tribunales (tanto nacionales como internacionales —europeo y americano—) han manejado la cuestión de la razonabilidad del plazo, cuya esquematización⁽¹³⁾ nos ilustra muy claramente:

.....

(13) Seguiremos para eso extractadamente el ordenado trabajo de BASILE, LUCIANA y DIEZ AZCONGUI, MARÍA BELÉN, “Plazo razonable de duración del proceso penal” [en línea], <http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PENAL/PlazoRazonable.htm>

9.1. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los "siete criterios" de la Comisión

En el ámbito europeo, la garantía toma su fuente del art. 6.1 del Convenio Europeo sobre Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950), que establece que "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable".

a) Caso "Wemhoff": en este caso, resuelto el 27 de junio de 1968, se discutía la excesiva duración de la prisión preventiva, pero también la del proceso mismo, por la estrecha vinculación entre ambas. La Comisión Europea de Derechos Humanos decidió elevar esta denuncia al Tribunal, a los fines que se expida sobre el alcance de la expresión "razonable", y fue entonces cuando ideó la doctrina de los "siete criterios", a saber:

- La duración de la detención en sí misma.
- La duración de la prisión preventiva con relación a la naturaleza del delito, a la pena señalada y a la pena que debe esperarse en el caso de condena.
- Los efectos personales sobre el detenido.
- La conducta del imputado en cuanto haya podido influir en el retraso del proceso.
- Las dificultades para la investigación del caso.
- La manera en que la investigación ha sido conducida.
- La conducta de las autoridades judiciales.

Sin embargo, y al igual que en el caso "Neumeister" del 27 de junio de 1968, el Tribunal rechazó esa doctrina, pero fijó los extremos dentro de los cuales debía contarse el plazo razonable de duración del proceso, que "empieza necesariamente el día en que se acusa a alguien" hasta "el fallo que resuelva sobre el fundamento de la acusación, lo que puede extenderse a la resolución que dicte la jurisdicción ante la cual se recurre, si se pronuncia sobre aquel extremo".

b) Caso "Stögmüller", del 10 de noviembre de 1969: el Tribunal siguió rechazando la aplicación de los siete criterios de la Comisión enunciando "la imposibilidad de traducir este concepto (el de plazo razonable) en un número fijo de días, de semanas, de meses o de años o en variar la duración según la gravedad de la infracción".

c) Casos posteriores (como “Rigiesen”, del 16 de julio de 1971; “König”, del 8 de junio de 1978; “Eckle”, del 15 de julio de 1982, y siguientes): el Tribunal estableció que para determinar si la duración de un proceso había sido razonable o no, se debía atender a:

- La complejidad del caso;
- El comportamiento del demandante y;
- La manera en que el asunto fue llevado por las autoridades administrativas y judiciales.

9.2. Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)

Es interesante destacar que en “Genie Lacayo” —del 29 de enero de 1997— la Corte IDH adoptó también la tesis del “no plazo”, estableciendo como criterios de razonabilidad, siguiendo al TEDH, similares tres criterios que los recién enunciados del Tribunal Europeo (Rigiesen y demás). Del mismo modo, lo hizo en el ya mencionado “Suárez Rosero”, entre otros.

9.3. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América: speedy trial y balancing test

Caso “Barker vs. Wingo”: la Corte se refirió aquí al derecho a un juicio rápido (speedy trial), contenido en la Enmienda 6°, expresando que muchas veces es la propia defensa la que contribuye a las injustificadas dilaciones en la tramitación de los juicios utilizándolas como estrategia para incidir, por ejemplo, en el olvido de los hechos por parte de los testigos. Coincidió con los criterios de otros tribunales acerca de la imposibilidad de precisar una definición concreta de esta garantía, pero propuso determinarla con la creación del llamado *balancing test*, como sistema de pautas y variables para determinar si la garantía bajo estudio ha sido vulnerada:

- La determinación del período concreto que llevó el caso;
- El análisis de las razones brindadas por el Estado, para justificar el retraso;
- La determinación sobre si las mismas son atendibles;
- La conducta del imputado, a los fines de determinar si propició o activó dilaciones indebidas para retrasar el proceso; y
- El análisis del perjuicio personal sufrido por el imputado, en virtud del retraso.

La doctrina del *balancing test* siguió siendo aplicada por la Corte, en pronunciamientos como “Doggett vs. United States”, entre muchos otros.

9.4. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el “paralelogramo de las nulidades”

El *leading case* “Mattei”, del 29 de noviembre de 1968, dio el puntapié inicial para que la Corte Suprema de Justicia de la Nación considerara que retrotraer el proceso a la etapa instructoria a través de la anulación de todo lo actuado después de su clausura, sin motivos reales (graves) de invalidación de los actos cumplidos, era jurídicamente intolerable. Asimismo, consideró que la seguridad jurídica y la necesidad de una administración de justicia rápida, imponían la vigencia de los principios de progresividad y preclusión procesales, conforme a los cuales un proceso sólo podía ser retrogradado a etapas anteriores cuando sus actos previos no hubieran sido válidamente realizados, pero si no existían motivos de nulidad de los actos, la progresividad tendiente a la sentencia es irreversible, los actos válidamente realizados precluyen y no pueden ser repetidos.

De esta forma, la CSJN comenzó a esbozar la doctrina del “paralelogramo de las nulidades”, que quedará expresada con más nitidez en “Frades”, donde esboza que los principios de seguridad jurídica, justicia rápida, progresividad y preclusión “...obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal”, con —inclusive— eventual violación del principio de *non bis in ídem*, ya que el proceso que está en condiciones de ser resuelto en definitiva es, en lugar de ello, retrogradado a etapas anteriores, ampliando de esta forma las fronteras tradicionales, que tanto la doctrina como la jurisprudencia le asignan a este principio.

Respecto del caso “Mozzatti”, del 17 de octubre de 1978, hay que señalar que esta causa tuvo una duración superior a 25 años y que la CSJN se escandalizó ante la excesiva duración del proceso en cuestión afirmando que “... salta a la vista que resultaron agraviados hasta su práctica aniquilación, el enfático propósito de afianzar la justicia, expuesto en el Preámbulo, y los mandatos explícitos e implícitos, que aseguran a todos los habitantes de la Nación la presunción de su inocencia y la inviolabilidad de

su defensa en juicio y debido proceso legal. Ello así, toda vez que dichas garantías constitucionales se integran por una rápida y eficaz decisión judicial”, y que

“Semejante situación es equiparable, sin duda, a una verdadera pena que no dimana de una sentencia condenatoria firme, y se sustenta sólo en una prueba semiplena de autoría y culpabilidad. Con ella, se hace padecer física y moralmente al individuo, no porque haya delinquido, sino para saber si ha delinquido o no, lo cual es contrario al principio que este tribunal ha enunciado en Fallos 272:188 de que la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve, a la situación de incertidumbre y restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal”.

En el caso “Firmenich”, del 28 de julio de 1987, la CSJN recurre a la jurisprudencia del TEDH, y citando alguno de los precedentes de aquel Tribunal referidos a este punto (“Neumeister”, “Stögmüller” y “Ringelsen”), se enrola en la teoría del no plazo, guiándose en cambio por las circunstancias del caso con criterios determinados: la gravedad del hecho, sus características, las condiciones personales del imputado.

En el caso “Frades”, del 14 de diciembre de 1989 (luego, “Polak” y el reciente “Kang”, entre otros), la CSJN consideró (primero en minoría hasta la mayoría alcanzada en “Kang”) la conexión establecida implícitamente por la CSJN entre la garantía que nos ocupa y la del *ne bis in idem*, puesto que asegura no sólo el derecho contra una persecución penal múltiple, sino también contra una persecución penal excesivamente prolongada a través del artificio de no dictar la sentencia definitiva cuando el proceso ya ha llegado a ese momento y retrogradarlo a etapas anteriores con el pretexto de la anulación de los actos practicados.

10. Conclusión

La “razonabilidad” del tiempo es un concepto flexible cuando hablamos en abstracto —de ahí que sea difícil conceptualizarla positivamente—; pero se solidifica y endurece a riesgo de quebrarse en cada caso concreto; y esto es lo que todo operador del sistema —llámese legislador, juzgador, acusador o defensor— debe tener siempre presente al planificar su actuación.

El tiempo es la vida, vida humana; es nuestra propia vida que corre y no se detiene, no tiene vuelta atrás ni compensación alguna; por lo tanto, no puede ser devorada por el sistema. De ahí que es el proceso el que debe adecuarse a la vida, y no la vida al proceso; el “plazo razonable” es aquél que, de acuerdo con la Constitución de un Estado democrático de derecho, podemos aceptar; el que no pasa la barrera de la insensatez ni se abusa de aquellos parámetros de tolerancia que la coexistencia nos manda soportar; el que debe poder aplicarse, medirse y evaluarse mediante estrategias de gestión por objetivos.

En síntesis, lo que hemos pretendido con el presente abordaje es que cuando algo es razonablemente utilizado (más aún si es en referencia a un mal) se terminan los cuestionamientos; o, al menos, se minimizan. Si deseamos obtener realmente un proceso penal transparente y adecuado a la Constitución Nacional, primero debemos asegurarnos de conocer cuál es su verdadero objeto y construir estrategias de optimización. En caso contrario, sólo seguiremos con más parches, más desprestigio e ineficiencia en insondables cadenas de irresponsabilidades culpando de modo simplista una vez más a ese “nadie” que “somos todos” y llamamos “Estado”.



Bibliografía

- ALBAVERA, FERNANDO SÁNCHEZ, “Planificación estratégica y gestión pública por objetivos”, publicación del Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES), Chile, marzo de 2003.
- ATIENZA, MANUEL, “Para una razonable definición de “razonable” [en línea], en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/cuaderno4/Doxa4_13.pdf
- BASILE, LUCIANA y DIEZ AZCONEGUI, MARÍA BELÉN, “Plazo razonable de duración del proceso penal” [en línea], en <http://www.espaciosjuristicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PENAL/PlazoRazonable.htm>
- CORVALÁN, VÍCTOR R., *Acerca del proceso penal*, Rosario, Editorial Juris, en prensa.
- HARO, RICARDO, “La Razonabilidad y las Funciones de Control” [en línea], en *Ius et Praxis*, año 7, n° 2, pp. 179/186, 2001, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122001000200008&script=sci_arttext.
- IBÁÑEZ, PERFECTO A., “Sobre el tiempo pena del imputado (a propósito de un libro ‘con nervio’ de Daniel R. Pastor)” [en línea], en www.eldial.com.ar

PASTOR, DANIEL R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, Bs. As., Ad-Hoc, 2002.

PASTOR, DANIEL R., *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal*, Bs. As., Del Puerto, 1993.

SÁNCHEZ ALBAVERA, FERNANDO, “Planificación estratégica y gestión pública por objetivos”, publicación del Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (ILPES), Chile, marzo de 2003.

ZAFFARONI, EUGENIO Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, T. II, Bs. As., Ediar, 1987.

Encubre al prójimo, pero no a ti mismo⁽¹⁾

SANTIAGO LÓPEZ WARRINER⁽²⁾



1. Resumen

A finales del mes de octubre de 2008, la Cámara de Casación Penal (en adelante CNCP) en Acuerdo Plenario estableció que:

“... no basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del CPPN), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal”.

En los diferentes votos del referido plenario pueden observarse los distintos fundamentos que van utilizando los magistrados para delimitar la libertad personal de un imputado durante el procedimiento penal, criterios que son celebrados o repudiados dentro del ámbito académico, pues se trata, quizá como en ningún otro instituto, de sentar las bases sobre las que se conforma el Estado de derecho.

Más allá de alguna disidencia poco afortunada, pareciera ir delineándose tímidamente el razonamiento de que la prisión preventiva es una medida

.....

(1) Ponencia premiada en el Concurso Regional UBA sobre Límites temporales al poder punitivo. Jurado: Nora Cherñavsky, Horacio Dias, Pablo Vega

(2) UBA.

cautelar, no punitiva —Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), caso Suárez Rosero, sentencia del 02/09/1997, Serie C, N° 35—, y por ello que sólo debe prosperar cuando se pongan en riesgo los mismos fines del proceso, es decir, aquellos extremos consagrados en el art. 280 del Código Procesal Penal de la Nación (en adelante CPPN).

Esta exposición, como lo demuestra Maier, no representa un invento de la academia, sino que surge directamente de nuestra regulación de principios para la persecución penal, es decir, que poseen un sentido político-criminal indudable, marcando el camino que deben seguir tanto legisladores como jueces a la hora de pronunciarse.

El motivo por el cual aún nos debatimos sobre este asunto no es otro que el sesgo inquisitivo de nuestro procedimiento, donde el acusado es impedido de todas formas de presentarse en pie de igualdad ante la acusación, donde su suerte ante un Tribunal imparcial no esté limitada por tintes que excedan al hecho mismo sobre el que se lo acusa; y el encarcelamiento preventivo es la más clara limitación en este sentido.

Estas tensiones entre criterios objetivos y subjetivos limitadores de libertad se hallan en continua presión con un Estado de derecho, preocupado por la aplicación de la ley penal y la búsqueda de la verdad, pero que no debe descuidar aquel límite que transforma a un simple individuo en un ciudadano, entendido éste por el pensamiento de Günther Jakobs.

Quienes creen dejar a salvo el Estado de derecho propician los criterios procesalistas en detrimento de aquellos sustantivistas. El trabajo estará destinado a responder este punto, es decir, cuán legítimo es el encierro preventivo por fines procesales, delimitado en forma exclusiva hacia uno de sus fundamentos, el encierro preventivo con el fin de evitar el entorpecimiento de la investigación.

Pensado para el ámbito del Código Procesal Federal, al momento del Encuentro se realizará una lectura en perspectiva con el Código de la Provincia de Santa Fe.

2. Introducción

A finales del mes de octubre de 2008, la Cámara de Casación Penal (en adelante CNCP) en Acuerdo Plenario estableció que:

“...no basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de eje-

cución condicional o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del CPPN), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal”.

En los diferentes votos del referido plenario pueden observarse los distintos fundamentos que van utilizando los magistrados para delimitar la libertad personal de un imputado durante el procedimiento penal, criterios éstos que son celebrados o repudiados dentro del ámbito académico, pues se trata, quizá como en ningún otro instituto, de sentar las bases sobre las que se conforma el Estado de derecho.

Más allá de alguna disidencia poco afortunada, pareciera ir delineándose tímidamente el razonamiento de que la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva —Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), caso Suárez Rosero, sentencia del 02/09/1997, Serie C, N° 35—,⁽³⁾ y es por ello que sólo debe prosperar cuando se pongan en riesgo los mismos fines del proceso, es decir, aquellos extremos consagrados en el art. 280 del Código Procesal Penal de la Nación (en adelante CPPN).

Esta exposición, como lo demuestra Maier, no representa un invento de la academia, sino que surge directamente de nuestra regulación de principios para la persecución penal, es decir, que poseen un sentido político-criminal indudable, marcando el camino que deben seguir tanto legisladores como jueces a la hora de pronunciarse.⁽⁴⁾

El motivo por el cual aún nos debatimos sobre este asunto no es otro que el sesgo inquisitivo de nuestro procedimiento, donde el acusado es impe-

.....

(3) Posición sostenida por el juez García Ramírez, quien ha señalado que la prisión preventiva no es una verdadera sanción, no constituye una medida punitiva, sino apenas precautoria y efímera, y es por ello que es preciso ponderar seriamente su justificación, sus características, duración y alternativas menos lesivas a ella. Véase Bovino Alberto, El fallo “Suárez Rosero”, NDP, 1998/A, Bs. As., Editores del Puerto, donde se sostiene que el exclusivo fin procesal del encarcelamiento preventivo no sólo surge del carácter cautelar de la medida y del principio de inocencia sino también expresamente, de las disposiciones de los Instrumentos Internacionales (cito a través de Sergi Natalia, Presupuestos para el encarcelamiento preventivo en la jurisprudencia, en Garantías constitucionales en la investigación penal, un estudio crítico de la jurisprudencia, Plazas-Hasan comps., Bs. As., Editores del puerto, 2006, p. 474).

(4) MAIER JULIO, *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado*, Bs. As., Lerner, 1971.

dido de todas formas de presentarse en pie de igualdad ante la acusación, donde su suerte ante un Tribunal imparcial no esté limitada por tintes que excedan al hecho mismo sobre el que se lo acusa; y el encarcelamiento preventivo es la más clara limitación en este sentido.

Estas tensiones entre criterios objetivos y subjetivos limitadores de libertad se hallan en continua presión con un Estado de derecho, preocupado por la aplicación de la ley penal y la búsqueda de la verdad, pero que no debe descuidar aquel límite que transforma a un simple individuo en un ciudadano, entendido éste por el pensamiento de Günther Jakobs.

Quizás esta tensión no tenga solución, y no se haya encontrado hasta el momento, tal es la afirmación de Sergi, una verdadera justificación a la limitación de la libertad de un inocente, por tratarse de posiciones bien antagónicas.

Quienes creen dejar a salvo el Estado de derecho propician los criterios procesalistas en detrimento de aquellos sustantivistas. El trabajo estará destinado a responder este punto, es decir, cuán legítimo es el encierro preventivo por fines procesales, y si es que éste no posee barreras que deben considerarse ante su aplicación.

Para arribar a una posición en este aspecto, considero oportuno hacer un breve repaso jurisprudencial hasta el reciente pronunciamiento, vinculando el contenido inquisitivo de este instituto, para finalmente destacar los inconvenientes que se presentan ante la aplicación del resolutorio del fallo Díaz Bessone, incluso ante aquellos que propugnan soluciones que parecieran caminar de la mano con la Constitución.

3. Jurisprudencia nacional y modelo de verdad

Bien temprano en la mañana, sin la fatiga de estos tiempos, en su célebre *De los delitos y de las penas*, Beccaria sostenía sobre el punto que "el rigor de la cárcel no puede ser más que el necesario para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos". A pesar de estas palabras, nuestros tribunales mostraron reserva a la hora de resolver.

Quizás el más temprano y claro precedente se haya dado en oportunidad de que nuestra Corte se expidiera en el fallo "Todres" (1971), donde consideró que las pautas objetivas reguladas en la ley resolvían razonablemente el conflicto existente entre el derecho del imputado a no sufrir una persecución injusta y el interés de la sociedad en no facilitar la impunidad

de los delincuentes, debiendo, por tanto, los jueces ajustar sus decisiones a las reglas, de carácter obligatorio, fijadas por el legislador.

La Corte continuó afirmando esta posición hasta entrados los 90, sosteniendo las cláusulas objetivas en materia de excarcelación, adecuando su razonabilidad al caso concreto. De esta manera, la gravedad del delito a investigar por la jurisdicción marcaba la directriz en materia de excarcelaciones, siendo la escala penal de los delitos la frontera entre la cárcel o la libertad.

Sin embargo, los primeros aires de desobediencia se escucharon en tribunales inferiores donde, a modo de ejemplo, el juez Hendlar sostuvo que debía existir alguna vinculación entre los fines cautelares de la medida y el encierro preventivo, siendo que éste no podía sólo ligarse a la naturaleza del hecho en cuestión.⁽⁵⁾

Este guante fue recogido por nuestra Corte, quien luego del fallo "Suárez Rosero" de la Corte IDH, concluyó que la prisión preventiva no podía ser la regla, sino que antes bien debía mensurarse el contexto general de la medida a imponer, no siendo la naturaleza del delito el único parámetro a observar.⁽⁶⁾ Se empezó a observar, a partir de aquí, al encarcelamiento preventivo como una medida cautelar, desligada de su contenido punitivo:

"La referencia a la pena establecida para el delito por el que ha sido acusado y la condena anterior que registra, sin que se precise cuáles son las circunstancias concretas de la causa que

.....

(5) Fallo reproducido en *Doctrina Penal*, 1985, p. 296 y ss.

(6) Es de destacar, ante diversos pronunciamientos de nuestros Tribunales locales que parecieran desvincularse de los pronunciamientos internacionales, o peor aún, aplicar su jurisprudencia en forma errónea o desactualizada, adecuando el texto a su propio interés, que tal como se ha pronunciado en Bramajo "la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, en las condiciones de su vigencia (...), esto es, tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana, art. 2 (causa B. 851. XXXI, Bramajo, Hernán Javier, 12/9/96, consid. 8). Texto de lectura imprescindible para conocer los estándares del sistema interamericano en materia de prisión preventiva, y por ello a mi entender de aplicación inmediata y obligatoria por los tribunales locales, Bigliani-Bovino, Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano, edición conjunta de la Defensoría General de la Nación y Editores del Puerto, 2008.

permitieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia, no constituye fundamento válido de una decisión de los jueces que sólo trasunta la voluntad de denegar el beneficio".⁽⁷⁾

Más allá de algunos matices que fueron cambiando con el correr de los años, el panorama no se modificó en lo sustancial, y las pautas objetivas en materia de excarcelación siguieron ocupando el papel protagónico en la obra.

Recién entrado el año 2000 pareciera cambiar el paradigma. El fallo "Vicario" de la CNCP da una interpretación del art. 316 del CPPN en función del art. 280 del mismo cuerpo legal, poniéndose en crisis la constitucionalidad de las pautas objetivas para denegar la excarcelación, todo ello sobre la base de una impecable fundamentación del Fiscal de juicio de la causa.

Igual rumbo tomó la Sala I de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (en adelante CNCC) en el fallo "Barbará" de finales de 2003. En unos de sus considerandos, se expresó con claridad que "no se puede soslayar que la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter excepcional, cuya finalidad es evitar la fuga del imputado y la frustración en la investigación de la verdad", desprendiéndose de allí que "el criterio general es el que surge del art. 280 y las reglas de los arts. 316, 317 y concordantes del CPPN deben interpretarse armónicamente con el principio de presunción de inocencia, es decir, dichas reglas son siempre *uris tantum*".⁽⁸⁾

Antes de la llegada del plenario Díaz Bessone, la CNCP por intermedio de su Sala III adhirió a la postura de considerar las pautas previstas por el art. 280 del CPPN para delimitar la libertad, pero condimentó su posición concluyendo que los riesgos procesales de fuga y entorpecimiento de la investigación penal no pueden ser presumidos, sino que se los debe valorar mediante elementos que acrediten su real existencia; es decir, que no basta una mención genérica de aquellos riesgos procesales para denegar la posibilidad de que un imputado transite en libertad el proceso penal, sino que dichas alegaciones deben ser manifestaciones concretas que deben ser ponderadas con los elementos allegados al expediente.⁽⁹⁾

.....

(7) Fallos 320:2105.

(8) Voto del juez Bruzzone.

(9) Machieraldo Ana, CNCP, 22/12/04. Véase sobre el carácter concreto de los riesgos procesales el voto del juez Michelle en el plenario Díaz Bessone, donde en uno de los párrafos de su voto expone que "si la prisión preventiva no puede ser arbitraria y esa calificación se

3. Acuerdo plenario Díaz Bessone

A mi entender, lo más destacado del acuerdo plenario es la consideración de ciertos principios que deben regir el encarcelamiento preventivo, como es, la razonabilidad de la medida, su excepcionalidad, la motivación y fundamentación de la resolución a adoptar y su carácter indispensable, pues es de allí de donde pueden extraerse ciertos parámetros; otros argumentos, aclarados seguidamente, no pueden considerarse por contrariar pronunciamientos de nuestro sistema interamericano, el cual como se hiciera notar párrafos atrás, debe ser la guía para nuestros tribunales locales.

Uno de los principios a considerar es que la aplicación sistemática de la prisión preventiva no va de la mano con nuestra Carta Magna, siendo que su aplicación no debe ser la regla general, sino más bien un raro extremo a considerar cuando se pongan en riesgo los mismos fines del proceso penal. Y esto es así, pues la médula en materia de excarcelación debe pasar inexorablemente por el art. 280 del CPPN.

Otro punto a resaltar es que el encarcelamiento preventivo debe ser, sin excepción, la *ultima ratio*, sólo aplicable cuando no se disponga de otra medida de similar eficacia e indispensable para poder proseguir con la investigación. Debe hacerse notar que la privación provisional de la libertad durante el proceso penal es la *ultima ratio*, ya dentro de un sistema, el penal, cuya aplicación es la *ultima ratio* dentro del sistema jurídico, lo cual no hace más que reafirmar la "excepcional excepcionalidad" de su aplicación.

Finalmente, debe considerarse que el peligro de fuga como única causal de encierro sólo debe prosperar cuando las autoridades jurisdiccionales no dispongan de otra medida menos lesiva para el ciudadano que permita asegurar su comparecencia durante el proceso, lo cual es coincidente con el carácter indispensable y excepcional de la medida.

Sin embargo, en el Acuerdo plenario de la CNCP se dejaron traslucir otros argumentos, que a la luz de los criterios internacionales en la materia, debieron haber sido dejados de lado.

El primero de los argumentos que pueden observarse es aquel que manifiesta que todos los derechos de las personas se encuentran limitados por los derechos de los demás, y dentro de ellos, el derecho a la libertad

aplica a las decisiones que carecen de fundamentos suficientes o se apoyan en fundamentos aparentes, va de suyo que deben existir 'fundamentos' reales y suficientes para encarcelar".

durante el proceso está condicionado por las reglas que reglamentan su ejercicio. Este razonamiento fue expuesto por David, quien pone de resalto que

“si bien es cierto que existe un derecho constitucional a la libertad durante el trámite del proceso penal no lo es menos que ese derecho (como todos) no es absoluto; ello significa que los habitantes gozan de él, conforme las leyes que lo reglamentan; el Estado puede reglamentarlo en función de una legítima finalidad: la de evitar que el individuo sometido a proceso eluda la acción de la justicia, sea impidiendo u obstaculizando la investigación del hecho o no cumpliendo la eventual pena que se imponga”.⁽¹⁰⁾

De esta forma, según las palabras del Magistrado, se concilian los derechos del individuo y de la sociedad.

Estos criterios de razonabilidad se extraen de las pautas contenidas en los arts. 316 y 317 de nuestro Código de procedimientos, concluyéndose con supuesta lógica que el art. 319 del CPPN funciona como impedimento a la exención de prisión o la excarcelación cuando éstas hubieran podido concederse de conformidad con lo dispuesto en los artículos mencionados (voto de la jueza Catucci).

Más allá de lo ya expuesto en la cita 4 de este trabajo, el Informe de la CIDH 35/07 Peirano Basso sostuvo que “los límites legales a la concesión de la libertad durante el proceso o la imposición legal de la prisión preventiva no pueden ser considerados condicionantes *iuris et de iure*, que no necesiten ser probadas en el caso y que sea suficiente su mera alegación”. La Convención no admite que toda una categoría de imputados, por su sola condición, quede excluida del derecho a permanecer en libertad durante el proceso (consid. 144). Ello tiene una íntima correlación con el rol del Poder judicial dentro del sistema democrático, pues forma parte del trabajo de la Magistratura el de determinar los hechos al momento de aplicar las normas, situación que no debe dejarse al manejo discrecional del legislador.

Toda medida restrictiva de libertad debe estar fundada en hechos concretos, no pudiendo satisfacerse el contenido de una sentencia fundada con

(10) Sala II CNCP *in re* “Albarracín, Marcelo G.”, causa n° 2783, reg. 3561, rta. el 26 de septiembre de 2000

meras alegaciones sin considerar el hecho concreto, pues en ese supuesto estaríamos en presencia de una sentencia arbitraria.

Otra situación a resolver es aquella referida a la tensión que se presenta entre los arts. 280, 316 y 317 del CPPN al momento de decidir sobre la libertad de un imputado. Pareciera ser ésta una situación de fácil resolución que, por el contrario, ha encontrado numerosos escollos en la jurisprudencia de nuestro país. El art. 280 del CPPN tiene la misma jerarquía normativa que los arts. 316 y 317 (aunque ello no interesa), y éste establece un límite a la prisión preventiva. “Una interpretación armónica de las disposiciones legales que regulan el régimen de la prisión preventiva, en dinámica y progresiva conexión con las demás normas que integran nuestro ordenamiento jurídico, y orientada por el principio *pro homine* que exige la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos” (voto del juez Hornos), no nos deja otro camino posible que el considerar los fines procesales como los únicos elementos vigentes al momento de decidir sobre la libertad de una persona, pues éstos amplían la frontera de posibilidades del sujeto sometido a proceso hacia la libertad.

Esta limitación a la libertad personal, como toda restricción, debe ser interpretada siempre a favor de la vigencia del derecho, en virtud del principio *pro homine* (consid. 84). Como bien lo puntualiza Henderson, palabras que no dejan escape a la elección del art. 280 del CPPN, siempre debe escogerse

“la norma de derechos humanos que mejor proteja a la persona, prevalezca sobre otra de igual, inferior o incluso superior rango y sea aplicada en tanto más protectora del o de los derechos fundamentales del ser humano. Ello significa que la tradicional regla de la jerarquía, cedería frente a la conveniencia de otra norma, aun de una jerarquía inferior, en caso de que mejor proteja al ser humano”.⁽¹¹⁾

Según sus palabras, “no puede plantearse un problema de ilegalidad al aplicar una norma inferior, dado que es la misma norma de rango superior,

.....

