

E. RAUL ZAFFARONI

LINEAMIENTOS DE DERECHO PENAL

EDIAR

LINEAMIENTOS DE DERECHO PENAL

E. RAÚL ZAFFARONI

**LINEAMIENTOS DE DERECHO
PENAL**



EDIAR

Copyright by **EDIAR**
Sociedad Anónima, Editora Comercial, Industrial y Financiera
Tucumán 927, 6º piso
Buenos Aires
2020

*

Zaffaroni, Eugenio Raúl
Lineamientos de derecho penal / Eugenio Raúl Zaffaroni
1a edición para el alumno
Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2020.
Libro digital, EPUB
Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-950-574-404-6
1. Derecho Penal. I. Título.
CDD 345.001

A los Sres. Profesores Dres.
Isidoro De Benedetti y Ricardo Levene (h)
in memoriam

PRIMERA PARTE

I. INTRODUCCIÓN

1. (*Una introducción al derecho penal*) El presente trabajo pretende ser una introducción al derecho penal para estudiantes del curso de grado.

2. (*¿Exageramos los profesores?*) En general, los estudiantes de los primeros cursos tienen dificultades para leer manuales tradicionales y más aún tratados.

Quizá los profesores exageramos al pretender sumergir en nuestras discusiones doctrinarias –bastante enmarañadas– a quienes llegan a la Universidad, sin tener en cuenta que es su primer contacto con la asignatura y los estudiantes incurren en el error de estudiar por *guías* elaboradas con total irresponsabilidad.

Por eso creímos conveniente un texto que reemplace esas *guías* y que –al mismo tiempo– provea los mínimos elementos necesarios para afrontar la lectura de manuales y tratados.

3. (*La primera parte: un sistema*) Con ese objeto, esta exposición se divide en dos partes. La primera muestra *un sistema del derecho penal*, porque solo a partir de la comprensión de *un sistema* es posible la comparación con otros.

Sabemos que la teoría del delito es lo que ofrece las mayores dificultades al estudiante. Por esta razón, agregamos un *cuadro general* de esa parte, que permite en todo momento saber en qué punto del sistema se halla el lector. Lo completamos con un *link* al cual se puede acceder libremente, donde explicamos el tema en quince lecciones.

Los paréntesis destacados en negrita indican los números de los párrafos de este mismo texto a los que se remite. En una primera lectura no es conveniente que se detengan en esas remisiones. En la segunda lectura es imprescindible y permite comprender mejor que se trata de un *sistema*, o sea, de un *discurso* que procura coherencia y muestra cómo se entrelazan

los diferentes temas.

4. (*Los textos legales*) Las referencias legales que también se indican entre paréntesis son de lectura obligatoria, porque siempre se debe conocer de primera mano el texto de la ley que se quiere interpretar. En general, las leyes penales especiales se encuentran en los apéndices de cualquier edición del Código Penal y las convenciones y tratados internacionales en las ediciones corrientes de la Constitución Nacional. Las que no se encuentren en ellas se hallarán navegando en Internet.

5. (*Abreviaturas*) Las abreviaturas de los textos legales que se emplean son casi siempre las siguientes:

Constitución Nacional: CN

Código Penal: CP

Código Procesal Penal de la Nación: CPPN

Declaración Universal de Derechos Humanos: DU

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre: DADDH

Convención Americana de Derechos Humanos: CADH

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: PIDCP

Convención sobre la prevención del genocidio: CPG

Estatuto de Roma: ER

Convención Internacional sobre Discriminación Racial: CIDR

Convención Internacional sobre Discriminación de la Mujer: CIDM

Convención contra la Tortura: CCT

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: CIDN

Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad: CICGLH

Convenios de Ginebra sobre Derecho Humanitario: CG

Código Civil: CC

Cruz Roja Internacional: CRI

6. (*La segunda parte: lecturas*) La Segunda Parte de este trabajo son *lecturas*. Tratamos de que quien se inicia se asome al debate doctrinario, que se percate de la existencia de raíces ideológicas y amplios debates entre sistemas diferentes y, sobre todo, que adviertan que ningún libro –y tampoco este, por cierto– lo escribe el *dueño de la verdad*. Cada docente sabrá hasta qué punto puede pretender que sus estudiantes profundicen en la discusión doctrinaria, como también en la historia, las fuentes filosóficas, etc.

Dado que para fundamentar la función y legitimidad del derecho penal es necesario esquematizar algunos conceptos expuestos en un marco más amplio, en la segunda parte se observarán algunas inevitables reiteraciones que pueden parecer redundantes, aunque sirven también para reafirmar ideas, lo que no es sobreabundante.

7. (*Mostrar sin aburrir*) En esa segunda parte intentamos utilizar un lenguaje bastante simple, sin pretensión de mayores precisiones, puesto que únicamente se trata de *mostrar una complejidad*, para proveer idea de la magnitud de los problemas que enfrenta el derecho penal y los vínculos con otros campos del saber que se abren a su paso.

Al finalizar cada lectura se indica alguna bibliografía elemental en castellano, la cual a su vez se puede ampliar con la indicada en los textos que se señalan, para posibilitar un eventual avance más allá de un texto elemental e introductorio.

Allí –más aún que en la primera parte– debe prestarse atención a los asteriscos (*), que indican la necesidad de navegar y obtener la información disponible en el espacio virtual. De este modo, aspiramos a que quien se asoma al derecho penal se percate de que se trata de una disciplina filosófica, cultural, social, histórica y, sobre todo, política, que arrastra una tradición milenaria, buena y mala, a veces perversamente autoritaria y sangrienta, pero también con saludables reacciones liberadoras, protagonizada por héroes y villanos de todos los tiempos.

Alguna vez, Giuseppe Bettiol –uno de los más destacados penalistas italianos del siglo pasado– nos dijo: *El derecho penal es muy importante, porque es un buen pretexto para discutir otras cosas*. En efecto: discutir el

universo es imposible y enseñarlo aún más, pero mostrarlo es posible.

II. TEORÍA DEL DERECHO PENAL

A. *El derecho penal como saber o ciencia*

8. (*La falsa idea previa*) Por lo general, los estudiantes que llegan al derecho civil no tienen una idea muy clara acerca de la materia con la que se encontrarán, salvo por previos contactos con personas vinculadas a la actividad jurídica. Pero no sucede lo mismo con el derecho penal, pues todos llegan con una idea generada por los medios masivos de comunicación social, bastante confusa –por cierto– nacida de una voracidad competitiva en procura de *rating*, *dinero* y *votos*, nutrida con información de delitos muy graves, sangrientos o sexuales, o sea, capaces de despertar la curiosidad del público, en ocasiones harto morbosa.

Esta diferencia cualitativa con el derecho civil requiere que la enseñanza se haga cargo de ella y, por ende, que el estudiante aprenda a plantear y responder *preguntas ingenuas*, entendiendo por tales las que *interrogan desde el principio acerca de todo, sin dar nada por supuesto*. Por tal razón, debemos comenzar por preguntarnos *qué decimos o queremos decir cuando hablamos de derecho penal*.

9. (*¿Qué decimos cuando decimos derecho penal?*) En el curso de una conversación es posible escuchar expresiones como (a) *el derecho penal no prohíbe* tal o cual cosa, (b) *el derecho penal no puede resolver* algún problema, o (c) también *el derecho penal no estudió* esa cuestión.

En los tres casos se usa *derecho penal* para designar tres objetos –entes– diferentes: en (a) se refiere a que la ley penal no prohíbe algo; en (b) se dice que con las policías (el poder punitivo) no se puede resolver algún problema; en (c) se dice que los penalistas (los que estudian y teorizan esta rama del derecho) no prestaron atención a alguna cuestión.

legislación penal	—————>	Congreso Nacional
poder punitivo	—————>	policías
derecho (saber) penal	—————>	penalistas

10. (*Cada sentido tiene autores diferentes*) Obsérvese que la (a) *ley penal* la hacen los legisladores (diputados y senadores), (b) el *poder punitivo* lo ejercen las policías (agencias ejecutivas), y (c) el cultivo de esta rama jurídica (*dogmática jurídico penal o ciencia o saber del derecho penal*) es obra de los doctrinarios o juristas (*penalistas*).

Para evitar confusiones hablaremos en adelante de *ley penal* y *poder punitivo*, y se reserva la voz *derecho penal* al saber o doctrina del derecho penal, que es lo que tratamos aquí y procuramos enseñar.

11. (*El saber penal interpreta leyes*) El derecho penal es una ciencia o saber *normativo*, o sea, que se ocupa de la *interpretación* de las leyes que interesan a lo penal.

Algunas de estas leyes contienen *principios* (por ej. el art. 2,1 DU), de los que se deducen *reglas* que deben ser respetadas al interpretar otras leyes (por ej. *la ley penal no puede ser entendida en forma discriminatoria por ninguno de los motivos mencionados en el 2,1 de la DU*).

Otras leyes (por ej. los artículos de la parte especial del CP) contienen descripciones de conductas penalmente prohibidas que, como luego veremos, las llamamos *tipos legales (142-143)*, de los que se deducen *normas* (por ej. del art. 162 del CP se deduce *no hurtar*).

Las leyes penales contienen	{	Principios (de los que se derivan reglas)
		Definiciones de delitos (tipos legales) (de los que se deducen normas)

12. (*El derecho penal construye un sistema con método dogmático*) En el marco de los principios y sus reglas derivadas, el derecho penal no

interpreta la ley de cualquier manera, sino que construye un *sistema* o *teoría*: descompone los elementos escritos y los recombina en forma coherente (no contradictoria) en un *sistema* que permita derivar las soluciones a los casos concretos de forma armónica (la *amenaza* del 34, 2 *in fine* CP no puede ser diferente de la que sufre la persona *amenazada* del 108 CP). La primera idea de esta construcción –debida a Rudolf von Jhering (*)– se inspiraba en el método de la química.

Este *método* (camino) de elaboración es lo que se llama *dogmática jurídico-penal*. Esta denominación obedece a que los elementos en que se descomponen los textos legales (leyes) mediante una interpretación predominantemente *gramatical* (que se llama *exégesis*) no deben ser *tocados o alterados*, sino que deben ser respetados como *dogmas*.

La química no inventa los elementos, sino que se limita a descomponer y recomponer distintas sustancias, pero siempre con los mismos elementos: en dogmática se descompone el texto en elementos (dogmas) que luego se recomponen en un sistema no contradictorio, sin alterarlos.

Metafóricamente, puede imaginarse que los legisladores descargan camiones volcadores con ladrillos, cerámicas, vigas y tejas, que quedan amontonados y confundidos sobre el terreno jurídico, siendo labor de los juristas clasificarlos, ordenarlos y construir con ellos –armónicamente– los muros y techos del edificio del sistema. Lo que el doctrinario no puede hacer es modificar los ladrillos ni los demás materiales con los que procede a la construcción dogmática.

La dogmática no debe confundirse con la *exégesis* (*), que es el análisis semántico y gramatical de la letra de la ley, que es indispensable para obtener los *ladrillos*. Por ende, la *exégesis* es un paso indispensable de la construcción dogmática, que permite separar, pulir y limpiar los *ladrillos* que se dispondrán de manera armónica al construir los muros.

13. (*De todas maneras, el penalista es libre de criticar las leyes*) Es parte de la tarea dogmática del penalista criticar toda ley que sea incompatible con las leyes de superior jerarquía y sus principios y reglas derivadas, pero no lo es la crítica de otra naturaleza, como la conveniencia política.

Por supuesto que esto no impide que el penalista *critique políticamente* las leyes, pero eso no será parte de su tarea *dogmática*, sino ejercicio de su innegable libertad ciudadana (art. 14 CN) a aportar críticamente sus

conocimientos a la tarea de los legisladores.

Quede claro, pues, que la única crítica que es parte de la dogmática es la que se lleva a cabo a partir de los principios del derecho constitucional o internacional, porque su adecuación a estos siempre será *legal*. Al disponer los materiales para construir el edificio, el penalista debe dar prioridad a las reglas y límites que imponen esos principios y, por ende, es legítima función de la dogmática (*intradogmática*) criticar los edificios construidos en violación a reglas y principios que también son parte de la ley (87 a 117).

14. (*El principal objetivo práctico del derecho penal*) El saber penal no es un entretenimiento lógico (un *arte por el arte*), sino que tiene un objetivo o fin *práctico* al que aspira toda construcción doctrinaria: *convertirse en jurisprudencia*, o sea, que los operadores del *poder jurídico* (jueces, fiscales, abogados y trabajadores judiciales) contribuyan a que en las sentencias se resuelvan los casos concretos conforme al sistema que este saber le proporciona.

Este *fin práctico* —como toda la doctrina jurídica— proviene del derecho romano, donde los juristas teorizaban las formas de resolver conflictos de derecho civil para que los jueces legos de la República romana las aplicaran. Ahora los jueces no son legos, pero la doctrina cumple la misma función.

15. (*¿El derecho penal es o no es una ciencia?*) Debido a esta *función práctica* se dice que el derecho —y también la medicina— no es una *ciencia*, sino un *arte*. En realidad, esta discusión tiene poca importancia, porque *qué es y no es ciencia*, es una cuestión que en buena medida deciden quienes disponen del *poder académico*.

El poder académico es *poder de discurso*, al que siempre cuida el poder político y económico, porque *no hay poder que se sostenga mucho tiempo sin un discurso que lo legitime*. De allí que el poder hegemónico siempre intente considerar *no científico* todo lo que considere deslegitimante o molesto para su ejercicio.

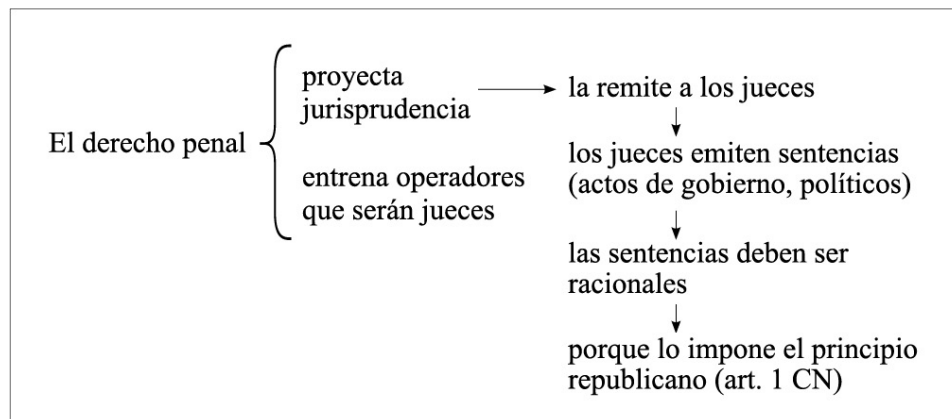
16. (*La construcción de un sistema es una necesidad republicana*) Las sentencias son *actos políticos* (*de gobierno de la polis*), porque el Poder Judicial es una *rama del gobierno de la República*, y el principio

republicano de gobierno (art. 1 CN) impone que *todo acto de gobierno sea racional*.

La construcción doctrinaria de sistemas de interpretación (dogmática) es lo que posibilita la observancia del principio republicano en el área penal, al proponer decisiones *racionales* (no contradictorias y, por ende, no *arbitrarias*) para los casos concretos. No es republicano que cada juez resuelva algo diferente frente a casos similares, porque permite la arbitrariedad autoritaria por amistad o enemistad, por empatía o antipatía.

Por ende, toda construcción jurídico penal es un proyecto de jurisprudencia *racional* y, como esta la produce un poder del Estado, es un proyecto *político republicano*.

17. (*El objetivo pedagógico*) Para que los jueces, fiscales, abogados y trabajadores judiciales (operadores jurídicos) puedan ejercer su *poder jurídico* conforme a un sistema coherente, es necesario que previamente se los entrene en esa práctica. Por eso el derecho penal cumple también una *función práctica pedagógica* cuando se lo enseña en las universidades, para entrenar a los futuros judiciales. En síntesis: el derecho penal se dirige tanto a los actuales operadores judiciales como a los futuros.



18. (*La cuestión de las fuentes*) Suele decirse que hay *fuentes de producción y de conocimiento del derecho penal*. Las de *producción* serían las autoridades políticas competentes que sancionan las leyes. Las de *conocimiento* serían las *leyes, la jurisprudencia y la doctrina penales*. Esa terminología genera confusiones, siendo preferible distinguir:

(a) Las leyes penales, cuya validez depende de su sanción por los órganos constitucionalmente competentes, que configuran el material a interpretar por el saber jurídico penal.

(b) Como la jurisprudencia es una *aspiración del derecho penal*, al penalista le incumbe la tarea de criticar la que entiende que no es compatible con su sistema de interpretación.

(c) La *doctrina* es producto de la discusión entre los sistemas de interpretación propuestos por los penalistas.

En nuestro país, dados los graves defectos de la organización judicial en la CN, no existe *stare decisis* (la jurisprudencia de la Corte Suprema no es obligatoria para el resto de los jueces) ni existe una casación nacional (no hay instancia judicial que unifique los criterios interpretativos de la justicia federal, de los tribunales superiores de las 23 provincias y de la CABA, por lo que puede haber hasta 25 interpretaciones diferentes de la misma norma). Por ende, el valor de nuestra jurisprudencia (bastante anárquica e inestable) es muy relativo y su crítica siempre será difícil y parcial.

19. (*Las tres preguntas básicas del derecho penal*) El derecho penal se suele dividir en *general* y *especial*. El *especial* se ocupa de la descripción de los delitos en particular que se legislan en el libro segundo del CP y en las leyes penales especiales.

La parte general del derecho penal debe responder a tres preguntas básicas: (a) ¿qué es el derecho penal? (*teoría del derecho penal*), (b) ¿qué caracteres debe reunir cualquier delito (*teoría del delito*), y (c) ¿cómo se debe responder al delito? (*teoría de la respuesta penal*). En ese orden las iremos respondiendo.

El derecho penal debe responder

1. ¿Qué es el derecho penal? —→ Teoría del derecho penal
2. ¿Cuáles son los caracteres de cualquier delito? —→ Teoría del delito
3. ¿Cómo se debe responder al delito? —→ Teoría de la pena o de la respuesta penal

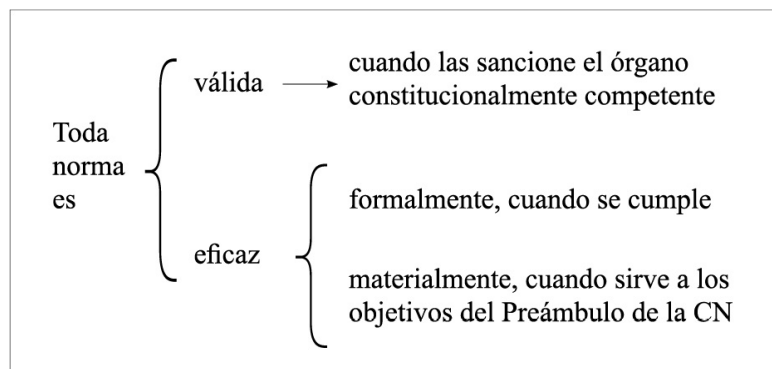
B. El poder jurídico y el poder punitivo

20. (*El deber ser y el ser: validez y eficacia formal y material de las normas*) A ningún legislador se le ocurre sancionar una ley que imponga que los objetos pesados caigan hacia abajo o que el corazón esté a la izquierda, sencillamente porque ninguna norma jurídica impone *lo que es*, sino lo que *debe ser*. Si algo *debe ser* es porque *no es* o –al menos– *no siempre es como debiera ser*.

Por ende, en la medida en que la norma se cumple, el *deber ser jurídico* pasa a *ser en la realidad social*.

Toda norma es *válida* cuando se deduce de una ley sancionada por el órgano constitucionalmente competente. En la medida en que una norma válida se cumple, el *deber ser se convierte en ser* y eso es lo que suele llamarse *eficacia de la norma*.

Pero a su vez, una norma es *formalmente eficaz* cuando se cumple en la realidad (no fumar marihuana), pero su *eficacia material* dependerá de que la eficacia formal sirva realmente a los objetivos declarados (*manifiestos*) y también a los señalados en el *Preámbulo* (CN), que sintetiza los objetivos de todo el orden jurídico argentino (¿no fumar marihuana evita el narcotráfico y, por ende, *consolida la paz interior, contribuye al bienestar general*? ¿Acaso no produce más problemas para estos objetivos? ¿No corre el riesgo de convertirse en una norma *paternalista*?).



21. (*La ilusión panpenal*) Quien crea que todo lo que prohíbe una norma penal siempre se pena en la realidad social (como también que nunca se pena algo que ninguna norma penal prohíbe), sufre una ilusión, por no decir una alucinación o grave alteración de la sensopercepción.

En psiquiatría se dice que *ilusión* es la falsa percepción de un objeto (mira un árbol y cree

ver un camello), en tanto que la *alucinación* es la percepción de un objeto inexistente (ve un elefante donde no hay nada). Estos fenómenos patológicos no solo son visuales, pueden ser auditivos, olfativos, etc.

Si el derecho penal entrenase a los operadores del *poder jurídico* en esta *omnipotencia panpenal*, estos acabarían creyendo que basta con penar cualquier conducta para que desaparezca de la sociedad, como también que el único *poder punitivo* que se ejerce es el que ellos habilitan con su *poder jurídico*, cuando en ninguna sociedad del mundo *se pena siempre todo lo prohibido, ni tampoco nunca se pena algo no prohibido*.

22. (*La ilusión panpenal es antirrepublicana*) El derecho penal alucinado (alienado) con la *omnipotencia panpenal* es una instigación a los operadores del *poder jurídico* (jueces, fiscales, abogados, trabajadores judiciales) para que jamás puedan cumplir con su deber de alcanzar soluciones *republicanamente racionales*.

El derecho penal debe formar operadores jurídicos conscientes de que su función republicana tiene *límites impuestos por la realidad* y que, en la sociedad, debe ejercerse poder punitivo solo cuando los jueces lo habilitan, pero que eso no sucede ni mucho menos en todos los casos, como también que, en alguna medida –incluso en los mejores Estados de derecho–, se ejerce poder punitivo al margen de las habilitaciones de los jueces.

23. (*Poder jurídico y poder punitivo*) En otras palabras, los operadores judiciales deben ser conscientes en todo momento de que:

(a) efectivamente, con su *poder jurídico habilitan, o sea, interrumpen o permiten avanzar el ejercicio del poder punitivo*,

(b) pero también deben tener consciencia acerca de la forma en que en la sociedad se ejerce y reparte el *poder punitivo*, y

(c) del papel *limitativo* que en esa realidad debe cumplir su ejercicio de *poder jurídico de habilitación y contención*.

Para esto el *derecho penal debe comenzar por aclarar que lo que proyecta es un poder jurídico que habilita (interrumpe o permite avanzar) el ejercicio del poder punitivo*, pero que

(a) no todo el poder punitivo que se ejerce en la sociedad es el que los

jueces permiten, como también que:

(b) solo en unos pocos casos, previamente seleccionados por la administración policial, se les pide permiso para ejercer poder punitivo.

La inmensa mayoría de las sentencias condenatorias son por delitos de hurto y robo. Sin embargo, casi todos hemos sido víctimas de hurtos o robos y casi nunca se ha condenado a nuestros victimarios y ni siquiera los hemos denunciado, de modo que el número de esos delitos impunes es enorme. La criminología llama *cifra oscura* al enorme número de delitos desconocidos. Esta cifra es menor en otros delitos, como el homicidio o el robo de automotores, que suelen llamarse *cifras duras*, porque casi todos los que se producen se registran (porque queda el cadáver en el homicidio y porque es necesario formalizar la denuncia para cobrar el seguro en el robo de automotor). Por otra parte, todos tenemos experiencias de ejercicio del poder punitivo fuera de toda habilitación judicial (detenciones con pretexto de identificación, *demoras* para verificar que no portamos drogas en las aduanas, etc.).

24. (*Poder punitivo y coerción directa*) Para comprender cómo programa el derecho penal el ejercicio del *poder jurídico de interrumpir o permitir* el avance del ejercicio del *poder punitivo*, es necesario comenzar por explicar qué es el *poder punitivo*.

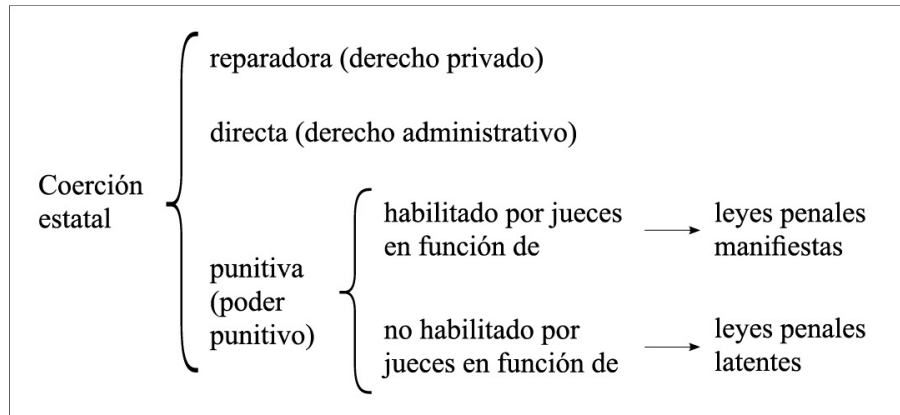
Todo Estado ejerce *poder coercitivo*, pues de lo contrario no se trataría de un Estado sino de una situación *anárquica*, pero no todo ejercicio de coerción estatal es punitivo ni mucho menos.

El *poder punitivo se identifica por exclusión*, y es únicamente el ejercicio de coerción estatal que no persigue la reparación (no pertenece al derecho civil o privado en general) y tampoco impide o interrumpe un proceso lesivo en curso o inminente (coerción directa del derecho administrativo). Esta última pertenece al derecho administrativo y no debe confundirse con el poder punitivo.

La fuerza de un policía para detener a quien amenaza a otro con un cuchillo; el secuestro policial del vehículo que conduce un ebrio; la demolición por orden municipal de una pared que amenaza ruina, son actos de coerción directa administrativa, sin perjuicio de que luego, cuando corresponda, se ejerza poder punitivo.

El poder reparador resuelve un conflicto entre partes y el de coerción administrativa lo interrumpe o previene; el poder punitivo –por el contrario– no resuelve el conflicto, dado que la víctima es excluida y el Estado ocupa –o usurpa– su lugar, o sea que no se trata de un modelo de solución de conflictos, sino *de decisión vertical en el conflicto*. De allí que

se lo considere como una *expropiación o confiscación del conflicto*. Da igual que el poder estatal de quien se apropia del conflicto sea ejercido por un príncipe, por un parlamento o por las autoridades de una república con gorro frigio, porque en cualquier caso –con mayor o menor arbitrariedad– es la autoridad estatal la que dice *la víctima soy yo*.



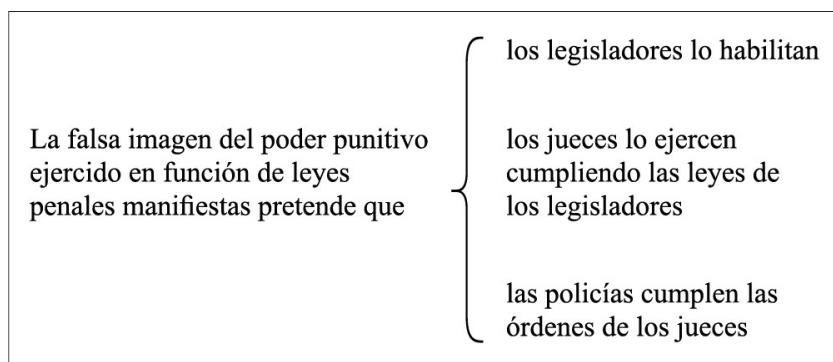
25. (*Habilitación de ejercicio de poder punitivo por leyes penales manifiestas*) Las leyes penales (CP y leyes especiales) autorizan a los jueces a habilitar el ejercicio del poder punitivo en forma *manifiesta*. No obstante, en el orden jurídico también hay leyes que no son irracionales, pero a cuyo amparo muchas veces –no siempre– puede ejercerse poder punitivo en forma *latente*, o sea, encubriéndolo bajo otros rostros jurídicos (institucionalizaciones psiquiátricas, de personas mayores, de niños y adolescentes, por servicio militar obligatorio, inhabilitaciones administrativas, detenciones para *identificación*, privaciones de libertad migratorias, etc.).

Cuando se detecta un ejercicio del poder punitivo latente deben controlarlo los jueces para hacerlo cesar. Esta última función no compete solo al derecho penal, sino también a otros recursos o acciones (inconstitucionalidad, amparo y *habeas corpus*).

No toda internación psiquiátrica implica ejercicio del poder punitivo, pero cuando no fuese necesaria (por no haber una enfermedad) o cuando supera lo necesario para tratar y controlar una crisis, los jueces deben indagar si no se está ejerciendo poder punitivo al margen de las habilitaciones del poder jurídico o incluso cometiendo un delito (privación ilegal de libertad). Lo mismo sucede con las otras institucionalizaciones de personas o con multas e inhabilitaciones que en la práctica esconden verdaderas penas.

26. (*Falsa imagen del poder jurídico*) Existen *falsas imágenes* dominantes que es necesario descubrir para que el derecho penal programe con la mayor racionalidad republicana posible el ejercicio del *poder jurídico* de habilitación (interrupción o permiso) del ejercicio del poder punitivo.

La *primera imagen falsa que se difunde* explica que *las leyes* (legisladores) establecen prohibiciones y penas en abstracto, los *jueces* las aplican en concreto y las agencias ejecutivas (administrativas) o policías en sentido amplio (de seguridad, de investigación, fiscal, aduanera, servicios de inteligencia, etc.) cumplen las órdenes de los jueces. Tan falso es esto que, en la realidad, opera precisamente de modo exactamente inverso.



27. (*El ejercicio del poder punitivo lo inicia la administración*) Esta imagen es por completo ilusoria y casi una *alucinación panpenalista*, pues la realidad muestra exactamente lo inverso: los candidatos a ser juzgados, en su amplísima mayoría, son seleccionados por las policías, es decir, por autoridades administrativas, que ejercen el poder punitivo y llevan esposados a los elegidos antes los jueces.

Jueces, fiscales, abogados y trabajadores judiciales no salen a la calle a buscar ladrones, sino que los trae ante ellos la administración en coches oficiales (llamados *celulares* y en argot *lechonerías*). Esta es la clarísima evidencia cotidiana, pese a la cual se prefiere seguir explicando la realidad a la inversa.

28. (*El poder jurídico no ejerce poder punitivo*) Frente a cada candidato a ser condenado, los operadores judiciales disponen del *poder jurídico* de decidir si ese *poder punitivo* –que ya está en marcha desde el momento de la detención del supuesto autor– debe interrumpirse o continuar. Ese –y no

otro— es el *poder jurídico de habilitación de poder punitivo* de esos operadores y, en definitiva, de los jueces.

Ni siquiera los mayores sicarios disfrazados de jueces de la historia —como el payazo asesino Roland Freisler (*)— ejercieron poder punitivo, o sea, que tampoco quienes bajo la toga esconden el hacha del verdugo ejercen poder punitivo, por mucho que traicionen su deber de ejercer el *poder jurídico* de contención.

Se trata del manejo de una suerte de *semáforo judicial*: si el poder punitivo en curso obedece a un error, a un abuso de autoridad o a una nimiedad, el juez que cumple con su deber, en ejercicio de su *poder jurídico*, resolverá interrumpir el ejercicio del poder punitivo, o sea, encenderá la luz roja de su semáforo; pero si se tratase de algo grave, lo dejará avanzar con su luz verde; y, si tiene dudas, encenderá la luz amarilla y se tomará un tiempo para meditarlo mejor.

El *semáforo judicial* programado por el derecho penal no mueve el tránsito del poder punitivo, sino que lo detiene o deja avanzar. Los vehículos no se mueven por propulsión a semáforo, sino a combustible que, en este caso, es el poder punitivo ejercido por las policías administrativas.

La imagen real del ejercicio del poder punitivo en función de leyes penales manifiestas es la siguiente:

- El legislador ejerce la criminalización primaria, señalando el universo de conductas entre cuyos autores se seleccionarán a los que se criminalice secundariamente.
- Las policías (administración) seleccionan de ese universo de autores de conductas a las personas sobre las que se ejerce el poder punitivo (criminalización secundaria).
- Los jueces ejercen el poder jurídico programado por el derecho (saber) penal para controlar y limitar el ejercicio del poder punitivo de las policías.

29. (*Criminalización primaria, secundaria y estereotipos*) Lo anterior debe quedar claro desde el principio. Los legisladores proyectan la punición en abstracto, lo que se llama *criminalización primaria*, que es un proyecto

legal tan enorme que en sentido estricto abarcaría a casi toda la población.

Se trata de un programa irrealizable que puede cumplirse únicamente en muy escasa medida, pues solo en un pequeño número de casos las agencias ejecutivas (policías) tienen capacidad para seleccionar a personas sobre las que ejercen el poder punitivo (esta selección se llama *criminalización secundaria*).

Son innumerables las personas que se llevan perchas o ceniceros de los hoteles o se quedan con el libro prestado por el amigo, los secretarios judiciales que dan fe de actos que no presenciaron y de la presencia de jueces que no estuvieron. Sin embargo –felizmente– nadie es criminalizado por eso. De lo contrario, estaría criminalizada casi toda la sociedad y se paralizaría la actividad, incluso económica. Para este y los siguientes párrafos, es importante ver la lectura 13 de la segunda parte.

30. (*El papel del legislador penal*) El legislador (senadores y diputados) es el *autor del programa irrealizable de criminalización primaria*, o sea que, cada vez que el legislador crea nuevos tipos penales, no hace más que ampliar el arbitrio selectivo de las agencias ejecutivas, lo que en los últimos años se extiende en forma nunca antes vista (la llamada *inflación de tipos penales*), porque cuando los políticos no pueden resolver un problema –o cuando creen que les reportará votos– crean un nuevo tipo penal.

31. (*Ampliación legislativa del arbitrio selectivo*) La desproporción entre lo programado por la criminalización primaria y la reducida capacidad operativa de la secundaria es inconmensurable, por lo que las policías inevitablemente disponen de un enorme espacio de arbitrio selectivo que el legislador amplía constantemente, sin que tenga la menor idea de quiénes serán los seleccionados por la criminalización secundaria, que algunas veces incluso recae sobre la propia persona del legislador histórico (no sería la primera vez que un legislador acaba en la cárcel por imperio de una ley que votó en la Cámara).

32. (*Esteriotipos dominantes*) El arbitrio selectivo de la criminalización secundaria (policías) no se ejerce al azar ni por la gravedad del delito, sino que tiende a responder a las reglas de cualquier burocracia, que siempre hace lo más sencillo y menos conflictivo.

En la criminalización secundaria la selección se efectúa por *esteriotipos*,

que son prefiguraciones negativas (prejuicios) acerca de cierta categoría de personas que, por su apariencia o conducta de vida, pertenencia social, etc., se tienen por *sospechosas*. El portador de esos caracteres estereotipados corre mayor riesgo de selección criminalizante que las otras personas.

Los estereotipos dominantes en la actualidad suelen ser varones adolescentes o jóvenes de barrios precarios, con cierto aspecto externo y caracteres étnicos, o sea, con *cara mediática de delincuente*, cuya mera presencia los hace sospechosos. El famoso *olfato policial* no es más que el efecto del estereotipo, que se ha ironizado como *portación de rostro*.

33. (*El comportamiento según estereotipo*) Al *estereotipo* no lo inventan las agencias ejecutivas (policías), sino que lo construye la comunicación masiva montada sobre prejuicios sociales.

De una persona estereotipada se espera una conducta conforme al rol que el prejuicio le asigna, y *como en la sociedad cada uno de nosotros va siendo más o menos lo que los otros esperan que seamos*, de las personas estereotipadas como *delincuentes* no se espera otra cosa que delitos.

34. (*Introyección de roles*) Algunas de las personas estereotipadas tienen mayor debilidad subjetiva (*personalidad lábil*), lo que hace que internalicen rápidamente esas demandas y se comporten conforme a ellas, porque en alguna medida todos introyectamos los roles que nos exigen los demás, tanto positivos (médico, profesor, sacerdote) como negativos (delincuente, vagabundo, etc.). Puede decirse que todos andamos por la calle con un aspecto externo que es nuestro *uniforme de algo* (abogado, juez, policía, maestro, etc.) y, por ende, el ladrón lo hace con su respectivo *uniforme de ladrón*, aunque muchas veces puede llevar adosado el uniforme sin serlo.

35. (*El delito grosero*) En toda sociedad hay entrenamientos diferentes, conforme al estrato social. En las muy estratificadas, como las nuestras, estos *entrenamientos diferenciales* son más notorios. Debido al precario entrenamiento de los estereotipados, cuando estos asumen el rol cometen delitos groseros (*opera tosca* del delito), porque no están entrenados para otros más elaborados.

Como la propia torpeza del estereotipado *lábil* facilita su descubrimiento, nada resulta más sencillo que seleccionar a un ladrón en uniforme de tal y autor de robos o hurtos groseros de fácil investigación. Como se trata de

personas de las clases subalternas de la sociedad, tampoco es conflictiva su selección.

Es tan inimaginable que un estereotipado intente crear una sociedad *offshore* para encubrir evasión fiscal, como que quien tiene entrenamiento para eso quiera hurtar una billetera en el subterráneo. Si lo intentasen, ambos fracasarían debido a su entrenamiento diferencial.

36. (*Selectividad social*) Esto hace que la selección criminalizante secundaria recaiga con preferencia sobre personas de los sectores más carenciados, con un entrenamiento precario que le impide cometer delitos sofisticados, por lo que opera como una epidemia, conforme a la regla de que es más vulnerable quien se halla más lejos del poder (en especial económico) y encuadra mejor en un estereotipo, y viceversa.

Por ende –en cualquier sociedad– padecería una alucinación muy grave quien creyese que *esos son los únicos delincuentes*.

El delito atraviesa todas las capas sociales, solo que algunos de sus autores son más vulnerables al ejercicio del poder punitivo que otros. Esto se analizó en los años treinta del siglo pasado por Edwin Sutherland, al crear el concepto de *delito de cuello blanco* (*white collar crime*) (*).

37. (*La selectividad es un dato estructural*) El grueso de los seleccionados responde a esta selección, por lo que, salvo algo así como un 20 % de infractores graves –muchos cercanos a la patología–, el resto de la población de todas las cárceles del mundo se compone de estereotipados *lábil*es, señalados según la respectiva cultura, prejuicios y preferencia local de la comunicación masiva.

Este es un dato *estructural* y no meramente accidental del poder punitivo, puesto que es selectivo en todo el planeta, o sea, que su ejercicio siempre viola en alguna medida el *principio de igualdad constitucional e internacional*.

Si bien el *grado de selectividad* varía entre los distintos sistemas penales y mucho se puede hacer para disminuir su intensidad, *nunca podrá eliminarse del todo, puesto que en sustancia es un carácter estructural*.

38. (*Selectividad victimizante y policizante*) Cabe precisar que la selectividad no se limita a la criminalización, sino que también es selectiva

la *victimización*. La *vulnerabilidad a la victimización* aumenta con la menor capacidad de protección que –por regla– sufren los sectores de menores ingresos, los habitantes de barrios marginales y precarios, etc.

También de las mismas capas sociales se selecciona a los policías de baja jerarquía, que suelen sufrir físicamente las consecuencias de la violencia urbana y son sometidos a condiciones arbitrarias de trabajo.

A los policías se les prohíbe la sindicalización, los reclamos colectivos, no tienen paritarias, no pueden discutir sus condiciones de trabajo, se los militariza, se los somete a regímenes autoritarios, etc. Son los trabajadores estatales a los que en mayor medida se les desconocen sus más elementales derechos laborales.

39. (*Funcionalidad política de la conflictividad violenta*) En síntesis, como *son selectivas tanto la criminalización, como la victimización y la policización*, y como esas selectividades suelen recaer sobre personas de los mismos sectores desfavorecidos, esto tiene el inevitable efecto de crear o profundizar los conflictos y antagonismos dentro de esos mismos estratos sociales.

Aunque no responda esto a ninguna conspiración, lo cierto es que no se puede pasar por alto que estas selectividades cruzadas del poder punitivo *son funcionales para potenciar una conflictividad interna en esas capas sociales humildes, que les impide el diálogo, la coalición y, en definitiva, la toma de consciencia que posibilite su protagonismo político racional*.

Para mejor comprensión de esto se recomienda la lectura 15 de la segunda parte.

C. Legitimación del derecho penal

40. (*El problema de la legitimidad*) Si en toda república se exige que el ejercicio del poder sea *racional*, esto requiere que se lo *justifique racionalmente o, al menos, razonablemente*. Esta justificación racional es lo que se llama *legitimidad*.

El poder arbitrario puede imponerse por la fuerza, pero sin explicación racional carecerá de *legitimidad* y, en algún momento se derrumbará, pues el *discurso legitimante* es parte del poder y, cuando falta, el poder queda rengo y a poco se pierde. En consecuencia: el discurso es *poder* y el derecho penal (discurso elaborado por los penalistas) también lo es.

Los conceptos que utilizamos para explicar la legitimación del derecho penal se complementan con las lecturas 12, 13 y 14 de la segunda parte.

41. (*La legitimación del derecho penal*) El derecho penal programa el ejercicio del *poder jurídico* y, por lo tanto, su legitimidad dependerá de la legitimidad de ese poder que, como vimos, es el que otorga el manejo del *semáforo judicial* que interrumpe o deja avanzar el ejercicio del poder punitivo. Por ende, *el derecho penal es el discurso legitimante del ejercicio del poder jurídico y no, como se pretende, del poder punitivo.*

42. (*La doctrina dominante quiere legitimarlo de otra forma*) No es esa la forma en que la doctrina dominante pretende legitimar al derecho penal, pues *desde siempre ha optado por hacerlo mediante la legitimación más o menos amplia del poder punitivo.*

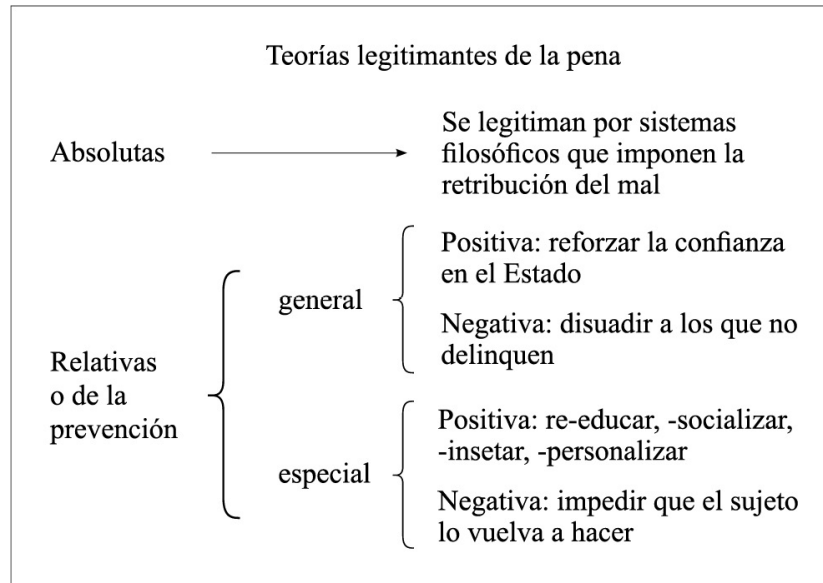
De este modo, confunde al derecho penal con el poder punitivo (9), por lo que acaba justificando a este último, que es un poder que *no ejercen los jueces, los fiscales, los abogados y los trabajadores judiciales* y, por cierto, *no es tarea del derecho penal legitimar un poder que sus destinatarios no ejercen.*

43. (*Las teorías de cómo debieran ser las penas*) No obstante, la doctrina dominante insiste en pretender legitimar al derecho penal, legitimando un ejercicio de poder por completo ajeno a lo que puede programar el propio derecho penal y, para eso, anuncia desde hace dos siglos las llamadas *teorías de la pena.*

Por este camino se enreda en cuestiones filosóficas sin solución y acaba en una disparidad enorme: para unos la pena se justifica por sí misma (*teoría absoluta*); para otros *debe* perseguir la *prevención general retribuyendo* el mal causado por el delito cometido (para asustar a los que no han delinquido); para otros *debe* prevenir posibles delitos futuros (*prevención especial*) del mismo autor (delitos no cometidos y ni siquiera pensados).

Esta clasificación de las *teorías de la pena* se repite en todos los manuales y obras generales y fue originalmente expuesta por Anton Bauer en 1830 (*). En el fondo, no son *teorías de la pena* sino del derecho penal y hasta del propio Estado, porque según se entienda el objetivo del poder punitivo se legitima la forma de ejercerlo. Sobre esto es

necesario ver la lectura 12 de la segunda parte.



44. (*Todas estas teorías dicen cómo debería ser la pena*) Todas estas teorías que enuncian y defienden los penalistas en sus libros, sirven para que cada autor elija alguna de ellas –según crea que así *deberían ser* las penas– y en base a esa elección y creencia construya su sistema que, obviamente será usado por los jueces para decidir en los casos concretos, al habilitar penas que serán *como son en la realidad social* y no como creyó el penalista que *debían ser*.

Por regla general, el derecho penal así construido dice a los jueces que deben sentenciar *como si la pena sirviese* (a) para retribuir el mal del delito; (b) para intimidar a los que no delinquieron; o bien (c) para corregir o inutilizar al delincuente. No faltan quienes amontonan todos estos supuestos fines realizables.

45. (*Quiere indicar cómo ejercer el poder que los jueces no ejercen*) De este modo, la doctrina dominante quiere legitimar el poder punitivo (que los jueces no ejercen) mediante un *deber ser que no es*, o sea, siempre *como si la pena sirviese* para lo que a cada uno de ellos se le ocurre que *debiera servir*, cuando en la realidad: (a) el poder punitivo no lo ejercen los jueces y (b) tampoco funciona ni se ejerce en la realidad como cada penalista ilusiona o alucina en su discurso.

Cuando se trata de programar el ejercicio del *poder jurídico de los jueces* (que es lo único que puede hacer el derecho penal), no es nada racional pretender ilusionarlos, primero con un poder del que no disponen, y luego con penas que no existen de ese modo ni cumplen ese objetivo en el mundo.

46. (*El ser y el deber ser confundidos*) Esto explica el abismo que separa hoy al derecho penal de la sociología (*) y de la ciencia política (*). Cabe insistir siempre en que el *deber ser* es un *ser que no es* (o que, por lo menos *aún no es*), pero no por eso se debe desentender de lo que *es*, porque un derecho racional (republicano) solo puede admitir un *deber ser que pueda llegar a ser* (una norma que imponga caminar a la luna no es derecho). Pues bien: para la sociología y la ciencia política (desde lo que *es*) toda teoría de la pena es un *deber ser que nunca puede llegar a ser*.

La criminología sociológica muestra las cárceles superpobladas de América Latina, algunas convertidas en campos de exterminio, la mayoría de los presos no condenados (en prisión preventiva), la reproducción de violencia, el condicionamiento de carreras criminales a través de la intervención del poder punitivo en delitos de menor gravedad, la amplia *prisionización* (*) por delitos que no afectan la vida ni la integridad corporal ni sexual, etc.

47. (*Mirando desde lo que es*) Si contemplamos al poder punitivo desde *lo que es*, la perspectiva cambia por completo.

(a) Ante todo, salta a la vista que las agencias ejecutivas (policías) son las que ejercen el poder punitivo y no los jueces (y menos los legisladores).

(b) En segundo lugar, resulta innegable la buena medida de irracionalidad del poder punitivo, debida a su selectividad estructural (inevitable).

La pretensión de dotarlo de racionalidad con las teorías que postulan *cómo debiera ser la pena* (o el Estado) no parece ser otra cosa que un enorme esfuerzo de *racionalización* (falsa racionalidad) de un supuesto *derecho, propio de un imaginario modelo ideal perfecto de Estado de derecho, para ejercer un poder punitivo* que, en la realidad, funciona de manera totalmente diferente. Las cosas se confunden aún más, porque se pretende que el Estado ejerce el poder punitivo en función de un supuesto *derecho subjetivo de penar*. En este sentido –y para mayor contradicción– se suele hablar de un *derecho penal subjetivo (del Estado)*.

48. (*El poder punitivo es un hecho político*) De allí que, a la luz de los datos de la sociología y de la ciencia política (datos ónticos o de la realidad), no sea posible considerar al poder punitivo como un fenómeno jurídico (racional) y deba tratárselo como un *hecho de la realidad del poder*, un *factum* o *hecho político*, tal como en el siglo XIX lo caracterizara el notable jurista brasileño Tobías Barreto (*).

En este sentido, el poder punitivo comparte la naturaleza de la guerra: puede deslegitimarse por irracional –como algunos han hecho–, pero no por eso desaparecerá, como no desaparece la guerra, por mucho que sea irracional e incluso internacionalmente ilícita, según la Carta de la ONU. Ni la guerra ni el poder punitivo desaparecen –*simplemente*– *porque son hechos del poder* y ningún hecho de esta naturaleza desaparece por mucho que lo deslegitimen en sus libros los internacionalistas y los penalistas.

Sobre esto ver lectura 14 de la segunda parte.

49. (*La CRI y la guerra*) La Cruz Roja Internacional (*) es el organismo que conforme a los PG debe ejercer su poder para contener las manifestaciones más crueles de las guerras, pero no dispone de poder para hacerlas desaparecer. Y el poder punitivo, por mucho que se lo deslegitime discursivamente por su selectividad, tampoco desaparecerá, porque los jueces solo disponen del poder de contenerlo dentro de ciertos límites, pero no de suprimirlo.

No porque no sea imposible de momento hacer desaparecer las guerras, se le ocurre a nadie pretender deslegitimar la función de contención de la CRI ni del derecho internacional humanitario (*), como se llama a la rama del derecho que programa su ejercicio de poder de contención conforme a los PG. La CRI hace *lo que puede* y nadie puede exigirle que haga *lo que no puede*.

50. (*¿Qué sucedería si desapareciesen los jueces?*) Aunque resulte reiterativo, cabe insistir en que es un gravísimo error confundir el *poder jurídico* (programado por el derecho penal) con el *poder punitivo* (ejercido por las policías).

Para demostrar la enormidad de esta confusión fatal, basta que por un momento imaginemos que desaparecen todos los tribunales y también el

derecho penal, es decir, que no hubiese posibilidad alguna de ejercer *poder jurídico* por los jueces. Quienes los confunden, tendrían que concluir que en ese caso desaparecería el poder punitivo.

Pero las tristísimas y mortales experiencias históricas nos muestran todo lo contrario: cuando eso ha sucedido, cuando el poder de los jueces ha desaparecido o se ha debilitado en demasía, las agencias ejecutivas (policías administrativas en sentido amplio) quedaron completamente libres para ejercerlo sin límite alguno.

51. (*¿Qué sucedió cuando desaparecieron o se debilitaron?*) En todos los tristes casos en que el poder jurídico (jueces, fiscales, abogados y trabajadores judiciales) se debilitó o desapareció, el derecho penal que lo programaba perdió eficacia y las policías (o los ejércitos en función policial) cometieron los delitos más masivos y graves de la historia.

Esto fue lo que sucedió –entre otros muchos casos– en los totalitarismos del siglo pasado: la Gestapo (*), las SS (*), la KGB (*), etc., fueron policías sin contención jurídica; los otomanos soltaron presos para que matasen a los armenios en el camino (*genocidio armenio*) (*); lo mismo se verifica hoy con los crímenes de lesa humanidad en África (*) y fue lo que sucedió con las dictaduras latinoamericanas.

Esta es la prueba empírica de que *el derecho penal no se legitima programando las decisiones jurídicas para acompañar el ejercicio de un poder punitivo que las agencias jurídicas no ejercen, sino que debe programarse para contener y limitar su ejercicio por parte de las agencias ejecutivas dentro de los mayores límites posibles de racionalidad republicana.*

52. (*Es el complemento indispensable del derecho constitucional*) De la eficacia de esta función de contención y reducción depende nada menos que la subsistencia del Estado de derecho.

El derecho penal, en este sentido, es *el complemento indispensable del derecho constitucional de todo Estado constitucional de derecho. El derecho penal y el poder jurídico que programa son legítimos en la medida en que ejercen este control racional de limitación.* Si renuncian o fallan en

esta función, pierden legitimidad.

Cualquier derrumbe del poder de los jueces es una catástrofe institucional. Imaginemos que se derrumba la justicia civil y el consiguiente desastre para el derecho de propiedad, o la justicia laboral y el daño para las fuerzas del trabajo, pero todo eso se puede reconstruir si permanece en pie *algo* del Estado de derecho. Pero si se derrumba el *poder jurídico* de contención del poder punitivo de los jueces penales y este se dispara sin límites, pierden eficacia todos los derechos y no queda a salvo ningún bien jurídico.

53. (*Estado de derecho y de policía en tensión permanente*) Pero el *Estado de derecho* (en que todos están sometidos por igual a la ley) y el *Estado de policía* (en que todos están sometidos al arbitrio del que manda) no son datos reales, sino *modelos ideales*.

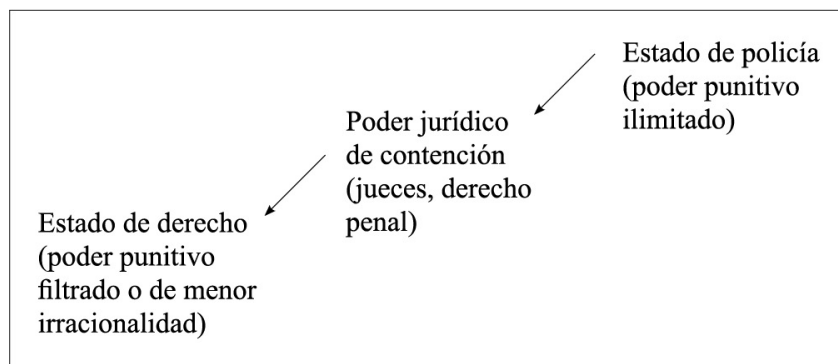
Los Estados de derecho *históricos* (reales o existentes) nunca son perfectos conforme al modelo ideal, sino que todos ellos mantienen encerrado en su seno al Estado de policía en constante tensión dinámica con sus pulsiones represivas.

El Estado de policía no está muerto en ningún Estado de derecho real, sino que permanece encapsulado en su interior, porque *en ningún país falta alguien que quiera hegemonizar el poder para ejercerlo arbitrariamente*. Cabe agregar que en nuestra región no es suficiente contraponer los modelos de *Estado de derecho* y *Estado de policía*, porque el acelerado debilitamiento de algunos de nuestros Estados está perfilando decididamente el modelo de *Estado deteriorado*, que se aparta del *Estado de derecho*, pero sin caer en el *de policía*, sino en el de un deterioro que *caotiza* la sociedad mediante la pérdida del monopolio del poder punitivo y una consiguiente *pluralización de sistemas punitivos* (policiales, mafiosos, parapoliciales, militares, paramilitares, contraestatales, etc.).

Sobre esto ver lectura 15 de la segunda parte.

54. (*La proximidad al modelo ideal como prevención del genocidio*) En la medida en que se debilita la contención propia del Estado de derecho, el de policía o el deteriorado lo perforan y si pueden lo hacen estallar. El poder jurídico, al contener al poder punitivo, refuerza el Estado de derecho y contiene las pulsiones represivas del Estado de policía o del deteriorado. *Cuanto mejor contenga el Estado de derecho al de policía, más cerca estará del modelo ideal y viceversa.*

Conforme a la experiencia del siglo XX, si el Estado de policía logra eliminar del todo al poder jurídico, desaparece el Estado de derecho y *las propias agencias ejecutivas desbocadas cometen los peores crímenes*, que han causado más muertes que las propias guerras. A esto cabe agregar que, según nuestra actual experiencia regional, cuando nuestros Estados de derecho se deterioran y se pluralizan los sistemas punitivos, la consiguiente *caotización* de la sociedad se traduce en una *cronicización del subdesarrollo* que, a su vez, provoca un fenómeno continuo de *genocidio por goteo*. Por ende, la función de contención del poder jurídico que programa el derecho penal también es legítima porque, en último caso, implica la prevención de genocidios (*).



55. (*Límites del poder jurídico de contención*) Pero el poder jurídico de contención y reducción no tiene fuerza suficiente para suprimir ni para reducir radicalmente al poder punitivo, como lo pretenden los críticos más radicales. En esta materia, los operadores jurídicos se hallan en la misma situación de la CRI respecto de la guerra. Por ende, el derecho penal debe programar el paso de cierta cantidad de poder punitivo (el menos irracional), que opere como un filtro o sistema de filtros. *La programación de ese sistema de filtración es, justamente, la función más importante del derecho o doctrina penal.*

56. (*Grados de irracionalidad punitiva*) No es verdad que la pena *no sirva para nada*, sino todo lo contrario: como *hecho político (factum de poder)* tiene tantas funciones que nadie las conoce todas y algunas ni siquiera las sospechamos. Por eso, si bien el poder punitivo es un hecho de poder y nunca es del todo racional en razón de su selectividad (aunque no

exclusivamente por ella, como por ej. en casos de abierta persecución política), lo cierto es que presenta distintos grados de irracionalidad.

Es tarea propia del derecho penal evaluar estos grados y proyectar un dique inteligente que impida el paso del poder punitivo más irracional, y permita circular el de menor irracionalidad, para que la pulsión del Estado de policía o del proceso de deterioro del Estado no destruya el dique y provoque el desastre total.

Entre el poder punitivo que se habilita por el poder jurídico respecto de un homicida o un violador, y el que se quiere ejercer sobre un adolescente que fuma un cigarro de marihuana en una plaza, media una diferencia abismal en cuanto al grado de irracionalidad.

57. (*Dificultades para reconocer los niveles de irracionalidad*) El derecho penal tiene serias dificultades para reconocer los diferentes niveles de irracionalidad en el ejercicio del poder punitivo, lo que da lugar a profundas discusiones doctrinarias.

Estas dificultades obedecen a que la criminalización primaria cubre un universo tan extremadamente heterogéneo de conflictos, que nada tienen en común en el plano social. Así, entre la violación de una mujer y el libramiento de un cheque sin provisión de fondos no hay en el plano social nada en común (no son comparables la extensión del daño, el sufrimiento de la víctima, el grado de reprobación social, lo aberrante de la conducta, etc.).

Lo único que tienen en común es que ambos conflictos están descriptos en el CP y, por ende, nadie puede pretender que el poder punitivo tenga la misma función frente a conflictos tan dispares, como lo alucinan quienes postulan cualquiera de las teorías legitimantes del poder punitivo. Es más que obvio que la pena para un homicidio no puede tener la misma función que la de un delito tributario, que se extingue si el infractor paga voluntariamente lo debido.

58. (*El semáforo del juez penal*) Como el juez penal no ejerce el poder punitivo, sino que su *poder jurídico* solo dispone del manejo del semáforo al que hicimos referencia, la tarea del derecho penal es la de tratar de proporcionar reglas racionales para el manejo de ese semáforo.

Se trata de proyectar un control racional para reducir un fenómeno de

poder que en esencia no es del todo racional. Por ende, *a la función de la CRI en el momento bélico le corresponde la del poder jurídico en el momento político.*

59. (*Publicidad única de medios*) La creación mediática de realidad única inventa que a mayor arbitrariedad policial corresponde un menor riesgo de victimización, cuando en realidad lo que esta produce es un mayor riesgo de indefensión para todos los bienes jurídicos frente a la voluntad desenfrenada de los que mandan (pulsión hacia el Estado de policía) o la *caotización* propia del *Estado deteriorado* (53).

En la actualidad es menester recalcar la importancia de la contención racional del poder punitivo por parte del *poder jurídico* (que el derecho penal aspira a programar), para apuntalar los Estados de derecho –y con ellos los bienes jurídicos de todos los habitantes– frente a la amenaza de los medios masivos de comunicación monopolizados que obligan a desbaratar la legislación penal y procesal penal, que pasa hoy en nuestra región por su peor momento de decadencia, oscuridad e irracionalidad de toda nuestra historia independiente.

D. Dificultades delimitativas del derecho penal

60. (*El ejercicio de poder punitivo pretendidamente no penal*) Las leyes penales *latentes* (25) se disfrazan de *no penales* con alguna careta en el carnaval del ejercicio arbitrario del poder punitivo. Para descubrir su verdadero rostro punitivo es necesario mantener con toda firmeza el criterio de que todo poder estatal (o delegado por el Estado), que no responda a un objetivo reparador o restitutivo ni a coerción administrativa directa, *es poder punitivo* (24).

Los *poderes ejecutivos* tienden a ejercer poder punitivo evitando la *contención racional del poder jurídico*. Por eso las más frecuentes máscaras de leyes penales *latentes* pertenecen al ámbito del *derecho administrativo*, que se caracteriza por una vocación fagocitaria que, de no contenerse, de buena gana se *comería* a casi todo el derecho penal. Se trata de uno de los avances de los modelos de Estados de policía y deteriorados contra la separación de poderes republicana, propia del Estado de derecho.

En los casos extremos de Estados de policía la expansión ilimitada del derecho administrativo se observa con toda claridad, debido a su brutalidad: recuérdese que los millones de personas masacradas por el nazismo, no fueron enviadas a los campos de concentración y exterminio en función de leyes penales *manifestas*, sino de normas *administrativas*.

61. (*El derecho administrativo sancionador*) La rama más problemática en este sentido (aunque no la única) es el llamado *derecho administrativo sancionador*, que conmina *faltas administrativas* (con multas, clausuras, inhabilitaciones, etc.).

Aunque no resuelva todos los problemas, para distinguir la *sanción por falta administrativa* del ejercicio de *poder punitivo*, debe tenerse en cuenta:

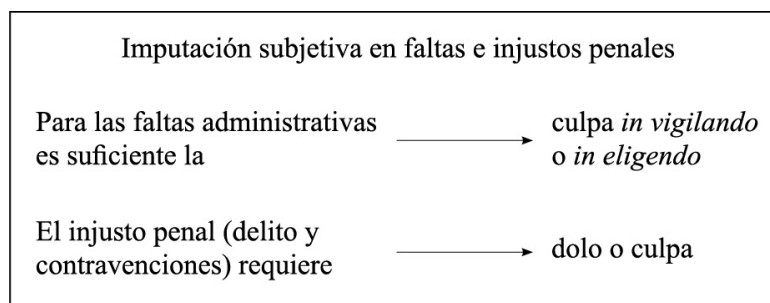
(a) que para la *falta* basta con una responsabilidad por *culpa in eligendo* o *in vigilando* (*) y

(b) que en el fondo tiene un objetivo reparador, porque la administración debe sostener todo un aparato de vigilancia y sanción a infractores que pagamos todos los contribuyentes.

La infracción administrativa no requiere del dolo y la culpa penales (305, 306), sino de culpa *in vigilando* o *in eligendo*. Así, no importa que el propietario de una finca esté en China, si no dejó a nadie encargado de mantener su cerco o su acera. Tampoco importa que el propietario de un automotor no lo haya conducido, si el vehículo se pasó un semáforo en rojo.

No debe confundirse el *derecho administrativo sancionador* con el *derecho disciplinario*, que solo es aplicable a funcionarios o miembros de una categoría profesional, y cuya función es únicamente la corrección o depuración de los *intraneus* y que, por ende, es constitucional en la medida en que no pretenda imponer penas.

Si bien hoy puede parecer solo una nota curiosa, en vigencia del derogado Código de Justicia Militar, se pretendió que todo el derecho penal militar era derecho disciplinario administrativo, con lo que se llegaba al absurdo de pretender habilitar la posibilidad de imponer penas de muerte por vía administrativa, lo que dio lugar al luctuoso episodio de los fusilamiento de 1956 (*).



62. (*Las sanciones a personas jurídicas*) Pero las dificultades delimitadoras se acrecientan porque también, a la inversa, se pretende convertir en penas lo que no pueden ser más que sanciones administrativas. Esto sucede con la *penalización de las personas jurídicas*, conminadas con supuestas *penas* que en el plano óntico (en la realidad) son siempre sanciones administrativas.

No sería problema admitir que los jueces penales ejercen también jurisdicción administrativa sancionatoria sobre personas jurídicas, salvo en cuanto al riesgo de doble punición (por el juez penal y por la autoridad administrativa) (152), que puede dar por resultado una sanción pecuniaria desproporcionada y ruinosa y, en último análisis, una doble sanción de naturaleza administrativa (*ne bis in idem* administrativo).

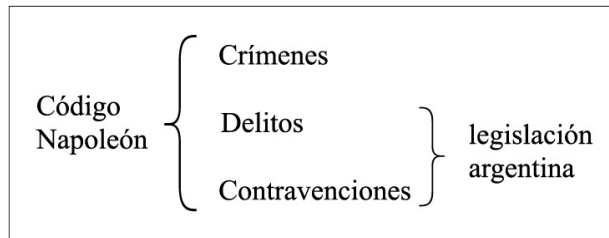
Si por una misma infracción se le impone a una sociedad anónima una multa por el juez penal y otra por la autoridad administrativa, la suma de las dos multas puede resultar irracionalmente desproporcionada y, en definitiva, las dos son administrativas.

63. (*El derecho penal contravencional*) La máxima pretensión imperialista del derecho administrativo ha habilitado en nuestro país el ejercicio de poder punitivo por vía administrativa (policial) hasta muy recientemente y, en verdad, aún no se ha extinguido del todo. Durante casi todo el siglo XX el derecho administrativo se ha *comido al derecho penal contravencional* y ha puesto la legislación y la jurisdicción en manos de las policías, o sea, que se montó un *sistema penal paralelo*.

Desde el punto de vista del saber penal, no cabe duda de que el *derecho contravencional es una rama del derecho penal* y las contravenciones son una categoría de delitos regulados en un orden de menor gravedad punitiva.

64. (*De la tripartición a la bipartición*) La clasificación *tripartita* de las infracciones penales –por orden de gravedad– en crímenes, delitos y contravenciones, proveniente del código de Napoleón (*), fue reemplazada en nuestra legislación por la *bipartita* de *delitos y contravenciones*.

Por ende, entre los delitos y las contravenciones media únicamente una diferencia de *gravedad*, pues no existe ninguna diferencia óntica o de naturaleza. En síntesis: *la contravención es un pequeño delito*.



65. (*Los problemas en nuestro sistema*) Por razones constitucionales, en su origen no muy claras, pero ahora por costumbre constitucional, la legislación *contravencional* es de competencia de las provincias argentinas y de la CABA (aunque también hay contravenciones federales: aduaneras, por ejemplo).

La insólita tesis administrativista permitió el juzgamiento por las policías, en abierta violación constitucional (art. 109 CN). En la Ciudad de Buenos Aires el jefe de policía fue legislador y juez de contravenciones hasta 1956, en que la Corte Suprema declaró inconstitucional su facultad de legislar por *edictos*, pero para evitar su nulidad –por *decreto-ley* de la dictadura de ese momento– todos los *edictos* se declararon *ley de la Nación* y ese *funcionario ejecutivo* ejerció funciones judiciales hasta que le puso fin la autonomía de la CABA, con su Constitución de 1996 (*) y la sanción de un código por su Legislatura.

66. (*La minimización para un mayor control represivo*) La minimización del derecho contravencional sirvió para habilitar un sistema punitivo paralelo que ejerció un poder punitivo más fuerte que el de la ley penal manifiesta, puesto que la carencia de límites al poder policial permitió que este practicara todo tipo de abusos con pretexto de *moralidad, buenas costumbres, identificación* o simple *estadística policial*.

El control del juego de azar y la prostitución siempre jugó un papel sucio en la política y la provisión de fuentes de recaudación autónoma policial (vulgarmente llamada *corrupción*), consentida por los poderes políticos que, en lugar de retribuir adecuadamente a sus funcionarios, desprestigiaron al Estado con características de proxeneta y tahúr.

67. (*La función del derecho contravencional*) En lo que hace al poder punitivo, es mucho más *configurador social* su ejercicio en razón de

contravenciones que de delitos, dado que es muy difícil que un ciudadano se sienta amenazado por penas graves, porque el común de las personas no comete delitos graves, pero nadie está exento de verse involucrado en una contravención.

El contacto directo con el poder punitivo más cercano a las personas tiene lugar con motivo de estas infracciones, pues el resto es conocido por la gran mayoría de las personas casi exclusivamente a través de los monopolios mediáticos. De allí la importancia del derecho penal contravencional (como *rama del derecho penal*), en general descuidada por la doctrina.

El ejercicio de poder punitivo contravencional por las policías es sumamente pernicioso: nadie sabrá nunca si puede tomar cerveza en una esquina, juntarse a charlar, besar a una mujer, organizar un baile o una fiesta, estar en un club nocturno, etc.

68. (*La despenalización y la degradación penal*) Esta conflictiva relación con el derecho administrativo debe servir de advertencia frente a cualquier proyecto de eliminación de un tipo penal, porque no siempre eso significa menor ejercicio del poder punitivo.

Cuando se deroga un tipo penal (*despenalización*) debe cuidarse que no se lo convierte en un injusto administrativo (la llamada *degradación penal*) y quede librado al criterio arbitrario de funcionarios del ejecutivo. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que, para que el poder jurídico *filtre* poder punitivo, se requieren garantías que en lo administrativo son mucho más laxas.

Se debe tener en cuenta que			
– (menos) derecho penal	=	(menos) – contención jurídica	= + (más) poder punitivo
y que			
+ creación de infracciones menores	=	+ posibilidad de selección	= + poder punitivo

69. (*Punición de niños y adolescentes*) Una de las materias que sin duda integra el derecho penal, aunque se pretenda que en parte no habilita el ejercicio de poder punitivo, es la referida a niños y adolescentes, regulada

en nuestro país por la llamada ley 22.278 (*) de 1980 con la reforma de la llamada ley 22.803 (*).

Esto da lugar a la cuestión que los medios de comunicación denominan *imputabilidad de los menores* y que suele ser materia de politiquería electoralista. Jurídicamente, el *menor* (niño o adolescente) solo puede ser inimputable por las mismas razones que el adulto (si fuese psicótico (*) u oligofrénico (*), por ejemplo) **(396 y ss.)**. Lo que en verdad la legislación establece es un régimen penal parcialmente diferente, con algunas particularidades para la habilitación del ejercicio del poder punitivo, problema que en rigor no corresponde a la teoría del delito, sino a la punibilidad **(436)**.

70. (*La legislación vigente*) Conforme a la legislación vigente,

(a) desde los 18 años, toda persona es penalmente responsable,

(b) las personas que cometen delitos entre los 16 y 18 años son punibles, salvo que se trate de delitos de acción privada (art. 73 CP) o en los que la pena de prisión no exceda de dos años, aunque el juez puede *reducirla en la forma prevista para la tentativa* (inc. 3 último párrafo del art. 4 de la llamada ley 22.278) y

(c) los menores de 16 años *no son punibles*.