(11) HENDERSON HUMBERTO, Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*, citado a través de Bigliani-Bovino, Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano, edición conjunta de la Defensoría General de la Nación y Editores del Puerto, 2008.

Tratados Internacionales de Derechos Humanos, los que expresamente permiten la aplicación de aquella otra norma, en tanto más protectora”.⁽¹²⁾

Otro argumento a considerar es aquel que propicia la denegatoria de libertad del ciudadano con base en la naturaleza y gravedad del delito que se investiga. Así, “la especial naturaleza del delito investigado —graves transgresiones a los derechos humanos— fue contemplada por el Alto Tribunal —entre otras cuestiones— para rechazar el beneficio liberatorio solicitado por la defensa en la causa “Carlos Alberto Mulhall s/ excarcelación” —causa n° 350/06—, rta. el 18/12/07 (voto del juez Fégoli).

En igual sintonía puede mostrarse el voto de Mitchell, quien sostiene que “la gravedad objetiva del hecho o los hechos que impide la condenación condicional da razonabilidad al art. 316 del Código Procesal penal de la Nación con las limitaciones que establece el art. 317 ídem”, seguido también en ese razonamiento por David al sostener que “en los Informes 12/96 y 2/97 de la CIDH se afirma que la seriedad del delito y la eventual severidad de la pena son factores a tenerse en cuenta para evaluar el intento de elusión de la acción de la justicia”. Sería beneficioso en este sentido, que los magistrados de nuestro país lean los últimos precedentes en materia internacional, pues resulta ilegítima la cita de Informes de la década pasada cuando ese mismo organismo ha adecuado su pensamiento y variado el contenido de sus resoluciones a favor de la protección del ser humano.

Dicho esto, debe reconocerse que toda resolución que tome en consideración criterios sustantivos debe ser desechada, tal como lo ha afirmado nuestra Corte en Nápoli. Allí, en el considerando 16, sostuvo que

“la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche (...) de ciertas conductas, por más aberrantes que puedan ser, como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos (...) desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada”.

Vuelvo a mencionar que si bien la entidad del hecho investigado puede resultar un parámetro razonable al momento de evaluar si el acusado in-

.....
(12) *Íbid.*

tentará eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación, ello no puede hacerse de manera genérica sin considerar los hechos concretos.

Como lo sostiene la CIDH en su Informe 35/07, “la severidad de una eventual condena no necesariamente deberá importar una prisión preventiva más duradera” (consid. 140). De igual modo, ya la propia Comisión venía advirtiendo este parecer en el Informe 12/96, al sostener que la seriedad de la infracción como la severidad de la pena no alcanzan para justificar una prolongada prisión previa a la condena, en tanto produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de la libertad.

Con estas palabras, la CIDH afirma la premisa de que los fines procesales pueden ser conmovidos por la seriedad del delito a investigar, y ello lleva sin más a fundar racionalmente el encarcelamiento preventivo de un ciudadano; pero, claro, la denegatoria de libertad debe descansar en parámetros racionales y concretos que radicarán más en la persona y entorno del imputado que en el hecho en sí. Como bien se señala en el voto del juez Michelli en el ya mencionado plenario,

“es cierto que la gravedad de la sanción penal y la efectiva ejecución de ella son elementos serios para afirmar la probabilidad de conductas elusivas o perturbadoras, tanto más cuando se trata de un delito grave o aparece vinculado al crimen organizado (...), pero lo cierto es que sólo en cada uno de los casos corresponde determinar si la libertad puede conspirar contra el logro de los fines del proceso”.

Otro punto que se destaca en el Acuerdo Plenario, expuesto en el voto del juez David, es la posibilidad de mensurar el riesgo de comisión de nuevos delitos para denegar la libertad.

“La Comisión (en referencia a la CIDH) también plantea como parámetro para tener en cuenta a los efectos de otorgar o denegar una excarcelación el riesgo de comisión de nuevos delitos, indicando que ‘cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen’. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado (Informe 2/97)”.

Volviendo sobre uno de los principios rectores que surgieron del plenario, el carácter indispensable de la medida cautelar hace pensar como improbable que el encarcelamiento preventivo de un ciudadano pueda tener como único sustento esta arista. Como lo destacara la CIDH en el caso López Álvarez, la prisión preventiva se haya limitada por su necesidad y una existencia indispensable, pues se trata de la medida más severa que se puede aplicar al imputado, siendo la regla la libertad mientras se resuelve su responsabilidad penal. Un adecuado funcionamiento del órgano encargado de la custodia de las personas sometidas a proceso impediría este tipo de resolutorios, situación que muchas veces resulta una utopía en la estructura judicial del país. Es importante recordarlo, las deficiencias de un Estado no deben ser soportadas por los ciudadanos, con lo que el único camino posible en un Estado de derecho no puede ser otro que la libertad del ser humano, por más complejas que sean las dificultades de la jurisdicción para cumplir con su rol dentro de la sociedad.

Párrafo especial merece la posición que fundamenta el encierro en la reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, pues esto me parece aún más grave. Mucho ha producido la doctrina sobre la dudosa constitucionalidad del instituto de reincidencia, por lo que aquellos argumentos que deslegitiman el agravamiento de la pena sobre esta base pueden ser aplicados aquí, pues con pequeños matices se trata del mismo juego. Poco se puede esperar de un Derecho penal que hace trizas el principio de culpabilidad, sometiendo a un grave castigo al detenido no por el hecho investigado, sino por su desprecio hacia la norma o el peligro de que en un futuro su conducta pueda ser pernicioso para la sociedad. Principio penal de acto... ¿dónde estás? En este tipo de argumentos, verdaderamente no sé.

El fin procesal que le otorgó a la coerción personal la CIDH en el caso Suárez Rosero⁽¹³⁾ no hace más que reafirmar que fundar el encarcelamiento en cualquier otro criterio va a contramano de las cláusulas constitucionales e internacionales, estando obligado el Estado a otorgarle al encierro una finalidad procesal, buscando la realización de los fines del proceso.

Finalmente, la CIDH reconoce que en circunstancias excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar.

.....

(13) Caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997.

Como lo señala la CIDH, se puede afirmar que en verdad utilizar este fundamento para legitimar la prisión preventiva constituye un hecho en verdad excepcional, siendo que para constituirse en una justificación legítima dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado, obligando a que en todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tenga la obligación de probar en forma objetiva y concluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causal (informe 2/97).

Tal como lo destacan Bigliani/Bovino, en un texto de lectura obligada, dicha justificación no respeta el fin cautelar de la medida, pues como la acuerda la CIDH éstos son criterios basados en la evaluación del hecho pasado, que no responden a la finalidad de la medida cautelar por medio de la cual se intenta prever o evitar hechos que hacen, exclusivamente, a cuestiones procesales del objeto de la investigación y se viola así, el principio de inocencia (Informe 35/07, consid. 84).

Con claridad se recomienda a los Estados que ningún delito reciba un tratamiento distinto respecto de otros en materia de libertad durante el proceso sin base en criterios objetivos y legítimos de discriminación, por la sola circunstancia de responder a estándares como alarma social o repercusión social del hecho, pues dichos criterios materiales desvirtúan la naturaleza cautelar de la medida al convertirla en una verdadera pena anticipada (informe 35/07, consid. 141).

Breve paréntesis. Mucho del desarrollo histórico de este problema y del por qué de la persistencia de éstos criterios tienen su raíz en la finalidad que posee el castigo dentro de nuestro ordenamiento penal, y a partir de allí, qué lugar ocupará el acusado en el ritual jurídico. Es decir, y robo para ello palabras del Prof. Tedesco, ¿cuáles son los medios a través de los que se obtiene esa evidencia que permite resolver la imputación dirigida al individuo?⁽¹⁴⁾

Desde el nacimiento del sistema acusatorio, uno de sus presupuestos básicos era que el acusado fuese un sujeto de derechos colocado en pie de igualdad ante el acusador, y desde allí pudiese realizar su mejor defensa

.....

(14) TEDESCO IGNACIO F., "La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico-comparado", en *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Hendlar Samuel compilador, Facultad de Derecho, UBA, 2004, p. 30.

en busca de la verdad; dentro del sistema inquisitivo, el acusado es sinónimo de persecución y condena, y cuanto mayores sean sus dificultades al momento de ejercer su defensa, mejor estará cumplida la tarea.

Cabe preguntarse, entonces, si el encarcelamiento preventivo no es el remedio perfecto para erradicar esas sucias ideas acusatorias. El triunfo Iluminista que colocó al imputado en el centro del debate rodeado de garantías duró poco, tan sólo un suspiro en la vasta historia. Y aquí estamos nosotros, 200 años después, debatiendo cuán acusatorio es nuestro procedimiento; y dentro de éste, su principal arista: cuáles son los fundamentos para restringir la libertad de una persona durante el proceso.

Vuelvo. Criterios sustantivistas, criterios procesalistas... me parece que hablamos de lo mismo. Dr. Jeckyll, Mr. Hyde... el que escribe es siempre Stevenson. Veamos por qué.

4. El encierro por fines procesales. Su inconveniencia

La doctrina liberal tradicional considera que los únicos fines legítimos, respetuosos del Estado de derecho, para privar a una persona de su libertad durante el proceso son los riesgos concretos de que el imputado entorpezca la investigación e intente fugarse impidiendo la aplicación de la ley penal. Con estas palabras, pareciera dejarse claro que "el procedimiento penal no puede prescindir, al menos en este estado cultural actual, de ciertas intervenciones en el ámbito de libertad del ser humano reconocido por la ley básica, con el fin de proteger sus propias metas".⁽¹⁵⁾ Los límites, entonces, parecieran ser los riesgos mencionados, mientras que cualquier otro, como la gravedad o repercusión del delito, deberían ser desechados.

Cabe cuestionar, y aquí el centro de discusión del texto, si encontramos inconvenientes en fundar un encierro por fines procesales en el entorpecimiento de la investigación por parte del imputado.

Los fines procesales enunciados han tenido siempre un sentido político-criminal claro, emanados del propio legislador y delimitando los principios centrales de la persecución penal. De allí que se considere inviable por mandato constitucional el proceso contumacial, o, irónicamente, se

.....

(15) MAIER JULIO, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, t. I, Bs. As., Editores del Puerto, 1996, p. 520. Es importante recordar no resulta unánime el acuerdo aquí, pues algunos autores legitiman el encierro sólo ante un intento concreto de fuga (Binder), mientras otros deslegitiman el uso del instituto sea cual fuere el fin que se persigue (Ferrajoli).

transforme al imputado en el principal interesado en la averiguación de la verdad, y por ello se lo encierre en busca del modelo de verdad.

Estos fines procesales, emanados del derecho de forma, deben guardar una clara vinculación y cierta dependencia con nuestro derecho de fondo, pues son un medio y no un fin en sí mismos. De allí que se concluya, que media entre ambos sistemas una independencia académica pero con una nítida dependencia político-criminal del primero de ellos.⁽¹⁶⁾ Entonces debemos resaltar el que, creo, resulta un obstáculo insalvable para fundamentar el encierro preventivo por en virtud del entorpecimiento de la investigación.

El art. 279 del Código Penal exceptúa de pena a quienes siendo cónyuge, pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o el segundo de afinidad, de un amigo íntimo o de una persona a la que le debiese especial gratitud ayuden a eludir las investigaciones de la autoridad o sustraerse de la acción de ésta o procurare la desaparición, ocultamiento o alteración de los rastros, pruebas o instrumentos del delito.

Queda claro entonces que el Código de fondo no aplica pena a quien, con cierto grado de parentesco o afinidad, ayude al acusado a eludirse de la justicia, sin eufemismos a fugarse, o entorpezca por cualquier medio la investigación, la búsqueda de la verdad estatal, todo ello fundado en el reconocimiento del valor afectivo de los vínculos naturales.

Cabe preguntarse entonces, por qué, si el derecho de fondo, por cuestiones de política-criminal, no castiga a un tercero por estos supuestos, el derecho de forma, que debe dependencia al primero, sí castiga al principal interesado con el encierro preventivo por idénticos motivos.

Por qué un ordenamiento de mayor jerarquía disculpa a unos mientras, por fines procesales, otro de menor valía castiga al actor protagónico siendo que, cuanto menos, debieran invertirse los papeles: si la excepción de punibilidad en el delito de encubrimiento se fundamenta en el grado de relación que media entre el tercero y el acusado y su hecho, es preciso recordar, aunque parezca una obviedad, que el mayor apego sentimental el acusado lo va a tener consigo mismo.

La persona del imputado, quien es el único dentro del proceso penal que no carga con la obligación de prestar juramento de decir verdad, sí tiene una carga superior a un tercero al momento de fugarse y esconder las

.....

(16) ZAFFARONI, SLOKAR, ALAGIA, *Derecho penal. Parte general*, Bs. As., Ediar, 2000, p. 165 y ss.

pruebas: "mi primo me puede ayudar sin inconvenientes a fugarme o esconder documentación que me complique la situación, ahora yo mismo, a quien quizás esperen años de cárcel, no lo puedo hacer porque el derecho procesal me lo prohíbe". Creo que aquí encontramos el primer inconveniente, pero no el único.

De acuerdo a la cláusula constitucional del art. 18, ningún habitante de la Nación puede ser obligado a declarar contra si mismo, lo cual conduce sin más al deber del Estado a permitir a quien se encuentre en estado de sospecha de hacer todo lo que crea conducente para procurar su libertad, y con ello no me refiero a una simple declaración ante un Tribunal.

Tal como lo reseñara la Cámara de los Lores en el año 94 en el caso Murray "si aspectos de la evidencia tomados individualmente o combinados con otros hechos claramente llaman a una explicación por la cual el acusado debería estar en una posición de dar, (...), entonces el fracaso en brindar alguna explicación permite, de la misma forma que lo permite el sentido común, realizar una inferencia en cuanto a que no hay ninguna explicación y que el acusado es culpable".⁽¹⁷⁾

Si se pretende recortar la inmunidad del ciudadano de este modo, obligándolo a hablar en situaciones en las cuales se cree está llamado a hacerlo, pudiendo utilizarse el silencio en su contra, entonces por qué no permitirle que pueda evitar por sus propios medios llegar a esta situación, pues de lo contrario la garantía perdería una porción sustancial de su contenido.

Si del silencio del sospechado se puede inferir su culpabilidad, entonces ello debe conducir a que se permita su tránsito en libertad hasta que medie resolución de un Tribunal, y de allí a procurarse todas las herramientas posibles con el fin de impedir que la investigación estatal comprometa su silencio.

Tanto la interpretación del principio *nemo tenetur se ipsum accusare* como aquella que se desprende de las excepciones de punibilidad para el delito de encubrimiento son graves llamados de atención que no hacen más que enlodar el camino ya complejo que transitan los presupuestos del

(17) Kevin Sean Murray vs. Director of Public Prosecutions (1994), cito a través de TEDESCO IGNACIO F., *La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico-comparado*, en *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Hendler Samuel compilador, Facultad de Derecho, UBA, 2004, p. 30.

encarcelamiento preventivo. Con bases sustantivas o procesales, la justificación que prive de libertad en forma justificada a un inocente no se ha encontrado aún, y parece difícil augurar tiempos mejores.



Bibliografía

- BOVINO, ALBERTO, “El fallo ‘Suárez Rosario’”, *NDP*, Bs. As., Ediciones del Puerto, 1998/A.
- HENDERSON, HUMBERTO, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, en Bigliani-Bovino, *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*, Bs. AS., Defensoría General de la Nación/Editores del Puerto, 2008.
- MAIER, JULIO, *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado*, Bs. As., Lerner, 1971.
- MAIER, JULIO, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, del Puerto, Buenos Aires, 1996, t. 1.
- SERGI NATALIA, “Presupuestos para el encarcelamiento preventivo en la jurisprudencia”, en Plazas y Hasan (comps.) *Garantías constitucionales en la investigación penal, un estudio crítico de la jurisprudencia*, del Puerto, Buenos Aires, 2006.
- TEDESCO IGNACIO F., “La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico-comparado”, en Hendler Samuel (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2004, 30.
- ZAFFARONI, EUGENIO, R, SLOKAR, A., ALAGIA, A., *Derecho penal. Parte general*, Bs. As., EDIAR, 2000.

Pena máxima divisible y prisión perpetua en relación a la libertad condicional

Reforma introducida
por la ley 25.892

JESSICA BRIZZI⁽¹⁾



1. Introducción

La idea de este trabajo es, por un lado, analizar el cambio introducido por la ley 25.892 en comparación con la situación normativa anterior y, por otra parte, ver qué problemas subsisten y cuáles se originan con esa ley.

En este sentido, podemos decir que, cuando se produce un cambio en la norma, éste puede responder a distintas cuestiones, una de las cuales puede consistir en un reclamo que hace la sociedad. De ahí que, quienes representan a la sociedad en el Poder Legislativo son quienes están facultados y tienen el deber de responder a ese reclamo, justamente por haber sido elegidos para eso. Pero, como representantes que son, también tienen el deber de cumplir con esa obligación teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico en su totalidad, de modo que no se originen incongruencias o que la ley dictada no colisione con la Ley Suprema.

.....

(1) Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UBA.

Luego, una vez dictada la norma, será tarea del Poder Judicial ejercer el control de constitucionalidad sobre ella. En relación al sistema de control de constitucionalidad, el Dr. Zaffaroni sostiene que el derecho penal, a través de las agencias judiciales, debe contener el ejercicio del poder punitivo y su irracionalidad, función que se debe cumplir “desde que se abre el marco abstracto para su ejercicio hasta que se agota el que se impone sobre cualquier persona criminalizada” ya que, de lo contrario, se estaría negando el control sobre esa actividad criminalizante que realizan las agencias políticas y penitenciarias. De modo tal, concluye el autor, que el control de constitucionalidad debe ser ejercido por las agencias judiciales, a fin de contener la irracionalidad policial, legislativa, en el caso concreto cuando se dicta una sentencia y, luego, cuando ésta se ejecuta.⁽²⁾

Sentado lo precedentemente dicho, me avocaré, como dije al principio, al análisis de la situación de los condenados a prisión perpetua, en relación al tiempo necesario de pena cumplida para poder solicitar la libertad condicional, con anterioridad y posteriormente a la modificación del art. 13 del Código Penal.

2. La cuestión a la luz de la normativa vigente antes de la reforma del art. 13 del Código Penal introducida por la ley 25.892

Antes de la reforma introducida por la ley 25.892, una persona condenada a prisión perpetua debía cumplir veinte años como requisito para solicitar la libertad condicional, ello de acuerdo a lo dispuesto por el art. 13 del Código Penal de ese momento.

Por otra parte, la pena máxima divisible establecida por el ordenamiento sustantivo era —sigue siéndolo— la de cincuenta años, según surge del art. 227 *ter*, 235 y 226 del CP. En el primero de los mencionados se fija ese máximo de prisión para cualquier delito en caso de que con ello se ponga en peligro la vigencia de la Constitución; en el segundo, en caso de ser jefes o agentes de la fuerza pública que incurran en los delitos que constituyen el título al que pertenecen usando u ostentando armas y demás materiales ofensivos que se les hayan confiado en tal calidad y, en el caso del art. 226, que en razón de la finalidad querida por el autor aumenta la

.....

(2) ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, 2000, p. 949.

pena a un máximo de veinticinco años, le puede ser aplicada la agravante del art. 235 y así, duplicarse,⁽³⁾ por estar en el mismo título.

En consecuencia, se advertía un problema, cual es que un condenado a prisión perpetua podía pedir su libertad condicional antes de que lo pudiera hacer una persona condenada a la pena máxima de las divisibles, es decir, la de cincuenta años, pues para el primer caso bastaba con que transcurrieran veinte años, y en el segundo se requerían dos tercios que equivalen a treinta y tres años y cuatro meses.⁽⁴⁾

Por ello se sostuvo que la pena máxima divisible aplicable según la determinación interpretativa plasmada en el art. 79 del Código Penal y las agravantes establecidas por los arts. 226, 235 y 236 y cualquier concurso real a que pudieran dar lugar, nunca puede originar la posibilidad de sancionar a una persona por un tiempo mayor al de veinticinco años, pues en las normas en cuestión se insertó la frase "...que el máximo no será mayor al máximo previsto en el Código Penal para la especie de pena que se trate". A lo que se adunó que la norma que implementaba estos agravantes (ley 23.077), si bien tenía por finalidad el agravamiento de las penas indicadas, aclaró que siempre era en el marco del máximo legal de la pena ya establecido.⁽⁵⁾

Por otra parte, la pena de prisión perpetua prescribe a los veinte años y por su lado, las penas divisibles prescriben una vez transcurrido un lapso de igual al de la condena, de lo que no es difícil advertir una nueva incongruencia.

Si tenemos en cuenta sólo estos dos problemas, (hay más pero escapan a la pretensión de este trabajo), se puede colegir que una pena privativa de la libertad divisible sería más gravosa que una pena de prisión perpetua.

3. La situación a la luz de la reforma art. 13 del Código Penal introducida por la ley 25.892

La ley 25.892, en lo atinente a los temas desarrollados en este trabajo, aumentó el plazo requerido para solicitar la libertad condicional al condenado a prisión perpetua de veinticinco a treinta y cinco años. Entonces,

.....

(3) LANGEVIN, JULIÁN HORACIO, "*¿Treinta años de prisión? Sobre la duración máxima de las penas temporales de prisión y reclusión en el concurso material de delitos*", LL, 1997-B, p. 887.

(4) *Op. cit.*, p. 2.

(5) *Op. cit.*, pp. 2 y 3.

quedaría subsanado el problema de que el condenado a prisión de cincuenta años tuviera que cumplir un período mayor —treinta y tres años y cuatro meses— que quien fuera condenado a prisión perpetua, ya que, con la reforma introducida, ese plazo fue superado.

3.1. Antecedentes parlamentarios de la ley 25.892

En principio, es necesario resaltar que, según surge de los antecedentes parlamentarios, uno de los objetivos a cumplir con la norma era corregir la incongruencia que existía en relación al tiempo requerido de condena para la pena máxima divisible en relación a la pena de prisión perpetua.⁽⁶⁾

Luego, son varias las ideas que me quedaron de la lectura de los antecedentes parlamentarios de la ley 25.892: la primera consiste en que evidentemente reinó en el debate el reclamo de la sociedad de mayor seguridad. La segunda, que muchos de los legisladores parecen conscientes de que el aumento de las penas en el ordenamiento jurídico no soluciona el problema por el que tanto brega la sociedad. Diversos representantes en ambas Cámaras se manifestaron en contra de ese aumento y, en tal sentido, algunos dijeron que lo más importante es dar prioridad a la educación, que ese podría ser el camino hacia la solución del problema en cuestión. Inclusive uno de ellos citó a Stiglitz: "...cuesta mucho menos invertir en una beca para que un joven estudie que lo que se gastaría en caso de tener que detenerlo por la comisión de un delito, procesarlo, condenarlo y mantenerlo en prisión."⁽⁷⁾

La tercera, consiste en que los que no se manifestaron en esa dirección dieron más importancia al "reclamo de la sociedad" y, en tal sentido, pusieron de relieve que las víctimas también son sujetos de los "derechos humanos", que éstas no fueron pasibles de un juicio antes de ser "ejecutadas" y que aquéllas sí eran "realmente inocentes" (como si un delincuente no pudiera ser víctima de un delito), de modo tal que se manifestaron a favor de la elevación a treinta y cinco años de prisión para solicitar la libertad condicional en el caso de los condenados a prisión o reclusión perpetua.⁽⁸⁾

.....

(6) Antecedentes Parlamentarios, Ley 25.892, t. 2004-B, pp. 1521/1522.

(7) *Op. cit.*, 5, pp. 1551/1554.

(8) *Op. cit.*, 5 y 6, p. 1531

Por último, se puede extraer como conclusión que, sin perjuicio de que la mayoría manifestó, cuanto menos, la dificultad de que se lograra el fin propuesto —resolver el problema de la inseguridad— con el agravamiento de las penas, primó la idea de satisfacerla, dejarla tranquila, y de esta forma se sancionó la ley.

3.2. Consecuencias/problemas

Por un lado, si bien en la actualidad el tiempo de cumplimiento de condena requerido para el caso de la condena perpetua supera al establecido para el caso del máximo de pena divisible en nuestro Código Penal, lo cierto es que es difícil entender acabado el objetivo, porque la diferencia entre una y otra no resulta proporcional, toda vez que no parece muy distante un lapso de treinta y cinco años —pena perpetua—, al de treinta y tres y cuatro meses —pena divisible—. Esto no significa que sería mejor aumentar aún más el mínimo de cumplimiento para las condena perpetuas, sino, simplemente, que no hay proporcionalidad entre un caso y el otro.

Por otra parte, sin entrar en el análisis de la proporcionalidad de las penas divisibles, ya que, como dije en un principio, el objetivo de este análisis se reduce exclusivamente a la modificación en torno a la libertad condicional establecida en el art. 13 del CP, ésta no cumple con los requisitos para que una norma sea constitucional, pues para que una norma legal sea constitucional, además de ser previa, cierta, escrita y estricta, son necesarias tres cosas: que sea idónea (adecuada), que sea necesaria y que sea proporcional (en sentido estricto).

El punto de partida del análisis consiste en determinar si hubo un fin legislativo: en el caso éste fue el de brindar mayor seguridad a la sociedad. Luego, podemos afirmar que el objetivo no se encuentra prohibido por nuestra Constitución y que resulta socialmente relevante —dado el reclamo existente—. Entonces, habremos de evaluar si la medida tomada (el aumento a treinta y cinco años para poder solicitar la libertad condicional) es adecuada a ese objetivo. Ese análisis debe producirse al momento de efectuarse el control de constitucionalidad, es decir a posteriori del dictado de la norma.⁽⁹⁾

Habrá que tener en cuenta que la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe ser *la ultima ratio*, como así también que basta con que

.....

(9) CIANCIARDO, JUAN, *El principio de razonabilidad. El debido proceso sustantivo al moderno juicio de razonabilidad*, Depalma, 2004, pp. 62, 71/75.

la norma tenga la posibilidad de cumplir el objetivo en forma parcial, es decir, no se exige que lo haga totalmente.

De las premisas anteriores se desprende que el legislador, antes de sancionar la ley, supo que la medida en cuestión no lograría el fin propuesto, es decir, no era idónea, toda vez que del debate surge que mantener una mayor cantidad de tiempo privada de la libertad a una persona no disminuye el delito y, por otra parte, va en contra del fin constitucional de la pena, es decir: no resocializa a la persona a quien se aplica este tipo de penas.

Respecto a la necesidad —esto es, el principio según el cual una norma debe ser evaluada respecto de otras mediante las cuales se pudiera llegar al mismo fin pero de una forma más eficaz, o si entre las igualmente eficaces resulta la que restringe menos derechos fundamentales—, si partimos de la base de no considerarla adecuada, lo cierto es que es difícil compararla con otras que sí pudieran serlo, dado que obviamente se va a estar por la que resulte idónea. Sin perjuicio de ello, también se desprende de la lectura de los antecedentes parlamentarios que existen otras medidas que se pueden llevar a la práctica para lograr el objetivo de reducir la inseguridad, como por ejemplo dar más importancia a la educación de los jóvenes, que evidentemente serían menos restrictivas de derechos fundamentales, ya que en lugar de encerrar por más tiempo al delincuente se estaría, por lo menos, intentando favorecer a aquellas personas que les resulta dificultoso educarse y, con ello, tener mayores posibilidades de insertarse en el mercado laboral.

En relación al principio de proporcionalidad en materia penal, se ha señalado que éste debe abarcar tanto la delimitación de la tutela que pretende conseguir, como la sanción que prevé para lograrlo.⁽¹⁰⁾

Por otra parte se ha sostenido que la vaguedad de su conceptualización —pues muchas veces no se entiende a qué se apunta con la idoneidad, necesidad y proporcionalidad ni en qué lugar se ubica este principio para luego ser valorado respecto de la norma a dictarse—, genera que no tenga mayor rendimiento en la faz legislativa, motivo por el cual debería velar por él la “jurisdicción constitucional”. En consecuencia, se propone un concepto autónomo del principio de proporcionalidad en materia de penas privativas de la libertad en relación a la gravedad del hecho come-

.....