Obsérvese el descuido con que se prevé la posibilidad de reducción a la pena de la tentativa (de enorme diferencia en el caso de la pena perpetua).

En cuanto a las personas que no alcanzaron los 16 años, la norma es aparentemente generosa y se explica diciendo que *los menores de 16 años salieron del derecho penal*, todo lo cual es tremendamente engañoso y hasta perverso, porque en realidad permite un ejercicio del poder punitivo mucho más arbitrario que el que se ejerce sobre los adultos.

71. (*Una clarísima ley penal latente*) Según la ley, a los menores de 16 años y también a los mayores de esa edad y menores de 18 años que no fueran *punibles* (estos últimos por haber cometido delitos de acción privada o cuya pena no exceda de dos años), el juez los puede someter a estudios y, *si de tales estudios surgiera que el menor se encuentra abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta*,

el juez dispondrá del menor por acto fundado, previa audiencia con sus padres o tutores (art. 1 de la llamada ley 22.278) (*).

(a) La expresión *el juez dispondrá del menor*, significa que lo puede internar en una institución total (*) (instituto para *menores*).

(b) Para eso le basta con invocar que *presenta problemas de conducta*, lo que equivale a decir *por cualquier razón*, dado que no hay ser humano que desde los valores de otro no presente *problemas de conducta*.

(c) En consecuencia, el niño o adolescente que se pretende *no punible* no está exento de poder punitivo, sino que una clarísima *ley penal latente* permite que se lo ejerza sobre él en forma totalmente arbitraria y sin los límites y garantías que el derecho penal y procesal penal señalan para el adulto. Si bien la prudencia de los jueces evita muchas de estas consecuencias, no elimina la violación a la CIDN (inc. 22 del art. 75 CN).

E. Relaciones necesarias del derecho penal

72. (*Disciplinas penales*) Mucho se especuló en otro tiempo acerca de las *ciencias penales*, como saberes que *auxilian* al derecho penal, con lo que se coloca a éste en posición predominante y se relega a las otras a la condición de meras *ciencias auxiliares*.

Lo único cierto es que, en su tarea de programar la contención reductora, el derecho penal no se halla solo, sino que debe vincularse con otras disciplinas, pero no hay razón alguna para considerarlas *auxiliares o subordinadas* a este. Se trata simplemente de conocimientos que aportan otros saberes y que son tan indispensables para la contención del ejercicio del poder punitivo como el mismo derecho penal. No integran ninguna *enciclopedia* ni nada semejante, sino que constituyen el *complejo entramado de relaciones del derecho penal con otros saberes*.

73. (*Relaciones necesarias, integradas y eventuales*) En ese entendimiento, es obvio que el derecho penal forma parte de todo el *orden jurídico* del Estado de derecho y, por ende, *se relaciona con todas las otras ramas del derecho*.

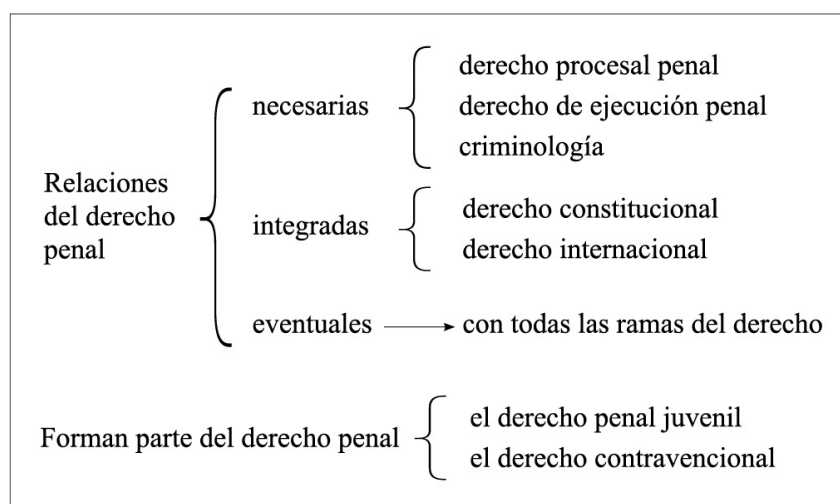
Con algunas de ellas mantiene:

(a) relaciones *necesarias por ser esenciales para su eficaz control racional del poder punitivo* (derecho procesal penal y de ejecución penal),

(b) otras, directamente las debe *integrar* a su materia (derecho constitucional e internacional); y, por último,

(c) establece relaciones eventuales con todas las otras ramas jurídicas (derecho civil, mercantil, laboral, administrativo, etc.).

Relaciones *eventuales* son las que el derecho penal muchas veces requiere para determinar el alcance de sus propios conceptos, como por ejemplo con el derecho civil, para determinar el concepto de *cónyuge*, de *cosa ajena*, etc., que van apareciendo en el curso de su desarrollo y cuyo estudio corresponde principalmente a la parte especial.



74. (*Con el derecho procesal penal*) El cónyuge jurídico inseparable del derecho penal es el *derecho procesal penal*, que regula el camino que deben seguir los operadores del poder jurídico para detener o franquear el paso al ejercicio del poder punitivo.

Con toda razón se ha dicho que, en ausencia del derecho procesal, el derecho penal no le toca un solo cabello al delincuente (Ernst von Beling) (*).

Debido a esto, las garantías procesales que establecen la CN y los tratados internacionales de derechos humanos, son tan o más importantes que las penales en la tarea de contención del ejercicio del poder punitivo.

75. (*Criterios de distinción*) Las materias penal y procesal se distinguen por sus respectivas sanciones: *a la violación de la norma penal corresponde*

una pena; a la de la ley procesal una nulidad.

Si bien en nuestro país (arts. 5, 121 y 123 CN) la legislación procesal penal corresponde a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires (el Congreso Nacional legisla solo el proceso penal ante la justicia federal), conforme al criterio diferencial señalado, resulta claro que también hay disposiciones procesales en el Código Penal, como las referidas al ejercicio y prescripción de las acciones y la audiencia del inc. 2 del art. 41 *in fine*.

76. (*Penas en los códigos procesales*) A la inversa, los códigos procesales también regulan una pena, que es la *prisión preventiva*. Se trata de la pena que con mayor frecuencia se habilita en nuestra región, aunque la doctrina se empeña en considerarla una *medida cautelar* análoga al embargo del derecho privado (procesal civil y comercial) y, por ende, quiera excluirla del derecho penal.

La prisión preventiva no puede equivaler al embargo del proceso civil, porque este se equilibra con una contracautela, que garantiza la reparación en caso de embargo injusto y que se paga en la misma especie: la lesión pecuniaria que se puede producir al embargado se repara con dinero. En la prisión preventiva no hay contracautela posible y no puede devolverse a nadie el tiempo (existencia) de que se le priva.

En la práctica de nuestra región, mediante el abuso de la prisión preventiva, el proceso penal tiende a penar primero y revisar más tarde (la llamada *inversión del proceso penal*), por mucho que teóricamente se describa lo contrario. La mayoría de los presos de América Latina están cumpliendo pena de prisión preventiva (son *presos sin condena*).

77. (*Con el derecho de ejecución penal*) Cuando el *poder jurídico* habilita el ejercicio de *poder punitivo*, impone penas que deben ejecutarse de alguna forma, lo que hace imprescindible que esa ejecución se regule legalmente. En el orden federal rige la ley 24.660 (*) y cada provincia sanciona su propia ley de ejecución.

Las normas internacionales (art. 10,3 PIDCP y art. 5,6 CADH) y nacionales mandan que la ejecución de las penas tenga por objeto la *resocialización* o la *reinserción social* del condenado. La doctrina dominante interpreta ese objetivo en forma análoga a un *tratamiento* médico, presuponiendo que al condenado siempre le *falla algo*, lo que hace

necesario enseñarle a no delinquir.

78. (*Misión imposible*) Entendido de esta manera, el mandato de esas normas es irrealizable a la luz de todos los datos de las ciencias sociales, porque la prisión –como toda institución total (*)– tiene efecto *deteriorante* y, con frecuencia, condiciona desviaciones de conducta más graves.

Al preso se le regula todo lo que podía hacer libremente en su vida adulta. De este modo se lo retrotrae a la adolescencia o a la niñez (condicionamiento regresivo). Además, se le introduce en una sociedad artificial y violenta. Se le afecta la autoestima y se le reafirma el rol desviado (del *yo robé* pasa al *yo soy ladrón*). Al egreso está estigmatizado y es rechazado socialmente. Si las prisiones están degradadas por sobrepoblación y gobernadas por los mismos presos, lo que es común en nuestra región, estos efectos negativos se agudizan.

Por otra parte, dado el predominio regional de la pena de prisión *preventiva*, se cae en una contradicción insalvable al pretender imponer un *tratamiento de resocialización, reinserción, etc.*, a quien está preso *por las dudas*, porque aún no se sabe si cometió un delito.

79. (*La misión posible*) En la realidad latinoamericana, cada país tiene una cantidad de personas presas (en prisión preventiva y condenadas) por un hecho político que en nuestra civilización no puede suprimirse (*poder punitivo*). Una reducidísima minoría de esos presos son de alta agresividad, a veces con deterioro serio de salud mental; pero la gran mayoría (ronda el 80 %) están presos por delitos contra la propiedad o tráfico minorista de tóxicos prohibidos, en su mayor parte conductas sin violencia física.

De esta realidad estadística innegable resulta la necesidad de regular legalmente el *trato* (no *tratamiento*) que debe darse a esos presos y de elaborar jurídicamente la interpretación de esas leyes (*derecho de ejecución penal*).

Esa elaboración adquiere coherencia a partir de la asignación de un *objetivo* que oriente el *trato* y, dado que el *fin resocializador* (o cualquier otro *re* ideológico) en el sentido tradicional es de imposible cumplimiento, debe ser necesariamente otro.

80. (*¿Por qué están presos la gran mayoría de los presos?*) La mayoría de los presos (salvo la mencionada minoría de alta agresividad) lo está por su

estereotipo, por su entrenamiento diferencial de clase y por su personalidad lábil a las demandas de rol desviado (33). Es bien sabido que, por efecto de la selectividad criminalizante secundaria (29), son muchísimas las personas que cometen delitos más graves y no son criminalizadas ni están presas (23).

En síntesis: si bien la prisionización presupone que el preso sea culpable de un delito (condenado) o haya indicios de que lo sea (preventivo), se trata de *presupuestos necesarios, pero no suficientes para la prisionización*, puesto que *en la gran mayoría de los casos esta no tendría lugar si la persona no ofreciese un alto grado de vulnerabilidad al poder punitivo*.

81. (*Tratar la vulnerabilidad*) Al considerar lo anterior, el objetivo del *trato al preso* consistiría en *ofrecerle (no imponerle, porque sería jurídicamente inadmisibile y a veces materialmente imposible) la oportunidad de elevar su nivel de invulnerabilidad al poder punitivo, que representa un peligro para él*.

El objetivo del *trato al preso* será impulsarlo a salir del estereotipo y a modificar su *autopercepción*, convirtiéndolo en una persona resistente a la introyección del rol desviado (34). No se trata de la *resocialización* de modelo médico, pues la consigna no sería *debes ser bueno*, sino *no debes ser tonto y ponerte al alcance del poder punitivo (has robado, pero no eres ladrón, eres una persona)*. Si de este modo se *reinterpreta* la *resocialización* como *elevación del nivel de invulnerabilidad a la selectividad del poder punitivo*, los mandatos internacionales se vuelven de posible cumplimiento.

Al *debes ser bueno* se responde fácilmente con *hay otros que hacen cosas peores y no están presos*. Frente al *no debes ser tonto, porque te usan para hacerte jugar ese papel*, no cabe esa respuesta. Es claro que un preso que ingresa analfabeto y egresa como técnico en electrónica, tendrá una autopercepción diferente y un nivel de invulnerabilidad más alto. En cierta medida se trata de invertir la vieja idea del racismo positivista, que pretendía neutralizar la *peligrosidad de la persona para la sociedad*, para pasar a neutralizar la *peligrosidad del poder punitivo para la persona*.

82. (*El problema de la igualdad*) Conforme a nuestro sistema federal, las fuentes de las leyes procesales y de ejecución son locales (provinciales).

(a) Así, a la imputación del mismo delito corresponderá prisión preventiva

o no, según las leyes locales. De este modo, las leyes provinciales habilitan diferentes grados de ejercicio del poder punitivo en el territorio nacional.

(b) Por otra parte, dos penas que se ejecutan de diferente modo son dos penas diferentes (no es lo mismo disponer de salidas transitorias con la mitad de la pena de prisión cumplida, que hacerlo con los dos tercios o no hacerlo).

Si bien el problema no puede resolverse en su totalidad, un mínimo de igualdad (art. 16 CN) exige que las leyes procesales y de ejecución *nacionales* sirvan de *marco*, en forma que las provinciales puedan habilitar igual o menor poder punitivo que estas, pero no mayor.

Leyes marco existen en otros sistemas federales, como el alemán, por ejemplo. Son leyes que fijan los límites generales al que deben atenerse todas las legislaciones de los entes federados al legislar en alguna materia. La regla de que *todos los habitantes son iguales ante la ley* (art. 16 CN) es –en nuestro derecho– el fundamento para la solución de mínima igualdad. Así, los códigos provinciales podrán prever la prisión preventiva en los mismos o en menos casos que la ley nacional, pero no en mayor medida; los regímenes de ejecución podrán ser menos o igualmente restrictivos que el nacional (ley 24.660), pero no más de lo reglado para este.

83. (*El derecho penal necesita conocer algo más que leyes*) Las *relaciones necesarias* del derecho penal con otros saberes, en la medida en que se parta de una teoría del conocimiento mínimamente *realista*, no puede agotarse en su vínculo con los otros saberes jurídicos, puesto que si el derecho penal aspira a ser un *programa* de control racional (republicano) del ejercicio del *poder punitivo*, le resultará imprescindible conocer los datos reales que le informen cómo opera y qué efectos tiene en cada caso el ejercicio de poder que debe controlar, porque *nadie puede controlar correctamente algo que desconoce*. Nadie compraría un proyecto de dique, elaborado sin tener en cuenta el caudal y la fuerza de las aguas que deberá contener.

Para programar el *poder jurídico* como control y acotamiento del *poder punitivo*, es indispensable incorporar los conocimientos acerca de los efectos sociales y personales del ejercicio de ese poder, que es el que aportan las *ciencias sociales y de la conducta* (sociología, ciencias políticas, antropología, economía, psicología, psiquiatría).

84. (*Criminología*) Ese conjunto de información *no jurídica* que debe tomar en cuenta el derecho penal (y transmitir a los jueces) acerca de la realidad del *poder punitivo*, indispensable para evaluar en cada caso su nivel de racionalidad (de *republicanismo*), es lo que se puede denominar *criminología*.

Estos conocimientos no configuran *una ciencia* con método propio, sino que se trata de los aportes de varias ciencias, cada una de ellas con su propia metodología, pero que convergen en el objeto de conocimiento, es decir, en el saber acerca de la operatividad real del ejercicio del poder punitivo.

85. (*Antagonismo con el derecho penal idealista*) No siempre fue esta la definición de *criminología* y tampoco hay general acuerdo actualmente. Desde los demonólogos medievales (*) y el biologismo reduccionista y racista del llamado *positivismo* (*) del siglo XIX e incluso desde la crítica criminológica del siglo pasado (*), mucho se ha discutido y se discute.

Sobre esto, ver lecturas 2, 4 y 5 de la segunda parte.

Cuando el discurso jurídico penal se elabora con marcada tendencia al idealismo filosófico (*), tiende a rechazar los conocimientos acerca de la realidad y –con frecuencia– lo hace afirmando que la criminología no es *una ciencia, lo que es verdad*, pero pasa por alto que son *ciencias* las que aportan al objeto común de conocimiento de que se trata.

Semejante confusión es un recurso táctico que en último análisis pretende negar carácter científico a las ciencias sociales y de la conducta, en pos del objetivo estratégico de legitimar un saber penal ajeno a toda realidad social (encapsulado en sí mismo) y, en última instancia, peligrosamente útil a cualquier fin político.

86. (*El derecho penal sin criminología se psicotiza*) Un derecho penal que prescindiera de esta información no tomará en cuenta los efectos sociales reales de lo que programa y –en el mejor de los casos– quedará reducido a una pura lógica normativa (*deber ser*) que, a su vez, da por cierto o indiscutido el *deber ser* que haya elegido arbitrariamente para legitimar la pena (43-44), o sea, que se aislará en un mundo virtual separado de lo que

es (del único mundo real), cayendo en una autosuficiencia de imprevisibles consecuencias prácticas y políticas.

El derecho penal es un *saber jurídico*, pero, a la vez, como todo el derecho, no deja de ser un *saber social* y, como tal, no es racional que ignore su naturaleza *política, cultural e histórica*.

F. Relaciones de integración secante del derecho penal con el constitucional

F.1. Las relaciones de integración

87. (*Naturaleza y panorama de las relaciones de integración*) Materia de interpretación del saber jurídico penal son todas *las leyes que contienen normas o principios que inciden en la habilitación o impedimento del ejercicio del poder punitivo*. Por ende, todas ellas *integran* su saber, su horizonte de proyección o *epistemológico*.

Por cierto, esas normas y principios son también objeto de estudio de otras disciplinas jurídicas que conservan su autonomía. Así, hay normas y principios del derecho constitucional que el operador jurídico *no puede dejar de integrar a su saber*, como tampoco puede dejar de hacerlo con las del derecho internacional.

88. (*Integración secante*) Es obvio que el saber jurídico penal no incorpora todo el saber jurídico constitucional ni internacional, sino solo los sectores de esos saberes que necesita para su empresa de contención racional del ejercicio del poder punitivo, o sea, que se trata de *integraciones secantes* con las que su saber *recorta lo que necesita de otros saberes jurídicos*.

Tampoco la incorporación al saber penal altera la metodología ni los principios interpretativos de los otros ámbitos del saber jurídico: los incorpora respetando el método y los principios de cada una de las respectivas ciencias jurídicas.

Así, por ejemplo, es claro que la *costumbre* no puede ser relevada en el derecho penal a los efectos de extender el ejercicio del poder punitivo. En nuestro sistema de derecho con fuente legal es inadmisibile que se pretendiese penar una conducta atípica porque *siempre fue costumbre penarla*. No obstante, la costumbre es una fuente indiscutible del derecho internacional y también, aunque más problemática, del derecho constitucional.

89. (*La integración con el derecho constitucional*) Como toda ley penal manifiesta debe adecuarse a la ley constitucional –que es *la ley suprema de la Nación* (art. 31 CN)–, se deduce que el derecho penal mantiene una relación de subordinación con el constitucional.

Esto solo es correcto *si se confunde ley penal con derecho penal*, pero al tratarse del *saber jurídico penal* no es válido, porque a este le es imprescindible integrar a su conocimiento *el saber del derecho constitucional* que interese a la habilitación o limitación del ejercicio del poder punitivo. Tan innegable es esta *integración al saber penal* que, de lo contrario, este se quedaría sin brújula y librado a cualquier arbitraria racionalización *supralegal*.

Cuando el derecho constitucional no existía o era raquítico, los penalistas de fines del siglo XVIII y del XIX se veían en la necesidad de acudir a *principios supralegales*. Así Francesco Carrara (*) los deducía de la razón y Anselm von Feuerbach (*) consideraba a la filosofía como fuente del derecho penal. Hoy esos principios están en los textos constitucionales e internacionales, lo que reduce el efecto práctico de la disputa filosófica jurídica entre jusnaturalismo (*) y positivismo jurídico (*).

90. (*El contenido de los tratados de derechos humanos es parte del derecho constitucional*) Dado que desde 1994 los tratados internacionales universales (*) y regionales (*) de derechos humanos (DU, DADDH, CADH, PIDCP, CPG, ER, CIDR, CIDM, CCT, CIDN, CICGLH, CG) están incorporados al texto constitucional (inc. 22 del art. 75 CN) (*), o sea, que forman parte de la CN, sus mandatos configuran una única integración con el derecho constitucional, pues del entramado de sus disposiciones con las normas constitucionales históricas resulta la *regla básica* y los *principios constructivos para la elaboración del sistema del derecho penal*.

Si bien pueden ensayarse distintos sistemas interpretativos, todos deben respetar la regla básica y los principios constructivos, que operan de modo análogo a la regulación municipal para la construcción de edificios.

Conforme a esta regla y principios deben interpretarse las leyes penales y descartarse por *inconstitucionales* las que fuesen del todo incompatibles con ellos.

Una ley es inconstitucional cuando ninguna interpretación posible la haga compatible con la CN, porque también puede serlo solo alguna de sus posibles *interpretaciones*. En este último caso el tribunal deberá emitir una sentencia *interpretativa*, que diga *solo entendida de este modo la ley es constitucional*.

91. (*Otras normas constitucionales integradoras del derecho penal*) Hay disposiciones de la CN que sin duda integran el derecho penal, como las referidas a indultos y conmutaciones de penas (inc. 5 del art. 99 CN), amnistías generales (inc. 20 del art. 75 CN), indemnidades e inmunidades de los legisladores (arts. 68, 69, 70 CN), derecho de resistencia (art. 36 CN), además de los llamados *delitos de definición constitucional* descriptos en los arts. 15, 22, 29, 36, 119 y 127 de la CN.

Los objetivos de esa tipificación constitucional son diversos: los arts. 15, 22 y 127 como garantía de orden institucional, los arts. 29 y 36 como garantía del sistema republicano y el art. 119 como garantía para todo ciudadano, vinculada a la prohibición de pena de muerte para delitos políticos (art. 18). Con el texto del art. 119 se quisieron evitar las ejecuciones de políticos justificadas en el concepto nebuloso de *traición* que se manejaba en el derecho inglés. El análisis de estos delitos corresponde a la parte especial.

Cabe observar que la CN (arts. 52 y 59) prevé también el *juicio político* (*impeachment* en inglés) para la remoción del presidente, vicepresidente, jefe de gabinete, ministros y jueces de la Corte Suprema. Pero la CN prevé también la posibilidad de que el Senado imponga una pena de inhabilitación que sería inapelable. Esta última disposición no resiste el control de convencionalidad (CADH), puesto que se trataría nada menos que de una pena inapelable impuesta por un órgano político, con lo cual la CN entraría en autocontradicción. Esto se resuelve considerando que se trata de una *cláusula obsoleta*, al igual que otras que también son contrarias al derecho internacional de los derechos humanos incorporado a la CN por imperio de ella misma (así, la incapacidad de los eclesiásticos regulares para ser legisladores del art. 73 CN o el requisito de renta anual de los senadores del art. 55 CN).

F.2. Regla básica y principios constructivos derivados de la integración

92. (*Regla básica y clasificación de los principios constructivos*) La regla básica de construcción del derecho penal argentino impone que este sea siempre un derecho penal de acto y no de autor o, en otras palabras, que nadie sea penado por lo que es, sino por lo que haya hecho.

Esta regla la imponen: el art. 16 CN y todas las normas que prohíben la jerarquización de humanos o discriminación (CIDR; CIDM; art. 1 DU; art. II DADH; DADD; PIDCP; inc. 23 del art. 75 CN), como también de las que establecen que la punición presupone un hecho (art. 18 CN) o una acción u omisión (art. 15 PIDCP).

Observada en cualquier caso la *regla básica*, los principios constructivos se derivan de tres *mandatos fundamentales*:

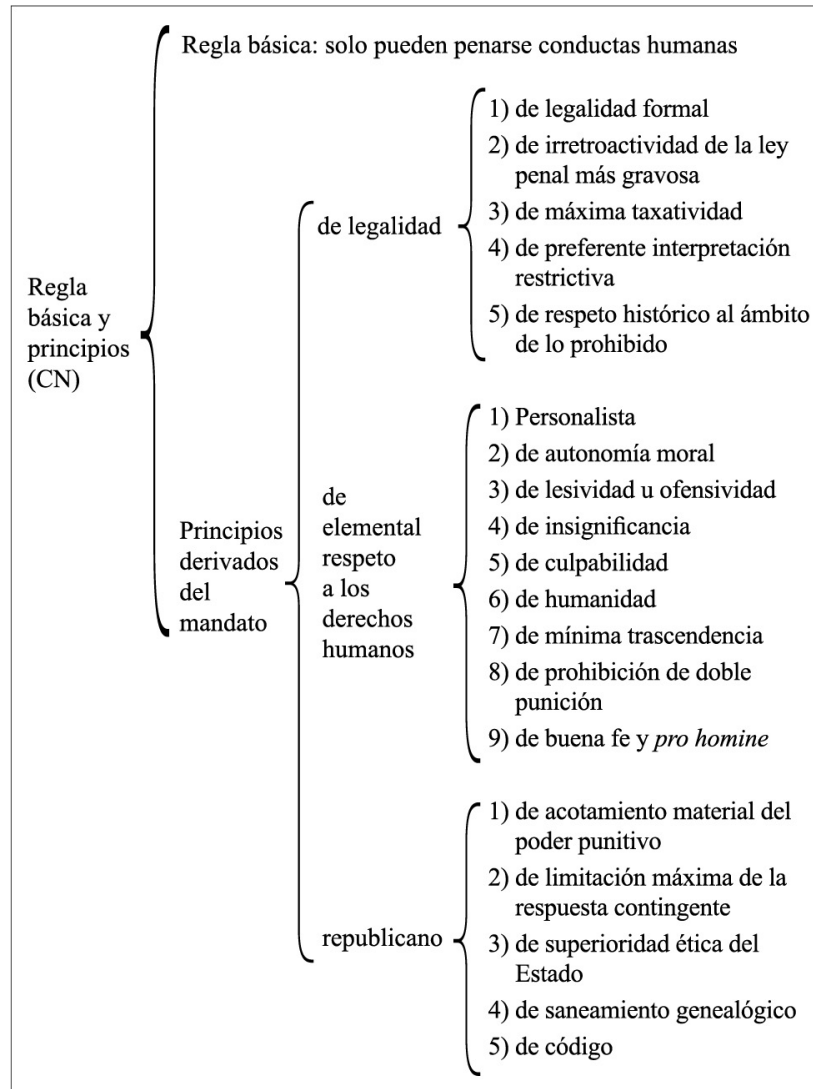
- (a) de legalidad,
- (b) de respeto elemental a los derechos humanos y
- (c) del principio republicano de gobierno.

A efectos de mero ordenamiento expositivo los explicamos conforme a lo que entendemos su *derivación preferente*, pero con la advertencia de que cada uno de ellos responde también a los otros dos mandatos.

93. (*Estándares de realización*) La *regla básica*, al igual que los *principios constructivos*, se concretan en mandatos normativos (*deber ser*), cuya completa eficacia haría que nuestro derecho penal fuese el ejemplo ideal y casi paradisíaco para el resto del mundo.

Como esto no sucede, es indispensable advertir que en la realidad carecen de eficacia absoluta, pues su realización sufre avances y retrocesos, debido a que el Estado de derecho impulsa su mayor eficacia, en tanto que las pulsiones del Estado de policía o del deteriorado resisten ese avance y procuran su retroceso (53-54).

Lo que se observa siempre en el mundo real es cierto *estándar de realización o eficacia*, y es función del derecho penal impulsarlo continuamente y oponer resistencia a las pulsiones contrarias al Estado de derecho, tarea que nunca estará del todo terminada, pues se trata de un *unfinished*.



F.3. Principios derivados del mandato de legalidad

94. (*Principio de legalidad formal*) Tanto la conducta prohibida como el *pragma* (conducta más resultado) **(141)**, la pena amenazada para la violación de la norma respectiva y los demás límites a la habilitación punitiva, deben establecerse por ley del Congreso Nacional, salvo en la materia reservada a las Provincias, como la contravencional **(63)** y de delitos de prensa (art. 32 CN), en cuyo caso la ley deberá emanar de las legislaturas locales.

El Poder Ejecutivo en ningún caso puede legislar penalmente, ni siquiera en situaciones de urgencia en que emite los llamados *decretos de necesidad*

y urgencia, pues estos no pueden referirse a normas *que regulen materia penal* (art. 99 inc. 3 CN). Tampoco puede hacerlo por delegación del Congreso Nacional (art. 76 CN).

95. (*Legalidad formal y ley penal en blanco*) Se llama *ley penal en blanco* a aquella que, para determinar su contenido prohibido remite a otra norma. Al tratarse de una ley que remite a otra también emanada del mismo Congreso Nacional, no hay ningún problema constitucional de legalidad formal (en este caso suelen llamarse *impropias leyes penales en blanco*).

En los casos *proprios*, o sea, cuando remite a decretos del Ejecutivo, a leyes provinciales o a ordenanzas municipales, la cuestión es mucho más discutible.

Los casos más claros en nuestro país son las remisiones a decretos del ejecutivo de la ley de armas y explosivos (art. 3 de la ley 20.429) y de estupefacientes (art. 41 de la ley 23.737 que remite al art. 10 de la ley 20.771). En el primer caso es el decreto del ejecutivo el que precisa cuáles son *armas de guerra* y, en el segundo, qué sustancias son *estupefacientes*. Cabe entender que esos decretos únicamente *precisan* esos conceptos, pero no pueden desvirtuarlos: no podría el ejecutivo considerar *arma de guerra* a una honda ni *estupefaciente* a la sal.

96. (*Principios de irretroactividad de la ley penal más gravosa y de retroactividad de la más benigna*) Las leyes penales y las procesales penales más gravosas no pueden aplicarse retroactivamente (art. 18 CN; art. 9 CADH; art. 11.2 DU). La única ley penal retroactiva es la *más benigna* (art. 9 CADH).

Es obvio que son leyes más benignas las *desincriminatorias*, como también las de *amnistía* (*amnesia*: olvido o eliminación del delito) (inc. 20 del art. 75 CN), que son *leyes desincriminatorias anómalas*, porque dejan atípicas las conductas típicas realizadas en las circunstancias generales que identifica.

97. (*Evaluación de la ley*) Para saber si una ley es más gravosa o más benigna, se compara la situación particular de cada persona en relación con ambas leyes, pero no es posible crear una tercera ley mezclando las disposiciones de las que se comparan.

Si hubiese habido una o más leyes intermedias, se aplica la que sea más

benigna entre todas (art. 2 CP). La ley más benigna opera *de pleno derecho*, incluso después de la sentencia condenatoria y hasta la extinción de todos los efectos de la pena.

Es dable observar que nuestra Corte Suprema decidió computar prisión preventiva conforme a una ley que no estaba vigente al momento en que las personas podían ser legalmente procesadas en vigencia de la ley (caso del llamado 2×1) (*). Si bien esta decisión era insostenible, el Congreso sancionó una supuesta *ley interpretativa* que, en realidad, es una ley posterior más gravosa, es decir, que fue *peor la enmienda que el soneto*. Si bien esa ley puede explicarse como *acto político positivo* de nuestros legisladores, no puede admitirse constitucionalmente que con el pretexto de interpretación se sancionen leyes retroactivas más gravosas. Lo insólito fue que –si bien en votos minoritarios– la Corte Suprema, en lugar de rectificar su anterior criterio, acogiese el argumento y aplicase retroactivamente esa ley más gravosa, so pretexto de *interpretación*.

98. (*Principio de máxima taxatividad legal e interpretativa*) El derecho penal debe exigir al legislador el agotamiento de los recursos técnicos para dar la mayor precisión posible a sus conceptos y límites.

Los defectos legislativos deben sancionarse por el derecho penal con la interpretación más restrictiva de lo prohibido en los casos de defectos menores, o bien, con la inconstitucionalidad, cuando la desidia del legislador incurra en el límite de la temeridad y, con mayor razón, cuando no se trata de un descuido, sino de un claro indicio de su voluntad de violar la legalidad penal estricta.

99. (*Prohibición de integración analógica de la ley penal*) La ley penal no puede habilitar a los jueces para completarla por analogía *in malam partem*, es decir, los jueces no pueden incluir hipótesis prohibidas que la ley no prevé especialmente (art. 18 CN; art. 11 DU; art. 15 PIDCP; art. 91 CADH).

Debe observarse que la *integración analógica* no es lo mismo que la *interpretación analógica*, porque esta última siempre se mantiene dentro de la *resistencia semántica del texto legal*, es decir, no excede de lo que el lenguaje denota.

Una duda interpretativa generó la voz *ganado* en el tipo de abigeato de la redacción original del CP, acerca de si el hurto de *una vaca* era hurto de *ganado*, porque se podía entender que la palabra no denotaba una pluralidad sino un *género*. Esto era materia de *interpretación*, pero se trataría de *integración analógica* si se hubiese querido abarcar en el tipo el hurto de gallinas o de perros.

100. (*Principio de preferente interpretación restrictiva*) La ley penal es *sancionadora pero no constitutiva*, es decir, que recorta del inmenso campo de conductas ofensivas a bienes jurídicos solo unas pocas que los ofenden y que tipifica **(326)**, sin crear nuevos bienes jurídicos **(331)**, es decir, que se limita a estas excepciones.

En esto se distingue precisamente del derecho civil que, como debe regular un *continuo de vida, desde antes del nacimiento hasta después de la muerte*, no puede dejar ningún conflicto sin solución, porque implicaría habilitar la violencia (*guerra civil*). De allí que el derecho civil imponga a los jueces su integración analógica, indispensable para su modo de proveer seguridad jurídica, en tanto que el derecho penal la deba prohibir terminantemente, porque anularía su modo de proveerla.

El derecho penal, dada la excepcionalidad de los tipos penales, no solo debe prohibir la analogía, sino incluso imponer como regla general la *interpretación más restrictiva de la ley penal prohibitiva*, salvo en los casos en que de esta resulte una solución manifiestamente irracional.

El hurto es de una *cosa mueble*. Descolgar las persianas de una casa y llevárselas, según el concepto civil no sería hurto, pues se trata de un inmueble por accesión (interpretación restrictiva), pero lo sería conforme al uso corriente del lenguaje (interpretación extensiva). La manifiesta irracionalidad de la primera excepciona la regla general.

101. (*Principio de respeto histórico al ámbito de lo prohibido*) Cuando el ámbito de lo prohibido se amplía de modo insólito debido a cambios legislativos o tecnológicos, en especial en los casos en que las conductas prohibidas pasan a ser conductas casi cotidianas, la prohibición pierde toda racionalidad y, en definitiva, se termina *prohibiendo por omisión legislativa*.

En tal situación, el derecho penal debe mantener la prohibición en sus límites históricos, porque la desidia del legislador no puede permitir una amplitud tan enorme de la criminalización y del arbitrio selectivo para su ejercicio.

El caso más claro es el que proporciona el avance de la tecnología de reproducción de textos. En su momento se prohibían *ediciones*, que eran costosísimas y requerían el uso de cajas de letras de plomo. Con posterioridad, la técnica de fotocopiado y su generalización extendió la criminalización a la simple reproducción para apuntes.

F.4. Principios derivados del mandato de elemental respeto a los derechos humanos

102. (*Principio personalista o de intrascendencia del derecho argentino*) *Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden ni a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados* (art.19 CN).

Esta disposición, incorporada a nuestra legislación constitucional desde hace más de dos siglos (Sección VII, Cap. I, art. 1 del Reglamento Provisorio de 1817) (*), prohíbe la intromisión de *todo el derecho argentino* en la moral y la privacidad de sus habitantes.

De ella se deriva que *el derecho argentino debe servir para la realización existencial de la persona* (para que cada quien pueda elegirse y llegar a ser lo que elija ser). En este sentido, todo el derecho argentino debe servir a la *persona y no trascender al servicio de ningún ídolo transpersonal* (raza, clase, Estado, etc.), o sea que debe tratar a la persona como si esta *fuese un fin en sí misma* (porque el *fin lo decide* cada persona en su conciencia).

103. (*Principio de respeto a la autonomía moral de la persona*) De alguna manera, el principio anterior presupone que es inherente a la persona su *autonomía moral* (cada persona en su conciencia decide acerca de lo bueno y lo malo), porque en la sociedad plural coexisten diferentes valoraciones morales.

El art. 19 CN prohíbe a cualquier autoridad argentina asumir posiciones paternalistas que impongan *una moral*, o sea, que debe admitir la posibilidad de lo que otro quizá considere inmoral. En este sentido, se ha dicho que *el derecho es moral, justamente por admitir la posibilidad de lo inmoral* (Gustav Radbruch) (*).

104. (*Principio de lesividad u ofensividad penal*) Los anteriores principios imponen en el campo jurídico penal lo que se conoce como *principio de lesividad u ofensividad*, conforme al cual no se admite la posibilidad de erigir en delito lo que no lesione o ponga en peligro un bien jurídico **(103-332)**.

Esto remite también a la *regla básica* y la complementa: solo se pueden penar conductas o acciones, que son las únicas que pueden ofender un bien jurídico, y nunca pensamientos, meras intenciones, características personales o disposiciones del ánimo.

En nuestro derecho positivo se ha planteado la cuestión de la constitucionalidad de la tenencia de tóxicos prohibidos para propio consumo, que es inconstitucional conforme a la Corte Suprema, en razón de que la tenencia que no genera riesgo de expendio o distribución solo puede lesionar al propio tenedor y la autolesión nunca es punible, salvo que afecte otro bien jurídico ajeno (la vieja autolesión para eximirse del servicio militar (CJM); o una autolesión para cobrar una indemnización, que configuraría una estafa del art. 172 CP).

105. (*Principio de insignificancia*) Si bien no puede existir un delito sin afectación a un bien jurídico, no cualquier afectación del bien jurídico satisface este requerimiento, puesto que las hay insignificantes, que no alcanzan un mínimo nivel de gravedad que permita al poder jurídico habilitar el ejercicio de poder punitivo. Se trata de la versión jurídico penal de la fórmula común a todo el derecho que se enuncia en latín: *de minimis non curat praetor* (*) (el pretor no se ocupa de nimiedades).

Si bien no hay un mínimo señalado para cada clase de afectación a un bien jurídico, no es menos cierto que corresponde al derecho penal y a los jueces, en cada caso, descartar aquellas en que una mínima habilitación del poder punitivo resultaría notoriamente desproporcionada y hasta ridícula.

Así, no sería hurto el apoderamiento de una hoja de papel en blanco; no sería privación ilegítima de la libertad que el conductor no detenga el ómnibus en la parada solicitada y lleve al pasajero hasta la siguiente a cien metros; no sería lesión una bofetada que no deja ninguna marca; etc. La insignificancia no se mide por la abundancia del sujeto pasivo (no es insignificante el hurto de una vaca a quien tiene diez mil cabezas de ganado), pero puede ser que no haya insignificancia en razón del desamparo o de la necesidad del sujeto pasivo: apoderarse de una botella con un litro de agua, en condiciones normales, es insignificante, pero no lo es en el desierto. También cabe considerar insignificante la ofensa a un bien jurídico a punto de extinguirse (usar unos segundos un bote que irremisiblemente se lo lleva la corriente hacia una catarata), salvo en el caso de la vida, cuya disponibilidad se garantiza hasta el último momento (no es insignificante dar muerte al agonizante).

106. (*Principio de culpabilidad*) En consonancia con el *derecho penal de acto* (regla básica), con el concepto mismo de *persona* (DU, art. 1) y con el de personalidad de todo el derecho argentino, se impone el llamado *principio de culpabilidad*, que tiene dos niveles:

(a) En un primer sentido, excluye toda imputación de un resultado por mera causalidad (*versari in re illicita*) **(305-306)**, o sea, toda habilitación de ejercicio de poder punitivo que no responda a dolo **(211)** o negligencia **(287)**.

(b) En su segundo nivel, prohíbe cualquier habilitación de poder punitivo que no guarde una adecuada proporción con el reproche de culpabilidad que se le pueda formular al agente **(458 y ss.)**, lo que está estrechamente vinculado con el principio de autonomía moral de la persona **(103)**.

107. (*Principio de humanidad*) Ningún ejercicio de poder punitivo es tolerable cuando importa una crueldad inusitada (arts. 18 CN; 5 DU; 5.2 CADH; 7 PIDCP). Este principio no solo prohíbe las penas *cruelles, inhumanas o degradantes* en abstracto, sino que la crueldad debe valorarse también en concreto, como cuando convierte a la privación de libertad o de otros derechos en una amenaza para la vida o la salud como, por ejemplo, la prisión que implique un riesgo de vida o la imposibilidad o prohibición de recibir un tratamiento que le pueda salvar la vida. En estos casos, la privación de libertad se convierte ónticamente en una pena corporal, a veces de muerte.

Siempre la pena es cruel cuando revela una grosera desproporción con el grado de culpabilidad **(443, 458 y ss.)**, en particular cuando la persona sufrió una *pena natural* (caso en que del delito se derive una consecuencia muy grave para sí o para algún ser querido o cercano) **(469)**.

108. (*Principio de mínima trascendencia*) Si bien la pena debe recaer exclusivamente sobre el penado (art. 5,3 CADH), es casi inevitable que sus efectos se extiendan a terceros inocentes (parientes, empleados, etc.); por ende, se impone que el derecho penal cuide que la trascendencia se reduzca al mínimo posible.

Desde el punto de vista pragmático, también debe observarse esta regla, porque la trascendencia punitiva suele tener efectos reproductores (hijos en *semiabandono*, mujer embarazada sin recursos, parientes inválidos sin asistencia, etc.).

109. (*Principio de prohibición de doble punición*) A cada delito

corresponde una única punición y solo una. En cualquier caso, cuando las circunstancias concretas muestren que se pretende ejercer por el mismo delito más de un poder punitivo legalmente habilitado sobre la persona, corresponde al derecho penal evitarlo o tomarlo en cuenta para deducirlo del que se le imponga conforme a la ley penal manifiesta.

No hay doble punición cuando se trata de consecuencias del mismo hecho reguladas por otras ramas jurídicas: la indemnización civil, el despido laboral justificado, la cesantía justificada, el juicio político de destitución, etc. La hay cuando en la realidad se ejerce poder punitivo más de una vez, como cuando se desdobra el hecho único del concurso ideal (307).

110. (*Principio de buena fe y pro homine*) Es principio jurídico general que todo el derecho debe interpretarse de buena fe. En el derecho internacional de los derechos humanos asume la forma conocida como principio *pro homine* (art. 5 del PIDCP) y prohíbe la interpretación *perversa* de cualquier derecho, cuando se pretende esgrimirlo como pretexto para lesionar o eliminar la vigencia de otros derechos. Esto vale como regla para los derechos consagrados en los tratados y por remisión a los de la CN histórica (art. 75, inc. 22 CN).

En el derecho penal significa que *el enunciado de cualquier derecho legalmente consagrado debe interpretarse siempre como límite a la criminalización y nunca como pretexto o justificación para un desproporcionado –y menos aún descontrolado– ejercicio del poder punitivo.*

Así, si bien debe penarse el homicidio, esto no implica que la lesión a la vida humana deba habilitar la pena de muerte. La punición de la difamación no autoriza la supresión de la libertad de expresión. La punición del robo no justifica que los agentes del Estado maten a los ladrones. La punición de cualquier delito y las dificultades de investigación y esclarecimiento no justifican la aplicación de la tortura. Todas estas son tentativas de uso perverso (de mala fe y violatorios del principio *pro homine*) del derecho.

111. (*Uso perverso o de mala fe del bien jurídico*) Acabamos de señalar (104) que no hay delito sin afectación (por lesión o peligro) a un bien jurídico (333). Una *alquimia jurídica* pretende deducir del requisito de afectación a un bien jurídico de todo delito, que con el ejercicio del poder punitivo se *tutela al bien jurídico*, lo que es ópticamente imposible, porque

el poder punitivo se ejerce siempre cuando el bien jurídico ya ha sido afectado (la víctima está muerta y el juez ordena recoger el cadáver) o la conducta ofensiva ha terminado: en el sentido de esta pretendida *tutela*, el poder punitivo siempre llegó y seguirá llegando tarde.

Cabe advertir desde ahora que esta *alquimia* suele provocar la desnaturalización del concepto limitador de bien jurídico y abrir paso a la legitimación de lesiones al principio de humanidad **(107)**, aunque será necesario reiterarlo al profundizar el concepto de bien jurídico y de su afectación **(330 y ss.)**.

F.5. Principios derivados del mandato republicano

112. (*Nuestro Congreso Nacional no es omnipotente*) Aunque la doctrina dominante no lo haya elaborado, dado que se legisla penalmente bajo presión mediática en casi todo el mundo y se fabrican continuamente tipos penales (*inflación penal*), es hoy indispensable que el saber penal ofrezca al poder jurídico un instrumento de control de las posibles lesiones *materiales* a la racionalidad republicana.

El derecho penal debe tener en cuenta que nuestro derecho positivo no consagra un legislador prácticamente omnipotente del tipo del Parlamento Británico de otrora, cuyo poder ilimitado fue justamente acotado por la Constitución de los Estados Unidos que, en esta parte, fue tomada como modelo de nuestra CN histórica de 1853-1860.

El derecho penal siempre ha tenido dificultades para elaborar principios controladores del contenido prohibitivo de las leyes penales, por lo que ha desarrollado considerablemente las limitaciones formales y procesales.

113. (*Principio de acotamiento material del poder punitivo*) Pese a todas las dificultades no es imposible dar comienzo a la elaboración de un principio *de acotamiento material* de la criminalización primaria **(29)**, basado en reglas de elemental racionalidad y que, por ende, no pueden dejar de derivarse del principio republicano.

En particular cabe observar dos reglas elementales, para que el poder jurídico declare la inconstitucionalidad de leyes penales, en razón de que su contenido prohibitivo viola el principio republicano:

(a) No es republicana ninguna ley penal que habilite poder punitivo cuando este sea groseramente inidóneo para obtener el fin proclamado.

(b) Tampoco lo es la criminalización cuando están disponibles modelos no punitivos de solución eficaz del conflicto (civiles, administrativos, etc.).

Extremo del primer caso sería una ley que habilite poder punitivo para tratar una enfermedad (algo así sucede con lo dispuesto en la vigente ley 23.737, que sanciona el fracaso de un tratamiento). La violación a la segunda regla republicana sería una ley que tipificase como delito no pagar las tasas municipales de alumbrado, barrido y limpieza.

114. (*Regla de limitación máxima de la respuesta contingente*) La *consolidación de la justicia y el afianzamiento de la paz interior* (*Preámbulo* CN) exigen que el legislador penal actúe con cautela, pues nunca es inofensiva la criminalización primaria o el agravamiento de penas. Carece de esta cautela la elaboración de leyes penales como *respuestas contingentes* a alarmas coyunturales provocadas por la publicidad morbosa de delitos o como resultado de campañas pasajeras de *ley y orden*, como el lamentable caso del falso ingeniero *Blumberg* (*) en nuestro país.

El poder jurídico (jueces) debe extremar el cuidado para analizar la racionalidad republicana de esas leyes, legitimadas con el argumento *la gente lo reclama* que, en estas situaciones, no pasa de ser una manipulación mediática y de política electoralista promocionada por inescrupulosos.

115. (*Principio de superioridad ética del estado*) El Estado de derecho tiene al menos una aspiración de superioridad ética, que le impide *ejercer el poder punitivo utilizando los mismos medios y recursos que los delincuentes*. El Estado de policía, por el contrario, como es un Estado inmoral y criminal, carece de toda autoridad ética para exigir a sus ciudadanos comportamientos adecuados a la ley.

Este principio se lesiona cuando se admite la instigación de delitos por parte de policías (*agentes provocadores*), la comisión judicial de personas para cometer delitos para descubrir otros delitos (*agentes encubiertos*) o el premio a delincuentes que negocian al ofrecer información a la policía o mentir a su servicio (supuestos *arrepentidos*).

116. (*Principio de saneamiento genealógico*) Es indispensable que el

derecho penal rastree los orígenes ideológicos de los tipos penales y de otros límites, porque con frecuencia se ha perdido la memoria de su gestación originaria, en países y contextos lejanos y ajenos a nuestro sistema republicano y democrático. En estos casos, el derecho penal debe ser cuidadosamente estricto en el ejercicio del poder jurídico.

Esto se impone porque deben manejarse con extrema prudencia las habilitaciones de poder punitivo que reconozcan una genealogía ideológica incompatible con el principio republicano, como por ejemplo la asociación ilícita (art. 210 CP), cuyo origen se remonta a la persecución del sindicalismo y cuya constitucionalidad es más que dudosa.

117. (*Principio de código*) Es sabido que la ley penal nacional solo puede emerger del Congreso Nacional, pero no en cualquier forma, sino que, conforme a la CN (inc. 12 del art. 75), este debe *dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados*. La última parte no indica al Congreso Nacional la posibilidad de legislar en forma de leyes sueltas, sino que le manda que lo haga siempre en *cuerpos*, o sea en *códigos*.

Código, en la concepción moderna –la propia del movimiento de codificación (*)– es una única ley que contiene todas las normas de una rama del derecho, para facilitar su conocimiento e interpretación. La violación de este principio –volviendo a las viejas *recopilaciones*– da lugar a una legislación caótica y muchas veces contradictoria. Las leyes penales *especiales* y las disposiciones penales en leyes no penales (disposiciones penales *extravagantes*) superan hoy en mucho el volumen de las codificadas. Será función del derecho penal otorgar prioridad al código ante las frecuentes contradicciones del legislador nacional.

G. Relaciones de integración con el derecho internacional

G.1. Las principales relaciones integradoras

118. (*Derecho internacional de los derechos humanos*) Los vínculos de integración del derecho penal con el derecho internacional son complejos. En cuanto a la relación con el derecho internacional de los derechos

humanos –como se ha visto– en nuestro derecho positivo se identifica con la del derecho constitucional (89, 90). Solo resta por observar que esta integración, además de responder al mandato constitucional, impone *al derecho penal y a los operadores jurídicos, el especial deber de cuidado de evitar sanciones internacionales al Estado argentino*.

Toda pretensión de elaborar el derecho penal desconociendo las normas de los tratados y de la jurisprudencia internacional, implica una instigación a que los operadores jurídicos (jueces) tomen decisiones por las que el Estado argentino puede ser juzgado y sancionado por la jurisdicción internacional.

119. (*El Estado es el único posible violador de derechos humanos*) Conforme al derecho internacional, *los únicos que pueden violar derechos humanos son los Estados*. Los individuos pueden ser autores de delitos, pero los sujetos de violaciones *jushumanistas* solo son los Estados, por permitir que sus funcionarios o habitantes cometan esos delitos, no los eviten o los dejen impunes. La reiterada frase del periodismo amarillo *los delincuentes también violan derechos humanos*, es una aberración, porque *jurídicamente ningún individuo puede violar derechos humanos*.

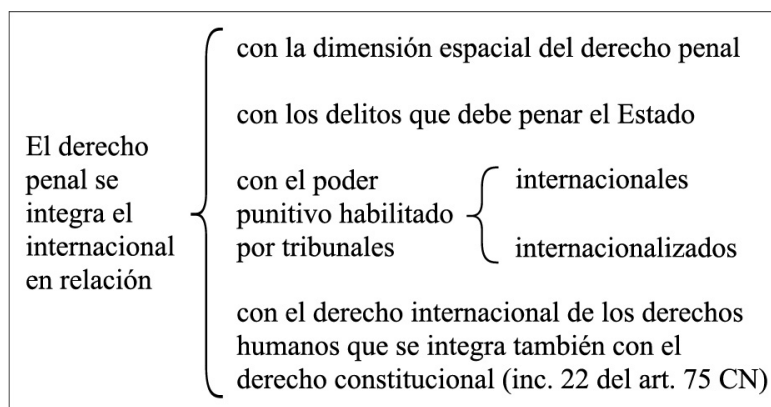
Los órganos jurisdiccionales de derechos humanos (Cortes Interamericana, Europea, Africana), no deben confundirse con los tribunales penales internacionales (126 y ss.), porque no juzgan personas sino Estados.

120. (*Integración con otras ramas del derecho internacional*) Pero las relaciones de integración del derecho penal con el internacional son mucho más complejas.

Para proporcionar un panorama general –solo ejemplificativo y elemental– de las *relaciones secantes de integración con el derecho internacional*, simplificando al extremo el planteo, se podría sintetizar señalando que –además de la señalada (118, 89, 90)– son tres las cuestiones que dan lugar a los respectivos recortes secantes, atinentes a:

- (a) la determinación espacial del derecho penal argentino (ley aplicable);
- (b) el deber estatal de penar ciertos delitos; y

(c) el derecho penal aplicado por tribunales internacionales o internacionalizados.



G.2. La dimensión espacial del derecho penal argentino

121. (*Principios de territorialidad y de defensa*) El derecho penal es el sistema interpretativo de leyes que rigen en determinado espacio que –ante todo– es el territorio del Estado (*principio de territorialidad*). Sin embargo, también rige para los casos en que la conflictividad afecta bienes que se hallan en el territorio nacional (*principio real o de la defensa*) (art. 1 CP).

Conforme al llamado *principio de personalidad o nacionalidad* se aplicaría la ley penal a los ciudadanos que cometan delitos en el extranjero (personalidad *activa*), como también cuando la víctima del delito cometido en el extranjero fuese nacional (personalidad *pasiva*). Se trata de un principio que no reconoce nuestra ley.

122. (*Principio de ubicuidad*) Una cuestión debatida es qué ley se aplica cuando la conducta se realiza en un territorio nacional, pero el resultado se produce en otro. Podría incluso darse el caso de que la ley del territorio de la conducta estableciese la competencia de la ley del resultado y, en el territorio en que este se produjese, la ley estableciese que es aplicable la ley de la conducta, con lo cual se produciría una situación de impunidad.

Para evitar esto se apela al llamado *principio de delito o de ubicuidad* que, por cierto, no resuelve el problema de fondo, porque únicamente evita que quede impune, dado que establece que el delito debe considerarse cometido tanto en el lugar donde se realiza la conducta como en el que se produce el resultado.

123. (*Principio universal*) Conforme al *principio universal* (art. 102 CN de 1853; art. 118 vigente; ER; costumbre internacional) los tribunales federales juzgan aplicando la ley penal nacional a los autores de ciertos y determinados delitos cometidos en cualquier lugar del mundo, cuando esos delitos no hayan sido penados por el Estado en cuyo territorio se hubiesen cometido, porque sus autoridades no hubiesen querido o podido hacerlo.

En gran medida este principio proviene del *derecho internacional público consuetudinario*, que fue una de las primeras y más amplias fuentes de esta materia. Como es natural, este *jus cogens* (*) también obliga al Estado: la remisión al derecho de gentes del citado art. 102 CN de 1853-1860, sin duda estaba referida al *jus cogens*, pues en esa época eran muy escasos los tratados al respecto.

Este principio lo invocó España para solicitar y juzgar casos de genocidio y crímenes contra la humanidad cometidos en la Argentina durante la dictadura de 1976-1983, como también por otras dictaduras en diferentes países latinoamericanos. También fue luego utilizado por la justicia federal argentina para intervenir en los crímenes cometidos en España durante la dictadura franquista.

G.3. Delitos que debe penar el Estado por mandato internacional

124. (*Obligación de penar*) El derecho internacional obliga al estado a conminar en sus leyes penales ciertos delitos (por ejemplo, genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad) y, en algunos casos, a considerarlos imprescriptibles (425, 431) y a juzgarlos (ER; CIDM; CCT; CICGLH; CG). Fue pionera en esto la *Convención Internacional para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio* (CPG), adoptada en el marco de la ONU el 9 de diciembre de 1948.

No debe confundirse el deber de prever penas legislativamente, con el deber de prevenir, investigar y penar delitos graves, en particular contra la vida, la integridad física, la libertad sexual, etc. La omisión de prevención e investigación por parte de los Estados, en especial cuando todo indica la participación o encubrimiento de sus funcionarios, genera su responsabilidad internacional por violación de derechos humanos.

125. (*No es menester tipificar lo tipificado*) Estas obligaciones no imponen al Estado transcribir en su ley los textos internacionales ni duplicar tipicidades, porque si la ley nacional da lugar a una punición acorde con la gravedad del delito, eso satisface al derecho internacional, dado que la

condición impuesta por este es que el hecho no quede legalmente atípico, impune o ridículamente penado.

No debe confundirse el deber impuesto por el derecho internacional con virtuales coacciones al Estado, como la llevada a cabo por el GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional), que pese a carecer de facultades, amenazó a la Argentina –y a otros países– con imponerle costos adicionales a las transferencias bancarias en caso de no tipificar el delito de *terrorismo*, tipificación completamente inútil, dado que no había ningún acto terrorista que no estuviese conminado con las más graves penas en la legislación penal argentina.

G.4. Poder punitivo habilitado por tribunales internacionales

126. (*El derecho penal internacional*) Suele denominarse *derecho penal internacional* en sentido estricto, al que *es aplicado por tribunales internacionales*. La experiencia de tribunales penales internacionales arrancó con los de Nürnberg (*) y Tokio (*) al final de la Segunda Guerra Mundial, que fueron establecidos por las potencias vencedoras. Mucho después, ya en el marco de la ONU, se crearon los llamados tribunales *ad-hoc* para el juzgamiento de los crímenes cometidos en Ruanda (*) y en la ex Yugoslavia (*), sin intervención o consentimiento de los Estados o de los pueblos de los países del territorio de comisión.

El primer tribunal internacional permanente (jurisdicción internacional ordinaria) para el juzgamiento de gravísimos delitos, fue instalado mediante la convención internacional (tratado multilateral) (1998-2002) elaborada en el marco de la ONU y conocida como *Estatuto de Roma* (ER) (*).

La competencia de la Corte Penal Internacional creada por ese tratado fue reconocida por numerosos países, pero no por Estados Unidos, Rusia, China, India, Indonesia, Arabia Saudita y Turquía. Argentina fue uno de los primeros países en firmarlo y lo *implementó* en 2007 mediante la ley 26.200.

127. (*La ley penal aplicable por la Corte Penal Internacional*) La CPI juzga los crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión (art. 5 ER), cuando no han sido juzgados debidamente por ninguna jurisdicción nacional (art. 17 ER), es decir que, en este sentido, se trata de una *jurisdicción complementaria y no sustitutiva de las nacionales*.

Esa ley internacional contiene disposiciones de derecho penal general propias (arts. 25 a 33 ER) (*), aunque las complementa con *los principios*

generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y estándares internacionalmente reconocidos (art. 21 ER).

128. (*El poder punitivo habilitado por la CPI*) Los crímenes que son de competencia de la CPI (art. 5 ER) son imprescriptibles (art. 29 ER) **(425, 431)**. La CPI puede habilitar penas de privación de libertad que no excedan de treinta años, pero también a perpetuidad solo *cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado* (art. 77 ER). En este último caso, tampoco la llamada pena *perpetua* lo es en estricto sentido, porque la CPI puede revisarla pasados veinticinco años (art. 110 ER) y también periódicamente. Es claro que esa *pena revisable* se establece como *garantía de no repetición*, es decir, para asegurarse que la pena no cese mientras el criminal conserva poder para reiterar el delito.

Es importante tener en cuenta que esas penas corresponden a los crímenes de máxima gravedad. Al ser incorporadas a las legislaciones nacionales por las leyes que ratifican el tratado, *deberían marcar el límite máximo* a las penas de la ley nacional por delitos de menor gravedad que el genocidio y los crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión **(447, 448, 450)**.

129. (*Tribunales internacionales e internacionalizados*) No deben confundirse los referidos tribunales *internacionales* (la CPI y los tribunales *ad-hoc* para Uganda y la ex Yugoslavia) con los tribunales *internacionalizados*, que no se crean por decisión unilateral de la ONU, sino por acuerdos con los gobiernos locales y son mixtos (jueces nacionales e internacionales), como las *Cámaras Extraordinarias* de Camboya, la *Corte Especial* de Sierra Leona y el *Tribunal Especial* del Líbano (*).

En la ONU se observa una preferencia por el establecimiento de tribunales *internacionalizados*, en lo que no deja de pesar el alto costo de financiación de los tribunales internacionales *ad-hoc*.

130. (*La función de la pena en el derecho penal internacional*) La extensión

del derecho penal internacional y la máxima gravedad de los delitos por los que habilita poder punitivo, motiva nuevas reflexiones sobre la legitimidad y racionalidad de éste. En cuanto a la proporcionalidad, sin duda que es racional, dada la extrema gravedad de los hechos, pero eso no basta para restarle a ese poder punitivo el carácter de *factum político*, porque su ejercicio continúa siendo selectivo.

La selectividad surge de los propios tratados (por ejemplo, el ER), pues la jurisdicción de la CPI debe ser habilitada por el Consejo de Seguridad de la ONU (que es un órgano político), sin contar con que las tres mayores potencias mundiales no ratificaron el tratado. En otras palabras, *la internacionalización del ejercicio del poder punitivo no le quita su carácter de selectividad por la vulnerabilidad*. Esto no impide reconocer que la CPI puede cumplir una importantísima función de orden, capaz de evitar una eventual aplicación caótica del principio universal **(123)**.

131. (*¿Son ilegítimos los tribunales internacionales?*) De lo anterior no debe deducirse que los tribunales internacionales sean ilegítimos ni mucho menos, pues su legitimación (incluso los de los vencedores) tiene otro fundamento: *el derecho penal internacional también aquí cumple –o puede cumplir- la función de contener el ejercicio del poder punitivo del modo más racional posible*.

Cuando levantamos la vista más allá de lo normativo, para incorporar lo que nos muestra la experiencia de los genocidios y otros delitos atroces, vemos que los autores de estos crímenes, cuando pierden el poder que han usado para cometerlos, quedan *de hecho* en situación de *excluidos de la comunidad jurídica*, o sea, pierden *de facto* el carácter de *personas*, dado que ante cualquier venganza privada el derecho se halla impotente para penarla, por falta de autoridad ética.

La historia demuestra que cuando un tribunal imparcial debió juzgar a quien haya dado muerte a un genocida impune, no pudo habilitar el ejercicio del poder punitivo, porque la circunstancia de no haberlo habilitado antes contra el genocida privaba a los jueces de autoridad ética.

En los pocos casos en que una víctima de sus crímenes dio muerte a un genocida y fue sometida a un tribunal imparcial, fue absuelta con cualquier pretexto, pero en el fondo, lo fue porque el derecho, en caso de impunidad del genocida, carece totalmente de

legitimidad ética para imponerle la pena a la víctima que elimina al genocida impune. Esto es lo que claramente ha sucedido en la ejecución de Mussolini y sus acompañantes (*) y en el caso del joven armenio ejecutor de Talat en la Alemania de Weimar (*). En el primer caso se argumentó –como débil pretexto– que se trató de un *acto de guerra*; en el segundo, sin fundamento alguno, que el injusto era inimputable por incapacidad psíquica del autor.

132. (*Nürnberg y Tokio*) El derecho penal internacional le hace recuperar el carácter de persona a los genocidas: deja habilitar poder punitivo en medida acorde con el altísimo grado de esfuerzo que llevaron a cabo para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad (387, 391), pero de ese modo preserva su propia fuerza ética para habilitarlo también contra cualquiera que, a partir de ese momento, le infiera un mal al genocida. También aquí contiene al poder punitivo dentro de los límites menos irracionales.

Puede sostenerse que esto es válido para los casos sometidos a los tribunales internacionales e internacionalizados y, en particular, a los sometidos a la CPI, porque las penas máximas ordinarias no son de muerte ni realmente perpetuas, pero no así en los casos de los tribunales de *Nürnberg* y de Tokio, al menos respecto de los condenados a muerte y ejecutados.

133. (*La discusión jurídica y la situación actual*) Es obvio que esos tribunales no habían sido establecidos por ninguna organización internacional y que sus jueces fueron nombrados por las potencias vencedoras. También es relativa verdad que las penas no estaban previstas con anterioridad, aunque lo estaban las penas del homicidio y las normas violadas, en especial para crímenes de guerra. Lo que indiscutiblemente no existía era un tribunal y una jurisdicción previa a los hechos, ni tampoco un organismo mundial habilitado por ley internacional (como la Carta de la ONU) para crearlo.

Pero *Nürnberg* y Tokio fueron la única alternativa a actos de pura venganza descontrolada. Por otra parte, si aún hoy no faltan quienes niegan las atrocidades del nazismo (*negacionismo*), mucho mayor acogida tendrían estos sin la visibilidad mundial que el juicio de *Nürnberg* dio a esos hechos.

La legitimidad de estos procesos surge de la alternativa férrea entre poner cierto límite mínimo al poder punitivo o dejar todo librado a la barbarie vindicativa, que corría el riesgo de caer también sobre inocentes y

delincuentes menores.

La legitimación de Nürnberg y Tokio, por ende, no es exactamente la misma de los tribunales internacionales e internacionalizados creados con posterioridad, por resolución de la ONU, por negociación con los países del territorio de comisión o por tratados multilaterales (ER). Las potencias vencedoras tenían la experiencia de la ejecución de Mussolini por los partisanos, junto al cual estos ejecutaron también a su amante y a su cuñado. Tampoco hoy se legitiman los tribunales de vencedores, como el triste tribunal montado unilateralmente para Irak, que nada tuvo de internacional ni de mínimo respeto a las formas y al fondo, y que culminó con la escandalosa difusión de las imágenes de la ejecución de Saddam Hussein (*).

III. TEORÍA DEL DELITO

A. Construcción y función del sistema

134. (*¿Qué caracteriza a todo delito?*) Para que el poder jurídico (jueces) habilite el ejercicio de poder punitivo debe verificar en cada caso la existencia de un *delito*. En consecuencia, la segunda pregunta básica que debe responder la parte general del derecho penal **(19)** es *cuáles son los caracteres que debe reunir un hecho para configurar un delito*.

Cabe aclarar que la respuesta a esta pregunta, en sentido estricto, no es un concepto o definición jurídica del *delito*. Esta precisión es necesaria porque *el delito* (en general) *no existe en la realidad social ni tampoco en el derecho penal*, dado que, en ambos niveles, lo único que verdaderamente existe son *delitos en particular* (robos, hurtos, homicidios, lesiones, estafas, etc.).

Así, las leyes penales manifiestas **(25)** (parte especial del CP, leyes penales especiales, disposiciones penales en leyes no penales) criminalizan primariamente **(29)** ciertas conductas y sus resultados lesivos (*pragmas conflictivos*) **(143, 325)**, pero no reiteran en cada caso los caracteres que debe reunir la respectiva conducta criminalizada para configurar un delito, sino que estos se elaboran en un sistema que se pone a prueba frente a cada caso concreto.

135. (*El análisis estratificado*) Identificamos ciertos entes conforme a las ideas previas que tenemos de ellos, lo que nos permite distinguir una silla de un perro. Pero como no siempre disponemos de una idea previa, muchas

veces nos preguntamos ¿qué diablos es esto? En tales casos, procedemos racionalmente conforme a cierto criterio de análisis de las características del ente u objeto de conocimiento al que nos aproximamos.

Cuando se trata de un ente con la complejidad de los *delitos*, se impone llevar a cabo un análisis pormenorizado de sus caracteres, que responda a un orden de prelación lógica para que la verificación resulte lo más coherente y racional posible. Por ende, siempre debe *marcharse de lo más general a lo más particular*, en la misma forma en que iríamos accediendo en un edificio con sucesivos pisos o niveles.

Este *sistema de identificación de delitos* es lo que el derecho penal denomina *teoría del delito*, cuya esencia es la de *una propuesta de análisis de caracteres en forma estratificada*. En definitiva, responde a la regla popular y universal *vamos por partes*.

136. (*Función práctica y política de la teoría del delito*) El orden racional – o razonable– de formular las preguntas acerca de los caracteres de un hecho para verificar si se trata de un delito, cumple esa función *práctica o sistemática* que el derecho penal le ofrece a los operadores del poder jurídico para que la apliquen a sus casos concretos.

Los estratos del sistema que el derecho penal propone (los pisos del edificio analítico que construye) no se eligen al azar ni únicamente por meras razones lógicas, sino que cada uno de ellos sirve para oponer la resistencia debida a los correspondientes niveles de la pulsión del Estado de policía o del deteriorado en pos del ejercicio irracional del poder punitivo. Es así como el derecho penal, mediante su llamada *teoría del delito*, aspira a establecer un *sistema racional y coherente de sucesivos filtros teóricos* o compuertas inteligentes en el dique que el Estado de derecho opone a las constantes pulsiones del poder punitivo para desbaratarlo.

137. (*El ilusorio sistema ideal: lo variable y lo invariable*) No existe un sistema de compuertas ideal y definitivo, porque el dique debe contener presiones cambiantes, como son las dinámicas condiciones políticas, sociales y económicas de toda sociedad humana. Dado que el sistema requiere continua atención, mantenimiento y perfeccionamiento, la construcción de la teoría del delito será siempre un esfuerzo abierto y nunca

acabado.

Lo único invariable es la regla básica y los principios constructivos (92) pero, precisamente, para adecuarse a ellos en un suelo cambiante, el edificio debe perfeccionarse continuamente según las dinámicas configuraciones del piso en que se asienta.

De allí que el derecho penal haya propuesto diferentes sistemas para caracterizar el delito, según dispares criterios de clasificación (objetivo/subjetivo; general/particular; etc.), pero todos ellos estratificados conforme a la metáfora del edificio, procurando alcanzar la azotea.

138. (*Dogmática penal y seguridad jurídica*) La pluralidad de teorías del delito (siempre discutidas en el derecho penal) puso en tela de juicio la capacidad del método dogmático para proveer *seguridad jurídica*, en el sentido de *previsibilidad* acerca de las decisiones del poder jurídico, puesto que un operador al que el derecho penal le ofrece dispares teorías del delito, bien podría escoger en cada caso concreto la que más convenga para decidir lo que le pluguiere, o sea, que se le facilita el llamado método *tópico* (*), en que primero decide y luego busca los argumentos.

La *seguridad jurídica* no se agota en la previsibilidad, porque una jurisprudencia que invariablemente impusiera el máximo de las penas sería previsible pero de ningún modo jurídicamente segura. Sin embargo, la previsibilidad es siempre un presupuesto indispensable de la *seguridad jurídica*. A este respecto, no puede negarse que la pluralidad teórica es un serio problema para el derecho penal, aunque sea inevitable en razón del permanente perfeccionamiento de su sistema de compuertas inteligentes.

139. (*Sistemas progresivos y regresivos*) Si bien no es posible superar por completo esta dificultad, en buena medida se la puede neutralizar, al tener en cuenta que el perfeccionamiento de las teorías del delito debe medirse siempre en función de su mejor adecuación a la regla básica y a los principios constructivos (92), que constituyen el elemento permanente y marcan el norte en la brújula de la constante superación dogmática.

En este sentido, pueden considerarse *teorías progresivas* las que proponen sistemas que actualizan y mejoran la adecuación a la regla básica y a los

principios constructivos y, por el contrario, sistemas *regresivos*, a los que se aparten de estos o a los que, por cambiantes circunstancias de la dinámica social, hayan perdido o disminuido esta capacidad.

140. (*Sustantivo y adjetivos del delito*) Conforme a la *regla básica*, en nuestro derecho todo delito debe presentar -ante todo- los caracteres de una *conducta humana*.

Este es el *sustantivo del delito*, o sea, su *carácter genérico*, al que se agregarán los *caracteres específicos o adjetivos del delito*. Conforme a la metáfora del edificio de varias plantas (estratos) de la construcción teórica del delito, la conducta humana sería su *cimiento*.

La conducta humana que requiere el derecho penal *de acto* –conforme a su regla básica– no debe confundirse con ningún *síntoma o signo* de la personalidad o del carácter del agente, como lo pretende cualquier derecho penal *de autor*.

La diferencia fundamental finca en que nuestro derecho penal, por imperio constitucional e internacional, debe esforzarse al máximo por eliminar o limitar cualquier ejercicio del poder punitivo basado en lo *que una persona es* y, por ende, permitirlo únicamente *por lo que esa persona hubiese hecho*.

141. (*Los adjetivos del delito*) Son tres los adjetivos (caracteres específicos) de todo delito, siendo el primero la *tipicidad*.

Se llaman *tipos o supuestos fácticos legales*, a las fórmulas que emplea el legislador para amenazar con pena una acción: *el que matare a otro* (art. 79 CP), *el que ilegalmente privare a otro de su libertad personal* (art. 141 CP), *el que se apodere de una cosa mueble total o parcialmente ajena* (art. 162 CP), *el testigo, perito o intérprete que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad* (art. 237 CP), etc.

La conducta es el *presupuesto fáctico real* (el hecho que se da en el mundo), cuya adecuación al *presupuesto fáctico legal o tipo penal* le otorga el carácter de *conducta penalmente típica* o portadora del carácter de *tipicidad*.

Siempre el tipo penal individualiza un conflicto, es decir, una conducta

humana que produce algún cambio en el mundo real que, por ofender un bien jurídico ajeno, provoca un conflicto. A la conducta sumada a la mutación conflictiva del mundo requerida por el tipo (usualmente llamada *resultado*), lo llamamos *pragma*.

142. (*La ley y la norma*) De cada tipo penal (que está en la ley o texto legal) se deduce una norma prohibitiva: del art. 79 CP *no debes matar a otro*, del art. 162 CP *no debes apoderarte de una cosa mueble total o parcialmente ajena*, etc.

En realidad, el sujeto activo que realiza la conducta típica no viola la ley, sino la norma que se deduce del respectivo tipo legal. Por eso, la tipicidad importa un primer paso en la desvaloración jurídico penal, porque toda tipicidad implica la violación de una norma, o sea, que *la tipicidad importa antinormatividad*.

143. (*Norma aislada y conglobada: tipicidad sistemática y conglobada*) Pero la norma que se deduce de cada tipo legal no está aislada, sino que forma parte de un *orden normativo* que es el conjunto de normas jurídicas de todo el derecho vigente, que bien puede contener otras normas que ordenen o fomenten la conducta que aparece prohibida a la luz de la norma aislada.

De allí que, para verificar la conflictividad del *pragma* (delito + resultado), sea necesario distinguir dos momentos en el análisis de su adecuación al tipo: (a) En un primer momento se establece la violación de la norma tal como se la deduce del tipo, al verificar que el *pragma* es típico (juicio de *tipicidad sistemática*). (b) Pero solo en un segundo momento, cuando se considere el alcance de esa prohibición a la luz de la norma *conglobada en la totalidad del orden normativo*, es cuando se podrá afirmar realmente la *conflictividad del pragma*, o sea, verificar si la violación cumple realmente con la afectación al bien jurídico en la forma en que lo requiere el tipo (juicio de *tipicidad conglobada*).

144. (*Antijuridicidad*) Las conductas típicas (que forman parte de un *pragma* conflictivo y, por ende, son antinormativas) puede que no sean contrarias al derecho, cuando el conflicto se haya resuelto en el mismo

hecho del modo querido o tolerado por el derecho (orden jurídico).

Una conducta de lesiones leves (art. 89 CP) es antinormativa y conflictiva, porque lesiona la integridad física –bien jurídico– en la forma típica, pero es conforme al derecho si fue en legítima defensa contra el agresor que intentaba lesionar ilegítimamente a quien lo lesionó para defenderse (art. 34 inc. 6 CP); quien se defendió no habrá hecho otra cosa que resolver el conflicto de un modo jurídicamente satisfactorio y, por ende, su conducta no será antijurídica y la tipicidad de su acción no tendrá relevancia penal.

En el amplísimo espacio de libertad democrática resolvemos infinidad de conflictos a cada momento, porque *la regla es la general habilitación para resolverlos*. Las excepciones (pragmas típicos) son conflictos que afectan bienes jurídicos y que no fueron resueltos conforme al derecho. Por ende, si el conflicto se resolvió jurídicamente, la excepción no se legitima y, en consecuencia, se reafirma la general habilitación o libertad ciudadana (principio de reserva, art. 19 CN).

145. (*Reglas de precisión legales o causas de justificación*) Como algunos conflictos son particularmente complejos, en tales casos la ley *precisa* las condiciones requeridas para considerar *jurídicamente* resuelto el conflicto, en fórmulas que operan como *contratipos*.

Estas *fórmulas de precisión* se denominan *causas de justificación o de licitud* y las hay en todo el derecho (el derecho de retención del CC, por ejemplo). Las que se hallan en la ley penal son la legítima defensa (**357 y ss.**) y el estado de necesidad justificante (**370 y ss.**). A las restantes –de todo el derecho– remite la ley penal con la fórmula *legítimo ejercicio de su derecho* (art. 34 inc. 4 CP).

Apenas cuando se verifica que el caso no encuadra en ninguna de las formas de solución de conflictos precisadas como las causas de justificación, podrá asegurarse que la conducta típica es contraria al orden jurídico, es decir, que es *antijurídica*.

A la conducta típica y antijurídica se la denomina *injusto o ilícito penal*.

146. (*Culpabilidad*) Pero el *injusto o ilícito penal* (conducta típica y

antijurídica) no agota los caracteres del delito, pues este requiere además la posibilidad de *reprocharlo al agente en forma personal y en la circunstancia concreta*. Esto último únicamente es posible cuando correspondía exigirle al agente, en la concreta constelación situacional en la que realizó la conducta, un comportamiento conforme al derecho.

Este reproche jurídico personalizado es la tercera adjetivación de la conducta y se llama *culpabilidad*.

Así, no es culpable el agente que por un error invencible no pudo saber que su conducta era antinormativa y antijurídica (**406 y ss.**) o cuando se hallaba ante una situación de necesidad que, si bien no era justificante, igualmente impediría el reproche, dada la severidad del mal amenazado (**412 y ss.**), como tampoco cuando por una perturbación de su consciencia (patológica o no) tampoco se le podía exigir la comprensión del carácter ilícito de su acción (**396 y ss.**) o su conducción conforme a ella (**421**) (ambos supuestos de inimputabilidad).

147. (*Interrogación escalonada*) La verificación de los caracteres de un delito para habilitar poder punitivo por parte del poder jurídico, requiere que este la lleve a cabo en forma *escalonada*, o sea, ir subiendo desde los cimientos y por orden los sucesivos estratos del sistema.

Así, si carece de cimiento porque no existe una conducta humana o sustantivo, no tiene sentido preguntarse por los adjetivos. Verificada la existencia de una conducta humana, procede preguntar por su tipicidad y, una vez verificada esta, pasar a indagar si no se había resuelto el conflicto mediante una reafirmación del espacio de libertad jurídica. Apenas cuando se dispone de un injusto penal, será entonces racional indagar sobre la posibilidad del reproche personalizado de culpabilidad.

148. (*Referencia a la ética social*) El sustantivo y los adjetivos del delito pertenecen al derecho penal, es decir, que son *conceptos jurídicos*, pero el derecho penal no los inventa por completo, sino que, observados de cerca, resulta que los recoge y adapta a partir de la ética corriente en la interacción social, vale decir, que se inspiran en la forma en que las personas nos relacionamos entre nosotros en la vida cotidiana, social y real.

Así, en lo cotidiano, sería considerado un irracional quien pretendiese inculpar a una persona en coma por lo que no hizo en ese estado. Lo mismo sucede cuando alguien quiere imputar a otro un resultado que este no quiso ni pudo prever. De igual modo, se comprende que alguien haga algo para evitar un mal mayor, o que se disculpe al extranjero que responde inadecuadamente porque no maneja bien el idioma o a la persona que a todas luces es un enfermo mental.

Pensemos en un ejemplo que no tenga nada que ver con un posible delito. Un sujeto (A) decide salir de juerga y le miente a su pareja, diciéndole que esa noche debía cuidar a otro (B) enfermo. Al día siguiente la pareja de A llama telefónicamente a B y le pregunta cómo está de salud y B le responde que nunca estuvo enfermo. La cuestión deriva en un conflicto de pareja para A. Esa noche B concurre a la reunión habitual de café y los amigos le reprochan su respuesta. B responde que no es cierto, que solo cortó la comunicación porque en ese momento de atragantó con una pieza dental desprendida (ausencia de acto). Puede ser que responda que dio esa respuesta porque A no le había avisado nada y no podía sospechar a qué respondía la llamada (error invencible de tipo). También puede decir que su pareja estaba escuchando la conversación telefónica y no podía mentir porque eso le ocasionaría un problema de pareja a él (estado de necesidad justificante o exculpante). Por último, también podía decir: *lo hice porque Dios me trajo al mundo para velar por la fidelidad de las parejas*, en cuyo caso el grupo se disgregaría mirándolo con piedad (inimputabilidad).

B. Carácter genérico de todo delito: la conducta jurídico penal

B.1. Funciones y construcción del concepto

149. (*Funciones sistemática y política del concepto de conducta*) La conducta suele denominarse también *acción o acto*. Al derecho penal le interesa individualizarla como carácter genérico o sustantivo del delito, tanto

(a) para poder luego averiguar si este presenta los caracteres específicos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (*función sistemática del concepto*), como también para dar cumplimiento a *dos objetivos o funciones políticas*;

(b) la primera de éstas sería el respeto a la *regla básica* constitucional, según la cual nuestro derecho penal siempre es de acto y no de autor (92), función que se enuncia en latín como *nullum crimen sine conducta*; y

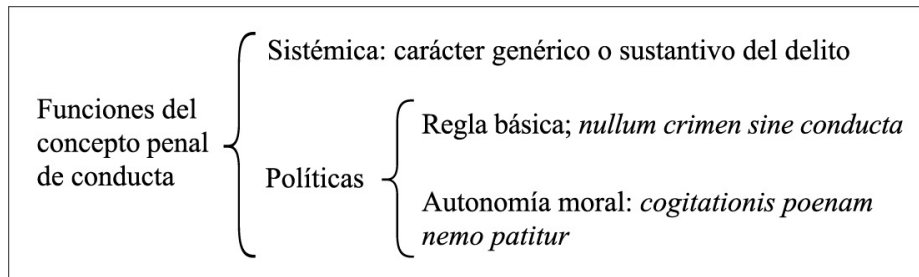
(c) la segunda, el respeto al *fuero interno* que impone el art. 19 CN (102 a

104), como reconocimiento de la autonomía moral inherente a la persona humana, que se invoca en latín como el principio *cogitationis poenam nemo patitur* (nadie puede sufrir pena por su pensamiento).

El fuero interno del sujeto únicamente se puede conocer mediante lo que el sujeto *dice* o *se infiere de su conducta externa*. Verbalizar es también una conducta y como tal puede ser prohibida (como en la injuria verbal) y, si bien en ocasiones no puede prohibirse conforme al art. 14 CN, no es porque no se trate de una conducta, sino porque estas *prohibiciones de prohibir* son limitaciones necesarias al poder punitivo en función del mandato republicano (art. 1 CN).

Debe tenerse presente que lo inadmisibile es que el fuero interno (disposición del ánimo, ideología, etc.) funde la prohibición misma, pero esto no obsta a que *cuando se presenta una tipicidad objetiva* (**180, 181, 182**) se indague o infiera la subjetividad de la persona (finalidad como *dolo*) (**211**) y sus motivaciones (culpabilidad) (**233**).

Dado que el concepto jurídico penal de conducta no agota su función con la sistemática, su fundamento no se halla únicamente en la ley penal, sino también en la ley suprema constitucional e internacional (por ej., art. 19 CN, art. 9 CADH, etc.).



150. (*Lo óntico y lo jurídico penal*) Cabe preguntarse si la conducta (sustantivo del delito) es una elaboración jurídica o, por el contrario, es la conducta humana tal como se presenta en la realidad (óntica, o sea, como *realmente es*).

En verdad, la conducta humana es un límite máximo de complejidad, razón por la que cada ciencia elige algunos datos de la realidad de la conducta humana, pero ninguna la puede comprender en su totalidad, puesto que sería una suerte de *todología* inabarcable.

Al igual que todas las ciencias que se ocupan de la conducta humana, el derecho penal elige de la realidad (*onticidad*, es decir, de lo que es)

únicamente los datos que necesita para elaborar su propio concepto de conducta de forma tal que cumplimente tanto la función sistemática como la doble función política (149).

De toda forma, si bien se trata de un concepto *jurídico penal*, no puede admitirse ningún desconocimiento o falsedad respecto del material que recoge del plano óntico o real. En otras palabras: el derecho penal puede seleccionar de la realidad lo que le resulta necesario para que su concepto de conducta cumpla con sus funciones, pero no puede *inventar* ningún dato de la conducta que no exista en el plano de la realidad (óntico), o sea, que no puede *incorporar datos que no sean ónticos*.

Ninguna de la *ciencias de la conducta* abarca la totalidad de la conducta humana, sino que cada una de ellas selecciona preferentemente algún aspecto: así, la psicología, según las escuelas, se ocupa de las manifestaciones (conductismo, reflexología) (*) o de las motivaciones inconscientes (psicoanálisis) (*), la sociología de las interacciones, la biología hace lo propio, etc. Ninguna de ellas *crea o inventa* datos que no pertenezcan a la realidad (*onticidad*) de la conducta humana, pero ninguna pretende agotar su conocimiento total, lo que científicamente es imposible. El derecho penal mínimamente realista debe hacer lo mismo.

151. (*El presupuesto elemental de la conducta jurídico penal*) Toda conducta humana *presupone necesariamente* la existencia de una *persona* y, como *todo ser humano es persona* (art. 1 DU), el presupuesto de toda conducta es siempre un *ser humano*.

En el derecho el concepto de *persona* se limitó y amplió históricamente, pues no siempre se reconoció a todos los *humanos* la condición de *persona* (sujeto de derechos). La esclavitud en nuestra región terminó de abolirse apenas en 1889 (*). Por el contrario, también hubo épocas en que se penaba a los animales (*). Hoy se extiende más allá de los humanos: son *personas* las *personas jurídicas* y recientemente se reconoce el carácter de tal a la naturaleza (Constituciones de Bolivia y Ecuador) (*).

152. (*El derecho penal y las ficciones*) Pero el concepto de *persona* que presupone la conducta jurídica penalmente relevante, se limita ónticamente al ser humano, con independencia de los diferentes conceptos válidos en el derecho civil, mercantil, administrativo, etc.

En este sentido, debe recalcar que el derecho penal es reactivo a cualquier

género de *ficciones* y, por ende, las únicas conductas que pueden ser relevantes en su ámbito son las que en la realidad del mundo llevan a cabo los seres humanos. Por esta razón, no pueden considerarse tales las decisiones de órganos de las personas jurídicas, que solo metafóricamente (teoría de la ficción) pueden asimilarse a la conducta humana. Por supuesto que los humanos que operen esos órganos realizan conductas humanas y, por ende, son posibles autores de delitos.

153. (*Voluntad y exteriorización*) Para servir de sustantivo al delito (función *sistemática*), cumplimentar el *nullum crimen sine conducta* y respetar la *autonomía moral de la persona* (funciones *políticas*), el concepto jurídico penal de conducta (acto o acción) requiere solo dos elementos: (a) la voluntad y (b) su exteriorización en el mundo.

La *voluntad* humana siempre tiene una dirección o finalidad (se dirige hacia algo), y este es un dato inseparable de la realidad (óntico), pues en el mundo real no existe una *voluntad de nada o para todo*, pues siempre la voluntad humana es *para algo*.

154. (*Exteriorización*) Por cierto que la voluntad puede no exteriorizarse: quien tiene voluntad de robar un cuadro porque le agrada muchísimo, pero no inicia en el mundo la acción de apoderamiento, no exterioriza su voluntad y, por ende, se trata de una voluntad que no interesa al derecho penal y, en consecuencia, no entra en el concepto jurídico penal de conducta.

Por otra parte, por *exteriorización* no puede entenderse la mera expresión del pensamiento, el *tengo ganas de robar el cuadro*, sino la exteriorización *como puesta en práctica de la voluntad*, que es la única que eventualmente puede resultar conflictiva y lesiva del bien jurídico, que es el verdadero alcance del principio *cogitationes poenam nemo patitur* (149).

155. (*Hechos que no son conducta para el derecho penal*) Estos dos elementos (voluntad y exteriorización) son necesarios y suficientes para excluir desde la base del análisis:

(a) Todo hecho que no consista en una conducta humana –como melanina, rasgos étnicos, edad, enfermedad, nacionalidad, orientación sexual, etc.– en

que el derecho penal de autor (contrario a nuestra *regla básica constitucional*) (92) funda una discriminación (jerarquización) y el consiguiente trato de seres humanos como *menos personas o no personas*, en abierta violación al art. 1 DU.

(b) Todo lo que permanezca en el fuero interno de la persona (pensamiento) y no se exteriorice como puesta en práctica de la voluntad.

(c) Los *hechos humanos* en que una persona es mera *causa* de algún resultado, sin que su participación en el curso causal responda a su voluntad.

156. (*Datos ónticos irrelevantes para el concepto*) Es obvio que toda conducta humana tiene motivaciones concretas, finalidades inmediatas y mediatas o más lejanas, o sea que hay *datos ónticos* de la conducta que no son necesarios al derecho penal para caracterizar al sustantivo (carácter genérico) del delito, aunque algunos de ellos sean relevantes para establecer la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad (caracteres específicos).

Desde el punto de vista del análisis estratificado, el concepto jurídico penal de conducta sirve para un primer descarte elemental y grosero de lo que nunca puede ser un delito.

En la etapa de análisis estratificado en que solo se procura establecer la existencia del sustantivo o carácter genérico del delito, se da por descontado que toda conducta humana se produce en un *magma mundano compacto*, o sea, que tiene lugar en un tiempo y espacio determinado, que genera vínculos interactivos con otras personas, que se produce en ciertas circunstancias de tiempo, lugar, etc., es decir, que toda conducta humana está inmersa en una ciénaga de hechos de la realidad y tiene efectos y es causa de muchos resultados.

157. (*El resultado o mutación del mundo*) Se ha preguntado muchas veces si todo esto y, en especial, el *resultado*, debe ser parte del concepto jurídico penal de conducta, porque la *mundaneidad* es inherente a toda conducta humana. Sin embargo, este dato óntico no puede formar parte del concepto de conducta. Si bien se trata de algo que se da por sabido, de momento no interesa para que el concepto cumpla sus funciones (sistémica y políticas).

En el siguiente nivel del análisis estratificado será cuestión de verificar si los datos *mundanos* que el tipo penal exige como relevantes para la prohibición penal rodean la conducta realizada, porque antes de saber

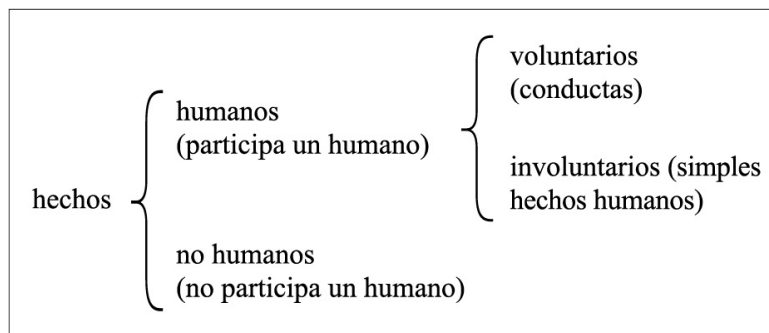
cuáles son los requerimientos *mundanos* necesarios para su relevancia típica, es imposible saber qué datos de ese *magma mundano* son los que interesan para caracterizar específicamente a una conducta como típica.

La pregunta fue muchas veces referida como *resultado*, pero este es producto de la causalidad y cualquier voluntad exteriorizada tiene múltiples resultados. Así, una persona escribe un libro y lo publica, el libro puede decidir a un abogado o a un juez a sostener cierta solución jurídica, pero también puede ser que alguien lo lea mientras cruza la calle y lo atropella un automóvil, puede ser que un amante se lo regale a alguien con una dedicatoria que provoque un divorcio y otro puede usarlo para pararse encima y alcanzar el estante más alto de su guardarropas. Hasta no saber qué datos de todos estos interesan al tipo, no es posible individualizar *el resultado relevante*.

B.2. Hechos humanos que no son conductas

158. (*Hechos humanos voluntarios e involuntarios*) Todo hecho en que participa un ser *humano* es un *hecho humano*, pero no todos los hechos humanos son conductas jurídico penales **(155)**. Solo son conductas con posible relevancia penal los *hechos humanos que exteriorizan una voluntad* y, por lo tanto, si en el caso concreto no hubiese una *voluntad humana*, lo único que habrá será un mero hecho humano que será descartado como carácter genérico del delito.

Los hechos no humanos pueden interesar al derecho penal como circunstancias que deben acompañar a la conducta, como por ejemplo una inundación (art. 163 inc. 2 CP), pero no como carácter genérico del delito.



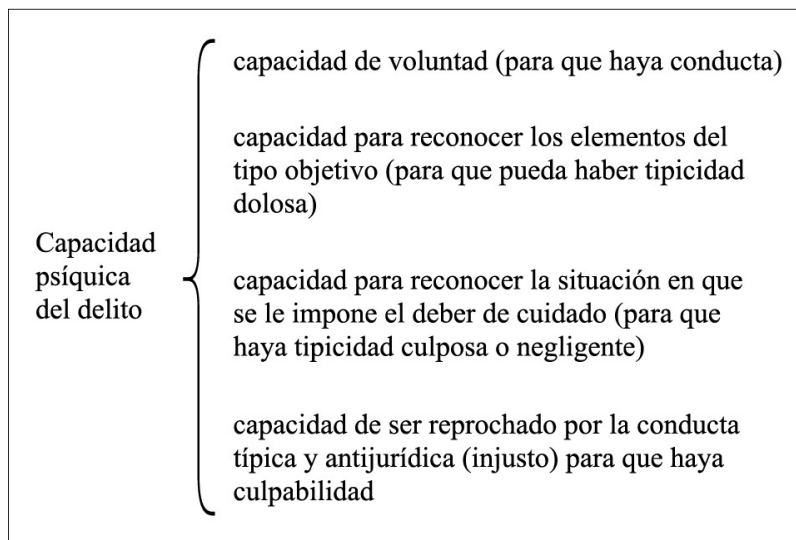
Pertenecen a la categoría de los meros *hechos humanos* (no voluntarios) los movimientos reflejos, la respiración, etc., aunque no así los movimientos automatizados, como los que se realizan para conducir un vehículo o para nadar, que son conductas aprendidas y siempre dirigidas por la voluntad de la persona.

En general, pertenecen a esta categoría los casos en que la persona es permanente o transitoriamente incapaz de voluntad (*involuntabilidad*) (art. 34 inc. 1 CP) o cuando una fuerza interna o externa le impide actuar conforme a su voluntad (*fuerza física irresistible*) (art. 34 inc. 2 CP).

159. (*Capacidad psíquica de delito e involuntabilidad*) El inc. 1 del art. 34 enuncia una síntesis de todos los requerimientos de capacidad subjetiva (psíquica) para el delito, tanto requeridos para su carácter genérico como para sus caracteres específicos.

Cada vez que en un paso del análisis estratificado se hace referencia a un requerimiento subjetivo de la persona, hay una necesaria referencia al inc. 1 del art. 34 CP, porque en cada uno de estos casos se requiere la capacidad psíquica de la persona para cumplimentarlo.

Por eso, este inciso requiere tanto capacidad psíquica de voluntad como de conocimiento del tipo objetivo (dolo) (**212, 213**), de la situación que impone un deber de cuidado en el tipo culposo o negligente y también de la necesaria para que la persona sea sujeto del reproche de culpabilidad (imputabilidad).



En síntesis, el referido inciso abarca toda *la capacidad psíquica exigida a una persona para ser sujeto activo de un delito*, y en cada estrato del análisis debe analizarse la particularmente exigida.

De momento, a los efectos del concepto genérico, interesa únicamente la

capacidad psíquica de *voluntad*, que llamamos *voluntabilidad* y, por ende, los casos de su ausencia, o sea, los supuestos de *involuntabilidad*, que representan solamente el grado más profundo y radical de la incapacidad psíquica de delito, porque elimina directamente su carácter genérico.

160. (*Supuestos de involuntabilidad*) La *consciencia* es un concepto propio de la psicología y la psiquiatría, al que podemos aproximarnos diciendo que es resultado del funcionamiento armónico de las funciones psíquicas, lo que permite ubicarse en el tiempo y el espacio psíquicos, es decir, mantener el contacto que más o menos todos tenemos con la realidad que nos rodea.

Cuando *algo anda mal* y alguien cree estar en una playa cuando está en un consultorio, o si afirma que lo insulta quien no hace más que vocear el diario, decimos que la persona padece una *perturbación de la consciencia*. Pero ninguno de estos casos es un supuesto de *involuntabilidad*, que solo se presenta cuando existe una *privación* de la consciencia o *inconsciencia* (art. 34, inc. 1 CP), como sucede en los estados de coma, en las crisis epilépticas, en las ausencias de *pequeño mal* epiléptico, en el sueño, en los movimientos de los oligofrénicos muy profundos, etc.

161. (*Los casos dudosos*) Hay supuestos dudosos en que no queda muy claro si se trata de una perturbación o una privación de la consciencia. Tales son, por ejemplo, los trances hipnóticos y otros similares (trances en religiones de posesión) o los estados crepusculares del sueño (estados que oscilan entre la vigilia y el sueño, que en unas personas son más amplios que en otras). En función del principio conforme al cual, en caso de duda, el tribunal debe decidir lo más favorable para el reo (*favor rei*), deben considerarse supuestos de involuntabilidad.

Obsérvese que escribimos *consciencia* y no *conciencia*. Si bien esta distinción no se reconoce en la lengua castellana, lo cierto es que se nos impone para no caer en confusiones: *consciencia* es a lo que nos acabamos de referir, es decir, a *ser consciente de algo*. En lugar *conciencia* denota algo muy diferente, como un *super-yo* o imperativo moral, en el sentido en que se habla de la *voz de la conciencia* o del imperativo categórico kantiano (*).

162. (*Fuerza física irresistible*) La *fuerza física irresistible* es el supuesto en que el humano está sometido a una fuerza que le impide moverse conforme

a su voluntad. Puede ser interna (una parálisis histérica, terror extremo, agotamiento total) o externa (su cuerpo es usado o impulsado mecánicamente). Suele ser más probable que estos casos se produzcan en tipicidades omisivas, pero tampoco pueden descartarse casos de hechos activos.

Quien por una parálisis o mutismo histérico no puede moverse y acudir en ayuda de alguien en peligro ni advertirle a gritos del peligro, sufre una fuerza irresistible interna. Sufre una fuerza física irresistible externa quien es empujado por una multitud o por un huracán, o quien es arrojado desde una primera planta y cae sobre otro.

Debe distinguirse la fuerza física irresistible externa de los casos de coacción, en que el humano actúa aunque no lo hace libremente, puesto que está sometido a una amenaza; en este último supuesto, no falta la conducta, sino solo la antijuridicidad o el reproche de culpabilidad, según el caso **(370, 413)**.

163. (*Consecuencias sistemáticas de la ausencia de conducta*) Las consecuencias más importantes de que un hecho humano no sea conducta son:

(a) Contra un puro hecho humano no cabe legítima defensa, sino solo estado de necesidad **(358)**.

(b) Quien para cometer un delito se vale de una persona que solo protagoniza un puro hecho humano, será autor directo o de determinación y no autor mediato **(252)** (34, incs. 3 y 6 CP).

(c) En los tipos plurisubjetivos **(203)**, no puede contarse como sujeto al que solo protagoniza un puro hecho humano.

C. Primer carácter específico de todo delito: la tipicidad

C.1. Tipicidad sistemática y conglobada

164. (*Dos pasos necesarios*) El poder punitivo solo puede habilitarse como *decisión vertical en un conflicto*, pero no en cualquier conflicto, sino en uno particularmente determinado y que afecta (por lesión o por peligro) un bien jurídico. Tampoco basta con estas condiciones, sino que debe afectar al bien jurídico en la forma y condiciones que la norma penal *prohíbe* (en los

límites de la *prohibición normativa*).

El tipo es el *instrumento legal* que fija la relevancia penal de la conducta, para lo cual es indispensable valerse de este para constatar –ante todo– si el *supuesto fáctico* (la conducta en el mundo real) es un *pragma típico* y, en segundo lugar, si además ese pragma es *conflictivo* por afectar del modo típicamente requerido al bien jurídico.

El tipo prohíbe una conducta que es parte de un pragma conflictivo, de modo que la existencia de una *prohibición típica* no se verifica con la simple constatación del pragma (conducta + resultado), sino que es menester verificar también su *conflictividad* (ofensa al bien jurídico).

Para verificar la existencia del pragma (conducta + resultado) no se requiere otra cosa que tomar en cuenta la norma tal como se deduce del tipo. Al resultado positivo de esta verificación la denominamos *tipicidad sistemática*.

No obstante, como una vez cumplido ese paso aún no sabemos si el pragma típico es *conflictivo*, para eso será necesario *conglobar* la norma deducida del tipo con la totalidad del orden normativo, dado que las normas no pueden ser *contradictorias*, puesto que el principio republicano (racionalidad de los actos de gobierno) impide interpretar su conjunto como un caos, o sea que impone (ordena a los jueces) entenderlo como un *orden normativo*.

165. (*El recorte prohibitivo de la norma conglobada*) De este modo, la norma *conglobada en el orden normativo* puede no resultar conflictiva, puesto que entre las normas se operan recortes y limitaciones, siendo común que unas impongan deberes, fomenten o toleren (no prohíban) lo que otras aisladas parecen prohibir, como también que la afectación del bien jurídico no tenga entidad suficiente para habilitar una respuesta punitiva. Al resultado de esta verificación de la *conflictividad* del pragma típico lo denominamos *tipicidad conglobada*.

Conforme a lo expuesto, trataremos primero la tipicidad sistemática y luego la conglobada (**325 y ss.**).

Así, la tipicidad sistemática verificaría que un sujeto entró en una casa ajena contra la voluntad del ocupante (art. 150 CP), pero de la consideración conglobada de la norma

puede surgir que se trató de un funcionario que allanaba la casa por orden judicial y, por ende, cumplía con su deber jurídico. Cabe observar que, por esta razón, no existe una interpretación inmutable y permanente de los tipos penales, puesto que toda nueva ley, aunque no sea penal, puede afectar la tipicidad conglobada: toda nueva norma opera como una gota de licor en una copa de agua, que le cambia el sabor y el color a todo el contenido.

C.2. La adecuación del pragma al supuesto de hecho legal (tipo legal)

166. (*Supuesto de hecho fáctico y legal*) El primer carácter específico que debe tener una conducta para ser un *posible delito*, es la *tipicidad sistemática*, porque es elemental que quien quiera saber si una conducta es un delito comience por preguntarse *si está prohibida con relevancia penal en la ley vigente*.

Esta primera pregunta resulta elemental porque las prohibiciones penales son (o deberían ser) siempre pocas y excepcionales, conforme a la regla general de reserva (art. 19 CN). Si la conducta no es típica, cae en el infinito campo de las conductas no prohibidas.

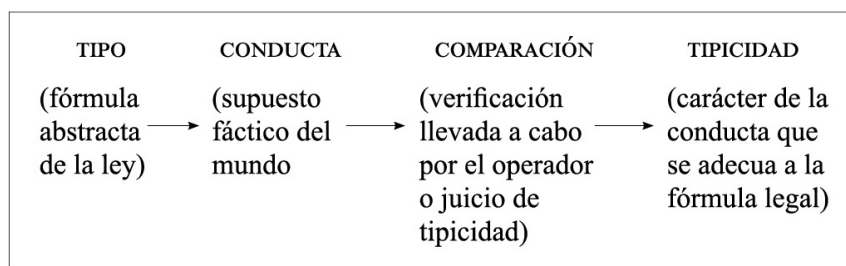
Para responder esta pregunta es necesario acudir a las *fórmulas legales de la parte especial del CP y de las leyes penales especiales y extravagantes*, que señalan con cierto grado de abstracción los *pragmas* y que se llaman *tipos penales* (o *supuestos de hecho legales*).

Se ha traducido siempre la palabra alemana *Tatbestand* como *tipo*. No alteraremos esta tradición porque generaría más confusión, pero lo cierto es que la traducción correcta es *supuesto de hecho*, lo que permite a los alemanes hablar de un *supuesto de hecho legal* y de otro *fáctico*, o sea, de la fórmula legal y de la conducta (pragma) que se da en la realidad. La traducción tradicional no lo permite en castellano, porque *tipo* siempre indica algo *modélico* y, por ende, reservado a la fórmula legal.

167. (*El supuesto de hecho legal y el real o fáctico*) Cuando decimos que el *tipo o supuesto de hecho legal* es una fórmula general y más o menos abstracta que leemos en la ley, estamos indicando que la ley, para prohibir, no toma en cuenta *todo lo que rodea y en lo que está siempre inmersa una conducta humana*, sino solo lo que al derecho le interesa que se produzca en el *mundo* para prohibirla y, eventualmente, algunas circunstancias particulares. Nunca es un retrato de la conducta real, sino un boceto de ella.

El juez se vale del tipo legal cuando en un expediente o en una audiencia encuentra que en el mundo real tuvo lugar un hecho producto de una

conducta humana: por ejemplo, que alguien le dio una puñalada a otro y que esto le produjo la muerte porque le interesó el corazón. Este es el *supuesto de hecho fáctico*, dado en la realidad del mundo. Cuando compara esto con la fórmula abstracta que lee en la ley (tipo penal o supuesto de hecho legal, en este caso art. 79 CP) verifica que se halla ante una prohibición penal, porque se adecua a ella, y concluye que la conducta es *sistemáticamente típica*. Siempre debe tenerse en cuenta que *el tipo pertenece a la ley, en tanto que la tipicidad pertenece a la conducta (es un carácter de esta)*.



168. (*El pragma típico*) Hemos señalado antes que la conducta humana no se da en el vacío, sino en el mundo real y con múltiples circunstancias, entre las que el tipo legal señala siempre alguna mutación que en el mundo real produce la exteriorización de esa conducta y que suele llamarse *resultado*.

El tipo legal define un *pragma*, que se integra con la conducta más el resultado y a veces con eventuales circunstancias, todo lo cual debe tener capacidad para ofender un bien jurídico (330), o sea, que definen lo que en la tipicidad sistemática *parece ser un conflicto* (aunque antes de analizar la tipicidad conglobada no lo sabremos por completo) (165).

Por ende, como todos los delitos, tanto en las definiciones abstractas (tipos) legales como en la realidad social, son *conflictos* que afectan (por lesión o peligro) bienes jurídicos (104), el pragma que se individualiza mediante los tipos penales debe tener en principio toda la apariencia de un *pragma conflictivo*, aunque su conflictividad solo pueda verificarse en definitiva con la tipicidad conglobada (325 y ss.).

Pragma es un neologismo: *pragmático* es lo que se refiere a la *práctica o realización de las acciones* (*) y este neologismo indica esa práctica más la necesaria mutación del mundo real o resultado, porque toda conducta exteriorizada cambia algo del mundo real. Se han

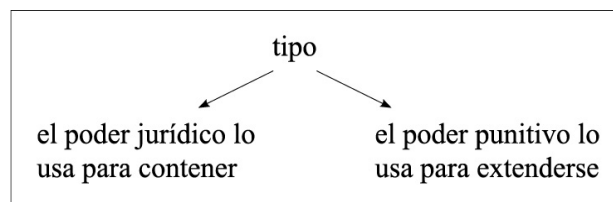
usado otras denominaciones (*evento*, por ej.) que son menos precisas, por lo que preferimos este neologismo.

169. (*Derecho penal de acto y poder punitivo de autor*) Se debe aquí insistir en que, si bien en el Estado de derecho y conforme a la regla básica (92), los tipos siempre seleccionan conductas (derecho penal *de acto*), en la realidad social el ejercicio del poder punitivo no siempre selecciona por actos, sino que en la mayoría de los casos lo hace por personas, debido a su inevitable selectividad estructural (37), que lo reparte en la criminalización secundaria (29) según el grado de vulnerabilidad de cada habitante (32). Por eso, cuantos más tipos penales haya en un Estado de derecho, mayor será el ámbito que este concede al poder punitivo para seleccionar personas (y más lejos se hallará del modelo ideal del Estado de derecho) (53).

Como el principio regulativo del Estado de derecho –que es la *igualdad ante la ley*– se realiza en proporción inversa al ámbito de poder punitivo abierto por el conjunto de las tipicidades (*programa de criminalización primaria*) (29), resulta que a mayor número de tipicidades corresponde un menor grado de realización del Estado de derecho (relación inversa).

170. (*Antítesis funcional del tipo*) En tanto que los tipos penales (criminalización primaria) habilitan ámbitos de selección de personas por parte de las agencias de criminalización secundaria (policías), el poder jurídico de contención (que el derecho penal aspira a programar) y los operadores jurídicos que lo ejercen, se valen precisamente de los mismos tipos legales para limitar ese poder. Si bien el poder punitivo tiende a ser de autor, el *poder jurídico* pugna por contenerlo y operar *contraselectivamente*.

Por consiguiente, el tipo penal tiene dos caras contrapuestas en permanente antítesis sin síntesis.



171. (*Desaparición de la cara limitadora del tipo en el Estado de policía*)

En el juego de pulsiones entre el Estado de policía y el de derecho, cuando el primero le tuerce el brazo al segundo y se acerca demasiado a su modelo ideal, el poder jurídico de contención desaparece o se vuelve ínfimo o despreciable, e incluso sus *pseudojueces* se convierten en agentes de las agencias ejecutivas (policías).

En los casos extremos de Estados de policía se llega a eliminar toda posibilidad de uso contentor del tipo penal mediante la *integración analógica*, conforme a la cual sus *pseudojueces* pueden extender el ejercicio del poder punitivo según fórmulas políticas generales, al integrar la ley penal cuando el tipo legal obstaculice el ejercicio arbitrario del poder punitivo (99). En ese caso, todos los tipos devienen tipos de autor, pues con la analogía se va siempre en procura de *enemigos del poder hegemónico*.

Modelos completos de *pseudojueces* han sido el del llamado tribunal del pueblo nazi (*Volksgericht*) (*) y los que junto al fiscal Vischinski (*) legitimaron las grandes purgas estalinistas de los años treinta del siglo pasado.

172. (*Funcionalidad policial de los tipos con límites imprecisos*) Si bien en el Estado constitucional de derecho se prohíbe a sus jueces cualquier integración analógica de la ley penal *in malam partem* (99) y menos aún crear tipos judiciales, sus legisladores pueden sancionar leyes con *tipos de límites imprecisos* que violen el requisito de la *estricta legalidad*. En tales casos corresponde extremar la interpretación estricta o declararlos inconstitucionales (98), según el grado de lesión al principio *nullum crimen sine praevia lege penale*.

Estos tipos de límites difusos abren paso a la burla al Estado de derecho, pues permiten habilitar poder punitivo sobre conductas en definitiva atípicas, en especial, en las primeras etapas de la criminalización secundaria, abuso que se facilita con la *distorsión cronológica* del proceso penal.

Estos tipos permiten que las policías ejerzan poder punitivo (detengan personas, por ejemplo), lo que puede ser contenido por un fiscal o juez instructor, pero estos también pueden habilitar su continuación y disponer un procesamiento para que se resuelva en juicio. Ese procesamiento es una pena, pues limita los movimientos del procesado, pero lo es aún más si va acompañado de una prisión preventiva. Esta pena de prisión preventiva (76) puede prolongarse en el tiempo (el límite internacional oscila en dos años) y el tribunal sentenciador puede incluso confirmar el criterio y la pena prolongarse hasta la segunda instancia, la casación o la instancia extraordinaria de inconstitucionalidad. Todos

estos son casos de ejercicio del poder punitivo sobre conductas en definitiva atípicas y con consecuencias irreparables, producto de la violación legislativa al principio de estricta legalidad.

173. (*Síntesis: funciones del tipo legal*) Con las consideraciones anteriores, estamos ahora en condiciones de precisar un poco más las dispares funciones del *tipo legal* (supuesto de hecho legal), y verificar que es *la fórmula legal necesaria para relevar un pragma en principio conflictivo, tanto para habilitar el ejercicio formal del poder, como para que el poder jurídico pueda contenerlo mediante la interpretación limitante del campo de lo penalmente prohibido*.

Para cumplir la función *contraselectiva y de contención* que corresponde al poder jurídico y que el derecho penal programa, es indispensable que este provea *interpretaciones racionales* de los tipos, conforme a la regla básica y a los principios constructivos antes indicados (**92 y ss.**).

174. (*Limitaciones del análisis puramente exegetico*) El tipo (o supuesto de hecho legal) se expresa en lenguaje escrito. Del puro análisis del lenguaje (exégesis) (*) solo resulta el tenor literal o semántico, que señala el máximo del alcance prohibitivo del tipo. Pero si con la exégesis se agotase el análisis jurídico del tipo, el poder punitivo habilitado alcanzaría una amplitud absurda, caería en una irracionalidad incompatible con el principio republicano y, además, se estrecharía la posibilidad de su uso como contención por parte del poder jurídico.

Piénsese en múltiples ejemplos absurdos: uno de los cónyuges del matrimonio desavenido muere por un accidente cardiovascular acelerado por el conflicto. En el velatorio alguien dirá que el otro *lo mató*. Quizá la causalidad sea muy probable y la conducta del supérstite éticamente reprochable, pero nadie diría que se trata de acciones típicas del art. 80 CP. Un funcionario acepta el regalo de un ramo de flores, o un ministro es condecorado por un gobierno extranjero y se le impone la habitual condecoración de un collar. Es claro que no se trata del tipo de dádivas del art. 259 CP. De este modo se podría continuar hasta casi el infinito.

175. (*Los datos ónticos antes no relevados*) Dado que el tipo señala cuáles son los datos fenoménicos de la conducta que interesan para relevarla como penalmente prohibida, en el juicio de tipicidad sistemática es donde se debe verificar su presencia, pues allí es cuando pueden (y deben) ser extraídos del magma mundano en que quedaron inmersos en el momento de

establecer la pura presencia del sustantivo del delito (conducta) (156, 157).

Antes del tipo no podemos saber qué resultados o efectos de la conducta (mutaciones del mundo) interesan a la prohibición penal. Es el tipo legal el que indica cuáles son relevantes y cuáles no interesan al desvalor prohibitivo penal, aunque luego otros que no interesan al tipo puedan también ser relevados para el análisis de la antijuridicidad o de la culpabilidad de la conducta.

C.3. Estructuras típicas fundamentales

176. (*Modalidades de técnicas legislativas para la prohibición típica*) Las leyes formulan tipos según diferentes *técnicas de prohibición*, lo que da lugar a distintas *estructuras típicas fundamentales*.

Los tipos legales son imágenes escritas de pragmas. No son retratos de conductas, sino sus bosquejos, que las individualizan atendiendo solo a ciertos y determinados rasgos del pragma, con lo cual puede decirse que *caricaturiza* conductas, según los caracteres que decide marcar para individualizarlas. Esas elecciones son, en verdad, diferentes *modalidades de técnicas legislativas para prohibir penalmente conductas humanas*.

177. (*Tipos dolosos y culposos, activos y omisivos*) En sus formas básicas, estas variables técnicas son bastante simples: se trata de dos que combinadas dan lugar a cuatro modalidades típicas ($2 \text{ elevado a la segunda} = 4$).

La señalización de los pragmas puede llevarse a cabo al individualizar la conducta:

(a) conforme al fin propuesto por el agente, en cuyo caso resulta un *tipo doloso* (por ej., art. 79 CP); o bien

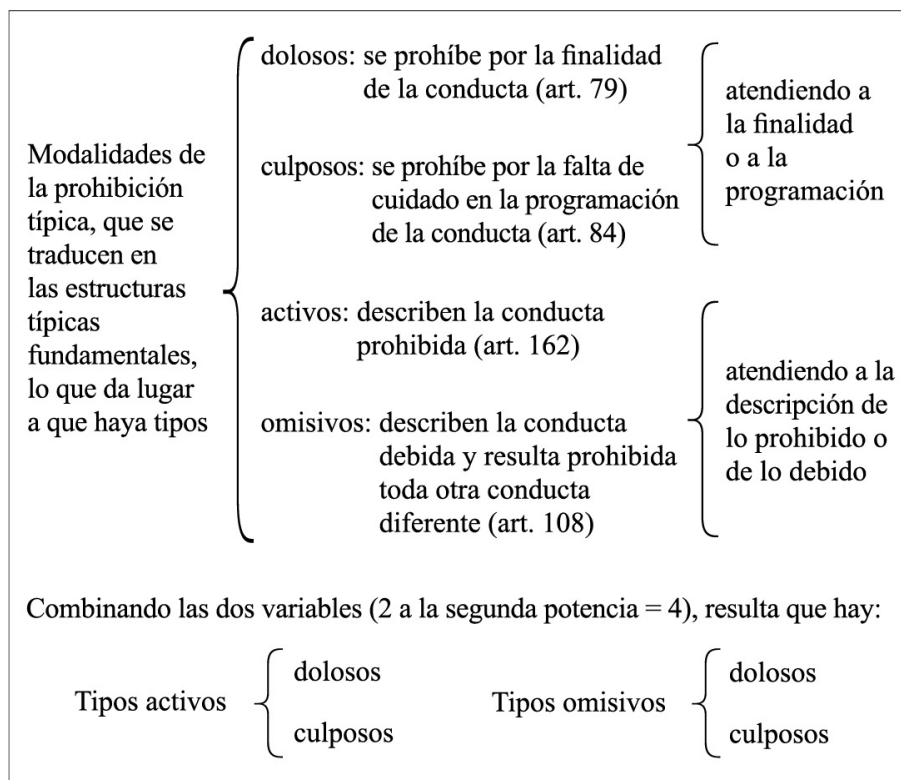
(b) puede optar por señalar la acción prohibida atendiendo a que esta se realiza de un modo defectuoso en cuanto al deber de cuidado que el agente debía observar, de lo que resulta un *tipo negligente o culposo* (por ej., art. 84 CP);

(c) también puede señalarse el pragma describiendo la conducta prohibida, lo que da lugar a un *tipo activo* (por ej., art. 162 CP); o bien

(d) puede señalárselo individualizando la conducta debida y, por consiguiente, considerar prohibida toda otra diferente de esta, por lo que resulta un *tipo omisivo* (por ej., art. 108 CP).

178. (*Las cuatro estructuras típicas fundamentales*) Como vemos, las dos variables se combinan con las otras dos, y dan lugar a las cuatro estructuras típicas fundamentales, que son los (a) tipos dolosos activos y (b) omisivos y los (c) tipos culposos o negligentes activos y (d) omisivos.

En las leyes penales dominan numéricamente los tipos dolosos activos, aunque esta no es la única razón —y quizá la menos válida— para considerarlo el *tipo modelo* desde el cual el derecho penal deba comenzar el análisis al avanzar en la construcción estratificada de su *teoría del delito*.



179. (*Las razones que privilegian el análisis del tipo doloso activo*) Las razones más importantes por las que usualmente se considera al tipo doloso activo como el *tipo modelo* son las siguientes:

(a) Se trata de los tipos con pragmas de mayor conflictividad, dado que cuando la finalidad se dirige al resultado es mucho más probable que este se

produzca (quien dispara cinco balazos contra otro es muy probable que le cause la muerte; quien conduce a exceso de velocidad es menos probable que produzca ese resultado).

(b) Su estructura es más compleja que la del tipo culposo en cuanto a la eventual riqueza de elementos subjetivos (como son las ultrafinalidades, por ej., art. 80 inc. 7 CP) **(230)**.

(c) La mayoría de los tipos omisivos requieren un pragma especial en que el agente garantiza la incolumidad del bien jurídico **(243)**, lo que en un Estado de derecho constitucional resulta excepcional (salvo excepciones, no estamos jurídicamente obligados a evitar todos los males de nuestros semejantes).

(d) En el tipo activo doloso la conducta causa una mutación del mundo conforme a la finalidad coincidente **(211)**, en el culposo la voluntad se dirige a un objeto diferente de la mutación del mundo (el que excede la velocidad quiere llegar rápido y no matar a nadie) **(288)**; y

(e) en el omisivo la conducta prohibida no es la causa del resultado (el recitar versos en lugar de salvar una vida no causa la muerte de quien se halla en peligro) **(240)**.

C.4. El tipo doloso activo (aspecto o tipo objetivo)

180. (*Tipo objetivo y subjetivo*) El tipo doloso activo (supuesto de hecho legal) requiere la presencia de requisitos objetivos y subjetivos en el pragma real (supuesto de hecho fáctico).

Estos requerimientos en el plano abstracto del tipo se denominan *elementos* del tipo y, a los efectos de su análisis, se los clasifica en *tipo objetivo* y *tipo subjetivo*.

Debe quedar claro que las clasificaciones, por tradición, se llaman de este modo, pero solo se trata de expresiones sintéticas para señalar conjuntos de elementos y no de una duplicación del tipo (no hay dos tipos, sino un único tipo con un aspecto objetivo y otro subjetivo).

181. (*El análisis debe comenzar por el tipo objetivo*) El análisis de la tipicidad de una conducta debe comenzar por el aspecto objetivo, dado que

no tiene sentido preguntarse por la dirección de la voluntad ni por ningún otro componente subjetivo, cuando falta lo esencial de un pragma conflictivo, que es la mutación del mundo exigida por el tipo.

Por esa razón, es válido afirmar que *el tipo objetivo es el núcleo básico o primario del tipo que indica la presencia de los más elementales caracteres de un posible pragma conflictivo, porque señala la mutación del mundo exigida para la prohibición*. Si no se comienza por probar que en algún lado existe o existió una cosa ajena, no tiene sentido preguntarse por la tipicidad de una conducta de hurto consumado.

182. (*La tipicidad objetiva sistemática*) El tipo objetivo cumple una primaria *función sistemática* y descarta las conductas que no están *objetivamente* prohibidas, para lo cual la primera pregunta es si en la realidad existió una conducta con los caracteres del pragma exigido por el tipo: (a) mutación del mundo, (b) causación y (c) datos fenoménicos relevados (cuando fuesen eventualmente requeridos por el tipo).

La tipicidad sistemática requiere también de (d) la *imputación objetiva al agente como obra propia*, pues no puede haber pragma cuando no es posible imputarlo a un sujeto activo como autor de esa obra prohibida.

En literatura no nos contentamos con saber que el *Quijote* o el *Martín Fierro* son obras literarias, sino que nos interesa atribuirlos a alguien, en ese caso a Cervantes y a Hernández. Con el tipo sistemático sucede lo mismo, aunque con mayor razón, pues en literatura se relevan como valiosas obras anónimas -como el *Mío Cid*-, en tanto que para el derecho penal no son relevantes las obras anónimas, porque la función de todo el análisis estratificado, en definitiva, tiende a preguntar si se debe penar al agente.

183. (*Elementos del tipo objetivo*) Como se acaba de ver, los elementos que deben tomarse en cuenta para verificar la tipicidad objetiva sistemática son los siguientes:

(a) el resultado de la conducta (o mutación del mundo) inherente a toda conducta que se exterioriza en el mundo,

(b) el nexo causal entre la conducta y el resultado,

(c) la imputación del resultado como obra propia a la persona autora de la

conducta y

(d) otros elementos eventuales del tipo objetivo (otros datos fenoménicos de la conducta, requeridos en algunos tipos).

Iremos desgranando estos componentes, comenzando por el *resultado*.

184. (*Todo tipo exige una mutación del mundo: no hay tipo objetivo sin “resultado”*) El tipo penal exige siempre que haya una conducta exteriorizada, para lo cual la individualiza valiéndose de las palabras que en el lenguaje corriente sirven para señalar conductas: los *verbos*.

De toda forma, es inevitable que cualquier conducta que se exteriorice produzca una mutación en el mundo. Si bien esto es una obviedad, lo cierto es que dio lugar a infinitas discusiones en la doctrina penal, que continúan hasta el presente.

185. (*No todos los tipos objetivos individualizan los resultados*) La confusión proviene de que:

(a) Algunos tipos objetivos exigen un resultado o mutación del mundo bien precisa y determinada (así, no hay homicidio si no hay un muerto). Suele llamárselos *tipos de resultado material*, aunque en realidad son *tipos que individualizan el resultado*.

(b) Pero hay otros tipos objetivos que se limitan a describir la conducta, cualquiera sea la mutación del mundo que cause, en el entendimiento de que pueden ser muchas y todas capaces de lesionar el bien jurídico.

La confusión se produce porque la doctrina llama a los últimos *delitos de mera conducta*, cuando en realidad el delito siempre tiene un resultado, nunca es una pura conducta, solo que hay tipos que únicamente describen la conducta, y dan por descontado que producirán algún resultado *prima facie* ofensivo a un bien jurídico. Si se quiere, serán *tipos que solo describen la conducta*, pero no *delitos de mera conducta*, porque estos últimos no existen.

Son muchos los tipos que no requieren un resultado en particular. Sin ir más lejos el hurto (art. 162 CP), en que basta la acción de *apoderarse*, cosa que se puede hacer mediante una caña de pescar, un perro o un mono que se mete en la casa vecina, una toma manual directa de la cosa, etc.; lo que importa es que la cosa que estaba en poder de uno pase al del autor. En la injuria (art. 110 CP) basta con *deshonrar o desacreditar a otro*, sin que importe si

esto se lo haga verbalmente, por escrito, etc. Es indiscutible que en todos estos delitos hay un resultado en el mundo, solo que no lo precisa el tipo.

186. (*Tipos con verbos resultativos*) Para colmo hay una tercera categoría, poco observada, en que el tipo emplea un *verbo resultativo* (*), o sea, un verbo que implica siempre un resultado. En tal caso, ni siquiera se trata de tipos que no individualizan el resultado, sino que este está individualizado en el propio verbo que identifica la conducta.

Cuando en el tercer párrafo del art. 119 CP se dice *hubiere acceso carnal*, en esa expresión está implícito el resultado. Es por completo absurdo considerar que la violación es un delito de *mera conducta o sin resultado*; si alguna duda cabe al respecto, sería oportuno preguntarlo a la víctima. Precisamente, se trata de un tipo con un resultado muy preciso, solo que inseparable de la conducta del agente. Lo mismo sucede en el tipo de violación de domicilio (art. 150 CP), pues el resultado (la mutación del mundo) está dado ya con *entrar en morada o casa de negocio ajena*.

tipos objetivos sistemáticos	{ que exigen un resultado determinado que no exigen un resultado determinado que exigen una conducta que implica el resultado

187. (*La relevancia del resultado para el pragma*) El resultado forma parte del pragma y es necesario para que en el posterior análisis de la tipicidad conglobada (**325 y ss.**) se verifique en definitiva su conflictividad, dado que no puede haber ningún conflicto que sea posiblemente relevante para el derecho penal, sin que algo haya cambiado en el mundo, pues sería violatorio del principio *cogitationes poenam nemo patitur* (**149**).

188. (*A veces no se produce el resultado*) Esto no significa que siempre deba producirse el resultado típico, porque cuando la conducta se interrumpe temporalmente o se completa sin que se logre el resultado, se trata de una tentativa (art. 42 CP) (**270, 271**), pero también en este caso existe el posible conflicto, dado que se puso voluntariamente en marcha una causalidad que lo pudo producir.

El pragma siempre es social y jurídicamente más grave cuando se logra el resultado, porque el hecho tiene un mayor contenido injusto debido a la lesividad de la conducta para el sujeto pasivo. Si bien en el resultado siempre juega cierto papel el azar, por lo general su producción demuestra una voluntad dirigida al fin de modo más certero, lo que también incide sobre el desvalor de la conducta.

189. (*Causalidad y causación*) En los tipos objetivos dolosos, la *causalidad* siempre es *causación*, o sea que el tipo exige que la conducta *sea causa* del resultado. La *causación* no presenta dudas cuando –por exigencia del tipo o por modalidad del plan criminal– no puede separarse de la exteriorización misma de la conducta (no falta la causación, sino que no ofrece problema su determinación).

No ofrece problema la *causación* en la violación de domicilio antes mencionada (art. 150 CP), porque el sujeto está dentro de la casa, *entró* y el resultado no puede separarse de su acción de *entrar*; hay *causación*, solo que no es problemática desde el punto de vista de la relevancia típica. No debe confundirse que algo no ofrezca ningún problema con que no exista.

190. (*El resultado se separa de la exteriorización*) En el caso contrario, cuando el tipo individualiza una conducta cuyo resultado puede separarse de su exteriorización (como en el delito de incendio, explosión o inundación del 186 CP), se pueden presentar problemas al derecho penal en la *verificación de la causación*, es decir, al indagar el *nexo de causación entre la conducta y el resultado* (usualmente llamado *nexo de causalidad*).

191. (*Causalidad física y explicación pensante*) La causalidad es un fenómeno físico, pero su explicación es una categoría del pensamiento y, por ende, al querer establecerla se puede incurrir en error, puesto que siempre se trata de un juicio relacionante hipotético. Los seres humanos pueden sufrir los mismos errores que los perros de Pavlov (*) y creer que el timbre es la causa de la comida. Las ciencias naturales, en definitiva, progresan propulsión a continuas rectificaciones de sus previas explicaciones erróneas acerca de la causalidad. Como dato del mundo, la causalidad no tiene principio ni fin, es un proceso continuo y ciego, pero

acerca del cual no lo sabemos todo ni mucho menos.

Piénsese en la medicina de la edad media, que aplicaba ungüentos en la espada que había causado la herida, o en la más cercana de tiempos de Lombroso, que creía que la pelagra (*) era un mal hereditario o, la cercanísima que daba por cierto que el HIV se contagiaba por un beso. La causalidad siempre fue la misma, solo que su explicación, como categoría del pensamiento, cayó en juicios relacionantes hipotéticos que eran falsos.

192. (*La conditio sine qua non*) La causalidad no reconoce pretendidas interrupciones ni pueden jerarquizarse las causas: una conducta es causa de un resultado (media causación) *cuando no puede ser mentalmente suprimida sin que con ello desaparezca el resultado (conditio sine qua non)*.

Se han presentado serias cuestiones probatorias en cuanto a la causación de algunos resultados, lo que no deja de ser una cuestión procesal, pese a que la doctrina ha intentado reemplazar el concepto apelando a fórmulas que no son más que otros enunciados de la misma causación.

193. (*La concurrencia de causas*) Pero es verdad que también pueden concurrir varias causas en la producción de un resultado y, en ese caso, puede verificarse que *todas ellas lo produjeron*, pero ninguna aislada podía haberlo producido. Por eso, la fórmula de la *conditio sine qua non*, para abarcar las hipótesis de concurrencia de causas, se completa del siguiente modo: *si diversas condiciones pueden ser mentalmente suprimidas en forma alternativa sin que con ello desaparezca el resultado, pero no pueden serlo acumulativamente, cada una de ellas es causa del resultado*.

Así, la *conditio sine qua non* funciona también cuando dos sujetos arrojan residuos industriales a un arroyo y resultan intoxicados los animales ajenos que beben las aguas del arroyo (art. 184 inc. 3 del CP), pero se verifica que, si solo hubiese arrojado residuos uno solo de ellos, los animales no se hubiesen intoxicado, y únicamente se produjo el daño como resultado de la acumulación conjunta de ambos residuos en el arroyo.

194. (*Causación no es imputación*) La causación como requisito exigido por el tipo objetivo doloso no debe confundirse con la imputación de la lesión como obra propia del agente, lo que de alguna manera sería una suerte de pensamiento mágico irracional. Sin *causación no hay imputación* en el tipo objetivo activo doloso, porque no se le podrá imputar a nadie algo que no haya causado, pero con la pura causación no alcanza para formularle la imputación del resultado como *su obra*. Sin perjuicio de analizar luego

cuál es el criterio de *imputación* (204 y ss.), antes se debe tener claro que la *causación es solo su presupuesto*.

Como la causalidad es un proceso que no tiene principio ni fin (191), alguien observó hace más de un siglo –cuando el adulterio aún era delito– que no podía imputárselo al carpintero que fabricó la cama y, *a contrario sensu*, tampoco el adúltero podía eximirse de responsabilidad imputándolo al carpintero, alegando que sin la cama no lo podría haber cometido. Cuando se quiere usar la causación como criterio de imputación o autoría, no puede menos que acabarse en Lucy (*), en Adán y Eva o directamente en Dios, por haber creado al humano y al mundo.

195. (*Elementos interpretables del tipo objetivo*) El tipo objetivo suele contener *elementos interpretables*, para cuya comprensión debe acudir al auxilio de otras disciplinas u órdenes del mundo. Cuando los elementos interpretables remiten al propio derecho (como por ejemplo cuando emplea expresiones tales como *funcionario*, *perito*, *intérprete*, etc.) se trata de *elementos normativos*, por oposición a los *descriptivos* (como *mujer*, art. 139).

Aunque los límites de casi todos los elementos descriptivos dependan de criterios normativos, no por ello los convierten en normativos, pues precisar límites de un dato del mundo no significa crearlo: precisar cuándo comienza o termina la vida no equivale a crearla.

En todo elemento descriptivo se pueden plantear cuestiones de límites que deben valorarse en cada caso: incluso en el supuesto de un concepto tan descriptivo como *mujer* del citado art. 139 inc. 1, si quien fingiese la preñez fuese transexual, se plantearía una cuestión de interpretación: ¿Será típico de ese dispositivo? ¿No será mejor una tentativa de estafa del 172 CP? ¿Acaso un puro acto preparatorio de la alteración de estado civil del art. 138 CP?

196. (*Elementos valorativos éticos*) Deben distinguirse los elementos normativos antes señalados, que remiten al propio derecho (*funcionario*, *testigo*, *intérprete*, *perito*, *fronteras de la República*, *encargado del menor*, etc.), de los *elementos valorativos éticos*, que no son remisiones al derecho, sino a pautas de ética social o de moral pública y hasta privada, bastante discutibles y a veces inconstitucionales.

El caso más claro era el viejo concepto de *mujer honesta* en el tipo de estupro en la versión original del CP. En la ley vigente permanecen los

actos de exhibiciones obscenas del art. 129 CP y la *apología del crimen* del art. 213 CP. Este último es extremadamente peligroso cuando se trate de delitos políticos o semejantes. En los códigos contravencionales abundan estos *elementos valorativos éticos*, cuestionables o directamente lesivos de la legalidad estricta **(98)** y del respeto a la autonomía moral de la persona (art. 19 CN).

197. (*El acuerdo como elemento normativo de recorte*) *Volenti non fit injuria* es la máxima que otorga relevancia a la *aquiescencia* del sujeto pasivo cuando se trata de tipos que exigen la ofensa de bienes jurídicos personales.

Nadie comete un delito de hurto cuando acepta un regalo ni incurre en una violación cuando practica sexo con otra persona mayor de edad y que lo hace con gusto. Por tal razón algunos tipos introducen *elementos normativos de recorte*, en particular referidos al acuerdo del titular. No otra cosa es la expresión *ilegítimamente* respecto del apoderamiento de la cosa ajena en el hurto (art. 162 CP) y en el robo (art. 164 CP). Estos *elementos de recorte* sirven para dejar claro que no pueden ser actos lesivos de ningún bien jurídico, precisamente aquellos que resultan del ejercicio del derecho de disposición de su titular, lo que configura la esencia misma de todo bien jurídico **(330)**.

198. (*Acuerdo y consentimiento*) De toda forma es necesario distinguir cuidadosamente las formas en que se puede presentar la *aquiescencia*, pues deben diferenciarse al respecto dos categorías o niveles:

(a) Cuando asume la forma de *acuerdo*, lo puede hacer mediante un adverbio (en el hurto y el robo) o porque el concepto mismo excluye el caso (como en las relaciones sexuales consentidas entre adultos), supuesto en que desaparece la tipicidad sistemática porque directamente no hay pragma típico.

(b) Pero cuando la falta de acuerdo no es un expreso elemento normativo de recorte (no hay adverbio) y el concepto típico no la presupone (como en las lesiones del art. 89 CP), la *aquiescencia* del sujeto activo –como veremos luego– solo puede operar en el plano típico como *consentimiento* con efecto sobre la tipicidad conglobada **(345)**.

Aquiescencia	{ Acuerdo (excluye la tipicidad sistemática) Consentimiento (excluye la tipicidad conglobante)

199. (*Elementos normativos en tipos abiertos*) Existen especiales elementos normativos en algunos tipos llamados *abiertos*. *Tipos abiertos* son los que remiten a otra norma para completar el pragma (cerrar el concepto), que a veces son verdaderas leyes penales en blanco **(95)** (como en los arts. 205 y 206 CP).

Algunos tipos dolosos son abiertos, pero la regla es que los tipos abiertos sean siempre los negligentes o culposos (pues requieren la precisión de la norma de cuidado debido) **(289)**. Un tipo doloso abierto es el de estafa (art. 172 CP), que se vale de una ejemplificación no taxativa.

En el caso de los tipos abiertos debe indagarse con cuidado si respetan el principio de legalidad estricta **(98)**. En la estafa, se trata de la imposibilidad de imaginar todas las formas en que un ser humano puede engañar a otro, por lo que la ejemplificación opera como un *recorte*, indicativo de la potencia o entidad que debe tener el ardid típico (la mera *mentira* no es un ardid, la incuria de un sujeto no convierte en estafador al otro, etc.).

200. (*Clasificaciones de los tipos: la llamada parte general de la parte especial*) Los elementos y modalidades de los tipos objetivos han dado lugar a una serie de clasificaciones de los tipos, que son usadas en los análisis de estos en la parte especial. Se trata de una abigarrada serie de distinciones que algunos autores llaman la *parte general de la parte especial*, pero en realidad pertenecen a la teoría del tipo objetivo y, por ende, procuran facilitar la determinación de la tipicidad sistemática.

Las más usuales son (a) tipos de formulación casuística y de formulación libre; (b) unisubsistentes y plurisubsistentes; (c) independientes y subordinados; (d) instantáneos y permanentes; (e) unisubjetivos y plurisubjetivos; (f) *delicta propria* y *comunia*; (g) básicos y calificados; (h) agravados y atenuados. Pasamos a dar una idea aproximada de cada una de estas clasificaciones de tipos objetivos.

201. (*Tipos de formulación casuística y de formulación libre*) Los tipos objetivos se clasifican como *de formulación casuística (o circunstanciados)* y *de formulación libre*, según contengan (o no) referencias fenomenológicas de la conducta: circunstancias de tiempo, lugar, modo, medio, ocasión, características del sujeto activo, del sujeto pasivo, objeto del delito, etc.

Son tipos de *formulación libre* el de hurto simple (art. 162 CP), el homicidio simple (art. 79 CP), etc. Son de *formulación casuística o circunstanciados* en razón de *tiempo*, la piratería aérea practicada durante las operaciones inmediatamente anteriores al vuelo (art. 198 inc. 2 CP), en razón del *lugar* el daño en despoblado (art. 184 inc. 4), por el *modo* el ensañamiento y la alevosía en el homicidio (art. 80 inc. 2), por el *medio* el homicidio cometido con un medio idóneo para crear un peligro común (art. 80 inc. 5), por la *ocasión* el hurto calamitoso (art. 163 inc. 2 CP), por las características del *sujeto pasivo* la circunvención de incapaces (art. 174 inc. 2 CP), por el *objeto* del delito el abigeato (art. 163 inc. 1 CP).

202. (*Otras clasificaciones*) Son *unisubsistentes* los tipos que individualizan conductas que no puedan dividirse en acciones o actos parciales, como el disparo de arma (art. 104 CP). La mayoría de los tipos objetivos son *plurisubsistentes*, pues admiten esa posibilidad.

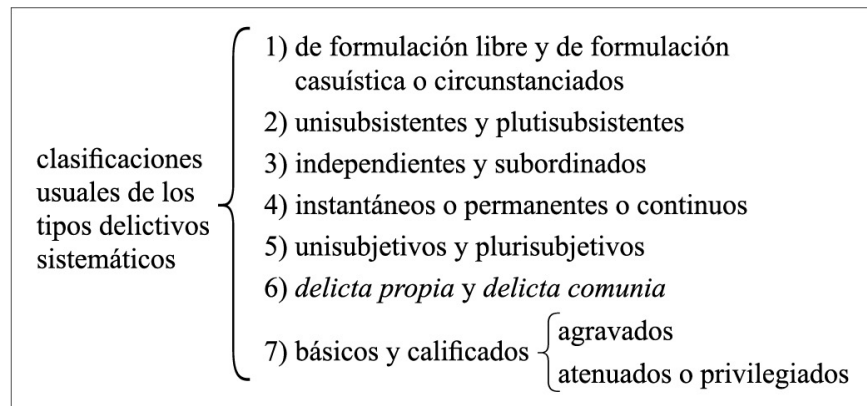
Son *independientes* los tipos cuyo concepto se agota en el propio tipo legal, en tanto que se llaman *subordinados* a los que remiten a otro tipo para su individualización. Casi todos los tipos calificados agravados son *subordinados* (por ejemplo, los seis incisos del art. 163 CP), pero el robo (art. 164 CP) es un tipo independiente del hurto (no es un mero hurto calificado).

Los tipos objetivos pueden ser *instantáneos y permanentes (o continuos)*, según que tengan solo un momento consumativo (homicidio, lesiones, hurto, etc.) o que a partir de este la consumación se mantenga en el tiempo por acción del agente (la privación ilegal de libertad del art. 141 CP).

203. (*Más clasificaciones*) Pueden ser *unisubjetivos* o *plurisubjetivos*, según que puedan ser cometidos por una persona o que requieran una pluralidad (por ejemplo, el robo en banda del 167 inc. 2 o el homicidio con concurso premeditado de tres o más personas del art. 80 inc. 6).

Los tipos objetivos también se suelen dividir en *delicta propria* (delitos propios), cuando el sujeto activo debe tener ciertos caracteres (como en el caso del inc. 1 del art. 80 CP), y *delicta comunia* (delitos comunes) cuando pueden ser cometidos por cualquier persona.