(10) DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO J., *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, “Colección los delitos”, Valencia, 2007, p. 89.

tido. En este sentido, se entiende que el principio en análisis rechazaría el establecimiento de normativas y la imposición de penas privativas de libertad “que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido, contemplado éste en su significado global”, de modo tal que debe existir “... proporción entre el mal que es la pena y el mal que es el delito...”, por lo tanto será proporcional la ley que sea adecuada, necesaria y razonable para lograr el fin perseguido por el legislador.⁽¹¹⁾

Otro sector doctrinario entiende que el principio en cuestión es el que tiene la “...función de asegurar la eficacia de los derechos individuales así como también dar protección a los intereses particulares, mediante una ponderación de valores y un equilibrio de los intereses controvertidos en el caso concreto”, entonces este principio se aplica para evaluar si la restricción que se hace al individuo guarda razonabilidad con el objeto buscado, es decir el interés general o del Estado. Este concepto es indeterminado y, por lo tanto, es necesaria su concreción mediante el derecho procesal que es el que sirve para proteger a los valores recogidos por el derecho penal “...cuya función esencial es la de dotar al Estado de un cauce preestablecido para la aplicación del *ius puniendi*”. Entonces, se trata de ponderar los valores y los intereses en juego, ello tratando de garantizar la observancia de los preceptos constitucionales, que a veces surgen claramente de las normas constitucionales o legales y otras no, en las que se deberá recurrir, para su interpretación, al consenso social u otros criterios que respeten la idea del estado de derecho, es decir, tratando de asegurar “... siempre la efectividad de los que deban prevalecer con el menor sacrificio posible de los obligados a ceder”.⁽¹²⁾⁽¹³⁾

En relación al juicio de proporcionalidad *strictu sensu* que, de acuerdo a lo desarrollado precedentemente, consiste en establecer si la medida guarda relación razonable con el fin propuesto, aquí habrá que poner en la balanza por un lado el objetivo de brindar seguridad a la sociedad y por el otro el derecho que tiene el condenado a resocializarse, reeducarse y reinsertarse en la sociedad.

.....

(11) *Op. cit.*, 9, p. 91, 94/96.

(12) GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, NICOLÁS, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990, p. 228.

(13) DOVIO, MARIANA, TERMES, DANIELA, VEGA, DIANA C., *Cese de prisión preventiva y libertad asistida: El principio de proporcionalidad y la analogía como instrumentos adecuados para*

De un lado de la balanza, está el reclamo de la sociedad de mayor seguridad, que podría ser traducido en el derecho constitucional de todo ciudadano a circular libremente, a trabajar, a ejercer industria lícita, etc.

Del otro, está la ley de ejecución de la pena (ley 24.660), de la que se desprende que el objetivo a cumplir durante el encierro de la persona condenada a penas privativas de libertad es su reinserción en la sociedad, ello a través de lograr que la persona adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley.

Es menester resaltar que nuestra Constitución Nacional, a través de los pactos internacionales que adquirieron su jerarquía con la reforma constitucional de 1994, establece que la finalidad esencial de la pena es la reforma y readaptación a la sociedad del condenado (art. 10, inc. 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 5, inc. 6 Pacto de San José de Costa Rica).

Cabe concluir, entonces, que va a primar el segundo, ya que, si tenemos en cuenta que existen otras maneras de satisfacer el reclamo de la sociedad y que está probado que el aumento de la pena no lo logra, consecuentemente se afirmará que no se puede poner en cabeza del condenado la ineficacia del Estado y, por tanto, la norma no guarda relación de proporcionalidad con el fin que pretende.⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾

3.3. Problema que subsiste

De acuerdo a lo relatado en el primero de los acápites de este trabajo, la normativa vigente antes de la modificación del art. 13 del Código Penal resultaba incongruente, dado que una persona condenada al máximo de la pena divisible debía cumplir un período de encierro mayor para pedir la libertad condicional respecto del condenado a prisión perpetua. En relación a esto, no puede dejar de pensarse que, en realidad, si bien el tiempo a cumplir con la reforma es superior en el caso del condenado a prisión perpetua respecto del condenado al máximo de pena divisible, lo cierto

.....

extender los casos de excarcelación, Ley, Razón y Justicia, Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales, Neuquén, Año 6, N° 9, mayo 2004, abril 2005, pp. 370/371.

(14) MARTÍNEZ, SANTIAGO, *Discursos de la emergencia y limitación de derechos fundamentales de los reclusos: el caso de la ley 25.892*, Revista de derecho penal y procesal penal, Bs. As., Abeledo-Perrot, vol. 2006-1, pp. 58/70.

(15) *Op. cit.*, 8, p. 93.

es que esa diferencia tampoco es respetuosa de los principios de razonabilidad y culpabilidad.

Ahora bien, sin perjuicio de que la dificultad fue superada, subsiste otra paralela que consiste en que una persona condenada a la pena máxima divisible —cincuenta años— podrá solicitar salidas transitorias a partir de haber cumplido la mitad de su condena (de acuerdo a lo que surge del art. 17, inc. "a" de la ley 24.660) y que el condenado a prisión perpetua lo podrá hacer a los quince años, de lo que se desprende una incongruencia, ya que el primero deberá esperar veinticinco años.

3.4. Problema que se originó con la modificación

El condenado a prisión perpetua, como dije en el acápite anterior, puede pedir salidas transitorias —siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos por la ley— una vez cumplidos quince años de condena, de modo tal que gozará de ellas durante unos veinte años, hasta poder solicitar la libertad condicional, lo que no respeta la idea de progresividad establecida por la ley de ejecución. Aclaro al respecto que no me parece negativo que los condenados a perpetua gocen de salidas transitorias durante tanto tiempo, sino que, justamente, entiendo que el límite que se requería antes de esta reforma era más coherente con la idea de progresividad del régimen de la ejecución de la condena.

3.5. Posible solución

En relación a los temas relatados —y a muchos más que escapan al alcance de este trabajo—, el Dr. Zaffaroni realizó un estudio mediante el cual plantea que, a partir de la promulgación (de fecha 5 de enero de 2007) de la ley 26.200, la ley 25.892 debe tenerse por derogada. Ello así porque la primera constituye una reforma de carácter estructural y, además, por aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más benigna.⁽¹⁶⁾

Llega a tal conclusión pues considera que la ley 26.200 —de implementación del Tratado de Roma— es la que establece las escalas penales en relación a los delitos más graves que pueden existir, es decir, delitos contra la humanidad, como el genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión, incorporándolos en carácter de delitos a la ley penal nacional, de modo tal que sería contrario al mandato de

.....

(16) ZAFFARONI, E. RAÚL, *El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente*.

certeza jurídica general y al orden de valores emanado de la Constitución Nacional y el derecho internacional incorporado y no incorporado a ésta, sancionar con una pena mayor a cualquier delito o concurso de delitos que a uno de los previstos por la norma antes citada.⁽¹⁷⁾

Particularmente, en relación al tiempo requerido para solicitar la libertad condicional, en caso de la condena a prisión perpetua el autor entiende que, a la luz de la ley 26.200, se puede interpretar de dos maneras: la primera consiste en volver al estado anterior al dictado de la ley 25.892 (veinte años) —lectura por la que se inclina— y la segunda reside en aplicar el plazo dispuesto por la ley en análisis, —tal es el que prevé el art. 110 del Estatuto de Roma—, es decir, veinticinco años. En este sentido, afirma que el plazo indicado es un “parámetro universal máximo...considerando que está limitado a injustos de contenido prácticamente inconmensurable, como son un genocidio de extrema gravedad y con circunstancias personales negativas del condenado”,⁽¹⁸⁾ de modo tal que nunca podría superarse su castigo cualquiera fuera el bien jurídico en cuestión, ya que no existe un bien jurídico de mayor entidad que la vida masivamente considerada.⁽¹⁹⁾

4. Conclusión

A modo de humilde conclusión, entiendo que no se trata de desoír el reclamo de la sociedad, sino de poder leerlo “entre líneas” en el sentido de que lo que ella pide es que se cumpla con la normativa vigente, que se aumente la seguridad jurídica lo más posible. Creo que si la sociedad viera que las leyes se aplican, se sentiría más segura de que al daño ocasionado por un individuo le correspondió una sanción establecida conforme a la ley y no que, como hacen creer en los medios y como sucede en algunos casos —ellos en los que el sujeto registra un grado de vulnerabilidad menor— todo aquél que comete un delito “entra por una puerta y sale por la otra”.

Desde mi punto de vista, aumentar las penas o, como en este caso, el mínimo requerido para solicitar la libertad condicional, va en contra de los fines buscados por la Ley Suprema y los pactos internacionales que hemos suscripto y, por otra parte, tampoco satisface el reclamo de la sociedad

.....

(17) *Op. cit.*, p. 15.

(18) *Op. cit.*, pp. 15 y 16.

(19) *Op. cit.*, pp. 15, 16 y 17.

porque, en definitiva, nadie deja de delinquir porque se haya aumentado ese límite. Ello sin contar que, quien haya sufrido tal pena, más que lograr reinsertarse en la sociedad, habrá logrado un grado mayor de marginalidad y vulnerabilidad al sistema penal, motivo por el cual probablemente volverá a cometer un delito y así sucesivamente.

Al margen, pienso que lo que excede una pena razonable —es decir, si lo necesario para cumplir el fin resocializador es superado en condena—, esta sería retribución o, dicho en términos populares, “venganza”. De modo tal que, si lo que está pidiendo la sociedad es “venganza” contra quienes le originaron un daño, entonces lo que habría que hacer, en honor a la honestidad, es modificar la Constitución Nacional donde establece que “...las cárceles serán... para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas...”, por el de “retribuir con un daño al que lo causare a la sociedad o a sus miembros”. De todas formas, entiendo que esto sería un grave retroceso y, por otra parte, algo de difícil implementación, habida cuenta los compromisos internacionales adquiridos por este país.

Entonces, salvo que entendamos que el fin tenido en mente por los legisladores haya sido el de tranquilizar a la sociedad, lo cual pudo haberse logrado en forma temporaria dado que hoy se podría percibir la misma demanda, entiendo que existen diversas formas de alcanzar la meta y que el aumento de las penas no es la idónea ni, mucho menos, la proporcional.

Por último, adhiero a la solución arribada por el Dr. Zaffaroni ya que interpreta la norma en forma coordinada y armónica con todo el ordenamiento jurídico vigente. De este modo termina con varias de las incoherencias generadas por las últimas modificaciones al Código Penal, atinentes a los máximos de penas privativas de libertad y al mínimo de cumplimiento de condena requerido para solicitar la libertad condicional en el caso de la prisión perpetua.



Bibliografía

CIANCIARDO, JUAN, “El principio de razonabilidad. El debido proceso sustantivo al moderno juicio de razonabilidad”, Bs, As , Ábaco de Rodolfo , Depalma, abril de 2004.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J., *El principio de proporcionalidad penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

DOVIO, MARIANA, TERMES, DANIELA y VEGA, DIANA C., “Cese de prisión preventiva y libertad asistida: El principio de proporcionalidad y la analogía como instrumentos adecuados para extender los casos de excarcelación”, *Ley, Razón y Justicia, Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*, n° 9, Neuquén, mayo 2004/abril 2005.

GONZALEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990.

LANGEVÍN, JULIÁN Horacio, “¿Treinta años de prisión? Sobre la duración máxima de las penas temporales de prisión y reclusión en el concurso material de delitos”. *LL*, 1997-B.

MARTÍNEZ, SANTIAGO, “Discursos de la emergencia y limitación de derechos fundamentales de los reclusos: el caso de la ley 25.892”, *Revista*

de derecho penal y procesal penal, Bs. As., Abeledo-Perrot, Vol. 2006-1.

ZAFFARONI, EUGENIO R., *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2006.

ZAFFARONI, EUGENIO R., “El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente”, *La Ley* (10/05/2010).

Antecedentes Parlamentarios, 2004-B, Ley 25.892.

La prescripción: el límite temporal al poder punitivo utilizado como excusa para vedar el acceso a la jurisdicción

Orden de tratamiento de las causales de sobreseimiento

CARLOS SANTIAGO CARAMUTI⁽¹⁾



1. Resumen

Dentro de la temática de los límites temporales al poder punitivo del Estado, motiva mi reflexión el instituto de la prescripción de la acción penal y su perversa utilización para eludir el tratamiento de causales de sobreseimiento o absolución de naturaleza sustancial, expresamente invocadas por el imputado y/o su defensa.

La tesis que sostengo es que los supuestos de sobreseimiento (o absolución), con mayor razón si son invocados por el imputado o su defensa, deben ser tratados en un orden lógico, partiendo de la existencia o inexistencia del hecho supuestamente delictivo e intervención del imputado en el mismo (aspectos fácticos que hacen al elemento acción o conducta

.....

(1) Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Tucumán.

como elemento básico del delito y a la autoría o participación en el mismo) y siguiendo por la concurrencia o ausencia de los demás caracteres del delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, en ese orden), con prioridad respecto al análisis de la extinción de la acción penal por prescripción (u otras causales de extinción de la misma).

Afirmo que dicho orden de tratamiento constituye un derecho del imputado, derivado del principio de inocencia del derecho de acceso a la jurisdicción y garantía de tutela judicial efectiva. Esto es, el derecho del inculcado a ser oído, dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial respecto de cualquier acusación penal dirigida en su contra.

No obsta a lo sostenido el principio jurisprudencial conforme al cual la prescripción debe ser declarada de oficio en cualquier estado y grado del proceso por tratarse de una causal de extinción de la acción penal de orden público. Es que dicho principio, interpretado como obstáculo para el previo tratamiento de causales sustanciales de sobreseimiento o absolución penal, colisiona con el derecho al debido proceso y con la garantía de inocencia de los imputados, quienes, una vez iniciado un proceso penal en su contra, tienen derecho a que se resuelva su situación mediante el análisis de las circunstancias de la causa que se fundan en dichas garantías, con preferencia respecto de aquellas que surgen del mero paso del tiempo y de la inacción o mora judicial y/o del Ministerio Público.

Esto es así en la medida en que la prescripción de la acción penal constituye un límite temporal para el ejercicio de la persecución penal y para la pretensión punitiva del Estado, más no puede ser excusa para denegar el ejercicio de la jurisdicción en el más genuino sentido de decisión de conflictos, pues esta es el correlato al derecho de toda persona a ser oída por un tribunal competente, independiente e imparcial, respecto de cualquier acusación penal dirigida en su contra. Cuando se cumple dicho límite temporal, el instituto de la prescripción impide perseguir o seguir persiguiendo y penar, mas no decidir que nunca existió motivo para hacerlo.

Ese orden de tratamiento se impone, además, por razones lógicas, pues no puede establecerse el momento de inicio del cómputo de la prescripción, ni su transcurso respecto de determinado imputado, ni el plazo extintivo aplicable, respectivamente, cuando menos en caso surgir con evidencia la inexistencia del hecho, la no intervención del imputado o la atipicidad de su conducta.

Esta ponencia tiene por objeto motivar una crítica reflexión al respecto, llamando la atención sobre la necesidad de revisar permanentemente, sin preconceptos, ciertos criterios que, una vez establecidos, se repiten acríticamente como si fueran dogmas irrevisables, impidiendo o frenando la evolución de la ciencia del Derecho Penal.

Esa necesaria reflexión, que debe hacerse siempre, es hoy obligada por el fuerte impacto que, sobre el ordenamiento jurídico nacional y su interpretación doctrinaria y jurisprudencial, significó la reforma constitucional de 1994, con el reconocimiento con la máxima jerarquía normativa de los tratados e instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

2. Planteo del problema. La tesis que sostengo

Dentro de la temática de los límites temporales al poder punitivo del Estado, motiva mi reflexión el instituto de la prescripción de la acción penal y lo que considero su perversa utilización para eludir el tratamiento de causales de sobreseimiento o absolución de naturaleza sustancial, expresamente invocadas por el imputado y/o su defensa.

Es que resulta una antigua práctica, reiterada a lo largo de los años y aún vigente hasta nuestros días, la conducta de los tribunales de dictar el sobreseimiento por prescripción, declarando extinguida la acción penal en forma inmediata a verificar el transcurso de los plazos legales previstos a ese efecto, sin analizar la concurrencia de otras causales, sustanciales, que determinan la inexistencia de delito, ello aun cuando el imputado o su defensa técnica las hayan invocado expresamente.

Es una de las tantas prácticas judiciales, repetidas mecánicamente, como si respondieran a dogmas sagrados irrevisables que impiden cualquier reflexión crítica al respecto. Estimo que, tal vez, ha llegado la hora de, liberados de cualquier preconcepto, poner en crisis esos pretendidos dogmas aun cuando luego de un profundo análisis se pudiera llegar a su reafirmación.

La tesis que sostengo es que los supuestos de sobreseimiento (o absolución), con mayor razón si son invocados por el imputado o su defensa, deben ser tratados en un orden lógico, partiendo de la existencia o inexistencia del hecho supuestamente delictivo e intervención del imputado en el mismo (aspectos fácticos que hacen al elemento acción o conducta como elemento básico del delito y a la autoría o participación en el mis-

mo) y siguiendo por la concurrencia o ausencia de los demás caracteres del delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad: en ese orden), con prioridad respecto al análisis de la extinción de la acción penal por prescripción (u otras causales de extinción de la misma).

Afirmo que dicho orden de tratamiento constituye un derecho del imputado derivado del principio de inocencia,⁽²⁾ del derecho de acceso a la jurisdicción, y de la garantía de tutela judicial efectiva. Esto es, el derecho a ser oído, dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial respecto de cualquier acusación penal dirigida en su contra.⁽³⁾

No obsta a lo sostenido el principio jurisprudencial, que sustenta la cuestionada práctica a que nos referimos, conforme al cual la prescripción debe ser declarada de oficio en cualquier estado y grado del proceso por tratarse de una causal de extinción de la acción penal de orden público.⁽⁴⁾ Es que, dicho principio, interpretado como obstáculo para el previo tratamiento de causales sustanciales de sobreseimiento o absolución penal, colisiona con el derecho al debido proceso y con la garantía de inocencia de los imputados quienes, una vez iniciado un proceso penal en su contra, tienen derecho a que se resuelva su situación mediante el análisis de las circunstancias de la causa que se fundan en dichas garantías, con preferencia respecto de aquellas que surgen del mero paso del tiempo y de la inacción o mora judicial y/o del Ministerio Público.

Esto es así en la medida en que la prescripción de la acción penal constituye un límite temporal para el ejercicio de la persecución penal y para la pretensión punitiva del Estado, más no puede ser excusa para denegar el ejercicio de la jurisdicción en el más genuino sentido de decisión

.....

(2) Arts. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, XXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cccls. con 75 inc. 22 CN.

(3) Arts. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 14.1 y 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cccls. con 75 inc. 22 CN.

(4) Doctrina establecida por la Cortes Suprema de Justicia de la Nación a partir de Fallos: 186:289 (1940), en cuanto a que la prescripción en materia penal es de orden público y que, en consecuencia debe ser declarada de oficio por el tribunal correspondiente, que se produce de pleno derecho, que debe ser resuelta en forma previa a cualquier decisión sobre el fondo y que debe declararse en cualquier instancia del juicio y por cualquier tribunal. Y seguida pacíficamente por la casi totalidad de los tribunales penales del país.

de conflictos, pues esta es el correlato al derecho de toda persona a ser oída por un tribunal competente, independiente e imparcial, respecto de cualquier acusación penal dirigida en su contra. Cuando se cumple dicho límite temporal, el instituto de la prescripción impide perseguir o seguir persiguiendo y penar, mas no decidir que nunca existió motivo para hacerlo y sobreseer o absolver por esa razón.

Ese orden de tratamiento se impone, además, por razones lógicas, pues no puede establecerse el momento de inicio del cómputo de la prescripción, ni su transcurso respecto de determinado imputado, ni el plazo extintivo aplicable, cuando menos en caso de surgir con evidencia, respectivamente, la inexistencia del hecho, la no intervención del imputado o la atipicidad de su conducta.

3. Razones constitucionales de la tesis

El derecho al debido proceso y la garantía de inocencia, férreamente protegidos por la Constitución Nacional y las normas de los Tratados Internacionales incorporados al **bloque de constitucionalidad** exigen que, estando acreditadas la inexistencia del hecho o la irresponsabilidad del imputado o la falta de encuadramiento en una figura penal, estas causales para dictar el sobreseimiento (o para absolver) deban ser analizadas en forma previa a la eventual prescripción de la acción penal. Con mayor razón si ello es invocado y peticionado expresamente por imputado o su defensa técnica.

El carácter de orden público de la prescripción no es obstáculo para el análisis de la extinción de la acción penal por prescripción, en forma posterior a las demás causales de sobreseimiento, sino todo lo contrario. Dicho tratamiento subsidiario y posterior se impone por la naturaleza misma de las respectivas causales.

Es que lo que la extinción de la acción penal impide es continuar adelante con su ejercicio, es decir con la persecución penal tendiente a la aplicación de una pena. Ello es así porque se trata de un límite temporal al poder punitivo del Estado.

Es un instituto establecido a favor del imputado como una consecuencia de las garantías de defensa en juicio y a ser juzgado dentro de un plazo razonable. La primera, porque uno de los fundamentos de la prescripción es que el transcurso del tiempo entre el hecho y el juzgamiento dificulta las posibilidades del imputado de acceder a los medios adecuados para su defensa. La segunda porque una de las maneras de asegurar el derecho

a que el juzgamiento para aplicar una pena tenga lugar dentro de un plazo razonable, es declarar extinguida la posibilidad del Estado para hacerlo una vez transcurrido dicho plazo.

El instituto de la prescripción también toma en cuenta el carácter aflictivo que tiene la pena respecto de quien la sufre, por lo que no se justifica aplicarla o seguir adelante con el ejercicio de la acción con esa pretensión, si el transcurso del tiempo ha llevado al olvido del hecho por parte de la víctima y de la sociedad, otro de los fundamentos que le asigna la doctrina.

Pero, en sentido inverso, el transcurso del plazo prescriptivo no puede impedir el ejercicio de la jurisdicción en sentido desinriminatorio, es decir, no persecutorio ni punitivo, decidiendo un expreso pedido del sujeto pasivo de la acusación penal, cuando invoque no haber cometido ningún delito, no haber participado en él, que la conducta que se le imputa es atípica (y por tanto no habilita el ejercicio de ninguna acción penal) o que la misma está justificada o es inculpable conforme al ordenamiento jurídico. La interpretación contraria atenta contra el derecho de toda persona a ser oído, dentro de un plazo razonable, por un tribunal competente, independiente e imparcial,⁽⁵⁾ respecto de la acusación penal dirigido en su contra.

Es decir que, la invocación de la derivación de una garantía no puede ser invocada, de oficio, en perjuicio de esa misma o de otras garantías.

Utilizar una institución establecida como límite temporal al poder punitivo del Estado, para impedir el ejercicio de la jurisdicción negándose a oír la versión desinclinante de fondo esgrimida por el imputado o, aún sin pedido expreso, a ratificar expresamente su presunción de inocencia, implica desnaturalizarla en detrimento de los derechos y garantías constitucionales.

4. Razones lógicas del orden de análisis

Además de las razones constitucionales señaladas en el punto precedente, existen razones de orden lógico que justifican el orden de tratamiento que sostengo.

En efecto, la prescripción es la extinción, por el transcurso del tiempo, de la acción penal que nace de la comisión de un delito. El inicio de su curso supone la efectiva (o al menos la sospecha de) comisión de un delito. Esto es, que el hecho se cometió. De tal modo, un orden lógico de análisis

(5) Art. 8.1 CADH y 14.1 PIDCyP, ccd. con 75 inc. 22 CN.

requiere determinar, primero, si efectivamente se cometió el hecho o si existe razonable sospecha de ello. Por eso la primera causal de sobreseimiento contemplada por los más modernos Códigos y Proyectos de Códigos Procesales Penales es que “que el hecho investigado no se cometió”, “no ha existido” o fórmulas similares.⁽⁶⁾

Si desde el inicio se advierte que es así, o si ello resulta indubitable como consecuencia de la investigación practicada, corresponde sobreseer por esa causa y no declarar extinguida la acción penal por prescripción, causal esta prevista en orden cronológico posterior en esos códigos y Proyectos.⁽⁷⁾ Es que, si no hay delito no hay acción penal a ejercer, por lo que tampoco podría iniciarse el curso temporal de la prescripción que la extingue.

En efecto, resultaría absurdo que, si al intentar establecer la fecha de comisión del delito para determinar el momento de inicio del cómputo de la prescripción, se llegara a la conclusión de que el hecho no se cometió y, no obstante ello, se sobreseyera por prescripción y no por no haberse cometido el hecho. Es decir, ¡por una prescripción cuyo transcurso nunca empezó!

Asimismo, el curso de la prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada delito y para cada uno de los partícipes (art. 67, último párrafo CP), de modo que se impone en forma previa al análisis de la eventual extinción de la acción penal por prescripción, establecer la intervención o no de cada uno de los imputados en el hecho investigado.

Por ello, la segunda causal de sobreseimiento que prevé los Códigos o proyecto de Códigos Procesales más modernos, en forma claramente previa a la extinción de la acción penal, es que “el hecho investigado no fue cometido por el imputado” o “no es autor o partícipe” o fórmulas similares.⁽⁸⁾

.....

(6) Arts. 359 inc. 1, primer supuesto, Código Procesal Penal de Tucumán, 397 inc. 1, Código Procesal de Entre Ríos, 350 inc. 1, primer supuesto CPP de Córdoba, 285 inc. 1, Código de Procedimientos en materia Penal de Chubut, 264 inc. 1, Anteproyecto de CPPN del Ministerio de Justicia de la Nación, 284 inc. 1, Proyecto CPPN del INECIP, 290 inc. 1, Proyecto de CPP para la Provincia de Neuquén, 267 inc. 1, Proyecto CPP para la Provincia de Río Negro del Colegio de Abogados de la ciudad de General Roca.

(7) Arts. 359 inc. 4, Código Procesal Penal de Tucumán, 397 inc. 6, *Código Procesal de Entre Ríos*, 350 inc. 4 CPP de Córdoba, 285 inc. 5, Código de Procedimientos en materia Penal de Chubut, 264 inc. 7, Proyecto de CPPN del Ministerio de Justicia de la Nación, 248 inc. 5, Proyecto CPPN del INECIP, 290 inc. 5, CPP para la Provincia de Neuquén, 267 inc. 5, Proyecto CPP para la Provincia de Río Negro del Colegio de Abogados de la ciudad de General Roca.

(8) Arts. 359 inc. 1, segundo supuesto, Código Procesal Penal de Tucumán, 397 inc. 3, CPP Entre Ríos, 350 inc. 1, segundo supuesto CPP Córdoba, 285 inc. 2, Código de Procedimientos

También aquí resultaría absurdo que, al intentar determinar el inicio del cómputo del plazo extintivo respecto de determinado imputado, para verificar si transcurrió dicho plazo desde la comisión del hecho hasta la primera secuela interruptiva a su respecto (su citación a prestar declaración como imputado), se estableciera que el mismo no intervino en el hecho y, no obstante se sobreseyera, no por esa circunstancia, sino porque se extinguió la acción por prescripción, ¿por una prescripción cuyo momento de inicio respecto de ese imputado no se puede establecer!

Finalmente, el plazo de prescripción depende de la pena prevista para el delito de que se trate (art. 62 CP). De tal modo, previo al análisis de la prescripción, es la determinación de la figura penal en que encuadra la conducta investigada y, antes aún, si la misma encuadra en alguna. Sólo así se podrá establecer, en su caso, cuál es el plazo de prescripción y si el mismo se produjo, teniendo en cuenta, además, la existencia de causales de interrupción o suspensión respecto de cada eventual imputado (art. 67, penúltimo y último párrafo, ya aludido).

Por ello los modernos Códigos Procesales Penales prevén como tercera causal de sobreseimiento que “el hecho no encuadra en una figura penal” o fórmulas similares, en forma previa al análisis de la extinción de la acción penal.⁽⁹⁾

Carecería de sentido que, en el análisis para determinar si la acción penal se extinguió por prescripción, se analizara en qué figura encuadra la conducta investigada, para determinar el plazo y, advirtiendo en dicho análisis que la conducta no encuadra en ninguna, se dicte el sobreseimiento por prescripción y no por atipicidad, ¿por una prescripción cuyo plazo no se puede establecer!

Similares razones existen también para tratar otras causales de sobreseimiento referidas a la inexistencia de delito, en forma previa al análisis de la prescripción.

.....

en materia Penal de Chubut, art. 264 inc. 3, Ante Proyecto de CPPN del Ministerio de Justicia, 248 inc. 2, Proyecto CPPN del INECIP, 290 inc. 2, CPP Proyecto CPP para la Provincia de Neuquén, 267 inc. 2, Proyecto CPP para la Provincia de Río Negro del Colegio de Abogados de la ciudad de General Roca.

(9) Arts. 359 inc. 2, Código Procesal Penal de Tucumán, 397 inc. 2, CPP Entre Ríos, 350 inc. 2, CPP Córdoba, 285 inc. 3, Código de Procedimientos en materia Penal de Chubut, art. 264 inc. 2, Ante Proyecto de CPPN del Ministerio de Justicia, 248 inc. 3, Proyecto CPPN del INECIP, 290 inc. 3, Proyecto CPP para la Provincia de Neuquén, 267 inc. 3, Proyecto CPP para la Provincia de Río Negro del Colegio de Abogados de la ciudad de General Roca.

Así, supongamos que se inicia un proceso contra una persona por ser sospechada de un hecho calificado como homicidio o como lesiones y esta invoca haber actuado en legítima defensa. Luego de recibida declaración la defensa ofrece y se diligencia prueba que así lo acredita. No obstante, no se resuelve su situación por omisión del órgano jurisdiccional o del Ministerio Público, o aún por dilaciones de la propia querrela y pese al impulso en tal sentido por parte de la defensa que solicitó en forma inmediata el sobreseimiento por aquella causal. Luego de transcurridos los plazos de prescripción no podría invocarse esta circunstancia para analizar la existencia de la causa de justificación invocada, sin un serio menoscabo al principio de inocencia y a las garantías del debido proceso, acceso a la jurisdicción y tutela judicial efectiva.