También pueden ser *básicos* (arts. 79, 162, 164 CP) y *calificados* (arts. 80, 163, 167 CP). Es posible subdividir estos últimos en *agravados* (los señalados antes) y *atenuados* o *privilegiados* (arts. 81, inc. 1, a; art. 112 CP). Hay pocos tipos atenuados en nuestro CP, debido a que en su versión original se prefirió optar por establecer mínimos bajos en las escalas penales. Las múltiples reformas punitivistas aumentaron estos mínimos, pero la consabida torpeza de los legisladores –ávidos de publicidad y sensacionalismo eficientista– les impidió contemplar la necesaria creación de los tipos privilegiados y de este modo fueron destruyendo la armonía del original.



C.5. La imputación objetiva del hecho como obra propia

204. (*Preguntar si se puede imputar equivale a preguntar si es posible que haya un autor o un partícipe*) Como hemos adelantado, un requisito básico para la configuración del pragma es la *posibilidad de atribución de la ofensa como obra propia al agente* (imputación).

En el tipo objetivo la pregunta por la imputación al agente suele llamarse *imputación objetiva* y consiste en saber *si existe objetivamente la posibilidad de considerar al sujeto activo como autor o partícipe (250)*, es decir, si es posible que haya un sujeto activo. Debe advertirse que se trata solo de una *posibilidad*, porque si alguien realmente es autor o partícipe,

únicamente es posible verificarlo en definitiva en el tipo subjetivo, puesto que no hay autoría ni participación sin dolo o, dicho de otro modo, nadie es autor o partícipe sin voluntad de serlo.

Como se trata de establecer si existe la posibilidad objetiva de que quien haya llevado a cabo la conducta sea considerado autor o partícipe, es claro que la respuesta está íntimamente vinculada a la *teoría de la autoría y de la participación (251)*.

205. (*Imputación objetiva según se domine o no el hecho*) Se verá con mayor detalle al desarrollar esos conceptos que, cuando concurren o intervienen varias personas en un hecho, algunas de ellas *dominan el hecho* (tienen el dominio del hecho) y otras no lo tienen (**261 y ss.**). En ambos casos debe verificarse que objetivamente estén dadas las condiciones para que sea posible que la ofensa pueda considerarse como propia (es decir, no accidental o ajena), tanto para quienes intervengan dominando el hecho, como para los que lo hagan sin disponer de este dominio.

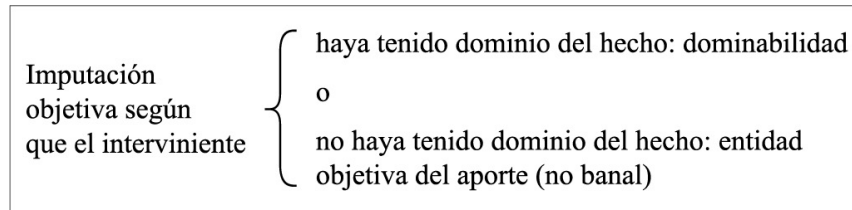
El criterio para imputar objetivamente el hecho como propio no puede ser el mismo para los intervinientes a los que se exige dominio del hecho que para los que no se exige ese dominio. Por consiguiente, para los primeros, en el tipo objetivo debe verificarse la *posibilidad del dominio*, en tanto que para los segundos debe valorarse objetivamente la entidad de su aporte al hecho, porque los aportes objetivamente banales no pueden fundar ninguna imputación penal (**267**).

Así, no puede ser objetivamente imputable la falsificación de documento (art. 292 CP) al librero que vendió el papel con el que se lo confeccionó, ni el cercenamiento de moneda (art. 283 CP) al ferretero que vendió la lima, aunque ambos aportes hayan sido claramente *causales*.

206. (*Autores y quienes dominan sin serlo*) El *dominio* presupone la *dominabilidad* (posibilidad objetiva de dominio), porque *no se puede dominar lo que no es dominable*. Por lo general esto es válido para los *autores del hecho*, pero también para otros a quienes también se les exige el dominio del hecho, pero que no pueden ser autores, que son los llamados *cómplices necesarios (259)*.

De este modo, cabe insistir en que la *dominabilidad objetiva* solo es

válida como criterio de imputación en la tipicidad objetiva para esta categoría de agentes, con exclusión de los otros intervinientes, respecto de los cuales se les exige como criterio de imputación es que no se trate de un aporte banal.



207. (*La dominabilidad como criterio de imputación objetiva*) Si bien cabe insistir en que la existencia del dominio del hecho se termina de verificar en el tipo subjetivo con el dolo, o sea con la efectiva voluntad de ejercer ese dominio, no tiene sentido preguntar en el tipo subjetivo si el sujeto lo ejerció cuando el hecho no era objetivamente *dominable*.

Así, como nadie pregunta por la propiedad de una cosa que no existe y que, por ende, no puede ser objeto de dominio, tampoco tiene sentido que el tipo subjetivo interrogue sobre una voluntad de dominio en un hecho que no es dominable. Por eso, en el tipo objetivo sistemático, la *imputación del hecho como propio*, para aquellos intervinientes cuya concurrencia exige dominio del hecho, significa la *posibilidad objetiva de concurrir o tomar parte con ese dominio* (dominabilidad).

Todo agente tiene dominio del hecho cuando es el *dominus* o señor del pragma. Dado que un delito, como puede ser por ejemplo un robo, puede cometerse conforme a diferentes planes, en cada caso deberá tomarse en cuenta el *plan concreto del hecho* para saber si el interviniente pudo decidir su continuidad y sus condiciones.

Así, lo tendrá quien al quitar su aporte, hubiese impedido el hecho o impuesto un cambio radical de plan concreto (el robo se hubiese debido cometer conforme a otro plan). Por ende, si hay varios concurrentes, tienen dominio todos los que hacen un aporte necesario para la realización del plan concreto del hecho y, por ende, en la tipicidad objetiva se debe analizar si existió objetivamente la posibilidad de ejercer ese aporte.

208. (*Supuestos en que no hay dominabilidad*) (a) La dominabilidad se excluye –ante todo– en los cursos causales que, conforme al estado actual de la ciencia y la técnica, no son dominables por nadie.

No se dominan hoy las erupciones de los volcanes ni los terremotos: si un niño muere en un terremoto, el tutor que lo mandó a veranear a esa zona sísmica con la esperanza de que sobrevenga el terremoto y el niño muera, no tuvo dominio del hecho, porque nadie podría haberlo tenido.

(b) En los cursos causales *humana y técnicamente dominables*, es necesario determinar si el autor tiene los conocimientos o el entrenamiento necesarios para dominarlos: en caso de carecer de tales condiciones, tampoco existe la posibilidad objetiva de dominio y, por tanto, el hecho nunca podrá serle atribuido como propio. Al reunir esas condiciones objetivamente, en el tipo subjetivo se preguntará si hizo uso de ellas para dominar el hecho, circunstancia que no interesa al tipo objetivo, donde basta con la simple posibilidad objetiva de dominio.

Así, la señora analfabeta que pasa el plumero por la computadora y provoca la salida de un mensaje injurioso o que debía permanecer secreto, no pudo nunca tener dominio del hecho.

(c) Tampoco hay posibilidad de dominio cuando los medios son groseramente inidóneos para la obtención del fin propuesto: la irracional incapacidad del medio empleado para obtener la mutación del mundo requerida por el tipo prueba que el hecho concreto no era dominable y que si ha producido el resultado ha sido solo por accidente o azar, fuera de toda previsión razonable de la causalidad. Suele ser el caso de las llamadas *tentativas inidóneas* que por mero azar producen el resultado **(280)**.

209. (*Criterio de imputación para quienes no dominan el hecho: aportes no banales y roles dinámicos*) En cuanto a los agentes a quienes no se exige dominio del hecho, que son los cómplices secundarios **(267)** y los instigadores **(265)**, no puede ser la dominabilidad lo que permita imputarle la ofensa como propia.

Dado que en ningún caso es posible considerar conflictivo todo lo que es meramente causal **(194)**, so pena de extender el poder punitivo de modo insoportable e inconstitucional, se impone la búsqueda de algún criterio limitativo diferente.

Para los cómplices secundarios la imputación objetiva de la ofensa

requiere que el aporte al hecho sea objetivamente significativo o *no banal*. Habrá un mero aporte banal cuando sea producto de *roles cotidianos e inocuos* que no impliquen peligros de los que se deriven deberes de abstención o de cuidado para evitar ofensas del género de las que la conducta contribuye a causar.

Los roles sociales son siempre dinámicos –no son fijos ni estáticos– y, por ende, el rol banal puede dejar de serlo cuando las circunstancias objetivas concretas y presentes alteren notoriamente la normal banalidad del rol, en cuyo caso la ofensa le será objetivamente imputable como propia.

El dueño o vendedor de un comercio que, entre otras cosas, vende cuchillos, desempeña un rol banal cuando se limita a venderlo al sujeto que luego apuñala a otro. Pero si el mismo vendedor observa que hay una enorme trifulca frente a su negocio y uno de los intervinientes entra presuroso y exaltado y arroja dinero sobre el mostrador pidiendo que le venda un cuchillo, de hacerlo su rol ha dejado de ser banal. No obstante, la banalidad que se valora en el tipo objetivo como criterio de imputación es meramente objetiva, es decir, si el vendedor de cuchillos no se enteró de lo que pasaba en la calle no habrá incurrido en una complicidad, pero esto se verifica en el tipo subjetivo.

210. (*La instigación nunca puede ser objetivamente banal*) Cabe preguntarse respecto de la instigación, cuyo concepto veremos luego (265), si requiere en el tipo objetivo sistemático un criterio de imputación objetiva diferente a los antes mencionados (aporte no banal).

Como veremos, el instigador no dispone del dominio del hecho, por lo cual se excluye el criterio de dominabilidad. Quedaría por ver si se puede limitar objetivamente la relevancia de su intervención mediante el criterio del rol no banal. Dado que el instigador debe haber decidido al autor a la comisión del hecho, su rol nunca pudo ser banal, pues en tal supuesto objetivamente no habría instigación. En el caso del instigador, la exigencia del rol no banal está ínsita en el propio concepto de instigación, solo que en el tipo subjetivo se verificará si ese rol siempre *objetivamente no banal* fue acompañado del correspondiente dolo y, por ende, si su conducta es o no típica de instigación.

C.6. El aspecto subjetivo del tipo doloso activo

211. (*Concepto de dolo*) El núcleo central del tipo subjetivo es el dolo. *Dolo es la voluntad realizadora del tipo objetivo guiada por el conocimiento*

efectivo de sus elementos.

Al requerir el dolo (la voluntad dirigida a la finalidad típica), el tipo limita desde lo subjetivo al poder punitivo y, junto con la culpa, agota las posibilidades de prohibición típica, pues excluyen cualquier posibilidad de responsabilidad objetiva por vía de la fórmula *quien quiso la causa quiso el efecto* (*versari in re illicita*) (305).

212. (*Dolo como representación y voluntad*) El dolo es *saber* y *querer*, por lo que tiene un aspecto *cognoscitivo* (o *intelectual*) y un aspecto *conativo* (o *volitivo*).

El conocimiento y la resolución son anteriores al acto o acción, pues sin conocimiento no se puede resolver y sin resolver no se puede ejecutar, o sea, que el juez determina los pasos cronológicos del dolo solo cuando el hecho ha pasado, pero ónticamente el dolo es un proceso que se desarrolla en el tiempo (272) y lo que otorga unidad a todos estos pasos es *la finalidad*.

Si bien es cierto que puede haber conocimiento sin finalidad, la inversa es imposible: nadie puede querer ir a Mar del Plata sin saber que Mar del Plata existe, pues de no saberlo creería estar yendo a otro lugar.

213. (*El dolo requiere conocimientos efectivos y actuales*) Los elementos del tipo objetivo deben ser conocidos en forma *efectiva*, o sea que deben estar disponibles en la consciencia del agente. No basta con la mera posibilidad de conocimiento (o conocimiento potencial) que, por definición, es un *no conocimiento* que solo *puede o hubiese podido* transformarse en conocimiento.

Pero tampoco basta para el dolo con que el conocimiento sea efectivo: es necesario que –al menos en alguna medida– sea también *actual*. No es actual el dato que está en la memoria pero que *no se tiene en cuenta* (no se actualiza) en el momento de decidir y actuar. Quien sabe que en el medio del patio de su casa hay un pozo (tiene conocimiento efectivo de su existencia), pero si se olvida de eso al entrar (no lo actualiza) se caerá en el pozo, sin la finalidad de hacerlo.

Actualizar no significa reflexionar, sino *tener en cuenta al decidir*. Por eso

no pueden dejar de tenerse en cuenta (actualizar) conocimientos de datos que necesariamente no se pueden separar de otros en los que se piensa (son *co-pensados*).

No cabe duda de que todos conocemos que el gas es peligroso y que debemos cerrar las llaves correspondientes. Son conocimientos efectivos que todos tenemos. Pero para que haya dolo de provocar una explosión de gas, el sujeto debe *actualizarlos*, dejar la llave abierta sabiendo que con eso está dirigiendo la causalidad a provocar la explosión. El problema es que no siempre se actualizan los conocimientos de la misma manera: quien tiene relaciones sexuales con una persona menor de trece años (art. 119 CP), en el momento de su acción *no está pensando* en la edad de la víctima ni en su partida de nacimiento. Sin embargo, si lo sabe o le resulta evidente, no puede dejar de *co-pensar la edad*, lo que no significa que esté *reflexionando* sobre ella.

214. (*Diferencia con los conocimientos de la culpabilidad*) Lo anterior es lo que diferencia los conocimientos necesarios para el dolo de los que hacen a la culpabilidad (406), porque en esta última solo se requiere la *posibilidad de conocimiento*, o sea, que no se exige su conocimiento efectivo y menos aún su actualización, como sucede con el dolo al verificarse la tipicidad sistemática subjetiva.

En la culpabilidad –como se verá en su momento– se trata de conocimientos que hacen a la valoración (desvaloración) jurídica y que habilitan la mera exigibilidad de la posibilidad de su comprensión (introyección o internalización) (394).

Se requiere	en el tipo (para el dolo) conocimiento efectivo y actualizado en la culpabilidad basta con la posibilidad de conocimiento y de comprensión

215. (*Dolo directo de primer y segundo grado*) Por su aspecto *conativo o volitivo* el dolo se distingue en directo (de primer y de segundo grado) y eventual.

(a) En el *dolo directo de primer grado*, el resultado se quiere como fin en sí mismo (quiere apoderarse, toma la cosa y se la lleva).

(b) En el *dolo directo de segundo grado* (también llamado *dolo de consecuencias necesarias*), el resultado es una consecuencia inevitable de

los medios elegidos (pone una bomba en un avión para matar a un pasajero; el dolo respecto de la muerte de los otros pasajeros es directo de segundo grado).

216. (*Dolo eventual*) Suele decirse que es *dolo eventual* aquel en que el sujeto se representa la posibilidad del resultado y la acepta como posible, sin importarle si este se produce (actuando a costa del riesgo de producción: *si pasa, mala suerte; si sucede, que se la aguante; etc.*). En general, en la doctrina más difundida, es el dolo que responde a una actitud subjetiva de *¡qué me importa!*

Este concepto del dolo eventual tiene un serio inconveniente: esa actitud no hace a la voluntad, sino a un ánimo, a una *disposición interna del sujeto*. Se cae de esta manera en el llamado *derecho penal de ánimo*, es decir, que una disposición interna convertiría a la conducta en dolosa, cuando el dolo no puede nunca consistir en un mero ánimo, muy diferente de la voluntad.

Sin violar la regla básica (92) se admiten elementos subjetivos de ánimo o disposición interna, pero fuera del dolo y únicamente para limitar el alcance prohibitivo, no para fundarlo (231).

217. (*Posible precisión del dolo eventual*) Dadas las dificultades del concepto tradicional, preferimos sostener que en cualquier caso se trata de una cuestión de *prueba del dolo*, es decir, de establecer si realmente hubo o no voluntad realizadora.

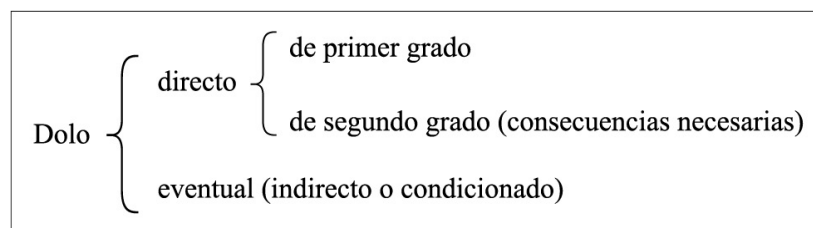
Así, cuando frente a una tipicidad objetiva, en que el observador tercero (el juez) verifica la *dominabilidad* y se dan todos los elementos que configuran el indicio de un plan destinado a producir el resultado (se completa la tipicidad dolosa objetiva) (293), es cuestión de decidir si la alegación de que no hubo voluntad realizadora es o no admisible. Esta alegación será inadmisibile cuando el agente no hubiese tenido razones valederas para creer que evitaría la producción del resultado, en tanto que será admitida cuando las hubiese tenido.

Siempre la voluntad realizadora –el dolo– se prueba por inferencia a partir de datos objetivos, porque nadie puede meterse en la psiquis de otro (219), lo que también sucede en el caso del dolo eventual (también llamado *indirecto* o *condicionado*).

Por ejemplo, el que pone una bomba en un edificio y alega que creyó que no causaría la muerte de alguien, no es creíble si le constaba que en el edificio había varias personas, pero es creíble si antes verificó que no había nadie, pero no logró saber que en el altillo se había escondido un desamparado para protegerse del frío. Ningún juez razonable tomaría en serio la alegación de que el agente no tuvo voluntad realizadora en el primer caso, pero lo debería hacer en el segundo.

De la falta de una razón valedera y creíble en cuanto a la evitación del resultado, deducirá el juzgador que el agente no pudo dejar de saber que con altísima probabilidad se produciría el resultado (aspecto cognoscitivo del dolo) y, por ende, si llevó a cabo la conducta fue porque tuvo voluntad realizadora (aspecto conativo) **(212)**.

Debe tenerse en cuenta que el dolo nunca requiere la absoluta certeza respecto de la producción del resultado, puesto que en el dolo más directo siempre existe cierto componente de azar, dado que, de lo contrario, no se darían casos de tentativa **(270)**. Lo mismo sucede en el caso del dolo eventual: cuando en la tipicidad objetiva exista dominabilidad **(207)**, pero el agente hubiese tenido razones fundadas para creer que no se produciría el resultado, solo habrá negligencia temeraria **(293, 294)** en la forma de culpa consciente **(301)**.



218. (*Voluntad realizadora y deseo*) No debe confundirse la voluntad realizadora (dolo) con el mero deseo; puede haber voluntad realizadora de resultados *no deseados* (indeseables), precisamente porque la voluntad se separa del deseo y se encubre en una esperanza infundada. El deseo de ganar le oculta al apostador que perdió mil veces su real voluntad de perder (inevitablemente inseparable de la de jugar), apoyado en la infundada esperanza de ganar.

Es claro el ejemplo clásico de los mendigos rusos, invocado por un viejo autor austríaco, que mutilaban niños para hacerles mendigar; no *deseaban* que los niños muriesen como

consecuencia de las mutilaciones, porque los necesitaban mutilados pero vivos, pero sin razones serias confiaban en que sobrevivirían a las heridas mutilantes.

219. (*Prueba del dolo: no se admiten presunciones juris*) El dolo es un concepto normativo que delimita un hecho psíquico, que es la voluntad dirigida al fin típico. Como se ha visto y cabe insistir (217), todo lo que hace a lo psíquico –como la voluntad final– solo puede conocerse por inferencia a partir de datos objetivos, porque nadie puede meterse en la psiquis de otro. La prueba de tales datos –como cualquier conjunto de indicios– debe evaluarse procesalmente en cada caso conforme a los principios de la *sana crítica* (*) y a su respecto también rige el *favor rei*. No hay presunciones legales (*juris et de jure*) a este respecto, como en general en todo el derecho penal.

Cuando se pretende que del puro conocimiento se deriva la finalidad (si conocía los elementos del tipo objetivo, se da por cierto que quería el resultado), no se hace más que *introducir un sistema de prueba legal del dolo o, mejor dicho, de presunción de dolo* (quien conoce se presume que quiere). Esta presunción de dolo es infundada, porque no todo el que conoce los elementos del tipo objetivo quiere el resultado: no todo el que sabe que otro tiene una billetera quiere apoderarse de ella.

En verdad, se trata de una cuestión procesal. Los viejos códigos establecían una presunción de dolo, que hoy ha desaparecido, pero renace con la teoría de que el dolo se agota con el conocimiento. Se vuelve al sistema de las pruebas legales o tasadas (dos testigos hacen plena prueba, un testigo único no prueba el hecho, etc.) y, en este caso –más precisamente– a la vieja presunción de dolo. Por el contrario, los códigos procesales modernos establecen para la valoración de la prueba el sistema de la sana crítica, o sea, se aplican las reglas del método histórico para la reconstrucción racional de la verdad procesal acerca de un hecho del pasado (en este caso un delito). Así, el juez deberá valorar si la persona tenía los conocimientos del tipo objetivo, si los actualizó, etc. No vale aquí cualquier pretexto: *estaba con el cuchillo y se clavó en él, tiré de una soga y había un lechón en la otra punta, etc.* Ningún juez que aplique la sana crítica –y antes el sentido común– creará semejantes argumentos.

220. (*El error de tipo vencible e invencible y sus efectos*) Cuando la persona desconoce los elementos del tipo objetivo sistemático, se afecta el aspecto cognoscitivo del dolo y se dice que media un *error de tipo*. En este caso no puede haber dolo, es decir, no puede haber finalidad típica, porque el agente, debido a su error, desconoce lo que está haciendo (cree que hace

algo diferente).

Quien no sabe que está declarando delante de un juez no puede tener dolo de falso testimonio; quien dispara flechas contra un árbol cuando en realidad se trata de una persona, no puede tener dolo de herir ni de matar; quien por descuido se lleva el paraguas ajeno en lugar del propio, no puede tener la finalidad de apoderarse de una cosa ajena, sino de llevarse algo suyo; etc.

El error de tipo es *vencible* cuando el agente, si hubiese puesto el debido cuidado, lo habría superado; en caso contrario será *invencible*. Si al observar mejor se hubiese podido dar cuenta de que no era un árbol sino una persona, el error será vencible; lo mismo si el paraguas era de un color y tamaño completamente diferente al suyo; etc. Si la víctima tenía una mata sobre su cabeza o si el paraguas era idéntico al suyo, los errores serán invencibles.

En cualquier caso –sea vencible o invencible– *el error de tipo elimina siempre el dolo*. En caso de *vencibilidad* es posible la tipicidad negligente, si se dan los restantes requerimientos de esta. Así, lo sería en el homicidio y en las lesiones, pero no en el hurto, porque no existe un tipo de hurto negligente o culposo.

Es verdad que todo error de tipo elimina también la posibilidad de comprensión de la ilicitud del hecho doloso, porque quien no sabe lo que está haciendo mucho menos puede saber que eso es ilícito. Por eso, todo error de tipo también es un error de prohibición, pero no se plantea de ese modo porque, eliminada la tipicidad dolosa, en un análisis escalonado (35) no tiene caso preguntarse por la culpabilidad.

221. (*El que duda actúa con dolo*) No se trata de un error vencible de tipo el caso en que el agente *duda* acerca de los elementos objetivos del tipo y, sin embargo, actúa como si no estuviese dudando. Quien en la duda actúa lo hace con voluntad realizadora y, por ende, no incurre en un error vencible, sino en dolo (al menos eventual). La llamada *ignorancia deliberada* no es otra cosa que una actuación con duda que no elimina el dolo: si prefiero no saber o no asegurarme, es porque dudo.

Quien dispara su arma dudando acerca de si tiene al frente un lobo o un hombre, no puede alegar que no tuvo la voluntad de matar a un hombre. Si el agente dispara sobre un objeto dudando si es un hombre o un lobo, lo hace con voluntad alternativa, pero con voluntad, porque sabe que su disparo tendrá como resultado el cadáver de un lobo o el de un hombre, y

tiene la clara voluntad de producir alguno de ambos, que se concreta en la segunda alternativa. Si en realidad mata a un lobo porque no había un hombre, se tratará de una *tentativa aparente* (279).

Por supuesto que debe tratarse de dudas reales y ciertas en la psiquis del agente, y no es duda la mera *sospecha* en el error sobre elementos normativos del tipo de complejo conocimiento. La burocracia pretende que estemos a su servicio y todos los días leamos sus intrincadas reglamentaciones, pues si no lo hacemos esgrimen el galimatías de un supuesto *error voluntario*. Dada la reglamentación de la vida que hoy pretenden las burocracias, cada vez hay menos conductas que no habiliten alguna *sospecha* que, en modo alguno, alcanza el grado de la duda.

222. (*Errores de tipo psíquica y culturalmente condicionados*) El error de tipo puede estar *psíquicamente condicionado*, o sea, responder a una incapacidad psíquica permanente o pasajera, como consecuencia de una perturbación de la consciencia debida a trastornos de la sensopercepción como alucinaciones (percepción de objetos inexistentes) e ilusiones (deformación de objetos existentes).

Se trata de un nivel de la incapacidad psíquica de delito (159), que no debe confundirse con la inimputabilidad, que elimina la culpabilidad (396 y ss.) ni tampoco con la involuntabilidad (160) que –como vimos– elimina directamente el carácter genérico del delito.

No toda psicosis produce alteraciones de la sensopercepción, ni tampoco estas son exclusivas de las psicosis, pero hay psicosis que las producen: es obvio que quien percibe un árbol cuando en realidad hay una persona, no puede tener la finalidad de golpear a un ser humano (caso de ilusiones visuales); quien cree ser atacado por monstruos y lanza objetos contra estos (alucinaciones visuales) no puede tener dolo de dañar la propiedad ajena; el Quijote no quería dañar los molinos de viento. Estas alteraciones pueden producirse en estados intermedios entre el sueño y la vigilia (crepusculares), que no necesariamente son patológicos, al igual que en intoxicaciones agudas, etc.

El error de tipo también puede estar *culturalmente condicionado*, como cuando la persona perteneciente a una cultura diferente tiene un conocimiento errado de la causalidad: por ejemplo, cree que está curando cuando en realidad está lesionando. Debe distinguirse este error –que elimina el dolo– del error de prohibición culturalmente condicionado (directo o indirecto), que solo elimina la culpabilidad (409, 410).

223. (*Errores de tipo sobre diferentes elementos*) El error de tipo puede recaer sobre cualquier elemento del tipo objetivo sistemático, y puede afectar el conocimiento de elementos interpretables, normativos (199) y de elementos de recorte (197), de la previsión de la causalidad (da lugar a la *aberratio ictus* (225) y al *dolus generalis* (227)), de la calidad del sujeto activo en los *delicta propria*, de la dominabilidad en la autoría, de la banalidad del aporte en la complicidad secundaria (263), etc.

224. (*El conocimiento paralelo en la esfera del profano*) Para el conocimiento de los elementos que requieren precisiones jurídicas basta con el *conocimiento paralelo en la esfera del profano en derecho* (*lego jurídico*), o sea que es suficiente con el conocimiento jurídico común en la población.

Ni siquiera a los profesionales del derecho se les puede exigir el conocimiento jurídico completo, porque no hay nadie que conozca todo el derecho: el mejor constitucionalista es muy probable que ignore los términos de la ley de impuesto a las ganancias; el mejor penalista seguramente conoce poco del derecho previsional, etc.

El carácter normativo de los elementos del tipo no convierte su conocimiento en una cuestión de culpabilidad ni el error a su respecto en un error de prohibición (406 y ss.), sino que en todos los casos se trata de un error de tipo. Al pretender que se trata de un error de prohibición se degrada la exigencia de un conocimiento efectivo a una mera posibilidad de conocimiento, lo que es un avance de la administración estatal y de las trampas de su burocracia autoritaria: nunca basta con que la persona haya *podido tener conocimiento* ni tampoco con que *haya debido tenerlo*, puesto que, al tratarse de dolo, se requiere que lo haya tenido efectivamente.

Como hemos dicho antes, cada día se incrementan las reglamentaciones que pretenden hacer de los ciudadanos servidores de las burocracias estatales, en tanto que las leyes conminan con pena lo que nunca debía haber dejado de ser administrativo (es lo que se denomina *administrativización del derecho penal*). No basta con que alguien *haya podido saber* que debía llenar una planilla o declarar algo, sino que el dolo requiere que lo haya sabido en forma efectiva. Pero como eso es imposible, la administración quiere convertir todo conocimiento de elementos normativos en problemas de culpabilidad, para poder penar en base a la mera *posibilidad de conocimiento*. Es obvio que siempre *se puede* conocer todo lo que se nos ocurra y sea cognoscible, pero de hecho eso es imposible.

225. (*Aberratio ictus o error en el golpe*) Cuando en el desarrollo cronológico del dolo la causalidad se aparta del plan trazado por el agente, debe distinguirse si esa desviación es o no indiferente para este, para lo cual debe tomarse en cuenta el plan concreto para su hecho y –por ende– al grado de concreción del dolo conforme a ese plan.

El *error en el golpe* o *aberratio ictus*, conforme a este criterio de concreción del dolo atendiendo al plan concreto, debe resolverse así: si el sujeto quería alcanzar cualquier objeto de un conjunto o género y lo alcanzó, el error es *inesencial*; si solo quería alcanzar un objeto determinado y no lo alcanzó, será *esencial*.

Si alguien dispara contra una multitud, no hay error o es *inesencial* si alcanza a lesionar a alguien. Si lo hace contra una persona que se halla junto a otra y el disparo lesiona a la otra persona, el error será *esencial* y se resolverá como tentativa de homicidio (o de lesiones, según el caso) respecto de la persona a la que no alcanzó, en concurso ideal (307) con lesiones por negligencia respecto de la que efectivamente fue lesionada.

226. (*Error en el objeto o en la persona*) A diferencia del error en el golpe, en el *error en el objeto o en la persona* no hay ninguna desviación de la causalidad respecto del plan concreto. El sujeto se apodera de la billetera de una persona, pero en realidad quería sustraer la de otro; otro sujeto quiere lesionar a Juan, pero en la oscuridad lo confunde y lesiona a Pedro. Este error es irrelevante porque los objetos son típicamente equivalentes a los que se quería lesionar. Es equivalente el objeto que llena el requisito del objeto típico (equivalencia jurídica), sin importar el interés concreto del agente acerca de la identidad del objeto.

La diferencia entre este *error en el objeto* y la *aberratio ictus* finca en que en el primero el sujeto activo lleva a cabo la conducta contra un objeto y la concreta sobre ese mismo objeto (un ser humano, por ejemplo, que si bien no es Juan y es Pedro, no deja de ser un humano). El *error en el objeto* elimina el dolo solo cuando el objeto no es equivalente: confunde a Juan con un maniquí (no puede haber tentativa de homicidio, porque nunca inició una acción de matar a una persona; tampoco un delito de daño, porque nunca quiso dañar un maniquí y la vencibilidad del error de irrelevante, porque no existe tipicidad culposa de daños).

227. (*Dolus generalis*) En el caso del llamado *dolus generalis* tiene lugar una desviación temporal o cronológica, pues el resultado se produce antes o después de lo planeado en concreto. Si el resultado se produce antes del comienzo de ejecución, no hay dolo porque falta la tipicidad objetiva, que solo comienza con la tentativa **(275)**. Así, si la víctima se percata de que el otro sujeto porta un arma en la cintura y muere de un infarto antes de que este la empuñe, la conducta será atípica.

Cuando se planea la conducta hasta la producción de un resultado y se comienza la ejecución, es indiferente que este se produzca antes o después en el curso de sus actos parciales.

Quien para matar a alguien lo arroja desde un puente al río, pero la víctima no muere ahogada, sino porque al caer se fractura el cráneo contra una columna del puente, esa desviación del curso planeado es *irrelevante*.

Pero si se planea una conducta y, cuando se cree erróneamente que se ha producido el resultado, se planea una segunda y el resultado adviene en la segunda, habrá un concurso real **(312)**, porque median dos decisiones sucesivas y, por ende, dos planes concretos diferentes.

Si alguien cree haber dado muerte a otro y luego, frente al supuesto cadáver, planea arrojarlo al río y en realidad, la víctima muere ahogada, habrá un concurso real de tentativa de homicidio y homicidio por negligencia.

228. (*Errores sobre agravantes, atenuantes y acuerdo*) En el caso de los tipos básicos y calificados **(203)**, en razón de que los tipos no son independientes, el error, tanto de quien desconoce una circunstancia agravante como de quien supone falsamente su existencia, nunca elimina tipicidad, sino que da lugar a la tipicidad conforme al tipo básico.

Si un sujeto ignora que la víctima es su pariente, no comete un parricidio (art. 80 inc. 1 CP) sino un homicidio simple (art. 79 CP). Del mismo modo, si supone que está matando a su pariente, pero en realidad la víctima no lo es, igualmente queda incurso en la tipicidad del homicidio simple (art. 79 CP).

Cuando se supone falsamente una atenuante o cuando se ignora una atenuante que objetivamente existe, el dolo solo alcanza al tipo privilegiado.

El extranjero que por no dominar bien la lengua supone que está injuriando en forma encubierta, pero en realidad lo hace de modo claramente expreso, solo responde por la figura privilegiada del art. 112 CP. Si, por el contrario, cree que está injuriando expresamente, pero en realidad incurre sin saberlo en una sutileza que le da carácter

encubierto, también incurre en la misma tipicidad privilegiada.

Dado que el acuerdo elimina la tipicidad sistemática (198), cuando el sujeto crea falsamente que media un acuerdo del sujeto pasivo incurrirá en un error de tipo que excluye el dolo, a diferencia del error sobre el *consentimiento* (que es de prohibición) (345, 348).

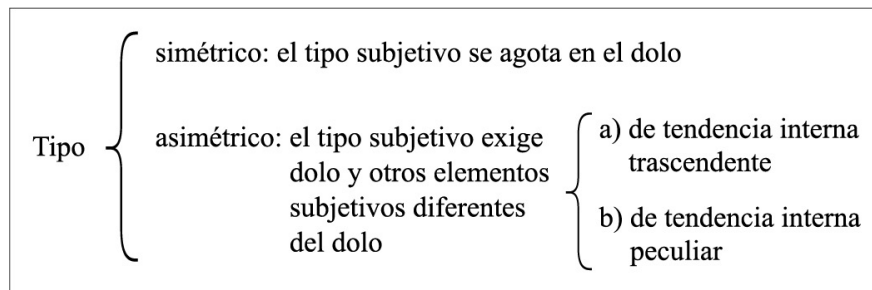
Quien cree que el propietario le ha regalado la cosa mueble, carece de dolo de hurto. Lo mismo sucede cuando la voluntad del sujeto pasivo da lugar a la tipicidad conforme a un tipo privilegiado.

C.7. Elementos subjetivos del tipo distintos del dolo

229. (*Tipos asimétricos*) Hay tipos *simétricos* y *asimétricos*: si bien el aspecto conativo del dolo siempre debe cubrir la realización del tipo objetivo sistemático, hay tipos en los cuales su aspecto subjetivo está hipertrofiado en relación con el objetivo, o sea que, además del dolo, requieren otros elementos subjetivos.

Estos elementos diferentes del dolo requeridos en el tipo subjetivo de los tipos asimétricos pueden ser:

- (a) *de tendencia interna trascendente*; y
- (b) *de tendencia interna peculiar o de ánimo*.



230. (*Elementos subjetivos de tendencia interna trascendente*) Por regla general se trata de *ultrafinalidades*, es decir, de objetivos que van más allá del dolo, usualmente destacadas en los tipos legales con la preposición *para* o *con el fin de* (por ej., arts. 80 inc. 7, 126, 127 ter, etc.). Estos tipos son asimétricos porque no es necesario ningún correlato objetivo ni tampoco que el fin ultratípico se obtenga. Por esta razón, se los suele denominar

también *delitos cortados de resultado*.

231. (*Elementos subjetivos de tendencia interna peculiar o de ánimo*) También hay tipos sistemáticos asimétricos *de tendencia* o de *tendencia interna peculiar* o con cierto ánimo.

En general, los elementos del ánimo son peligrosos para las garantías, pues pueden llevar a distinguir entre *amigos* y *enemigos*.

No se corre ese riesgo —o se reduce al menos— cuando su inclusión resulta necesaria para *reducir* la tipicidad meramente objetiva, como cuando no basta con que exista objetivamente la indefensión en la alevosía (art. 80 inc. 2 CP), la calamidad en el hurto calamitoso (art. 163 inc. 2) o la incapacidad en la circunvención de incapaces (art. 174 inc. 2 CP), sino que es necesario el ánimo de aprovechamiento.

El mayor peligro de los elementos de ánimo se presenta cuando se trata de agravantes o fundantes de tipicidad, como el ánimo de lucro en el encubrimiento del art. 277, inc. 3 b del CP. En este caso, como en otros en que se acude al mencionado ánimo de lucro, puede interpretarse que no se trata propiamente de un elemento de ánimo, sino de una ultrafinalidad (obtener lucro).

232. (*Habitualidad*) La habitualidad es un claro elemento de ánimo. Un solo hecho puede configurarlo si va acompañado del ánimo y, por el contrario, la mera reiteración de hechos no es típica si no se acompaña con ese elemento (acompañada por el ánimo configura un delito continuado) (318), sin perjuicio de que procesalmente importe un indicio del ánimo.

Así, el tipo de curanderismo (art. 208 inc. 1 CP) requiere que el sujeto activo lo lleve a cabo *habitualmente*. No es típica, pues, la conducta de la vecina que le recomienda su mismo medicamento a su comadre. Tampoco si lo recomienda a otras vecinas. Pero un solo acto de prescripción de medicamento será típico si el sujeto activo instaló un consultorio para recibir pacientes, con lo que prueba su ánimo de *habitualidad*.

En este caso puede considerarse que se trata de un componente subjetivo que reduce el ámbito de prohibición. No sucede lo mismo en el caso del *reducidor* (art. 277, inc. 3, c), en que opera como agravante, lo que es más problemático.

233. (*Diferencia con la culpabilidad*) Las dos referidas clases de elementos subjetivos del tipo diferentes del dolo no deben confundirse con los datos subjetivos que hacen a la culpabilidad, como son en particular las motivaciones (el *de dónde*), que no se toman en cuenta para la prohibición típica, sino para el grado de reproche.

Las motivaciones son siempre una cuestión de culpabilidad, en tanto que las ultrafinalidades (el *hacia dónde*) lo son de tipicidad subjetiva al igual que los ánimos (el *cómo interno*).

Los dispositivos legales que agravan conductas en razón de motivaciones, en realidad no son tipos diferentes de los básicos, sino casos particulares especialmente legislados de previsión de mayor pena en razón de la mayor culpabilidad (así los incs. 3 y 4 del art. 80 CP). Lo mismo puede decirse respecto de la previsión particular de menor culpabilidad en el caso de la emoción violenta (art. 81, inc. 1, a), que tampoco es un tipo diferente, sino un supuesto especialmente legislado de culpabilidad disminuida **(403)**. Precisamente por resolver supuestos de mayor o menor culpabilidad, también se los suele llamar *tipos de culpabilidad*, terminología que –al menos en castellano– no es conveniente, porque puede generar confusiones.

C.8. Tipos omisivos dolosos

234. (*El agere aliud*) El tipo omisivo doloso se construye mediante la técnica de prohibir acciones diferentes a la debida: describe la acción debida en cierta situación típica; cualquier otra conducta está prohibida en esa situación. La acción prohibida, por ende, es un hacer diferente (un otro hacer: *agere aliud*).

La acción diferente no se prohíbe en sí misma, sino porque exterioriza la no realización de la acción debida: por eso no tiene importancia la inexistencia del vínculo de causación entre ella y el resultado ni tampoco su inocuidad fuera de la situación típica, sino que la conducta diferente es típica porque es la única forma de manifestar la voluntad infractora de la norma que se deduce del tipo, enunciada en *forma preceptiva*.

Conforme al art. 108 CP, la conducta debida es prestar el auxilio necesario o, en caso de riesgo, dar aviso inmediato a la autoridad. Quien ve a un niño ahogándose en una piscina con un metro y medio de agua y no lo rescata, necesariamente debe hacer una conducta

diferente a la de rescatarlo. Esa conducta puede ser la de jugar con una pelota flotante en la misma piscina y, como es obvio, no es jugar con una pelota lo que *causa* la muerte del niño y ni siquiera genera el peligro en que este se halla. Además, fuera de ese contexto, jugar con una pelota en una piscina es algo completamente inocuo.

235. (*Norma enunciada preceptivamente*) La norma deducida del tipo omisivo está enunciada preceptivamente. Desde un punto de vista lógico, toda norma podría enunciarse tanto en forma prohibitiva como preceptiva, es decir que, en cualquier caso, se puede normar diciendo *no hagas esto* o también *haz esto otro*.

No obstante, el lenguaje humano tiene limitaciones en cuanto a su precisión y, por ende, cuando una norma prohibitiva (*no hagas*) se enuncia en forma preceptiva (*haz*), inevitablemente adquiere un alcance mucho más amplio que en su enunciado prohibitivo. No es lo mismo decir *prohibido matar a otro* que *debes cuidar la vida de otro*.

236. (*El concepto de omisión es normativo*) El concepto de omisión es normativo, pues antes de disponer del supuesto de hecho legal (tipo) no es posible saber si hay una omisión, dado que pretípicamente todas son acciones y la omisión no es un simple *no hacer*, sino un *no hacer lo debido*. Nadie *omite* arrojarse por una ventana o amputarse un pie, simplemente *no lo hace*, sencillamente porque nadie le manda ni espera que lo haga.

Si bien en el mundo hay omisiones impuestas por la costumbre (se omite saludar, dar la mano, despedirse) o por la ética (se omite ayudar al pobre), se trata de violaciones a normas de urbanidad o éticas, pero no *jurídicas*. Como lo que interesa al derecho penal es la violación de normas jurídicas, estas solo pueden conocerse cuando del tipo se deduce un mandato.

Por ende, *pretípicamente no hay omisiones jurídicas*, porque no es admisible incorporar todas las reglas de urbanidad o toda la ética al derecho (tampoco puede afirmarse que toda omisión jurídica sea también contraria a la ética). En consecuencia, es imposible conocer la norma preceptiva (mandato) sin disponer del tipo.

Por muy contraria a la ética que sea la conducta de dejar ahogar al niño, solo la hace antinormativa el tipo del art. 108 CP. Inversamente, para un pacifista no sería contrario a la ética omitir el pago de impuestos que se destinarán a la compra de armas para una guerra y, sin embargo, es violatorio de una norma jurídica. La pretensión de convertir a todos los tipos en omisivos implica una suerte de *dictadura ética*, propia de un Estado de policía

totalitario.

237. (*Acciones diferentes concomitantes o previas*) Las conductas típicas omisivas pueden ser *concomitantes* (simultáneas) con el momento de la producción del resultado típico (mutación del mundo), como jugar con la pelota flotante mientras el niño se ahoga, o *anteriores* a este, lo que tiene lugar cuando el agente se coloca en una situación o estado que le impide la realización de la acción que la norma preceptiva ordena. Así, el funcionario que para omitir el auxilio que le debe a la autoridad civil (art. 250 CP), sabiendo que esta lo habrá de requerir, desconecta por anticipado toda vía de comunicación con él.

238. (*Son tipos circunstanciados*) El tipo omisivo tiene siempre la característica de ser *circunstanciado* **(203)**, porque define una situación típica y únicamente en ella el comportamiento diferente del prescripto revela una violación a la norma preceptiva derivada del tipo.

La conducta típica expresa la violación de la norma porque no se dirige al fin ordenado. Cuando se dirija al fin ordenado, pero no alcance el resultado, mediará siempre una atipicidad dolosa, aunque pueda haber tipicidad culposa, como sería el caso de quien quiera salvar al niño y no lo logre por no poner el cuidado requerido al hacerlo.

239. (*Imposibilidades*) La tipicidad objetiva sistemática se excluye cuando la acción debida no pueda alcanzar el resultado (*ultra posse nemo obligatur*) o cuando el agente no estuviese en condiciones de realizarla o no tuviese la capacidad física para ello. Si no estuviese en condiciones de realizar ninguna acción (inconsciente o paralizado, por ejemplo), se tratará sin más de una ausencia de conducta **(158)** y no de una atipicidad.

240. (*En la omisión hay causalidad, pero no causación*) Admitido que por causalidad puede entenderse tanto el hecho físico como la explicación de ese hecho físico (concepto relacionante) **(191)**, no puede negarse que en la tipicidad omisiva media causalidad física, porque no hay mutación del mundo (resultado) que no se produzca conforme a un proceso causal.

La diferencia estriba en que en el tipo activo la norma prohíbe que en el

mundo real se ponga en funcionamiento el proceso causal (causación del resultado ofensivo), en tanto que el tipo omisivo ordena *interferir* (se ordena la injerencia) en el proceso causal para *evitar* el resultado (se ordena la *evitación* del resultado ofensivo). En ambos casos, dado que existe causalidad física, esta es susceptible de ser dirigida (por *causación* o por *evitación*) hacia el resultado. No se trata de una causalidad *diferente* (ni de una *no-causalidad*) sino de *dos modos diferentes de conducir, dirigir o montarse sobre la causalidad como hecho físico*: en el tipo activo se requiere un *nexo de causación* y en el omisivo un *nexo de evitación*.

Quien quiere un resultado (dolo) puede dirigir su conducta a causarlo (*nexo de causación*) o bien, observando hacia dónde va la causalidad, no interferirla con igual propósito (*nexo de evitación*).

Tipo activo – nexo de causación – causa el resultado – mueve la causalidad

Tipo omisivo – nexo de evitación – no evita el resultado – no interfiere la causalidad

241. (*Dominabilidad en la omisión*) La dominabilidad en el tipo omisivo sistemático consiste en la *posibilidad cierta de interferir la causalidad*. La verificación de la causalidad –como *causación* o como *evitación*– siempre es un juicio hipotético relacionante y, dado que en la tipicidad omisiva se trata de una *conducta debida que pudo ser, pero no fue*, es más fácil que al verificar la tipicidad se presente cierto margen de duda mayor que en la tipicidad activa.

Para no lesionar el beneficio de la duda procesal, como regla es menester establecer que para la tipicidad omisiva el juicio hipotético debe hallarse siempre próximo al límite de la seguridad o certeza, lo que significa que no debe ser mayor que el resabio dubitativo inevitable en todo juicio hipotético.

Si quien deba cuidar de una persona incapaz, la abandona al sereno una noche de invierno y la persona muere por efecto del frío (art. 109 último párrafo CP), no hay margen de duda relevante para establecer el nexo de evitación. Si otra fuese o pudiese ser verosímilmente la causa de la muerte, se plantearía una duda relevante acerca del nexo de evitación y jugaría

la regla procesal del beneficio de la duda.

242. (*Omisiones propias e impropias*) Los tipos omisivos sistemáticos pueden clasificarse en (a) *propios* e (b) *impropios tipos omisivos*.

Los *tipos omisivos propios* son aquellos en que el sujeto activo no es calificado, se trata de *delicta comunia* (203), o sea que pueden ser cometidos por cualquier persona. Son muy excepcionales en la ley vigente (prácticamente es único el 108 CP).

Al contrario, son *impropios tipos omisivos* aquellos en que los sujetos activos siempre son calificados (invariablemente se trata de *delicta propria*).

Si bien todos los tipos omisivos –propios e impropios– son circunstanciados (exigen una situación típica) (201), la calificación del sujeto activo en los impropios significa que este se halla vinculado por un *especial deber de preservación o cuidado* respecto del bien jurídico ofendido (diferente al del resto de las personas) que, en esa situación o circunstancia típica, le obliga a garantizarlo, es decir, que la situación y su condición lo colocan en una *posición de garante* (el funcionario público en la omisión de denuncia del art. 277 inc. 1, d, por ejemplo).

243. (*Posición de garante*) Los deberes que configuran la *posición de garante* pueden tener por fuente la ley misma (el funcionario que omite denunciar un delito), el contrato (la enfermera que tiene la obligación de *cuidar al incapaz* en el art. 106 CP) o el comportamiento anterior del agente (quien la haya incapacitado, art. 106 CP). En cualquier caso, debe tratarse de un deber jurídico y no de una simple obligación moral o ética.

La clasificación de *propios e impropios tipos omisivos* puede relativizarse en función del carácter circunstanciado de estos tipos. Se podría sostener que en el más incuestionable tipo *propio* (art. 108 CP) hay por lo menos un *hecho anterior* (encontrar a la persona) que genera una cierta posición de garante, solo que para cualquier habitante. Lo que sucede es que no pueden expandirse estas *posiciones de garante para cualquier habitante*, porque por muy solidaria que fuese una sociedad con semejantes mandatos, la inevitable selectividad del ejercicio del poder punitivo la haría insoportable.

244. (*El problema de la equivalencia de injustos*) Es posible que el contenido injusto de la conducta típica omisiva no equivalga al del tipo

activo doloso especular, pues no siempre presenta el mismo grado de injusto no evitar un resultado que causarlo: ¿abandonar y no interferir un proceso causal tiene el mismo contenido injusto que dar muerte a la víctima con quince puñaladas? ¿Dejar morir es siempre lo mismo que matar? ¿No denunciar equivale a encubrir por ayuda? Sin duda que son buenas preguntas, especialmente porque son de difícil respuesta.

La ley puede reconocer esta disparidad de contenidos ilícitos (intensidad de la antinormatividad) y traducirla en la escala penal conminada, pero incluso cuando no lo haga, el juzgador debe siempre analizar la equivalencia de injustos en el momento de establecer la penalidad (art. 41 CP) **(459)**.

245. (*La analogía integradora en la omisión impropia*) Los impropios tipos omisivos deben respetar el principio de legalidad estricta tanto como los activos y, por ende, la construcción analógica de tipos judiciales, ampliamente postulada por la doctrina penal, viola el principio de legalidad **(98, 99)**.

La construcción judicial de los impropios tipos omisivos no deja de ser analógica ni aunque las mismas leyes la autoricen mediante una fórmula general con indicaciones para que los jueces construyan el tipo, pues es de la esencia de toda habilitación de integración analógica de la ley penal – incluso en los sistemas políticos más totalitarios- que el legislador imparta instrucciones o directivas para la construcción analógica de los tipos judiciales. Ningún Estado de policía que haya autorizado o impuesto la integración analógica de la ley penal, lo hizo nunca mediante una ley que dijese a sus jueces *construyan los tipos que les parezca conforme a su libre criterio*.

Justamente en esas habilitaciones legales de la analogía finca la violación al principio de legalidad. De toda forma, esa habilitación general de integración analógica de tipos omisivos ni siquiera existe en nuestro CP, sin perjuicio de lo cual la doctrina dominante postula la construcción analógica de los impropios tipos de omisión. Por regla general se ejemplifica con casos de delitos contra la vida, lo que hace que se recurra a ejemplos dramáticos e impactantes (la madre que no alimenta al niño para que muera de deshidratación o hambre, es el más recurrido).

Pero lo que podría ser aceptable en ese género de delitos, en razón de la naturaleza extrema del bien jurídico (de la vida dependen todos los demás), no puede extenderse a todos los restantes, lo que da por resultado construcciones tan artificiales como el hurto, la extorsión o la violación por omisión que, por otra parte, son prácticamente casos de laboratorio doctrinario casi inexistentes en la práctica judicial.

El caso de la madre que deja morir al niño por deshidratación o desnutrición, bien puede resolverse en la ley vigente conforme al art.107 CP, sin necesidad de arriesgar el principio de legalidad.

246. (*El dolo en el tipo omisivo también se monta sobre la previsión de la causalidad*) Como se señaló antes **(211)**, el tipo subjetivo tiene como núcleo el dolo y este, aunque no ponga la causalidad en movimiento, también la dirige, al igual que en el tipo activo: el sujeto activo de la omisión sabe que la no interferencia deja operar la causalidad hasta el resultado y, por ende, la domina haciendo cualquier otra cosa, con tal de no interrumpirla.

Lo que interesa al dolo no es que se haya puesto en movimiento la causalidad, sino que el sujeto se monte sobre ella para llevarla hasta el resultado, sea empujándola o dejándola andar. Se trata de dos maneras de dominar la causalidad, siempre que el agente tenga el fin de lograr la mutación del mundo, o sea, el fin de obtener el resultado típico.

247. (*Conocimientos del dolo en el tipo omisivo*) Al igual que en el tipo activo, en el omisivo el dolo abarca un aspecto cognoscitivo y otro volitivo (o conativo) **(212)**. La conducta diferente de la debida (*aliud agere*) **(234)** siempre tiene en estos casos una *ultrafinalidad*, que consiste en *no interferir para que se produzca la mutación del mundo*. El *para qué* de toda conducta diferente a la debida es, justamente, el dolo en el tipo omisivo y presupone un aspecto cognoscitivo (conocimiento) que le permite al agente saber lo que sucederá de no interferir la causalidad y, por consiguiente, decidir no interferirla.

El aspecto cognoscitivo del dolo del tipo omisivo requiere el conocimiento:

(a) efectivo y con cierto grado de actualización de la situación típica (circunstancias exigidas por el tipo objetivo) (reconocer la situación de

peligro para la persona en el art. 108 CP);

(b) la representación de la posibilidad de la conducta debida (no lo tiene quien cree falsamente que no puede realizar la conducta, porque no sabe nadar y cree que el niño está a mayor profundidad);

(c) el reconocimiento de la capacidad de evitación de la acción debida (no lo tiene si cree que el niño ya está muerto); y

(d) el conocimiento de la situación o vínculo que lo coloca en posición de garante en los impropios tipos omisivos (carece de él quien ignora que es funcionario público en el art. 150 CP).

El dolo en los tipos omisivos requieren que el agente conozca	a) la situación típica b) la posibilidad de la conducta debida c) la capacidad de evitación de esa conducta d) su posición de garante en los impropios

248. (*Conocimiento de la posición de garante*) Respecto del conocimiento de la posición de garante, es necesario distinguir entre:

(a) el conocimiento de la condición que lo sitúa en posición de garante (elemento del dolo típico); y

(b) el de los deberes que emanan de esta, cuestión que hace a la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad y, por ende, a la culpabilidad.

Cuando el sujeto ignora o yerra acerca de la condición que lo sitúa en posición de garante, se trata de un error de tipo **(220, 223)** (el sujeto ignora que es el padre en el caso del abandono, por ejemplo), mientras que cuando la ignorancia o el error recaen sobre los deberes que incumben o se derivan de esa condición, se trata de un error de prohibición en la forma de *error de mandato* (sabe que es funcionario, pero ignora su deber de denuncia).

C.9. Extensiones de la tipicidad dolosa

249. (*Los dispositivos amplificadores*) La tipicidad sistemática dolosa (activa y omisiva) presenta dos dispositivos amplificadores de carácter general:

(a) uno es un dispositivo amplificador *personal*, la participación (o sea la tipicidad de las conductas de quienes no son autores); y

(b) otro, que es de carácter *temporal*: la tentativa (casos en que la tipicidad opera, aunque se interrumpa en el tiempo la conducta o no se complete el pragma típico por no producirse el resultado).

Ninguno de ambos dispositivos amplificadores opera en la tipicidad culposa.

(a) Dado que la tipicidad por culpa o negligencia se basa principalmente (sin perjuicio de las limitaciones jurídicas a su relevancia) en la causalidad y su característica es el *defecto de cuidado*, en ella puede suceder que todos los intervinientes sean autores o bien que su conducta sea atípica. Por ello, no es concebible la participación dolosa en delito culposo (puede ser autoría mediata) **(252)** ni la participación culposa en delito doloso (será autoría culposa) **(287, 288)**.

(b) En cuanto a la tentativa en el delito culposo, dado que la tentativa exige *el fin de cometer un delito determinado* (art. 42 CP), por definición queda excluida su tipicidad culposa o negligente.

C.10. La autoría: la tipicidad no ampliada personalmente

250. (*Concurrencia de personas*) Es bastante común que en un delito doloso concurren (tomen parte) varias personas. Lo primero que debemos distinguir es quién o quiénes son los autores y quiénes no lo son. Los que no son autores, pero se comportan típicamente por efecto del dispositivo amplificador personal son los partícipes, que pueden ser *cómplices* o *instigadores*.

Como se adelantó al explicar la tipicidad objetiva **(207)**, la regla general es que el autor sea quien *domina el hecho*. Este es un criterio diferencial general que proviene de la realidad (es la *base óntica* de la autoría): autor de un libro es quien lo escribe, aunque otros colaboren con él, otro lo haya mantenido mientras lo escribía, otro le haya dado la idea que lo decidió a escribirlo y otro sea quien lo edite. Autor de un cuadro es quien lo pinta, aunque otro se lo haya encargado por precio y otro le hubiese alcanzado los pinceles y preparado los óleos.

251. (*Dominabilidad y dominio del hecho*) En el tipo objetivo la autoría requiere la *dominabilidad* (204) y en el tipo subjetivo se verifica en definitiva si el autor ha *dominado efectivamente el hecho*. Autor es solo quien con su dolo *actualiza la dominabilidad* (que en el tipo objetivo es solo potencial) *dominando el hecho*, reteniendo en sus manos el curso causal, porque pudo decidir en todo momento *el sí y el cómo* de la configuración central del hecho.

En otras palabras: cada delito se lleva a cabo conforme a un plan concreto; autor es quien puede seguir adelante o detener ese plan, es el *señor (dominus)* del plan concreto del hecho (quien ejerce su *señorío* sobre el hecho). El carterista mete sus dedos en el bolsillo ajeno, toca la cartera, puede retirarlos y dejar la cartera o sustraerla. *Domina el hecho de hurto conforme a su plan concreto*. Quien distrae a la víctima del carterista no lo tiene, es un cooperador, no el autor del hecho, no es el *hechor* como gráficamente se lo llama en alemán (*Täter*).

Este dato óntico (de la realidad de la vida) puede ser limitado por el derecho, lo que sucede en algunos casos, en que quienes tienen el dominio del hecho no son considerados autores por el derecho penal. Se trata de limitaciones normativas o jurídicas al principio del dominio del hecho, que se verán al analizar las formas de concurrencia diferentes de la autoría (261).

No hay duda acerca de que tiene el dominio del hecho quien ejecuta personalmente la totalidad de la conducta típica. También lo es quien se vale de alguien que no realiza conducta (258), en cuyo caso solo utiliza el cuerpo del otro como hubiera podido utilizar una piedra o un arma. En todos estos casos la autoría es *directa*.

252. (*Autoría mediata*) Pero la autoría también puede ser *mediata o indirecta*, cuando el autor se vale de la conducta de otro (interpuesto), que no necesariamente es un autor directo.

La autoría mediata tiene lugar cuando el autor se vale de alguien:

(a) que no realiza una conducta típica (cumple con un deber) (338) (el policía que detiene al sospechoso imputado en la calle a los gritos por el autor mediato: *deténgalo agente, me robó la cartera*);

(b) que lo hace justificadamente **(370)** (amenazado de muerte por el autor mediato: *te mato si no firmas*);

(c) o que actúa sin dolo, o sea, en error de tipo **(220)** (el que convence al miope que dispare sobre el lobo, cuando en realidad se trata de un humano: *dispara que tienes al lobo*).

En todos estos casos el autor mediato tiene el dominio del hecho porque se presume que el interpuesto cumplirá con su deber o usará el permiso justificante, como también lo tiene cuando es el único que dirige la acción hacia el resultado porque el interpuesto actúa sin dolo.

253. (*La autoría mediata valiéndose de un inculpable*) No sucede lo mismo en todos los casos en que el interpuesto solo actúa inculpablemente (supuestos de inimputabilidad, error de prohibición o necesidad exculpante) **(397, 406, 412)**, porque en general allí solo existe una *probabilidad* de que el interpuesto lleve a cabo la conducta querida por el determinador.

Será una cuestión de hecho establecer en cada caso cuándo el determinador dispone de recursos extraordinarios para dominar la acción del determinado (caso en que habrá autoría mediata) o cuándo queda esta librada a una probabilidad (en que se tratará de instigación) **(265)**.

Así, en el caso del inimputable, deberá evaluarse si el determinador es el médico tratante, si conoce las reacciones habituales del inimputable o, en el supuesto de error de prohibición, el grado de ignorancia jurídica del interpuesto, si se trata de un analfabeto, etc.

Esta distinción es importante, porque para el autor mediato la tentativa comienza con el comienzo de la determinación del interpuesto, pero cuando se trata de una instigación, esta comienza apenas cuando el determinado comienza a ejecutar el hecho **(275, 285)**.

254. (*Coautoría concomitante*) La *autoría plural* (varios autores de un mismo hecho) o *coautoría* puede ser *concomitante*, cuando cada uno de los intervinientes realiza la totalidad de la conducta típica: varios sujetos intervienen en el robo a un domicilio, entran en la casa ajena, cada uno se apodera de diferentes cosas y todos se retiran al mismo tiempo llevándose las cosas robadas. En tal caso, es claro que todos son autores, cada uno

dominaba su hecho y en conjunto el hecho total del robo.

255. (*Coautoría funcional o por reparto de la empresa criminal*) Pero también puede ser que cada uno de los intervinientes realice una parte de la conducta típica, porque se han repartido la tarea criminal. En tal supuesto la coautoría será *funcional* si cada interviniente ha hecho un aporte necesario conforme al plan concreto del hecho, o sea, si sin su aporte este no hubiese podido concretarse o si al interrumpir su aporte hubiese frustrado la concreción del hecho. Pensemos que, en un robo a un banco, donde se requiere celeridad y rápida fuga, uno de los ladrones amenaza a los empleados y clientes, otro se apodera del dinero de las cajas y lo embolsa y otro espera al mando de un vehículo para huir prestamente: los tres son *coautores*, porque el retiro de cualquiera de sus aportes hubiese impedido llevar a cabo el plan concreto del hecho.

El chofer, en el caso de una casa deshabitada puede facilitar el hecho por comodidad, porque si se marchase los ladrones podrían irse andando, sin alterar sustancialmente el plan concreto de su robo; en cuyo caso sería un cómplice y no un coautor, porque al no ser necesario su aporte no tuvo dominio del hecho. Lo mismo sucede con el *campana*: si su intervención fuese necesaria porque se trata de forzar una puerta en una calle transitada, será coautor, pero si solo lo hace para que no se distraigan los otros intervinientes y se concentren más en la fractura, será un simple cómplice.

Esta autoría por reparto funcional de la empresa criminal requiere que cada uno de los aportantes necesarios reúna los requisitos típicos de la autoría si esta fuese calificada (en los *delicta propria*) (203). En caso contrario, aunque su aporte sea necesario, no será un coautor, porque no puede ser autor (y, por ende, tampoco coautor) de un parricidio quien no sea pariente de la víctima; tampoco puede ser coautor de autoaborto (art. 88 CP) el farmacéutico que provee el abortivo, porque no es la mujer embarazada. En estos casos se trata de un *cómplice llamado primario o necesario* (259). Se trata de una de las limitaciones normativas al principio general que define al *señor del hecho* como autor.

256. (*La autoría de determinación: delitos de propia mano*) Aunque puede ser discutible, la doctrina llama *delitos de propia mano* a los que se considera que en su tipicidad *solo pueden incurrir como autores los que ejecutan personalmente el hecho*.

Admitida esta categoría, los *delitos de propia mano* constituyen otra de las limitaciones normativas al principio del dominio del hecho y –en general– se considera que son tales los tipos de abuso sexual (el que *abusare sexualmente* del art. 119 CP) y de falso testimonio (art. 275 CP). Con referencia a estos tipos pueden presentarse tres supuestos diferentes:

(a) El primero tiene lugar cuando alguien recibe un aporte necesario a su plan concreto del hecho (que implica dominio del hecho), pero el aportante no realiza personalmente la conducta. Así, quien reduce o sujeta a la víctima de una violación, sin cuya conducta el violador no podría llevar a cabo su plan concreto del hecho, tiene el dominio del hecho pero no es considerado coautor. En tal caso, se trata de *complicidad necesaria* (o *primaria*) **(259)**.

(b) El segundo se presenta cuando, en los mismos casos que limitan la autoría mediata **(252)**, quien tiene el dominio del hecho no puede considerarse autor, precisamente por tratarse de *delitos de propia mano*, dado que no realiza personalmente la conducta típica. Así, por ejemplo, el que amenaza de muerte a un testigo para que mienta ante el tribunal.

(c) En el tercer supuesto, siempre en *delitos de propia mano*, tampoco puede ser considerado autor quien se vale de otro que no realiza conducta, como puede ser de una persona cuyo hecho es involuntable **(159)**. Así, quien se vale de un hipnotizado que abusa sexualmente de la víctima, tampoco puede considerarse autor directo, porque se trata de un tipo que requiere la realización personal del acto típico.

En los supuestos (b) y (c), si bien son pocos los tipos de esta clase, deben tomarse en cuenta, en especial por la gravedad de algunos de ellos. ¿Al no poder considerarlos autores típicos ni tampoco instigadores, significa acaso que deben quedar impunes porque su conducta es atípica?

257. (*¿Estos y otros casos son supuestos de atipicidad?*) Otro supuesto similar a los dos antes señalados tiene lugar en los *delicta propria* **(203)**, en los que por definición no puede ser autor del delito quien, al carecer de las características típicas del autor, se vale de un interpuesto que las tiene. Pensemos en el sujeto que engaña a un funcionario y le hace caer en un error de tipo invencible para cometer un delito propio de los funcionarios

públicos: sin duda que tiene el dominio del hecho, pero no es funcionario y, por ende, no puede ser considerado autor de ese delito.

¿Implica esto que también aquí debe considerarse que su conducta es atípica? ¿Acaso no lo es porque en los casos anteriores el interpuesto tiene dominio del hecho y, por lo tanto, no puede ser instigador **(265)** y tampoco autor por tratarse de *delitos de propia mano*? ¿Significa esto también que el que tiene el dominio del hecho no puede ser considerado autor en los *delicta propria* porque no tiene las características típicas del autor y tampoco puede ser instigador, porque domina el hecho?

258. (*El autor de la determinación al delito*) La doctrina nacional no parece haber reparado suficientemente en estas posibles soluciones aberrantes, puesto que ha considerado que el art. 45 CP es solo la definición de la instigación al delito y de la autoría mediata, cuando en verdad dispone claramente que incurrn en la misma pena del autor *todos los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo*.

Si bien en verdad los instigadores *determinan directamente a otros* a cometer el delito, no es menos cierto que no todo caso de *determinación al delito* es una instigación. Las palabras de la ley indican que, si bien en los supuestos antes señalados los agentes no son autores del delito, también *determinan directamente a otro a cometerlo* y, por ende, son *autores de la determinación delictiva abarcados en la fórmula de esa disposición legal*.

Basta tomar el sentido literal (exegético) del art. 45 CP y verificar que en los casos señalados media determinación al delito e incluso en uno de ellos (el hecho involuntable) opera un máximo de determinación (no hay mayor determinación imaginable que valerse de un incapaz de conducta). Por ende, debe concluirse que el art. 45 abarca tanto la instigación como un verdadero *tipo de autor de la determinación al delito*.

En síntesis: aunque siempre se ha dicho correctamente que el instigador es un determinador, lo cierto es que *los determinadores no son únicamente los instigadores* y, por ende, hay otros casos de determinación al delito que caen bajo la definición del art. 45 CP —que deben ser penados con la misma pena de los autores—, en función de una tipicidad creada por ese dispositivo, no como autores del delito, sino como *autores de la determinación al delito*.

259. (*Cómplices necesarios*) Hemos visto que tanto en los *delicta propria* como en los delitos *de propria mano*, quien coopera en el hecho haciendo una contribución necesaria para la concreción del plan, tampoco puede ser autor si no realiza personalmente la conducta en el primer caso (el que ejerce la violencia necesaria para el abuso sexual, pero no realiza ningún acto libidinoso sobre la víctima) o si no presenta las características típicas del autor en el segundo (el que hace un aporte necesario para el delito de un funcionario, pero no es funcionario).

Conforme a nuestra ley vigente, tampoco pueden ser autores los que *contribuyen al hecho en la etapa preparatoria*, aunque su contribución sea necesaria y, por ende, tengan dominio del hecho. Tal es el caso del planificador que no participa en la ejecución, como también el del *entregador*, que se limita a facilitar la información sobre el día y hora en que hay dinero en la tesorería o sobre los movimientos de la víctima de un secuestro.

Dado que el art. 45 CP considera autores solo a los que *toman parte en la ejecución del hecho* y esta comienza en la tentativa (art. 42 CP), los aportantes necesarios anteriores no pueden ser considerados autores.

Se trata de las limitaciones jurídicas al principio del dominio del hecho que nuestra ley considera *cómplices*, pero con la particularidad de que, en razón de la necesidad de su aporte, los distingue de los cómplices simples, los llama *cómplices necesarios* y les conmina con la misma pena que a los autores.

260. (*Esquema de los supuestos de autoría*) En síntesis: autores son

(a) los *directos* (ejecutan el hecho personalmente; se valen de quien no realiza conducta; lo hacen conjuntamente con otros en forma concomitante; o se reparten funcionalmente la empresa criminal);

(b) los *mediatos* son los que se valen de otros interpuestos que no incurrir en injusto y excepcionalmente de un interpuesto sin culpabilidad;

(c) los *de determinación al delito* son los que en el supuesto (a) se valen de quien no realiza conducta en un delito de propia mano; y de quienes en el supuesto (b), se valen de quien no realiza personalmente la conducta en delitos de propia mano o bien, no siendo el autor típico en los *delicta*

propria, se vale de quien presenta esas características.

Son autores	
(a) <i>directos</i> quienes	{ 1) ejecutan el hecho personalmente 2) se valen de quien no realiza conducta 3) lo hacen simultáneamente con otros 4) se reparten la empresa criminal
(b) <i>mediatos</i> quienes	{ 1) se valen de otros interpuestos que no incurrir en injusto 2) excepcionalmente de un interpuesto sin culpabilidad
(c) <i>de determinación</i> quienes	{ 1) en delito de propia mano se valen de quien no realiza conducta o de quien no incurre en injusto 2) en un delito propio, sin tener los caracteres del autor, se valen de un interpuesto que los tiene
Pese a tener dominio del hecho (aporte necesario) no son autores, sino	
<i>cómplices</i> <i>necesarios</i> quienes	{ 1) en delito propio no tienen los caracteres del autor 2) en delito de propia mano no realiza la acción típica 3) realiza su aporte en etapa preparatoria

C.11. La participación: la tipicidad ampliada personalmente

261. (*Naturaleza accesoria de la participación*) Deslindada la autoría, todas las demás concurrencias típicas de sujetos en el delito en función de la ampliación personal establecida en la parte general, son casos de *participación*.

La participación es el aporte doloso a un injusto doloso ajeno, bajo la forma de instigación o de complicidad.

Por tratarse de una ampliación, tiene naturaleza accesoria, o sea, que siempre depende de algo principal, que es el injusto del autor (no el delito del autor, porque la culpabilidad es reproche personalizado) (383): así, la instigación y la complicidad se pueden presentar en el injusto de una conducta exculpada.

Dado que no se trata de tipos independientes, sino de una ampliación

personal de la tipicidad, no hay autores de participación, sino que siempre que existe participación lo es en una autoría. Tampoco hay tentativa de participación, aunque sin duda puede haber participación en la tentativa.

No es típica la tentativa de complicidad (cuando el aporte no llega a concretarse) ni la de instigación (cuando resulta ineficaz, porque no decide al sujeto a iniciar la ejecución). Si bien ónticamente (en la realidad) puede haber tentativas de participación (alcanzarle un arma al homicida, pero este no se percata y no la toma; convencer a alguien de que cometa un robo, pero este no se decide y no lo hace), lo cierto es que estas tentativas son atípicas en nuestro CP.

Cabe aclarar que hay *tipos de participación necesaria* que exigen una autoría plural, o sea, una pluralidad de sujetos activos (la bigamia del art. 134 CP), lo que no tiene ningún vínculo con la idea de participación. Menos aún puede plantearse un supuesto de participación cuando el tipo exige una conducta atípica de otra persona (la bigamia del art. 135 inc. 1 CP o la estafa del art. 172).

262. (*Límites temporales de la participación*) La participación solo es típica a partir del momento en que comienza la ejecución del injusto del autor o autores (el aporte anterior solo será típico si el injusto comienza a ejecutarse). La posibilidad de participar se mantiene hasta que se haya consumado o agotado el hecho **(274)**. Después de agotado o consumado el injusto del autor, no puede haber participación, dado que nadie puede participar en un hecho pasado, si bien la cooperación posterior puede configurar una tipicidad independiente (encubrimiento).

Por definición solo se puede *instigar* antes del hecho, porque no es posible *determinar al determinado*. En lugar, la cooperación (complicidad) puede tener lugar tanto en la preparación como en la ejecución del hecho, pero toda participación (instigación o complicidad) solo es típica a partir del momento en que el autor comienza la ejecución: determinar al sicario mediante un pago es una instigación, y entregarle el arma para que cometa el homicidio es un acto de cooperación, pero ambos solo son típicos desde el momento en que el sicario comienza a matar a la víctima. Mientras el delito se sigue cometiendo puede haber cooperación (complicidad) porque la víctima no está muerta y, por lo tanto, se puede ayudar a matarla, pero cuando sea cadáver, solo se puede ocultarlo o ayudar a ocultarlo (encubrimiento del art. 277 inc. 3 a).

263. (*Error de tipo en la participación*) Hay casos de error de tipo **(220)** en la participación, cuando recae sobre el aporte: (a) si el sujeto ignora que está haciendo un aporte o que está determinando no hay dolo (el que presta

el arma en la creencia de que usarán para práctica deportiva de tiro, ignora que incurre en una tipicidad objetiva de complicidad; en el mismo caso si el que la recibe cree que quien la presta lo está invitando a cometer el hecho y eso lo decide, es claro que quien la presta no tiene dolo de instigación).

No importa en estos casos si el error es invencible o vencible, porque no existe participación culposa o negligente, aunque puede surgir autoría culposa en caso de error vencible.

(b) Pero si sabe que está cooperando, pero cree que solo lo hace en el hecho del autor, cuando en realidad, sin saberlo, tiene el dominio del hecho, solo cabe penarlo por participación, pues carece del dolo de autor (el conductor del vehículo que cree prestar una cooperación por comodidad, pero en realidad su intervención es indispensable para el plan concreto del hecho que desconoce).

(c) Si quiso determinar o cooperar con un hecho menos grave, no puede penárselo por el injusto realmente cometido por el autor, porque no está abarcado por su dolo de participación (47 CP). Si se trata de un tipo calificado, será punible por el tipo básico, pero si son tipos conceptualmente diferentes, su conducta será atípica (pues no puede participar de un injusto que nunca existió).

No puede ser típica de complicidad la cooperación en un inexistente secuestro extorsivo (art. 142 bis CP), en que el agente creía realmente que estaba conduciendo un vehículo llevando a una persona secuestrada, si luego resulta que todo fue un simulacro en connivencia con la pretendida víctima, para estafar a su padre. Creyó cooperar con un secuestro y en realidad lo hizo con una estafa, por lo que no puede hablarse de dolo respecto de una tipicidad objetiva inexistente (la de secuestro extorsivo) y tampoco de la realmente existente (nunca tuvo el dolo de cooperar en una estafa).

264. (*Accesoriedad e incomunicabilidad*) Las dos formas de la participación (instigación y complicidad) son *accesorias del injusto de un autor*. Esta afirmación corresponde a lo que la doctrina llama *accesoriedad limitada*, por oposición a los autores que sostienen la accesoriedad de todo el delito e incluso hasta de la punibilidad.

La participación no puede ser accesoria de la culpabilidad, en principio, porque los motivos y la consiguiente reprochabilidad es siempre personalizada (384), lo que determina que el grado de reproche sea independiente para cada interviniente. De allí que las condiciones

personales del autor del injusto que hagan a la culpabilidad, no se comunican a los partícipes (por ende, es posible ser partícipe del injusto cometido por un inimputable o inculpable).

Las características típicas del autor se comunican al partícipe cuando este las conoce (el pariente autor de parricidio comunica esta característica al partícipe que las conoce y, por ende, será partícipe de un parricidio del art. 80 inc. 1 CP). No influyen las calidades del partícipe en el autor, porque la accesoriedad permite que se comuniquen solo del autor al partícipe y no a la inversa (48, CP) (el parentesco del partícipe no se comunica al autor del homicidio).

265. (*Instigación*) El instigador es el que determina a otro al hecho sin ser autor. Para ello, el determinado no debe estar decidido al hecho, aunque no sea necesario que el instigador haga instalar en él la idea de cometerlo, y basta con que lo decida a la ejecución.

No hay instigación (sino tal vez complicidad intelectual) si se le proporcionan ideas o técnicas para la ejecución del hecho que el autor ya tiene decidido. Tampoco hay instigación cuando lo disuade de cometer un delito agravado para que cometa el simple (o del simple para que cometa uno atenuado), porque la decisión ya está tomada y la determinación no provoca un injusto más grave. Esto funciona entre tipicidades simples y calificadas, pero no entre tipos independientes: si se lo determina a que cometa un delito diferente (había decidido cometer un robo y se le determina a la comisión de una estafa), existe instigación, porque el agente no estaba decidido a cometer la estafa.

La instigación siempre se comete por un medio psíquico o intelectual entre el instigador y el instigado. La ley exige que la instigación sea *directa*, o sea, que haya una acción claramente destinada a determinarlo, con lo que excluye todas las formas indirectas, como la creación de oportunidades o facilidades, las sugerencias más o menos sutiles, etc.

266. (*El agente provocador*) La instigación presenta un problema cuando se trata del llamado *agente provocador*, en que se instiga a otro a cometer un delito con fines de investigación policial. El principio general es que el Estado debe investigar delitos cometidos y no suscitar acciones delictivas

con fines represivos. A partir de esto se derivan las siguientes conclusiones, según las particularidades de cada caso.

(a) Cuando se trata de investigar delitos ya cometidos, la instigación policial para cometer nuevos delitos es típica y no está amparada por ninguna causa de justificación (se instiga a la ladrona habitual de tiendas – *mechera*– para pescarla en flagrancia).

(b) Cuando se trata de un acuerdo con la víctima mientras el delito se halla en etapa de preparación o tentativa, en realidad hay una simulación de delito (es el llamado delito experimental) y, por ende, no hay instigación porque no se determina a ningún delito verdadero.

(c) Cuando se trata de bienes jurídicos tales como la vida o la libertad sexual y debe interrumpirse una cadena de delitos que los lesionan (casos de delincuentes seriales), puede ser que no quede otro recurso que la provocación, pero debe advertirse que no toda provocación es instigación (la policía disfrazada de prostituta para detener a Jack de Londres no configura una instigación, sino un delito experimental).

267. (La complicidad) La complicidad simple o secundaria es un aporte o cooperación dolosa al injusto doloso del autor.

Por definición, el aporte no debe ser necesario para la ejecución del plan concreto del hecho, porque en tal caso el sujeto tiene dominio del hecho y es coautor o partícipe necesario, según el caso.

La complicidad puede ser material o intelectual, en este último caso se incurre en ella facilitando ideas o instruyendo en técnicas, pero siempre debe ser anterior al agotamiento del hecho **(274)**.

No debe confundir a este respecto la previsión del art. 45 CP, que no prevé como complicidad una verdadera ayuda posterior al hecho, sino el reforzamiento de la decisión del autor en función de una promesa de ayuda posterior, que la ley somete a la condición de que se cumpla efectivamente con lo prometido (46 CP), pues de lo contrario, su incumplimiento opera como causa de cancelación de la penalidad **(435)**. Así, quien promete comprar al ladrón la cosa hurtada o robada, refuerza su decisión, pero solo es punible si con posterioridad al hecho realmente la compra.

Cualquier otro reforzamiento moral o psíquico de la decisión del autor tampoco es típico de complicidad secundaria (*muy buena tu decisión de llevarte el dinero de la caja*, no es una instigación porque la decisión ya está tomada, pero tampoco es una complicidad secundaria, porque no aporta nada que ayude al plan concreto del autor).

268. (*La tipicidad objetiva de la complicidad*) La extensión de la tipicidad en el caso de la complicidad secundaria no puede tener como límite de la tipicidad objetiva la dominabilidad que, por definición no debe tenerla el cómplice, que no es *señor del hecho*, sino un simple cooperador en el injusto del autor.

Como se ha visto, la tipicidad objetiva de la complicidad se resuelve conforme a la naturaleza del aporte en las circunstancias concretas: cuando el aporte sea *banal*, carecerá directamente de tipicidad objetiva y, por ende, no tendrá sentido preguntarse por la tipicidad subjetiva (268). Cuando el aporte no fuese objetivamente banal, el dolo del cómplice deberá conocer esta circunstancia y, por ende, tener este la voluntad de cooperar con el autor del injusto. De lo contrario, incurrirá en un error de tipo, que será relevante como atipicidad incluso cuando fuese vencible, toda vez que no es típica la complicidad culposa o negligente.

269. (*Participación en cadena*) Tanto la instigación como la complicidad pueden darse *en cadena*, o sea instigar a la complicidad (*ayúdalo a robar*), cooperar en la instigación (*mostrándole esta carta lo decides*), cooperar en la cooperación (*te presto el arma para que se la lleves*) o instigar a la instigación (*convéncelo*).

Incluso pueden concurrir las dos formas de participación, cuando quien instiga también coopera (decide al ladrón al secuestro y le facilita el vehículo en el cual llevar al secuestrado), en cuyo caso prevalece la tipicidad de la forma más grave de participación, que es la instigación.

C.12. La tentativa: la tipicidad ampliada temporalmente

270. (*La tentativa o cinematografía del delito*) Los tipos penales son imágenes trazadas a grandes rasgos, o sea, fotografías simplificadas que

captan un momento, que es el de la consumación, una vez realizada la conducta y producida la mutación del mundo.

Pero como toda fotografía, esa captación de un momento es una fijación que presupone una dinámica, la que solo se puede captar cinematográficamente.

La ley penal capta fotográficamente en los tipos penales, pero los extiende cinematográficamente mediante la fórmula ampliatoria de la tentativa (art. 42 CP). No obstante, en esa cinematografía no capta toda la dinámica, sino que el camarógrafo comienza a filmar en un momento e interrumpe la filmación en otro.

El camarógrafo legislador filma el hecho doloso desde el comienzo de ejecución y corta su registro en el momento inmediatamente anterior a la consumación del hecho, que fija en la fotografía. Este registro cinematográfico típico de la dinámica temporal es lo que se llama *tentativa*.

271. (*La tentativa como peligro*) La razón por la que el camarógrafo penal filma la dinámica temporal del tipo es porque toda tentativa implica un peligro de producción del resultado o mutación del mundo real en forma ofensiva para un bien jurídico. El dominio de una causalidad dirigida a la producción del resultado ofensivo genera un alto riesgo de producción de este.

Que el fundamento de la prohibición de la tentativa sea el peligro para el bien jurídico, no implica que no haya tentativa en los tipos de peligro, puesto que –como vimos– en todo delito hay un resultado, solo que los tipos a veces lo individualizan y otras veces no lo hacen o está implícito en el verbo típico (185).

Tampoco debe creerse que los tipos individualicen siempre los resultados en los delitos de lesión al bien jurídico y no lo hagan en los de peligro para este (la depredación en la piratería del art. 198 CP no individualiza el resultado en el tipo simple y es un claro delito de lesión; el envenenamiento de aguas potables del art. 200 CP individualiza el resultado físico y es un tipo de peligro).

272. (*La tentativa es cronológicamente incompleta tanto en lo objetivo*

como en lo subjetivo) Es necesario observar que la ampliación por anticipación temporal consiste en una tipicidad incompleta tanto objetiva como subjetivamente. Si bien por definición la tentativa es incompleta en lo objetivo, también lo es subjetivamente, porque no siempre en ella el dolo se desarrolla por completo guiando la causalidad hacia el resultado (se agota solo en la *tentativa acabada*) **(283)**.

La tentativa mantiene una relación dialéctica con la consumación (es su negación), de modo que no hay en ella un tipo subjetivo completo y un tipo objetivo incompleto, lo que equivaldría a dejar a un jinete sin caballo.

Precisamente, por ser *temporalmente incompleta* en ambos aspectos de la tipicidad dolosa, su desvalor (contenido ilícito) es inferior al del delito consumado. Conminar con la misma pena la tentativa y el delito consumado es propio de sistemas autoritarios, siendo irracional (contrario al principio republicano) en un derecho penal que respete la *regla básica* del derecho penal de acto **(92)**. Ni para el desvalor social ni para la víctima es lo mismo que haya un muerto o que no lo haya.

273. (*El iter criminis: los actos preparatorios*) Desde que surge la idea criminal hasta que se agota el resultado hay un camino o *iter criminis*, que abarca concepción (*podría robar las cosas*), decisión (*voy a robarlas*), preparación (*compro la ganzúa*), comienzo de ejecución (*abro la puerta*), culminación de la acción típica (*entro y tomo algunas cosas*), producción del resultado (*las saco del lugar y me alejo*) y agotamiento de esta (*vuelvo y me llevo las restantes cosas*).

La tipicidad ampliada temporalmente por tentativa extiende la prohibición a los actos que van desde el *comienzo de ejecución* **(275, 278)** (42 CP) hasta el momento inmediatamente anterior a la consumación (pues con esta se completa objetiva y subjetivamente la tipicidad dolosa) **(274)**. Esto es lo que filma el camarógrafo penal.

Los actos anteriores al comienzo de ejecución son los *actos preparatorios*, que no son abarcados por la fórmula de la tentativa, sin perjuicio de que la ley prohíba algunos mediante *tipos anticipatorios especiales*, que son delitos de peligro que no admiten tentativa. Pretender considerarlos tipicidades independientes –clonando bienes jurídicos– es inconstitucional

en muchos casos, aunque se insista legislativamente en eso en los últimos tiempos **(335)**. La regla es que los actos preparatorios son atípicos y los ejecutivos son típicos de tentativa.

Existe una marcada tendencia legislativa muy peligrosa que avanza hoy tipificando actos preparatorios, en razón de lo que se ha dado en llamar *la sociedad de riesgo* (*). Los actos preparatorios por regla general son equívocos, no siempre es claro su sentido, o sea que no siempre ponen en peligro bienes jurídicos, a veces ni siquiera remotamente. Este obstáculo se quiere salvar apelando el *peligro presunto* (usualmente llamado *peligro abstracto*), que en verdad es un *no peligro* **(334)**. La más tradicional tipificación de actos preparatorios en nuestra legislación es la asociación ilícita del art. 210 CP, usada generalmente para fundar prisiones preventivas. Se trata de un tipo inconstitucional, en que la afectación del bien jurídico está muy lejana y que, además, su pena es más grave que la propia consumación de algunos de los delitos que abarca (asociación ilícita para cometer hurtos simples, por ejemplo).

274. (*Consumación y agotamiento*) El *límite máximo* de la tentativa tiene lugar cuando esta desaparece interferida por la *consumación* **(307 y ss.)**, que se produce en cuanto el supuesto de hecho fáctico cumplimenta todas las características del tipo. Consumado el delito desaparece la tentativa, aunque el resultado se *agote* con posterioridad, como sucede en los delitos continuos o permanentes (cuando cesa el estado consumativo), en los casos de habitualidad típica y también en delitos instantáneos cuyo resultado se agote mediante pasos sucesivos.

El *agotamiento del resultado* –irrelevante a los efectos de la tentativa– es importante en otros aspectos: (a) se puede participar hasta el agotamiento **(262)**; (b) la prescripción corre desde el último acto de agotamiento **(431, 432)**; (c) las circunstancias calificantes posteriores a la consumación agravan la tipicidad hasta el agotamiento.

Si alguien decide robar cien sillas de un local y comienza a transportarlas con un camión en que solo caben veinte sillas, el robo se consuma cuando se llevó las primeras veinte, pero no se agota hasta que acabó de llevarse las ochenta restantes. Después de haber llevado las primeras veinte puede alguien cooperar en el transporte de las restantes y sería un cómplice. El autor, para facilitar la salida de las sillas restantes, puede fracturar una puerta, con lo cual su conducta pasaría a ser típica de robo con efracción del art. 167 inc. 3 CP.

275. (*El comienzo de ejecución*) El *límite mínimo* de la tentativa es el *comienzo de ejecución*, que no coincide con el comienzo de la conducta individualizada en el verbo típico, pues esto no solo resulta demasiado estrecho sino que muchas veces se confunde directamente con la

consumación: comenzar a matar exigiría una lesión, comenzar a robar exigiría un apoderamiento, etc.

Siempre un delito se comete conforme a un *plan concreto* y este es fundamental para determinar el comienzo de ejecución (de la misma manera que lo es para delimitar el dominio del hecho en la autoría) **(251)**.

Tomando en cuenta el plan concreto del hecho, puede afirmarse que el comienzo de ejecución del delito no es estrictamente el comienzo de ejecución de la acción del verbo típico, sino que también abarca los actos que, según ese plan, *son inmediatamente anteriores al comienzo de ejecución* de la acción señalada por el verbo típico.

Debe entenderse que hay un acto parcial inmediatamente precedente al comienzo de ejecución de la acción típica cuando entre esta y aquel no quepa otro acto parcial conforme al plan concreto del autor: quien comienza a apuntar con un arma de fuego; quien comienza a romper la puerta para entrar a apoderarse de una cosa; quien empieza a ejercer violencia sobre la víctima de violación; etc.

276. (*El dolo en la tentativa es el mismo del delito consumado, solo que sin desarrollarse por completo*) El *dolo en la tentativa* únicamente se diferencia del dolo del delito consumado en que, al menos en parte, en la llamada *tentativa inacabada* queda *en potencia*, dado que es abortado, pero no por eso configura un *dolo de tentativa*, puesto que este último no existe.

El dolo de cometer solo una tentativa sería algo así como pretender que quien quiere cruzar el río a nado tiene solo voluntad de ahogarse o de que se lo impida la Prefectura.

La estructura del dolo en la tentativa no puede ser otra que la misma del tipo consumado que, como se interrumpe, una parte queda en potencia, sin pasar al acto. Media botella de vino no es un vino diferente al de la botella llena.

277. (*Tentativa con dolo eventual*) Debido a que se trata del dolo sustancialmente idéntico al del delito consumado, solo que interrumpido y que, tanto en la tentativa como en el delito consumado el dolo debe dirigirse a la consumación del tipo objetivo de un *delito determinado* (42 CP), este

puede ser tanto directo como eventual **(216)** porque, en el último caso, el resultado eventual también lo es siempre de un delito determinado.

Quien arroja una bomba por la ventana de una casa, pensando sin ningún fundamento **(293)** que no hay nadie adentro, pocas dudas caben de que si hubiese algunas personas dentro de la casa y la bomba diese muerte a alguien, ningún juez se atrevería a afirmar que no se trataría de un homicidio. No hay razón para sostener que en los casos en que, casi milagrosamente no causase la muerte de nadie, su conducta sea atípica de tentativa de homicidio.

278. (*Comienzos de ejecución en tipos calificados, autoría mediata y habitualidad*) Las tentativas de tipos calificados agravados **(203)** tienen inicio con el comienzo de ejecución de la calificante, sea este anterior o posterior al comienzo de ejecución del tipo básico, salvo que sea inescindible de este (el comienzo de ejecución del robo con fractura se produce cuando se comienza a fracturar). En la autoría mediata la ejecución comienza con el comienzo de la determinación al interpuesto **(252)**, a diferencia de la instigación cuya tipicidad se inicia apenas cuando el autor del injusto principal comienza la ejecución **(265)**. En los delitos que exigen *habitualidad* **(231, 232)** la tentativa se configura con el comienzo de ejecución del primer acto acompañado del elemento subjetivo correspondiente (cuando el curandero recibe al primer paciente).

279. (*La tentativa aparente o no tentativa*) La tipicidad del delito tentado depende de que se cumplimenten los requisitos objetivos y subjetivos del tipo en la medida requerida para los puros actos ejecutivos. Por ende, no hay tipicidad de tentativa cuando esta *es solo aparente*, o sea, cuando solo *parece* que se está ejecutando un delito, pero en realidad no se lo ejecuta.

Esto sucede cuando faltan *ab initio* los elementos propios de la tipicidad objetiva, o sea, que existe un *error de tipo al revés*. No hay ningún comienzo de ejecución cuando falta el objeto o el sujeto típicos: si falta la cosa ajena en el hurto o si solo se perfora un cadáver creyendo que era una persona con vida.

Lo mismo sucede cuando falta el medio idóneo conforme al plan concreto del hecho: una pantomima llevada a cabo por un alucinado no es una

tentativa, como tampoco lo es cuando el medio elegido conforme al plan concreto es absurdamente inidóneo, como en la llamada *tentativa mágica*.

En todos estos casos la pretensión de tipicidad choca contra el principio de legalidad (falta el comienzo de ejecución exigido por la ley) y contra el art. 19 de la CN (falta el peligro para el bien jurídico). Estos no son casos de *tentativa inidónea*, sino de *tentativa aparente*.

280. (*Delito imposible o tentativa inidónea*) Diverso es el caso de la *tentativa inidónea* o *delito imposible* (44 CP). Si bien todas las tentativas parecen ser idóneas *ex-ante* e inidóneas *ex-post*, en el delito imposible, y aunque hay tipicidad objetiva y *ex-ante* el medio aparece como idóneo, *ex-post* se verifica una *aberrante inidoneidad* del medio para consumar el delito. La penalidad se cuantifica en razón del daño o peligro *causado* (41, 1 CP) y como, en los casos de aberrante inidoneidad del medio, *ex-post* se verifica una imposibilidad absoluta de causar cualquier daño, la ley establece una escala penal menor. Así, es el caso de quien cree suministrar veneno y en realidad está dando agua destilada.

Cabe observar que el medio puede ser absolutamente inidóneo y sin embargo producir el resultado por un curso causal fortuito. Así, quien se apodera de un cheque no endosable a nombre de su vecino, lo endosa y lo deposita en su cuenta, puede ser que por error del cajero y de todos los controles del banco e interbancarios, finalmente le sea depositado el dinero y pueda retirarlo. No hay dolo pese a la obtención del fin propuesto por el agente, porque jamás podía imaginar este curso causal totalmente fortuito.

281. (*Atipicidad por desistimiento*) Si la tentativa exige que el agente no consume el delito por razones ajenas a su voluntad, debe entenderse que cuando no lo consuma por propia voluntad, su conducta es atípica de tentativa.

En consecuencia, se establece la atipicidad de la conducta de quien desiste voluntariamente de consumar el delito (43 CP).

En el *iter criminis*, en función del principio de subsidiaridad, la tipicidad de la etapa posterior interfiere la de las etapas anteriores (324). Dado que la tipicidad está únicamente interferida, cuando se presenta el caso de la llamada *tentativa calificada*, si bien desaparece la tipicidad de la tentativa, reaparece la de las tipicidades consumadas en su curso (quien desiste del homicidio, pero lesionó en el curso de la tentativa, no incurre en tipicidad

de tentativa de homicidio, pero sí en la de lesiones consumadas) (284).

282. (*Voluntariedad del desistimiento*) El desistimiento no es voluntario cuando obedece a una imposibilidad real de consumación (se desiste porque es imposible perforar la caja del banco). Si esta imposibilidad solo existe en la imaginación del agente (la posibilidad de perforación existe, pero el ladrón no se da cuenta de eso), el desistimiento será voluntario, porque de lo contrario se estaría marcando un límite de tipicidad en razón de motivaciones y estas se estarían valorando moralmente, lo que llevaría a una etización de la tipicidad de una conducta.

En síntesis, el desistimiento dependerá siempre del presupuesto de ausencia de condiciones objetivas que impidan o dificulten gravemente la consumación, sin que sea relevante la motivación ni los errores que pudieran condicionar la voluntad siempre que pueda serle imputado al autor como obra suya.

El temor a la pena puede fundar el desistimiento voluntario, siempre que no opere para ello una acción especial del sistema penal o de seguridad (aparezcan policías, etc.).

283. (*Tentativa acabada, inacabada y desistimiento*) (a) Se denomina tentativa *inacabada* o delito frustrado cuando se interrumpe la acción ejecutiva (alguien le arrebató el arma al sujeto activo que está apuntando);

(b) y tentativa *acabada* en la que se completa la acción ejecutiva y el resultado no se produce (el agente coloca una bomba de tiempo y esta no estalla).

En la *tentativa acabada* el desistimiento opera como en una omisión: solo es concebible cuando el agente interviene positivamente e impide la producción del resultado (desactiva la bomba). De todas formas, es siempre posible que pese al desistimiento se produzca el resultado (no logra desactivar la bomba), en cuyo caso este no es relevante (la ley vigente solo le otorga relevancia en dos tipos penales: arts. 142 bis y 170 CP).

En cualquier caso, si el resultado adviene por efecto de un curso causal completamente inimaginable por el agente o por la grosera torpeza de un tercero, no podrá serle imputado al autor y, por ende, el desistimiento será

relevante.

El descubrimiento del hecho por parte de la autoridad competente por lo general impide la relevancia del desistimiento, salvo que, aun así, resulte decisiva la intervención del agente para evitar el resultado.

284. (*Tentativa simple y calificada*) La tentativa puede ser *simple* (en su curso no se consuma ningún otro delito) o *calificada* (en su curso se consuman otros delitos). La distinción es importante, porque –como se ha dicho– el desistimiento de la tentativa calificada solo alcanza a la tentativa, pero no a los delitos consumados en su curso, respecto de cuya tipicidad deja de interferir la de la tentativa **(281)**. Los que quedan atípicos son los actos preparatorios tipificados, que quedan definitivamente consumidos por la tentativa (la tenencia de elementos para falsificar –art. 299 CP– queda consumida **(323)** por la tentativa de falsificación).

285. (*Tentativa y participación*) Como el desistimiento deja atípica la tentativa, desaparece el injusto y, por ende, queda atípica la participación, como consecuencia de su naturaleza accesoria **(261)**.

Dado que la tentativa de participación es atípica **(261)**, no puede plantearse ninguna cuestión de desistimiento de la participación misma, pero es perfectamente posible el *desistimiento del partícipe* en la tentativa del autor: el cómplice que le retira su aporte al autor del robo que, finalmente se frustra por otras razones.

El desistimiento del partícipe casi siempre adoptará la forma del desistimiento en la tentativa acabada: en la instigación esto es evidente, pues una vez determinado, el instigador deberá evitar que el autor consuma el hecho. El cómplice primario que retira su aporte impide la consumación, dada la naturaleza necesaria de ese aporte. En el caso del cómplice secundario, deberá distinguirse: si agotó la conducta cooperadora (le entregó el arma al homicida), en cuyo caso solo será relevante cuando impida la producción del resultado; si aún no concretó la cooperación, le basta con no hacerlo, pues su conducta no será más que una promesa atípica.

286. (*Tentativa en el tipo omisivo*) Respecto de la tentativa en la tipicidad

dolosa omisiva, cabe entender que el comienzo de ejecución tiene lugar cuando el agente se halla en la situación típica **(238)**, pues es en ese momento que se inicia el peligro típico para el bien jurídico: si bien la persona amenazada en la omisión de auxilio puede estarlo desde antes, solo cuando el sujeto la encuentra en esa situación comienza la posibilidad de ofensa típica al bien jurídico.

Si el autor se incapacita para la realización de operaciones complejas, la tentativa tiene inicio con el comienzo de la conducta que lo incapacita, pues allí surge la situación típica **(402)**.

La *tentativa aparente* **(279)** tendría lugar en caso de falsa suposición de una situación típica inexistente, o sea, de absoluta atipicidad objetiva.

El *delito imposible* **(280)** se presenta cuando *ex-post* se verifique la absoluta y total imposibilidad de que la causalidad hubiese producido el resultado.

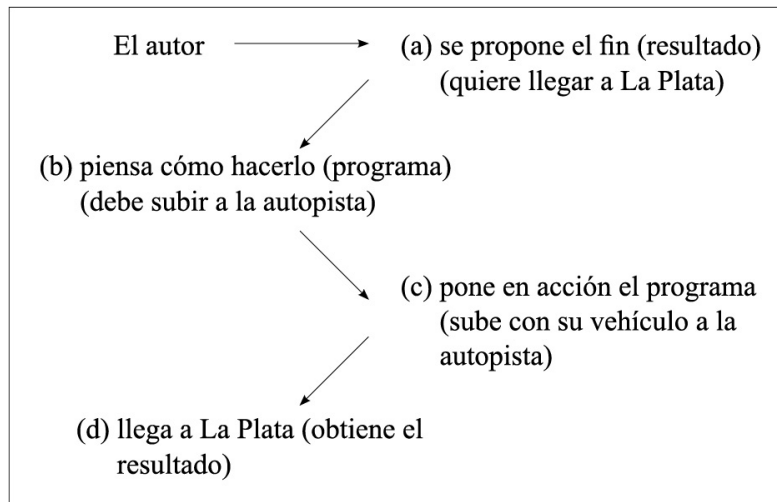
C.13. El tipo culposo o negligente

287. (*¿Qué es la culpa o negligencia?*) Se dice *culposa* la conducta del que *no pone diligencia*. En términos jurídico-penales *diligencia* es el *cuidado debido* en la realización de una conducta (deber objetivo de cuidado). Por ende, el tipo o supuesto de hecho legal *culposo o negligente* tipifica una conducta porque programa la forma de obtención de la finalidad de modo defectuoso en cuanto al deber de cuidado correspondiente a esa conducta, con lo cual esta provoca un peligro prohibido que se concreta causando el resultado que ofende un bien jurídico.

No es verdad que en el tipo culposo no haya finalidad en la conducta del agente, porque toda conducta tiene una finalidad, solo que el tipo doloso individualiza la conducta conforme a la finalidad prohibida hacia la cual el sujeto dirige la causalidad (golpea para lesionar o no interrumpe el curso causal para que produzca la muerte), en tanto que el tipo culposo o negligente lo hace atendiendo a la forma defectuosa de seleccionar la causalidad, de dirigirla a un fin en general lícito (no se prohíbe al conductor negligente conducir, sino hacerlo en forma negligente y por eso causar una lesión).

288. (*La estructura del tipo culposo*) En toda conducta se siguen pasos:

- (a) se propone una finalidad (llegar a algún lugar);
- (b) se piensa cómo obtenerla (cómo se llega);
- (c) se programa mentalmente una causalidad (los medios para llegar); y
- (d) se domina la causalidad para llegar a ese objetivo.



En el tipo culposo no se individualiza la conducta prohibida en razón de (a), sino en razón de que en (b) se programa defectuosamente (c) y se producen las consecuencias dañosas (d).

Se debe pintar una pared (a), para eso es necesario poner un andamio (b), se pone el andamio sin asegurarlo (c) y se ordena al personal subir al andamio que a poco cae causando lesiones a los operarios (d).

289. (*Los tipos culposos como tipos abiertos*) Los tipos culposos son *tipos abiertos* (199), porque por lo general no señalan (o lo hacen de modo incompleto) los deberes de cuidado, sino que estos deben individualizarse según la naturaleza de la respectiva conducta. Solo una vez averiguados, se puede cerrar el tipo y apenas entonces será posible comparar el supuesto de hecho fáctico con el legal.

Por consiguiente, para saber si una conducta es negligente es necesario conocer previamente de qué conducta se trata, lo que solo puede saberse atendiendo al fin que se proponía el autor, pues hay tantos deberes de cuidado como clases de actividades: uno es el deber de cuidado al caminar,

otro al conducir, otro al dar una inyección, etc. Solo se puede saber de qué conducta se trata en cada caso al conocer su finalidad, por lo que la conducta culposa no solo tiene finalidad (como cualquier acto humano), sino que también esta es indispensable para averiguar su tipicidad penal.

Por ende, afirmar que en el tipo culposo o negligente la conducta típica carece de finalidad, no solo es falso en el plano óntico (de la realidad), sino incluso en el jurídico, dado que la finalidad es indispensable para cerrar el tipo.

Un automóvil sale de un garaje y lesiona a un peatón que circula por la acera. Puede haber una violación del deber de cuidado al conducir atravesando una acera; pero también puede ser que el vehículo se haya desplazado sin conductor por estar sin frenos (violación del deber de cuidado al estacionar un vehículo o al asegurar cualquier cosa pesada); pero también puede ser que alguien que no sabe conducir haya accionado por curiosidad la llave de arranque (deber de cuidado que impone no accionar un aparato peligroso cuyo funcionamiento se desconoce).

290. (*Imprudencia y negligencia*) Es necesario aclarar algunos conceptos que suelen confundirse en materia de tipicidad culposa. En principio, la *imprudencia* y la *negligencia* mencionadas en nuestro art. 84 CP, no son formas de la culpa, porque son intercambiables: toda imprudencia es una negligencia y viceversa. De todas formas, es preferible usar *negligencia como sinónimo de culpa*, porque expresa mejor la *falta del cuidado* que se debió poner y no se puso, dado que en la culpa siempre se omite un cuidado.

291. (*Diferencia estructural con el doloso*) La estructura del tipo culposo (supuesto de hecho legal negligente) *es por completo diferente de la del tipo doloso*.

(a) Si bien los componentes del tipo culposo deben ordenarse para su análisis, no es posible hablar de tipo objetivo y subjetivo en el mismo sentido en que se lo hace en el tipo doloso, pues no existe correspondencia entre ambos órdenes de elementos, observándose un notorio desarrollo de los objetivos en detrimento de los subjetivos, sin contar con que

(b) subjetivamente, a diferencia del dolo (213), no requiere un conocimiento actual y, además, el error invencible elimina en el caso el requisito de previsibilidad (se trata solo de un accidente o mero *caso*

fortuito).

(c) En cuanto al aspecto imputativo, no solo es insuficiente el criterio de dominabilidad (que solo existe en la negligencia temeraria) **(293)**, sino que

(d) tampoco existe participación, pues todos los casos son de autoría o bien son atípicos **(249)**, puesto que

(e) la autoría en el tipo culposo tiene por base la causación y no la finalidad, que solo es un indicador que permite conocer el deber objetivo de cuidado.

292. (*Causación del resultado*) Una vez cerrado el tipo culposo mediante la norma de cuidado debido en la conducta de que se trate (conducir, poner andamios, demoler edificios, etc.), el primer requisito objetivo sistemático de la tipicidad culposa es que esta haya causado el resultado típico. Si bien no es desde el resultado que se llega a la tipicidad negligente, lo cierto es que sin este no existe pragma y, por ende, no se abre la posibilidad de conflicto.

Desde la perspectiva de la conflictividad social no es lo mismo causar una catástrofe que no causarla. Si bien es cierto que el resultado culposo es un claro *componente de azar* (lo que en buena medida también es común con algunos resultados dolosos), el tipo no puede prescindir de él so pena de ampliar el ámbito de la prohibición penal hasta convertir en delito casi todas las faltas reglamentarias, aunque la violación reglamentaria no importe por sí una violación del deber de cuidado, pues solo da lugar a un indicio de esta. En cuanto a la causación, rige el principio de la *conditio sine qua non* **(192)**.

Es ineludible que para evitar esta ampliación el resultado culposo o negligente sea siempre un componente de azar: si todas las tardes un sujeto conduce 50 metros en sentido contrario para ahorrarse dar la vuelta a la manzana para acceder al garaje de su casa, lo habrá reiterado en un año 365 veces, pero si en la 366ª vez que lo hace lesiona a alguien, apenas entonces su conducta será típica.

293. (*Previsibilidad del resultado y culpa temeraria*) El segundo requisito típico elemental es que el resultado haya sido *previsible* por el agente (con independencia de que lo haya previsto o no), pues de lo contrario no será más que un *accidente (caso fortuito)*.

Existe una negligencia cuya gravedad elimina toda duda respecto de la violación de un deber de cuidado y la previsibilidad del resultado: es la que se presenta cuando el juzgador, al colocarse en la posición de un tercero observador *ex-ante*, hubiese podido tener la clara impresión de la exteriorización de un plan dirigido a la producción del resultado.

En este supuesto la culpa o negligencia es *temeraria* (existe una tipicidad objetiva dolosa) **(218)** que no se completa por falta de tipicidad subjetiva (no hay dolo). La previsibilidad (posibilidad objetiva de previsión del resultado) en este caso es muy clara y está implícita en la dominabilidad, pero la conducta solo será temerariamente culposa cuando el agente hubiese alegado razones valederas para haber creído seriamente que el resultado sería evitado o que no se produciría **(217)**.

Quien observa pasar un vehículo a exceso de velocidad y en sentido contrario por una ruta, no puede menos que pensar en un suicida y, por ende, desde su perspectiva de observador neutral creará que el conductor domina la causalidad hacia la producción de un choque y su muerte, buscando también la muerte del infeliz con que tope en su loca carrera. La tipicidad objetiva sistemática estará completa en este caso. No obstante, no habrá dolo si no se verifica la tipicidad subjetiva, si el conductor es el campeón más destacado de automovilismo deportivo que confía plenamente en su probada capacidad de maniobra a grandes velocidades y también sabe que, en razón de la hora, nadie circula por ese lugar, lo que sumado a su acreditada pericia, confía en que podrá evitar cualquier obstáculo eventual que se le presente.

294. (*Culpa no temeraria o común*) Para establecer la previsibilidad del resultado cuando la culpa no fuese temeraria –y distinguirla de la producción accidental o fortuita del resultado– debe tenerse en cuenta la capacidad personal de previsión del agente, pues no todos los habitantes –incluso al compartir la misma cultura– tienen la misma capacidad, ni tampoco todos disponen de los medios técnicos necesarios para eso.

El deber de cuidado no deja de ser *objetivo* en razón de que la previsibilidad se establezca conforme a la posibilidad individual del agente, porque no depende de lo que el sujeto haya previsto, sino de lo que debía prever en razón de su capacidad individual de previsión.

En este sentido debe distinguirse entre:

- (a) las conductas corrientes y usuales;
- (b) y las de riesgo.

En las últimas, cuando se carece de los conocimientos o medios necesarios para prever el resultado, el deber de cuidado consiste en abstenerse de realizar la conducta.

Cuando caminamos por la calle tenemos cierto deber de cuidado (mirar por dónde caminamos, no empujar a otro, no pisar a nadie que esté en el piso, etc.). Hay personas con dificultades motrices o visuales que no tienen la misma capacidad de prever resultados (chocar con alguien), pero que no pueden por eso dejar de caminar por las calles y el deber de cuidado debe establecerse conforme a su capacidad individual. Pero cuando se trata de una intervención quirúrgica, el deber de cuidado del cirujano le impone prever el resultado conforme a sus conocimientos y a las normas del arte médico y, por ende, si no es cirujano o siéndolo no dispone de los conocimientos o del instrumental necesario para prever el resultado, su deber de cuidado le impone no llevar a cabo la intervención. Es posible que el cirujano no disponga de los medios y deba actuar con urgencia para salvar la vida del paciente, pero en este caso incurrirá en una tipicidad culposa aunque justificada por estado de necesidad (370).

295. (*Capacidad de previsión excepcional*) Por lo general hay personas que disponen de medios excepcionales de previsión de la causalidad, tanto en las conductas corrientes como en las de alto riesgo. Un médico en un hospital de altísima complejidad tiene mayor capacidad de previsión de la causalidad que otro en un hospital lejano de centros urbanos, pero, de cualquier modo, dispone de los medios y tecnologías ordinarias, corrientes e indicadas por las reglas del arte médico.

Cabe preguntarse si el deber de cuidado le impone al primero una previsibilidad mayor que al segundo, lo que ha generado dudas en razón del principio de igualdad. No obstante, la invocación de este principio en esos casos parece ser inversa: ninguna sociedad es totalmente igualitaria y, por ende, quien tiene el privilegio de disponer de medios extraordinarios para evitar lesiones a bienes jurídicos, tiene el deber de hacerlo, lo que no puede exigirse a quien no dispone de esos medios.

296. (*Nexo de determinación*) El tipo culposo sistemático exige también que medie una conexión o nexo de determinación entre la violación normativa (antinormatividad dada por la violación del deber objetivo de cuidado) y el resultado (*conexión de antijuridicidad concreta*). Esta conexión se verifica al imaginar la conducta realizada conforme al deber de cuidado. Si en tal hipótesis desaparece el resultado, existe la conexión de antijuridicidad; si el resultado no desaparece, esta no existe y la conducta no

es típica, pues lo contrario significaría penar el incumplimiento de deberes inútiles.

Un sujeto conduce su vehículo excediendo la velocidad de 100 Km permitida (viola su deber de cuidado), pues lo hace a 120 Km horarios. Un suicida espera el paso del vehículo para lanzarse frente a él y resulta atropellado y muerto. ¿Si hubiese conducido a 100 Km horarios hubiese evitado la muerte del suicida? Todo indica que, en este caso, la respuesta deberá ser negativa y, por ende, la conducta será atípica por faltar la conexión de antijuridicidad concreta, sin perjuicio de que se le imponga la multa administrativa correspondiente.

Las dudas que puede plantear la probabilidad de producción constituyen un problema procesal respecto del cual debe operar también el *favor rei*.

297. (*Conexión abstracta de antijuridicidad*) La tipicidad culposa o negligente también exige una conexión de antijuridicidad *abstracta*, que consiste en verificar que la norma de cuidado violada tenga por finalidad la evitación del peligro concretado en el resultado y no otra finalidad e incluso tampoco la evitación de otros peligros.

Quien fija carteles violando la norma “prohibido fijar carteles”, no es autor culposo de las lesiones que sufre un conductor o un peatón distraídos por leer el cartel, ni lo es el que viola la norma que prohíbe dejar excrementos de perro en la calle, porque un peatón resbale al pisarlos. En ambos casos se trata de normas de cuidado que tienen diferentes fines que la previsión de lesiones.

298. (*Principio de la confianza*) Dado que en la sociedad contemporánea la frecuencia de actividades compartidas es muy alta, existe una limitación objetiva a la tipicidad sistemática culposa, que es el llamado *principio de la confianza*, según el cual no viola el deber de cuidado quien confía en que el otro participante se comportará adecuadamente siempre que, dentro de la conducta observante de su propio deber de cuidado, no haya percibido o debido percibir indicios suficientes que le hagan dudar o creer lo contrario.

Esto es importante en el tránsito de vehículos y peatones que, sin duda, es una actividad compartida. Así, cuando el conductor de un vehículo, observando su deber de cuidado, percibe que otro participante en la circulación está violando el suyo (un peatón cruza fuera de la senda peatonal, un niño corre detrás de una pelota, otro conductor quiere adelantarse por la derecha), tiene el deber de retirarle su confianza y tomar las precauciones del caso (incluso detener la marcha).

299. (*Violaciones del deber de cuidado de la víctima y acciones salvadoras de terceros*) No es típica la conducta de quien coopera en acciones

peligrosas de la propia víctima. La conducta negligente es típica en razón de la propia violación del deber de cuidado, pero no de la ajena y que resulta en perjuicio de quien lo viola. Quien presta a la víctima el dinero para hacer un vuelo en parapente un día de mucho viento, no es autor del homicidio o de las lesiones culposas que pueda sufrir el imprudente cuando es llevado por el viento contra un árbol o contra un muro.

Quien viola un deber de cuidado y crea un peligro tampoco incurre en tipicidad si el peligro se concreta por una acción salvadora no institucional (no impuesta por deber jurídico) y voluntaria de un tercero. Así, quien causa negligentemente un incendio no incurre en tipicidad culposa por las lesiones que pueda sufrir un vecino que se lanza a salvar a una persona cuya vida o integridad estuviese en peligro como resultado del siniestro, pero lo sería si las lesiones las sufre un bombero que tenía el deber de hacerlo.

300. (*Asunción del control por un tercero*) Por último, la conducta culposa deja de ser típica cuando el control del peligro lo ha asumido un tercero voluntariamente o por imposición de un deber jurídico y ha tenido la efectiva posibilidad de neutralizarlo. Así, por ejemplo, quien causó un choque vehicular por negligencia y sin otras consecuencias que los daños materiales (no hay tipo de daño culposo) no es típicamente autor de las lesiones que sufre alguien una vez que la autoridad competente se hizo cargo de evitar mayores consecuencias del accidente (cortar la ruta, remolcar los vehículos, apartarlos del asfalto, etc.).

301. (*Componentes subjetivos del tipo culposo: culpa consciente e inconsciente*) Cabe insistir en que los *componentes subjetivos del tipo culposo sistemático* son de naturaleza totalmente diferente a los del tipo doloso, puesto que para la tipicidad culposa basta con una simple posibilidad de representación del resultado, aunque nunca se haya efectivizado, es decir, aunque nunca haya pasado por la mente del sujeto la representación de esa posibilidad.

Pero como el sujeto bien pudo haberse representado esa posibilidad, la culpa o negligencia se clasifica en:

(a) *consciente o con representación* (el agente se representa la posibilidad de producción del resultado, pero la rechaza al confiar seriamente en que lo

evitará); e

(b) *inconsciente* o *sin representación* (podía y debía representarse la posibilidad de producción del resultado y no lo hizo).

Como vimos (293, 294), la culpa consciente, cuando es temeraria, se diferencia del dolo eventual (217) en que en ella el agente tiene fundados motivos para creer que evitará el resultado cuya posibilidad ha previsto o se ha representado, de los que carece por completo en el dolo eventual.

302. (*No son grados de gravedad de la culpa*) Si bien en la culpa consciente o con representación el agente tiene consciencia del peligro y en la inconsciente no la tiene, no por eso indican grados de gravedad de la culpa o negligencia: no es más grave la consciente o con representación que la inconsciente o sin representación.

Como en esta última falta todo elemento subjetivo, pues solo media una posibilidad de representación que nunca se hizo efectiva, bien puede ser más grave la culpa inconsciente que la consciente: aunque no es regla, cabe pensar que la conducta de quien al poder representarse el resultado no lo hace, es mucho más negligente que la de quien se lo representó y creyó – con razones atendibles – que podía evitarlo.

C.14. Tipos culposos omisivos

303. (*Características*) La negligencia en la estructura omisiva consiste en realizar una acción diferente a la debida, pero sin montarse sobre la causalidad para no interferirla, sino permitiendo que desemboque en el resultado por no preverla (culpa inconsciente) o, representándose esa posibilidad, haber confiado en que no se produciría el resultado. La culpa inconsciente da lugar a los llamados *delitos de olvido*: quien olvida cerrar la llave de paso del gas y provoca una explosión que lesiona o mata a alguien.

La culpa puede ser consciente o inconsciente cuando se trata de la violación de los deberes de cuidado que emergen de la posición de garante: se trata de los errores vencibles de tipo sobre la condición que coloca el sujeto en posición de garante (no presta la debida atención a que le encargan el cuidado del niño) o sobre la situación típica (no atiende el

pedido de auxilio por considerar superficialmente que era una broma).

304. (*La estructura negligente no puede reducirse a la omisiva*) Pese a que en todo tipo culposo existe un momento omisivo (porque en la negligencia siempre se omite el cuidado debido) (287), lo cierto es que la estructura negligente no puede reducirse a la omisiva, porque no es posible exigir siempre la realización de la conducta conforme al cuidado debido, dado que en ocasiones esta exigencia sería de imposible cumplimiento (en tales casos el cuidado debido consiste directamente en omitir la conducta). Es imposible exigir que una persona con notoria incapacidad visual conduzca un vehículo con el cuidado debido, en cuyo caso el cuidado debido consiste, precisamente, en no conducir ningún vehículo.

C.15. Responsabilidad objetiva, versari in re illicita y delitos calificados por el resultado

305. (*Formas de responsabilidad objetiva*) La denominada *responsabilidad objetiva* pretende considerar típicas conductas que no son dolosas ni culposas o bien, imputar como tales resultados que no se han provocado por alguna de esas vías. La más frecuente racionalización de esta pretensión es el *versari in re illicita*, principio aberrante según el cual *quien quiso la causa quiso el resultado*.

Si bien esta racionalización está prohibida por normas constitucionales e internacionales, subsisten dos brechas por las cuales se la pretende introducir:

- (a) los llamados *delitos calificados por el resultado*; y
- (b) la situación o estado de exculpación provocado por el propio agente, que se analiza al tratar la culpabilidad (402, 416).

306. (*Rechazo para las figuras complejas: interpretación correcta*) Existen figuras complejas en los códigos que han introducido gran confusión. Deben distinguirse entre ellas:

- (a) tipos dolosos que resultan calificados en razón de otros resultados dolosos más graves (secuestro con lesiones graves o gravísimas del art. 142

bis inc. 3 CP, o con homicidio del art. 142 bis penúltimo párrafo);

(b) tipos dolosos que se califican en razón de la producción negligente de resultados más graves (secuestro con resultado de muerte del art. 142 bis antepenúltimo párrafo);

(c) tipos culposos con resultados también negligentes más graves (el estrago culposo con resultado de muerte del art. 189 CP) y, por último,

(d) concursos ideales **(307)** de tipos dolosos y culposos, lo que en la tradición italiana se llama *preterintención* (art. 81, 1, b CP).

En ninguno de estos casos es admisible la agravación por un resultado no abarcado en la producción dolosa o negligente. Cuando sea dudosa la tipicidad (dolosa o culposa), lo que suele suceder en los tipos de delitos contra la seguridad pública (por secular descuido de nuestra legislación en una materia tan grave), una aproximación interpretativa relativamente racional impone que se tome en cuenta la penalidad conminada, al entender que si excede la suma de las penas del delito doloso con la del culposo, el resultado más grave solo se podría imputar como doloso. Sería deseable que una ley más cuidadosa no obligase a estos juegos malabares del intérprete.

C.16. Unidad y pluralidad de delitos

307. (*¿Qué es el concurso ideal?*) Es casi una obviedad afirmar que a cada delito corresponde una pena y que a quien comete un solo delito, corresponde imponerle una sola pena y, si cometiese dos o más delitos, se le deberían imponer dos o más penas.

Como todo delito es, ante todo, una conducta humana (acción o acto), habrá un delito cuando haya una conducta y, por ende, dos o más delitos cuando haya dos o más conductas.

La ley penal se elabora *pensando* conforme a *ideas* (quienes proyectan la ley parten de cierta *idea* acerca de la conducta de robo, hurto, estafa, etc.) y esa *idea* acaba siendo *escrita* en un *tipo penal*. Cuando una única conducta es típica de dos o más tipos penales, es porque *se juntan* (concurren) en esa conducta dos o más *ideas legales* (escritas en tipos). Por eso se dice correctamente que en los casos en que en una conducta concurre una pluralidad de tipicidades hay un único delito con una *conurrencia ideal* o

un *concurso ideal* (de *ideas* escritas en tipos).

1) Puede haber concurrencia ideal de dos tipos activos: una persona se presenta a un comerciante con un documento de identidad falso a nombre de un acreedor y recibe el dinero de la obligación de manos del comerciante, quien cree que le está pagando a su acreedor o a un dependiente de este. Esa conducta es a la vez típica del artículo 292 párrafo 2 (uso de documento de identidad falso) y del artículo 172 (estafa). 2) También puede haber concurso ideal de un tipo omisivo y de otro activo: alguien encuentra a un menor de diez años perdido y aprovecha la situación para hurtarle las zapatillas (concorre el tipo de omisión propia de auxilio del artículo 108 y la acción típica del hurto calificado del inciso 2 del artículo 163, hurto calamitoso en la hipótesis de infortunio particular). 3) También pueden concurrir tipos dolosos y culposos, como en el caso de la *aberratio ictus* o *error en el golpe* (225), cuando alguien dispara contra otro y la bala lesiona al que está al lado del otro, caso en que concurre la tipicidad de tentativa de homicidio (artículos 42 y 79) con la de lesiones culposas (artículo 94). 4) Hay casos de concurso ideal entre tipos dolosos y culposos especialmente legislados en la parte especial, como son los de *preterintención*: homicidio preterintencional (artículo 81, inciso 1 párrafo b), aborto preterintencional (artículo 87) (306).

308. (*Las tipicidades no multiplican los delitos*) Contra lo anterior se ha pretendido muchas veces que las tipicidades multiplican los delitos. Al respecto se dijo, con razón, que cuando un caballo es blanco y de carreras, sigue siendo un caballo y no dos. Cabe agregar, que cuando una persona es fotografiada de frente y de perfil, sigue siendo una sola persona. Cuando un reflector ilumina una parte de un objeto y otro otra parte del mismo objeto, el objeto sigue siendo único y el mismo. Por esa razón, los tipos no multiplican los delitos, porque no multiplican las conductas, dado que una conducta puede ser objeto de dos o más tipos.

Esto no es un prejuicio naturalista –como alguna vez se pretendió–, sino que depende de la respuesta a la siguiente pregunta: ¿El delito es una conducta o una tipicidad? La respuesta no es una opción normativa ni dogmática, sino una *opción política y constitucional*. Ante todo, sostener que hay un delito cada vez que se incurre en una tipicidad, sin tomar en cuenta la conducta, es una posición totalmente idealista: la idea predomina sobre la realidad. Además, es propio de un Estado que pretenda estatizar todos los bienes jurídicos para convertirlos en intereses estatales y, por ende, lo que le interesa únicamente es la infracción a sus mandatos. Esto es incompatible con nuestro art. 19 CN.

309. (*Los resultados tampoco multiplican los delitos*) Los resultados tampoco multiplican los delitos, cuestión acerca de la cual nuestra doctrina muchas veces se confunde a partir de la palabra *hecho* en el art. 54 CP.

Las consecuencias de multiplicar los delitos según el número de resultados son insostenibles: el que por negligencia colisiona su vehículo e

hiere a tres personas cometería tres delitos de lesiones culposas; el que con una bomba mata a diez personas cometería diez delitos de homicidio y no un único homicidio calificado por un medio idóneo para causar un peligro común (artículo 80 inciso 5); una estafa cometida por la gerencia de un banco, con tres mil víctimas, sería un concurso de tres mil estafas y no una única estafa con mucho mayor contenido ilícito.

En el plano procesal, la tesis de la pluralidad de resultados tiene consecuencias inadmisibles, pero lamentablemente frecuentes: una única conducta puede juzgarse en dos procesos simultáneos, cuando un *resultado* es de competencia federal y otro de competencia ordinaria, con riesgo de escándalo jurídico por decisiones contradictorias, entre otras cosas.

310. (*Modalidad por enganche*) El concurso ideal se puede dar por *enganche*, cuando dos actos entre sí independientes, son *enganchados* por otro tipo que concurre idealmente con ambos. Si se permite el símil, dos personas pueden ser completamente ajenas, pero si una de ellas se casa con el hermano de la otra, devienen (o quedan *enganchados* como) cuñados.

Si se secuestra a una persona y en el acto de hacerlo se la golpea y lesiona y, tres días más tarde, si la persona intenta huir se la reduce volviendo a golpearla, las dos lesiones leves (art. 89 CP) son independientes, pero las engancha el tipo de secuestro extorsivo (art. 170 CP), porque ambas tienen lugar mientras se mantiene el estado consumativo de este (se sigue cometiendo el secuestro), que es un delito permanente o continuo **(202)**.

311. (*Principio de absorción*) Dado que en el concurso ideal hay una sola conducta y, por ende, un solo delito, también debe imponerse una sola pena. Conforme a este criterio, el artículo 54 del CP establece que en el concurso ideal se impone la pena más grave entre todas las previstas para las diferentes tipicidades **(474)**.

Esto se llama *principio de absorción*, o sea, que la pena más grave entre las dos o más previstas *absorbe (chupa)* a las otras.

312. (*Concurso real o pluralidad de delitos*) Cuando hay dos o más conductas típicas hay dos o más delitos. Cuando dos o más delitos deben penarse en una sentencia, lo que en esta se juntan (concurren) no son *ideas* sino conductas independientes, es decir, una *realidad de dos o más delitos*.

Si un sujeto cometió un hurto (art. 162 CP) el 10 de enero, el 4 de marzo estafó a un vecino (art. 172 CP) y el 5 de mayo pagó el alquiler de su casa con un cheque sin provisión de fondos (art. 302 CP), habrá tres conductas independientes y, por ende, tres delitos. A esta presencia conjunta (conurrencia) de *delitos* en una sentencia se la llama *concurso real*.

En la sentencia se deben penar todos los delitos que concurren y que no hayan sido penados con anterioridad, cada uno con su pena. Por ende, cabe pensar que las penas debieran sumarse (acumularse). Pero si las penas de prisión se sumasen o acumulasen, se llegaría al absurdo de exceder (incluso varias veces) toda posibilidad biológica de vida, al alcanzar niveles ridículos.

Por eso, el artículo 55 CP evita el absurdo con una fórmula que *no* suma, sino que *asperja* (riega) la pena de mínimo mayor con un máximo problemático, que es la suma de los máximos, sin exceder cierta medida no ridícula (474, 475). Por ende, en el concurso real, la pena única que debe imponer quien juzga todos los delitos concurrentes responde al principio de *riego de la pena mayor* (suele hablarse también de *acumulación jurídica*) y no de acumulación aritmética o suma. Dado que el absurdo se pone de manifiesto únicamente en la pena de prisión, en las otras penas rige la acumulación.

313. (*Casos en que no hay concurso real*) Hay varias situaciones en que, en principio, parece haber una pluralidad de delitos y, sin embargo, esta no existe, porque hay una única conducta y, por ende, un único delito. Al planteo de esta cuestión se lo conoce como *el problema de la unidad de conducta o acto*, cuyo interrogante es: ¿en qué casos en que aparentemente hay una pluralidad de conductas, en realidad debe considerarse que hay una única conducta?

En principio, hay *un límite óntico o real*, en el que no puede caber ninguna duda acerca de la existencia de una única conducta: esto sucede cuando hay un solo movimiento (una sola inervación muscular), donde es imposible que haya más de una conducta: una sola inervación basta para apuñalar; una sola presión en el gatillo para disparar, un solo impulso para arrojar una piedra, para presionar un botón, para empujar a una persona, etc.

Pero, por lo general, las conductas típicas requieren o pueden cumplirse con muchos movimientos: un robo con fuerza en las cosas (art. 164 CP) requiere al menos dos movimientos: la fuerza y el apoderamiento; el tipo mismo requiere por lo menos dos movimientos. En los casos de pluralidad de movimientos, la cuestión es saber cuándo todos esos movimientos configuran una conducta y no varias.

314. (*Unidad de decisión*) La primera condición o presupuesto para que haya una única conducta es óptica, real, y consiste en que todos los movimientos respondan a una decisión única (una *unidad de decisión*) y no a una pluralidad de decisiones independientes.

Así como no hay una única conducta cuando decido ir a la carnicería, luego pienso que sería conveniente que también compre pan y decido ir a la panadería, pero al salir reflexiono que me falta carbón, y decido ir a la carbonería, tampoco la hay cuando un sujeto se propone un día robar, al otro día hurtar, al otro estafar, etc.

Pero las unidades de decisión reconocen diferentes niveles y las puede haber muy extensas, incluso para toda la vida. Un sujeto puede decidir *ser* pintor, poeta o comerciante, pero también puede decidir *ser* falsificador y dedicarse toda la vida a falsificar cuadros. Sin duda que es una unidad de decisión (existencial), pero no por eso todas las falsificaciones que cometa son para el derecho penal *una conducta*. Por ende, pese a haber una unidad de decisión como presupuesto, es el derecho penal el que debe decidir *hasta dónde* esa unidad configura una unidad de desvalor y, por ende, un único delito.

Por tal razón, el elemento o requisito óptico de la unidad de decisión *es necesario, pero no suficiente* para el derecho penal, y es obviamente necesaria una *complementación jurídica*, que indique *hasta dónde* la unidad de decisión está abarcada por una *unidad de desvalor jurídico penal*.

Fuera del caso extremo de una elección de vida del ejemplo anterior, son muchos los supuestos de decisión única en los que, *por falta de unidad de desvalor*, no pueden ser considerados penalmente como una conducta única. 1) Alguien decide matar a su tío al que va a heredar. Para eso adultera una receta médica para comprar un medicamento en la farmacia (art. 296 CP), por si el medicamento no le hace efecto lleva un arma de guerra (art. 189 bis inc. 2 CP), a los tres días le administra al tío una dosis mortal de ese medicamento y el tío muere (art. 80 CP). 2) Un depositario no restituye el dinero depositado (art. 173 inc. 2 CP) para invertirlo en la compra de cocaína y revenderla en el barrio, lo que efectivamente hace (art. 5 de la ley 23.737). En estos casos, pese a la unidad de decisión, no hay ningún elemento jurídico que indique que son desvalorados todos los

actos como una unidad.

315. (*La unidad de desvalor penal complementa el dato óntico sin alterarlo*) Dado que para que una pluralidad de movimientos se considere una conducta única se requieren dos condiciones o factores: (a) la *unidad de decisión* (factor óntico) y (b) la *unidad de desvalor* penal (factor *jurídico*); debe tenerse en cuenta que el segundo requisito no anula el primero, porque limitar la relevancia jurídica de un dato de la realidad no es alterarlo, sino valorarlo limitativamente.

No es lo mismo saber si el derecho penal considera o no considera varios movimientos como *una conducta* (lo que no altera nada de la realidad, que pretender que un movimiento que produce varios resultados da lugar a varios delitos (lo que destruye por completo el concepto de conducta), ni tampoco pretender que las tipicidades son delitos, lo que cae en un idealismo autoritario que confunde las desobediencias con las conductas.

316. (*¿Cuándo existe el factor jurídico de unidad de desvalor penal?*) La cuestión por responder, pues, es en qué casos de pluralidad de movimientos con decisión única, el derecho penal considera que hay una *unidad de desvalor* que permite considerar que la conducta es única y, por ende, que existe un único delito. Sin que el enunciado sea taxativo, son casos más frecuentes de unidad de desvalor penal los siguientes:

(a) Cuando todos los movimientos son necesarios para configurar la tipicidad. Quien engaña a una persona simulando matrimonio con ella (art. 135 CP), debe necesariamente realizar dos conductas: engañar y simular matrimonio.

(b) Cuando el tipo permite una pluralidad de movimientos. El robo con violencia (art. 164 CP) puede cometerse con un solo movimiento: alguien le arranca violentamente con un tirón el portafolio a otro y huye. Pero por lo general, la misma estructura del tipo prevé la posibilidad más frecuente de pluralidad de movimientos.

(c) Esta pluralidad de movimientos puede producir un enlace de acciones aparentemente independientes, pero que son abarcadas como una unidad de desvalor. Un sujeto fuerza una puerta para entrar a robar, remueve la cosa, al salir se le interpone una persona, la golpea y huye. Pareciera que el daño

en la puerta (art. 183) y las lesiones leves (art. 89) son independientes, pero ambas están abarcadas por el tipo de robo (art. 174) que las *engancha* (310).

(d) Cuando el tipo es asimétrico y contiene un elemento subjetivo de ultrafinalidad (230) y esta es realizada, de modo que esa ultrafinalidad se materializa en el dolo del siguiente tipo: en el caso de quien mata al sereno para preparar un robo (art. 80 inc. 7 CP) y luego lo comete (art. 164 CP), el homicidio calificado y el robo configuran un único delito.

317. (*Otros casos frecuentes de unidad de desvalor*) También son supuestos de unidad de desvalor los siguientes:

(a) Cuando un tipo no es más que el agotamiento del objetivo de la anterior tipicidad. El que hurta (art. 162) se supone que tiene un objetivo de beneficiarse patrimonialmente, por lo cual, si después de apoderarse de la cosa la vende (art. 173 inc. 9), no hace más que agotar el resultado del hurto.

(b) Cuando el delito es permanente o continuo. En estos casos, el momento consumativo se sostiene en el tiempo con un estado consumativo, como en la privación de libertad (art. 141 CP), el mantenimiento en servidumbre (art. 140 CP), el secuestro extorsivo (art. 142 bis CP), etc. En estos casos el delito termina de cometerse cuando cesa el estado consumativo y todos los actos realizados para sostenerlo en el tiempo configuran una unidad de desvalor penal.

(c) En los delitos cometidos mediante medios simbólicos. El más común es la injuria (art. 110 CP). Si alguien injuria a otro escribiendo una novela en que lo identifica como personaje y le atribuye las acciones más viles y degradantes, todo lo que desemboque en la simbolización (escritura, preparación de la edición, publicación, distribución, etc.) configura una unidad de desvalor penal.

(d) Cuando el tipo exige habitualidad, como en el curanderismo (art. 208 inciso 1 CP); si bien el delito se consuma cuando se atiende al primer paciente con la disposición subjetiva de habitualidad (232), las reiteraciones posteriores no son más que parte de la misma tipicidad penal y son abarcadas en una unidad de desvalor.

(e) En los tipos culposos o negligentes, cuando media una violación única

del deber de cuidado. Quien conduce un automóvil defectuoso que se descontrola y causa lesiones a alguien (art. 94 CP), no puede detenerlo y causa lesiones a otro y finalmente da contra otro vehículo y provoca lesiones al conductor de este, comete un solo delito, porque no tuvo la posibilidad de observar el cuidado debido entre la producción de uno y otro de los sucesivos resultados.

318. (*El delito continuado como caso particular de unidad de desvalor penal*) El llamado *delito continuado* es otro supuesto más de unidad de desvalor penal que, en caso de decisión unitaria, excluye el concurso real.

En este supuesto, el concurso real se excluye cuando de la interpretación racional de los tipos se deduce que jurídicamente se opta por una unidad de desvalor penal, puesto que esas reiteraciones no son *hechos independientes* (art. 55). A estas situaciones de unidad de desvalor penal frente a reiteraciones son a las que se denomina *delito continuado*.

La principal fuente legal del delito continuado son los tipos, cuya interpretación siempre debe ser racional, evitando caer en el absurdo o en lo ridículo.

1) Al que toma sucesivamente 120 fotografías de un establecimiento militar (art. 222 CP) y las va enviando al destinatario con una única finalidad, no puede imputársele un concurso real de 120 delitos. 2) Al que decide corromper a un menor mediante una sucesión de actos libidinosos y realiza veinte actos de esta naturaleza, no puede imputársele un concurso real de veinte actos de corrupción, sino que la reiteración agrava el contenido ilícito de un único delito y, por ende, la pena dentro de la escala correspondiente. 3) A quien decide hurtar un juego de ajedrez (o un mazo de cartas españolas) y se lleva una pieza o una carta por día, no pueden imputársele los 32 o los 40 hurtos en concurso real. 4) El que decide hurtar un juego de comedor y se lleva primero las sillas, luego la mesa y, por último, la vitrina, no comete tres hurtos en concurso real, sino un único hurto del juego de comedor, en que los sucesivos traslados agotan la consumación del delito (274).

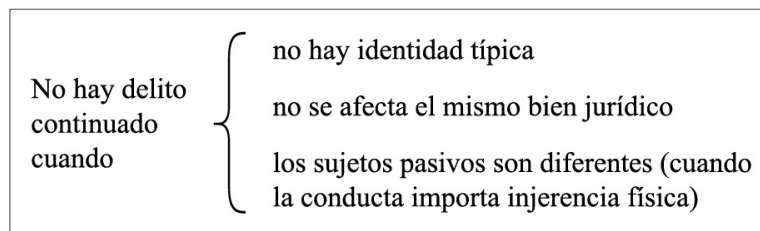
319. (*Reiteraciones que no configuran delito continuado*) No toda reiteración da lugar a un delito continuado. Las hay en que existen concursos reales, como en los casos siguientes:

(a) Cuando no haya identidad típica, o sea, cuando no se reitere la misma tipicidad, la de un tipo simple y calificado o la de tipos con idéntica conducta básica. Hay un delito continuado cuando se reiteran hurtos y robos con fuerza, o hurtos simples y calificados (art. 163 CP), por ejemplo, pero

no si se cae en hurto (art. 162 CP) y estafa (art. 172 CP).

(b) Cuando no se afecta el mismo bien jurídico. Hay delito continuado si en una violación se reitera el acceso carnal con la víctima bajo la misma coerción ininterrumpida (art. 119 CP), pero hay concurso real si, además de la coerción, también la lesiona gravemente (art. 90 CP).

(c) Cuando el sujeto pasivo no sea el mismo en los tipos que exigen que la conducta tenga injerencia física en la persona. No es necesario para configurar la unidad de desvalor penal que todas las cosas que se decide hurtar pertenezcan al mismo propietario, pero sí lo es que la víctima sea la misma en el caso de reiteración de abusos sexuales bajo la misma coerción ininterrumpida.



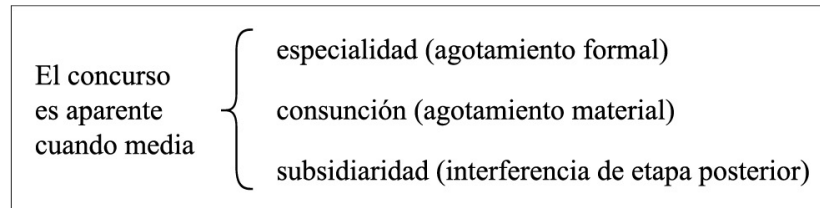
320. (*Particularidades del delito continuado*) Cabe aclarar que no es verdad que el delito continuado sea siempre un beneficio para el autor o partícipe, entre otras cosas porque la prescripción de todos los tramos no se inicia hasta la terminación del último, lo que puede perjudicarlo. Es verdad que lo beneficia en cuanto a que una vez condenado por el delito, cualquiera de los tramos descubiertos posteriormente debe considerarse juzgado.