Similares ejemplos podrán pensarse respecto de la existencia de causales de inculpabilidad y su oportuna invocación y prueba.

Como puede advertirse, el orden de análisis de las causales de sobreseimiento que sostengo y que es consagrado en los más modernos Códigos y proyectos de Códigos Procesales obedece a razones lógicas que explican, a su vez, la regla establecida en esos códigos y proyectos que impone el tratamiento en ese orden.⁽¹⁰⁾

Utilizar una institución establecida como límite temporal al poder punitivo del Estado para impedir el ejercicio de la jurisdicción negándose a oír la versión desincriminante de fondo por el imputado, implica desnaturalizarla en detrimento de los derechos y garantías constitucionales.

Debe señalarse que existe un claro y específico interés del acusado en el respeto de ese orden de causales en el tratamiento jurisdiccional. Ello por cuanto no es lo mismo ser sobreseído por simple extinción de la acción penal, sin pronunciamiento sobre el fondo. Esto es así, a pesar de la supresión en los códigos procesales modernos de la mención acerca de que la causa no afecta el buen nombre y honor del imputado, la que era contemplada solo para las demás causales y no para la extinción de la acción penal. Es que habiendo habido una imputación y/o acusación en su contra, el imputado y/o acusado tiene derecho a una expresa declaración sobre su inocencia.

Y además, tiene derecho a no soportar las costas, ni siquiera las propias, originadas eventualmente en una querrela infundada. Tiene derecho también a una eventual acción por resarcimiento si la misma hubiere sido calumniosa.

.....

(10) Art. 360 CPP de Tucumán, art. 351 Código Procesal de Córdoba.

La tesis que sostengo no debe interpretarse como una renuncia por parte del imputado al plazo de prescripción o a la extinción de la acción por esa causa. Implica, sí, que el vencimiento de ese plazo no puede invocarse para impedir el ejercicio de la jurisdicción analizando la concurrencia de la ausencia de los elementos del delito en el caso concreto y el consiguiente sobreseimiento o absolución por esas causales.

Si, en cambio, luego de dicho análisis se determinara la ausencia de las causales de sobreseimiento invocadas o que la misma no fuere evidente, pero se hubiere producido el vencimiento de los plazos de prescripción, debería declararse extinguida la acción penal por prescripción y sobreseerse por esta causal.⁽¹¹⁾

5. Regulación en modernos códigos procesales. Necesidad de motivación para apartarse del orden

En la Provincia de Tucumán y otros códigos que prevén similar regulación, la tesis que sostengo resulta además del propio orden de tratamiento consagrado en dichos cuerpos legales. Resulta conveniente transcribir las normas que regulan la situación.

Así, el art. 359 del CPPT establece que: “El sobreseimiento procederá cuando sea evidente:

1. Que el hecho investigado no se cometió o no lo fue por el imputado;
2. Que el hecho no encuadra en una figura penal;
3. Que media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria;
4. Que la acción penal se ha extinguido y
5. Que habiendo vencido todos los plazos de la investigación penal preparatoria y sus prórrogas (337 y 346), no hubiere suficiente fundamento para elevar la causa a juicio (354) y no fuese razonable, objetivamente, prever la incorporación de nuevas pruebas”.

.....

(11) Aún en el último supuesto, esto es que no pudiera establecerse con evidencia la concurrencia de las causales de sobreseimiento, podría sostenerse razonablemente el derecho del imputado a requerir la continuación del proceso y la realización del juicio, pese al cumplimiento del plazo de prescripción, al solo efecto de que se conozca la verdad. Pero, obviamente, sin posibilidad de condena y aplicación de pena en caso de resultar demostrada la responsabilidad penal. Esta posibilidad surge de la opinión de Zaffaroni, aunque referida a otra causal de extinción de la acción penal —el indulto a procesados— (ZAFFARONI, RAÚL E., *Estructura básica del Derecho Penal*, Bs. As., Ediar, 2009, p. 238). El autor citado expresa que el indulto cancela cualquier habilitación del poder punitivo —por eso se aplica también a

En forma concordante, el art. 360 dispone: “El sobreseimiento se dispondrá por sentencia, en la que se analizarán las causales, siempre que fuere posible, en el orden dispuesto por el artículo anterior”.

Y para cerrar el círculo de poderes y facultades del imputado, el art. 361 permite al imputado recurrirla en apelación cuando no se haya observado el orden que establece el art. 359, o cuando se le imponga una medida de seguridad.

Obsérvese que el art. 360 CPPT impone el tratamiento de las causales de sobreseimiento en el orden dispuesto por el artículo anterior. Y en éste, la causal de sobreseimiento por extinción de la acción está prevista en el inc. 4, es decir, en orden posterior a las otras.

Es verdad que la norma dispone que el análisis en dicho orden este supeditado a que ello fuere posible, pero en la mayoría de los casos no existe ningún impedimento para no respetar dicho orden.

Además, si dicho impedimento obedeciera al carácter de orden público asignado a la prescripción, carecería de sentido que el Código hubiera contemplado la extinción de la acción penal en último término, después de las causales sustanciales que la precedente en la normativa. Más lógico hubiera sido mantenerla en el primer lugar como hacían los códigos anteriores.

Cabe agregar que la existencia de la excepción (siempre que fuere posible), no puede llevar a olvidar cuál es la regla (el tratamiento en el orden normativo previsto) y a dejarla de lado sin fundamentación. Si, en el caso concreto, el juzgador entendiera que concurren los presupuestos fácticos que justifican la excepción, debe así expresarlo expresamente y motivarlo. Sólo así dará cumplimiento a la exigencia de las normas constitucionales y procesales que exigen la motivación de las sentencias, como el art. 30 de la Constitución de Tucumán y 143 de su Código Procesal Penal, pues se trata de una sentencia y no de un simple decreto. Lo mismo cabe decir respecto del requerimiento fiscal al respecto (art. 155 CPP de Tucumán).

Sólo se permite exceptuar el mismo cuándo existan circunstancias que lo hicieren imposible. Esas circunstancias deben ser fácticas del caso concreto, analizadas y motivadas en relación a él. Sin ello, no resulta jurídicamente legítimo apartarse del orden previsto, que por algo y para algo el legislador impuso.

.....

procesados pese a ser una causal de extinción de la pena—, pero el procesado conserva el derecho a la verdad y podrá exigir que el proceso continúe a ese solo efecto. El razonamiento sería aplicable, *mutatis mutandi* al supuesto planteado de prescripción.

La falta de motivación al respecto nulificaría la resolución que se apartara del orden de tratamiento y/o el requerimiento fiscal que le diere base.

No puede considerarse motivación suficiente al respecto la mera invocación de que la prescripción se trata de una institución de orden público como, según expliqué *supra*, es habitual en nuestra práctica judicial. Tal carácter, impide continuar con el ejercicio de la acción penal, aún en caso de existir sospecha bastante (art. 309 CPPT) o elementos de convicción suficientes (art. 363 CPPT) para sostener como probable la comisión de un delito y la participación culpable del imputado en el mismo (o aún certeza al respecto). Pero no hay razón para que impida el previo análisis de la inexistencia de comisión del delito o de intervención del imputado o la atipicidad de la conducta o su justificación o exculpación, menos aún si dichas circunstancias han sido expresamente planteadas por el imputado (o acusado), quien tiene derecho a ser oído sobre la acusación penal dirigida en su contra (arts. 8.1 CADH y 14.1 PIDCyP).

Otros Códigos Procesales más modernos, ni siquiera prevén circunstancia alguna que justifique alterar el orden de tratamiento fijado respecto de las causales de sobreseimiento. Así, el art. 398 del Código de Entre Ríos.

6. Jurisprudencia

Recientemente, la Cámara Federal de la Plata se pronunció en el sentido propuesto en la presente ponencia aun siendo de aplicación el Código Procesal Penal de la Nación que mantiene el viejo orden de enumeración de las causales de sobreseimiento, contemplando en primer término la extinción de la acción (art. 336, inc. 1, CPPN).

Sin embargo, lo hizo basándose exclusivamente en un argumento normativo emergente de ese digesto procesal, en cuanto excluye a quienes resulten sobreseídos por esa causal, de la declaración de que la causa no afecta su buen nombre y honor.

Dijo al respecto el mencionado tribunal que “No se me escapa además, la posibilidad de que *inter moras litis* haya quedado prescripta la acción penal, pero el justiciable tiene mayor derecho, ya sólo por lo que prevén el último párrafo del art. 336 del código de rito y el art. 1103 del Código Civil, a obtener un pronunciamiento liberatorio de mérito”.⁽¹²⁾

.....

(12) Cristem SA s/ pta. Inf. ley 22.362, Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala II, 24/11/2009, Cita: MJ-JU-M-53468-AR | MJJ53468.

Partiendo de un razonamiento similar, aunque profundizando el análisis y coincidiendo con el sentido de la presente ponencia, encontramos también, aunque en minoría, un reciente voto del Dr. Filozof, integrando la Sala VI de la Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital,⁽¹³⁾ poniendo el acento en la afectación al derecho de defensa que implica declarar extinguida la acción penal, sin tratar la cuestión de fondo planteada:

“Tanto el sobreseimiento como la absolución, dejan a salvo el honor de las personas que fueran sometidas a juicio. En cambio, en el caso de la extinción de la acción por el transcurso del tiempo, si bien beneficia al imputado, le impide la resistencia al ejercicio de la acción, o en buen romance, resulta en casos como el presente, restrictiva del derecho de defensa”.

“El imputado de delito goza de derechos consagrados constitucionalmente (art. 18, Carta Magna), esto significa que corresponde otorgarle un juicio justo lo que evidentemente no puede excluir la posibilidad de defenderse y de obtener una decisión que lo señale culpable o inocente”.

“Así, como el Estado tiene la obligación de asegurar la posibilidad de aplicar el derecho material no puede borrar la innegable necesidad de todo individuo sometido a juicio de arribar a la sentencia final cuando ella, según su criterio, pueda serle favorable, más aún, cuando las cuestiones de forma no pueden superponerse a los derechos consagrados en el Texto Fundamental”.

“Es por ello que a mi criterio el imputado tiene derecho a exigir que se analice el fondo de la cuestión antes de que se pronuncie el Estado sobre la prescripción, la cual deberá ser declarada por ser de orden público sólo si del estudio del caso surge —en principio— la culpabilidad del autor en el hecho típico” (Del voto en disidencia del Dr. Filozof).

Como vemos, aunque aun tímidamente, parece irse abriendo paso una tendencia a reconocer el derecho del imputado a lograr un

.....

(13) Causa N° 38.819, “B., E. P. s/ sobreseimiento” - CNCrim. y Correc., Sala VI, 18/02/2010, eDial - AA5CA6.

pronunciamiento sobre el fondo pese a encontrarse extinguida la acción penal por prescripción.

No puede ser obstáculo al avance de la jurisprudencia en esa dirección, la circunstancia de que la CSJN haya reiterado varias veces, y en forma reciente, el viejo criterio de que la prescripción en materia penal es de orden público y que, en consecuencia debe ser declarada de oficio por el tribunal correspondiente, que se produce de pleno derecho, que debe ser resuelta en forma previa a cualquier decisión sobre el fondo y que debe declararse en cualquier instancia del juicio y por cualquier tribunal.⁽¹⁴⁾ Ello así por tres razones:

1. En primer lugar porque si bien, como dijo el Procurador General, en su dictamen del caso "Papelera Pedotti", los jueces inferiores tienen el deber moral de conformar sus decisiones a esa jurisprudencia de la Corte, aclaró que ello era así, salvo que proporcionen nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición allí adoptada,⁽¹⁵⁾ lo que no advertía en el caso.
2. Porque en esos casos, especialmente en "Papelera Pedotti"⁽¹⁶⁾ se invocó la doctrina de la Corte, para suspender el tratamiento del recurso de queja y permitir el tratamiento de la prescripción de la acción, a la cual se había negado el tribunal a quo, invocando que la sentencia se encontraba firme y podía ejecutarse la pena, razón por la que no podía correr la prescripción de la acción, ello pese a encontrarse pendiente la queja por denegación del recurso extraordinario federal. En consecuencia, si la Corte Suprema rechazaba la queja, efectivamente se habría privado a la defensa del tratamiento de la prescripción, pese a entender la Corte que la queja impedía la firmeza de la sentencia. Es decir que en esos fallos, la vieja doctrina se invocó a favor y no en contra del imputado.
3. Porque en la presente ponencia se suministran razones, basadas en la incorporación a nivel Constitucional de los tratados e instrumentos internacionales de Derechos Humanos, a partir de la reforma constitucional de 1994 (art. 75 inc. 22 CN), pactos e instrumentos que ni siquiera existían al momento de haberse elaborado esa doctrina (1940),⁽¹⁷⁾ que luego se siguió reiterando, acriticamente, pese al cambio del contexto normativo.

.....

(14) Así, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 31/03/2009, Chacoma, Claudio Gustavo, Fallos Corte: 332:700; 11/09/2007, Papelera Pedotti, Fallos: 330:4040; 28/07/2005, Guillén Juárez, Jorge y otro, Fallos: 328:2733; 23/05/2006, Dapuetto de Palo, Miguel Ángel R., Fallos Corte: 329:1756 y 30/10/2007, Romero, Juan Alfredo y otros.

(15) Fallos: 318:2060 y sus citas.

(16) Fallos Corte: 330:4040.

(17) Fallos: 186:289.

7. Conclusión

El tratamiento de las causales sustanciales de sobreseimiento, atinentes a la ausencia de los caracteres constitutivos de delito, acción, autoría y participación, tipicidad, antijuridicidad (justificación) y culpabilidad (inimputabilidad e inculpabilidad), deben ser tratadas en ese orden y en forma previa a la extinción de la acción por prescripción.

En caso contrario, se lesionan los principios y garantías de inocencia y el derecho de defensa en juicio, al debido proceso legal y de acceso a la jurisdicción o tutela judicial efectiva, a ser oído dentro de un plazo razonable por un tribunal competente, independiente e imparcial.

Afortunadamente se va abriendo paso una línea jurisprudencial que así lo vislumbra.

Esta ponencia tiene por objeto motivar una crítica reflexión al respecto, llamando la atención sobre la necesidad de revisar permanentemente, sin preconceptos, ciertos criterios que, una vez establecidos, se repiten acríticamente, como si fueran dogmas irrevisables, impidiendo o frenando la evolución de la ciencia del Derecho Penal.

Esa necesaria reflexión, que debe hacerse siempre, es hoy obligada por el fuerte impacto que, sobre el ordenamiento jurídico nacional y su interpretación doctrinaria y jurisprudencial, significó la reforma constitucional de 1994, con el reconocimiento con la máxima jerarquía normativa de los tratados e instrumentos internacionales de Derechos Humanos.



Los límites temporales de la prohibición de reingreso

MATÍAS EIDEM⁽¹⁾



1. Introducción

Los límites temporales del poder punitivo son una cuestión que, al día de la fecha, se encuentra en pleno debate. ¿Hasta qué punto puede el Estado ejercer este poder? ¿Por cuánto tiempo corresponde ejercer el poder punitivo sin violar la Constitución? Ya de por sí resulta problemática la justificación de la pena, como para que buscarle un límite temporal no lo sea.

La cuestión central en relación a los límites temporales del poder punitivo reside en indagar cómo transformar la responsabilidad criminal atribuida en un determinado período en el cual el individuo culpable se verá privado de algunos derechos. Cuán racional deviene calcular que una lesión al bien jurídico propiedad (como podría ser el robo de un celular) implique cinco años de prisión, qué sucede en términos psicológicos con la persona que se encuentra privada de su libertad por 30 años y qué acontece con aquél que nunca más puede ingresar al país donde tiene a todos sus familiares y amigos.

En la legislación penal vigente —que, lamentablemente, ya excede la codificación centralizada propugnada por nuestra Constitución—, hay casos de penas que son realmente emblemáticos en cuanto a su determinación temporal, y es menester realizar una interpretación coherente con la Carta

.....

(1) Universidad de Buenos Aires.

Magna para posibilitar su aplicación y vigencia, y que éstas no devengan en inconstitucionales.

En el presente trabajo se analizarán la pena perpetua y la prohibición de reingreso. Se hará especial hincapié en la prohibición de reingreso puesto que es la que mayores problemas trae al tratar de compatibilizarla con la Carta Magna.

Lo central será determinar cuál es el límite temporal efectivo de estas penas, es decir, hasta cuándo se aplicarán. Señala Zaffaroni al respecto que toda pérdida o afectación de derechos proveniente de la consecuencia jurídica de un delito debe tener un límite temporal dentro del sistema republicano, no siendo admisible que de un delito emerja una consecuencia jurídica negativa imborrable durante toda la vida.⁽²⁾

2. La pena de prisión perpetua

La pena de prisión perpetua ha sido criticada reiteradas veces por considerarse contraria al principio de racionalidad, ya que devendría en una pena "fija", que desvincula la dimensión del injusto con la pena a imponer. Por otro lado, también se la supuso una pena inhumana y cruel (y este tipo de penas está prohibida por la Constitución y los tratados de derechos humanos con idéntica jerarquía).

Ahora bien, es menester interpretar esta pena acorde a la restante normativa vigente, pues la carencia de un límite legalmente establecido en forma expresa en la ley, obliga a deducirlo por imperio constitucional.⁽³⁾ De manera que hay que remitirse a la ley para dilucidar el máximo tiempo dispuesto respecto del encierro.

Para ello es fundamental tener en cuenta algunos conceptos del instituto de la libertad condicional.

El art. 12 de la ley 24.660⁽⁴⁾ señala la característica principal del régimen penitenciario: su progresividad. Los penados durante el transcurso de su condena atravesarán distintos períodos: de observación, tratamiento,

(2) ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, 2a. ed., Bs. As., Ediar, 2008, p. 945.

(3) *Ibid.*

(4) Sancionada el 19 de junio de 1996, promulgada el 8 de julio de 1996 y publicada el 16 de julio de 1996.

de prueba y, finalmente, el de libertad condicional. Este último período es el inmediatamente anterior al cumplimiento de la pena impuesta, y su regulación se encuentra en el art. 13 Código Penal (reformado por la ley 25.892),⁽⁵⁾ el cual fija los requisitos para que proceda:

“El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido treinta y cinco (35) años de condena... observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, bajo las siguientes condiciones...”.⁽⁶⁾

Cabe agregar que la libertad condicional no se concede a los reincidentes. Tampoco se concederá en los casos previstos en los arts. 80, inc. 7; arts. 124, 142 bis, anteúltimo párrafo; y 165 y 170, anteúltimo párrafo (según art. 14 del Código Penal). Este artículo, también modificado por la ley 25.892, es a todas luces inconstitucional, por lo que el límite que se analizará a continuación, también se aplica a estos casos.

Ahora bien, esta normativa sufre de dos problemas insalvables: la tentativa y la participación secundaria (arts. 44 y 46, ambos del Código Penal). Si alguien pone cianuro en la comida de toda su familia, y después de mucho esfuerzo, los médicos logran milagrosamente salvar la vida de los envenenados, el asesino frustrado tendrá expedito el camino para solicitar su libertad condicional a los diez años de cumplimiento de la pena (dos tercios del máximo de quince), en tanto que si uno solo de los parientes muere solo podrá obtenerla transcurridos 35 años de cumplimiento de la pena.⁽⁷⁾

.....

(5) Sancionada el 5 de mayo de 2004, promulgada el 24 de mayo de 2004 y publicada el 26 de mayo de 2004.

(6) 1) Residir en el lugar que determine el auto de soltura; 2) Observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de consumir bebidas alcohólicas o utilizar sustancias estupefacientes; 3) Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia; 4) No cometer nuevos delitos; 5) Someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes; 6) Someterse a tratamiento médico, psiquiátrico o psicológico, que acrediten su necesidad y eficacia de acuerdo al consejo de peritos. Estas condiciones, a las que el juez podrá añadir cualquiera de las reglas de conducta contempladas en el art. 27 bis, regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y hasta diez (10) años más en las perpetuas, a contar desde el día del otorgamiento de la libertad condicional.

(7) ZAFFARONI E. R., “El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente”, en *LL*, 10/05/2010.

Si bien, en un derecho penal de acto se impone la diferencia entre la pena de la tentativa y de la consumación, dado el diferente grado de afectación del bien jurídico, la proporción de esta diferencia no puede ser nunca tan abismal, pues directamente se caería en un derecho penal de extremo puro resultado o cercano al objetivismo más descarnado, no habiendo razón que explique semejante disparidad.⁽⁸⁾

En consecuencia, el término de 35 años para obtener la libertad condicional resulta irracional y contrario a un derecho penal de acto como el vigente en nuestra normativa.⁽⁹⁾

La solución, entonces, corresponde buscarla en la normativa previa (el término para obtenerla era de 20 años), o hacerlo más allá del Código Penal, en el resto de la legislación.

La ley 26.200⁽¹⁰⁾ implementa el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁽¹¹⁾ y trae una importante novedad respecto al instituto en análisis: introduce el delito de mayor injusto reconocido en nuestra ley: el crimen de genocidio. Ergo, para no abandonar la racionalidad que exige el principio republicano de gobierno, éste deberá contener la pena más alta.

Asimismo, cabe acudir al art. 110, inc. 3 del Estatuto mencionado, el cual señala que “Cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la Corte revisará la pena para determinar si ésta puede reducirse”.

En consecuencia, se observa cómo esta nueva normativa no sólo nos indica la pena más alta vigente en nuestro sistema, sino que señala también el término máximo establecido para conceder la libertad condicional, ambas características dadas por su vínculo con los injustos más gravosos de la legislación.

Por lo tanto, habría que volver a los 20 años determinados por el Código previo a la reforma introducida por la ley 25.892 o acudir a los 25 años

.....

(8) *Ibid.*

(9) La solución jamás podría ser la de aumentar las escalas previstas para la tentativa y la participación secundaria, puesto que violaría el principio de legalidad y la prohibición de la analogía.

(10) Sancionada el 13 de diciembre de 2006, promulgada el 5 de enero de 2007 y publicada el 9 de enero de 2007.

(11) Aprobado por ley 25.390, sancionada el 30 de noviembre de 2008, promulgada el 8 de enero de 2001 y publicada el 23 de enero de 2001.

dispuestos por el citado art. 110. En cualquier caso, sea que la ley 26.200 vuelva al art. 13 en versión original o que recepte los veinticinco años del Estatuto de Roma, de todos modos desaparecen o, al menos, se reducen las contradicciones con las escalas reducidas de la tentativa y la complicidad secundaria.⁽¹²⁾

En suma, si bien se parte de una pena perpetua cuya determinación exige la interpretación coherente de la normativa vigente, la solución proveniente de aquélla cumple con las exigencias constitucionales.

3. La prohibición de reingreso

El art. 63 inc. b) de la ley 25.871 señala que la expulsión lleva implícita la prohibición de reingreso permanente o por un término que, en ningún caso, podrá ser inferior a cinco (5) años y se graduará según la importancia de la causa que la motivara. Dicha prohibición sólo podrá ser dispensada por la Dirección Nacional de Migraciones.

3.1. Concepto y casos de expulsión

Antes de desarrollar el instituto en cuestión, es necesario recordar qué es la expulsión y en qué casos está prevista su aplicación.

Para Manuel Adolfo Vieira, la expulsión es un acto, generalmente administrativo, mediante el cual un Estado intima y, llegado el caso, coacciona a uno o más individuos que se encuentran sobre su territorio, a que lo abandonen en un plazo generalmente corto y perentorio, prohibiendo su reingreso.⁽¹³⁾

Ahora bien, cabe señalar que la expulsión es una medida que priva de derechos causándole un “mal” al sujeto pasivo de aquélla, por lo que cabe coincidir en que se trata de una sanción penal. Si bien no es el objeto del presente trabajo, corresponde indicar que la constitucionalidad de ésta es, por lo menos, dudosa.⁽¹⁴⁾

La casuística de su aplicación nos la otorga la ley 25.871. Ésta puede consistir, entre otros, en una pena principal por un incumplimiento relacio-

.....

(12) ZAFFARONI E. R., “El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente”, en LL, 10/05/10.

(13) OSSORIO y FLORIT, MANUEL; OBAL, CARLOS R. y BITBOL, ALFREDO, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XI, Bibliográfica Argentina,

(14) Ver, al respecto, BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución reformada*, Bs. As., Ediar, 1997, t. I, capítulo VII, acápite 42.

nado directamente con el ingreso al país —pena por falta administrativa, art. 37—, o con la declaración de ilegalidad de la permanencia —otra falta administrativa, art. 61—, o con la presentación de documentación falsa ante la autoridad de documentación —art. 29—, o la condena judicial por un delito doloso que merezca pena de prisión mayor de cinco años —art. 62—, y por último, en los casos que el extranjero se encontrare en situación irregular con acto administrativo de expulsión firme y consentido, y el inmigrante fuera condenado a una pena de ejecución condicional o hubiera cumplido los requisitos dispuestos por el art. 17 de la ley 24.660 —art. 64—.

Sin perjuicio de los impedimentos constitucionales que surgen de interpretar este instituto bajo lo previsto por los arts. 14, 20 y 25 de la Carta Magna, se analizará una de las consecuencias obligatorias de la expulsión, esto es, la aplicación de la prohibición de reingreso.

La pena de expulsión y la prohibición de reingreso son institutos complementarios que se aplican para poder seleccionar a los inmigrantes. Estas dos medidas se encargan de los extranjeros que ya han ingresado; en cambio, las pautas de admisión regularán a los que deseen hacerlo. De esta manera, el Estado ejerce su derecho a regular y condicionar la admisión de extranjeros en la forma y medida que, con arreglo a los preceptos constitucionales, lo requiera el bien común, es compatible con los derechos y garantías asegurados por la ley suprema que, en principio, no amparan al extranjero que logra ingresar al país eludiendo el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley de inmigración y su reglamentación.⁽¹⁵⁾ Por último, cabe traer a colación dos preguntas que se realizó Durá hace casi un siglo: ¿Tiene la nación Argentina el derecho de expulsión? Sin duda alguna: lo tiene toda nación soberana... ¿Pero puede el Congreso, al reglamentar el ejercicio del derecho soberano de expulsión, reglamentarlo en una forma directamente contradictoria con la Constitución del Estado...?⁽¹⁶⁾

3.2. La prohibición de reingreso como pena

Ya descritos los casos en que va a proceder la prohibición de reingreso, cabe identificar en qué consta esta medida. A tal respecto cabe señalar que la prohibición implica una restricción al extranjero para ingresar al país.

.....

(15) Fallos 210:558.

(16) DURÁ, FRANCISCO, *Naturalización y expulsión de extranjeros*, Bs. As., Coni Hnos., 1911, pp. 234/235.

Si aceptamos que una pena es una coerción que impone una privación de derechos o un dolor, que no repara ni restituye, ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes,⁽¹⁷⁾ no cabe duda de que el impedimento para el extranjero es una pena.

Esta pena es, sin dudas, inconstitucional. No sólo por ser incompatible con los arts. 14 y 20 CN, sino también porque tiene una finalidad que defiende la neutralización o eliminación de las personas —al no permitírseles que vuelvan al país, se acaba el problema que ellos causan—. Esta finalidad contraría la dignidad humana —al cosificar al ser—, y el concepto de persona adoptado por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y la Declaración Universal de Derechos del Hombre, entre otros. Asimismo, esta pena consagra, junto con la expulsión, un derecho penal especial únicamente para extranjeros, que mucho tiene que ver con el derecho penal de autor.

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde analizar la problemática que trae en cuanto a sus limitaciones temporales.

3.3. *El continuo gravamen*

Tal como surge del art. 63, inc. b), de la ley 25.871, esta restricción puede ser permanente o por un plazo determinado que deberá ser mayor de cinco años. Sin perjuicio de que más adelante se analizará el problema que surge de la indeterminación del plazo en comparación a los institutos ya analizados, cabe hacer mención a lo que ocurre durante el transcurso de esta prohibición.

Parecería obvio que la pena terminará recién al concluir el período de prohibición de reingreso, pero la Corte entendió otra cosa. Así señaló que, habiéndose concretado la expulsión del amparado, carece de objeto que la Corte se pronuncie sobre la procedencia del *habeas corpus*, pues no existe agravio actual que justifique el ejercicio de la jurisdicción por parte del tribunal.⁽¹⁸⁾

En el precedente reseñado, nuestro máximo Tribunal no consideró que la prohibición de reingreso fuera un gravamen para el imputado, y entendió que la pena se agotaba con la mera expulsión.

.....

(17) ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO, *op. cit.*, p. 45.

(18) JA 2000-III-547. Fallos 321:3646.

Esta inteligencia no hace más que desconocer la pena accesoria de la expulsión que aquí se estudia y, en consecuencia, sus efectos. Así lo entendieron los Dres. Petracchi, Fayt y Boggiano en el voto disidente del referido fallo al señalar que, en cuanto a la subsistencia del gravamen, éste aún persiste en la medida en que la libertad ambulatoria de De la Torre se encuentra severamente restringida por la imposibilidad de volver a ingresar al país.