La continuidad de estos delitos se interrumpe con la acusación que cierra el objeto del proceso. Los actos posteriores a la acusación pasan a configurar otro delito, conforme al principio de que solo se juzgan las conductas pasadas y no las futuras. Así, si un padre privase de alimentos a sus hijos durante varios meses, incurriría en un delito continuado que se interrumpe con la acusación, pero las ulteriores omisiones del pago de alimentos configurarían una nueva conducta típica.

C.17. Casos particulares en que no existe concurso ideal por aplicación de principios de interpretación legal

321. (*Concursos aparentes*) Tampoco existe concurso ideal, por correcta aplicación de los principios de interpretación de la ley penal, en tres supuestos que, en conjunto, se denominan usualmente como casos de *concurso aparente*.

Se trata de los supuestos en que se excluye toda posibilidad de concurrencia ideal en función de los principios (a) de *especialidad*, (b) de *consunción* y (c) de *subsidiaridad*.



El *concurso aparente* ha sido denominado también como *pluralidad de leyes*, lo que es bastante equívoco, porque en parte lo que se discute es precisamente, que no hay dos o más leyes. Si se analiza cada tipo aisladamente, en algunos casos hay aparentes tipicidades plurales, pero si se analizan las relaciones entre los tipos, se observa que uno *agota conceptualmente* (contiene al otro) (322), lo *agota materialmente* (lo consume) (323) o bien lo *interfiere* al realizar una etapa cronológicamente más avanzada del hecho (324). En todo caso, sería más correcto llamarlo – como hace mucho lo hacían– *unidad de ley*.

322. (*Principio de especialidad*) No hay concurso ideal por aplicación del *principio de especialidad* cuando una conducta es abarcada por un tipo que requiere más elementos que otro, pues el primero se considera *especial* respecto del segundo. La regla que impone esta solución es que la ley especial deroga la general. En este caso el tipo especial encierra el concepto mismo del tipo más general.

No hay nunca concurso entre un tipo calificado y uno simple (arts. 79 y 80 CP), como tampoco entre hurto (art. 162 CP) y robo (art. 164 CP). El caso más claro de concurso ideal meramente aparente por especialidad es el de las lesiones de los arts. 90 y 91 CP y el tipo de robo con violencia del art. 166 inciso 1 CP.

323. (*Principio de consunción*) Tampoco hay ningún concurso cuando una tipicidad *consume* (agota) el contenido ilícito de otra. No se trata –como en la especialidad– de que los encierra o abarca conceptualmente, sino que lo hace materialmente. Si alguien hurta una caja de caudales y luego, en su casa, la rompe para sacar lo que había dentro, no hay un concurso real de hurto y daño (art. 183 CP) ni un supuesto de robo (art. 164 CP), puesto que se trata de lo que suele denominarse un *hecho posterior co-penado*.

Otra aplicación de este principio tiene lugar cuando la lesión que acompaña al hecho se agota materialmente por su insignificancia comparada con la lesión exigida e inevitable en el curso normal de los hechos. Así, si un sujeto mata a otro de un balazo, al mismo tiempo le perfora el traje, pero nadie pretende un concurso ideal de homicidio y daño en propiedad ajena, como tampoco si lo envenena (art. 80 inciso 2 CP) y le pone cianuro en su vino, concurriría con el daño en la propiedad del vino.

Uno de los casos dudosos de consunción es el del robo con arma de fuego (art. 166, inc. 2) y la portación del arma (art. 189 bis inc. 2). Todo indica que se trata de una única conducta en concurso ideal, puesto que no se puede robar con arma sin portar el arma. Se llegó a juzgar el robo por la justicia ordinaria y la portación de armas por la federal, aunque en los dos procesos y las dos competencias se juzgaba una única conducta. A estos fenómenos indeseables se los suele denominar *desdoblamiento del hecho único*, cuando en realidad son creaciones idealistas, que en definitiva multiplican los delitos conforme a tipicidades.

324. (*Principio de subsidiaridad*) Tampoco hay *concurso* cuando una tipicidad punible es *subsidiaria* de otra en el curso de una progresión delictiva cronológica o *iter criminis*, en que la etapa posterior punible *interfiere* la tipicidad de la anterior.

La tipicidad punible de tentativa no desaparece contenida en la posterior de consumación, sino que sigue existiendo, como una onda de radio interferida, pero no puede operar en tanto siga operando la tipicidad punible de la etapa posterior. Toda tentativa queda interferida por la consumación y, por ende, todas las tipicidades de lesiones que sufre la víctima de homicidio en el curso de la tentativa resultan interferidas por la tipicidad del homicidio consumado. A su vez, el desistimiento voluntario de la tentativa hace que esta deje de interferir la tipicidad de las ofensas consumadas en su curso, tal como se ha visto antes (281).

C.18. El juicio de tipicidad conglobada: conflictividad o afectación del bien

jurídico

325. (*La tipicidad penal: tipicidad sistemática + tipicidad conglobada*) Hemos visto **(164, 165)** que la verificación de la tipicidad de una conducta requiere dos pasos: establecida la *tipicidad sistemática* (presencia de un pragma típico, doloso o culposo, activo u omisivo), si bien tiene toda la apariencia de ser conflictivo, falta confirmar que en efecto se trata de un *pragma conflictivo*, puesto que el pragma típico puede *no afectar al bien jurídico en la forma y condiciones que la norma exige para definir el conflicto*.

De este modo, la indagación del alcance prohibitivo de la norma considerada dentro del *orden normativo*, o sea, la tipicidad *conglobada* de la conducta, es indispensable para concluir en su completa *tipicidad penal derivada de su antinormatividad por afectación u ofensa a un bien jurídico*.

Para este segundo paso de verificación, el derecho penal se vale del mismo tipo y de la misma norma, pero ahora *conglobados en el conjunto de las prohibiciones* (dentro de la totalidad del *orden normativo*) y no como una norma prohibitiva aisladamente deducida del respectivo tipo legal.

326. (*Orden normativo y orden jurídico*) El *orden normativo* no es aún el *orden jurídico*, que se integra también con las precisiones de las habilitaciones de resolución de conflictos más complicadas (causas de justificación), que se tomarán en cuenta recién en el momento de verificar la antijuridicidad de la acción típica **(144, 145, 350, 351)**.

El análisis de la norma *conglobada en el orden normativo* tiene por objeto confirmar la *ofensa a un bien jurídico*, que es precisamente en lo que radica la esencia misma de la conflictividad típica.

327. (*Funciones a las que aspira cumplir la norma*) Toda norma que se deduce de la tipicidad penal (sistemática y conglobada) *aspira cumplir* (no significa que cumpla) dos funciones, para lo cual tiene dos destinatarios:

(a) La primera está dirigida a todos los habitantes y pretende motivarlos para que no la violen. Es la llamada *función determinante*. Esta aspiración normativa excede en mucho su ámbito y se agota con la posibilidad misma

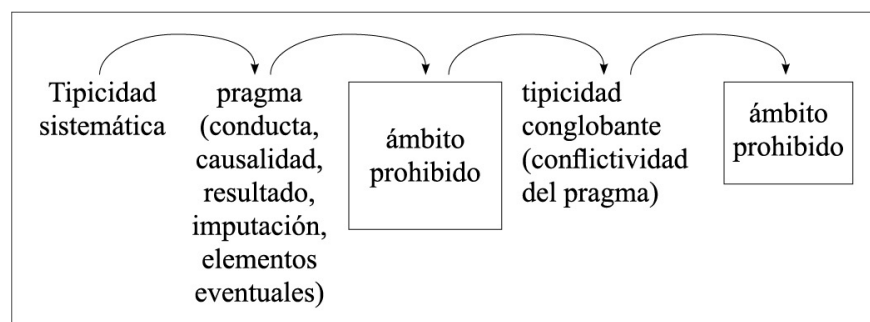
de imponer la pena, puesto que esto es lo que en definitiva puede –sólo eventualmente– llegar a tener algún efecto determinante sobre los habitantes.

(b) La segunda aspiración funcional está dirigida al juez para que se funde en ella ante cualquier caso en que haya señales de una violación de la norma. Se trata de la llamada *función valorativa*.

Ninguna de estas *aspiraciones normativas* es lógicamente admisible sin antes desentrañar el alcance prohibitivo de la norma, que solo se agota con la verificación de su tipicidad conglobada.

328. (*Antítesis entre la tipicidad sistemática y la conglobada*) La tipicidad sistemática y la conglobada operan antitéticamente, como pulsión y contrapulsión, puesto que la tipicidad sistemática, como cumple la función de individualizar únicamente un pragma, ha de señalar siempre un ámbito prohibido más extenso que el que surge de la segunda, que implica una contrapulsión reductora de ese ámbito.

Cuando se ignora o subestima esta contrapulsión, se amplía irracionalmente el ámbito de prohibición típica, porque en violación del art. 19 CN se acaba por considerar típicos pragmas que, en definitiva, no son conflictivos, porque no se confirma que ofendan bienes jurídicos.



329. (*Intrascendencia del orden jurídico*) La verificación de la tipicidad conglobada es impuesta por el art. 19 CN que, en función del principio de personalidad y no trascendencia del derecho argentino **(102)**, torna inadmisibles cualquier tipicidad que no sea conflictiva, o sea, que no afecte bienes jurídicos ajenos.

Un pragma que no ofende un bien jurídico (que no sea conflictivo) no

puede ser penalmente típico en nuestro derecho, dado que pretender penar una conducta inocua excede todo límite tolerable de irracionalidad y corresponde a un Estado paternalista y a un concepto *transpersonalista* del derecho, por lo cual *el objeto a indagar con la tipicidad conglobada* debe ser la *ofensividad (conflictividad) del pragma* (164, 165).

Cabe observar que en la doctrina dominante no queda claro cuándo debe analizarse si la conducta ofende o no al bien jurídico. La construcción teórica del concepto de tipicidad conglobada tiende a establecer este momento de análisis, dado que en el derecho argentino resulta indispensable, como resultado de la categórica disposición del art. 19 CN (104).

Insistimos en que se trata de una única y la misma norma deducida del tipo legal, pero sometida a dos momentos de análisis: el primero se vale de la norma tal como se la deduce del tipo, en tanto que el segundo lo hace tal como resulta de su consideración conglobada en la totalidad del orden normativo, cuya interpretación requiere no violar el *principio de coherencia y no contradicción*.

El verdadero alcance prohibitivo de la norma solo se puede conocer en definitiva cuando –conforme al citado principio– se la congloba en el universo normativo configurador de todo el orden normativo.

330. (*¿Qué es un bien jurídico?*) Al considerar que la esencia de la conflictividad es la afectación de un bien jurídico, es menester comenzar por preguntarse qué es un bien jurídico.

El bien jurídico es una relación de disponibilidad de una persona con un objeto jurídico tutelado por el derecho. Hay bienes jurídicos individuales y colectivos (o de sujeto plural). Por definición, no hay bienes jurídicos indisponibles, pues la disponibilidad es de la esencia del bien jurídico.

Disponibilidad, en un Estado social de derecho, equivale a *posibilidad de uso*. Es la posibilidad de utilizar esos entes para la autorrealización de los habitantes de la nación en coexistencia.

El bien jurídico no es la libertad, la propiedad, el honor, etc., sino la posibilidad de disponer de esos entes o derechos. Se dice que la vida o el Estado son bienes jurídicos *indisponibles*, lo que es un contrasentido: la vida es existencia y *disponemos* de ella en todo momento, la usamos para escribir, pasear, leer, realizarnos, y llega a ser lo que elegimos ser. Al Estado lo usamos en todo momento, porque necesitamos seguridad, servicios, etc.

Disponer no es posibilidad de destrucción, que solo es un límite, y ni siquiera admisible en los bienes jurídicos que por tradición se consideran *disponibles por excelencia*, como la propiedad. Quien destruye todo lo que ingresa a su patrimonio será declarado pródigo e inhabilitado por el CC.

Afirmar que la vida o el Estado son bienes jurídicos *indisponibles* implica identificar *disponibilidad* con *posibilidad de destrucción o aniquilamiento*. Los límites a la destrucción de la propia vida no son más que recaudos jurídicos para garantizar su disponibilidad, dada la dependencia que todos los otros bienes jurídicos tienen de ella. En cuanto al Estado, ponernos todos de acuerdo para destruirlo no deja de ser una distopía absurda, por mucho que no falten gobiernos que parecen perseguirla.

331. (*La ley penal no tutela bienes jurídicos*) Cuando el derecho tutela una relación de disponibilidad la convierte en un bien jurídico. Si al solo efecto de argumentación imaginamos la derogación de todas las leyes penales, no desaparecería del derecho ningún bien jurídico, pues todos seguirían siendo tutelados por el derecho constitucional, civil, comercial, laboral, administrativo, etc.

La ley penal no crea ningún bien jurídico ni condiciona su esencia tutelar, sino que los recibe ya como tales (tutelados) por el orden jurídico. Sin tutela no hay bien jurídico, pues es esta la que le da existencia y, por ende, llegan a la ley penal ya existiendo como tales (tutelados jurídicamente).

En consecuencia, no hay una *tutela penal* porque no hay bienes jurídicos creados por la ley penal, debido a que esta *tiene naturaleza sancionatoria y no constitutiva* (la ley penal recorta, del inmenso campo de lo antijurídico, solo unos pocos injustos y los conmina con pena). Lo que la ley penal hace, pues, es solo exigir en la tipicidad determinada forma y condiciones de la ofensa al bien.

332. (*Ofensividad y prohibición de penar el pecado*) La ofensa al bien jurídico como elemento (requisito de la tipicidad) es la traducción jurídico penal del *principio de ofensividad* (no hay delito sin ofensa) (104). Por ello, no puede penarse la violación de puras reglas morales (porque el derecho tutela justamente la autonomía moral) (103).

Aunque no es verdad, podría sostenerse que todo delito es pecado, pero sería aberrante pretender que todo pecado sea delito. Lo único que puede

ser delito es una ofensa a un bien jurídico, independientemente de que eso sea o no una falta moral.

333. (*Lesión, peligro y formas típicas de afectación*) El bien jurídico se puede ofender por lesión o por peligro. Ambas formas de ofensa o afectación deben alcanzar cierta entidad, puesto que de lo contrario opera el *principio de insignificancia* (105).

El peligro siempre se valora *ex ante* y debe ser considerado como tal conforme a un observador tercero. Cualquiera de estas modalidades de afectación está condicionada a la forma y modo típicos y, por ende, no son relevantes otras formas y modos de afectación que cayesen fuera de la prohibición: quien no paga sus deudas afecta el patrimonio del deudor, pero no por eso pueden convertirse en delitos todos los ilícitos del derecho civil de obligaciones.

334. (*El peligro siempre es concreto*) No existe ofensa a un bien jurídico en caso de *mera posibilidad de peligro* (peligro de peligro o peligro remoto), que en la tentativa llevaría a un peligro remotísimo (peligro de peligro de peligro). Tampoco cuando se pretende presumir el peligro *juris et de jure*. Ambos son tecnicismos con los que se intenta eludir el principio de ofensividad y que suelen llamarse *peligro abstracto*.

El peligro no puede presumirse, porque la presunción es un recurso propio de economía procesal, que da por cierto lo que se sabe bien que en muchos casos no es verdad. Por ello, no hay ofensa por peligro *abstracto*, y no es válida la distinción entre peligro concreto y abstracto: todos los peligros típicos deben ser concretos o no son peligros.

Tampoco hay peligro cuando este se pretende que surge del eventual riesgo de que todos realicen la misma conducta (ofensa *por acumulación o generalización* eventual). A este respecto cabe observar que no hay conducta –por inocua que sea– cuya universalización no resulte calamitosa. Si todos dedicásemos ocho horas diarias a practicar gimnasia, seguramente tendríamos buen físico, pero la economía se paralizaría. Tanto el llamado peligro abstracto como la pretensión de lesión por acumulación violan el principio de ofensividad (104).

335. (*La invención de bienes jurídicos*) Otras violaciones al principio de ofensividad son las *invenciones* de bienes jurídicos (considerar tales a los que solo son abstracciones comprensivas de otros bienes) y también las *clonaciones* (se tipifica un acto preparatorio y se le asigna un bien jurídico diferente).

Es dudoso que sea un bien jurídico la *fe pública*, pues por lo general es un medio para cometer otros delitos. Un claro caso de *clonación* inconstitucional de bienes jurídicos es la asociación ilícita del art. 210 CP, que no puede ser más que un acto preparatorio remotamente lejano del comienzo de ejecución propio de la tentativa **(275)**.

336. (*Tipos pluriofensivos*) La tipicidad exige siempre la afectación de cierto bien jurídico y no de otro. No obstante, hay tipos que requieren *pluriofensividad*, como el secuestro extorsivo (art. 142 bis), en que además de la libertad, la ofensa puede ser contra el patrimonio, contra la vida, etc. Fuera de estos casos y de los bienes jurídicos que deben estar afectados típicamente, la afectación a otro bien jurídico es irrelevante para el tipo.

Esto se debe a que en la realidad del mundo —ónticamente— todos los delitos son pluriofensivos: el hurto de un vehículo puede afectar el trabajo del propietario, repercutir en el nivel de vida de su familia; el de una computadora puede privar a la víctima del trabajo de meses allí guardado; etc.

No obstante, a los efectos de la tipicidad conglobada, en los dos casos lo que interesa es la lesión a la propiedad del vehículo o de la computadora como requisito de tipicidad, *sin que sea posible sustituir el bien jurídico* cuya ofensa requiere el tipo por la afectación a la familia o por el esfuerzo del trabajo perdido, porque constituiría una integración analógica de la ley penal. Estos perjuicios solo corresponde que sean evaluados como *extensión del daño* a los efectos de la cuantificación de la pena (art. 41 CP) **(459, 460)**.

C.19. Supuestos de atipicidad conglobada

337. (*Exclusión de la tipicidad resultante de la conglobación de la norma*) De la consideración conglobada de la norma deducida del tipo resultan en

principio varias hipótesis claras de ausencia de tipicidad, en especial cuando: (a) no haya una ofensa a un bien jurídico ajeno; (b) la ofensa hubiese sido insignificante; (c) el agente hubiese tenido el deber jurídico de realizar la conducta (art. 34, inc. 4 CP); (d) la conducta realizada por el agente fuese fomentada por el derecho; (e) el riesgo no estuviese prohibido; (f) hubiese mediado consentimiento de quien dispone del bien; (g) este hubiese asumido el riesgo; (h) se tratase de la acción de funcionarios dentro del ámbito de valoración política que le otorga su competencia constitucional o legal.

Mediará atipicidad conglobada cuando	1. no haya ofensa 2. la ofensa haya sido insignificante 3. la conducta responda a un deber jurídico 4. la conducta sea jurídicamente fomentada 5. el riesgo no estuviese prohibido 6. hubiese mediado consentimiento 7. se hubiese asumido el riesgo 8. se trate de una acción política de funcionario competente

338. (*El cumplimiento de un deber jurídico*) En un Estado de derecho la persona siempre debe tener la posibilidad de saber cuál es la conducta debida. *Es contrario al principio republicano pretender que una norma ordene lo que otra prohíbe.* Aunque puede parecer que esto sucede atendiendo solo al tenor literal de los tipos y de las normas deducidas aisladamente de ellos, una vez conglobadas (si alguna de ellas no fuese inconstitucional), siempre resultará que una norma prevalece sobre la otra.

Por ende, debe concluirse que los *conflictos de normas* son solo aparentes, pues si hubiese un conflicto real de normas, el derecho no sería racional (republicano). Cuando a primera vista la ley parezca contradictoria, el juez deberá decidir desentrañando la prioridad normativa (qué norma prevalece en el caso) o declarando inconstitucional una de las normas. Por imperio del principio republicano, los jueces deben hacer operar a las normas como un sistema (orden jurídico) en el que unas recortan o limitan a las otras, de forma que en cualquier situación exista un deber jurídico de hacer o de no hacer y solo uno.

Cuando la prioridad sea de difícil determinación, el agente que yerra acerca de la conducta debida se hallará incurso en un error de prohibición invencible (406), porque si le ha costado a los juristas y a los jueces determinar cuál es la norma que debe priorizarse, no puede exigírsele la posibilidad de comprender la antijuridicidad al ciudadano que actuó conforme a la no priorizada.

339. (*El deber jurídico elimina la conflictividad*) El cumplimiento del deber jurídico excluye la antinormatividad del pragma y, por ende, la conducta que lo cumple será atípica, por no afectar al bien jurídico en las condiciones de la prohibición normativa.

El cumplimiento del deber jurídico no es una causa de justificación, sino de atipicidad conglobada. La justificación surge del juego de una norma prohibitiva con el general plano de la libertad (349, 350, 351), es decir, de una prohibición y una precisión habilitante de resolución del conflicto, pero quien cumple un deber jurídico no viola ninguna prohibición, de modo que en su caso para nada juegan estas precisiones (causas de justificación). Nadie pregunta si está habilitado para hacer lo que está obligado a hacer bajo amenaza de pena.

Sería absurdo entender que comete un hurto justificado el oficial de justicia que secuestra la cosa embargada, o un secuestro justificado el policía que detiene a alguien en flagrancia, o una tipicidad justificada contra la seguridad pública el comandante militar que ordena disparar contra el enemigo en una guerra. Si cualquiera de ellos no realizase las respectivas conductas incurriría en un delito, de modo que sus conductas no están *habilitadas*, sino que están impuestas bajo conminación de pena y, por tanto, sería absurdo considerarlas antinormativas.

340. (*Deber jurídico en la tipicidad omisiva y culposa*) Al igual que en los tipos activos, en los tipos omisivos la tipicidad –el deber de interferir en la causalidad– solo cesa cuando la interferencia está prohibida por el orden normativo.

Es claro que cuando una persona se encuentra frente a otra que está siendo agredida por un tercero con riesgo de un resultado de lesiones, debe tratar de evitarlo o dar aviso a la autoridad, pero si el posible lesionado es un agresor y las lesiones podrían ser resultado de la acción del verdadero agredido dentro de los límites de la legítima defensa (358), le está prohibido interferir el curso causal.

En el tipo culposo –al igual que en el doloso– se individualiza la conducta

conforme al tipo sistemático y al correspondiente deber de cuidado y, al valorar la tipicidad conglobada, se corrige su ámbito prohibitivo según el alcance de la norma conglobada con la totalidad del orden normativo.

Así, cuando un *deber jurídico* impone la creación de un peligro, se tratará de una *atipicidad* culposa conglobada, siempre que se observen los límites reglamentarios y las reglas de la profesión, arte, oficio o función de que se trate.

En la actividad policial y de bomberos, hay situaciones de urgencia (peligros para la vida o integridad de las personas) que requieren que sus vehículos excedan la velocidad reglamentaria o incurran en violaciones de otras normas de tránsito. De cualquier manera, no es admisible un deber jurídico que importe una negligencia temeraria **(293)** para terceros ajenos al peligro.

341. (*Necesidad y deber jurídico*) No debe confundirse el deber jurídico con situaciones de estado de necesidad justificante o exculpante **(370, 413)**. Cuando un funcionario público —o cualquiera que tenga el deber de actuar—, lo haga salvando los únicos bienes jurídicos que tiene la posibilidad física de salvar, no actúa en estado de necesidad, sino atípicamente, porque cumple con su deber jurídico, que solo le obliga a hacer lo posible.

Es necesario aclarar esto, porque suele decirse que hay un conflicto de normas cuando un capitán de buque, por ejemplo, salva a los naufragos que puede salvar y no a los que no puede salvar. Se quiere decir que no es lícito que el capitán elija a quiénes salvar. Cabe pensar que se confunden los planos: el capitán no puede elegir arbitrariamente y dejar ahogar a sus enemigos, pero si no ha procedido arbitrariamente, si lo ha hecho en la forma reglamentaria o en la razonable en la emergencia, no habrá hecho otra cosa que proceder conforme a su deber, que nunca le puede imponer lo imposible (en este caso salvar a todos).

342. (*Conductas fomentadas por el derecho: actividad médica*) Existen conductas que están claramente fomentadas por la legislación en múltiples normas y muchas de ellas contribuyen al bien común en forma universal y pacíficamente reconocida. Es absurdo entender que una norma deducida de un tipo prohíbe lo que un aparato legal complejo fomenta con general asentimiento. Al igual que en el caso del deber jurídico —y por análogas razones— se impone entender que las *normas fomentadoras* recortan a las normas prohibitivas en el plano de la normatividad.

Claros casos de *normas fomentadoras* son las que rigen la actividad médica, especialmente quirúrgica. La lesión quirúrgica causada conforme a las reglas del arte médico y con objetivo terapéutico, debe excluirse de la tipicidad conglobada en razón de su fomento jurídico. Cuando se producen con finalidad terapéutica (para curar o paliar), aún en contra de la voluntad del paciente, tampoco serán típicas de lesiones, aunque eventualmente pueden configurar una tipicidad contra la libertad.

No tiene sentido decir que el cirujano que opera para salvar al paciente afectado por una apendicitis, comete una lesión grave justificada. Por cierto que el médico debe cumplir con el deber de información al paciente o a sus familiares, según el caso. Pero si no lo hiciera y procediera a la intervención, tampoco caería en una tipicidad de lesiones, sino eventualmente en algún delito contra la libertad. Diferente es el caso de la cirugía cosmética, que no tiene finalidad terapéutica (la tendría cuando fuese reparadora), en que la tipicidad conglobada se excluye únicamente en función del consentimiento: si un cirujano plástico le rectificase la nariz a una persona sin su consentimiento, solo porque a su juicio *le queda mejor*, se trataría de una lesión típica.

343. (*La práctica deportiva*) La práctica del deporte también es una actividad jurídicamente fomentada, pero en cualquiera de los deportes (y en particular los que implican riesgos de lesión), la atipicidad conglobante requiere el consentimiento del participante. Por regla general, las lesiones resultantes de la práctica de un deporte no son dolosas, sino culposas: piénsese que, prescindiendo del marco deportivo, veintidós personas pateando una pelota implican siempre un riesgo de lesión.

Existe solo un deporte que importa el consentimiento a una lesión dolosa, que es el boxeo, en el cual dentro del propio reglamento se prevé una lesión leve que por diez segundos como mínimo incapacita al contrincante.

344. (*Riesgos no prohibidos*) Al amparo del principio de reserva (art. 19 CN) existe un incommensurable campo de libertad de los habitantes de la nación, en el que realizamos infinito número de conductas que implican riesgos para los bienes jurídicos, pero que son *socialmente adecuadas*. Prácticamente no hay conducta humana que no implique cierto peligro para bienes ajenos, incluso muchas de ellas reglamentadas, aunque no se puede considerar que sean propiamente fomentadas.

El caso más notorio es el tránsito vehicular: si bien no se puede afirmar que el derecho fomenta que las personas viajen (le resulta indiferente que lo

hagan o dejen de hacerlo) es obvio que lo reglamenta, o sea, que no lo prohíbe.

Se trata del enorme campo de los *riesgos no prohibidos* y que, por ende, son penalmente atípicos a la luz de la tipicidad conglobada, aunque sus materializaciones pueden dar lugar a reparaciones conforme al CC, puesto que estas responden a otros criterios de responsabilidad jurídica.

345. (*El consentimiento*) Recordemos que la forma de aquiescencia que excluye la tipicidad objetiva conglobada es el *consentimiento* del sujeto pasivo y no el *acuerdo*, que ya excluye la tipicidad objetiva sistemática (197).

En los casos de *consentimiento* existe un pragma (tipicidad objetiva sistemática), o sea, una conducta prohibida conforme a la norma deducida del tipo sin tomar en cuenta la totalidad del orden normativo. Con el *acuerdo* desaparece el concepto mismo definido en el pragma (la relación sexual consentida entre adultos y con satisfacción de todos excluye el concepto de violación), pero en los casos de *consentimiento* permanece el concepto típico del pragma correspondiente y la atipicidad solo desaparece a la hora de evaluarlo a la luz de todo el orden normativo: la circuncisión sigue siendo una lesión, solo que es atípica cuando se la valora en todo el orden normativo y resulta de la libertad de cultos constitucional (art. 14 CN); la intervención quirúrgica meramente estética también es una lesión, pero resulta atípica como ejercicio del arte médico en la estricta medida del consentimiento del paciente.

346. (*Asunción del riesgo*) En la tipicidad culposa y muy cerca del consentimiento –hasta confundirse con este– se halla la atipicidad conglobada que suele denominarse *asunción del riesgo*. Nadie puede ser penalmente responsable de los riesgos voluntariamente asumidos por el titular del bien jurídico: quien, al ver que el conductor de un vehículo se halla ostensiblemente embriagado, sube al vehículo del ebrio, si sufre lesiones no puede ser su propia conducta fuente de responsabilidad del conductor.

Nadie debe cargar con las decisiones voluntarias de otros que implican culpa –a veces temeraria– respecto del cuidado de sus propios bienes

jurídicos, pues si bien no es posible afirmar que cada persona tenga un elemental deber de cuidado respecto de ellos, tampoco puede dejar de considerarse que la *incuria en extremo de irresponsabilidad* no puede nunca volver típica la conducta de otros.

347. (*Ámbito de valoración política de los funcionarios*) Cuando el inc. 4 del art. 34 del CP se refiere al *legítimo ejercicio de su autoridad o cargo*, cabe entender que abarca los poderes que las autoridades ejercen dentro de su competencia constitucional y legal, como ámbito de valoración política y que no son cumplimientos de deberes, pues de lo contrario sería redundante.

Toda medida adoptada por la autoridad constitucional o legalmente competente en el ámbito de su valoración política (como acción de gobierno de la *polis*) es susceptible de tener resultados causales que afecten bienes jurídicos y que no dejan de ser negligentes porque son previsibles, ni a veces eventualmente dolosos, porque se sabe de antemano que los producirán. Tampoco dejan de ser obra suya, porque son claros los supuestos de autoría (también de complicidad y de instigación). Por ende, debe concluirse que reúnen los requisitos de tipicidad sistemática.

Sin embargo, cuando la norma se congloba, se verifica que son las normas constitucionales y legales las que le atribuyen un ámbito o espacio de valoración política para la toma de decisiones, sin el cual no podría ejercerse ningún gobierno, pues toda la política (gobierno de la *polis*) resultaría criminalizada.

Parece razonable desplazar personal policial de un municipio a otro donde se registran más violencias, lo que puede impedir lesiones y homicidios en el segundo municipio, pero también dejaría de impedir algunos en el primero; el desplazamiento de partidas para atención de urgencias sanitarias o epidemias, puede ser causa de muertes en la parte que se resta a los anteriores destinos; el retardo en la construcción de un puente puede no impedir accidentes de tránsito; etc. De considerar típicas estas decisiones por atribuir estos resultados causales a los legisladores que aprueban los presupuestos, a los ministros y ejecutivos que disponen las obras o los traslados policiales, a los concejales que al discutir demoren la aprobación de una obra, etc., no habría autoridad competente que no resultase criminalizada.

Cabe aclarar que la actual redacción del art. 110 CP es producto de una reiterada invocación de atipicidad conglobada, en especial con la prensa como actividad fomentada (*En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés*

público) (texto según la ley 26.551 de 2009).

348. (*El error acerca de la tipicidad conglobada*) La tipicidad conglobada no tiene correspondencia típica subjetiva, o sea que los errores acerca de la antinormatividad (ignorancia o yerro a su respecto) son materia de la culpabilidad y, por ende, de errores o ignorancia de prohibición **(406)** y no de tipo.

Así, al considerar que en dogmática no se admiten distinciones inútiles (sin consecuencias prácticas), cabe preguntarse para qué se distingue el *acuerdo* del *consentimiento* como dos formas diferentes de la *aquiescencia* a las que acabamos de hacer referencia **(345)**. Se verán en su momento las consecuencias del error de *prohibición* **(406)**, donde la distinción adquiere su principal relevancia práctica: la falsa suposición del *acuerdo* es un error de tipo que elimina el dolo **(220)**, en tanto que la del consentimiento por parte del sujeto activo es un error de prohibición directo que solo elimina la culpabilidad con diferentes efectos en caso de vencibilidad.

Esta distinción se impone porque en todos los errores sobre la tipicidad conglobante, *el agente sabe lo que está haciendo, reconoce la naturaleza de la conducta y quiere el resultado típico sistemático, pero yerra sobre la antinormatividad y no sobre los elementos del tipo objetivo sistemático*.

D. Segundo carácter específico de todo delito: la antijuridicidad

D.1. La reafirmación de la libertad mediante fórmulas de precisión legales

349. (*Soluciones no problemáticas y problemáticas de conflictos*) Dado que la regla republicana es la *libertad para resolver los conflictos cotidianos* (art. 19 CN), los ciudadanos estamos habilitados para *resolver conflictos*, lo que hacemos muchísimas veces sin incurrir en ningún pragma típico e incluso sin acudir a la justicia (el almacenero deja de fiarle a quien no le paga; el banco le niega el crédito al insolvente; cualquier servicio se interrumpe al cliente moroso; etc.), o bien, en otras, con el reclamo de la solución en los tribunales (reparaciones civiles, laborales, etc.). En definitiva, la libertad democrática, en buena medida lo es para resolver conflictos en forma eficaz. Solo en muy pocos casos se *expropia o confisca el conflicto* para someterlo al poder punitivo **(24)** y, cuantos menos

conflictos expropie un Estado, menos verticalizará el modelo de sociedad y más soluciones eficaces permitirá.

Pero lo cierto es que hay soluciones de conflictos que son *problemáticas* porque las conductas que los resuelven implican lesiones típicas a bienes jurídicos. Así, el mecánico que repara un automóvil y se niega a restituirlo a su propietario hasta que le pague el trabajo, incurre en un tipo de retención indebida, art. 173 inc. 2 CP, pero el derecho civil le autoriza a hacerlo para resolver su conflicto.

350. (*Soluciones problemáticas por antinormatividad típica*) Aunque la conducta haya sido típica (antinormativa) por conflictiva (lesiva de un bien jurídico), si en el caso el conflicto se ha resuelto conforme al derecho (jurídicamente), esa tipicidad no adquiere relevancia penal, porque nunca podrá ser penalmente relevante una conducta conforme al derecho (jurídica).

Pero en estos casos de *soluciones problemáticas* son necesarias (o al menos convenientes) *fórmulas legales de precisión* de los alcances que en las circunstancias particulares debe reunir la conducta para que la solución haya sido jurídica. Así, en el supuesto del mecánico, en el CC se prevé el derecho de retención que lo ampara, al igual que al hotelero que retiene el equipaje del huésped.

351. (*Causas de justificación*) Estas *fórmulas legales de precisión* se denominan *causas de justificación* y algunas están consagradas en la ley penal. Los casos más notorios son la legítima defensa (art. 34 inc. 6 CP) **(357)** y el estado de necesidad justificante (art. 34 inc. 3 CP) **(370)**.

En cuanto al resto de las *fórmulas de precisión* (causas de justificación) para soluciones problemáticas de conductas conflictivas (por típicamente lesivas de bienes jurídicos), la ley penal remite a las contenidas en cualquier otra rama del derecho mediante la fórmula *legítimo ejercicio de su derecho* (art. 34 inc. 4 *in fine* CP).

Debe quedar claro que conforme a una consideración superficial se tiene la impresión de que las *causas de justificación* son *permisos*, pero en realidad no lo son, sino que como *ningún habitante de la nación está*

obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe (principio de reserva), se trata de dar precisión a los límites exactos de los derechos de los habitantes para resolver conflictos en forma jurídica, en especial cuando se trata de soluciones problemáticas por implicar antinormatividad típica, es decir, que *reafirma* la regla general de libertad (entre otras cosas para resolver conflictos de modo jurídico) derivada de ese principio.

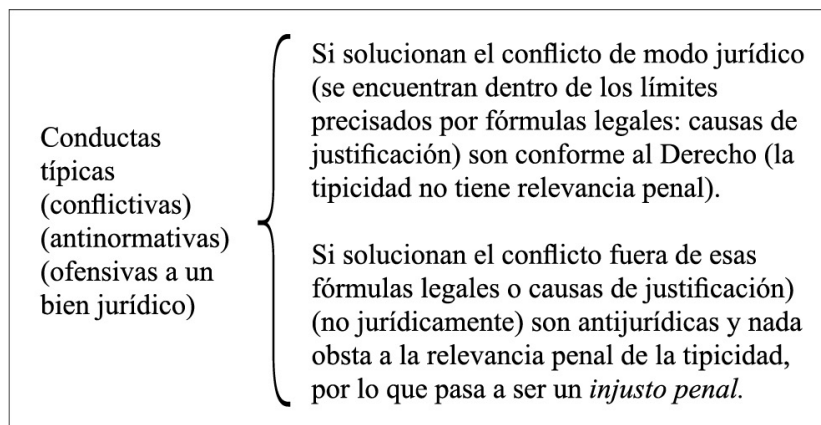
352. (*Las causas de justificación como contratipos objetivos penales*) Como acabamos de explicar, las *fórmulas de precisión* de la habilitación para la solución de conflictos en casos de *soluciones problemáticas* se denominan *causas de justificación o de licitud*.

Por esa razón, recién cuando en función de alguna de esas fórmulas de precisión, queda claro que la conducta típica no ha hecho más que resolver jurídicamente un conflicto, no existe injusto penal. Por el contrario, cuando no opera ninguna de estas fórmulas, se confirma que la conducta típica es contraria al orden jurídico, es decir, que es *antijurídica*. En otras palabras: solo cuando se verifique que no se resolvió el conflicto dentro de los límites precisados por estas causas de justificación se puede afirmar que el pragma típico conflictivo (sistemática y conglobadamente típico) es también antijurídico y, por ende, que nos hallamos frente a un *injusto o ilícito penal* (conducta típica y antijurídica).

353. (*Las razones de su consideración como momento de análisis*) Se ha pretendido que la antijuridicidad no debe ser considerada un carácter específico de todo delito separado de la tipicidad, pero en realidad merece una consideración aparte porque completa el desvalor jurídico de la conducta mediante la verificación de que no se ratifica la regla general de la libertad en el caso concreto, porque la conducta típica no encuadra en ninguno de los *contratipos* de las fórmulas de precisión legales (causas de justificación).

Su separación de la tipicidad se impone (a) por razones *lógicas* (no puede preguntarse por una precisión acerca de la juridicidad si antes no medió una prohibición), pero ante todo (b) por razones *materiales* (no puede concluirse que una conducta prohibida es contraria al derecho sin verificar que no se

halla reafirmada la regla general de la libertad, por tratarse del ejercicio de un derecho) y, en último análisis, también ónticas o de relevancia social del *pragma conflictivo* (no es lo mismo dejar de fiar a un cliente que retener su vehículo, ni lesionar a un humano que espantar una mosca).



D.2. Verificación de la antijuridicidad

354. (*Antijuridicidad e injusto*) La antijuridicidad es la *característica de la conducta típica* que resulta de la ausencia de causas de justificación, en tanto que la conducta es el objeto jurídicamente desvalorado: la conducta típica y antijurídica es el *injusto* o *ilícito penal*, que cuando es también culpable configura un delito **(140)**.

El injusto, como conducta, es de cada agente (no de todos los que intervienen en el proceso causal que va a dar al resultado), pues la tipicidad y la antijuridicidad son adjetivos de la conducta y esta solo puede ser *personal*. Por ello, es posible que alguien cometa un injusto valiéndose de quien actúa conforme al derecho. Comete un delito de privación de libertad quien denuncia falsamente a alguien a los gritos, y le imputa que le está robando su cartera, para que un policía lo detenga en cumplimiento de su deber de detener a sospechosos en flagrancia.

355. (*La objetividad de la antijuridicidad*) La antijuridicidad es objetiva: si en la circunstancia concreta están dados los requisitos de una causa de justificación o de licitud es porque la conducta consiste en el ejercicio de un derecho y, por ende, no puede ser antijurídica, aunque el autor ignorase que

estaba ejerciendo un derecho, pues en tal caso la antijuridicidad solo existiría en su imaginación.

Por ende, cuando estas causas de justificación operan frente a soluciones problemáticas que implican antinormatividad derivada de tipos penales, lo hacen como *contratipos objetivos*, pues para tener por *jurídica* la conducta es suficiente verificar que el conflicto se resolvió del modo querido por el derecho (se salvó el bien jurídico agredido o el de mayor jerarquía, etc.).

Por ello, no hay *elementos subjetivos* en los contratipos (solo serían un *animus* de obrar jurídicamente). Ni siquiera se conciben cuando se trata de justificaciones frustradas, porque el agente no haya logrado el objetivo.

Las expresiones equívocas de la ley positiva deben entenderse como ámbitos de la precisión legal, por imperio de la CN, que no admite que la falta de un ánimo *defendendi* o similares, configure un delito (231).

356. (*La fórmula general de las causas de justificación*) El inc. 4 del art. 34 CP dice: “El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo”. Se trata de una formulación legal muy precisa y sintética, que debe ser descompuesta en las tres hipótesis que abarca. En efecto: tal como hemos visto, el *cumplimiento de un deber* es un supuesto de atipicidad conglobada (338); el *legítimo ejercicio de su autoridad o cargo* (337) sirve para dejar atípicas las conductas que entran en el ámbito de valoración política de los funcionarios; por último, el *legítimo ejercicio de un derecho es la fórmula general común a todas las causas de justificación*.

Mediante esta última expresión, la ley penal remite en general a las causas de justificación previstas en otras ramas del derecho (como el ya mencionado derecho de retención del CC; el derecho de resistencia a la opresión del art. 36 CN; el derecho de abstenerse de declarar del art. 296 CPPN; etc.), pero también entran en esa definición las causas de justificación contempladas en la propia ley penal, cuya esencia no es para nada diferente del *ejercicio de un derecho*.

En la parte especial del CP se encuentra también alguna causa de justificación (como el inc. 1 del art. 86, derecho al aborto terapéutico), pero las generales son las previstas en el art. 34 del CP, de las que nos

ocuparemos aquí: la *legítima defensa propia o de terceros* y el *estado de necesidad justificante*.

D.3. La justificación: *legítima defensa*

357. (*El fundamento de la legítima defensa*) La *legítima defensa* se funda en el principio de que por regla general *nadie está obligado a soportar lo injusto*, matizado solo por la solidaridad elemental que impone todo Estado que reconoce derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (inc. 22 del art. 75 CN; art. 26 CADH). Esta precisión de los alcances de la libertad para la resolución de conflictos requiere que medie (a) una agresión ilegítima, (b) que la defensa sea necesaria, (c) que además sea racional y (d) no provocada (art. 34, incs. 6 y 7 CP).

358. (*Agresión ilegítima*) Una *agresión ilegítima* es una conducta antijurídica, aunque no necesariamente típica (puede defenderse arrojando un poco de agua desde el balcón a quien se obstina en cantar debajo de la ventana a la madrugada), pero no es agresión ilegítima el hecho de quien no está realizando la conducta (de quien opera sin voluntad) **(158)** o de un animal, aunque sea el instrumento de una persona: contra el humano que no realiza la conducta o contra el animal, cabe solo la defensa en los límites del estado de necesidad.

La conducta agresiva debe ser *intencional* (no cabe decir *dolosa* porque puede no ser típica). Las conductas culposas o accidentales en general no son agresiones ilegítimas, aunque una conducta negligente puede configurar una agresión ilegítima a la tranquilidad, que también puede defenderse legítimamente.

Quien incendia los rastrojos de su campo con peligro de extensión a la casa, plantío y animales de su vecino, si no puede dejar de darse cuenta de ese riesgo o si su vecino se lo advierte y, pese a ello se empeña en su conducta, si bien no está dirigiendo su conducta a afectar la propiedad y la vida del vecino, está alterando la tranquila posesión de los bienes y vida de este en forma intencional y, por tanto, le asiste el derecho a defenderse legítimamente en la media de la racionalidad.

Las tentativas aparentes **(279)** tampoco son agresiones ilegítimas, aunque pueden serlo contra otros bienes jurídicos como el honor, la tranquilidad o paz del hogar (nadie tiene el deber de soportar que le pongan sapos muertos

debajo de la cama y, por ende, puede despedir al personal que lo haga).

Como la agresión debe ser antijurídica, no es admisible la legítima defensa contra acciones lícitas, por lo cual no cabe contra una acción justificada (no hay legítima defensa contra la legítima defensa, por ejemplo) ni contra quien cumple un deber jurídico, actúa en estado de necesidad justificante o amparado por cualquier otra causa de justificación.

359. (*Bienes jurídicos defendibles*) La agresión puede ser contra cualquier bien jurídico, pues todos los bienes jurídicos son defendibles legítimamente, a condición de respetar los otros requisitos, en particular el de la *racionalidad* (363). Por esa razón, es posible defender bienes jurídicos que no son relevados como ofensas por los tipos penales (la tranquilidad nocturna, el derecho al descanso, etc.).

360. (*Lesión a bienes jurídicos de terceros*) La agresión ilegítima solo habilita la acción defensiva contra el autor o partícipe de esa agresión, pero no respecto de terceros ajenos a ella, aunque pueden justificarse las lesiones a bienes jurídicos de estos por estado de necesidad justificante, siempre que se den todas las condiciones de este (370 y ss.). De no darse este supuesto, el tercero afectado por la acción defensiva puede defenderse legítimamente contra el que se defiende, porque para él su acción configura una agresión ilegítima.

Juan es agredido por Pedro, quien se defiende con un lanzallamas que está a punto de quemar también a Diego, que es por completo ajeno a la agresión de Pedro. Si Diego no tiene oportunidad de alejarse (condición de necesidad), puede defenderse contra Juan, porque ahora Diego es agredido, incluso cuando a Juan no le quede otro recurso para defenderse de Pedro, en cuyo caso Juan se hallaría amparado solo por un estado de necesidad exculpante (413), pero no justificante respecto de Diego.

361. (*Actualidad de la agresión*) La acción defensiva se habilita desde que la agresión es inminente. La inminencia no denota una continuidad temporal, sino desde que el agredido se encuentra a merced del agresor, sin que importe si este desencadenará la lesión en forma inmediata en el tiempo o lo hará dentro de unas horas o incluso días. Por lo general, la inminencia implica la actualidad de una lesión a otro bien jurídico (el que está apuntando con un arma ya está privando de libertad o coaccionando).

También puede ejercerse con posterioridad al cese de la agresión, cuando es posible reparar de inmediato –sin solución de continuidad– la lesión por este medio o cuando sea de temer una nueva agresión inminente. No es el caso del que huye después de la agresión y que, si bien puede ser perseguido y privado de libertad, no se trata de la legítima defensa del agredido (que ya ha sufrido la agresión y no es posible evitar lo ya hecho), sino del ejercicio de la coacción administrativa directa para efectos de la justicia penal. De allí que dar muerte al agresor que huye sea un homicidio.

En los delitos permanentes o continuos **(202)** la agresión se mantiene mientras se sostiene el estado consumativo. El secuestrado que aprovecha que su secuestrador está de espaldas o dormido y le asesta un golpe en la cabeza para huir y liberarse, actúa en legítima defensa (como se puede ver, no es cierto que no puede haber una legítima defensa por la espalda ni contra alguien dormido).

362. (*Necesidad de la acción defensiva*) La acción defensiva debe ser *necesaria*, lo que implica que si hay otra conducta menos lesiva o no lesiva, pero susceptible de evitar la lesión, la conducta deja de ser legítima.

Tampoco es necesaria la defensa cuando existe la posibilidad de impetrar la intervención oportuna de funcionarios o seguir un procedimiento que neutralizaría oportunamente el efecto lesivo.

La necesidad es solo uno de los requisitos de la legítima defensa, pero no la rige en forma absoluta. En nuestro derecho no es justificación la *defensa necesaria* (la *Notwehr* alemana), sino la *legítima*, por lo cual entre nosotros no rige el principio de que *la necesidad no conoce ley*.

363. (*Racionalidad de la acción defensiva*) Conforme a lo que acabamos de señalar, en nuestro derecho vigente la necesidad debe ser *racional*, de modo que la *racionalidad* limita la eficacia justificante de la necesidad. Esto significa que si bien en la legítima defensa –a diferencia del estado de necesidad– no se ponderan los males (el que se evita y el que se causa), no se excluye totalmente la ponderación.

Dado que en la legítima defensa la balanza la desequilibra la agresión ilegítima, en principio se habilita cualquier lesión necesaria que pueda sufrir

el agresor. No obstante, la balanza desequilibrada no puede serlo tanto que haga saltar el platillo, pues la agresión no hace perder al agresor todos sus derechos (ni siquiera los pierde el condenado por el más grave de los delitos).

El requisito de que la defensa sea racional significa que, aunque la acción resulte necesaria, *no se admite la legítima defensa cuando entre el mal que se quiere evitar y el que se causa media una desproporción aberrante e inusitada.*

Todo derecho encuentra su límite en la racionalidad republicana como requisito de la coexistencia y el que se reafirma con la fórmula legal de la legítima defensa tampoco es una excepción. La civilización no puede olvidar que la necesidad y la defensa son la Celestina de todo discurso legitimante de los peores crímenes. *Toda defensa racional es necesaria, pero no toda defensa necesaria es también racional.*

Se ejemplifica con el caso del paralítico que tiene una escopeta en sus manos y ve a un niño que está a punto de apoderarse de una manzana de su huerto a cuarenta metros del propietario postrado. Si le dispara al niño y salva el bien jurídico *manzana*, en ese caso la defensa sería *necesaria*, porque no dispone de otro medio menos lesivo para evitar el apoderamiento en esas circunstancias, pero no sería *racional*, dada la enorme disparidad de bienes jurídicos en juego (una manzana y la vida del niño).

Cabe agregar que la defensa contra niños e incapaces no es racional cuando existe la posibilidad de evitar la lesión alejándose, aunque no por efecto de una ponderación de males, sino por el general deber de solidaridad que rige todo el derecho como base de coexistencia.

364. (*Los offendicula y la presunción legal*) Cuando las defensas son *medios mecánicos* –que incluyen los *offendicula*– rigen los mismos principios acerca de la necesidad racional de la defensa u obstáculo (*offendiculum*).

Una cosa es poner vidrios rotos sobre una pared, pero otra es electrizar una reja para que no le hurten flores, disponer un arma en el gallinero para que se dispare cuando el ladrón abra la puerta o una carga de dinamita que estalle al tocar la caja fuerte. Es obvio que, salvo los vidrios sobre el muro y semejantes, los otros tres medios mencionados no solo no son racionales, sino que incluso es dudosa su necesidad.

En otro orden de cosas, desde el Digesto hasta nuestros días se hallan en las leyes presunciones *juris tantum* de legítima defensa, que no alteran los requisitos expuestos (art. 34, inc. 6, último párrafo CP).

Se trata de una mera cuestión de prueba, que en nada altera los requisitos de la legítima defensa y, al tratarse de una presunción *juris tantum* –como no podría ser de otra manera– no cabe entenderla en el sentido de que el dueño de casa que sorprende al novio de su empleada entrando subrepticamente tenga derecho a darle muerte.

365. (*Falta de provocación suficiente*) La *provocación suficiente por parte del que se defiende* excluye la legítima defensa, pero no debe consistir en una agresión ilegítima, porque en tal caso no se trataría de una provocación, sino que, como agresión, habilitaría la acción defensiva del otro: una cosa es *salir a pelear* (provocación) y otra asestarle un puñetazo al otro (agresión).

Provocación es la que da motivo a la agresión y puede ser intencional o imprudente. Basta para ser *suficiente* con que sea *previsible*. Para evaluar la *previsibilidad* no se deben tomar en cuenta las características del agresor contrarias a la coexistencia (matonismo, intolerancia, irascibilidad, hábitos pendencieros, machismo, etc.), pero sí que la conducta provocadora lesione elementales sentimientos de piedad (humillaciones a un anciano, a un discapacitado, maltrato de animales, etc.).

La provocación excluye la legítima defensa porque el conflicto se genera en una conducta inútilmente conflictiva: no le asiste el derecho a defenderse legítimamente al que va por la vida provocando conflictos evitables con sus semejantes y creando las situaciones de necesidad.

El provocador, si bien queda excluido de la legítima defensa puede resultar amparado por un estado de necesidad exculpante **(413)** (quien reacciona agrediendo puede colocar al provocador en una situación en que no tiene más opción que la de matar o morir).

Como el injusto es personal (para cada conducta y para cada interviniente) **(354)** el único que queda excluido de la legítima defensa es el provocador, pero un tercero puede defenderlo legítimamente, siempre que no haya tomado parte en la provocación (art. 34, inc. 7 CP).

366. (*Defensa de terceros*) Fuera de esta última particularidad, la defensa de terceros debe cumplir todos los requisitos del contratipo de la defensa propia.

El problema particular que plantea es la posibilidad de defensa del Estado. El Estado es defendible en su patrimonio como cualquier tercero; también lo es en cuanto a su existencia, como por ejemplo frente a una agresión extranjera. De toda forma, el art. 21 CN no faculta a cualquiera a armarse en defensa de la patria y de la Constitución, sino que le impone ese deber, pero según las leyes que al efecto dicte al Congreso y los decretos del Ejecutivo.

En cuanto a la defensa del Estado como *orden jurídico* (que justificaría a vengadores, justicieros, parapoliciales y otros delincuentes), implicaría sustituir a los órganos de seguridad estatales por particulares, o sea, deteriorar al Estado en cuanto a su monopolio del poder punitivo.

Por ello, la defensa del orden institucional y democrático solo es admisible en la medida en que la habilita la CN, únicamente contra actos de fuerza encaminados a interrumpir la observancia de la propia Constitución y, más aún, si logran su propósito, pues la Constitución no pierde imperio por actos de fuerza (art. 36 CN). Obviamente, esta habilitación debe entenderse también dentro de los límites de la *necesidad racional*.

367. (*¿El Estado puede ser agresor?*) Sin duda que los funcionarios del Estado pueden ser agresores si actúan fuera de sus límites legales, pero en los últimos años se plantea otro problema, como resultado del creciente deterioro de los Estados de bienestar.

Al tener en cuenta que en general la agresión también puede ser cometida por omisión (el que deja ahogar al niño en la piscina puede ser compelido a salvarlo mediante amenaza con arma de fuego por un tercero), el Estado que omite prestar los servicios no puede ser considerado agresor por ese simple hecho. No obstante, desde el art. 2 del Capítulo VII del Reglamento Provisorio de 1817, el Estado argentino tiene el deber de *aliviar la miseria y desgracia de los ciudadanos, proporcionándoles los medios de prosperar e instruirse*, lo que en nuestro constitucionalismo vigente se le impone como deber (art. 41 CN respecto del medio ambiente y, en general, el art. 26 de la

CADH, imponen a los Estados la *progresividad* de los derechos económicos, sociales y culturales).

Si bien la mera omisión de estos deberes no constituye una agresión, no puede asegurarse lo mismo en el caso en que no se trate de una omisión, sino de una verdadera *acción regresiva* que alcance límites muy graves, como dejar morir a personas (clausurar un hospital cuando no hay otro a menos de 200 km o no proveer refugio en temperaturas bajísimas), bien puede considerarse una agresión estatal, en particular cuando no se han respondido todos los reclamos previos por vía legal o administrativa.

En tales extremos, las acciones que tuviesen por objeto obligar a los funcionarios a realizar las muy elementales conductas debidas, podrían encuadrar en la legítima defensa.

Por supuesto que frente a acciones de funcionarios dentro del ámbito de valoración política que le otorga su competencia constitucional o legal y que dan lugar a atipicidad conglobada (347) no cabe la legítima defensa.

368. (*La defensa como límite del deber*) La legítima defensa propia y de terceros también opera como límite del deber de la policía de seguridad: para el ciudadano común la defensa propia y de terceros es un ejercicio más de derechos; para el policía de seguridad es un deber –atipicidad conglobada–, que debe cumplir dentro de los límites señalados a la legítima defensa propia y de terceros.

La coerción administrativa directa ejercida sobre un habitante para detenerlo no autoriza el uso de armas letales, salvo que la resistencia de la persona se traduzca en una agresión, en cuyo caso podrá hacer uso de armas en la medida en que se establece para la defensa propia. Dar muerte o lesionar con armas de fuego a la persona que solo trata de eludir la detención sin agredir, son conductas típicas que no corresponden a su deber ni están justificadas.

La pretensión de regular administrativamente el uso de armas por la policía de seguridad es inconstitucional, como violatoria del derecho a la vida y a la integridad física, siendo absurdo que la administración pretenda *reglamentar* el art. 34 del CP.

369. (*La legítima defensa es objetiva*) El contratipo de la legítima defensa – como el de las restantes causas de justificación– no requiere elementos subjetivos **(355)**: quien no sabe que se está defendiendo y en realidad se defiende, está igualmente amparado por esta justificación.

Quien da muerte al agresor sin saber que escondía el facón bajo el poncho a punto de darle una puñalada, igualmente está amparado por la legítima defensa, como también quien golpea al secuestrador en la cabeza y, sin saberlo, provoca la liberación del secuestrado, cuya presencia ignoraba. En estos casos el conflicto se ha resuelto en forma objetivamente favorable al derecho y la falta de *animus defendendi* del agente no excluye la legítima defensa.

D.4. El estado de necesidad justificante

370. (*Ponderación de afectaciones en concreto*) En el *estado de necesidad* –que es el otro contratipo establecido en la ley penal– la acción justificada evita un mal mayor (art. 34, inc. 3 CP). La ponderación para establecer cuál de los males es el mayor, tiene lugar entre *ofensas concretas a bienes jurídicos*, para lo cual no solo cuenta la jerarquía del bien jurídico, sino también el grado de lesión a este y las circunstancias personales del que actúa tanto como las del que resulta ofendido.

En los casos de tipicidad culposa, la ponderación se lleva a cabo al tomar en cuenta el peligro *ex-ante* de lesión derivada de la violación del deber de cuidado en comparación con el mal que se quería evitar (el que al hacer sonar la bocina pasa un semáforo con luz roja mientras lleva a un infartado al hospital).

Es posible que exista la necesidad de lesionar bienes equivalentes, pero en este caso se tratará de un estado de necesidad exculpante **(413)**, pues en el justificante solo es admisible la evitación del mal mayor.

371. (*Diferentes supuestos de coacción*) La coacción (que puede provenir tanto de la conducta de un tercero como de hechos de la naturaleza) (art. 34, inc. 2 última parte CP) puede dar lugar tanto al estado de necesidad justificante como al exculpante, según la magnitud del mal que amenaza al coaccionado y del que este causa. Si el coaccionado actúa solo

inculpablemente, el agredido podrá defenderse legítimamente contra él, pero si actúa en estado de necesidad justificante no podrá hacerlo, porque no cabe una acción justificada contra otra también justificada.

Esto conduce a soluciones bastante equitativas, pues no deja indefenso al coaccionado (que es un inocente) e impide cualquier defensa de terceros que pueda afectarle, en especial la invocación de la defensa del Estado o de la justicia: en casos de toma de rehenes, la autoridad solo tiene el deber de actuar cuando no ponga en peligro a las víctimas, que nada tienen que ver con el delito que se comete.

372. (*Limitación de bienes salvables o de posibles males causados*) El universo de bienes que pueden afectarse en el estado de necesidad justificante es más limitado que el de los defendibles legítimamente, aunque sus límites no son doctrinariamente claros.

El estado de necesidad no puede legitimar torturas, por ejemplo, ni la injerencia técnica en el cuerpo del sujeto: no se podría justificar que se secuestre a alguien para extraerle un órgano alegando que se salva con eso la vida del trasplantado. El respeto constitucional a la dignidad humana impide la ponderación de males respecto de estos bienes jurídicos.

Un caso particular de injerencia en el cuerpo lo plantea la situación de quien se sabe que porta droga en el vientre y la autoridad le aplica una enema que le evita la muerte pero que, al mismo tiempo provee la prueba del delito. Si bien la autoridad está justificada por necesidad (o incluso como atipicidad conglobada por cumplimiento de su deber), procesalmente no puede valorarse esto como prueba de cargo.

373. (*Inminencia y ajenidad del mal*) El mal debe ser *inminente*. La inminencia se evalúa de la misma manera que para la legítima defensa (361). No obstante, también es inminente un mal cuando tiene continuidad o proviene de una reiteración frecuente. Debe ser también *inevitable* por otro medio menos lesivo, pues de lo contrario no mediaría necesidad.

Además, el necesitado debe haber sido *extraño* al mal que le amenaza, o sea, que no debe haberlo provocado intencionalmente. La producción negligente o imprudente debe evaluarse en cada caso en la ponderación de los males, pero no excluye la justificación.

La exclusión de la justificación por provocación intencional del mal no

impide la posibilidad de un estado de necesidad exculpante **(413)**. Es posible que una persona haya provocado un incendio y quede en medio de las llamas, razón por la cual debe romper la puerta de la casa del vecino para salvar su vida. Dado que ha provocado el mal, no puede ampararse en el estado de necesidad justificante, pero quedaría amparada por el exculpante.

374. (*Deber jurídico de afrontar el riesgo*) El estado de necesidad no justifica cuando el necesitado tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo de que se trate en razón de su función específica, como bombero, policía, militar, etc.

De todas formas, una cosa es afrontar cierto riesgo debidamente y otra consentir la muerte o consecuencias graves seguras, lo que nunca puede ser impuesto como deber. No en vano, semejantes grados de riesgo son premiados como supuestos heroicos, lo que demuestra que el heroísmo no puede imponerse a ningún trabajador o profesional de la seguridad o de la defensa.

375. (*Obligación de reparar*) En el estado de necesidad se sacrifican bienes que pertenecen a una persona que no ha hecho nada ilícito, en beneficio de bienes jurídicos del necesitado.

El titular de los bienes sacrificados tiene en sede civil el derecho a la reparación por parte de quien se ha beneficiado con el mal inferido. Quien es perseguido por un sicario y rompe la ventana de la casa del vecino para refugiarse en ella, por cierto, que no puede ser penado por la conducta típica de daño en concurso ideal **(307)** con violación de domicilio, pero el vecino puede reclamarle en sede civil la reparación del daño en la ventana.

Esto prueba que es inexacta la afirmación de que la acción típica justificada no genera ningún tipo de responsabilidad jurídica, porque los principios de la responsabilidad penal son diferentes de la civil.

376. (*Estado de necesidad social*) En principio, cuando media una necesidad generalizada no cabe invocarla como estado de necesidad justificante: tal es el caso de un terremoto o de una guerra, en que no podría nadie arrebatarse la comida o los medios de subsistencia a otro que padece

la misma necesidad (aunque eventualmente pueda configurar un estado de necesidad exculpante).

No obstante, el retroceso de los Estados de bienestar genera en los últimos años necesidades generalizadas que son muy problemáticas en casos extremos, cuando se hayan agotado sin respuesta los reclamos formulados al Estado por las vías legales o estos resulten claramente tardíos para evitar el mal. Así sería el caso del hurto famélico, como también el de los asaltos a comercios para proveerse de alimentos para subsistencia, o a farmacias para proveerse de medicamentos necesarios para padecimientos graves (diabéticos insulín dependientes, por ejemplo). Obviamente, se trata de supuestos que no persiguen fines de vandalismo, sino única y claramente de supervivencia y que constituyen verdaderos casos de estado de necesidad contra los que no cabe la legítima defensa.

No obstante, los propietarios de los bienes podrían reclamar la reparación civil por parte del Estado, responsable de la situación de necesidad en razón de sus omisiones, solución que en el siglo XIX ya propugnaba el buen juez Magnaud (*) en Francia.

377. (*La necesidad de la protesta*) Un problema harto frecuente lo plantea la protesta que perturbe la circulación por calles y caminos, que se pretende típica del art. 194 del CP, lo que solo es cierto cuando, sin provocar un peligro común, importa no obstante un peligro para otros bienes jurídicos personales.

Así, no es típica la interrupción de una calle cuando no pone en peligro la vida o la integridad física de nadie y únicamente causa una perturbación del tránsito. Tampoco es típico del art. 194 el tránsito de una manifestación que atraviesa una calle ni la mera presencia de personas sentadas, que no hacen más que ocupar el lugar físico de sus cuerpos. El derecho de reunión es de personas, no de puras almas y, por ende, las personas tienen cuerpos y ocupan espacio.

No obstante, con respecto a las eventuales tipicidades contravencionales (**63 y ss.**), corresponde tener en cuenta que operaría el estado de necesidad justificante en caso de que la protesta se haya manifestado de ese modo ante la falta de respuesta estatal y el mal que amenaza a las personas sea más

grave que el ocasionado por la interrupción del tránsito.

Estará siempre justificada la protesta que perturba o interrumpe la circulación cuando tenga por fin llamar la atención –hasta ese momento desoída– acerca del cierre de un hospital zonal, de la falta de ambulancias, de la falta de reparación de una obra vial que provoca accidentes mortales, pero no porque falte una peluquería en el barrio o no reparen un parque.

D.5. Justificación frente a conductas de funcionarios y concurrencia de causas de justificación

378. (*Estado de necesidad y legítima defensa frente a conductas de funcionarios*) Frente a actos de funcionarios públicos y en casos de allanamientos, detenciones o secuestros, cabe distinguir:

(a) Cuando estos actúan en cumplimiento de su deber y el procedimiento es lícito (detención en razón de indicios) no cabe ninguna acción justificada. Se trata de limitaciones que todo habitante tiene el deber de soportar y los funcionarios no realizan ninguna acción típica (atipicidad conglobada por cumplimiento del deber).

(b) Cuando la orden superior es ilícita de modo no manifiesto, el funcionario procede conforme a su deber. Así el policía que cumple con una orden de detención emitida con todas las formalidades de ley, pero contra un inocente y firmada por el juez competente que lo quiere sacar de la casa para mantener relaciones sexuales con la mujer de la víctima. En tal caso, la víctima no puede defenderse legítimamente contra el policía porque actúa atípicamente en cumplimiento de su deber, pero puede actuar dentro del margen que le otorga el estado de necesidad (podría pedir permiso para ir al baño y aprovechar la distracción y encerrar al policía mientras huye).

(c) Por el contrario, cabe la legítima defensa contra ambos (juez y policía) cuando el procedimiento es ilícito y el funcionario actúa de la misma manera porque la ilicitud es notoria o porque le consta al policía (se trata directamente de hipótesis de delitos: robo, secuestro de persona, privación ilegal de la libertad, etc.).

379. (*Concurrencia de causas de justificación*) Si bien no puede haber

concurrency contraria de causas de justificación (no puede haber justificación contra justificación), bien puede haber *concurrency positiva* (una conducta típica justificada por dos o más causas de justificación), caso en el que no hay razón para excluir a ninguna de ellas, aunque, naturalmente, la conducta será amparada por la que reafirme una mayor extensión de licitud.

D.6. Exceso culpable

380. (*Exceso*) *El que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, será castigado con la pena fijada para el delito por culpa o negligencia* (art. 35 CP). Esto significa que cuando *en forma culpable* se excedieren los límites legales de la legítima defensa, del estado de necesidad, de cualquier otra causa de justificación o del cumplimiento de un deber jurídico (**338**), disminuye el contenido ilícito del injusto y, en consecuencia, se impone la pena correspondiente al tipo culposo o negligente. En caso de no estar prevista, la conducta de exceso quedará impune.

Debe quedar claro que la ley no dice que se trate de una tipicidad culposa o negligente, sino que únicamente remite a la pena impuesta a esta, del mismo modo que podría haber optado por establecer una escala privilegiada.

381. (*Exceso culpable*) *Exceso culpable* es el que tiene lugar en razón de un *error de prohibición vencible* (**407**). Así, quien al poner la atención debida – conforme a las circunstancias– hubiese podido verificar que la agresión había terminado, pero sin percatarse de eso sigue golpeando al agresor rendido, se encuentra en la hipótesis del art. 35 CP, pero no quien *al saber que el agresor está rendido* lo sigue golpeando o lo hiere por venganza.

En este último caso, no incurre en la hipótesis del art. 35 CP, sino directamente en lesiones u homicidio dolosos, aunque si se diesen las circunstancias pueda beneficiarse con la atenuación de la culpabilidad por emoción violenta (art. 81, inc. 1, párrafo a CP).

Si el exceso fuese *no culpable* porque aún al poner la debida atención exigible en las circunstancias del caso, no hubiese podido percatarse del

cese de la agresión o de la necesidad, no cabe pena alguna en función del error de prohibición invencible que elimina la culpabilidad (407).

La punición del exceso culpable no significa que se exijan elementos subjetivos en las causas de justificación o de cumplimiento del deber jurídico, pues lo *culpable se refiere al exceso*, que es objetivamente típico, y no a la conducta amparada por la justificación o por tipicidad conglobada.

382. (*El exceso extensivo y el intensivo*) El exceso culpable conminado con reducción tan considerable de la escala penal, es únicamente el llamado *exceso extensivo*, o sea, el de quien comienza a actuar dentro de los límites de la exclusión de ilicitud, pero continúa haciéndolo cuando las condiciones de esta han desaparecido. Solo en este supuesto se *exceden los límites* (art. 35 CP), pues quien nunca ha estado comprendido dentro de algo, mal puede exceder los límites de ese ente o circunstancia.

El exceso culpable llamado *intensivo* no es más que una eximente incompleta, prevista en otros códigos penales, pero no en el nuestro. Se trata de los casos en que la necesidad no es tal o de tal magnitud, o su racionalidad tampoco sea completa: no se encuentra dentro de la previsión del art. 35 CP quien, pudiendo defenderse con un puñetazo, lo hace con un disparo de arma de fuego, como tampoco quien pudiendo marcharse para eludir la agresión de un niño que lo insulta prefiere lesionarlo o la de quien electriza la reja de su casa para evitar que le hurten flores.

Este llamado *exceso intensivo* no abre la posibilidad de la pena del delito culposo, sino que, según las circunstancias, puede operar para valorar el grado de reproche de culpabilidad que se refleja en la pena, siempre dentro de los límites del art. 41 CP (460).

E. Tercer carácter específico de todo delito: la culpabilidad

E.1. Juicio formalmente ético y vulnerabilidad

383. (*Necesidad de un puente entre injusto y pena*) La mera magnitud del injusto no sirve para orientar la cuantía de la pena, pues eso supondría falsamente que todos los humanos son iguales y no cambian en el tiempo. Por eso, entre el injusto y la pena es necesario un *puente personalizado*

individual que indique un desvalor capaz de reflejarse en la pena.

Cabe aclarar que la construcción de este *punte* es una *necesidad pura y exclusiva del derecho penal*, es decir, que se trata de un concepto en que este no puede ayudarse con nada proveniente de otras ramas del derecho. Esto ha dado lugar a que se hayan intentado las más dispares construcciones del *punte* entre injusto y pena, desde las posiciones filosóficas y políticas más disímiles. La que se ensaya aquí corresponde a una culpabilidad de acto, que consideramos la única compatible con la antropología constitucional e internacional.

Ese puente es un *reproche* que se le formula a una *persona* (art. 1, DU), o sea, a un ser autodeterminable, dotado de conciencia moral y, por ende, capaz de distinguir entre el bien y el mal.

A la persona se le reprocha *lo que ha hecho* (un *injusto*) y no lo que es (su personalidad o carácter), porque la *regla básica* de nuestro derecho penal (92) presupone una antropología jurídica (concepto jurídico de persona) conforme a la cual el Estado solo puede reprochar lo que se hace, dado que *el derecho penal del Estado de derecho debe ser de acto y no de autor* (32).

384. (*La construcción con elementos formales de la ética tradicional*) Al echar mano de las *formas éticas* más tradicionales (Aristóteles, Tomás de Aquino, Kant, Hegel, etc.), el Estado parece entender que, en razón de la presencia de un injusto, el agente adquiere una *deuda con la sociedad*, que esta le cobra con la pena.

Sin dejar de lado que la identificación de *Estado y sociedad* es siempre totalitaria, cabe aclarar que la palabra *Schuld* en alemán significa *deuda* y también *culpabilidad*. En castellano, en el viejo *Padrenuestro*, la palabra *deuda* tenía el sentido de *pecado*.

Conforme a esta *forma ética*, el derecho penal construye la idea de culpabilidad, mediante la cual se le *formula el juicio de reproche personalizado a la persona autora de un injusto, en razón de que en la circunstancia concreta en que actuó tuvo cierto espacio de decisión que le posibilitaba actuar de una manera diferente, o sea, no lesiva o menos lesiva*.

En este juicio se toma en cuenta la *personalidad* del agente, pero *no para reprochársela*, sino como elemento a tener en cuenta para dimensionar su ámbito concreto de autodeterminación en la constelación situacional del injusto (si es tímido, extrovertido, introvertido, valiente, medroso, etc.).

385. (*Es un juicio solo formalmente ético*) Pero este juicio solo toma de la ética su *forma*, porque *el juicio de culpabilidad así entendido no es materialmente ético*, en razón de que no se hace cargo de la *selectividad criminalizante* del poder punitivo (37), con lo que lesiona el principio de igualdad (art. 16 CN) y legitima un ejercicio de poder que siempre recae predominantemente sobre los más vulnerables.

No obstante, la medida del ámbito de autodeterminación (catálogo de posibles conductas del agente en el momento de la acción) no es indiferente, pues señala un límite máximo que ninguna racionalidad puede tolerar que se supere: a nadie se le puede reprochar nada más allá de lo que, en las circunstancias del caso, era dable exigirle que hiciese o no hiciese. Por ende, *el reproche personalizado solo es admisible en la medida de la inevitabilidad*.

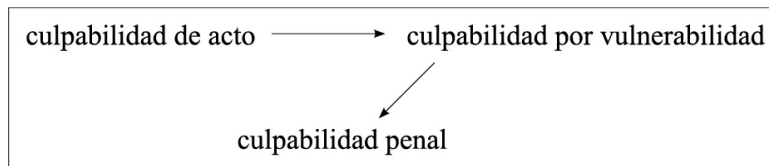
386. (*La dialéctica entre el Estado de derecho y el de policía en este nivel de análisis*) También en el ámbito de la culpabilidad —y con más razón aún que en otros niveles— se opera la tensión entre el Estado de policía y el de derecho.

El Estado de policía siempre busca enemigos y, por ende, procura un reproche a la personalidad (*culpabilidad de autor*). Dado que las normas de mayor jerarquía del derecho positivo rechazan esta posibilidad, el poder punitivo se repliega hacia la *culpabilidad de acto* (perdida una batalla, hay un repliegue táctico), pero desde ella pretende ignorar la selectividad estructural del ejercicio del poder punitivo.

Si bien con esto se da un paso adelante, pues deja de presuponer una *antropología aberrante* (que pretende que todos los seres humanos somos iguales y permanecemos iguales), lo cierto es que, al mismo tiempo, presupone una *sociología aberrante* (según la cual el poder punitivo se reparte igualitariamente en la sociedad). Esto explica cómo *mediante una forma ética* (o ética formal) *se procura legitimar un ejercicio de poder que materialmente no es ético, porque es selectivo*.

387. (*Culpabilidad por la vulnerabilidad y síntesis*) Por ello, *siempre dentro del marco máximo señalado por la culpabilidad de acto pura*, será menester contraponerle una *culpabilidad por la vulnerabilidad selectiva* que opere

como antítesis y de cuya síntesis resulte la *culpabilidad penal*.



Al partir de la base de que a nadie se le puede reprochar su *status* social y, por ende, el estado de vulnerabilidad al poder punitivo que de él se deriva (clase social, vecindario, instrucción, caracteres estereotípicos, etc.), y al saber que el poder punitivo presenta distintos grados de *peligrosidad* para los habitantes, la cual recae con preferencia sobre los disidentes y opositores políticos y los sectores más desfavorecidos de toda sociedad, y también que, dentro de estos, se ensaña en particular con los portadores de ciertos estereotipos (32 a 35), o sea, que la *vulnerabilidad* frente a la *peligrosidad* del poder punitivo está en relación con el grado de injusticia social, lo cierto es que *no recae sobre todos los pertenecientes a esa categoría y ni siquiera sobre todos los portadores de estereotipo, sino solo sobre unos pocos*.

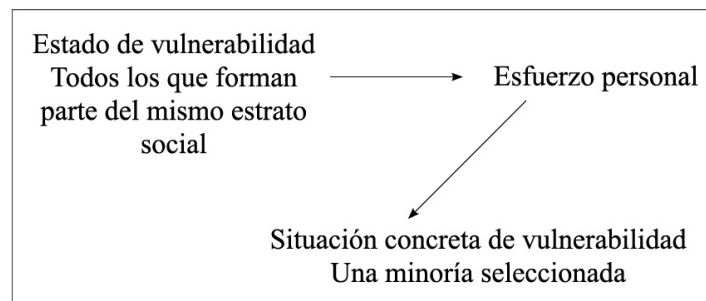
388. (*No todo estereotipado es atrapado por el poder punitivo*) Por ende, toda persona estereotipada (como *delincuente, peligroso, de mala vida*, etc.), siempre algo debe hacer –por poco que sea– para que el poder punitivo la seleccione, puesto que es evidente que no basta con ser portador del estereotipo.

A la inversa, cuando excepcionalmente alguien para quien la *peligrosidad* del sistema penal es mínima (debido a su alto *status social*) es seleccionado por el poder punitivo, por lo general debe haber hecho un enorme esfuerzo para llegar a esa situación (como puede ser un banquero estafador –de otros banqueros o poderosos– o un genocida).

Puede pensarse que en el caso de genocidas el poder punitivo no es selectivo, pero eso tampoco es correcto. Por regla general un genocidio no lo cometen solo sus autores materiales y ni siquiera únicamente quienes imparten las órdenes, sino que existe un gobierno con todos sus partícipes. Sin embargo, la historia enseña que cuando se llega a habilitar el ejercicio del poder punitivo sobre estos criminales, este se limita a caer sobre las cabezas más visibles y no selecciona a los otros que concurrieron en el hecho, especialmente a los cómplices e instigadores y a algunos coautores.

389. (*Del estado a la situación de vulnerabilidad*) De lo anterior resulta que –según el grado de peligrosidad del poder punitivo en concreto–, si bien hay un *estado de vulnerabilidad* que corresponde al *status* social de la persona, también se requiere un esfuerzo personal de esta (pequeño o grande, según el caso) para alcanzar la *situación concreta de vulnerabilidad* (para que el poder punitivo la seleccione).

En conclusión, al tener en cuenta que no es posible reprochar el *status social*, lo único que puede reprochársele a la persona (sin sobrepasar nunca el máximo señalado por la culpabilidad de acto pura) es *el esfuerzo personal que, al partir de su estado de vulnerabilidad, esta haya realizado para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad*.



390. (*La medida de la culpabilidad*) Este esfuerzo personal para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad es en definitiva la única medida de la culpabilidad o reproche personalizado que se debe reflejar en forma de linterna ciega sobre la cuantía de la punición, porque en ese caso no se echa mano solo de la ética como forma, sino también –en alguna medida al menos– como contenido.

Ningún Estado del mundo pudo pretender nunca haber realizado una justicia social perfecta y acabada, y dar a todos el mismo espacio de realización personal en la sociedad, razón por la cual el Estado debe descargarle a la persona la cuota de injusticia social (del espacio realizador que en esa sociedad no se le haya brindado a la persona en comparación con otras).

Por esta vía se alcanza una habilitación de poder punitivo que es lo menos irracional posible frente al hecho político de poder (*factum* político), es decir, que *optimiza ética y racionalmente el limitado poder jurídico de contención* de los jueces.

391. (*El espacio de decisión de los jueces*) Además, debe tenerse en cuenta que esto es lo único que los jueces pueden hacer en su espacio de realidad social, puesto que de hecho se verifica que la dimensión del ámbito de decisión de que estos disponen para ejercer el *poder jurídico* que teoriza el derecho penal (23), se halla en relación inversa con la magnitud del esfuerzo que la persona seleccionada hubiese realizado para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad.

Así, los jueces, no frente a la opinión manipulada por medios oligopólicos, sino *ante la natural indignación de una opinión pública sana*—que es lo que interesa como respetabilidad de su función— disponen de mucho más poder ético *social* de contención del poder punitivo respecto del hurto cometido por un ladronzuelo *portador de rostro* casi caricaturesco, que frente al *niño bien* que organiza una banda para divertirse; frente al estafador de barrio que vende la máquina de fabricar dólares, que frente al banquero defraudador; frente a quienes venden tóxicos para sobrevivir, que frente a quien los organiza para recibir la mayor ganancia; e incluso frente a quien mata en una gresca, que frente al poderoso que manda matar a su competidor en poder económico o político o al conyugida por mero machismo. Al menos por intuición ética, todo ciudadano mínimamente racional comprende la diferencia entre estas situaciones e incluso es crítico de la severidad punitiva en las primeras alternativas y de benignidad judicial en las últimas.

392. (*Siempre la culpabilidad corresponde a un injusto*) Es necesario recalcar que la culpabilidad no es del agente (en el sentido de que es *culpable o inocente*), sino que se agrega a un injusto como carácter del delito de que se trate.

En este sentido, no hay una *culpabilidad en general*, sino la correspondiente a cada injusto, que es lo que en cada caso se reprocha. Por consiguiente, no puede ser igual el reproche por una violación que por un hurto, puesto que de la gravedad o contenido ilícito del injusto (magnitud de la ofensa al bien jurídico, es decir, del grado de conflictividad) dependerá siempre el diverso grado de exigencia de otra conducta no ofensiva (o sea del reproche). Es natural que el derecho penal exija más fuertemente a sus habitantes abstenerse de violar mujeres que de apoderarse de cosas ajenas,

aunque medie reproche en ambos casos.

El derecho penal no hace más que recoger en esto lo que son reglas corrientes en la interacción social: la misma circunstancia no ampara situaciones que imponen deberes diferentes (la lluvia puede exculpar la inasistencia a una clase, pero no la inasistencia al registro civil el día y a la hora fijados para la celebración de su matrimonio).

De acuerdo con lo anterior, las consideraciones sobre el grado de reproche en razón correspondiente al esfuerzo realizado para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad, debe entenderse siempre como individualización en el marco de la culpabilidad adecuada a la respectiva conducta típica y antijurídica (injusto) de que en cada caso se trate.

E.2. La exigible comprensión de la criminalidad

393. (*Panorama de las causas de exculpación*) Las causas de *exculpación* (casos de *inculpabilidad*) son todos supuestos de *inexigibilidad de otra conducta*, que es su denominador común (al igual que el legítimo ejercicio de un derecho lo es de las causas de justificación).

La exculpación puede obedecer:

(a) a que no le sea exigible al agente la comprensión de la criminalidad del injusto;

(b) o bien, a que siéndole exigible la comprensión (y aun con comprensión de esta) haya actuado en una situación de extrema conflictividad reductora, que no le haga exigible la realización de una conducta lícita o menos lesiva.

En cuanto a la posible primera exculpación, cabe tener en cuenta que nuestro CP, en el inc. 1 del art. 34 no exige que le haya sido posible únicamente la comprensión de la *antijuridicidad o ilicitud del injusto*, sino de la *criminalidad del hecho*, o sea, de la relevancia penal típica de la antijuridicidad (y también de la consiguiente *punibilidad*, como luego veremos) (439). Así, no bastaría con que el agente conozca y comprenda que retener la cosa ajena prestada que se le reclama es un injusto civil, sino que debe saber también que es un injusto penal (típico del art. 173 inc. 2 CP), aunque sin que sea necesario el conocimiento preciso de la norma

(basta con que sepa que la conducta está conminada con una pena).

394. (*Conocer no es lo mismo que comprender*) Además, lo que debe serle exigible no es únicamente la posibilidad del mero *conocimiento*, sino la de su *comprensión*. Los valores no basta conocerlos, sino que debe ser posible comprenderlos. La antropología cultural nos enseña que hay muchísimos valores diferentes a los nuestros –que a través de ella los conocemos– pero no los comprendemos, porque *comprender* significa hacerlos parte de nuestro equipo psicológico y comportarnos conforme a ellos, es decir, *introyectarlos o internalizarlos*.

Cuando los antropólogos nos explican cómo se comportan los miembros de una comunidad originaria, conocemos esos valores, pero no nos comportamos conforme a ellos, porque no los *comprendemos*. Margaret Mead (*) describió las costumbres sexuales igualitarias de los trobriandeses, pero no las practicaba, sino que siguió comportándose conforme a su cultura.

La mayoría de los autores de injustos demuestran con su realización que no han *comprendido* (o por lo menos no han comprendido por completo o correctamente) los valores jurídicos cuya lesión es penalmente relevante: quien roba no parece haber *comprendido* (internalizado) mucho el valor que impone el respeto a la propiedad ajena ni quien mata el de la vida del otro. Por tal razón, la ley no exige la *comprensión efectiva* de los valores jurídicos, sino solo su *posibilidad de comprensión*.

395. (*El conocimiento que presupone la comprensión*) De cualquier manera, es claro que la *comprensión* presupone el *conocimiento* (quien no conoce un desvalor no puede comprenderlo). El conocimiento de la prohibición típica y antijurídica que se exige como presupuesto de la comprensión –al igual que en el caso de los elementos normativos para el dolo (224)– no es el técnico jurídico, sino el *conocimiento paralelo en la esfera del profano*.

Este requisito se complicó, pues con la *administrativización del derecho penal*, es decir, con las múltiples exigencias burocráticas de llenar planillas, hoy el poder punitivo se agazapa detrás de una legislación oscura, contradictoria y abigarrada, para saltar sobre cualquiera con prohibiciones que pocos conocen. El derecho penal actual debe poner especial atención para limitar los excesos de la trampa legal del *ocultamiento público de lo prohibido*.

E.3. Inexigibilidad por incapacidad psíquica de comprensión

396. (*Casos de inexigibilidad de la comprensión*) La comprensión de la criminalidad no es exigible y, por ende, no media culpabilidad (a) en el caso de *incapacidad psíquica* de comprensión y (b) en el de *error invencible de prohibición*.

En cuanto a la primera, o sea a la *incapacidad psíquica de culpabilidad o inimputabilidad*, puede consistir tanto en (a) una incapacidad de comprensión de la criminalidad como en (b) una incapacidad de adaptar la conducta a esa comprensión.

La segunda hipótesis es una constelación reductora, que corresponde analizar junto a las de su misma naturaleza **(421)**.

397. (*Incapacidad psíquica de culpabilidad y de delito*) Cabe insistir en que la *imputabilidad* es diferente de la capacidad psíquica de conducta **(159)** y de la capacidad de dolo **(222)**.

Hemos visto que todas ellas pueden abarcarse en un conjunto (*capacidad psíquica de delito*), que es un corte longitudinal de capacidades que se distribuyen en todos los momentos subjetivos de los pasos de análisis de los caracteres del delito, pero la *imputabilidad* propiamente dicha es solo *capacidad psíquica de culpabilidad*, o sea, *la capacidad psíquica que se exige a una persona para imputarle su injusto penal*.

398. (*Requerimientos de la imputabilidad*) La imputabilidad es una *característica del acto*, es decir, que hay injustos que le son imputables a *personas*, pero en rigor no hay personas imputables o inimputables, aunque por razones de síntesis se emplee esa terminología.

La imputabilidad del injusto al autor falta cuando este —en el momento de la conducta— hubiese padecido una grave perturbación de la *consciencia*, de grado tal que le impida comprender la criminalidad del hecho. La *consciencia* es una función sintetizadora **(160)** que se integra con todo el complejo sensorial (*sensorium*) e indica la ubicación en el mundo (en el tiempo y el espacio psíquicos). La consciencia no se parcializa, sino que toda ella (como función de síntesis) está o no está perturbada.

No es admisible que sea exculpado el delirante que cree que tiene una pierna de vidrio y que se defiende legítimamente de quien le quiere golpear esa pierna, pero que no lo fuese si le hubiese querido golpear la otra pierna (ejemplo de Carrara (*)). Si alguien percibe que una de sus piernas es de vidrio es porque padece una gravísima alteración de la consciencia, siendo obvio que no se ubica en la realidad.

399. (*La imputabilidad la deben valorar los jueces*) El esfuerzo exigible para comprender la criminalidad del injusto debe medirlo el juez y no el perito psiquiatra o psicólogo, que solo le provee los elementos para determinar si corresponde el reproche. La culpabilidad es una cuestión exclusivamente jurídica y no psiquiátrica ni psicológica: estas disciplinas ilustran al juez, pero quien valore el grado de esfuerzo y su exigibilidad o inexigibilidad debe ser siempre el tribunal.

Cuando un perito informa al juez que el procesado padece una psicosis que le altera la sensopercepción, sufre alucinaciones o ilusiones, etc., ante semejantes *hechos*, es el juez quien declara que no se le podía exigir jurídicamente la comprensión de la ilicitud penalmente relevante del injusto cometido y, por ende, no puede reprocharse esa conducta al agente.

400. (*Causas de la incapacidad: insuficiencia y alteración morbosa*) El inc. 1 del art. 34 CP establece que la incapacidad psíquica puede provenir de *insuficiencia de las facultades* y de *alteración morbosa de las mismas*.

La *insuficiencia de las facultades* se presenta cuando cualquiera de ellas (no solo la inteligencia) no alcanza un nivel que le permite conectarse con la realidad en la forma en que lo hacemos en la interacción social las demás personas. Cabe insistir en que si la insuficiencia suprimiese por completo la consciencia (*inconsciencia*) no se daría un caso de inimputabilidad (incapacidad de culpabilidad), sino de ausencia de conducta (159).

Un particular caso de insuficiencia de las facultades es el que corresponde a lo que se denomina *psicopatía*, concepto muy discutido e incluso puesto en duda en psiquiatría. De admitirse, se trataría de personas que *conocen* los valores, pero que, debido a una atrofia de la esfera afectiva, carecen de la capacidad de *internalizarlos* (*comprenderlos*). De hallarse personas realmente con esta incapacidad, sin duda que se trata de inimputables.

La *alteración morbosa de las facultades* no es más que una hipótesis de insuficiencia, porque si una función se *acelera*, por lo general otra disminuye (por ej., la *fuga de ideas* (*) del esquizofrénico).

401. (*La perturbación no necesariamente es patológica*) A los efectos de la culpabilidad no interesa si la perturbación proviene de fuente patológica o no, de modo que la indicación diagnóstica en caso de patología mental es importante para establecer el grado de perturbación, pero no concluye el juicio.

Hay trastornos mentales transitorios que para nada son patológicas y todos los humanos pasan o pueden pasar por situaciones de insuficiencia o alteración de la consciencia no morbosos (estados crepusculares del sueño, privación prolongada de sueño, agotamiento extremo, miedo no patológico, etc.).

Inversamente, hay patologías que no excluyen la imputabilidad en el caso concreto, puesto que la posibilidad de comprensión debe valorarse conforme a cada injusto. Así, una histeria (*) no impide la comprensión de la antijuridicidad penalmente relevante; una debilidad mental superficial (*) no impide la comprensión del contenido ilícito de un hurto o de un robo, pero quizá la puede impedir de un delito cambiario, que requiere mayor capacidad de pensamiento abstracto.

402. (*La inimputabilidad debe existir en el momento de la conducta*) Toda causa de exculpación debe darse en el momento de la conducta. En el caso de la inimputabilidad provocada por intoxicaciones voluntarias (alcohol u otros tóxicos), nada altera la necesidad de que el agente haya podido comprender la ilicitud penalmente relevante (criminalidad) en el momento de la conducta.

No es admisible que alguien que se embriaga para matar en ese estado a su competidor en amores, sea luego culpable del homicidio que comete en estado de embriaguez completa, puesto que de dos conductas –la de embriagarse, que es atípica, porque no configura una tentativa (273) y la de matar (típica, antijurídica pero no culpable)– se inventaría en ese caso una única conducta (tesis que se conoce como de la *actio libera in causa*). Es obvio que nadie puede predeterminarse de ese modo, porque nadie puede saber si cuando esté totalmente ebrio no se le ocurrirá abrazar a su competidor en amores en vez de matarlo.

Diferente es el caso en que un sujeto bebe para perder la capacidad de realizar la conducta debida conforme a una tipicidad omisiva (el controlador de vuelos de un aeropuerto que se embriaga para provocar una catástrofe), en cuyo caso la conducta de embriagarse configura una tentativa de omisión (286). En el caso de quien se embriaga sabiendo que debe o

puede conducir un vehículo, la misma conducta de embriagarse configura una tipicidad culposa o negligente, aunque solo se completa si se produce el resultado lesivo.

403. (*Imputabilidad disminuida*) También es posible que el grado de perturbación de la consciencia no alcance para configurar una inexigibilidad completa pero, de todos modos, sea sensiblemente mayor el esfuerzo que el sujeto hubiese debido hacer para comprender plenamente la antijuridicidad penalmente relevante.

Estos son los casos de la llamada *imputabilidad disminuida*, que muchos códigos prevén en una disposición general. Nuestro CP no lo hace, pero registra como casos especiales la emoción violenta (art. 81, inc. 1, apartado a CP, para el homicidio y las lesiones) y las circunstancias extraordinarias de atenuación (art. 80 último párrafo CP, para el homicidio calificado).

404. (*Extensión analógica de la emoción violenta a todos los delitos*) Dado que por imperativo constitucional no es posible imponer una pena inadecuada al grado de culpabilidad (**103, 458**), en todos los casos de imputabilidad disminuida los jueces deberían adecuar la pena al grado de culpabilidad, aunque estas resulten inferiores al mínimo de la escala prevista para el respectivo delito (**466 y ss.**), toda vez que la ley penal (infraconstitucional) no puede violar la ley constitucional.

Si bien esto no lo acepta la jurisprudencia, no hacerlo implica graves contradicciones valorativas que también violan el principio republicano de gobierno, en razón de su flagrante irracionalidad. Así, el acreedor que reclama a su deudor la suma debida y necesaria para alimentar a su familia y solo recibe provocaciones, injurias y burlas como respuesta, si lo amenaza con un arma y se apodera de una cosa de propiedad del deudor y que este tiene a la vista (aunque se arrepintiese y la devolviese pasados algunos minutos) recibiría una pena mínima de cinco años (robo con armas, art. 166 inc. 2). Pero si en las mismas circunstancias le diese muerte, la pena mínima sería de un año de prisión (art. 81, inc. 1, apartado a, CP).

405. (*La exculpación temporalmente parcial del injusto penal*) Dado que la causa de exculpación siempre debe coincidir con el momento de la acción,

es posible que el agente comience la conducta con capacidad, pero luego la pierda en el curso de su desarrollo.

En tales casos debe considerarse que el injusto es reprochable, aunque la culpabilidad sea de menor grado, porque una conducta que comienza y termina sin estar amparada por ninguna causa de exculpación, siempre será más reprochable que la que solo comience siéndolo, lo que se reflejará en la cuantía de la pena (art. 41 CP). No puede considerarse que se trata de una tentativa, porque la conducta es única y llegó a la consumación; si se lo penase por tentativa se estaría dividiendo la conducta única. Esto no impide que en estos casos, para adecuar la pena a la culpabilidad, se recurra analógicamente a la escala penal de la tentativa.

E.4. Inexigibilidad por error de prohibición

406. (*Efectos*) La otra gran exclusión de culpabilidad por inexigibilidad de la comprensión de la criminalidad es el *error*. El error exculpante recibe el nombre genérico de *error de prohibición*.

A diferencia del error de tipo (220), el de prohibición no afecta al dolo – que está afirmado en el injusto– y su efecto es eliminar la culpabilidad si es *invencible o inevitable*, y disminuirla siendo *evitable*.

Es irrelevante que el error de prohibición invencible sea un error de hecho o de derecho (error *juris* o *facti*), pues los hay de ambas categorías, siempre que se reconozca esta clasificación, puesto que todo error *juris* es también un error *facti*: en definitiva se trata de un error acerca del hecho de que una conducta ha sido prohibida.

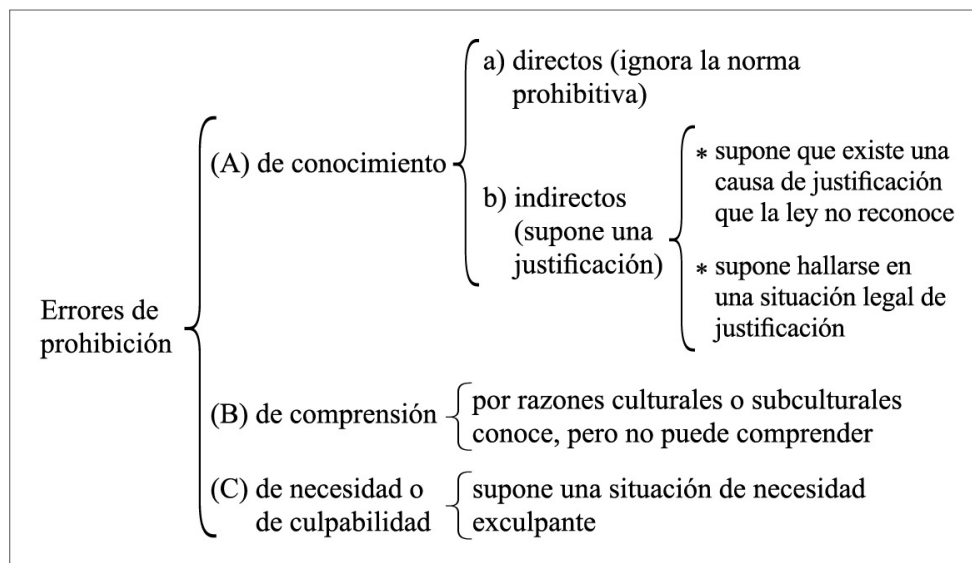
Debe tenerse en cuenta que en la culpabilidad basta con el conocimiento potencial, y no se requiere que el conocimiento sea efectivo y menos aún actual, como el exigido para el dolo (214). La vencibilidad del error dependerá siempre del grado de exigibilidad de la adquisición de ese conocimiento.

La invencibilidad del error de prohibición es una condición que debe valorarse en relación con la persona concreta y las circunstancias del hecho, y no hay posibilidad de apelar a una norma general ni a ningún *standard* medio de la población.

Es obvio que no basta con que alguien alegue desconocer la prohibición, sino que su alegación debe ser verosímil, es decir, creíble, según sus circunstancias particulares y la naturaleza de la prohibición de que se trate. Los propios jueces no pueden ser condenados por prevaricato por ignorar la ley en sus sentencias, sino solo *la ley expresa invocada por las partes o por él mismo* (art. 209 CP).

407. (*Error vencible de prohibición*) Cuando el error de prohibición sea *vencible* (o sea que con la debida diligencia se hubiese evitado), su efecto solo será el de *atenuar el reproche de culpabilidad* (a diferencia del error de tipo que cuando es vencible abre la posibilidad de una eventual tipicidad culposa) **(220)**.

El efecto de esta atenuación, según el caso, podrá ser análogo al de la imputabilidad disminuida **(403)**, pues ambos son casos de *culpabilidad disminuida*.



408. (*Errores de conocimiento, de comprensión y especiales*) Los errores de prohibición pueden dividirse en tres categorías:

- (a) de conocimiento, directos e indirectos;
- (b) de comprensión y
- (c) de necesidad.

Son *errores de conocimiento* los que impiden la comprensión por falta de su presupuesto –el conocimiento– y pueden presentarse en forma de *errores directos de conocimiento*, en que el agente ignora la norma prohibitiva y,

por ende, supone que su conducta es lícita. Estos errores directos de conocimiento, a su vez, también puede asumir formas particulares, porque la persona puede creer:

(α) que actúa en el cumplimiento de un deber jurídico que no existe normativamente (un policía cree que tiene el deber jurídico de actuar frente a algo que no es delito);

(β) que su conducta está fomentada por el derecho (práctica irregular de un deporte) o que crea riesgos que no son prohibidos (cree que puede girar en 180 cuando en esa ciudad está prohibido);

(χ) que la conducta no es conflictiva porque la lesión al bien jurídico no existe o es insignificante (se lleva un lapicero que cree de plástico dorado y es de oro);

(δ) que la norma no es temporal o territorialmente válida (cree que fue derogada);

(ε) que la norma es inconstitucional o que no tiene el alcance prohibitivo que en realidad tiene (cree que retener el libro prestado no tiene relevancia penal típica).

409. (*Errores indirectos de conocimiento*) Los *errores indirectos de conocimiento* tienen lugar cuando el agente cree que actúa amparado por una causa de justificación o licitud (**356**) y pueden consistir tanto en:

(α) La falsa suposición de que existe una causa de justificación no reconocida por el derecho (*error juris*), como en el caso de quien supone falsamente que la ley lo autoriza a permanecer en la casa que reparó hasta que no se le pague su trabajo.

(β) Pero también existe un error indirecto de conocimiento cuando la persona cree que se halla en una situación de justificación (necesidad o legítima defensa) que en realidad no existe. Se trata del error *facti* que da lugar a la llamada *justificación putativa*: alguien cree estar siendo asaltado en la noche y en realidad es un amigo que le juega una broma (*defensa putativa*); otro cree que se encuentra en un incendio y rompe una ventana para salir, cuando en realidad se trata de una falsa alarma (*necesidad putativa*).

Este último error puede ser también culturalmente condicionado: una persona perteneciente a otra cultura puede creer que los actos mágicos (*payé* y similares) son una agresión real contra la que cree defenderse.

410. (*Errores de comprensión*) Son *errores de comprensión* los que no afectan el conocimiento, sino que impiden la comprensión o introyección de la antijuridicidad penalmente relevante.

Se trata de errores fuertemente condicionados por razones culturales o subculturales y no cualquier *conciencia disidente* da lugar a su relevancia.

Deben ser cuidadosamente relevados cuando se trata de personas pertenecientes a culturas de pueblos originarios, por especial mandato constitucional implícito en el reconocimiento constitucional de esos pueblos (inc. 17 del art. 75 CN). Se trata de errores de prohibición culturalmente condicionados y su consideración se impone, pues su reconocimiento implica el de su necesaria diversidad cultural.

411. (*Error de necesidad o de culpabilidad: remisión*) Además de estos errores de prohibición, es posible el error acerca de una situación de necesidad exculpante que en la realidad no exista, lo que configura un verdadero *error de culpabilidad*. Debido a su íntima relación con el estado de necesidad exculpante, se lo analiza junto a este **(419)**.

E.5. Exculpación por reducción de la autodeterminación

412. (*Supuestos*) Cuando el espacio de autodeterminación se encuentra muy reducido, tiene lugar una nueva inexigibilidad o exculpación en los casos de (a) estado de necesidad exculpante e (b) incapacidad psíquica para adecuar la conducta a la comprensión de la criminalidad **(421)**.

413. (*Estado de necesidad exculpante*) El *estado de necesidad exculpante* corresponde por regla general –aunque no siempre– a un *injusto menor*, pues en esa situación, aunque se causa un mal igual o superior al que se evita, siempre en alguna medida se salva un bien. Si bien puede afectarse un bien mayor que el que se salva (alguien priva de la vida a otro para evitar quedar ciego, por ejemplo), de todas formas, un bien se salva.

El grado de exigibilidad y, por ende, de culpabilidad (o reproche) siempre está en relación con el contenido injusto del hecho, lo que explica que no se produzca en el caso de bomberos, policías, militares, etc., en que existe el deber de soportar cierto grado de riesgo, que nunca puede llegar a la casi certeza de la muerte o de lesiones muy graves, al igual que en el justificante (374).

414. (*La previsión legal*) La base legal del estado de necesidad exculpante se halla en el inc. 2 *in fine* del art. 34 CP: *El que obrare violentado por ... amenazas de sufrir un mal grave e inminente.*

Si bien por *amenazas* en sentido limitado pueden entenderse solo las provenientes de una acción humana (coacción), no hay razón para negarle el alcance que le otorga el uso del lenguaje común, y abarcar de ese modo todo mal, aunque no provenga de una conducta humana. Tampoco en nuestra lengua la *amenaza* se limita estrictamente a acciones humanas, pues nadie puede negar que un perro que muestra sus dientes y gruñe está *amenazando*.

Pero más allá de la discusión meramente semántica, es obvio que la vivencia de quien se halla ante el peligro de morir en un incendio no es diferente a la de quien es amenazado por un criminal armado con un lanzallamas, por lo cual la racionalidad republicana aconseja una interpretación extensiva, conforme al principio de que dos situaciones iguales deben resolverse de igual manera.

415. (*Mal grave*) Si bien el mal inminente –proveniente de una acción humana o de la naturaleza– puede referirse a cualquier bien jurídico, la exigencia de que se trate de un mal *grave* excluye toda lesión que no asuma verdadera importancia para la persona amenazada (arts. 34, 2, última parte CP).

El ejemplo más corriente en la manualística se refiere a la vida y es el de la famosa tabla de Carneades (*tabula unius capax*), capaz de mantener a flote a un único náufrago y de la cual le priva otro que estaba también en trance de morir ahogado.

Otros casos con que se ejemplifica la inexigibilidad en este supuesto

suelen ser de amenazas al empleo como fuente única de subsistencia: la comadrona que denunciaba el nacimiento de los niños en día hábil, para que el padre gozase de un día de licencia, en tiempos de paupérrimo derecho laboral. Otro ejemplo es el del chofer del ministro que toma a contramano por orden de este, que lo amenaza con despedirlo en tiempos de crisis de desempleo.

Cabe aclarar que el mal que se evita no necesariamente debe recaer sobre el autor, sino que también puede amenazar a alguna persona estrechamente vinculada a este, como lo demuestra la exculpación expresamente consagrada para el encubrimiento de parientes y allegados (art. 277, inc. 4 CP).

416. (*Provocación de la necesidad*) La provocación de la situación de necesidad impide que el injusto del necesitado sea menor (porque fue él mismo quien puso en peligro el bien jurídico). No obstante, no siempre excluye la exculpación, pues no puede imponerse a nadie el deber jurídico de dejarse matar, mutilar o lesionar gravísimamente. Una solución viable es considerar la tipicidad de la conducta provocadora desde la perspectiva de su eventual tipicidad culposa.

El que es sorprendido por el marido mientras mantiene relaciones en la cama conyugal con la mujer, obviamente que ha provocado la situación de necesidad si el marido lo agrede. No puede alegar la legítima defensa (365), pero si no tiene posibilidad de huir y el marido está a punto de darle muerte, no es exigible que se deje matar. No obstante, es innegable que su conducta violó un elemental deber de cuidado.

417. (*Falsa suposición de la necesidad o error de culpabilidad*) La situación de necesidad exculpante puede suponerse falsamente, con lo cual se configura un error de prohibición particular (411), que es el *error de culpabilidad*, que si es invencible coloca a la persona en la misma situación psíquica de reducción de su autodeterminación que si la situación fuese verdadera, por lo que no corresponde tratarla de modo diferente y, en ambos casos, excluir la culpabilidad del injusto.

418. (*Error de culpabilidad invertido*) El caso inverso (*error de*

culpabilidad invertido) es más discutible y la doctrina se ha ocupado poco de él: se trata de quien ignora que actúa en una situación objetiva de necesidad exculpante. Si bien el juicio de reproche se basa en la exigibilidad según la situación subjetiva de la persona, el principio republicano prohíbe caer en la irracionalidad.

En principio –como vimos– no puede pasarse por alto que, en el estado de necesidad exculpante, como siempre se salva un bien, el injusto suele ser menor (413). En segundo lugar, también vimos que no es admisible reprocharle a alguien que no se haya dejado matar o lesionar gravemente (416). En tercer lugar, parece que se produce una inversión curiosa de las reglas generales del error: cuanto más vencible sea este, menor será el reproche.

En efecto: cuanto más grosera y vencible sea la ignorancia de la situación de necesidad, mayor será la *necedad* del agente, y no es posible reprocharle pura y simplemente su necesidad. Quien cree que está arrojando gente al suelo por puro gusto y no se da cuenta de que todos corren huyendo de un incendio, no puede ser más que un necio (si no es un incapaz por inimputabilidad) y, por ende, sería absurdo reprocharle su necesidad.

419. (*Necesidad exculpante en el delito culposo*) La necesidad exculpante tiene una especial importancia en la tipicidad culposa. Los ejemplos más clásicos están referidos a ella y, por cierto, desempeña un papel importante en especial cuando se trata de la necesidad de conservar el trabajo en situaciones de desempleo o análogas (415), como en el antes mencionado ejemplo del chofer del ministro.

E.6. La disolución teórica de la llamada obediencia debida

420. (*La disolución de la obediencia debida*) Una eximente cuya naturaleza se discute muchísimo es la *obediencia debida en las jerarquías estatales*, que nuestro CP trata autónomamente (art. 34, inc. 5 CP) y a la que con frecuencia se le atribuye la naturaleza de un estado de necesidad exculpante.

En rigor, no se trata de una eximente doctrinariamente autónoma, pues en definitiva se diluye en otras:

(a) Así, si la orden del superior es legítima (en su forma y contenido) se trata lisa y llanamente del cumplimiento de un deber jurídico, o sea, de una atipicidad conglobada **(338)**.

(b) Si la orden es ilegítima, puede ser que el subordinado no la reconozca debido a un error invencible y, por ende, se tratará de una exculpación por error de prohibición. Tal sería el caso antes mencionado del policía que practica un allanamiento en razón de una orden emanada de un juez competente y con todas las formalidades del caso, pero que el juez la emitió dolosamente para perjudicar a alguien. El juez sería un autor mediato **(252)** y el funcionario sería exculpado por error de prohibición.

(c) Si la orden es notoriamente ilegítima (o el funcionario lo sabe, aunque no fuese notoria la ilegitimidad), puede hallarse en un estado de necesidad justificante, si el mal que provoca es inferior al que evita **(370)**. Así, el cumplimiento de la orden del embargo judicial doloso, si bien perjudica la propiedad del destinatario, salva el medio de vida del oficial de justicia amenazado con cesantía en caso de incumplimiento.

(d) Pero solo en el supuesto en que el mal que evita sea análogo al que causa, puede hallarse en estado de necesidad exculpante **(371)**. Así al soldado al que se le ordena integrar el pelotón de fusilamiento bajo amenaza de ser él mismo ejecutado.

E.7. La inimputabilidad por incapacidad de adecuación de la conducta

421. (*La variable de la inimputabilidad por incapacidad de adecuación*) La incapacidad psíquica para adecuar la conducta a la comprensión de la antijuridicidad penalmente relevante (criminalidad) es la variante de la inimputabilidad que no se basa en la inexigibilidad de la comprensión, porque esta existe, sino en la de su actuación conforme a ella **(396)**.

Tales son supuestos de conductas debidas a diversos grados de intensidad de miedo patológico o no patológico, fobias (*), compulsiones (*), crisis de abstinencia provocados por ciertos tóxicos, etc. Así, quien es fóbico a los roedores y ve una rata a un metro de distancia, si bien comprende que no debe empujar a nadie huyendo y que hacerlo es irracional, no puede evitarlo y no es exigible que actúe de una manera diferente.

Cabe insistir en que no debe confundirse esta incapacidad con la provocada por una fuerza irresistible interna, generadora de una incapacidad absoluta de actuar, como puede darse en una parálisis histérica, porque en tal caso directamente se tratará de una ausencia de conducta (162).

IV. TEORÍA DE LA RESPUESTA PUNITIVA

A. Punibilidad como merecimiento y como posibilidad

422. (*La respuesta del Estado al delito: lo punible y lo penable*) A una conducta típica, antijurídica y culpable (injusto culpable o delito), el poder punitivo *debe* (o *debería*) *reaccionar* procurando *responderle* con una pena y, por ende, todo delito es *punible* en el sentido de que *merece –o es digno de– una respuesta punitiva*.

No obstante, en el derecho penal –al igual que en la vida cotidiana– no siempre es posible proporcionar la respuesta merecida a un injusto culpable, o sea que no siempre el delito es *penable* en el sentido de que *se le puede responder* con una pena. En síntesis: no todo lo que es punible porque merece una pena (es digno de pena) (*strafwürdig* en alemán) es penable en el sentido de que pueda respondérsele con la pena (*strafbar*).

Merece ser castigado el niño malcriado que nos ensucia la ropa cuando estamos visitando a amigos, pero no lo podemos castigar porque no es nuestro hijo, no estamos en nuestra casa, los padres son amigos, etc. Así, en la vida cotidiana, tampoco es posible castigar todo lo que merece o es digno de ser castigado.

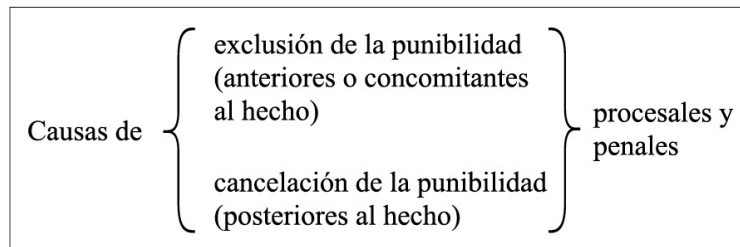
En lo sucesivo usaremos la palabra *punibilidad* únicamente en el segundo de los sentidos señalados, es decir, como la *posibilidad legal de imponer la pena*, dado que el otro sentido (merecimiento de pena) emerge y se agota simplemente con la condición de delito (conducta típica, antijurídica y culpable o injusto culpable) del hecho.

B. Causas de exclusión y de cancelación de la punibilidad

423. (*Naturaleza penal y procesal*) Las causas que hacen inviable la respuesta punitiva estatal pueden ser penales o procesales, y también anteriores o concomitantes al hecho (*causas de exclusión de la punibilidad*)

o posteriores a este (*causas de cancelación de la punibilidad*).

El elenco completo es considerable, al tener en cuenta que emergen también de las leyes penales especiales (derecho penal tributario, por ej.). Nos limitamos a las previstas en el CP.



424. (*Muerte del agente*) Es obvio que en nuestros días la pena y la acción penal se cancelan con la muerte. El principio de personalidad o mínima trascendencia de la pena **(108)** impide que esta pase a los herederos, por lo cual, la pena de multa impaga se extingue con la muerte del penado, no así la reparación civil.

425. (*Prescripción de la pena*) La pena se cancela por prescripción, o sea, que el paso del tiempo motiva la extinción de la pena impuesta por sentencia firme. La mínima racionalidad del poder punitivo se disipa con el correr del tiempo en proporción a la gravedad del hecho y de la consiguiente pena impuesta.

Hacen excepción las penas por crímenes de lesa humanidad, que son imprescriptibles en razón de que la magnitud del injusto y la masividad de bienes jurídicos lesionados, impiden que el tiempo borre la memoria.

Las penas de privación de libertad perpetuas se prescriben a los veinte años, las temporales en un tiempo igual al de la pena y la de multa a los dos años (art. 65 CP).

El plazo de prescripción se cuenta desde la medianoche del día en que la sentencia se notifica al condenado o a su abogado (si no hubiese sido posible la notificación, desde la fecha de la sentencia) o desde la medianoche del día en que su cumplimiento se hubiese quebrantado en caso de que hubiese empezado a cumplirse. En este último caso, el plazo es igual al del tiempo de pena que le quedase por cumplir.

Para las medidas de seguridad (art. 34 inc.1 CP), la prescripción no está prevista en la ley, pero debe entenderse que el término es igual al mínimo de la escala penal del injusto cometido.

426. (*Interrupción de la prescripción de la pena*) La prescripción de la pena se interrumpe (no cuenta el tiempo transcurrido) con un cumplimiento parcial.

La prescripción se suspende (no corre el término) en caso de condenación condicional (art. 27 CP) **(452)**.

Como la prescripción es una causa personal de cancelación de la penalidad, corre separadamente para cada uno de los intervinientes en el delito.

427. (*Indulto*) La pena se elimina por indulto (art. 68 CP), que es un acto político exclusivo del Poder Ejecutivo al igual que la conmutación (disminución de la pena) (art. 99 inc. 5 CN). No son indultables ni conmutables las penas por crímenes contra la humanidad (ER), ni por los delitos de los arts. 29 y 36 CN.

Dado que la prisión preventiva funciona en la práctica como una pena y la CN no distingue entre penas impuestas o conminadas, basta con que haya un proceso, o sea que es admisible el indulto a procesados. En tal caso, el indulto cancela cualquier habilitación de poder punitivo, pero el procesado conserva su derecho a la verdad y podrá exigir que el proceso continúe a ese único efecto.

428. (*Perdón del ofendido*) La pena impuesta se cancela en los delitos de acción privada con el perdón del ofendido (arts. 69 y 73 CP). El perdón se extiende a todos los participantes (coautores, cómplices e instigadores) **(250)**, y no es admisible que se perdone a unos y no a otros.

429. (*Obstáculos a la perseguibilidad del delito*) Los obstáculos a la perseguibilidad del delito son derivados de los casos en que las acciones *dependen de la instancia del sujeto pasivo*, que debe formular denuncia con la expresa o clara intención de que se ejerza la acción penal por el

Ministerio Público (arts. 72, 119, 120 y 130 CP), como también de los casos de delitos que solo son perseguibles por querrela del sujeto pasivo, o sea, de acción privada (art. 73 CP).

430. (*Pago de la multa*) El pago del mínimo de la multa del delito conminado con esa pena antes de iniciado el juicio (por tal debe entenderse la etapa plenaria) o el máximo una vez iniciado este, cancelan la punibilidad del delito (art. 64 CP).

431. (*Prescripción de la acción penal*) La punibilidad se cancela también por efecto de la prescripción de la acción penal. Los plazos de prescripción de la acción guardan relación con la pena conminada, pero no superan los doce años (art. 62 CP).

Las disposiciones sobre prescripción de la acción penal son claramente procesales, pero se hallan en el Código Penal como criterio marco **(82)**, y deja a los códigos procesales la fijación del plazo razonable del proceso, que también extingue la acción penal (art. 7.5 CADH; art. 207 CPPN).

No se prescriben (son imprescriptibles) las acciones por crímenes contra la humanidad (ER; CCT; CICGLH). El fundamento de la prescripción de la acción penal es el mismo que el de la prescripción de la pena **(425)** y, por ende, el de su excepción es análogo.

432. (*Curso de la prescripción de la acción penal*) La prescripción corre desde la medianoche del día en que se cometió el delito, pero si fuese continuo –o continuado– desde la del día en que se realizó el último acto.

En caso de concurso ideal (54 CP) **(307)** la prescripción de la acción se rige por el injusto con pena mayor.

En caso de concurso real (55 CP) **(312)** las acciones se prescriben paralelamente para cada uno de los delitos. En un concurso real de dos delitos (por ej. uno de hurto y otro de robo) no se suman las penas para el cálculo del término de prescripción de la acción, sino que los términos corren paralelamente para cada uno de los delitos. Así, se prescribirá la acción por hurto antes de la correspondiente al robo.

433. (*Suspensión*) La prescripción se suspende (no corre el término) (art. 67 1ª parte CP) por cuestiones previas o prejudiciales.

También se suspende cuando se trata de un delito cometido en el ejercicio de la función pública mientras cualquiera de los que participaron en el hecho continúe en ella. Esta disposición es de dudosa constitucionalidad; debe entenderse, al menos, que la función que se desempeñe posibilite el encubrimiento o la impunidad del delito: no tiene sentido que una acción por hurto cometido en la calle por tres personas, no se prescriba para ninguna de ellas porque una continúe siendo empleada de limpieza municipal.

En los delitos contra el orden constitucional (arts. 226 y 227 CP), la prescripción de la acción se suspende hasta que se restablezca el orden constitucional.

434. (*Interrupción*) En caso de *interrupción de la prescripción de la acción*, el plazo se empieza a contar nuevamente por entero. La interrupción se produce por la comisión de un nuevo delito (establecido por sentencia condenatoria firme, pues no basta con un procesamiento ni con una condena no firme).

La interrupción de la prescripción por actos procesales es una característica autoritaria, introducida en el CP a partir de 1949. En la ley vigente hay cuatro actos procesales que interrumpen la prescripción de la acción penal (art. 67, 2 parte CP).

Es de dudosa constitucionalidad que el llamado a prestar declaración indagatoria (que es un acto de defensa) pueda operar como interrupción. Se separa por plazos de hasta doce años cada acto procesal interruptivo, de modo que cualquier proceso penal podría llegar a los cincuenta y nueve años (volvería imprescriptible la acción), efecto que debe evitarse en función de la previsión constitucional del plazo razonable del proceso (CADH, arts. 7.5, 8.1).

435. (*Excusas absolutorias*) Las causas de exclusión de la punibilidad previstas en la parte especial del CP suelen llamarse *excusas absolutorias*, como, por ejemplo, es el caso de los delitos contra la propiedad cometidos

por parientes o algunos convivientes (art. 185 CP).

También en la parte general del CP aparece alguna causa de cancelación de la penalidad particular, como el incumplimiento de la promesa anterior al delito (art. 46 CP) **(262)**.

C. Niños: caso particular de formal exclusión de la penalidad

436. (*Exclusión meramente formal o perversa*) Como hemos visto, los niños hasta los diez y seis años son formalmente beneficiados por una causa personal de exclusión de punibilidad **(69, 70)**.

No obstante, en la realidad se los excluye de la ley penal manifiesta **(71)** para entregarlos a un poder punitivo arbitrario habilitado en una ley penal (la llamada ley 22.278), que permite su institucionalización hasta la mayoría de edad, con la mera imputación de una conducta típica y hasta como víctima de ella, con el pretexto de presentar *problemas de conducta*. En realidad, se trata de una arbitraria criminalización de la pobreza infantil.

D. Falsa suposición de causas de exclusión de la punibilidad (error de punibilidad)

437. (*Aspiración normativa y posibilidad legal de pena*) La *aspiración normativa* a la determinación de la conducta de los habitantes de la nación (independientemente de que se logre y de la medida en que se lo haga) es la usualmente llamada *función determinante de la norma*, que no se agota en el delito, sino que —en definitiva— lo hace con la posibilidad legal de imposición de pena **(327)**, puesto que nadie suele sentirse obligado por una norma —de cualquier naturaleza jurídica— cuando no es posible que sea sancionado.

438. (*La falsa suposición de causas de exclusión de pena*) La anterior consideración adquiere relevancia respecto de los efectos del error que consiste en la falsa suposición de una causa de exclusión de la pena que en la ley (error *juris*) o en la situación real (error *facti*) no existe. Se trata del llamado *error de punibilidad*.

Por supuesto que la cuestión solo se plantea cuando el error de punibilidad

recae sobre causas de *exclusión de la penalidad* y no de cancelación de esta, pues las primeras deben existir al momento del hecho, en tanto que las segundas advienen con posterioridad a este (es irrelevante que el agente crea que se ha prescripto la acción, por ejemplo).

Son casos de *error de hecho de punibilidad* el que recae sobre la edad (la persona cree tener quince años y en realidad tiene diez y seis, porque hay una falsedad en su partida de nacimiento), sobre la condición de pariente en el art. 185 (cree que es su padre y no lo es, porque siempre le dio ese trato y nunca lo verificó en la documentación). Es un caso de *error juris de punibilidad* el del extranjero que cree que la edad de responsabilidad penal comienza a los diez y ocho años.

439. (*Efectos del error de punibilidad*) Si bien es claro que las causas de exclusión de la punibilidad no requieren que el agente las conozca, su falsa suposición da lugar a este género de errores que, como generan prácticamente la misma situación subjetiva que el error de prohibición, razonablemente no pueden tener un efecto diferente a este, o sea, el de eliminar la punibilidad cuando sean invencibles y de disminuir la escala penal dentro de los límites del art. 41 CP si fuesen vencibles.

El fundamento legal de esta solución se halla en el propio inc. 1 del art. 34 del CP, que requiere la posibilidad de *comprensión* –lo que presupone el *conocimiento*– de la *criminalidad*, expresión esta última que importa tanto el conocimiento de la relevancia típica de la antijuridicidad como también el de la punibilidad consiguiente, lo que, por otra parte, coincide con todos los antecedentes legislativos de la disposición del CP.

E. Las penas en las leyes penales manifiestas

440. (*Penas en el CP*) Las penas de nuestro CP (art. 5) son prisión, inhabilitación y multa. Las disposiciones sobre reclusión han perdido vigencia puesto que la ley de ejecución (24.660) no la trata y al tipificarse los crímenes contra la humanidad (ley 26.200, art. 7) se estableció la prisión como pena única. La distinción histórica consistía en que era una pena infamante, prohibida por la CN (art. XXVI DADH) y que habilitaba trabajos públicos.

441. (*Pena de muerte*) La *pena de muerte* ha desaparecido para siempre de la legislación nacional con la derogación del CJM (ley 26.394 de 2008).

Conforme a la regla de la abolición progresiva de la CADH, una vez abolida no puede restablecerse (art. 4.3 CADH).

442. (*Pena perpetua en sentido estricto*) Cabe señalar que la *pena propiamente perpetua*, es decir, sin posibilidad alguna de extinción durante toda la vida del penado, equivale a la pena de muerte, *al igual que cualquier pena que llegue o se aproxime al agotamiento de la expectativa de vida de la persona*.

Además, la *pena propiamente perpetua* presupone una negación de la personalidad dado que (a) presume que se trata de una persona *inferior* porque no podrá modificar su conducta jamás en su existencia; (b) impone una confiscación prohibida de bienes (17 CN), pues le confisca el derecho a trabajar (14 CN) durante toda su vida; y (c) deteriora a la persona de modo irreversible, como toda institucionalización muy prolongada, o sea que la convierte en una pena corporal.

Por ende, debe entenderse que la pena llamada perpetua de nuestro CP no puede ser realmente una *pena hasta la muerte*, pues en algún momento debe existir la posibilidad de hacerla cesar.

443. (*Prohibición de penas crueles*) Fuera de las penas expresamente prohibidas en la CN histórica (arts. 17 y 18 CN), el marco general de la definición de penas prohibidas lo proporciona la prohibición de *penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes* (art. 5 DU; art. 7 PIDCP; art. 5.2 CADH).

Las penas legales no son, por cierto, *penas dulces*, y su antónimo (es decir, las *crueles, inhumanas y degradantes*) son las penas desproporcionadas (irracionales), que no guardan cierta relación con la magnitud del contenido injusto del hecho y con su correspondiente culpabilidad (457). Dicho más sintéticamente, la exigencia de *proporcionalidad de la pena* (adecuación al contenido injusto y a la culpabilidad) se deriva de la prohibición de las penas crueles.

444. (*Las medidas para pacientes psiquiátricos*) Las *medidas* del inc. 1 del art. 34 CP plantean un problema constitucional muy grave, pues –en verdad– se trata de un resabio de viejas doctrinas vigentes hace un siglo. Lo cierto es que, a estar a la letra de la ley, esta impone *penas indeterminadas a pacientes psiquiátricos*.

La ley se expresa en términos tales que permiten llegar al extremo de imponer privaciones de libertad incluso a personas que pueden haber causado un resultado sin realizar siquiera conducta, como en los casos de la inconsciencia e involuntabilidad (**159, 160**), porque el art. 34, inc. 1 CP abarca toda la incapacidad psíquica de delito y no solo la de culpabilidad.

Lo correcto sería derivarlas a la legislación civil o psiquiátrica y eliminar toda intervención del poder punitivo, lo que hasta el presente no ha sucedido. En la práctica se aplican muy selectivamente.

Dado que la ley no establece un término máximo, también tienen el inconveniente de que es muy difícil ponerles fin, porque pocos jueces, fiscales y peritos se animan a decidir que *ha cesado el peligro*, sin contar con los casos de *pacientes olvidados* por años en manicomios.

445. (*Mínima racionalidad: exigencia de un término*) Si bien se trata de *penas sin delito*, pero que de hecho se aplican, al menos es menester señalarles límites, tanto *materiales* como *temporales*.

Como mínimo –y hasta que la jurisprudencia las declare inconstitucionales– debería limitárselas *materialmente* a casos de hechos graves contra la vida, la integridad física o la libertad sexual.

En cuanto a la *temporalidad*, la más elemental racionalidad exige que su duración no supere el mínimo de la escala penal que hubiese correspondido a una persona capaz que hubiese realizado la acción típica del delito que corresponda al hecho del incapaz.

Pasado ese tiempo y de requerir atención el estado de la persona, debería intervenir la justicia civil, adoptando las medidas adecuadas al grado de agresividad del enfermo.

Entendemos que *el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás* (art. 34, inc. 1, 2 párrafo CP) no se refiere a la vieja idea de

peligrosidad penal policial (posibilidad de comisión de un nuevo delito) (*), sino a la agresividad del paciente, dado que *el peligro de daño a sí mismo* no es peligro de un delito, sino expresión de su autoagresividad. La *agresividad* es verificable clínicamente, en tanto que la *peligrosidad* no es más que un cálculo de probabilidades acerca de un hecho futuro e incierto (464).

446. (*La pena de prisión*) La pena de prisión es la más grave que se puede imponer a una persona, debido al inevitable efecto deteriorante de toda institucionalización total (*).

Las condiciones carcelarias en América Latina aumentan en diez o quince veces los riesgos para la vida y la salud, con lo cual se convierte en una pena corporal. Además, en la amplísima mayoría de los casos no se cumple como pena, sino como *prisión preventiva*, que se imputa luego a la pena que se le impone en caso de condena (art. 24 CP).

447. (*Imposibilidad de una interpretación racional de las disposiciones vigentes sobre límites de la pena de prisión*) El CP, en su versión original y con las reformas de 1984, tenía un sistema para la pena privativa de libertad bastante coherente.

Este sistema se ha destruido como resultado de reformas coyunturales. No es posible ninguna interpretación racional del CP vigente en cuanto a los límites de esta pena, por lo cual es *absolutamente inconstitucional en su actual redacción*, producto de campañas de ley y orden, políticos inescrupulosos, periodismo amarillista y *víctimas héroes*.

Los restos del CP hoy vigentes establecen que el condenado a pena perpetua puede solicitar la libertad condicional después de 35 años de encierro (art. 13 CP) (antes 20 años), pero no se alteraron las escalas para la tentativa y la complicidad secundaria (10 a 15 años, art. 43 y 46); tampoco le corresponde la libertad condicional si es reincidente (art. 14 CP), de modo que, en definitiva, no recuperaría nunca la libertad (igual antes, pero como la pena de relegación del art. 52 estaba destinada a multirreincidentes (486), procedía en las condiciones del art. 53, pues de otro modo habría que entender que el reincidente por primera vez debería cometer una serie de delitos en el penal, para convertirse en multirreincidente y lograr que un día

se le habilite la libertad condicional).

A ello se suma que ni siquiera es claro cuál es el tiempo máximo de la pena privativa de la libertad temporal (antes 25 años, ahora 50 años por el máximo del concurso real (art. 55 CP); no falta quien al aprovechar la más que descuidada torpeza legislativa en la reforma al art. 227 ter CP, considera que es de treinta y siete años y seis meses).

La Corte Suprema ha sostenido que la incerteza acerca del máximo de la más grave de las penas no es una materia de implicancia constitucional, sino de derecho común, lo que resulta insólito, pues si no se conoce el máximo posible de una pena, es imposible cuantificarla racionalmente.

448. (*Normas internacionales*) Este caos se acrecienta con la sanción de las leyes 25.390 del 2000 y 26.200 de 2006; la primera ratificó el tratado que establece el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional y con ello incorporó al derecho nacional la norma que establece que *para los crímenes contra la humanidad la pena máxima es de treinta años de privación de la libertad* (art. 77 ER).

Conforme al ER solo puede establecerse pena perpetua cuando lo justifique la *extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado* (obsérvese que se refiere a *extrema gravedad de crímenes muy graves por la masividad de víctimas* y además requiere *circunstancias personales*, que obviamente se están refiriendo a la posibilidad de que el criminal conserve poder). De cualquier modo, tampoco esta previsión implica una pena realmente perpetua, porque podrá ser revisada cada cinco años (127).

449. (*Inadmisibilidad de penas diferentes para los mismos delitos*) Para introducir aún más confusión, la ley 26.200 (arts. 8, 9 y 10) establece que en los casos en que esos delitos deban juzgarse por tribunales federales nacionales competentes en razón del principio universal (123) (118 CN; ER), la pena será de hasta veinticinco años de prisión y si hubiera una muerte será perpetua, o sea que eleva la pena ordinaria de los delitos contra la humanidad al volver perpetua lo que en el ER tiene un máximo de treinta años.

Esta agravación establece una desigualdad de trato inexplicable (viola los arts. 1 y 16 CN). Si se reconoce una competencia internacional para crímenes que usualmente son masacres a las que solo por excepción puede penarse con una pena perpetua revisable (pues normalmente la pena es de treinta años), no puede admitirse que cuando esos delitos deban ser juzgados por los tribunales nacionales en virtud del mismo tratado, las penas sean más graves y, menos aún, que para delitos del orden común se puedan usar las mismas penas que para los más excepcionales y horripilantes crímenes masivos contra la humanidad.

450. (*Posible reconstrucción de un sistema racional*) Una forma de reconstruir racionalmente el sistema de la pena privativa de libertad (prisión) en la actualidad es remitir al Estatuto de Roma (que es ley suprema en función del art. 31 CN) y concluir que la pena máxima hoy vigente es de treinta años de prisión, que es el máximo usual reconocido por la ley nacional a la competencia internacional para el genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad. (La jurisdicción nacional solo quedaría habilitada para imponer una prisión perpetua revisable en el supuesto excepcional y en las condiciones que la habilita el ER).

Deberá entenderse que la pena perpetua del CP tiene ese máximo y que la libertad condicional es procedente con los dos tercios de la regla temporal (veinte años), y es inconstitucional el término de treinta y cinco años que lo excede y que no guarda relación con el previsto para la tentativa y la complicidad, como tampoco el de cincuenta años para el concurso real (art. 55 CP) **(312)**, que debería entenderse también fijado en treinta años.

De mantenerse el criterio todavía jurisprudencialmente dominante acerca de la constitucionalidad de la reincidencia **(479)** y del art. 14 CP **(451)**, se deberá admitir que la pena perpetua no admite libertad condicional en ese caso, pero se extingue a los treinta años.

Igual solución correspondería para las disposiciones que impiden la libertad condicional a los condenados por ciertos delitos, en caso de considerar que esa reforma sea constitucional (art. 14 CP según la ley 25.892 de 2004).

Esto último es más que dudoso, porque no es racional agravar penas que no son más

graves. Así, la jurisprudencia consideró inconstitucionales los llamados *delitos inexcusables*, o sea, casos en que la ley estableció que, pese a que la pena conminada lo permitía, en algunos delitos la persona debía permanecer en prisión preventiva.

Cabe observar, que la ley 24.660 regula el régimen de salidas transitorias y otros beneficios, cuyo análisis corresponde al derecho de ejecución penal (77 y ss.).

451. (*Libertad condicional*) El CP regula tradicionalmente la libertad condicional, cuando el penado haya cumplido dos tercios de la condena o períodos menores en caso de penas más cortas (art. 13 CP).

Es dudoso cuándo la pueden pedir los condenados a perpetuidad en razón de la señalada derogación tácita del término insólito de treinta y cinco años, pero cabe entender que teniendo esta un máximo de treinta años se la habilitaría a los veinte años (dos tercios).

La exclusión de los reincidentes de la libertad condicional es inconstitucional en razón de la inconstitucionalidad de la propia reincidencia (483), pero incluso al admitir la constitucionalidad de esta doble punición, no podrá negarse el valor residual de la libertad condicional para multirreincidentes de la pena de relegación (art. 53 CP) (486), ahora declarada inconstitucional por la Corte Suprema.

452. (*Condenación condicional y probation*) La ley vigente contempla dos instituciones de origen diferente para evitar las penas cortas de prisión, y las reemplaza por un régimen de prueba que incluye como condición esencial la no comisión de un nuevo delito: la condena condicional (francesa) (arts. 26 a 28 CP) y la suspensión del juicio a prueba (arts. 76 bis, ter y quater CP) (la *probation* anglosajona).

En la condena condicional se pronuncia una condena, se la somete a una prueba y, pasado el tiempo y superada la prueba, se elimina la condena misma.

En la *probation*, se suspende el pronunciamiento de la condena y, cumplida la prueba, se declara extinguida la acción penal.

En ambas, las penas que se imponen o que se suspenden no pueden ser mayores de tres años. Se trata de instituciones limitadas a la pena de prisión

y no rigen para las de multa e inhabilitación, cuyo cumplimiento no obstaculiza tampoco su operatividad.

453. (*Pena de multa*) La *multa* impone al penado el pago al Estado de la cantidad de dinero que establece la sentencia. Además del criterio general en la cuantificación penal (art. 41 CP) el tribunal debe tomar en cuenta la condición económica de la persona (art. 21 primer párrafo CP).

Puede imponerse como pena única, conjunta con la prisión o la inhabilitación, alternativa con la prisión y también en todo delito cometido con ánimo de lucro (art. 22 bis CP), caso en que es facultativa del tribunal.

Si el penado no paga la multa pese a las facilidades que pueden ofrecérsele, se la ejecuta en sus bienes y, cuando esto no fuese posible, se la convierte en prisión no mayor de un año y medio (art. 21 CP). Si la imposibilidad de pago es absoluta, la prisión no es viable, puesto que no es exigible lo imposible (7,7 CADH) y sería absurdo que una persona vaya a prisión por no disponer de bienes.

454. (*Pena de inhabilitación*) La *inhabilitación* hace perder o suspender uno o más derechos del penado, en forma diferente a los que afectan las penas de prisión y de multa. Puede ser *absoluta* o *especial*.

(a) La *inhabilitación absoluta* priva de los derechos enumerados en el art. 19 CP.

Es inconstitucional por confiscatoria (17 CN) la privación de cualquier beneficio previsional (art. 19, 4, CP), que no es más que un resabio de la vieja muerte civil.

La inhabilitación absoluta se impone como pena accesoria en toda condena a prisión mayor de tres años (art. 12 CP) y se extingue con esta, aunque el tribunal puede disponer que se extienda hasta tres años más.

La inhabilitación absoluta también puede imponerse como pena principal.

(b) La *inhabilitación especial* siempre se impone como pena principal (no accesoria) aunque se la prevea en forma conjunta. Requiere una determinación judicial precisa en la sentencia acerca de la actividad de que se trate (20 CP). El art. 20 bis CP prevé la imposición conjunta para casos

no previstos en la parte especial.

La inhabilitación puede ser temporal o perpetua, aunque tampoco esta última es materialmente perpetua, pues en ambos casos puede rehabilitarse después de cumplida la mitad de la pena o diez años en la llamada perpetua (art. 20 ter CP).

Como se ha visto **(91)**, el art. 60 CN faculta al Senado Federal a imponer una inhabilitación especial en juicio político, al parecer materialmente perpetua, disposición que debe ser considerada obsoleta por contradecir disposiciones de los tratados del inc. 22 del art. 75, dado que una pena no revisable y materialmente perpetua impuesta por un órgano político nunca puede superar el control de convencionalidad.

455. (*Decomiso*) El decomiso (art. 23 CP) opera como pena accesoria. Siempre debe recaer sobre cosas en particular, para que no resulte confiscatorio.

En los delitos culposos no hay *instrumentos*, de modo que no sería admisible la pretensión de decomisar el automotor en un caso de lesiones u homicidio culposo o negligente de tránsito.

Los *efectos provenientes del delito* son cosas, dinero o mercancía obtenida mediante el injusto, siempre que no pertenezcan a terceros.

456. (*Reparación civil*) No debe confundirse el decomiso con la reparación civil que, conforme a lo previsto en los arts. 29 a 33 CP, puede reclamarse y resolverse en sede penal, pero que no por eso adquiere carácter de pena en nuestro derecho. En cualquier caso, la reparación civil conserva plenamente su naturaleza.

F. El derecho de cuantificación penal

F.1. Principios generales y límites constitucionales

457. (*Principios y reglas generales*) El *derecho de cuantificación penal* (el *sentencing* anglosajón) es la doctrina que se ocupa de la individualización de la pena (prisión efectiva, condicional o en suspenso, multa, inhabilitación) y de la medida de estas en los casos concretos.

Descartado en la legislación comparada el sistema de *penas fijas*, en la legislación nacional las normas que la rigen se jerarquizan conforme al art. 31 CN (primero la CN y los tratados del inc. 22 del art. 75 y en segundo término las leyes infraconstitucionales, es decir, el CP y las leyes especiales).

En general, el CP establece escalas con mínimos y máximos de pena para cada delito, dentro de las cuales los jueces deben *cuantificar* las penas en cada caso, conforme a las reglas del art. 41 CP. También establece reglas que contemplan supuestos que modifican las escalas por mayor o menor contenido injusto o por el grado de culpabilidad. Los límites mínimos que resultan de las escalas o las reglas son obligatorios para los tribunales en tanto no deban alterarse por imperio de las normas de la CN y de los tratados a ella incorporados. No obstante, nuestros tribunales casi no han prestado atención a las normas constitucionales e internacionales en materia de mínimos de las escalas penales, invirtiendo la jerarquía normativa **(466)**.

F.2. La culpabilidad como única medida de la pena

458. (*La culpabilidad como base de la respuesta punitiva*) Cuando *razones de Estado* o coyunturas demagógicas entran en consideración a la hora de cuantificar la pena, el poder punitivo se desboca, el Estado de derecho queda impotente ante las pulsiones del Estado de policía o del deterioro estatal, el derecho calla frente al poder político, obediente a la publicidad oligopólica vindicativa, que lo amenaza con pérdida de votos y linchamiento mediático.

Para contener esta pulsión debe reafirmarse que la cuantificación penal no puede responder a otros criterios que los que emergen de la teoría del delito y conforme a lo dispuesto por el art. 41 CP, esto es, a la magnitud del injusto y al grado de su correspondiente reprochabilidad, precisada dentro del máximo indicado por la culpabilidad por el acto sintetizado con la magnitud del esfuerzo realizado para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad **(387)**. En resumen: *la pena no puede exceder la medida del reproche personalizado del injusto de que se trate*.