En conclusión, al ser una pena, las consecuencias de la prohibición de reingreso recién se agotarán cuando ésta finalice, por lo que habrá que determinar este punto temporal para señalar el fin del “mal” para el extranjero.

3.4. El plazo mínimo

Al comenzar a indagar respecto del límite temporal de esta prohibición, y remitirnos a la letra de la ley, nos encontramos con que el plazo de este impedimento no podrá ser nunca inferior a cinco años. Pocas figuras del Código Penal tienen un mínimo tan elevado: el homicidio (art. 79), el abuso sexual con acceso carnal (art. 119 3er. párrafo), la privación ilegítima la libertad (art. 142bis), entre otros.

¿Es racional que la pena de prohibición de reingreso, accesoria de la expulsión,⁽¹⁹⁾ pueda funcionar como accesoria y tenga un mínimo tan elevado? ¿Cuál es el fundamento de este inusitado mínimo penal?

Para responder a la primer pregunta, cabe traer a colación ciertos ejemplos que traen objeciones insuperables: supongamos que un inmigrante (residente en nuestro país) es condenado a un mes de prisión de efectivo cumplimiento por considerársele autor del delito de robo simple. Se trata de una figura dolosa, cuya pena máxima prevista en el art. 164 del Código Penal es de seis años. ¿Es racional que, de expulsarse al inmigrante (art. 62, inc. b, de la ley 25.871), la prohibición de reingreso sea prevista para un lapso de tiempo que es 60 veces mayor?

También podría ocurrir que un inmigrante en situación irregular, con orden de expulsión firme, fuera expulsado previamente a ser condenado en los términos del art. 64, inc. c), de la ley 25.871, al reemplazar la concesión de la suspensión del juicio a prueba por la expulsión. Sin perjuicio de los serios problemas constitucionales que trae esta aplicación de la pena de expulsión a inocentes, en este caso no sólo se lo estaría expulsando, sino

.....

(19) Que a su vez puede resultar accesoria de otra pena.

también prohibiendo que regresare por un mínimo de cinco años, plazo que puede no tener vínculo alguno con el delito por el que se lo investigue. Si el imputado fuera procesado por lesiones leves en riña (art. 96 del CP) o por daños (art. 183 del CP) o resistencia a la autoridad (art. 239 del CP), podría ser penado a no regresar al país por un mínimo de cinco años, cuando el mínimo de los delitos previstos son cuatro días de prisión en el primero, y 15 días en los restantes. Las cuentas no son necesarias en este caso.

Por último, cabe suponer el caso de un extranjero turista (“residente transitorio” en los términos del art. 24 de la ley 25.871), que excedió el plazo de tres meses y su correspondiente prórroga dispuesta por el decreto 616/10,⁽²⁰⁾ que se encuentra en situación irregular. Si se aplicare lo dispuesto por el art. 61 de la ley 25.871 y se decretase la expulsión —con la consiguiente prohibición de reingreso—, se sancionaría al individuo con una pena inmediata con una consecuencia que se prolongará por lo menos por 5 (cinco) años. ¿Cometió un delito? No, una falta administrativa. Aunque sea discutible si el derecho penal es el medio idóneo para responder a este tipo de faltas, y que la expulsión pueda ser aceptada como una facultad inherente a la soberanía, imponer a la prohibición de reingreso por un mínimo de cinco años es sin duda un monto extremadamente elevado.

En conclusión, el límite mínimo temporal ya aparece con un serio obstáculo para la aplicación de este instituto. Como se verá en el punto siguiente, la graduación del monto de la prohibición dependerá de la causa que genere la expulsión, pero sin dudas, partir de un mínimo tan elevado es irracional.

El fundamento de este elevado mínimo penal es sencillo: se expulsa a un inmigrante seleccionado del sistema que no sirve al modelo del país elegido por el gobierno de turno, por lo tanto, hay que garantizarse que no vuelva a entrar por un determinado período de tiempo. Al legislador le pareció correcto establecer un mínimo de cinco años como base para prohibirle al extranjero regresar, y mantener así el orden migratorio (elegir quién puede quedarse y quién no). Esta idea es una aplicación de dos conceptos del derecho penal que tienen serios e insuperables conflictos con nuestra constitución: el derecho penal de autor y la prevención especial negativa.

.....

(20) Publicado el 6 de mayo de 2010.

En cuanto al primero, el impedimento en análisis expresa un claro ejemplo de un derecho penal que nada tiene que ver con lo hecho, sino con la cualidad de extranjero sumada a la de "inútil" para los objetivos del gobierno. Desde ya, es importante aclarar esto último, puesto que difícilmente se encuentren casos de expulsiones de extranjeros que ofrezcan en el país inversiones.

Respecto a la prevención especial negativa, el mínimo de cinco años de la prohibición de reingreso garantiza tener eliminado al extranjero por lo menos, por un considerable término.

En conclusión, el plazo mínimo de cinco años para la prohibición de reingreso puede dar soluciones completamente irracionales, resulta un término desproporcionado por demás y está basado en instituciones contrarias a la Carta Magna. He aquí el primer problema: el mínimo aplicable debería, sin duda, disminuir o ser aceptado como mero indicador, so riesgo de continuar resultando groseramente irracional.

3.5. El plazo máximo: permanente

Tal como se señalara precedentemente, toda pena debe tener un límite en el tiempo. El Código Penal señala para determinados delitos una pena perpetua, es decir, que dura y permanece para siempre.⁽²¹⁾ Pero para este caso, el legislador optó por una palabra distinta: permanente. Esta última significa: mantenerse sin mutación en un mismo lugar, estado o calidad.⁽²²⁾ En consecuencia, la pena permanente será aquella que se mantenga sin cambiarse, por lo que el concepto se asemejaría bastante al de la perpetuidad.

Si recordamos los conceptos vertidos anteriormente, la pena perpetua, como toda pena privativa de la libertad, se encuentra sujeta a diferentes etapas progresivas. La última de ellas es el período de libertad condicional. La prohibición de reingreso también es una pena que perdura en el tiempo pero, a diferencia de las penas privativas de libertad, no tiene diferentes fases.

Ahora bien, corresponde buscar un límite temporal al máximo de este impedimento que, de por sí, genera indeterminación e incertidumbre inacep-

.....

(21) Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición.

(22) *Ibid.*

tables en nuestro sistema constitucional. El problema aquí no radica en la graduación de la pena que luego se analizará, sino que se reduce al hecho de determinar un máximo legal —derivado de la Constitución— para reducir la irracionalidad que conlleva.

Este tipo de pena se vincula con lo que Ferrajoli denomina derecho penal máximo, es decir, incondicionado e ilimitado "que se caracteriza, además de por su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las condenas y de las penas".⁽²³⁾

Por las razones vertidas anteriormente al mencionar la modificación estructural introducida por la ley que implementa el Estatuto de la Corte Penal Internacional de Roma, al ingresar el delito tipificado de genocidio y la posibilidad de una reducción de pena en el caso de las penas perpetuas a los 25 años, ninguna pena podría extenderse más allá de este plazo. Ergo, este plazo máximo de supuesta permanencia no podrá exceder los 25 años.

Aunque no sea una pena privativa de la libertad, y los efectos sean menos lesivos para con la persona que en esos casos, el máximo propuesto es irracionalmente elevado, relacionado únicamente con la intención del gobierno de turno de eliminar ciertos sujetos disfuncionales al sistema.

Ahora bien, acorde a lo hasta aquí expuesto, la pena accesoria de la prohibición de reingreso tendría una escala que iría desde los 5 hasta los 25 años. De esta reflexión surge otro problema. En nuestro marco positivo hay pocos delitos que por sí⁽²⁴⁾ prevean una pena con tanta diferencia entre su máximo y su mínimo. Con la introducción de la ley 26.200, los delitos con mayor amplitud son los crímenes de lesa humanidad y los de guerra (de 3 a 25 años), el de genocidio (5 a 25 años) y el homicidio (8 a 25 años). En estos casos la gran amplitud se vincula con el valor del bien jurídico que se lesionaría en caso de realizar los tipos allí descriptos.

¿Cuán racional resulta que una pena accesoria de otra pena —que, a su vez, puede ser accesoria o incluso una pena por faltas administrativas— otorgue semejante poder discrecional?

.....

(23) LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 105.

(24) Se excluye de esta consideración los casos de concurso de delitos que pueden llevar a la irrisoria situación de que 25 hurtos simples sean condenados por una pena que va desde el mes hasta los 50 años.

Esta inusitada extensión se vincula al ideario del legislador en relación al derecho penal de autor y a la eliminación de los individuos que no sean funcionales al sistema, mencionado anteriormente. Esta norma permite una grosera ampliación del ejercicio del poder punitivo, de manera que quienes se opongán al carácter reductor del derecho penal, y deseen continuar con la selección de las agencias policiales, puedan gozar de una discrecionalidad excesiva, que se vinculará íntimamente con sus ideales de política criminal que podrán alejar cada vez más esta pena de los principios constitucionales.

En consecuencia, la escala prevista por la normativa vigente —interpretada en su conjunto—, es por completo irracional, tanto en su mínimo como en su máximo. Entonces, sin perjuicio de las eventuales inconstitucionalidades, deberá ser el decisor del monto de la pena⁽²⁵⁾ quien tendrá en sus manos la posibilidad al graduar la pena de hacerlo reduciendo la irracionalidad de ésta, sin dejar de tener en cuenta el máximo como una referencia, pero también en su conocimiento los problemas que atraería si lo aplicase.

3.6. La graduación

Ya analizados los límites temporales del ejercicio del poder punitivo en abstracto respecto la prohibición de reingreso, cabe observar ahora los lineamientos que brinda la norma para aplicarla en concreto. Al respecto, dice el inciso en estudio que la duración de este impedimento será graduada según la importancia de la causa que la motivara. En este caso, el legislador realizó un gran avance del que se carecía en la legislación anterior: vinculó la graduación de la pena con la causa que la motivara.

Ahora bien, a la luz de lo hasta aquí explicado, sería muy ingenuo pretender que la graduación únicamente tuviere que ver con la causa que la motiva. En primer término, tal como se refiere a lo largo del presente trabajo, la prohibición de reingreso se vincula íntimamente con la voluntad del Estado soberano de impedir que un extranjero ingrese en su territorio. En consecuencia, no se puede pretender que esta finalidad no juegue un papel importante a la hora de la graduación de la pena.

El otro inconveniente lo brindan las causas de expulsión. Como se mencionara,⁽²⁶⁾ algunas de ellas son por faltas administrativas, razón que

.....

(25) Si bien la nueva normativa introdujo al órgano jurisdiccional como un paso obligatorio, aún la DNM posee amplias facultades.

(26) Ver punto 3.1.

no permitiría una correcta graduación de la escala prevista. Suficientemente irracional e inconstitucional es la aplicación de penas por faltas administrativas,⁽²⁷⁾ como para que estas últimas sean los parámetros de una pena que, de por sí, tiene una escala penal con un mínimo excesivamente alto y una gran diferencia con su máximo —también irracional—.

En los casos que la prohibición de reingreso se vincule con condenas penales de los inmigrantes, el injusto podría ser indicador de este monto. Sin embargo, el mínimo de esta pena impedirá una aplicación racional, por lo que deberá optarse por coincidir con Zaffaroni en que los mínimos de las escalas penales señalan un límite al poder cuantificador de los jueces, pero siempre que las otras fuentes de mayor jerarquía del derecho de cuantificación penal no obliguen a otra solución. Por ello, puede afirmarse que los mínimos legales son meramente indicativos.⁽²⁸⁾

En cuanto a la aplicación concreta del máximo, ya se señaló que resulta irracionalmente elevado, por lo que no deberá alcanzarse tal extremo, incluso cuando funcione como accesoria de delitos con elevadas escalas penales.

En conclusión, el caso particular tendrá que ser analizado cuidadosamente y, de aplicar esta medida, se hará evitando que se expanda la irracionalidad que surge al respecto de los límites temporales del poder punitivo.

3.7. La dispensa

Por último, corresponde hacer una breve mención a la única excepción del cumplimiento de la prohibición de reingreso que prevé la ley 25.871. Este instituto, si bien parecería ser positivo y permitir que la prohibición quede extinguida, trae serios inconvenientes. En primer término, quien dictaría la dispensa a los extranjeros condenados a la pena de expulsión sería la Dirección Nacional de Migraciones. Esta facultad sería una extensión de la gran atribución que tiene esta dependencia, puesto que ésta es quien decreta, mediante decisión administrativa, la orden de expulsión. En consecuencia, la DNM no concentra solamente la potestad de expulsar del país a aquellos inmigrantes seleccionados y decidir por cuánto tiempo no ingresarán, sino que también decide respecto de su dispensa.

.....

(27) Se violaría el principio de lesividad, la garantía del *ne bis in idem*, etc.

(28) ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO, *op. cit.*, p. 995.

Por otro lado, la ley no indica cuáles son las causas que deberán promover la aplicación de este instituto. Esa omisión —haya sido voluntaria o involuntaria—, no hace más que ampliar el poder discrecional de esta dependencia administrativa respecto de los límites temporales del poder punitivo.

En conclusión, la última oración del inciso en estudio trae un instituto del cual, si bien puede ser favorable a los inmigrantes, resultaría necesaria una urgente reforma para acotar el inmenso poder que tiene la Dirección Nacional de Migraciones.

4. Conclusiones

El ejercicio del poder punitivo necesita límites concretos. Resulta inconcebible para un sistema respetuoso de la persona y los derechos humanos que un individuo sea condenado por toda su vida. Los límites están en la misma legislación; sólo corresponde hacer una interpretación consciente y racional de ésta.

En cuanto a la prohibición de reingreso, cabe reafirmar su inconstitucionalidad, puesto que tiende a apartar de la sociedad y a no permitir el ingreso de un individuo considerado indeseable; representa un resabio del derecho penal de autor derogado constitucionalmente. Asimismo, su letra es contraria a la igualdad entre los nacionales y extranjeros propugnada por el art. 20 de la Carta Magna.

El impedimento en cuestión trae grandes problemas en relación a los límites temporales del poder punitivo. Según se analizó, su mínimo resulta extremadamente elevado, y en consecuencia generará problemas en su aplicación, provocando resultados completamente irracionales.

Asimismo, esta prohibición tiene un límite máximo indeterminado (pena permanente) que, por las razones esgrimidas al analizar la pena perpetua, deberá ser definido en 25 años. A partir de ello, surge una amplitud excesiva entre el mínimo y el máximo de esta pena, que permite a la autoridad de aplicación moverse discrecionalmente según el fin que persigue este instituto: eliminar al extranjero del país. Este objetivo también se verá reflejado en la graduación de la pena en el caso en concreto.

En fin, la pena de prohibición de reingreso amplía insólitamente los límites temporales del poder punitivo, sin respetar la racionalidad que debe tener todo acto de gobierno. Disponer una escala penal tan elevada (en

su mínimo y en su máximo), carente de lógica y finalidad coherente con la Constitución, es una razón más para declarar la inconstitucionalidad de este instituto.



Bibliografía

- BAEZA, CARLOS R., *Exégesis de la Constitución argentina*, Bs. As., Ábaco, 2000.
- BARBOZA, JULIO, *Derecho Internacional Público*, Bs. As., Zavalía, 2008.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Bs. As., Ediar, 1997.
- CHAUSOVSKY, GABRIEL, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año VI, n°10, Ad-Hoc, 2000.
- DURÁ, FRANCISCO, *Naturalización y expulsión de extranjeros*, Bs. As., Coni Hnos., 1911.
- LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA, "Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?", en *Indret: Revista para el análisis de derecho*, Barcelona, 2009.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARGARITA, "¿Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318bis CP en clave de legitimidad", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 10-06, 2008.
- MONCLÚS MASÓ, MARTA, *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*, Bs. As., Ed. del Puerto, 2008.
- MONCLÚS MASÓ, MARTA, "La expulsión del extranjero como sanción penal encubierta", en *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, n° 94, Universidad de Barcelona, 2001.
- MODOLO, VANINA, "La política de expulsión de extranjeros en Argentina. Continuidad o quiebre en la actual Ley de Migraciones". Proyecto UBACyT (S016): "Dos dimensiones de la Argentina migratoria contemporánea: inmigrantes mercosureños y emigrantes argentinos. Aspectos demográficos, políticos y sociales". Directora: Susana Novick.
- OSSORIO Y FLORIT, MANUEL, OBAL, CARLOS R. Y BITBOL, ALFREDO, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Argentina, Editorial Bibliográfica.
- SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, t. II, 5ª ed., Bs. As., Ed. Tipográfica Editora Argentina S.A., 1992.
- ZAFFARONI E. R., "El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente", en *LL* 10/05/2010.
- ZAFFARONI RAUL E., ALAGIA ALEJANDRO, SLOKAR ALEJANDRO, *Derecho Penal, Parte General*, Bs. As., Ediar, 2008.

El máximo de la pena de reclusión o prisión perpetua frente al principio de legalidad

NATALIA RUFINO



1. Introducción

El fundamento, la razonabilidad, el significado y la proporcionalidad de la pena de prisión o reclusión perpetua, han sido en nuestro país materia de debate permanente, resultando concordante y uniforme la doctrina mayoritaria que sostiene que su vigencia importa la violación de los Tratados Internacionales que en el año mil novecientos noventa y cuatro nuestra Nación incorporó al sistema normativo con rango constitucional.

Esta clase de penas, asimiladas por algunos autores⁽¹⁾ a la pena de muerte, contradice los postulados demarcados por el compendio legal mencionado precedentemente, que obliga a los Estados Partes a modificar sus legislaciones internas a los fines de poder satisfacer el mandato supralegal que ordena que la pena necesariamente debe tener como fin la resocialización de los condenados, y que su implementación tiene por objetivo fundamental reincorporar a los sujetos a la comunidad de la que forman parte, y de la que se vieron separados por contradecir la norma, cuya legitimidad es sustentada por la comuna.

.....

(1) ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *El máximo de la prisión en el derecho vigente*, Buenos Aires, La Ley, t. 2010-C, 10/05/2010, p. 5.

Mucho ha sido debatido en torno a la mayoría de los temas que se relacionan con las penas de prisión o reclusión perpetuas, y no es tarea de quien expone efectuar un repaso de las victorias alcanzadas por el derecho penal postmoderno en torno a la consagración y respeto de las garantías constitucionales reconocidas a todo justiciable, ni hacer propias conclusiones que pertenecen a grandes juristas que han dedicado su vida al estudio de la materia que en esta oportunidad me propongo comentar.

Sin embargo, pese a la inconmensurable labor de diversos autores que enseñan todo lo atinente a las penas perpetuas, considero que aún queda pendiente el tratamiento del máximo de duración del encierro en prisión de aquellos sujetos que con su conducta disvaliosa han violentado lo dispuesto por las normas que prevén como consecuencia inmediata la aplicación de dichas penas, que aún subsisten en varios de los tipos penales que componen nuestro Código de fondo.

A criterio de quien se expresa, si bien las penas perpetuas no son más que figuras virtuales de la política criminal vigente, pues nunca serán perpetuas si se siguen determinados lineamientos jurisprudenciales, el límite máximo de prisión para los condenados bajo dicha modalidad queda supeditado, conforme lo normado por el art. 13 del Código Penal de la Nación, a los informes que oportunamente remitan al magistrado interviniente a cuya disposición se encuentra anotado el interno, los diversos directores de los servicios penitenciarios a fin de que el juez evalúe si el condenado ha dado cumplimiento acabado al elemento subjetivo que también exige dicha norma para poder otorgar, transcurridos treinta y cinco años de encierro efectivo, el beneficio de la libertad condicional.

A lo descripto debe sumarse lo establecido en el art. 16 del Código Penal, que determina para el supuesto de las penas perpetuas que, otorgada la libertad condicional y transcurridos diez años sin que haya sido revocada, la pena oportunamente impuesta queda extinguida.

Así, la pena perpetua de prisión o reclusión equivale, en la *praxis* judicial, a 35 años de privación de la libertad, a lo que debe sumarse el acatamiento por parte del condenado, por un período de diez años más, de las condiciones que fija el art. 15 del mentado cuerpo normativo con el objetivo de que no sea revocada.

Frente a ello, diversas son las consideraciones que deben efectuarse, toda vez que supeditar la efectiva libertad de un condenado que, por cierto, en

cuanto al límite temporal resulta bastante incierta, a la tarea administrativa de la unidad a la que pertenece, configura una clara y evidente vulneración al principio de legalidad consagrado en nuestra Ley Fundamental, que mediante los institutos jurídicos que reglamentan su ejercicio, ordena que la ley debe ser previa, escrita, estricta y cierta.

Este principio fundamental, pilar de nuestro estado de derecho junto al de culpabilidad, que adquiere operatividad al conjugarse con los principios materiales de bien común y dignidad humana, de ningún modo puede verse conculcado, ni por el ejercicio de las leyes que reglamentan la operatividad de nuestra Carta Magna, ni por ninguna norma contenida en los tratados internacionales que, a través de la incorporación parlamentaria, conforman el compendio normativo que da sustento y legitimidad al derecho penal que nos contiene.

Debe recordarse en este orden, que el sujeto protegido por dicho principio es el ciudadano, en la interpretación más estricta y cabal de lo expuesto por el Profesor Dr. Roxin, pues el principio de legalidad opera como garantía constitucional que protege a los sujetos de derecho frente al ius puniendi estatal de posibles arbitrariedades que durante su ejercicio puedan evidenciarse en un procedimiento penal determinado.

Oportunamente, el Profesor Dr. Bacigalupo se ocupó de dar tratamiento al principio que vengo comentando, subrayando que “la imposición de una pena presupone el incumplimiento de una amenaza penal cognoscible, pues, de otra manera, ésta no podría ser experimentada como una ratificación contrafáctica de la confianza defraudada en las normas, lo que impediría estabilizar la lealtad jurídica existente en los ciudadanos”.⁽²⁾

En ese sentido, cuando el principio ordena que la ley penal debe ser cierta, impone al legislador la obligación de que los tipos penales contengan no sólo la prohibición o el mandato de abstenerse de llevar a cabo una conducta indebida, consecuentemente reprimida, sino que, además, le exige que determine con precisión la escala penal dentro de la cual el juzgador podrá optar, conforme los lineamientos de los principios de culpabilidad y proporcionalidad, a fin de imponer cualquiera de las penas que determina el art. 5 del Código de fondo.

.....

(2) BACIGALUPO, ENRIQUE, “Las bases institucionales de la política criminal española en los últimos treinta años. El principio de legalidad como tarea inconclusa”, en *De las Penas. Homenaje al Profesor Isidoro De Benedetti*, Bs. As., Depalma, 1997, p. 6.

Si bien con anterioridad al debate doctrinario acerca de la legitimidad de imposición de la pena perpetua, conforme las normas que integran el mentado código, no se advertía este conflicto en la codificación que actualmente nos convoca y cuya existencia nos demanda urgente solución; podría decirse que a partir de la incorporación de los mandatos internacionales, el Estado Argentino y, más precisamente, el compendio normativo penal que de él forma parte, se ve rodeado de contradicciones y latentes violaciones a las garantías constitucionales que nuestra Ley Fundamental ya contenía y reconocía a todo ciudadano.

Como la pena perpetua, a diferencia de otros países americanos,⁽³⁾ en nuestra Nación no se encuentra prohibida por la letra de la Constitución de 1853, la jurisprudencia, de la mano de la doctrina, ha ido construyendo lineamientos a partir de la interpretación sistemática de diversas normas del Código Penal (arts. 13, 14, 15, 52 y 53), con el objetivo de permitir que los condenados a las penas mencionadas, y sobre todo los reincidentes y aquellos autores de los delitos a los que la ley 25.892 veda el acceso a la libertad condicional, no permanezcan en detención hasta la culminación de sus vidas, debiendo poder acceder al beneficio referido, siempre que cumplan los requisitos exigidos por la norma, conforme la actual redacción del artículo señalado en primer término.

Pero lo cierto es que, si bien celebro esta consagración de los postulados que demarca el principio de resocialización de los condenados (constitucionalmente exigido en nuestro país a través de la incorporación a nuestra Carta Magna de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo art. 5.6 determina que las penas privativas de la libertad deben tener dicha finalidad), corresponde evidenciar que en nuestra nación, fundamentalmente por hallarse aún vigente esta clase de penas, la realidad nos demuestra que aquella utopía que tuvo origen en las grandes metrópolis no puede ser puesta en funcionamiento en nuestra tierra, conforme el estado actual y la carencia de recursos de todo tipo que los diversos servicios penitenciarios padecen y de los cuales todos tenemos cabal conocimiento.

Así, cuando un condenado, cualquiera sea la pena por la que esté cumpliendo prisión privado de su libertad, al momento de haber dado cumplimiento al plazo temporal establecido en el art. 13 del Código Penal, no
.....

(3) Arts. 40 de la Constitución de Costa Rica; 37 de la Constitución de Nicaragua, 65 de la Constitución de Venezuela, 2006 por interpretación arts. 17 y 25 de la Constitución de Bolivia y 24, inc. 113 de Brasil.

puede acceder al beneficio de la libertad condicional pues los informes emitidos por la unidad a la que pertenece no resultan favorables a tal fin, ello representa, lisa y llanamente, la carencia y el fracaso del Estado argentino en materia de resocialización que no pudo, en los supuestos de penas perpetuas, durante treinta y cinco años, dotar al detenido de las herramientas necesarias a los fines de poder alcanzar la readaptación social que ordena el régimen internacional.

En ese entendimiento, el art. 13 del Código Penal, junto a las leyes 24.660, que regula la ejecución de la pena en el ámbito nacional, y la N° 12.256, que hace lo propio en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, establece que los condenados a prisión o reclusión perpetua podrán obtener la libertad anticipada mediante el acceso al beneficio de la libertad condicional, siempre que den cumplimiento a las exigencias que la norma determina.

Con relación a ello, imperiosamente debo indicar que supeditar el otorgamiento de la libertad condicional al resultado del informe que emite el director de la unidad a la que pertenece el candidato a acceder al mentado beneficio y al resultado del informe criminológico que efectúe el cuerpo de peritos que a ella pertenece acerca de la posible readaptación en la sociedad del condenado (en los términos más cercanos a la práctica de la futurología), representa una clara vulneración al mandato constitucional que ordena que la ley debe ser cierta, conforme los postulados del principio de legalidad.

La certeza que debe caracterizar a la letra de los diversos tipos penales contenidos en el Código de fondo, no puede quedar supeditada al cumplimiento de requisitos que impongan las leyes que reglamentan el ejercicio de la Constitución Nacional.

El condenado debe conocer con claridad el momento a partir del cual obtendrá la libertad, como sucede en las normas que contienen penas determinadas.

En ese sentido, dejar en manos de la administración de los servicios penitenciarios el control del requisito subjetivo del art. 13 del mentado cuerpo normativo, atenta contra el principio en tratamiento, toda vez que dicha información, por imperio de la propia letra de la ley, debe ser acercada al juzgador a fin de que pueda evaluar la posibilidad de otorgar a un condenado a prisión perpetua, luego de transcurridos treinta y cinco años de prisión, el beneficio de la libertad condicional.

No debe olvidarse que los informes referidos en primer término no son más que meros escritos que de algún modo intentan evidenciar si el interno ha dado cumplimiento regular a los reglamentos carcelarios a los que hace mención el párrafo primero del art. 13 del Código Penal, que se caracterizan por ser un compendio de normas destinadas a regular cuestiones tales como la disciplina, el trabajo y la educación que se desarrollan dentro de las unidades carcelarias que forman parte de los diversos servicios penitenciarios, y se encuentran íntegramente dirigidas a la comunidad carcelaria que las compone, siendo un conjunto de pautas de comportamiento social que la propia ley de ejecución penal prevé, a los fines de establecer los lineamientos generales que deben imperar con el objeto de ordenar u organizar la convivencia carcelaria.

Frente a ello, la valoración que deben efectuar los magistrados encargados de disponer o rechazar la libertad condicional requerida por un determinado condenado debe traducirse en una interpretación objetiva de sus contenidos, carente de toda percepción vinculada al pasado del requirente, su "peligrosidad" o la naturaleza del hecho por el cual ha sido penado.

Como enseña el Dr. Celesia, "aquéllos no dejan de ser más que informes administrativos emitidos por el Servicio Penitenciario a los fines de ilustrar el comportamiento que ha tenido el penado durante su período de encierro, y siendo que las leyes de ejecución penal nacional y provincial se encuentran enroladas en los llamados programas mínimos de readaptación social, es decir, que tienen como objetivo lograr que los condenados puedan vivir en sociedad respetando los bienes jurídicos ajenos, no debe perderse de vista que este instituto tiene que ejecutarse con miras a satisfacer la obligación inherente del Estado de garantizar que las penas privativas de libertad posean el efecto menos desocializador y deteriorante posible".⁽⁴⁾

En igual sentido, y con relación al informe criminológico que debe emitir el cuerpo especializado de peritos de las diversas unidades carcelarias (que pese a haber sido estatuido y creado normativamente, aún carece de implementación efectiva en los servicios penitenciarios), corresponde demarcar que no sólo no se da cumplimiento al mandato legal, toda vez que no ha sido creado el cuerpo interdisciplinario dispuesto por la Ley de

(4) TCPPBA, Sala II, causa N° 37.640, caratulada "González Martínez, David Alejandro s/ recurso de casación, registro de presidencia N° 165/2010, del 18/02/10, voto Dr. Celesia, adhesión Dr. Mancini.

Implementación y Organización del Proceso Penal Oral⁽⁵⁾ sino que, además, en muchas oportunidades resultan incoherentes o incompatibles con lo informado por el director de la unidad a la que el interno pertenece.

Tan endeble información, cuya carencia veda a los jueces la facultad de otorgar el beneficio por mandato legal, es la que debe necesariamente evaluar y examinar el juzgador a la hora de ponderar el otorgamiento de la libertad condicional del interno peticionante condenado a pena perpetua, quien queda a merced de la inteligencia interpretativa del juez a quien requiere la libertad anticipada.

En este entendimiento, el fracaso reiterado de la solicitud de libertad condicional o la revocación de dicho beneficio por las razones previstas en el art. 15, por ejemplo, podrían llegar a justificar, en determinados casos, que la pena perpetua supere los cuarenta y cinco años que prevén, en su interpretación conjunta, los arts. 13 y 16 del Código Penal, lo que resulta inconstitucional; ello sin entrar a considerar qué sucede en los casos de los condenados por el art. 52 del mentado cuerpo normativo.

Por lo demás, con relación a lo establecido en el art. 14 del Código Penal, frente a la imposibilidad legal de otorgar a los reincidentes la libertad condicional y, en el mismo sentido, a los sujetos que configuran con sus conductas disvaliosas los tipos penales de los arts. 80, inc. 7, 124, 142bis, antepenúltimo párrafo, 165 y 170, antepenúltimo párrafo conforme ley 25.892, pese al enorme esfuerzo interpretativo y sistemático que grandes juristas efectúan cada día a fin de poder concederles el beneficio liberatorio que por imperio de lo normado en los tratados internacionales corresponde, lo cierto es que la prohibición permanece literalmente vigente, al igual que la pena de prisión perpetua, pues de ese modo lo establecen los artículos cuya escala penal no ha sido derogada, aunque en la *praxis* jurídica los magistrados se aparten de la literalidad de dichas normas.

En ese marco, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires ha sostenido que "impedir al condenado a prisión o reclusión perpetua y también declarado reincidente, la posibilidad de acceder en algún momento a la libertad, importa negar (a través de una presunción *iuris et de iure*) que la ejecución de la pena pueda surtir efecto resocializador en

.....

(5) D'ALESSIO, ANDRÉS JOSÉ, *Código Penal de la Nación, comentado y anotado*, t. I, FEDYE, 2009, p. 148.

la persona del delincuente, impidiéndole absolutamente reintegrarse a la sociedad; vulnerándose derechos fundamentales del ser humano".⁽⁶⁾

Si partimos de la base de que la prisión perpetua es contraria a los postulados que demarcan los principios de humanidad, resocialización, proporcionalidad, culpabilidad y legalidad, y que en realidad nada tiene de perpetua, pues equivale al cumplimiento efectivo en prisión de un período de treinta y cinco años conforme la normativa vigente, y que se extinguirá culminado el plazo de diez años que comienza a correr en el momento en que se otorga el beneficio de la libertad condicional, todo ello bajo la supervisión del órgano jurisdiccional pero, como se ha dicho, previo estadio satisfactorio en la unidad de detención por parte del condenado, evaluación que queda supeditada a la administración de la unidad carcelaria de la que dependa, entonces las incertidumbres que se generan son varias.

Si por mandato internacional la pena perpetua resulta contradictoria de diversas garantías aseguradas a todo justiciable, y el Estado argentino ha ratificado e incorporado dichos compendios normativos al sistema legal vigente, ¿por qué todavía subsisten en nuestro Código de fondo tipos penales que establecen dicha escala penal?; si nuestra Nación defiende los postulados establecidos por el principio de legalidad, reconocido en el art. 18 de nuestra Ley Fundamental, ¿sobre qué razonamiento legítimo se sustenta el hecho de depositar en cabeza del servicio penitenciario actual, con todo lo que ello implica, la elaboración de informes que, conforme el resultado que arrojen, permitirán al condenado a prisión perpetua acceder al beneficio de la libertad anticipada?; si nuestro Estado permanentemente postula que el fin de toda pena privativa de la libertad debe ser la resocialización de los condenados, entonces me pregunto ¿no debería ser otorgada la libertad condicional aún frente a la carencia de los informes mencionados precedentemente, toda vez que la no reinserción del condenado, luego de treinta y cinco años de prisión efectiva, es responsabilidad del propio Estado argentino que fracasó, y por ende, de todos los ciudadanos que lo conformamos?.

Seguiré pensando en ello y puede que, con la ayuda de los grandes maestros del derecho penal que interpretan las leyes con un sentido de legalidad admirable, pueda obtener alguna respuesta para las dudas que me aquejan.

.....

(6) SCJBA, P. 84.479: "G., A. F. s/ homicidio y otros". *Incidente de libertad condicional*.

Por lo demás, resulta imperioso, si lo que se pretende es continuar perteneciendo al conjunto de naciones que rigen su derecho interno conforme el sistema de codificación, adecuar la normativa vigente a fin de que resulte coherente y sistemática en todos sus postulados.

Para ello y por ello deberá trabajar el Parlamento, con la intención inagotable de salvaguardar los principios de humanidad, legalidad, culpabilidad y debido proceso penal, que tan bien han asegurado la vigencia de nuestro estado de derecho.



Bibliografía

- BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal, parte general*, Bs. As., Hammurabi, 1999.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, *Lineamientos de la teoría del delito*, Bs. As., Hammurabi, 1994.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, *Las bases institucionales de la política criminal española en los últimos treinta años. El principio de legalidad como tarea inconclusa*, en *De las Penas. Homenaje al Profesor Isidoro De Benedetti*, Bs. As., Depalma, 1997.
- BERGALLI, ROBERTO y BUSTOS, JUAN, *El poder penal del estado, Homenaje a Hilde Kaufmann*, Bs. As., Depalma, 1985.
- BUJÁN, JAVIER ALEJANDRO y FERRANDO, VÍCTOR HUGO, *La cárcel Argentina. Una perspectiva crítica*, Bs. As., Ad-Hoc, 1998.
- CARRIO, ALEJANDRO, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Bs. As., Hammurabi, 2002.
- D'ALESSIO, ANDRÉS JOSÉ, *Código Penal de la Nación, comentado y anotado*, t. I, FEDYE, 2009.
- DE LA RUA, JORGE, *Código Penal Argentino. Parte General*, 2º ed., Bs. As., Depalma, 1997.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 4ta. ed., traducción de Perfecto Andrés Ibañez y otros, Madrid, Trotta, 2000.
- FUEERBACH, ANSELM V., *Tratado de derecho penal*, Traducción Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Bs. As., Hammurabi, 1989.
- FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Bs. As., Abelebo-Perrot.
- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, *Estudios Penales*, Barcelona, Bosch, 1984.
- GÓMEZ, EUSEBIO, *Tratado de Derecho Penal*, t. I, Bs. As., Compañía Argentina de Editores, 1939.
- GÓMEZ, EUSEBIO, *Leyes penales anotadas*, t. I, Bs. As., Ediar, 1952.
- JAKOBS, GÜNTER, *Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.

- JAKOBS, GÜNTER, *Derecho Penal, parte general*, Madrid, Marcial Pons, 1997.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de derecho penal, parte general*, Barcelona, Bosch, 1981.
- LANGVIN, JULIÁN HORACIO, *¿Treinta años de prisión?, sobre la duración máxima de las penas temporales de prisión y reclusión en el concurso material de delitos*, Bs. As., La Ley, t. 1997-B, Sección Doctrina.
- MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal, Fundamentos*, t. I, Bs. As., Editores del Puerto, 2002.
- MARCHIORI, HILDA, *El estudio del delincuente. Tratamiento penitenciario*, México, Porrúa, 1982.
- MIR PUIG, SANTIAGO, “Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho”, en *Política Criminal y Reforma del Derecho Penal*, Colombia, TEMIS, 1982.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, parte general*, Bs. As., BdeF, 2004.
- NUÑEZ, RICARDO, *Las Disposiciones Generales del Código Penal. Parte General*, Córdoba, Marcos Lerner, 1988.
- NUÑEZ, RICARDO, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. II, Córdoba, Marcos Lerner, 1988.
- ROXIN, CLAUS, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Bs. As., Hammurabi, 2002.
- SANCINETTI, MARCELO A., *Teoría del delito y divisor de acción*, Bs. As., Hammurabi, 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del Derecho Penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2da. ed., Bs. As., BdeF, 2006.
- SOLER, SEBASTIÁN, *Derecho Penal Argentino*, Bs. As., Tea, 1992, t. II.
- STORNINI, NATALIA S., *La reclusión perpetua por tiempo indeterminado, art. 52 CP (abandono del precedente Sosa CSJN)*, Política Criminal, Derechos Humanos y sistemas jurídicos en el siglo XXI, Bs. As., Depalma, 2001.
- YACOBUCCI, GUILLERMO J., *El sentido de los principios penales*, Bs. As., Ábaco, 2002.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALACIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal Parte General*, 2da. ed., Bs. As., Ediar, 2002.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *El máximo de la prisión en el derecho vigente*, Bs. As., La Ley, t. 2010-C, 2010.

LEYES

LEY 24.660, Ejecución de la pena privativa de la libertad, sancionada el 19 de junio del año 1996, promulgada el 8 de Julio del año 1996.

LEY 12.556, de Ejecución Penal Bonaerense, promulgada por decreto N° 38 de fecha 19/01/99 y publicada en el Boletín Oficial del día 25/01/99; texto actualizado con las modificaciones introducidas por las leyes 12.543, 13.177, 13.254, 13.710 y 13.892.

Relaciones del Derecho
Penal Sustantivo
y del Derecho Procesal
Penal en la enseñanza
universitaria



Conferencias



Derecho Penal entre el aula y el estrado

RICARDO CARLOS MARÍA ÁLVAREZ



1. Introducción

“No todo cuanto sostengo en la cátedra ante mis alumnos puede ser fundamento de aquello acerca de lo que me viene urgido decidir”, solía sintetizar un amigo, académico y juez, cuando yo le enrostraba alguna discrepancia de ocasión entre ambos desempeños. El alumno y el justiciable parecían, según dicha visión, integrados en audiencias enfrentadas. El primero, aguardando que le expliquen el derecho; el otro, que lo apliquen.

Han pasado muchos años desde aquel comentario y, como entonces, aún sigue pareciéndome objeto de sorda adhesión entre muchísimos colegas universitarios, de un modo que acaba ya suscitándome demasiada inquietud como para no someterla a crítica en un ámbito como éste.

Si alguien lograra acaso confirmar que el discurso de la academia no tendría que precipitar de modo forzoso en el texto de un escrito judicial, entonces resultaría no menos inevitable preguntarnos por el verdadero sentido de nuestro magisterio.

Una ligera mirada a buena parte de la jurisprudencia, incluyendo en el concepto a las intervenciones de fiscales y defensores, parecería confirmar aquella simpática pero grave aserción que dejara deslizar mi malhadado amigo.

En rigor, la sentencia popular lematiza algo que marcha en una línea similar: los jueces deben ser probos; si saben derecho, mejor. Dejo a un lado, por ahora, la sorprendente desconexión entre las virtudes implicadas en dicho latiguillo. Sólo anticipo que no puede haber probidad cuando hay ignorancia. Aun cuando modifiquemos parcialmente el enunciado, reemplazando el adjetivo probo por honesto, del mismo modo no me resultaría sencillo reconocerlo como concurrente respecto de quien, a sabiendas, juzga sin conocer el derecho.

Pienso, por otro lado, y sin pretender involucrarme en categorías de filosofía de la ciencia, que si cuanto profesamos no cuenta con suficientes chances de alumbramiento práxico, enfrentamos un serio problema de legitimación.

Podría sin embargo, partirse de una hipótesis que nos aliviaría de semejante desafío: considerar que de cuanto nos ocupamos constituye más bien un arte, al que cultivamos sólo por afán especulativo, sin exigirnos alcanzar resultados de impacto social validatorios. El costo sería, en este caso, demasiado alto: es bueno sentirse parte de un espacio científico y no de otro de diletantes. La cuestión radicaría, luego, en ser consecuentes con la preferencia.

No faltarán quienes distingan cuánto significa enseñar Derecho Penal, antes de disponerse a emitir un juicio acerca de la cuestión.

Así, se suele señalar que la ejercitación de *lege lata*, básicamente la que se incluye en el apartado general de nuestro saber, debería ser capaz de estimular de modo constante la reflexión para hacer asequible el discurso del legislador en su correspondencia con el propio del constituyente, tanto como la dimensión de *lege ferenda* el permitirnos hacerlo en servicio de misiones críticas, confiando resulten escuchadas en alguna instancia parlamentaria.

Nadie que pretenda caracterizar como científica su ocupación estaría dispuesto a conceder que su rendimiento sólo puede aspirar a excitar cabezas recepticias como objetivo excluyente, desentendiéndose de otras consecuencias.

Como bien nos consta, el sistema de imputación obliga a esfuerzos teóricos que suelen tomar distancia de un concreto derecho positivo, al procurar desentrañar —en nuestro entorno de cultura jurídico— su sentido y orientación supra-legal, sin escamotear —por supuesto— el cometido crítico.

Pero si ello es así, deberíamos estar en guardia contra quienes —todavía— piensan que la mejor explicación de un determinado instituto de derecho material debe ceder ante la palabra del legislador, y que ello debería resultar dirimente cuando es precisamente dicha palabra la que se reclama para una concreta toma de decisión ante un conflicto.

Pues si esta hipótesis fuera bienvenida, seguramente habría de serlo en nombre de un malentendido que no lograría ocultar su sentido circular: la teoría del delito es una paráfrasis del buen hablar jurídico penal, cuando no el conjunto de reglas de su gramática. Por supuesto que resulta ser la sociedad quien define el lenguaje.

Posiblemente, la fascinación positivista de cuño literal ejerce todavía un predominio acaso opalescente, pero poderosamente apto para arrumbar el esfuerzo teórico conceptual fuera del núcleo literal que aquella palabra expresa.

El tratamiento de los casos concretos concita inmediatamente la evocación de enunciados superficiales, en el sentido de su captación literal, no de su significado. La llamada de la norma secundaria se formula de modo explícito a quien deba obedecerla. Sin embargo, los presupuestos sobre los que se asienta el deber emitido, comunicados de modo implícito en los tipos particulares de la ley penal, sólo pueden asumirse como concurrentes mediante el auxilio del sistema conceptual. No se trata sólo de leer, sino de comprender.

Ningún arresto siquiera inconsciente del positivismo debería llevarnos tan lejos como para concentrarnos exclusivamente en meros procesos de subsunción. El relevamiento del deber consistente en imponer una consecuencia jurídica, no puede concluir sólo con la contemplación de un hecho y su adecuación. Definir los alcances del riesgo que aquél comunica, y todo el capital conceptual de los escalones del ilícito y la culpabilidad, no merecen sucumbir ante la mera constatación de que “algo” relevante ha sucedido, junto a la aplicación de reglas de esclarecimiento que permitan legítimamente definirlo siguiendo intuiciones.

Existen modos de pensar en el mundo del derecho que atinan sólo propuestas críticas, bajo el referente de un determinado ordenamiento constitucional. Posiblemente en ello estribe parte de la diferencia entre enseñar la Ciencia del Derecho Penal, de hacerlo con relación al Derecho mismo.

La transferencia de los conocimientos adquiridos en el aula hacia el estrado, no debería ser objeto de una reconfiguración aplicativa. Sí, pese a todo, se juzgara indispensable intermediar entre uno y otro extremo mediante hiatos de aproximación y acoplamiento, con ello se probaría que la emisión del saber no ha sido capaz de abarcar la dimensión práxica para la cual se concibe todo concepto teórico que, al menos, no sea puro.

Siempre que se difunden cursos o talleres de capacitación para operadores jurídicos, y mientras no se tratase de los momentos de inevitable actualización del saber, se habrá con ello puesto en evidencia la insuficiencia del conocimiento antes adquirido, el que sólo debiera provenir, en su perspectiva integral y exhaustiva, de la enseñanza universitaria.

Para lograrlo, se debería tomar distancia —también— del parcelamiento epistémico que recluye en apartados autónomos a las dos perspectivas del mismo Derecho Penal. El llamado sustancial como esquema estático, del denominado procesal penal, vale decir, simplemente el mismo Derecho Penal en acto.

Con las excusas a Hart, no creo que las normas del derecho procesal fuesen autónomas con relación a las del llamado derecho material.

Como ya he dicho en otro lugar, todo esfuerzo regulativo o estabilizador que permanezca cautivo de su abstracción, acabaría exponiendo las normas llamadas materiales al riesgo cierto de perjudicar su sentido. Que la formulación hipotética de aquéllas constituya una exigencia lingüística, no significa que su regencia deba permanecer recluida en el solipsismo de los conceptos teóricos, extraña a la vida social. La dimensión aplicativa de esas mismas normas, es algo que no debiera serle sustraídas para un modelo que pretenda lograr coherencia y racionalidad. Las normas del derecho penal habrían de regir en el mundo de los conceptos, mientras la vida social debería aguardar su posible infracción para convocar a otras encargadas de “actualizarlas”.

El derecho material y el procesal han procurado adquirir por su lado las fortalezas que parece prometer la autonomía. Así, el sistema conceptual del derecho penal se ha reconcentrado en la teoría del delito, del mismo modo que el derecho procesal, aun con vacilaciones, ha procurado el sostén de muchas de sus instituciones en una teoría general del proceso con resultados no siempre plausibles, en atención a la distinta naturaleza asignable a las instituciones procesales generales con relación a los requerimientos propios del procedimiento criminal.

Todavía, siquiera en nuestro ámbito académico se imparte la enseñanza de las normas materiales y de las del derecho procesal con arreglo a currículas autónomas, como si fuese inobjetable que las unas y las otras (si bien complementarias) merezcan reconducirse en paralelo a sendos sistemas de fundamentación sobre objetos de conocimiento autoreferenciales o, en el mejor de los casos, apenas vinculados por un adjetivo.

Según este modo habitual de proponer la cuestión, la decisión general de convertir la realización de ciertas conductas en candidatas al castigo de quien la ejecute, debe distinguirse radicalmente de aquella otra consistente en definir si, la históricamente ocurrida, pertenece o no al bloque que reúne tales abstracciones. Si le damos la palabra a la gramática, posiblemente nos devolverá dos proposiciones que sintetizan ambos quehaceres. El “qué” castigar bajo pena debería, según ella, regir la esfera material del delito, en tanto que el “cómo” lograrlo aportaría una explicación alusiva al ámbito del procedimiento. Sin embargo, y como intentará ser demostrado, la definición del qué viene influido por las posibilidades —el cómo—, mientras que éste último reclama del primero su propio sentido operativo.

Posiblemente, se concedería que ello, sin dejar de ser correcto, no constituye un argumento en favor de la integración disciplinar, sino —antes bien— un presupuesto indispensable para generar un diálogo valorativo entre los interlocutores de ocupaciones distintas.

La equidistancia epistémica y, consiguientemente, curricular que mantienen el Derecho Penal y el Procesal Penal, constituye un modo tan tradicional como esquivo de explicar un mismo conflicto desde distintos puntos de vista, arrogándose mutuamente “soluciones” de sector en desmedro de su propia unidad conceptual y, como su derivado, de la mayor racionalidad que su elaboración merece. El cometido de las normas del derecho penal no se agota simplemente en describir exhaustivamente el grupo de acontecimientos que perturban socialmente. Antes bien, cabe suponer que la directiva impartida a los jueces de castigar a quienes así obrasen, admite ser descompuesta en sub reglas orientadas a individualizar la existencia del deber que, sobre aquéllos, recae. La comprobación de dicha norma y del correlativo deber que presupone, sólo se mostraría viable merced al tránsito que el “aparentemente” obligado a castigar tendría que iniciar por diversos momentos internos de verificación, cuya conjunción se denomina “proceso penal”.

En pocas palabras, la “reconstrucción” del hecho punible que suele mentarse usualmente como objetivo del proceso criminal, sólo resultaría una expresión adecuada al objeto; no a su valoración. Respecto de esta última, el proceso y sus vicisitudes deberían sincerar su innegable cometido “constructivista”.

Pero, para no alejarme ya hacia los confines de una introducción cuyo núcleo procura meras aproximaciones, concluyo aclarando que nadie dudaría de que el entrenamiento físico de un deportista resulte indispensable, aun cuando en ocasión del torneo correspondiente deba seguir las correspondientes reglas. Durante el *match* no hay entrenamiento, sólo un tiempo acotado para alcanzar el objetivo de la victoria. Sin embargo, sin entrenamiento seguramente no se podrá jugar.

Llevados a este punto, destaco: nada de cuanto se pontifica en el aula puede mostrarse como un producto digno del saber transmisible sino es capaz de entrenar a la magistratura en general para ganarle a la arbitrariedad, cuando se disputa el juego de una decisión social.

No advierto una alternativa a la indispensable articulación entre academia y realidad, si es que —como se presume de todos nosotros— pretendemos honrar nuestro quehacer mediante un sentido que reniegue de la frivolidad y del exclusivo solaz estético.

Entre el aula y el estrado no deberían existir abismos. El uno no tiene sentido sin el otro.

Hoy no será posible escuchar su voz replicándome. Créanme que, aunque mucho menos que su ausencia, tras lo dicho, lamento no poder negarle otra vez en la cara al entrañable Enrique G. V., inspirador de estos encuentros, su razón en este punto.



Ponencias



Enseñar en el siglo XXI

GRACIELA ELIZABETH GÓMEZ⁽¹⁾

*“Es necesario desarrollar una pedagogía de la pregunta,
siempre estamos escuchando una pedagogía de la respuesta.
Los profesores contestan a preguntas que los alumnos no han hecho”*

Paulo Freire



1. Introducción

Los tiempos han cambiado, las instituciones educativas están en crisis, dejaron de ser funcionales para la sociedad en la que están insertas y, fundamentalmente, la realidad en la cual surgieron fue totalmente distinta a la actual, situación que demanda un replanteo de los procesos de producción, distribución social y uso del conocimiento.

Esta sociedad tiene distintos desafíos para la educación: la rapidez con que se genera y difunde el conocimiento, el acelerado desarrollo tecnológico y su impacto en la vida cotidiana, la globalización como una realidad de la que se es parte, donde la interdependencia marca la pauta para la búsqueda de nuevos vínculos en todos los niveles (local, regional, nacional, internacional) exigen un acercamiento a la realidad que permita su comprensión en tanto fenómenos interconectados, en cuanto diversidades planetarias convergentes que a la vez afirman sus identidades locales o regionales.

Si pensamos en la educación como el proceso social mediante el cual se van formando las nuevas generaciones, a partir de los rasgos culturales

.....

(1) Universidad Nacional del Nordeste. UNNE.

propios de su contexto y sociedad particular, podemos reconocer en cada proyecto educativo las intenciones y finalidades que cada institución le ha marcado.

En este encuadre, las currículas, como eje estructurante de las instituciones educativas, enfrentan graves problemas, pues los formatos imperantes parecerían que resultan hoy disfuncionales respecto a los nuevos desafíos que la sociedad le demanda al sistema educativo, especialmente al nivel universitario.

El desafío central hoy es complejo: es necesario concebir y propiciar el desarrollo de nuevos modelos curriculares donde el eje central sea la creación de capacidades humanas, técnicas e institucionales para llevar adelante las nuevas misiones en un contexto social incierto y cambiante.

Hoy son otras las condiciones que presiden el desarrollo de las sociedades contemporáneas y estas nuevas condiciones quebraron los modelos de organización tayloristas —que se trasladaron incluso a las escuelas— de modo que el tipo de gestión burocrática basada en la obediencia ya no está a la altura de las circunstancias.

El control contemporáneo se basa en nuevas tecnologías que permiten superar los límites clásicos. La sujeción física o temporal tiende a reconvertirse otorgando grados de libertad y capacidad de toma de decisiones al individuo. Esto es así tanto en las organizaciones educativas como en las empresariales y de la producción. Las NNTT de los sistemas de información y comunicación permiten esta libertad. En lo educativo: currícula por proyectos, educación informal, abierta, a distancia, virtual.

Estos cambios se observan en la gestión institucional, pero también en las mentalidades, las capacidades y las actitudes de los agentes. Hoy se trata de reconocer diferencias y valorarlas, romper con la escuela graduada, atender personalmente respetando tiempos, intereses y ritmos de aprendizaje. Hoy una organización es concebida como inteligente cuando el disciplinamiento es trabajado con reglas *ad-hoc* para cada situación en particular. Se premia y castiga por resultados y existe flexibilidad. Hoy estamos insertos en lo que los filósofos dan en llamar: la sociedad del control, la que se condice con una didáctica constructivista, cuyos principales referentes podemos encontrar en Piaget, Vigotsky, Ausebel, Bruner, entre otros, que consiste en un método y técnica de enseñanza en la que el alumno construye su conocimiento a través de la interacción con el

entorno social, cultural y natural. El rol del alumno es el de protagonista insustituible de su conocimiento a través de un aprendizaje activo, donde se prioriza la dinámica grupal abierta y flexible. El educador actúa como mediador entre los contenidos y la comprensión de los educandos, como coordinador, como líder social, proporcionando todas las ayudas necesarias para que el alumno progrese en sus propios saberes.

Este nuevo modelo pedagógico, influenciado fuertemente por las TICs, produce una cultura *net-web* que exige un nuevo paradigma educativo caracterizado por ser pluripersonal, pluridimensional, multiétnico, tecnológico, flexible, colaborativo e interaccionista.

De este nuevo paradigma educativo no escapan el derecho penal y procesal penal, ya que también reciben el impacto de estas innovaciones.

2. Relaciones entre derecho penal y derecho procesal penal

En el plano de los principios es absolutamente indiscutible que las bases políticas del Estado argentino se hallan contenidas en la Constitución Nacional. Por el orden de prelación de leyes establecido en el art. 31 de nuestra ley fundamental, todo el ordenamiento jurídico del Estado debe necesariamente adecuarse a ella. El sistema penal, conformado por el derecho penal, el procesal penal y la ejecución penal, no puede escapar a este principio, por lo que ineludiblemente debe responder a los parámetros constitucionales.

Alberto Binder destaca la estrecha relación que existe entre el derecho penal y el derecho procesal penal como corresponsables de la configuración de la política criminal y como ejes estructuradores del "sistema penal" o "sistema de justicia penal".

Claus Roxin explica que "la relación del Derecho procesal penal con el Derecho penal material es mucho más estrecha que en los demás derechos procesales". Bajo los aspectos conductores de la política criminal, las regulaciones de ambos están en una relación necesariamente complementaria.

El derecho penal y el derecho procesal penal, como ejes estructuradores del sistema penal, son corresponsables de la configuración de la política criminal del Estado; pero es el derecho procesal penal, como derecho realizador, el que debe reglar las garantías delineadas en el sistema constitucional. Estas garantías, al mismo tiempo que limitan el poder punitivo

estatal, tienen la finalidad de dar una respuesta al conflicto social en el cual reside la imputación penal.

Así, el derecho procesal penal, dentro del marco que le fijan la Constitución y los Tratados incorporados a ella art. 75 inc. 22, regulan en forma conjunta con el derecho penal el poder punitivo del Estado. En este sentido, el derecho penal definirá en abstracto los comportamientos punibles, la pena que merecen y las causas que pueden excluir o modificarla, y el derecho procesal determinará las condiciones que deben observarse para que la sanción se aplique legítimamente, fijando los requisitos de quien y como, que deberán satisfacerse para intentar acreditar y poder dar por acreditada la existencia concreta de un hecho delictivo así como la participación culpable del acusado, y en caso afirmativo, imponerle y hacerle cumplir la sanción que corresponda.

Dicho de otro modo, al ser dos niveles o secciones del sistema penal considerado como un todo, no es posible pensar el derecho procesal penal prescindiendo del derecho penal. La consideración conjunta de ambas disciplinas es insoslayable porque ambas, dentro del marco que les fija a cada una la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales incorporados al mismo nivel (art. 75, inc. 22 CN), se ocupan del poder penal del Estado: el derecho penal definirá en abstracto qué conductas son punibles y qué pena merecen, y el derecho procesal fijará las condiciones para que la pena pueda aplicarse en un caso concreto.

Apreciar la **intimidad** de esta relación es fundamental, pues inevitablemente el proceso penal tendrá que adecuar sus estructuras a las disposiciones expresas y a los principios inspiradores del derecho penal en cada lugar y movimiento histórico determinados.

Se advierte en estos días con especial claridad una evolución desde el concepto de delito mirado solo como un conflicto legal entre un ciudadano y la ley penal hacia un concepto de delito mirado también como un conflicto humano entre autor y víctima, que potencia la intervención de ésta en su resolución y va asignando al derecho penal un rol social diferente al puramente punitivo.

Se ha dicho que el derecho penal "no le toca al delincuente ni un pelo" (Beling), pues la pena que éste debería sufrir se encuentra solo en las páginas de los códigos y "el mundo de los criminales puede burlarse de los parágrafos que solo viven en el papel, hasta tanto el derecho penal no actúe realmente".

Únicamente el derecho procesal permitirá la realización del derecho penal para que pueda así “tocarle el pelo” al culpable. Aquel es, desde tal perspectiva, un instrumento imprescindible e insustituible para la pretensión de realización de éste.

Esta condición configura en realidad una sustancial limitación a la realización del derecho penal, pues el derecho procesal opera como un verdadero obstáculo a la aplicación directa de la pena: no hay pena sin proceso previo (art. 18, CN). Y éste debe además, reglamentar, dándoles vida práctica, a las normas constitucionales que establecen un plexo de derechos y garantías a favor del individuo que, por sospechárselo autor de un ilícito sufre el intento estatal para someterlo a la pena que corresponda, disponiendo que esto no podrá lograrse a cualquier precio, sino sobre la base de la demostración de culpabilidad, lograda sin desmedro de su dignidad personal y derechos. En este sentido, la Constitución y los pactos internacionales incorporados (art. 75 inc. 22, CN) establecen condiciones para imponer una sanción, que deben reflejarse en el proceso penal.

Como consecuencia de que el derecho penal no puede aplicarse sin proceso previo (art. 18 CN), el derecho procesal debe permitir la canalización de la prestación penal emergente de la noticia de la comisión posible de un delito, y garantizar que los tribunales competentes puedan resolver sobre su fundamento fáctico y jurídico e imponer la pena que corresponda.

El proceso tendrá que regularse de modo tal que permita su puesta en marcha frente a la afirmación, que deberá estar razonablemente fundada, de que se ha cometido el delito; y que en su desarrollo los órganos de la acusación puedan demostrar su existencia, sus circunstancias penalmente relevantes, las relaciones con la fijación de la pena y lograr la individualización de los partícipes, todo para lograr la condena de los culpables.

En otros términos, el derecho procesal debe permitir que la actividad de persecución penal se desenvuelva hasta lograr el dictado de una sentencia definitiva, en la cual se decida si existe en el caso concreto la posibilidad de sancionar un culpable, garantizando en caso afirmativo que la pena pueda ser cumplida efectivamente.

Pero así como debe instrumentar la realización mediata del derecho penal, el proceso penal no puede ser concebido ni funcionar en la práctica como una pena. Además de la equivocada percepción vulgar sobre que el proceso es la primera parte del castigo por un delito cometido, don-

de mejor se advierte el propósito de realización anticipada del derecho penal durante el curso del proceso es en el área de la coerción procesal y, más precisamente, en la relacionada con el encarcelamiento del imputado, que se suele adoptar indebidamente como una forma inmediata y ejemplarizante de pena.

El principio de inocencia exige que mediante la tramitación del “juicio previo”, la restricción del derecho de libertad del imputado sea excepcional y solo puede justificarse cuando sea el único modo de resguardar el interés por la verdad y la justicia. No podrá ser un comienzo de pena anterior a la sentencia.

Hay que enfatizar que, en virtud de su carácter reglamentario de las garantías constitucionales, el derecho procesal operará como un condicionador de los modos para procurar y lograr la satisfacción de la pretensión del Estado.

Es por eso que se debe proscribir toda clase de “maquiavelismo”, entendido como intento de justificar la utilización durante el proceso de medios contrarios a la Constitución o la ley, fundados en su idoneidad para satisfacer el fin de lograr la realización del derecho penal. Este aspecto tiene especial incidencia en el ámbito de la actividad probatoria y se relaciona, por un lado, con el respeto al derecho del imputado a mantener, sin que lo perjudique, un comportamiento procesal pasivo; y, por lo tanto, con los medios de prueba, que si bien en principio no admiten limitaciones en cuanto a su selección y utilización —por la libertad probatoria—, no pueden trasponer el marco ético político que proporcionan las garantías constitucionales y su relación procesal.

Pero también hay limitaciones que por imperio de la Constitución, el derecho penal le impone al derecho procesal. Desde esta perspectiva, el derecho penal condiciona al derecho procesal estableciendo el requisito mínimo para la iniciación y subsistencia del proceso penal: este solo podrá iniciarse y desarrollarse fundado en la posible comisión de un hecho delictivo, definido como tal por la ley antes de su acaecimiento. Y siempre que se encuentre vigente, que no se haya extinguido la posibilidad de perseguirlo. Es decir que ni la autoridad pública encargada de la persecución penal —policías y fiscales—, ni la encargada de juzgar y aplicar la pena —los jueces— podrán ejercer sus poderes sin invocar razonablemente como sustento de su ejercicio una posible infracción a la ley penal que es la proyección procesal del principio de legalidad penal.

En consecuencia, si el derecho penal establece los presupuestos de la punibilidad, los requisitos para la renuncia a esa punición, describe las especies de penas y las escalas penales, y el derecho procesal establece las normas a seguir para poder investigar y establecer la punibilidad de una conducta y el monto de la pena, es oportuno acentuar que no es conveniente una separación demasiado estricta entre el derecho material y el adjetivo; es más, me atrevería a decir que es imposible tal separación ya que ambas ramas configuran sin dudas una unidad política jurídica con fines comunes y, aunque las funciones sean distintas, ambas son dependientes entre sí para la realización de la política criminal del Estado.

El derecho penal y el derecho procesal penal no pueden pensarse aisladamente: uno depende del otro y ambos son parte integrante de un todo, de un sistema que, para que funcione como tal, debe armonizarse, complementarse y coordinarse en sus fines y en sus funciones. Sin embargo, la legislación en general, la enseñanza de ambos derechos y la bibliografía siguen esta línea diferenciadora, como si se tratara de dos disciplinas sin ningún tipo de relación.

No podemos soslayar que esta diferencia es relativamente moderna ya que arranca tan sólo en el siglo XIX, con las codificaciones nacionales que empezaron a regular las materias en forma separada, pues con anterioridad a través de la historia siempre se encontraron reguladas en un solo cuerpo. Esa separación se profundiza aún más en nuestro país por la competencia legislativa del órgano que sanciona el código penal por un lado y las leyes procesales por la otra.

La certeza de que no puede llevarse a cabo una política criminal pensando exclusivamente en el derecho penal ignorando las instituciones procesales, ha obligado a muchos penalistas a volver su mirada hacia el proceso, otorgando a las instituciones procesales una ubicación dentro del sistema jurídico penal, actitud que es receptada con beneplácito por la doctrina procesalista, como así también por la inclusión del tema 3) de este X Encuentro de Profesores de Derecho Penal.

Además de lo expuesto *up supra*, debo destacar que el derecho penal positivo íntegro, sin distinguir entre principal y accesorio, está hoy complementado y corregido por la CN y los TIDH, lo que impone que los preceptos jurídicos penales deban ser releídos junto a este bloque de constitucionalidad federal para poder ser manejados en forma racional.

Así, la normativa supranacional incorporada a la CN hace expresas, ratifica y amplía los alcances de muchas de las garantías concedidas exclusivamente al acusado y, aunque tradicionalmente se las ha dividido en garantías procesales y penales, desde esta nueva perspectiva sistémica del derecho penal, se acrecienta la tendencia a considerarlas como un todo, agrupadas por su común finalidad de limitar el poder penal del Estado ya que ambas clases actúan o funcionan como directivas o prohibiciones hacia el Estado, indicándole cuándo y cómo podrá condenar a una persona a cumplir una pena y cuándo y cómo no podrá.

Pero hay que destacar que como el derecho penal vive y se encarna en su actuación judicial, todas estas garantías procesales se combinan con las penales, influyéndose recíprocamente y estableciendo unas los alcances y contenidos de otras, para el más pleno efecto garantizador de cada una y del conjunto.

El derecho penal accesorio es tan importante como el derecho penal nuclear. La diferencia radica preferentemente en el grado de actualidad: en el derecho procesal se registra un cambio más rápido, pero precisamente porque este derecho demuestra y satisface necesidades rápidamente mudables del ciudadano.

3. Enseñanza del derecho penal y procesal penal en el siglo XXI

El derecho debe ser enseñado no desde el punto de vista literal de las normas sino que debe ser transmitido de forma tal que el futuro jurista se compenetre con la realidad cultural, social, psicológica, humana y ética.

Generalmente es enseñado a través de la escuela tradicional, es decir, a través de exposiciones magistrales del profesor con una participación activa del mismo que tiene como objeto de estudio la legislación y la doctrina y, en algún caso, con remisión a alguna literatura para profundizar o ampliar determinadas cuestiones. El rol del alumno es totalmente pasivo: se limita a escuchar y a tomar apuntes, convirtiéndose en un mero receptor de conocimientos.

En relación a las metas del estudio del derecho penal, la más importante es ver rápidamente y, en lo posible, con precisión dónde el derecho penal llega a ser práctico: el estudiante debe adquirir los conocimientos que lo forman para aplicar el derecho penal, o sea para aplicar el derecho por el "sí" de la punibilidad y por el "cómo" de la pena y de la medida.

El centro de gravedad de la formación en el ámbito penal radica en la enseñanza para la aplicación del derecho y a esto se dirige el objetivo de aprender desde el principio a investigar las circunstancias de hecho. Por último debería ser objetivo de estudio comprender los fundamentos del trabajo legislativo en el derecho penal y aprender a pensar en las categorías de la legislación.

Una observación incidental debe destinarse a las necesidades personales que pueden haber motivado el estudio del derecho y, en especial, del derecho penal.

Ahora, en relación a la enseñanza universitaria del derecho penal los problemas de la investigación de las circunstancias de los hechos y de la legislación pasan a segundo plano y el punto se centra en la preparación para aplicar el derecho penal.

Enseñamos el derecho procesal y el penal de manera diversa, según sea nuestra personal idea de su contenido y finalidad, idea determinada por lo que representan nuestras concepciones del derecho y del rol que desempeñan cada una de estas disciplinas.

La enseñanza no puede ser idéntica en todas las latitudes ya que las peculiaridades culturales, sociales, económicas, políticas de los países —y hoy, afortunadamente, de las regiones— determinan qué enseñar y cómo enseñar.

Por las razones de intercomunicación mencionada al principio de este trabajo, por la vinculación cada día más estrecha en que vivimos y por este creciente fenómeno entre nosotros, los países de esta parte de la América, de una sentida necesidad de identidad común, el hombre y sus derechos fundamentales son centro nuclear del proceso penal.

Más aún, luego de la incorporación a la CN de los principales TIDH y de situarlos a su mismo nivel (art 75 inc. 22) puede hablarse de un nuevo sistema constitucional que bebe de dos fuentes: nacional e internacional, cuyas normas no se anulan ni se neutralizan, se retroalimentan formando un plexo axiológico y jurídico de máxima jerarquía, al que debe subordinarse toda la legislación sustancial y procesal que se dicte en consecuencia (art. 31 CN), quedando también los jueces obligados a no omitir las disposiciones contenidas en los TIDH como “fuente de sus decisiones”, es decir, a sentenciar también en consecuencia.

Todo esto forma un verdadero bloque de legalidad que tiene como fundamento los atributos de la persona humana y emanan de su dignidad inherente. Estos derechos son reconocidos por el sistema constitucional que establece instituciones políticas y jurídicas que tienen como fin principal “la protección de los derechos esenciales del hombre”.

En síntesis, la enseñanza de nuestra temática debe estar direccionada a:

1. El Hombre como eje central;
2. La Democracia como forma de organización política;
3. La Libertad como atributo esencial del hombre y sustrato infaltable de la democracia;
4. La Solidaridad, colectiva e individual, estatal y privada, como forma de reacción exigida en favor de los desposeídos;
5. La Colectividad como sujeto y agente;
6. El Entorno ambiental como preferente objeto de atención;

Estos son los valores a cuya cautela apuntará principalmente el proceso del siglo XXI, por lo que deberemos organizarlo. Bregar por normas procedimentales que lo hagan idóneo para alcanzar tales finalidades es tarea para la dogmática, para la cátedra, para el legislador.

Paralelamente, deberemos ocuparnos de consignar los objetivos educacionales en función de los propósitos educativos y de seleccionar las actividades adecuadas para alcanzarlos, puesto que, en definitiva, la enseñanza del derecho penal íntegro toca temas que están de acuerdo con el modo de vivir humano concreto, con problemas que importan esencialmente a la convivencia social, presente y futura.

Un diagnóstico actual de la enseñanza universitaria del derecho penal íntegro o sistémico, vislumbra esencialmente dos posibilidades en este ámbito sobre la preparación para la aplicación del derecho, posibilidades que provienen primordialmente de la influencia del derecho penal germánico.

1) Se parte de casos concretos, en tales casos se puede mostrar qué hay que saber y hacer para poder resolverlos. En esto puede uno limitarse a describir la técnica de solución de casos. Para la solución de un caso concreto, sin embargo, también es posible ascender hasta los principios del derecho penal. La enseñanza por el sistema de casos que Langdell preconizara en el siglo pasado y que constituye el modo común en las Universidades de los Estados Unidos de América, ilustra a los alumnos como

opera el sistema legal y el énfasis se centra no en la sustancia sino en el método. El sistema de casos fue concebido para desarrollar las destrezas analíticas de los estudiantes y se considera que estas destrezas ayudan al alumno a pensar lógicamente y críticamente “como abogados” y puesto que en el sistema norteamericano existe una perspectiva menos dogmática y más flexible de la ley, el estudiante es conducido a buscar buenos argumentos para el caso, antes que respuestas correctas y objetivas.

Se espera que con su utilización se provoque la activa participación de los alumnos, obligados por el empleo del método socrático; al tiempo que el profesor deje de impartir un conocimiento parcialmente elaborado por él y por otros, desde una situación de jerarquía: la clase conferencia o clase magistral, provocándose, de este modo, un ambiente de trabajo y estudio más entretenido para todos, alumnos y profesores.

El debate acerca de los métodos de enseñanza no ha concluido. A fines de los 60 y comienzos de los 70 hubo en América Latina un fuerte movimiento para adoptar el método de casos en las escuelas de Derecho en sustitución de los métodos tradicionales. En Chile funcionó, por esos años con gran éxito, el Instituto de Investigaciones y Docencia Jurídicas. Parte importante de sus trabajos, enseñanzas y experiencias, están volcadas en la obra de Jorge Witker Metodología de la Enseñanza del Derecho, un clásico americano sobre la materia.

Se tiende a buscar en la cuestión metodológica la panacea para los problemas de la enseñanza del derecho y a mirar a la clase activa, básicamente, al método de casos, como un norte inspirador, olvidándose que, desde luego, la distinta naturaleza de los sistemas legales impone una necesaria limitación en su adopción en nuestros países con raigambre jurídica continental.

Sin duda que para los profesores, la tarea es más ardua: a la preparación y actualización de la clase, con los casos y ejemplos, debe unirse una elaborada programación del desarrollo de la clase misma, a fin de determinar el objetivo a alcanzar. Se deben escoger las preguntas y alternativas que puedan utilizarse para alcanzarlo sin que, por otra parte, a través de una planificación excesivamente rígida, se afecte la libertad del debate o que los estudiantes vean notoriamente restringidas sus posibilidades de plantear alternativas.

Estos sistemas de trabajo requieren la concurrencia de profesores con dedicación exclusiva o muy importante a la actividad universitaria, o de cátedras integradas que realmente operen en equipo.

En la Facultad de Derecho de San Pablo, Brasil, hay carrera docente que comprende Profesor Titular, Profesor Asociado, Profesor Doctor y Profesor asistente y existen además los monitores, alumnos de cursos de postgrado que colaboran con los profesores en la enseñanza, pero no existe cátedra integrada. Tampoco existe en Costa Rica. En Uruguay, en cambio, en la tarea conjunta normalmente participan varios docentes en el desarrollo del curso: un titular y un adjunto o asistente y uno o dos aspirantes, un agregado y un ayudante y algún aspirante.

En la Facultad de Derecho de la Universidad de Belgrano concurren un profesor titular o un adjunto, acompañados, siempre, de un Jefe de Trabajos Prácticos y de uno o dos ayudantes graduados.

2) En la segunda posibilidad sobre la preparación para la aplicación del derecho, se puede partir también desde una mirada sistemática sobre el área íntegra del derecho penal. Panorama sistemático quiere decir, en este contexto, mirada sobre una gran cantidad de material, siguiendo un determinado criterio clasificatorio dentro del gran ámbito del derecho penal.

Dentro de la manipulación sistemática del área total se han formado tres grandes centros de gravedad que pueden sintetizarse:

- a. en la discusión de la teoría de las penas
- b. en la discusión del sistema del hecho punible o
- c. en la penetración sistemática del derecho procesal penal junto a la ley de organización judicial penal.

Estas dos posibilidades básicas para la enseñanza: caso concreto o panorama sistémico forman parte de una polémica inacabada. Se trata de la cuestión de quién defiende el verdadero principio didáctico y pedagógico.

En la enseñanza universitaria el punto neurálgico radica en el panorama sistemático sobre el derecho penal, ya que se ofrece un panorama sobre las ramas particulares del derecho material, del derecho procesal, del derecho de la organización judicial. La crítica a este enfoque radica en que el material expuesto de manera sistemática no es mostrado en su funcionamiento práctico, sino que sólo se lo hace posiblemente interesante con ayuda de ejemplos. En el transcurso del plan de estudio del derecho penal hay una regla fija: se comienza en el problema general y se continúa en los problemas particulares. El defecto relevante de esta configuración de puntos neurálgicos es que no puede mostrar claramente las consecuencias del trabajo sistemático jurídico-penal para la aplicación del derecho.

Que se domine la discusión de las teorías de la pena, que se conozca un tema de la parte general, entonces, no significa todavía que se pueda decidir casos concretos. Por ello es que desde hace mucho tiempo las clases magistrales sistemáticas fueron complementadas con ejercicios de derecho penal cuya finalidad es transformar los conocimientos adquiridos u ofrecidos en las clases magistrales sistemáticas, en soluciones de casos. Las lecciones magistrales por un lado y los ejercicios de casos por el otro: las dos posibilidades deben conectarse para preparar la aplicación del derecho en el ámbito penal.

En Alemania, entre las lecciones magistrales y el ejercicio se ubica el seminario jurídico penal como otra forma de curso, igual que en cualquier ámbito del derecho. En un seminario, por lo general, se encuentran grupos reducidos intentando entre todos trabajar de manera científica problemas especiales

Desde fines de la década del 50 del siglo XX se ha añadido un nuevo tipo de curso a las lecciones magistrales, ejercicios y seminarios: los grupos de trabajos. La introducción de grupos de trabajo señala la dificultad en la organización y contenido que produce la separación entre lección magistral por un lado y ejercicio por el otro. Estos grupos son dirigidos por estudiantes de avanzada o referendatarios, es decir abogados recién recibidos.

El principal logro de estos grupos de trabajo radica en el descubrimiento de lagunas entre las clases magistrales y los ejercicios y han comenzado a completarlos por sí mismos. No obstante, debido a lo complejo de la tarea, el resultado aún no fue ni es satisfactorio ya que las lagunas subsisten.

3) A estos dos métodos de enseñanza podemos mencionar una tercera tendencia: conscientes de las desventajas o defectos que se predicen de las llamadas clases magistrales, de lo que se trata es de paliar, atenuar o disminuir sus deméritos, a través de lo que podríamos llamar un proceso de "activación", vale decir, de la incorporación de los elementos de las clases activas que puedan complementar la enseñanza de la clase conferencia. Algunas alternativas, son:

- Partir de un caso concreto para llegar a las líneas maestras de una institución.
- Tomar como excusa la redacción de un escrito forense para apelar a los diversos preceptos legales involucrados.
- Suscitar la curiosidad por la plasmación jurisprudencial de ciertos principios y sus variantes.

- Provocar el debate sobre las diferentes alternativas de un problema resumiendo al final la solución adoptada por la ley. Aprovechar la ocasión de reformas legislativas para enjuiciar su filosofía como respuesta a problemas que tratan de solucionar, vaticinando su acierto o desacierto.
- Aprovechar una noticia de prensa de interés procesal para revisar la institución en ellas aludida, deslindando la presentación periodística del verdadero alcance jurídico del tema.
- Confrontar la concordancia o discordancia del esquema legal de una institución con su funcionamiento práctico.
- Aprovechar un debate por radio o TV para trasladarlo al nivel de clase y discutir en ella las posturas adoptadas por los protagonistas.
- Proyección de actuaciones procesales registradas en video o preparadas ad hoc por un grupo de trabajo.
- Grupos de trabajo de alumnos sobre temas diversos con presentación pública de resultados en clase.
- Trabajos no teóricos con exposición de resultados o trabajos de campo con métodos sociológicos con descripción de actividades realizadas.

3. Conclusiones

La educación universitaria en el siglo XXI enfrenta grandes cambios signados, sobre todo, por el desarrollo de altas tecnologías: la computadora, los servicios de redes de información, las TICS, cumplen un rol destacado en esa transformación ya que permiten aplicar nuevas técnicas al estudio, a la investigación y dotar a los sujetos del proceso educativo de más posibilidades en el desarrollo de sus tareas.

Estos cambios se observan en la gestión institucional, pero también en las mentalidades, las capacidades y las actitudes de los agentes. Hoy se trata de reconocer diferencias y valorarlas, romper con la escuela graduada, atender personalmente respetando tiempos, intereses y ritmos de aprendizaje. Hoy una organización es concebida como inteligente cuando el disciplinamiento es trabajado con reglas ad-hoc, para cada situación en particular. Se premia y castiga por resultados y existe flexibilidad. Estamos insertos en lo que los filósofos dan en llamar: la sociedad del control, la que se condice con una didáctica constructivista —cuyos principales referentes podemos encontrar en Piaget, Vigotsky, Ausebel, Bruner entre otros— ésta consiste en un método y técnica de enseñanza en la que el alumno construye su conocimiento a través de la interacción con el entorno social, cultural y natural, el alumno es protagonista insustituible de su

conocimiento a través de un aprendizaje activo, donde se prioriza la dinámica grupal abierta y flexible. El educador actúa como mediador entre los contenidos y la comprensión de los educandos, como coordinador, como líder social, proporcionando todas las ayudas necesarias para que el alumno progrese en sus propios saberes. El “conocer” y el “criticar” son verbos que deben acompañar al autoconocimiento y autocrítica.

Comparto la enseñanza con una visión clásica de la doctrina procesal que, según Couture, se desenvuelve en tres planos: filosófico, dirigido a entender el valor justicia; técnico, estudiando la norma jurídica en sus menores detalles al servicio de la solución concreta y política, que aspira a comprender lo que el poder judicial significa en el marco de los poderes del Estado.

En el actual estado del desarrollo científico jurídico, es de toda evidencia que el Derecho Procesal es plenamente autónomo. Sin embargo, no debemos olvidar que esta disciplina es parte de un conjunto integrado por componentes coherentes y solidarios entre sí. En otras palabras, es parte de un sistema. Aun cuando tenga sus propios principios fundamentales, sus métodos e instituciones, integra un todo que se armoniza gracias a la subordinación, coordinación y complementación de sus elementos, por lo que es innegable la unidad transistemática del derecho.

Derecho Penal y Derecho Procesal Penal conforman el sistema penal considerado como un todo: no es posible pensar el derecho procesal penal prescindiendo del derecho penal, concepto que podríamos graficar con dos palillos de fósforo que poseen una sola llama. La consideración conjunta de ambas disciplinas es insoslayable porque ambas, dentro del marco que les fija a cada una la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales incorporados al mismo nivel (art. 75, inc. 22 CN) se ocupan del poder penal del Estado: el derecho penal definirá en abstracto qué conductas son punibles y qué pena merecen y el derecho procesal fijará las condiciones para que la pena pueda aplicarse en un caso concreto.

Apreciar la “intimidad” de esta relación es fundamental, pues inevitablemente el proceso penal tendrá que adecuar sus estructuras a las disposiciones expresas y a los principios inspiradores del derecho penal en cada lugar y movimiento histórico determinados. La aplicación de las normas procesales penales llevará inexorablemente a la realización de las normas penales y, más aún, a la creación de la norma penal individual para el caso concreto, que no otra cosa constituye la sentencia (en sentido amplio) pasada en autoridad de cosa juzgada, lógico corolario de todo debido proceso.

Es a través de la sentencia firme que el Derecho procesal penal aspira a cumplir con la función de restablecer la paz social y el orden jurídico que fueran puestos en jaque por el accionar ilícito.

Es, a no dudarlo, la función más trascendente que podemos atribuir al Estado en cuanto organizador responsable de la vida de una comunidad, cuando esta ha sido conmovida a raíz del fracaso de las políticas de prevención.

Se ha dicho reiteradamente que la relación que existe entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal es tan estrecha que no se concibe la existencia de uno con prescindencia del otro. Que de la interacción de ambos depende la realización de la política criminal del Estado.

Más aún, cabe recordar que históricamente ambas ramas del Derecho constituían una unidad académica de estudio y legislativamente estaban integradas en un único cuerpo que contenía la descripción de las conductas y las omisiones punibles y las reglas del procedimiento a seguir para hacer posible la aplicación de las penas correspondientes a aquéllas.

El Derecho penal (*latu sensu*) se puede dividir, así, en Derecho penal material (Derecho penal en sentido estricto) y Derecho penal formal (Derecho procesal penal), a más del Derecho penal ejecutivo.

Además de lo expresado respecto de la interrelación entre ambas ramas jurídicas, es menester destacar la recíproca influencia que se advierte entre ellas y que impacta con mayor o menor fuerza según los institutos de que se trate.

Así, el Código Penal en sus arts. 71 y ss., al establecer el régimen de las acciones penales, está determinando en buena medida el sistema de procedimiento penal y la persecución penal a cargo del Estado, con las excepciones que también establece.

Muchos otros ejemplos (régimen de extinción de las acciones, suspensión del juicio a prueba, posibilidad de aplicación excepcional del principio de oportunidad reglada, etc.), evidencian en definitiva que el Derecho penal y el procesal penal tienen funciones paralelas, en el sentido de que con institutos regulados por el uno o por el otro se logran los mismos fines.

Para que la enseñanza alcance un punto de mayor eficacia y excelencia es imprescindible que la práctica siga casi sin solución de continuidad a la teoría, de manera tal que a la demanda explicada a partir de su regulación

normativa le suceda de inmediato la redacción del escrito respectivo. Esto requiere de coordinación de labores docentes con criterio de permanencia.

El modelo de enseñanza de hoy, apoyado primordialmente en la escuela tradicional que se traduce en una exposición oral unipersonal del profesor con escasa o nula participación del alumno, la cual se ha mejorado con la inclusión de medios audiovisuales, debe complementarse con una enseñanza en que los alumnos, con un proceso guiado, adquieran el conocimiento y se formen con sus propias experiencias y habilidades. Es lo que dentro de las Teorías del Aprendizaje se denomina Teoría Constructivista y para la cual son buenas alternativas los métodos de casos y clínicas legales con trabajo interdisciplinario en equipo.

Por último, corresponde enseñar el Derecho Penal y Procesal teniendo en cuenta que el mayor legado que nos dejó el siglo XX es lo que conocemos como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por lo que la enseñanza del siglo XXI, sin lugar a dudas, tiene que centrar su núcleo en el Hombre y sus Derechos Fundamentales, por encontrarse hoy en la cúspide de la pirámide axiológica.

“Largo es el camino de la enseñanza por medio de las teorías, breve y eficaz por medio de ejercicios...”

Lucio Séneca



Bibliografía

- BINDER, ALBERTO, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Bs. As., Ad-Hoc, 1993.
- CAFFERATA NORES, JOSÉ, *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Bs. As., Editores del Puerto/CELS, 2000.
- MAIER, JULIO, *Derecho Procesal Penal*, Bs. As., Del Puerto, 2003.
- NAUCKE, WOLFGANG, *Derecho Penal*, Bs. As., Astrea, 2006.
- PASTOR, DANIEL, *El plazo razonable en el proceso penal del Estado de Derecho*, Bs. As., Ad-Hoc, 2002.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Procesal Penal*, Bs. As., Editores del Puerto, 2000.
- TAVOLARI OLIVEROS, RAUL, conferencia en Mendoza, 2005.

La oralidad como recurso esencial de la enseñanza conjunta del Derecho Penal Sustantivo y del Derecho Procesal Penal

MARCELO ESTEBAN MÓNACO⁽¹⁾



1. Palabras preliminares

Cuando pienso de dónde venimos y hacia a dónde vamos, no puedo prescindir del sustento histórico material en que se formó mi generación: fuimos los **jóvenes del proceso**, aquellos silenciados culturalmente por la dictadura que asoló a nuestra país entre 1976 y 1983 y a la que luego, (cuando nos habían robado todos los valores culturales que nos hubieran permitido construir nuestros propios significantes renovadores del amor a la patria) destinaron a ser el soporte emocionalmente perverso que les permitiera justificar todos los crímenes que habían cometido, enviándonos a un conflicto bélico improvisado frente a los amos imperiales de siempre. Los que sobrevivimos por mero azar y sabiendo de nuestros defectos y limitaciones, tenemos la misión de no permitir la desmemoria en ningún ámbito de la realidad para construir una democracia con auténtica libertad política, económica, social y cultural.

.....

(1) Facultad de Derecho, UBA.

2. Introducción

Una vez más voy a recurrir a la autocita para abreviar el contenido y el marco referencial de la presente ponencia que intentaré enfocar en los aspectos pedagógicos del proceso de enseñanza-aprendizaje del derecho penal y del derecho procesal penal⁽²⁾ en el marco de la materia "Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal" correspondiente al Ciclo Profesional Común de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, programa que tiene su correlato en la Universidad Nacional de Corrientes, por ejemplo.

Recordaremos brevemente que en dichos programas, se persigue el objetivo curricular de que los alumnos de primer año de la carrera de Abogacía y Procuración, accedan a un contenido mínimo de conocimientos acerca de dos de las tres principales ramas del sistema penal esto es, el Derecho Penal, parte general y especial, y el Derecho Procesal Penal, no abordándose ninguna de las problemáticas relacionadas con la etapa de ejecución penal, salvedad hecha de los docentes que confrontan el estudio de las teorías de la pena con la realidad carcelaria para poner de relieve el carácter fuertemente ideológico de aquellas. Los contenidos mínimos luego son profundizados durante el denominado Ciclo Profesional Orientado, en el cual el alumno que decide elegir la orientación penal debe cursar un cúmulo de horas obligatorias en materias específicas de dogmática penal, régimen del proceso penal y criminología, junto con una variada oferta de materias no obligatorias relacionadas con esas u otras áreas del Derecho Penal y Procesal Penal (v. gr.: la ejecución penal o un capítulo específico de la parte especial del código penal). De tal modo, quien opte por la orientación penal accede a un panorama de información bastante completo acerca de nuestro campo de conocimiento y acción.

3. El diseño curricular como estímulo

El modo en que someramente se ha descrito el acceso de los alumnos al universo epistemológico del Derecho Penal pone de manifiesto que el

.....

(2) Ponencias tituladas: "Reflexiones, inquietudes, interrogantes y (algunas) certezas sobre la enseñanza del derecho penal" presentada en el "VIII Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal" celebrado en la ciudad de La Plata del 15 al 17 de octubre de 2008 y "De nuevo sobre la enseñanza y aprendizaje del derecho procesal penal" presentada en el VI Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Procesal Penal celebrado en la ciudad de Salta los días 21 y 22 de mayo de 2009.

proceso de enseñanza aprendizaje se basa en una sólida formación teórica y práctica de los docentes en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, en las posibilidades de combinar distintos aspectos del mismo, eligiendo conscientemente los temas que deberán descartarse por qué como siempre ocurre “el tiempo no alcanza” (ya veremos que eso no es tan malo), y el recurso a una variada gama de enfoques pedagógicos para enseñar la materia. Ello resulta a todas luces evidente en la interacción —bienvenida— entre la parte general y la especial. De hecho, no ha presentado grandes dificultades el estudio conjunto de una y otra, aunque claro está, se debe ser muy cuidadoso en cuanto a la extensión de los bienes jurídicos que se enseñan en “Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal”. Razones de tipo pedagógico aconsejan no dispersarse en muchos títulos de la parte especial del Código Penal. En nada mejora al proceso de aprendizaje que un alumno analice muchos bienes jurídicos, cuando lo que se persigue es una adecuada interacción entre la parte general y la especial. Por ejemplo: algunos de los tipos de delitos contra la libertad agravados por la calidad de funcionario público de sus autores, permiten llevar a cabo un estudio más exhaustivo de la dogmática de la tipicidad omisiva, quizás mayor que los tipos penales reunidos bajo el capítulo VI del Título I del Libro Segundo del Código Penal (“abandono de personas”).

También pueden presentarse paradojas epistemológicas interesantes como las que ocurren al estudiar los tipos de defraudaciones bajo las categorías de la dogmática, desplazando al tradicional enfoque de parte especial: debido al criterio predominantemente casuístico al que recurrió el legislador para diseñar los elementos normativos y descriptos de la mayoría de los tipos de defraudaciones, cualquiera de los criterios de imputación normativa del tipo y del resultado se muestra mucho más ventajosa para determinar la tipicidad o atipicidad de una conducta que el contenido semántico o descriptivo de cada uno de los incisos del art. 173 del Código Penal.

4. La pedagogía como auxilio secundario (diagnóstico y posibilidades)

El aspecto al que quizás los docentes debemos dedicarle una fuerte auto-crítica es a la escasa relación que se suele tener con la pedagogía teórica y/o científica, de la cual no debe prescindirse *so pretexto* de los rigores y limitaciones académicas y burocráticas inherentes al ejercicio de la docencia universitaria tanto en unidades académicas públicas como privadas.

En la Facultad de Derecho de la UBA, existe un porcentaje creciente de profesores que han cursado, y egresado de, la Carrera Docente dictada por el Departamento específico en el cual la mayoría de los formadores no es abogado, sino que proviene de diversas carreras y especialidades relacionadas con la enseñanza de la educación.

Los lazos de quienes egresan de esa carrera con los enfoques y teorizaciones estrictamente pedagógicas suelen debilitarse al cabo de un tiempo, salvo algún interés particular de cada docente. No existía un espacio institucional dentro del Departamento de Carrera Docente al cual los egresados pudieran remitirse para realizar consultas, asesorarse sobre situaciones reales de aula o aunque más no sea para informarse sobre bibliografía especializada. Existe una excelente publicación ("Academia") editada por el Departamento de Publicaciones de la propia Facultad, que es de distribución gratuita.

A fines del año 2008, el Departamento de Carrera Docente lanzó una propuesta ofreciendo un espacio de reflexión y análisis denominado precisamente "Reflexionando sobre las propias prácticas docentes", al cual acude un grupo minúsculo de docentes en comparación con la gran cantidad que se desempeña en la Facultad. Lo propio ocurre con la publicación aludida, la que solo es retirada por un reducido número de docentes pese a que su distribución es gratuita.

El escaso impacto que los temas pedagógicos tienen se vio corroborado durante la realización del "Primer Congreso Internacional de Pedagogía Universitaria" celebrado entre el 7 y el 9 de septiembre del años 2009 en la propia sede de la Facultad de Derecho de la UBA en el cual el número de docentes inscriptos de dicha Facultad fue testimonial como lo refleja la siguiente cifra: sobre 450 ponencias presentadas por los asistentes a dicho evento, solo 16 correspondieron a los docentes de la carrera de abogacía de la UBA. Tampoco se verificó la asistencia organizada de los docentes de esta Asociación ni de la hermana Asociación de Profesores de Derecho Procesal Penal.

Distinta suerte suelen tener los espacios relacionados con recursos virtuales como el Portal Académico de la Facultad de Derecho de la UBA⁽³⁾ y con el recientemente creado portal pedagógico del "Centro de Innovación en Tecnología y Pedagogía" que depende del Rectorado de la Universidad

.....

(3) www.derecho.uba.ar

de Buenos Aires.⁽⁴⁾ A ellos acuden docentes que a su vez son administradores (*webmasters* en jerga informática) de los portales de cada cátedra, y quienes tienen interés en la aplicación de las nuevas tecnologías virtuales destinadas a la enseñanza de todas las carreras que se dictan en la UBA, entre ellas por supuesto la de Derecho.

Es decir, que existe un importante número de alternativas de espacios teóricos y prácticos especialmente pensados y ejecutados para que los docentes continúen profundizando sus conocimientos pedagógicos de modo sistematizado por expertos en nuevas tecnologías y pedagogía. No existen vacíos institucionales de grado tal que justifiquen el desinterés por este aspecto tan importante.

5. El interés del docente: ¿contenidos mínimos o aprendizaje mínimo?

Retornando a la palabra “información” —que adrede utilicé en el final de la Introducción— se observa desde antaño una tensión entre diferentes actitudes frente a las exigencias institucionales relacionadas con la currícula y consiguientemente, enfrentada a un sano discurrir del proceso de enseñanza aprendizaje. Dicha tensión se ve patentizada en la actitud del docente que se preocupa por cumplir con la mayor parte del contenido del programa como dé lugar, frente a la de aquellos que intentan ser más o menos fieles a algún modelo pedagógico o como mínimo tener alguno como guía, y las expectativas de la mayoría de los alumnos de que se les simplifique el universo de conocimientos en cada materia para asegurarse su aprobación. En los últimos años se verifica en los docentes cierta reacción a superar la postura formalista de cumplir a rajatabla con el programa; y de aprobar como sea en el caso de los alumnos. Al menos en la Facultad de Derecho de la UBA, los alumnos son beneficiarios de metodologías pedagógicas que no se preocupan exclusivamente por cumplir como sea con el programa. Recurriendo a una lectura rigurosa y sin preconceptos de una encuesta llevada a cabo entre sus alumnos⁽⁵⁾ ante la pregunta: “para sacarse una nota alta, es decir 8 o más, ¿se necesitaba o no algo más aparte de memorizar el contenido de las materias tales como leyes, fallos,

.....

(4) <http://www.campuscitep.rec.uba.ar>

(5) Encuesta citada por Böhmer, Martín en: “Metas Comunes: la enseñanza y la construcción del derecho en la Argentina”. Publicado en *Sistemas Judiciales*, año 5, N° 9, p. 26.

libros o apuntes?”, el 48,80% de los alumnos encuestados afirmó que para aprobar una materia es necesario “entender, ser capaz de expresarlo”. Ello evidenciaría que el docente que requirió comprensión a la hora de evaluar, acudió a metodologías pedagógicas que apuntaron a ese objetivo. Otro aspecto interesante de la referida encuesta es un interrogante sobre las modalidades de evaluación: en ese ítem el 41% de los alumnos admitieron que prefieren los exámenes orales. De ello se deduce que los encuestados que manifestaron esa preferencia no solo tuvieron la experiencia de ser evaluados mediante exámenes orales, sino que han percibido que se trata de una modalidad más flexible que el examen escrito en el cual, por tomar solo un aspecto, no existe la posibilidad de rectificar un error que permita remontar una respuesta errónea.

Combinando las respuestas a ambos interrogantes —qué resulta necesario para aprobar y qué modalidad de examen se prefiere— se podría deducir que los exámenes que se toman en la Facultad de Derecho de la UBA ya no consisten solamente en repetir lo que el docente dictó en su conferencia —cuyo valor pedagógico no puede cuestionarse sin tomar en cuenta el contexto y los contenidos que con ella se pretender transmitir—. Si la evaluación fuera tan rígida el porcentaje de preferencia por el examen oral sería mucho menor porque los alumnos no verían ventaja alguna en el diálogo, y la posibilidad de rectificación que permite la oralidad.

De todos modos y teniendo en cuenta el importante lugar que aún hoy se le otorga a la memorización y repetición de conceptos en lugar de su comprensión, es importante remarcar que la preocupación excesiva por abarcar el programa impide que se lleve a cabo el proceso de enseñanza-aprendizaje que depende del entrenamiento paralelo de los alumnos en acciones y situaciones de aprendizaje explícitas como por ejemplo: poner de manifiesto la necesidad de organizar los tiempos dedicados al estudio; ayudarles a organizar la búsqueda y ubicación del material bibliográfico, jurisprudencial, etc.; explicar la diferencia entre “lectura”, “estudio” y “comprensión” de los temas que forman parte de los contenidos mínimos y así sucesivamente.

Alguien podría interrogarnos: “si hay que llevar a cabo todo ese proceso, ¿cuándo y de qué modo enseñamos las garantías constitucionales, las teorías de la pena, la dogmática penal y procesal y en algunos casos, las técnicas de litigación oral?”.

En realidad, el acento en el enfoque pedagógico no implica transformar los cursos en sesiones de terapia colectiva y/o catarsis individuales. Antes bien, en un modelo pedagógico participativo los roles no se desdibujan, ni los contenidos se diluyen, ni se deja de lado el diseño curricular. Los docentes tienen la mejor misión posible: ser los guías que acompañen a los alumnos en un trayecto que ellos mismos deben recorrer a partir de determinados puntos de partida que en parte son los que ellos "traen", pero a los cuales debemos aportarles un contenido más "duro" conceptualmente para que, amalgamando uno y otro tipo de conocimiento, lleven a cabo su propio aprendizaje:

"...no hay como no repetir que enseñar no es la pura transferencia mecánica del perfil del contenido que el profesor hace al alumno, pasivo y dócil. Como tampoco hay cómo no repetir que partir del saber que tengan los educandos no significa quedarse girando en torno a ese saber. Partir significa ponerse en camino, irse, desplazarse de un punto a otro y no quedarse, permanecer (...) Partir del 'saber de experiencia vivida' para superarlo no es quedarse en él".⁽⁶⁾

En ese plan, habrá tiempos no homogéneos de adaptación ya que no existen dos alumnos iguales, y ello nos lleva directamente a poner en cuestión el modelo de docente que hemos padecido antaño y que a mi modo de ver se encuentra en retroceso: aquel que solo es capaz de hablar una hora y media sin parar delante de un auditorio atónito que, en el mejor de los casos, habrá leído con anterioridad alguna página del material bibliográfico y estará pendiente de alguna novedad que por definición nunca le llegará.

Aclaro que no estoy cuestionando el recurso a la clase magistral, siempre y cuando se la destine a la exposición de contenidos con cierta complejidad teórica, histórica, e inserto en el marco de un curso que se caracterice por el uso periódico de otras alternativas como la problematización y análisis de casos reales o hipotéticos, estudios de jurisprudencia, lectura, comprensión y comparación de soluciones doctrinarias, dramatización de audiencias, etc. En palabras de la pedagoga María C. Davini⁽⁷⁾

.....

(6) PAULO FREIRE, "Pedagogía de la Esperanza. Un reencuentro con la Pedagogía del Oprimido", Argentina, Siglo veintiuno editores pp. 66/67.

(7) "Métodos de Enseñanza. Didáctica general para maestros y profesores", de María Cristina Davini, editorial Santillana, Bs. As., 2008, pp. 92/93 y ss., subtítulo "Métodos de transmisión: asimilación de cuerpos de conocimientos organizados".

“...hay un argumento importante para sostener esta práctica de enseñanza a lo largo del tiempo: la enseñanza tiene que cumplir con la transmisión de cuerpos de conocimientos que por su complejidad y nivel de integración. (...) no pueden ser enseñados a través de la investigación activa de los alumnos o por la inducción directa (...) no sería conveniente ni productivo que los alumnos tuviesen que reconstruir todo lo que ha sido construido y validado por el progreso en el conocimiento en forma sistemática. No se trata de que el alumno los incorpore o memorice de manera mecánica o acrítica, sino de que los comprenda en su integralidad y reflexivamente...”.

A esa reflexión, la citada pedagoga agrega dos razones que también justifican el recurso a la clase magistral: “...la adquisición de un cuerpo de conocimientos organizados, no solo transmite los conocimientos en sí, sino que transmite modos de pensamiento...”. Finalmente y en lo que resulta el argumento más evidente, una razón de tipo práctico, justifica el recurso a la transmisión como método es muy adecuado cuando se tiene que trabajar con grupos de alumnos significativos en número, tal lo que ocurre en las universidades públicas.

El haberme detenido a explicar estas razones acerca del porqué de la clase magistral, no implica contradicción alguna con lo antedicho respecto de la convivencia con otros métodos, simplemente creí necesario “desculpabilizar” la utilización del recurso a la misma, sin dejar de advertir que se debe tener en cuenta el tipo de contenidos que se intenta transmitir: no tiene sentido dedicar una clase magistral para explicar la estructura del Código Penal, o las agravantes del homicidio o el robo, puesto que esos contenidos perfectamente pueden ser asimilados por los alumnos sin necesidad de acudir a una explicación previa.

El intento de transmitir conocimientos tampoco puede estar dissociado de las fuentes formales e informales a que acuden los alumnos para llevar a cabo el proceso de aprendizaje. En un intento de conocer y traducir ese aspecto tan importante sobre el punto de partida bibliográfico en términos cualitativos se llevaron a cabo —en los años 2009 y 2010— sendas encuestas que arrojaron el siguiente muestreo:⁽⁸⁾

.....

(8) “Encuestas iniciales para alumnos años 2009 y 2010” comisiones de la cátedra a cargo del profesor emérito consulto David Baigún, Facultad de Derecho-UBA.

En el año 2009, de un grupo de 52 alumnos, 41 afirmaron que sus conocimientos sobre el Derecho Penal derivaban mayoritariamente de las noticias policiales que aparecen en los medios periodísticos de todo tipo, y solo 26 afirmaron "leer las materias todos los días" recurriendo mayoritariamente para ello a fotocopias de libros, apuntes de clase propios y/o de compañeros (46 respuestas). Solo 12 alumnos afirmaron estudiar más de 4 horas por semana.

En el año 2010 el grupo encuestado fue 61 alumnos de los cuales 39 manifestaron conocer el derecho penal fundamentalmente por noticias periodísticas. Por otra parte, 38 alumnos afirmaron "leer todos los días las materias" en base a material predominantemente informal apuntes de clase, 53 alumnos sobre 61. Solo 12 alumnos afirmaron estudiar entre 4 y 8 horas por semana.

En cuanto al material de estudio en la encuesta del 2009 solo 10 alumnos afirmaron alquilar libros, mientras que 19 respondieron que los compraban. En la del 2010 las cifras fueron más alentadoras, ya que 34 alumnos respondieron que adquieren los libros y 14 que los alquilan.

En las respuestas brindadas al último de los interrogantes mencionados, existe cierto ocultamiento de la realidad respecto a la clase de inversión que se hace para el material de estudio. Es probable que la cantidad de alumnos que realmente compran libros sea menor que la declarada en ambas encuestas toda vez que la suma de los que admitieron fotocopiarlos y los que alquilan (51 respuestas en 2009 y 61 respuestas en 2010) comprende prácticamente a la totalidad de los participantes en cada encuesta.

Resulta interesante comparar la cantidad de materias cursadas respecto de las aprobadas: en 2009, 18 alumnos respondieron haber cursado hasta 6 materias en los dos cuatrimestres previos. Pero al comparar esa cantidad con la de aquellos que aprobaron esa misma cantidad de materias en el mismo período, las respuestas positivas se redujeron a 8.

En la encuesta de 2010, la relación entre materias cursadas y aprobadas fue la siguiente: 28 alumnos cursaron hasta 6 materias y solo veinte (20) reconoció haber aprobado esas mismas cantidades de materias en los dos cuatrimestres previos.

Estos últimos datos demostrarían en algún grado que existe una sobreevaluación por parte de los alumnos de su capacidad para cursar y aprobar

materias, a la par que demuestra la inexistencia de planificación del tiempo del que disponen para ese menester. Relacionándolo con el ítem “material de estudio”, es evidente que no podrían obtener mejores resultados si solamente “leen” fotocopias y apuntes de clase en su abrumadora mayoría.

6. La interacción constante entre el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y la capacidad de litigar. La oralidad como recurso y como habilidad

Si hay algo que debe atravesar todo el proceso de enseñanza-aprendizaje es el entrenamiento de los profesores y alumnos (la mención de los docentes no es un error material: el proceso les compete a ambos) en la capacidad de poner en acto lo que previa o simultáneamente se considera imprescindible llegar a conocer, o incluso dominar con cierta profundidad en el plano teórico. Dicho en terminología forense: la capacidad de litigar, de asumir que el conocimiento adquirido del derecho siempre lo será en el marco de situaciones humanas conflictivas: conflicto con la ley, conflicto con el Estado, conflicto con otra persona. Nadie estudia —o muy pocos lo hacen— simplemente para tener la certeza de que “conocen” o “entienden” un campo de conocimiento. Al respecto me remito a un excelente ensayo de Víctor Abramovich, por cierto mucho más erudito y atractivo que su mera cita entrecomillada.⁽⁹⁾

En ese contexto resulta muy frustrante para un educando —todos los fuimos y nos frustrábamos con ello— que el docente de una materia para eludir las necesarias referencias a otros campos de conocimiento, simplemente se limita a decir “esto ya lo saben de tal materia” o “esta cuestión la verán en el práctico”. El alumno que se anima a admitir que tiene un interrogante o un interés concreto sobre algún aspecto de la materia que está cursando —aun cuando se tratara de un instituto de Derecho Civil por ejemplo— se merece una respuesta acorde a ese interés, y no una respuesta del docente acerca de las incumbencias que establece el diseño curricular de la carrera como lo hace un fiscal que contesta una vista en un incidente de incompetencia por la materia.

El docente que explora las múltiples relaciones jurídicas y teóricas de la materia en estudio, y su consiguiente puesta en acto le otorga a su curso
.....

(9) “El complejo de Rock Hudson. Sobre el menosprecio de la práctica judicial y de su propio discurso en el estudio y la enseñanza del derecho” Víctor E. Abramovich. Publicado en Revista. No Hay Derecho, Bs. As., N° 4, 1991, p. 10.

un valor pedagógico superior en términos de indagación, motivación, extensión del estudio, etc. La compartimentalización y el acotamiento explícito de contenidos (bajo la excusa de la falta de tiempo, de la obligación institucional de desarrollar los contenidos mínimos, etc.) no pueden ser vehículos idóneos para el proceso de enseñanza-aprendizaje.

El recurso que se revela más idóneo para ello es la dramatización de audiencias orales y públicas. Para que el mismo rinda en sus máximas posibilidades debe ser implementado combinando en forma paulatina la inevitable inexactitud argumental y de lenguaje que toda audiencia tiene, como característica con la rigurosidad de los análisis y debates jurídicos propios de una materia que tiene entre sus metas, el conocimiento no solo de los textos legales, sino su interpretación a través de refinados procedimientos de interpretación plasmados en la teoría del delito, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la Cámara Nacional de Casación Penal de las Cámaras de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (Nacional y Federal) y por supuesto, en la doctrina de parte especial y procesal.

La experiencia desarrollada desde comienzos del presente siglo por quien suscribe⁽¹⁰⁾ mediante una actividad que representaba la culminación de los cursos de Derecho Penal Parte General y Especial, y Derecho Procesal Penal, consiste en la dramatización de un juicio oral y público en el marco del Código Procesal Penal de la Nación. Luego de las primeras experiencias cargadas de inseguridades que recorren desde la organización misma del evento, movilizar a los alumnos y ayudantes alumnos para la asunción de los roles procesales, introducirlos someramente en las nociones sobre estrategias de litigación, técnicas de interrogación, impugnaciones, alegatos, etc. se presentó una situación que puso de relieve el potencial pedagógico de la oralidad.

En un curso que había sido deficitario (por no decir directamente flojo) en cuanto a la respuesta de los alumnos para el estudio de la dogmática penal y de la parte especial, lo cual había sido evaluado a su vez en sendos exámenes orales, al llevarse a cabo la dramatización del juicio oral y público se produjo una amalgama positiva de reacciones personales, motivaciones producto del orgullo grupal, afán de no perder la oportunidad

.....

(10) En mi cargo de Jefe de Trabajos Prácticos de la comisión 7692, turno mañana, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA, cátedra de los profesores Fellini y Baigún.

de aprobar la materia mediante un buen desempeño en la audiencia entre otros factores ocultos que dieron por resultado una experiencia de debate jurídico de alto nivel teórico en la etapa de alegatos, lo cual no era esperable de acuerdo con los débiles resultados obtenidos en los exámenes orales mencionados.

En la evaluación de lo ocurrido junto a los auxiliares docentes graduados y ayudantes alumnos se puso de relieve de inmediato que no se trataba solamente de que "habían estudiado lo que antes no habían estudiado", sino de los potenciales pedagógicos de la audiencia oral que podrían resumirse en una amalgama de sinergias muy pronunciada entre el cuerpo docente y los alumnos.

En consecuencia, se decidió implementar a partir del año 2007 una serie de audiencias orales distribuidas durante todo el curso —anual— de la materia "Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal", en las cuales los alumnos pueden en lo inmediato reflejar los conocimientos a los que fueron accediendo hasta el momento de celebrarse la audiencia pero simultáneamente que les permita "caer en la cuenta" de los conocimientos, enfoques y habilidades que aún les faltan. Todas las audiencias se llevan a cabo en un aula especialmente acondicionada como una sala de un tribunal oral. En las dos primeras de ellas —en las cuales se discuten las cuestiones relativas a las teorías de la pena y a un tópico que presente un debate importante de parte especial—, quienes llevan a cabo el rol de los Magistrados son los auxiliares graduados, mientras que en las dos restantes, en las que se dramatizan una audiencia donde se debate la aplicación o el rechazo de una medida cautelar gravosa a un imputado y finalmente un juicio oral completo, el rol de Tribunal queda a cargo de un grupo de alumnos (tres titulares y tres suplentes) que exhiban, de acuerdo a las evaluaciones formales e informales llevadas a cabo hasta ese momento el mayor grado de comprensión de la materia.

Esas audiencias, además de servir como una especie de límite temporal en cuanto al momento del curso en que los alumnos deben conocer y comprender inexorablemente determinados contenidos de la materia (de lo contrario no pueden desempeñarse con mínimo decoro en ellas), van poniendo de relieve las dificultades paralelas a la adquisición del conocimiento teórico que obstaculizan el proceso de enseñanza-aprendizaje como ser: la dificultad para prestar atención a los argumentos del oponente y su refutación de manera pertinente, la capacidad táctica de hacer dudar al

ponente sobre sus argumentos y paralelamente de mostrar mayor solidez argumental frente al Tribunal. Todo ello, en pos del fin que se propongan en cada caso y de acuerdo a cada rol procesal (v. gr. para la defensa, obtener una excarcelación en la audiencia de medidas cautelares o para la querrela una condena en el juicio oral), ejercitando una capacidad extra como es la de identificar los hechos relevantes —y a su vez desechar los que no lo son— para el análisis jurídico de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del imputado si se trata del juicio oral y así en cada tipo de audiencia.

El efecto aprendizaje que se produce en cada ejercicio de lo que les “falta” a los alumnos es notorio: en una audiencia donde solo se debate sobre la tipicidad de la conducta en base a argumentos de parte general y especial, pero en la que —debido a que aún no accedieron al conocimiento del Derecho Procesal Penal— se encuentra vedado el debate sobre los hechos, los alumnos perciben que algo está “escapando” del debate, que no pueden construir el objeto procesal en forma correcta al no poder oír al imputado, ni interrogar testigos por ejemplo, aunque aún no lo puedan plantear teórica o jurídicamente en esos términos. En la siguiente audiencia, cuando pueden llevar a cabo toda esa actividad procesal, pero carecen aún del conocimiento sistematizado sobre técnicas de litigación oral, nuevamente perciben o caen en la cuenta de que “algo” les falta. Precisamente lo relacionado con la capacidad de litigar oralmente que tanto desde lo teórico como desde lo práctico es algo distinto a conocer, saber y entender sobre Derecho Procesal Penal y Derecho Penal de fondo.

7. Experiencias de antigua data en la Facultad de Derecho de la UBA

A modo de reconocimiento y homenaje al titular y al cuerpo de docentes que integran la cátedra del profesor David Baigún, desde el retorno de la institucionalidad democrática en 1983, se debe mencionar que en el año 1987 se realizó un simulacro de audiencia oral y pública en la Sala de audiencias del Palacio de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, donde se llevó a cabo el histórico juicio a los ex Comandantes de la última dictadura militar. En la misma, asumieron los distintos roles los más destacados alumnos de las ocho comisiones de la cátedra mencionada. El modelo procesal utilizado fue el del frustrado anteproyecto de Código Procesal Penal elaborado por Julio Maier. A través de los años la práctica de audiencias orales donde se dramatizan juicios orales sobre la base del Código Procesal Penal de la Nación e incluso sobre el Anteproyecto de Código

Procesal Penal de la Nación⁽¹¹⁾ se ha vuelto una sana rutina en muchas comisiones —aunque no en todas— de las distintas cátedras de la materia “Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal”.

Desde mi doble condición de profesor y abogado, ansío que el modelo epistemológico y pedagógico que implica la litigación oral adversarial forme parte del currículum en la formación de los estudiantes de la orientación penal en la carrera de Abogacía de la UBA, como primer paso para la necesaria y amplia reforma que nuestro sistema de enjuiciamiento penal nacional y federal necesitan, sobre todo este último que se encuentra sumido en un laberinto producto de las prácticas que propicia el actual proceso inconstitucional regido a través del inquisitivo-atenuado sistema del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984).



Bibliografía

- ABRAMOVICH, VÍCTOR E., “El complejo de Rock Hudson. Sobre el menosprecio de la práctica judicial y de su propio discurso en el estudio y la enseñanza del derecho”, en *No Hay Derecho*, n°4, Bs. As., 1991, p. 10
- DAVINI, MARÍA, *Métodos de Enseñanza*, Bs. As., Santillana, 2008,
- FREIRE, PAULO, *Pedagogía de la Esperanza*, Bs. As., S. XXI Editores, 2008

.....

(11) Elaborado por la “Comisión Asesora para la Reforma de la Legislación Procesal Penal”, decreto.