459. (*El injusto y la culpabilidad*) Afirmar que en la medida de la pena

juega el ámbito de autodeterminación concreta del agente en el momento del hecho, del que debe descontarse el estado de vulnerabilidad que no le es imputable, no significa que se desconozca la magnitud del contenido ilícito del injusto concreto. Por el contrario: la culpabilidad personalizada siempre corresponde a un injusto concreto y conforme a su gravedad se hace más o menos exigible el comportamiento conforme al derecho **(392)**.

No existe una *exigencia de fidelidad al derecho* absoluta e inmutable (como se ha pretendido en casi todos los totalitarismos), sino que el grado de exigencia siempre corresponde a la magnitud del contenido ilícito: en razón de eso, precisamente, se establecen escalas penales diferentes que, de no mediar razones constitucionales, deben respetarse por los tribunales. Es demasiado obvio que lo que alcanza para exculpar un estacionamiento en lugar prohibido no es suficiente para exculpar un robo **(392)**.

460. (*El art. 41 CP como base legal de la cuantificación*) En nuestro derecho, la previsión central en materia de cuantificación penal se halla en el art. 41 CP, que es producto de una combinación de fórmulas históricas nacionales.

Esa disposición opta por una *fórmula sintética* que se separa de la tradicional tabulación de atenuantes y agravantes del código español de la época (propio del sistema de penas fijas) y aunque en apariencia menciona criterios confusos, un atento análisis permite separar nítidamente *los dos criterios básicos de cuantificación: el injusto y su correspondiente culpabilidad*.

Este artículo contiene, además, una disposición procesal que es el mínimo de inmediación con el procesado, e impone el conocimiento directo y *de visu* por el tribunal sentenciador.

461. (*Bastardización del art. 41*) Lamentablemente en los últimos años el art. 41 ha sido adicionado al ritmo marcado por la publicidad de los medios masivos con parches tabulados de agravantes y atenuantes descuidadamente redactados (arts. 41 bis y 41 quater, armas de fuego y participación de menores en que aumenta las escalas en un tercio del mínimo y del máximo; 41 ter que permite disminuirlas en un tercio por negociación con el delincuente; la ley 23.592 agrava en un tercio el mínimo y en la mitad el

máximo de cualquier delito cometido por odio racial o religioso; la ley 24.192 de espectáculos deportivos agrava en un tercio la pena de algunos delitos).

Cabe advertir que tomada a la letra la ley vigente –es decir, al desatender su inconstitucionalidad y la ley posterior (ER)– el máximo en todos estos casos podría alcanzar cincuenta años (art. 55 CP).

462. (*Desarticulación de los mínimos*) Hemos visto **(203)** que la bastardización del sistema de penas flexibles y la constante elevación legislativa de los mínimos destruyó la arquitectura originaria del CP, que tiene muy pocos tipos privilegiados o atenuados, precisamente porque había optado por establecer mínimos bajos, para dejar a los jueces suficiente espacio de cuantificación. Ese criterio hacía innecesaria la abundancia de tipos privilegiados, que se observa en muchos otros códigos.

La actual elevación de los mínimos sin establecer tipos privilegiados amplía enormemente la posibilidad de penas arbitrarias (inconstitucionales) por exceder la elemental proporción con la magnitud del injusto y la correspondiente culpabilidad.

463. (*La culpabilidad como criterio del art. 41 CP*) Todo lo referido a las motivaciones de la conducta delictiva es, en definitiva, el fundamento de la culpabilidad. La *miseria y la dificultad para ganarse el sustento* es una referencia a la culpabilidad por la vulnerabilidad **(389)**; la mención de la personalidad del agente (*edad, educación*) implica la necesidad de tomarla en cuenta para estimar su ámbito de autodeterminación en el hecho; los *antecedentes y condiciones* personales son clara referencia al *status* social, o sea, al estado de vulnerabilidad.

464. (*La peligrosidad positivista es inconstitucional porque cosifica a la persona*) La referencia a la *peligrosidad* (art. 41 CP) importa una cuña de extraña madera de origen positivista (racista) (*) que hoy debe ser reinterpretada para compatibilizarla con la CN y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que estableció que se trata de un concepto violatorio de la CADH (caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*) (*).

El pronóstico de conducta de la persona es una negación de su condición mediante la *cosificación* del ser humano, porque *peligrosa* es una cosa y no una persona dotada de conciencia moral.

Además, nadie puede saber a ciencia cierta qué hará otro —y ni siquiera él mismo— en el futuro. Solo puede emitir un juicio de probabilidad, pero este se funda en grandes números (estadísticas), por lo que en el caso concreto puede resultar completamente falso. En la práctica ni siquiera esto se hace, porque no hay investigaciones que permitan aplicar pronósticos conforme a grandes números y la supuesta *peligrosidad* siempre fue manejada intuitiva y arbitrariamente como mayor punición para portadores de estereotipos **(32 a 36)**. Todo esto sea dicho, sin contar con que *penar por peligrosidad implica no imponer pena por el hecho cometido sino por los futuros que solo se imaginan, pero que no se han cometido y ni siquiera pensado*.

465. (*Posible interpretación constitucional; la peligrosidad para el poder jurídico*) La necesidad de rechazar el criterio positivista (racista) de la palabra impone tenerla por no escrita o asignarle otro sentido compatible con la CN. Dado que la inconstitucionalidad de la ley es un último recurso, debe siempre intentarse el segundo.

En este caso se puede entender como *peligrosidad* cierto grado de *peligro*, pero no de comisión de un delito futuro que nadie imaginó, sino como *peligro para la función reductora del derecho penal*.

En este sentido, debe reiterarse que cuando el agente haya realizado un enorme esfuerzo para alcanzar la situación de vulnerabilidad en injustos muy graves (genocidios, masacres, homicidios múltiples, violaciones seriales, etc.), el poder jurídico dispone de mucho menor espacio de contención del poder punitivo, puesto que, de no habilitar penas cercanas a los máximos legales, pondría en *riesgo* la legitimación misma de la su función jurídica reductora **(391)**.

Esta circunstancia configura un *peligro para el poder jurídico de contención*, que el derecho penal no puede ignorar porque se trata de una limitación a su ejercicio en cada caso concreto y también en general, dado que al deslegitimarse el poder jurídico se refuerzan las pulsiones del Estado de policía.

Otra de las posibles interpretaciones compatibles con la CN es entender que significa *agresividad*, la que es verificable.

F.3. Los mínimos de las escalas penales y la CN

466. (*Imperio constitucional sobre la legislación infraconstitucional*) Nunca se puede cuantificar una pena por sobre lo indicado proporcionalmente por el respectivo grado de culpabilidad, porque una pena sin culpabilidad es siempre una *pena cruel* que, además de violar el principio de humanidad (107), desconoce el carácter de ente con conciencia moral inherente a la condición de persona (103) y, por consiguiente, es violatoria de elementales normas y principios constitucionales e internacionales.

Pero cuando los jueces excepcionan los mínimos de las escalas penales, por fuerza deben hacerlo con fundamento en esas leyes de superior jerarquía normativa y en los principios de ellas derivados, pues de lo contrario incurrirían en *derecho libre*, invadiendo la competencia legislativa.

467. (*Los jueces deben basarse, ante todo, en la CN*) A los jueces no les está permitido usurpar la función del legislador, pero *les está mandado controlar que el legislador –por acción o por omisión– no usurpe la función del constituyente al violar el mandato de racionalidad del ejercicio del poder inherente al principio republicano de gobierno.*

Este es el principio general de un Estado constitucional de derecho que, de lo contrario, se reduciría a un Estado legal de derecho y la CN quedaría degradada a una manifestación de buena voluntad librada al arbitrio de las mayorías parlamentarias coyunturales. A pesar de la debilidad de nuestro control de constitucionalidad (18), nuestro Estado constitucional de derecho reconoce la inspiración norteamericana en la CN 1853-1860, que se le opone al modelo de Estado legal de derecho bonapartista.

En función de este mandato constitucional, los jueces deberían habilitar penas inferiores al mínimo indicado por la ley infraconstitucional en todos los casos en que este señale una pena que –en el caso concreto– exceda la medida indicada por el grado de culpabilidad de ese injusto, como por

ejemplo, puede suceder en los supuestos de imputabilidad o culpabilidad disminuida antes referidos **(403)**.

468. (*Penas a personas de los pueblos originarios*) También son claros casos en que el poder jurídico debería excepcionar los mínimos de las escalas penales, cuando se trate de personas pertenecientes a culturas originarias que –inevitablemente– se viesan sometidas a una *doble punición* (la estatal y la comunitaria). En estos casos el juez debería considerar la magnitud de ambas puniciones para moderar la que habilita, a efecto de que la suma no exceda el máximo indicado por la culpabilidad.

La combinación del principio de culpabilidad con el de humanidad (prohibición de penas crueles) **(107)**, el *ne bis in idem* (prohibición de doble punición) **(109)** y el reconocimiento constitucional de nuestros pueblos originarios (con garantías que se establecen en el inc. 17 del art. 75 CN), no permiten concluir una solución diferente en estos supuestos.

469. (*Penas naturales*) También del *principio de humanidad* **(107)** se deriva la prohibición de *penas crueles*, lo que –entre otras cosas– plantea la cuestión de las llamadas *penas naturales*. Se trata de los casos en que el hecho hubiese tenido consecuencias gravísimas para el agente o para algún ser querido o cercano, en que se considera que *del delito se derivó naturalmente la pena*.

El supuesto más común de pena natural se presenta en los delitos por negligencia (arts. 84 y 94 CP), cuando el hecho haya provocado lesiones graves al autor o la muerte de familiares. Aunque sea excepcional, también puede presentarse en delitos dolosos: un sujeto quiere hacer estallar un artefacto explosivo, pero al manipularlo explota y le deben amputar los brazos y las piernas o queda irreversiblemente ciego o parapléjico.

Si bien en nuestra legislación no están previstas las consecuencias de las llamadas *penas naturales*, resulta tan extremadamente irracional la punición de estos casos, que no puede ser tolerada a la luz del principio republicano (art. 1 CN), porque ni siquiera alguna de las pretendidas *teorías de la pena* **(43)** podría legitimarla. Por consiguiente, cabe concluir que en estos casos los jueces deberán integrar analógicamente la ley penal *in bonam partem*, lo que hasta el presente no se ha hecho.

470. (*Penas ilícitas ejecutadas*) Así como los caballos blancos y negros son caballos, las penas, sean *lícitas o ilícitas*, siempre siguen siendo penas, o sea, castigos impuestos por un Estado en razón de un delito.

El derecho penal no puede negar que *las penas crueles son penas*. Así, la tortura que se impone a una persona por un funcionario estatal, el maltrato carcelario, las lesiones que sufra por descuido de los funcionarios en la cárcel o en la prisión, los azotes que pueda recibir, los golpes innecesarios para reducirlo o detenerlo, la tortura psicológica, etc., son penas ilícitas – por cierto– pero *siguen siendo penas*, porque se ejecutan por funcionarios del Estado y son motivadas por el delito cometido por quien las sufre.

Si bien en tales casos corresponde penar los delitos de los funcionarios, lo cierto es que el Estado no puede alegar que solo es responsable de las penas lícitas y que las ilícitas, ejecutadas por sus funcionarios, no han existido, cuando en realidad la persona las ha sufrido. De lo contrario, el Estado sería la persona jurídica más privilegiada del mundo: podrá tener una horda de asesinos como policías y solo ser responsable de las acciones lícitas de sus funcionarios y desentenderse de las atrocidades de estos.

En esos casos corresponde que, al tratarse de procesados, al momento de imponerle la pena lícita por el delito cometido, se tenga en cuenta –para descontarla– la pena ilícita ejecutada y, al tratarse de condenados que, por vía de revisión extraordinaria, se proceda del mismo modo, reduciendo la pena lícita que se le hubiese impuesto. No hacerlo importaría –además– una clara violación al principio *ne bis in idem*, porque se le harían sufrir dos penas (la lícita y la ilícita) por el mismo delito.

471. (*Prisiones superpobladas y tortura*) Un caso particular de penas ilícitas se presenta con creciente frecuencia en nuestra región. Es el de las prisiones superpobladas, que, por lo general, también presentan una enorme desproporción entre el número de presos y el personal penitenciario. En otras palabras: a las condiciones de hacinamiento se agrega que el orden interno de esas cárceles está regido por los propios presos, normalmente por bandas de delincuencia organizada que ejercen violencia sobre los otros presos, lo cual suele traducirse en masacres (llamadas *motines*), con alto número de víctimas fatales.

Desde 1955 la ONU se ocupa de la cuestión y el *standard* señalado se concreta actualmente en las *Reglas mínimas*, conocidas como *Reglas Mandela*. Pero al margen de esos indicadores, en esas condiciones, la prisión pasa a ser una lesión al derecho a la vida, a la salud y, en definitiva, una tortura en curso, pues el preso sufre un permanente miedo a la muerte.

Varios países han sido conminados a reducir el número de presos por jurisdicciones nacionales e internacionales. Pero lo cierto es que los jueces no pueden imponer penas ilícitas y, por lo tanto, estos deben proceder en esas circunstancias del mismo modo que se señala para los casos precedentes: el sufrimiento ilícito se debe compensar al penado o procesado, acortando adecuadamente su tiempo de privación de libertad, sin perjuicio de las medidas políticas generales que adopten las administraciones.

F.4. Escalas reducidas (menor injusto o culpabilidad)

472. (*Art. 35 CP y escalas para la tentativa y la complicidad*) Las escalas reducidas en razón de un injusto menor en función de reglas generales son principalmente:

(a) El exceso extensivo del art. 35 CP (**380, 381**), que dispone que se imponga la pena prevista para el delito culposo o negligente.

(b) La escala reducida de la tentativa (**271**) (art. 43), según la cual se establece para la prisión temporal la pena que le hubiese correspondido al agente si hubiese consumado el delito y luego se la disminuye entre un tercio y la mitad.

No obstante, el resultado de esa operación nunca podrá superar la mitad del máximo de la escala legal para el hecho consumado, porque en tal caso excedería en algún supuesto la de la pena máxima (la pena para la tentativa en delito que consumado está penado con prisión perpetua es de quince años; los dos tercios del máximo de homicidio simple (79 CP) excederían este límite: sería de diez y seis años y ocho meses; la mitad del máximo del homicidio evita la contradicción: doce años y seis meses).

c) La escala reducida de la complicidad secundaria (art. 46 CP) (**267**), que opera igual que la tentativa, solo que la pena de la que se deduce de un

tercio a la mitad es la que le hubiese correspondido como autor del hecho.

473. (*Combinación de escalas reducidas*) En caso de complicidad secundaria en la tentativa, las reducciones se combinan (art. 47): entre dos tercios y un cuarto de la pena que le hubiese correspondido al autor para el delito consumado. En caso de prisión perpetua debe entenderse que se reduce de un tercio a la mitad la prisión de diez a quince años.

F.5. Principio de unidad de la punición

474. (*Una única persona*) En cualquier caso, el penado es *una* persona, y si bien puede haber realizado una conducta pluralmente típica (concurso ideal) **(307)**, incurrido en una pluralidad de delitos (concurso real) **(312)** o haber sido pluralmente condenado, lo cierto es que siempre rige el principio de *unidad de respuesta punitiva*: en cualquier caso, debe llegarse a una única respuesta penal.

475. (*Pena del concurso ideal*) En el caso del concurso ideal (art. 54 CP) rige la regla de la *absorción*: se impone solo la *pena mayor*, que es la que compromete más bienes jurídicos del penado (la prisión es la mayor siempre). En caso de diferentes penas de prisión, se toma en cuenta la de promedio más alto. En caso de penas alternativas, todas deben reducirse a la de naturaleza más grave.

476. (*La lesión a la legalidad de la pena*) Para la pena del concurso real (art. 55) rige el principio de la *aspersión* (o de *riego*), conforme al cual el mínimo es el mínimo mayor y el máximo la suma de todos los máximos, sin exceder de treinta años, siempre que por inconstitucional o por derogado por ley posterior más benigna (ER), no se tome en cuenta el de cincuenta años de la ley vigente.

En cualquier caso, el art. 55 CP siempre fue inconstitucional, incluso antes de la disparatada reforma de su máximo, porque lesiona el principio de legalidad de las penas: una discreción judicial que va de un mes a veinticinco o treinta años (y a la letra de la ley ahora a cincuenta), nunca fue una escala penal, sino un ámbito de arbitrariedad ilimitado.

Piénsese que, por quince hurtos simples de calzoncillos, la escala penal sería de un mes a treinta años y, a la letra de la ley, por veinticinco hurtos simples de igual magnitud, será de un mes a cincuenta años. Una cosa es la normal *flexibilidad de las escalas penales* y otra muy diferente la arbitrariedad disparatada.

477. (*La inconstitucionalidad que no puede declararse*) No obstante, la inconstitucionalidad de la previsión del art. 55 CP es un caso muy particular, porque no es admisible declararla, sino que se impone compatibilizarla con la CN, porque de considerarla directamente inconstitucional se ejecutarían sucesivamente todas las penas, lo que resultaría aún más irracional y haría caer al derecho penal en el ridículo, dado que excedería la vida de la persona, alcanzando en algunos casos siglos de pena de prisión.

Semejante curiosidad obliga a una integración por vía histórica que permita compatibilizar el art. 55 con la CN. La historia del precepto indica que tuvo por fuente los códigos penales italiano de 1888 (*) y holandés de 1881 (*). En la elaboración de nuestro CP de 1921 se simplificaron reglas que a los redactores les parecieron demasiado complicadas y, en este esfuerzo de síntesis, se omitió agregar un límite sabio y prudente que establecía el código holandés: el máximo no podía exceder el de la especie de pena, pero *tampoco de un tercio más del máximo mayor*.

Recuperar este límite histórico que, por otra parte todo indica que el codificador lo tuvo por implícito, otorga racionalidad a la escala: si concurre al menos un delito grave puede llegarse al máximo, pero si solo son delitos leves este máximo no puede alcanzarse nunca.

Nada impediría que, para salvar la constitucionalidad de la fórmula, la jurisprudencia incorpore el límite histórico al parecer implícito y entendiera que no pudo ser voluntad de la ley ignorar el principio constitucional e internacional de legalidad estricta y de racionalidad republicana de la pena.

Otra variable sería declarar la inconstitucionalidad y considerar que mientras se cumple la más grave se van prescribiendo las restantes, lo que parece mucho más forzado. La jurisprudencia no se ha pronunciado hasta el momento.

478. (*Unificación de condenas*) Puede ser que todos los delitos que

concurran realmente se juzguen en el mismo proceso y se condene por ellos en una única sentencia, lo que no es habitual, dada las diferentes fechas de comisión y eventualmente los diferentes lugares o competencias. Por ende, lo más común es que esto no haya sido posible por razones de competencia o de tiempo y los delitos deban juzgarse en diferentes procesos.

En este caso, el tribunal que condena en último término tendrá como no pronunciadas las penas impuestas en los otros procesos (cede la cosa juzgada solo en cuanto a la pena) y deberá imponer una pena conforme a la regla del concurso real.

Si ninguno de los tribunales lo hubiese hecho, a pedido de parte (nunca de oficio) lo deberá hacer el que hubiere impuesto la pena más grave.

Todos estos son supuestos de *unificación de condenas*, pues se procede a una única condenación, tal como debió haberse hecho de no mediar obstáculos procesales (58 CP).

479. (*Unificación de penas*) Pero bien puede suceder que alguien cometa otro delito después de haber sido condenado y mientras se halle cumpliendo pena.

En tal caso, se procede de la misma manera (58 CP), pero los efectos son diferentes, pues *no se unifica la condena, sino que se procede a una mera unificación de penas*.

El juez que condena por el nuevo delito unifica lo que queda de la pena anterior con la pena que impone por el nuevo delito. Aquí la pena anterior no desaparece como en el concurso real, sino que la pena única no puede ser inferior a lo que le reste cumplir por el primer delito, pues la comisión de un nuevo delito no puede nunca operar como instancia de revisión.

F.6. La reincidencia y su inconstitucionalidad

480. (*Reincidencia*) El CP (art. 41) señala también que se tomarán en cuenta *las reincidencias en que hubiera incurrido el agente* y estas impiden también la libertad condicional (14 CP).

La reincidencia se da cuando un condenado que ha cumplido pena de prisión vuelve a ser condenado por otro delito también conminado con pena

de prisión (no juega entre las otras penas). No se toman en cuenta los delitos políticos, amnistiados (desincriminados en general) ni los cometidos por menores de diez y ocho años.

La reincidencia de nuestro art. 50 CP es *genérica*, o sea que no requiere que se opere por condenas en delitos de igual naturaleza, a diferencia de la *específica* que establecen otros códigos.

481. (*Debe haberse cumplido la pena del delito anterior*) La reincidencia del art. 50 CP es *real* (no basta con que el agente haya sido condenado con anterioridad al hecho, sino que debe haber cumplido pena).

La pena debe haberse ejecutado legalmente, pues considerar como cumplimiento de pena la prisión preventiva sufrida por el agente en un anterior delito y luego computarla a los efectos de la pena (art. 24 CP), es una clarísima integración analógica de la ley penal, violatoria del principio de estricta legalidad. Debe, por ende, tratarse de un cumplimiento conforme al régimen de ejecución legal (ley 24.660) y –dentro de este– deberá haber superado el período de tratamiento (art. 14 de la ley 24.660).

482. (*La llamada prescripción de la reincidencia*) Suele llamarse *prescripción de la reincidencia* a lo dispuesto en el último párrafo del art. 50 del CP: *La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquel por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años.*

483. (*Reincidencia y condenación condicional*) Si bien no es posible una segunda condenación condicional hasta pasados ocho o diez años de la primera (2 párrafo del art. 27 CP), lo cierto es que la condenación condicional no debería tomarse en cuenta para la reincidencia, ante la terminante disposición que establece que *la condenación se tendrá como no pronunciada* cuando hubiesen transcurrido cuatro años sin que la persona cometiese un nuevo delito. No obstante, la reforma vigente establece en el apartado 1 del segundo párrafo del art. 51 CP, que no se tomará en cuenta cuando hubiesen transcurrido diez años desde la condena.

Como toda reforma improvisada e inconsulta a que nos habitúa la

destrucción progresiva de nuestro CP por legisladores irresponsables y ávidos de espacio publicitario o amedrentados por la amenaza de linchamiento mediático, introduce no solo una contradicción con la letra del art. 27 CP, sino que prevé un plazo superior al del propio art. 50 CP, al tiempo que se refiere a una *reincidencia ficta* (porque el condenado condicionalmente nunca cumplió pena).

Es obvio que los casos de suspensión de juicio a prueba tampoco dan lugar a reincidencia, porque en ellos directamente no se pronuncia condena alguna (arts. 76 bis y siguientes CP).

484. (*Inconstitucionalidad de la reincidencia*) La reincidencia como agravante decae en el derecho comparado, debido a su inconstitucionalidad. Para colmo, algunos tribunales han llegado a sostener que no requiere ser declarada, porque se trataría de un simple *hecho*, lo que al parecer olvida que los *hechos en el derecho siempre deben probarse en la forma de ley, particularmente cuando importan agravaciones de penas*.

Desde el penalismo liberal del siglo XIX se ha observado que la agravación de pena por un delito anterior, al menos en parte importa una nueva pena por el mismo delito, lo que resulta claramente violatorio de la prohibición de doble punición.

Quien comete un delito por el que le corresponde una pena de dos años de prisión, pero por haber sido condenado por un anterior delito y sufrido y cumplido la pena por ese delito, se le impone ahora una pena de dos años y seis meses, resulta que esos seis meses no se le imponen en razón del segundo delito cometido, sino del anterior ya penado. Igualmente, a quien se priva de libertad condicional (art. 14 CP) porque cumplió una pena anterior, se le está agravando una pena por un delito ya juzgado y por una pena ya sufrida.

En síntesis: cuando se invoca la reincidencia para imponer una pena superior al mínimo, el *plus* punitivo superior al mínimo no tiene nada que ver con el delito por el que se está condenando, sino que es una pena por el primero. Se trata –al menos parcialmente– de una doble punición. Nadie pudo jamás levantar esta objeción planteada desde el siglo XIX.

485. (*¿Hay mayor culpabilidad?*) El delito del reincidente no es más culpable que el del primario. Por el contrario, por lo general puede ser una fuente de menor culpabilidad, porque las anteriores intervenciones del poder punitivo pueden haber provocado en el agente un deterioro y una estigmatización que hayan elevado su estado de vulnerabilidad o hayan reducido su ámbito de autodeterminación.

Por ello, cabe entender que la reincidencia mencionada en el art. 41 CP bien puede indicar una menor culpabilidad del hecho. En cuanto a la prohibición de libertad condicional (art. 14 CP) es inconstitucional por importar una pena superior al grado de culpabilidad o reprochabilidad.

486. (*¿Un caso de infidelidad al derecho?*) Dado que nuestra reincidencia es *genérica*, o sea que no es necesario que las dos condenas respondan a delitos de la misma especie ni que afectan al mismo bien jurídico, tiene consecuencias absurdas: si un sujeto es condenado por emitir un cheque sin provisión de fondos y, después de quedar firme la sentencia condenatoria por ese delito, cometiese un homicidio calificado (art. 80 CP), a la letra de la ley vigente nunca podrá beneficiarse con la libertad condicional, pero si no hubiese sido condenado por el libramiento de cheque sin fondos (o al haberlo cometido se le hubiese notificado la sentencia firme un día después de la comisión del homicidio), tendrá derecho a la libertad condicional.

No hay nada que explique semejante inconsistencia, ni siquiera si con la reincidencia se quisiera penar la afectación de otro bien jurídico diferente, que en este caso sería la *fidelidad al derecho*, bien jurídico solo relevado como tal por regímenes totalitarios como el nazismo (la famosa *Treue*).

En un sistema republicano los habitantes no somos niños a los que disciplinar, no se nos exige *fidelidad al derecho*, sino que nos comportemos como ciudadanos a los que se nos exige no cometer delitos que afecten bienes jurídicos constitucionalmente admisibles como tales.

487. (*La pena de relegación del art. 52 CP*) En 1903 se introdujo en nuestra legislación la pena de relegación, copiada casi a la letra de la ley francesa de relegación en la *Isla del Diablo* (*), mantenida después en el art. 52 de nuestro CP de 1921. Durante mucho tiempo se la denominó *habitualidad* y preveía la relegación en el penal de Ushuaia (el más austral del mundo,

clausurado en 1947), del que no se podía salir por el resto de la vida, salvo decisión del Poder Ejecutivo. Ninguna condena dejaba de relevarse a lo largo de toda la vida del penado. Más tarde fue considerada una *medida de seguridad* y se la reformó en 1984 al transformarla en una *reincidencia múltiple*, o sea que las sucesivas condenas no debían ser interrumpidas por los plazos del art. 50 CP. Finalmente, la Corte Suprema la declaró inconstitucional en 2006, aunque conforme a nuestro débil sistema de control de constitucionalidad el texto legal mantiene vigencia.

G. El derecho de registro penal

488. (*Prohibiciones de informar*) El art. 51 CP desarrolla detalladamente el derecho de registro penal, que es la garantía de eliminación de la estigmatización legal que reduce el ámbito de autodeterminación de la persona como consecuencia de la intervención del poder punitivo.

Esta disposición permite que, transcurridos diez años desde la extinción de una pena, la persona tenga la garantía de que esa condenación no obstaculizará el desarrollo de su vida futura. A tal efecto, se prohíbe a cualquier registro brindar información al respecto, salvo en los casos expresamente establecidos en la ley.

SEGUNDA PARTE

LECTURAS

(para estudiantes curiosos)

Advertencia: Es muy importante investigar en el espacio virtual la información cada vez que se indica esto entre asteriscos del siguiente modo (*). Esta facilidad actual ahorra el enojoso trabajo de otros tiempos, en que el estudiante debía acudir a bibliotecas, consultar enciclopedias, diccionarios, historias, etc. Si bien esta última forma de investigación sigue siendo válida y necesaria en trabajos científicos, consideramos que la curiosidad que le despierten algunas de estas referencias será un buen síntoma de vocación de futuro investigador, pero por el momento es suficiente con esta búsqueda. Al mismo tiempo nos permite ser más ágiles en el texto, al ahorrarnos la sobrecarga de citas que, en general, volcamos en otros textos con objetivos diferentes y a cuyas indicaciones bibliográficas remitimos.

1. El derecho penal y la filosofía

No se impresionen y tampoco se asusten con la palabra *filosofía*. No es nada incomprensible. En definitiva, etimológicamente significa *amor al saber*. Pero ¿a saber qué? Kant (*), cuando ya era viejo, lo respondió del modo más claro que se lo haya hecho nunca. Según su excepcional capacidad de síntesis, sería a las siguientes preguntas: ¿Qué puedo saber? ¿Qué debo hacer? ¿Qué me cabe esperar? y, por último, resume las tres en una cuarta: ¿Qué es el ser humano?

Cabe aclarar que esta última es la clave. Por lo general –por puro machismo– la suelen traducir como ¿Qué es el hombre? Pero en verdad, Kant preguntaba por el *humano*, porque en alemán *Mensch* es *humano* y no *hombre* (que se dice *Mann*).

Y sí. ¿Qué somos? Esa es la pregunta originaria, básica.

A las preguntas kantianas podría responderse que podemos saber todo,

que debemos hacer lo que nos dé la gana y que me cabe esperar cualquier cosa. Pero si estas fuesen las respuestas, no tendría sentido ni siquiera formular las preguntas y dar por sentado que somos seres omnipotentes e infinitos. Y, en efecto, no faltan quienes las responden de ese modo, y buscan siempre principios infinitos; se los suele llamar *románticos*.

Pero si prestamos más atención a las tres primeras preguntas, veremos que presuponen que hay cosas que no podemos saber, otras que no debemos hacer y otras que no nos cabe esperar. Luego, la cuarta debería comenzar a responderse, partiendo de que los seres humanos somos *limitados*, no somos *omnisapientes ni omnipotentes*. Y cuando intentamos saber algo, debemos –ante todo– tener esto en cuenta.

Como somos limitados, nadie es el dueño de la verdad científica. Así, la primera parte de estos *Lineamientos* muestra un sistema de comprensión del saber jurídico penal que, obviamente, no pretende ser perfecto y menos aún definitivo. Por eso, tengo la elemental obligación de aclararles que es un sistema entre muchos otros diferentes que se han expuesto y que se siguen presentando en nuestros días.

No puede ser de otro modo, porque esto sucede en todas las ciencias, pero, además, en las *sociales*, en el derecho en particular y –más todavía– en el derecho penal, nadie debería dejar de tener presente en todo momento que se trata de un saber *cultural, histórico y político*.

Por eso, la ciencia del derecho penal está condicionada siempre por la cultura a que el investigador pertenece, por los problemas que le aquejan en su tiempo histórico y por el marco de poder socioeconómico del contexto en que se halla. Me atrevería a añadir que lo condiciona también la posición geopolítica (*), o sea, si se investiga desde el hemisferio norte o sur, y no porque el cielo del sur tenga más estrellas, sino porque el sur es históricamente subdesarrollado por el norte (aunque en el norte haya algunos pedazos del sur).

Todo lo que se juega en cada momento en una sociedad, en su cultura y, sobre todo en el poder político y económico, no podemos evitar que se refleje en el modo de entender el derecho penal. Quizá esta extrema sensibilidad a la dinámica social (cambios y vaivenes de las sociedades), mucho mayor que la de otras ramas del saber jurídico, lo vuelve más

fascinante.

Pero esto no implica que para entenderlo debamos comprender acabadamente todo ese mundo cambiante y de infinita complejidad que nos rodea y condiciona, porque sería imposible. De toda forma, recomiendo a quien se inicia en derecho penal que trate de leer y aprender todo lo que puedan acerca del mundo.

Para nada aconsejo que lean solo libros de derecho penal, porque, dado que es indispensable fragmentar el mundo para adquirir saber, a medida que nos entrenan para conocer la parte que nos interesa, también nos están entrenando para no conocer el resto. Si bien esto es inevitable, lo más prudente es atenuar sus efectos y no centrarse más de lo necesario en el fragmento que científicamente tengamos delimitado.

De limitarse a leer libros de derecho penal, omitiendo los de historia, filosofía, política, antropología, psicología, literatura y todo lo que puedan, acabarían por no entender nada del mundo, lo que además de horrible sería altamente peligroso, porque andarían por el mundo como quien atraviesa calles sin ver los vehículos.

Ante la imposibilidad de comprender todo y, a la vez, enfrentarnos con un saber inserto en el mundo, necesitamos una orientación primaria que nos permita –por lo menos– una clasificación grosera de las diferentes maneras de entender el saber penal, y esa no puede sino provenir de la *filosofía* y, ante todo, de la pregunta sobre *qué podemos saber*, lo que se llama *teoría del conocimiento*.

No puedo profundizar aquí esta cuestión, pero, en sus rasgos más groseros, la pregunta se puede responder dando preferencia a las cosas del mundo o a las ideas que tenemos de esas cosas. ¿Reconozco al perro porque lo estoy viendo o lo que reconozco es la idea que tengo del perro cuando lo veo? Los que dan la primera respuesta se llaman *realistas* y los que dan la segunda *idealistas*. Aclaro que en medio hay opiniones y combinaciones para todos los gustos.

Pero incluso cuando reconozco al perro mismo, hay un problema. Supongamos que el Graf Zeppelin (*) sobrevuela el Amazonas y en su canastilla tomamos el té y se nos cae una cuchara, que recogen los miembros de un pueblo amazónico originario. Para nosotros la cuchara es

para tomar el té y el dirigible es *para volar*. Pero los amazónicos entienden que el dirigible es el *dios salchicha* y la cuchara un *regalo del dios salchicha*, es decir que, el primero es *para adorar* y la segunda *para cultuar, para reverenciar*.

El material del mundo es el mismo, pero los *para qué* culturalmente condicionados son extremadamente diferentes. Dentro de una misma cultura puede suceder algo parecido: veo al perro en mi casa, es mi compañía *para sacarlo a pasear*, pero si estoy en la montaña y me quedo aislado y llega el perro con un barrilito de ginebra, *es para salvarme*. En síntesis: el *mundo* tiene material, existe, no son ideas, pero, al mismo tiempo se nos presenta en la forma de todos los *para qué* que asignamos a sus entes.

Pero hay algunos entes a los que no les podemos asignar un *para qué* y, entre ellos, ante todo a los seres humanos, porque somos nosotros mismos. Creo personalmente que hay otros entes a los que tampoco podemos asignarles un *para qué*, porque desconoceríamos los derechos de la naturaleza, pero esa es otra cuestión de la que no me ocupo ahora. De momento me basta con decir que –al menos– no podemos asignarle un *para qué* al humano.

Por eso tenía razón Kant, todo se sintetiza en su cuarta pregunta: ¿Qué es el ser humano?

A la respuesta que se dé a esta pregunta se la llama *antropología filosófica* (*), o sea, el concepto del *humano*. Siempre, invariablemente, de la respuesta que se dé a esta pregunta dependerá la forma en que se entienda y elabore todo lo referente a la cuestión penal. No hay vuelta en esto. El derecho penal es cultural, es histórico, es político y, por ende, todo lo que se derive de estos marcos dependerá de cómo se responda la pregunta por el humano, de la *antropología filosófica* de que parta el penalista o el criminólogo.

Quien responde la pregunta antropológica (*¿qué es el humano?*) se está respondiendo al mismo tiempo quién es él mismo (*¿quién soy?*).

Pero la respuesta a *¿quién soy?* no puede darse sin una referencia al mundo en *que soy*, porque el ser humano siempre está en un lugar del mundo (en un país, en una cultura, en una sociedad con los otros) y no

puede dejar de estarlo, de modo que no puede entenderse a sí mismo sin entender al mundo en que está, o sea, que *siempre una antropología filosófica condiciona una visión del mundo (cosmovisión)*, lo que los alemanes llaman una *Weltanschauung* (*).

Pero si bien el material del *mundo* lo percibimos con los sentidos, vemos venir el tren y por eso no nos paramos en los rieles, no lo definimos como un conjunto de átomos y moléculas de hierro y acero, sino como *la cosa para volver a casa*, es decir, que se nos aparece el mundo a través de los *para qué de los entes* (esto es más o menos lo que enseña la llamada *fenomenología*) (*).

Los *para qué* con que se nos aparece el mundo los da la *cultura* y los compartimos con todos los otros humanos de nuestras respectivas sociedades. Pero no somos meros receptores de los *para qué*, sino que los podemos cambiar, es decir, que puedo usar un plato (*para comer*), pero también como cenicero (*para echar las colillas y la ceniza*).

Si nouviésemos esta facultad, la cultura y la sociedad humanas serían estáticas, algo así como un hormiguero o un panal de abejas. Los animales no tienen esa facultad en su medio natural; cuando cambian el sentido de sus *para qué* es por culpa de los humanos que los sacamos de su mundo natural.

La conducta que cambia los *para qué* más o menos importantes suele llamarse *auténtica*, por oposición a la que se limita a aceptarlos, que suele llamarse *inauténtica*. Pero eso no significa que una sea mejor o superior a la otra, porque no se puede optar por la primera sino partiendo de la segunda, dado que todos estamos inmersos en una cultura. Un artista plástico bien puede cambiar el *para qué* de su conducta de pintar, pero sigue manteniendo el del tren como *la cosa para volver a casa* y muchos otros más.

De este modo, estamos insertos en el *mundo social*, pero al cambiar los *para qué* también lo vamos construyendo en forma constante. El mundo es, en este sentido, una construcción humana.

Quienes cambian los *para qué* de algunos entes importantes suelen ser los poetas y los filósofos, pero no solo ellos, los penalistas también lo hacen. En el saber jurídico penal hay muchos *para qué* en cuestión y son muchos

los penalistas que los han cambiado o puesto en duda: así, hay muchas respuestas diferentes al *para qué de la pena, del poder punitivo, de la prisión, de los tribunales, de la ley penal, del propio saber penal.*

En síntesis, como consecuencia de lo anterior, cabe concluir *que la forma en que cada penalista entienda el saber penal y sus contenidos, dependerá siempre de su concepción del mundo, la que –a su vez– estará condicionada por la concepción antropológica por la que hubiese optado y por la teoría del conocimiento que la sustente.*

Por eso, aunque todo sistema siempre deba responder a la lógica, les ruego que se cuiden mucho de no fascinarse con esa condición –necesaria, pero en modo alguno suficiente– y acaben entendiendo al saber penal como un juego de ajedrez, donde cada uno mueve las piezas para hacer la mejor jugada, ni tampoco como un rompecabezas, en que alguien conseguirá poner todas las piezas en orden definitivamente.

Las piezas nunca se movieron por azar ni porque se le ocurrió a cada penalista mientras se afeitaba a la mañana. No olviden que *se afeitaban* porque, desde la inquisición, al derecho penal lo vienen haciendo los hombres, no las mujeres, lo que no es un detalle menor.

Siempre las piezas se mueven por algo, es decir, que hay una coherencia *filosófica y política* en cada construcción, que se soporta en un conjunto de ideas que tratan de ser no contradictorias, incluso con sus implicancias políticas (de poder), culturales e históricamente condicionadas. Cada sistema resulta de opciones políticas que responden a luchas de poder social y económico y que, en un sentido más amplio, se insertan en un modelo de Estado que también está condicionado por todo eso.

Por supuesto que hay múltiples constructores incoherentes en nuestro campo del saber, al igual que en otros. No faltan quienes a ratos son idealistas, después realistas, por momentos responden de un modo la pregunta antropológica, pero que a poco extraen consecuencias de otra concepción del humano que nada tiene que ver con la anterior. Tampoco faltan quienes lo toman como el juego de ajedrez o el rompecabezas. Las incoherencias son inevitables, porque nuestro saber es complejo y más complejos somos los humanos que lo cultivamos.

Pero quienes a lo largo de un milenio dejaron huella buena o mala en

nuestra materia, fueron los que mostraron mayor coherencia ideológica – redondeada por una concepción antropológica de base– y no los que se levantaron una mañana y escribieron lo primero que se les ocurrió. Las construcciones que se discutieron y discuten son, precisamente, las que mantuvieron su coherencia con cierta concepción antropológica y sus correspondientes presupuestos y, sobre esa base, construyeron un sistema en forma lo menos contradictoria posible. Los demás fueron quedando al borde de ese largo camino de diez siglos y los fuimos olvidando.

Nos iremos refiriendo a algunas de estas construcciones coherentes. El objetivo con el que lo haremos es que ustedes tomen consciencia de la magnitud de lo que suele discutirse en este campo. Quiero mostrarles que entran en un mundo con una larga y riquísima historia de luces y sombras, de luchas y de crueldades, y que frente a todo eso hubo respuestas contractualistas (*), positivistas (*), hegelianas (*), neokantianas (*), etc., y, como si esto fuese poco, además se metieron en la discusión médicos, biólogos, sociólogos, psicólogos y ahora los economistas. Por supuesto que nos referimos al campo científico, con el que nada tienen que ver los charlatanes que hablan delante de una cámara o de un micrófono, sin tener la menor idea de lo que dicen.

No se asusten, ya verán qué interesantes son todos estos debates, donde en el fondo se discute *quiénes somos*, aunque a veces quienes discuten ni se percaten de eso. Es que, aunque dicho de este modo parezca exagerado, lo cierto es que *el derecho penal es una filosofía* o, por lo menos, una clara derivación de esta.

En estas discusiones aparecen cosas racionales y razonables, pero tampoco les voy a negar que hay otras que nos dan la sensación de viajar en el tren fantasma. Es la propia humanidad que discute consigo misma y con su destino. Nada menos que a eso se asoman hoy al atisbar el derecho penal.

Verán la historia de crueldades y racionalizaciones increíbles, también de *penalistas poetas*, de otros que riman muy mal o que escriben versos libres y, también, de otros que es mejor que nunca hubiesen tomado la pluma. Hay de todo y, por eso, no crean que con lo que han leído se agota el derecho penal ni mucho menos. Dimensionen el mundo al que se asoman y, si

quieren seguirlo en el futuro, como elección académica o profesional, traten de ser coherentes y responsables en su autenticidad de *penalistas poetas*.

Todo lo anterior da lugar a ideas que se discuten, lo que suele llamarse *ideología*. Pero esta palabra puede entenderse en diferentes sentidos. Hay algunos peyorativos, como el que proviene del bonapartismo, para el cual eran las elaboraciones de teóricos alejados de la realidad que embarraban y confundían todo. Otra proviene del marxismo, según la cual –más o menos– serían las racionalizaciones con que se encubre la realidad del poder.

Es cierto que hay ideologías de ambas categorías, confusas y embrolladoras, y también encubridoras y justificantes de lo inadmisibile. Pero también podemos entender por *ideología* al conjunto de ideas con las que pretendemos acercarnos a la comprensión de la realidad, en forma más o menos racional y coherente, y ese es para nosotros el sentido más amplio y positivo del término, porque sin ideas no podemos acercarnos a la realidad, aunque no por eso seamos idealistas. Si lo hacemos en forma racional o irracional, en cada caso será un juicio de valor que corresponde a la *crítica de las ideologías*, es decir, a la discusión sobre su respectivo grado de racionalidad.

La coherencia y racionalidad de las ideologías es la cuestión central del debate en torno de lo penal y su función. Veremos el largo y continuo debate sobre la función de la pena que, dado que la pena delimita al derecho penal, no es otra cosa que el debate acerca de la función misma de nuestro saber de penalistas. También los diferentes caminos con que se construyeron dispares teorías del delito y su necesaria conexión con el debate anterior.

En todos los casos la coherencia dependerá, en el fondo, de la correspondencia con la concepción antropológica que le sirve de punto de partida y sustento, es decir, con la respuesta que se dé a la pregunta sintética de la *filosofía* del viejo Kant.

Si buscamos otra explicación a la afirmación anterior, es bastante obvio que tanto las leyes penales como el saber de los juristas a su respecto, son cosas que hacemos los seres humanos y, al mismo tiempo, presuponemos que lo que hacemos debe servir a los seres humanos. Nada de esto podemos hacer con mínima coherencia, sin responder antes *¿qué es el humano?*

Bibliografía. Hay buenos diccionarios de filosofía para ampliar conceptos. Sugiero, en este sentido, el de Ferrater Mora. También historias de la filosofía; es recomendable la de Abbagnano y su diccionario de filosofía. Muy útil es: Adolfo P. Carpio, *Principios de filosofía, Una introducción a su problemática*, Paidós, Buenos Aires, 2018. Si en el desarrollo buscan algunas referencias más precisas en relación con lo penal, mi antiguo *Tratado de Derecho Penal* (EDIAR, Buenos Aires, 1987), en el tomo II contiene material y citas muy amplias. A quienes interese la cuestión de las personas no humanas, que toqué de pasada, mi monografía *La Pachamama y el humano* (ilustrada por Rep), Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2011.

2. ¿Cómo, cuándo y dónde empezó todo?

Las familias que adquieren prestigio social tratan de no mencionar a algunos antepasados poco presentables, como piratas, ladrones, contrabandistas, estafadores, etc. A los penalistas nos pasa algo parecido. Por cierto, tenemos algunos predecesores brillantes que mostramos orgullosamente, pero de otros, suelen aconsejarnos que mejor no hablemos, es decir, que no sacudamos demasiado nuestro árbol genealógico.

En primer lugar, debemos reconocer que no es necesario sacudirlo demasiado, pero aparte de eso, creemos que esos consejos no son buenos, porque siempre es mejor saber dónde, cuándo y cómo empezó todo y, en particular, saber de quiénes somos herederos, de dónde venimos, qué elementos originarios de los poco presentables acaso hoy arrastramos en nuestro pensamiento.

No me voy a remontar a Lucy (*) ni a Adán y Eva. Dejemos la prehistoria e incluso buena parte de la historia, para preguntarnos por la herencia discursiva directa, la que recibimos a partir del 12 de octubre de 1492, cuando un navegante que ocultaba cuidadosamente su propio árbol genealógico, se encontró con unos pobres indios del Caribe que poco después estarían todos muertos, contagiados por sus curiosos visitantes.

Pero los europeos no solo trajeron gérmenes de enfermedades transmisibles contra las que nuestros originarios no tenían anticuerpos, sino también otro mucho más temible: el *poder punitivo* tal como lo conocemos hoy, es decir, el que se ejerce fuera de los marcos del poder reparador y de la coerción administrativa directa, en que el príncipe (rey, emperador, dictador, república) usurpa la posición de la víctima y que surte el efecto de verticalizar y jerarquizar a las sociedades en forma de ejércitos.

Este poder tenía una larga historia en el continente de los colonizadores, puesto que se había desarrollado con mucha fuerza en la antigua Roma, cuya sociedad, al adquirir esa forma de ejército, se había dedicado a colonizar a casi todo el continente. Pero esa verticalización tiene un inconveniente: la sociedad en forma de ejército se solidifica, se petrifica, no puede adaptarse para neutralizar los nuevos peligros que le presenta el mundo.

Y así fue como Roma entró en crisis, se desbarató, los germanos ocuparon Europa y lo que quedaba de Roma se refugió en la actual Turquía (el llamado imperio romano de Oriente) (*), donde un emperador se ocupó de ordenar que se recopilaran todas las leyes dictadas por los caudillos militares que, asumiendo el nombre de *emperadores*, en materia penal habían sancionado las normas más aberrantes que se puedan imaginar: obtención de pruebas por torturas, penas de extrema crueldad, repartos de muertes a granel, etc. Claro que no destinaban todo eso a los *ciudadanos*, porque como eran prolijos, antes les quitaban la *ciudadanía*. Todo eso está en los llamados *libris terribilis* del famoso *Digesto* de Justiniano (*).

Los germanos redujeron el poder punitivo al mínimo, pues prácticamente se limitaban a colgar traidores del cuello, pero los conflictos entre particulares los arreglaban entre los jefes de clanes o familias mediante *reparación*, coaccionados por la amenaza de la guerra entre ellos (*venganza de la sangre* o *Blutrache*) (*), que no convenía a ninguno.

Europa se dividió en pequeños feudos de señores que peleaban entre ellos. En la Península Ibérica los islámicos estuvieron siete siglos ocupando buena parte de su territorio, hasta que desde el norte comenzaron a desplazarlos violentamente. Para eso fue necesario volver a verticalizar la sociedad mediante el resurgimiento del poder punitivo para darle nueva forma de ejército.

Así fue como se formaron *reinos* y uno de ellos mandó a Colón a América, aunque sin saber que esta existía, porque en realidad vino a buscar pimienta; no la encontró, pero igual creyó que había llegado a la India.

Cuando esos reinos, cuyas sociedades ya tenían bastante forma de ejército en razón de su guerra contra los islámicos (que suelen llamar *reconquista*), se dieron cuenta de que Colón había traído mucho más que pimenteros

vacíos, emprendieron con gran entusiasmo la empresa colonizadora en el siglo XVI.

Al igual que cuando los romanos colonizaron a casi toda Europa por haber adquirido mediante el poder punitivo estructura de *ejército social*, los españoles y portugueses se lanzaron a la colonización sobre América.

Una colonia es un *territorio extranjero ocupado policialmente –por considerarlo habitado por seres humanos inferiores– para convertirlo en un campo de trabajo forzado* y, a decir verdad, sin que importe mucho si, al mismo tiempo, se convierte en un *campo de exterminio*.

Para colonizar, España y Portugal destruyeron las economías propias de los pueblos originarios y, por los excesos de explotación de sus hombres y mujeres –y más aún por las enfermedades transmisibles– casi extinguieron sus poblaciones. Para compensar esta falta de mano de obra servil por muerte, trajeron a varios millones de africanos esclavizados, como máquinas humanas de trabajo. Cabe agregar que Europa seguiría cometiendo estas atrocidades –con más o menos brutalidad– por todo el planeta.

El poder punitivo que había provocado la verticalización de esas sociedades colonizadoras en forma de ejército (lo que, a su vez, determinó su expansión colonialista), había reaparecido lenta, pero firmemente en toda Europa desde alrededor del siglo XI y, como todo ejercicio de poder, necesitó un discurso y un aparato de producción y reproducción ideológica que lo legitimase.

Los aparatos de producción ideológica que aparecieron fueron obra de las *universidades*, en especial de las del norte de Italia. Pero no existía un cuerpo legislativo sobre el que trabajar, porque el poder político feudalizado no podía crear cuerpos orgánicos de normas de validez geográficamente extensa.

Este comienzo es interesante, porque demuestra que *el poder punitivo siempre demanda un aparato de producción ideológica, pero que las leyes (el deber ser) tienen una importancia secundaria*.

De cualquier manera, las universidades no podían crear un saber jurídico legitimante, sino sobre leyes y no las había en forma orgánica. ¿Cómo

hacerlo? Pues no tuvieron mejor idea que desempolvar el *Digesto* de Justiniano, y dar lugar a lo que se conoce como la *recepción del derecho romano* (*), muy celebrada por los civilistas, pero que en derecho penal significó trabajar sobre los espantosos *libris terribilis* de los más autocráticos *emperadores* romanos (caudillos militares empoderados).

Así fue como nuestros primeros antepasados penalistas se dedicaron a comentar e interlinear –*glosar*– ese amontonamiento de normas aberrantes y, por eso, se los conoce como *glosadores*. Como famosos se recuerda a Guarnerius (*) (alrededor de 1120) y Accursius (*) (1183-1263), a los que siguieron los *posglosadores*, como Bartolo de Sassoferrato (1313-1357) (*) y Baldo de Ubaldis (*) (1327-1400). Con estos lejanos colegas comenzó el saber jurídico penal, al que hasta el presente nos dedicamos.

Pero ellos no se limitaban a *glosar* (comentar), pues ante cada problema contraponían los argumentos de dos posibles soluciones y, finalmente, decían lo que les parecía, influenciados por la filosofía griega, que los europeos acababan de redescubrir. De este modo, construyeron un saber jurídico penal *de culpabilidad* bastante primitivo, pero en el que –en general– la pena retribuía el mal uso que el infractor hubiese hecho de su libertad.

Como en esos tiempos algunos grupos pretendían comunicarse directamente con Dios sin la intermediación del clero, lo que debilitaba la autoridad del Papa, este decidió declarar una guerra de exterminio a esos grupos a los que se llamó *herejes* (*), que encargó a unos *jueces/policías* bajo su directa autoridad, llamados *inquisidores*.

Pero después de matar a unos cuantos *herejes*, los inquisidores empezaron a quemar *brujas*, a las que se les atribuían todos los terribles males de la época, desde las pestes y las hambrunas hasta la impotencia de los maridos, lo que era funcional para que nadie atribuyese esas desgracias a los poderosos de ese tiempo, sino a Satán y sus muchachas que, por ser seres inferiores pactaban con el Maligno.

A este respecto es menester aclarar algunas cosas, porque todo suele aparecer confundido. En primer lugar, los métodos inquisitoriales no los inventaron los inquisidores, sino que aplicaban el procedimiento romano del interrogatorio bajo tortura, en este caso no para que las *brujas*

confesasen, sino para que diesen nombres de otras supuestas *brujas* y reproducir de este modo su infinita clientela.

En segundo lugar, tampoco existió una única inquisición. En verdad, la inquisición eclesiástica –que fue la primera– se debilitó y terminó extinguiéndose a fines del siglo XV. Si bien inventó la cuestión de las *brujas* y mató a muchas mujeres, no fue la que cometió el mayor número de esos asesinatos, sin contar con que los calvinistas y luteranos competían en esos crímenes con singular empeño.

Hubo otra *inquisición*, con la que no debe confundirse la eclesiástica, que fue la española –que llegó a América–, dedicada a la persecución de judíos conversos y que no dependía del Papa, sino del Rey, aunque de vez en cuando también quemaba alguna *bruja*. Los conversos eran la nueva burguesía española, que fue destruida por esta inquisición para reafirmar el poder de la nobleza. El más conocido de sus inquisidores fue Torquemada (*), que pertenecía a una familia de judíos conversos.

En 1542 –ya terminada la inquisición eclesiástica– se creó otra, la llamada *romana*, con su *Santo Oficio* (*), también comandada por el Papa, pero que tampoco se especializaba en quemar mujeres y se limitaba a Italia, dedicándose a la persecución de los *reformados* en plena *contrarreforma*.

Pero el número mayor de *brujas* asesinadas en la hoguera se dio en Europa central (Alemania, Austria, Suiza y el norte de Italia), donde esas matanzas eran ordenadas por los tribunales laicos, que dependían de los príncipes, llegando al máximo hacia 1630.

Aclarado esto, cabe preguntarse por qué *las brujas*. Al respecto es necesario recordar que el poder punitivo jerarquiza verticalmente a las sociedades en forma de ejército y, todo ejército encarga el comando de sus unidades pequeñas a cabos y sargentos; pues bien: el cabo y sargento en estos *ejércitos sociales* fue el *pater familiae*, con lo que se reafirmaba el *patriarcado* (*), que venía de lejos y sigue hasta hoy.

La misoginia (*) de la época –que legitimaba la autoridad del *pater familiae*– consideraba a la mujer como un ser inferior al hombre, genéticamente incompleto (una especie de hombre sin terminar) tanto en inteligencia como en virtudes. Pero esto creaba un serio problema a la hora de penarlas: ¿cómo se explicaba una pena más grave para la mujer si, por su

inferioridad genética, era menos inteligente que el hombre? ¿Acaso por su menor inteligencia no era menos libre? ¿No se le debía reprochar en menor medida?

Como también los inquisidores necesitaban un discurso legitimante, capaz de responder estas preguntas –porque el poder sin discurso no se sostiene– aparecieron quienes se dedicaron a estudiar el origen (*etiología*) de la brujería, producto del pacto de mujeres con Satán y sus muchachos (su ejército de diablos). Estos estudiosos del mal fueron los primeros criminólogos y se llamaron *demonólogos* (*).

Estos criminólogos recopilaron todos los argumentos misóginos imaginables y concluyeron que la mujer era *biológicamente inferior al hombre*, lo que las hacía más débiles a las tentaciones de Satán y sus muchachos y, por ende, si bien eran menos reprochables conforme al *derecho penal de culpabilidad*, eran *más peligrosas* que el hombre (*derecho penal de peligrosidad y de autor*).

Así, tuvo lugar la contraposición entre un derecho penal de *culpabilidad*, que se legitima al atender al acto realizado (que retribuye con la pena el daño atribuible al mal uso de la libertad), y el que lo hace en razón de posibles actos no ejecutados y ni siquiera pensados, siendo el realizado un simple indicio de la probabilidad de estos, lo que siglos después de llamaría *derecho penal de peligrosidad*.

En los manuales corrientes de nuestra materia verán ustedes que se hace surgir esta dicotomía en las últimas décadas del siglo XIX, con la llamada *lucha de escuelas*, pero en realidad la cuestión se planteó más de medio milenio antes, entre el derecho penal *retributivo* de los *glosadores*, *posglosadores* y *prácticos*, y la *criminología preventivista* de los *demonólogos*.

La última *bruja* fue quemada en Polonia casi al mismo tiempo que se producía la revolución francesa, de modo que la cuestión de las *brujas* duró casi cinco siglos. *En este tiempo se gestaron los elementos que hasta hoy se manejan en las discusiones jurídicas, criminológicas y de política criminal*. Todo lo que discutimos en estos campos –no solo la dicotomía entre la *culpabilidad de los juristas* y la *peligrosidad policial de los criminólogos etiológicos*–, con uno u otro nombre, surgió hace siglos.

En 1496, cuando la inquisición eclesiástica llegaba a su fin, apareció una obra denominada *Malleus maleficarum* (*Martillo de las brujas*) (*), con los nombres de los demonólogos Sprenger y Krämer, pero en realidad fue escrita por el segundo, que fue un personaje bastante oscuro y complicado, porque Sprenger parece que solo prestó el nombre en razón de su prestigio académico y las *visiones* que solía tener.

Se trata de una obra sintética que resume todo el saber criminológico (*demonológico*) acumulado hasta entonces. Fue un *best seller* de la época, porque hasta el siglo XVII fue el libro más impreso después de la Biblia. En realidad, se trató del manual que usaron los jueces de la época más sangrienta del asesinato de mujeres en Europa central.

En los años ochenta del siglo pasado, Alessandro Baratta (*) habló de un *sistema integrado* de derecho penal y criminología. Pues bien, el *Malleus* es un perfecto ejemplo de sistema integrado de etiología criminológica del delito (brujería), tipicidad, manifestaciones del delito (derecho penal), procedimiento (derecho procesal) y signos del mal (criminalística o técnica policial). Más integrado sería imposible.

El pretendido origen biológico del delito y la *herencia criminal*, no son inventos de Lombroso (*) y sus contemporáneos de fines del siglo XIX, sino de los demonólogos, al igual que ese otro invento terrorífico que se llamó *eugenesia* (*). No solo la inferioridad de la mujer era genética (biológica), sino que, según los demonólogos, los hijos del *Aquelarre* (*) eran producto de una selección de los muchachos de Satán, que sabían de quien tomar semen, transportarlo y ponerlo en una mujer, para producir un ser con predisposición a la brujería.

El funcionalismo sociológico (*) tampoco fue un invento de Durkheim (*) en el siglo XIX, cuando afirmaba que el delito tiene una función también positiva (el reforzamiento de la cohesión social frente a él). Krämer se preguntaba por qué Dios autoriza los crímenes de Satán en pacto con sus muchachas, y respondía en la más clara línea funcionalista, que el mal es necesario porque permite conocer el bien.

En el siglo XVI, un médico holandés –Wier (*), discípulo de Agripa (*)– sostuvo que las *brujas* eran histéricas (melancólicas), y que Satán se aprovechaba de su enfermedad para sus tropelías. Por ende, debían ser

confiadas a los médicos, o sea, que inventó las que ahora llamamos *medidas de seguridad*.

El libro de Wier produjo una reacción violenta del poder político de su tiempo, al punto que le respondió Jean Bodin (*), el teórico de la idea de soberanía, afirmando que siempre debían ser materia del príncipe cristiano, que tenía el deber de defender la verdadera religión. Se trata de una estatización de bienes jurídicos, muy similar a la del derecho penal fascista italiano, plasmada en el *Codice Rocco* de 1930 (*).

El *organicismo social* (*) tiene larga historia, que los irresponsables que parlotean delante de cámaras y micrófonos sin saber de qué hablan, por lo general lo reivindican cuando mencionan los *microbios y agentes patógenos del organismo social*. Esta idea orgánica de la sociedad, conforme a la cual cada uno tiene un condicionamiento heredado de lo que debe hacer, la llevó al extremo el nazismo, concibiendo un organismo social cuya voz última encarnaba el *conductor* (*Führer*), conforme al *Führerprinzip* (*), cuyo derecho penal se ocuparía de eliminar a los *degenerados* que perdían ese condicionamiento propio de la raza aria (*). ¿Era esto nuevo? No, Johannes Nider, en 1435 había escrito justamente una obra que llamó el *Formicarius* (hormiguero), donde glorificaba la sociedad orgánica de las hormigas, condicionadas biológicamente a hacer lo que hacen.

Cuando hoy se habla de *satanizar*, de *fake news* y de *creación de realidad*, tampoco se refiere nada diferente de lo que hacían los demonólogos. Ellos también creaban realidad mediante la comunicación, pues desde los púlpitos se difundía una *posverdad*, necesaria para extender el poder punitivo, se creaban *enemigos* (Satán y sus muchachas), o sea que esto tampoco lo inventó el *Kronjurist* del tercer *Reich* (Carl Schmitt) (*).

Lo que se considera hoy una novedad que no reconoce precedentes, es la llamada *criminología crítica*, que deslegitima el ejercicio del poder punitivo y pone el acento en la selectividad, en las conductas de las agencias ejecutivas, de los constructores de discursos legitimantes, etc., como anticipamos al explicar la función de contención del derecho penal y volveremos a ver aquí.

Debo decirles que tampoco es novedad, pues en 1629 hubo un alemán – jesuita, poeta y teólogo– que en un libro que tituló *Cautio criminalis*,

denunciaba a los inquisidores como corruptos y vendedores de protección mafiosa, a los confesores como borrachines y cómplices, a los autores de discursos como instigadores, a los verdugos como perversos sexuales, a los príncipes como negligentes, al asesinato de mujeres como análogo a la persecución de cristianos por Nerón y, para colmo ni siquiera discutía a nivel teórico si las brujas existían, puesto que se limitaba a decir –conforme a la mejor metodología crítica– que no había conocido a ninguna, pese a que se le había encargado acompañarlas a la hoguera. Se llamaba Friedrich Spee (*).

Puede pensarse que las garantías penales y procesales son un producto del Iluminismo del siglo XVIII, pero basta leer a Spee, para verificar que un siglo y medio antes de Beccaria (*) reclamaba las mismas garantías e incluso perfilaba la distinción neta entre pecado y delito.

Ni siquiera la crítica criminológica es nueva, o sea, *nada nuevo hay en las matrices de las ideas que hoy discutimos*. Somos pues, el producto de la inquisición y de los debates y conflictos que se generaron en torno a ella. Por eso, si bien podemos mencionar a muchos otros ancestros diferentes, no ocultemos en el altílo de nuestro antiguo edificio los retratos de los indeseables.

Bibliografía: Todo lo mencionado aquí, con la bibliografía correspondiente, en *Friedrich Spee: el padre de la criminología crítica*, estudio preliminar a la *Cautio Criminalis*, EDIAR, Buenos Aires, 2017.

3. Iluminismo y liberalismo penal

A partir del siglo XVI los europeos se dedicaron a colonizar todo el planeta y, para legitimarse inventaron la idea de *raza humana*, antes desconocida. Desde ese momento y hasta el presente, la carencia de melanina se asocia a la condición de *iluminador discursivo* empeñado en que los más ricos en melanina se convenzan de los beneficios que les reportan los genocidios que los victimizan. Pero después de tres siglos, el colonialismo y el esclavismo no dejaron de provocar consecuencias en el propio continente europeo.

La abundancia de materias primas y medios de pago (plata y oro) provenientes de la explotación colonial fue, precisamente, lo que determinó la llamada *revolución industrial* del siglo XVIII, es decir, el creciente poder

de industriales, comerciantes y banqueros, o sea, lo que se dio en llamar la *burguesía* (habitantes de los *burgos*, las ciudades).

Esta clase fue cobrando fuerza al hacerse dueña del incipiente capital industrial o productivo (el llamado proceso de *acumulación originaria de capital*) (*) y chocó con los límites que le imponía el poder de la nobleza, al generar una confrontación que, finalmente, acabó desplazando a esta última de su posición hegemónica. Es paradójal, pero la nobleza fue víctima de su propia avidez de riquezas y de sus crímenes colonialistas y esclavistas.

Pero peor fue el resultado para las potencias marítimas (España y Portugal). España había expulsado a los judíos en 1492 (*) y el Rey había montado su inquisición dedicada a perseguir a los que habían quedado (*cristianos nuevos*, o sea, conversos, también llamados *marranos*) (*), para reafirmar la hegemonía de la nobleza. De ese modo, cortó de cuajo la posibilidad del surgimiento de una burguesía de industriales y comerciantes.

Vimos que toda sociedad que se verticaliza con el ejercicio del poder punitivo refuerza su estructura de *ejército social* y luego se lanza a la ocupación policial de territorios extranjeros –colonización–, pero presenta el serio inconveniente de cristalizar esa estructura vertical, petrificarla y generar una suerte de artrosis social que le impide adaptarse a nuevas condiciones cuando cambia el ambiente. Este fenómeno –que había llevado a Roma al desastre–, se repitió con la península ibérica.

En efecto: mientras en el centro y norte de Europa se iniciaba el mencionado proceso de acumulación originaria de capital por efecto de la revolución industrial (*), la sociedad española careció de la ductilidad necesaria para adaptarse a los nuevos tiempos y, por ende, la hegemonía europea pasó de esas potencias marítimas a los países que protagonizaban esas transformaciones.

El debilitamiento de las sociedades colonizadoras de América Latina a lo largo de los siglos XVII y XVIII facilitó nuestras independencias a comienzos del siglo XIX. Otra paradoja de la historia: el propio efecto del colonialismo originario y del esclavismo sobre la metrópoli europea, precipitó finalmente la caída de su imperio.

Mientras tanto, las burguesías –especialmente inglesa y francesa– se esforzaban por hacerse del poder y, por ende, por desplazar a las noblezas y

al alto clero, con la consiguiente resistencia de estos. Como todo poder, el creciente empoderamiento de las burguesías necesitaba también discursos deslegitimantes de los que hasta ese momento apuntalaban la hegemonía política de las noblezas. En particular, les era indispensable deslegitimar el discurso del fortísimo poder punitivo ejercido por estas, que no dejaba de ser un serio instrumento de dominación y control social.

Los filósofos del siglo XVIII se encargaron de elaborar los discursos críticos del poder hegemónico aristocrático, invocando la *razón* como eje de su pensamiento, para contraponerla a la idea del origen divino de las monarquías. Por eso se llama al siglo XVIII el *siglo de las luces de la razón*, y al pensamiento crítico así elaborado *iluminismo o ilustración* (*).

Sin embargo, no es fácil orientarse entre los discursos elaborados para sostener la legitimación de las burguesías europeas en su ascenso y lucha, porque toman argumentos de distintas fuentes. Si bien se centraban en la razón, también recogían elementos del empirismo (*), porque por un lado se apelaba al llamado *contractualismo*, por una vía en general idealista –como veremos seguidamente–, pero también por un camino empírico, cuya mayor expresión fue el *pragmatismo* inglés de Jeremy Bentham (*), según el cual se trataba de que el derecho sirviese para la mayor felicidad de la mayoría.

En este sentido, Bentham rechazaba todos los recursos idealistas y buscaba los argumentos *prácticos*, al concebir al derecho penal como una técnica de repartir castigos y también premios, para determinar al humano. Alguien ha dicho que Bentham propiciaba un *positivismo con cálculo de rentabilidad*.

Todo el iluminismo europeo oscila, pues, entre la búsqueda de la *justicia* por vía idealista y de las *soluciones prácticas* por vía empírica y pragmática.

De toda forma, la lucha de la burguesía en ascenso terminó en revolución, primero en Inglaterra, pero luego –con mucha mayor repercusión continental y mundial– en Francia en 1789 (*).

Los límites del pensamiento ilustrado y del revolucionario, usados en los discursos deslegitimantes del poder punitivo de las noblezas, tampoco quedan del todo claros. Más bien se trató de diferentes actitudes políticas: algunos autócratas coronados trataron de ajustar sus sociedades al cambio y

salvar sus cabezas, en especial Federico de Prusia (*) y Catalina de Rusia (*), lo que se conoce como *despotismo ilustrado* (*), que respondía a la consigna *todo para el pueblo, todo por el pueblo, pero sin el pueblo*. Los revolucionarios, por el contrario, legitimaban el corte de cabeza de los autócratas y la toma del poder por el pueblo.

Al oponer la *razón* a la legitimación teocrática directa de la nobleza, la vía idealista del discurso deslegitimante apeló a la idea del *contrato social*, no como una realidad antropológica o histórica, sino como *metáfora* que explicaba el origen de la sociedad. Aunque nadie creía que en algún momento se reunieron los humanos –desnudos o con taparrabos– y celebraron un contrato, era una buena metáfora que se oponía a la legitimación proveniente del concepto aristocrático de la *sociedad como organismo*.

Un contrato es una obra humana que puede ser modificada; un organismo es algo natural e inmodificable. El contrato se celebra entre iguales; en un organismo cada célula debe cumplir una función que no puede cambiar. El contrato se puede modificar por mayoría; en el organismo las decisiones las toman solo las células a las que *naturalmente* corresponde esa función.

Si bien no todos los *ilustrados* fueron *contractualistas* (Montesquieu (*) no lo era), la metáfora del *contrato social* permea casi todo este pensamiento y se recuerda en particular a Rousseau (*). Pero el propio pensamiento contractualista daba para muy diferentes consecuencias.

Estas comenzaron a manifestarse en Inglaterra en el siglo anterior al de las *luces*, cuando confrontaron las ideas de Locke (*) y Hobbes (*). Para Locke el ser humano antes del contrato vivía en cierta armonía y si lo celebró fue solo para asegurar esta situación; para Hobbes, por el contrario, antes del contrato había una guerra de todos contra todos, a la que este puso fin. Como nunca había existido esa guerra, Hobbes la inventaba en América.

De estas dos concepciones se derivan consecuencias muy diferentes: conforme a la primera, la autoridad emanada del contrato tenía un objetivo que debía cumplir y si lo traicionaba debía ser reemplazada (el pueblo conservaba el derecho de resistencia a la opresión); para la segunda no quedaba más remedio que dar todo el poder a esa autoridad para parar la guerra (cualquier resistencia era volver a la guerra).

Los penalistas siguieron la huella de los filósofos y, por ende, legitimaban la pena como consecuencia de la violación del contrato, con lo cual volvían a la *pena retributiva* de nuestros viejos colegas *glosadores*, aunque por otro camino.

Quien al hacer mal uso de su libertad viola una obligación de naturaleza contractual debe indemnizar y, por tanto, si no paga se le secuestra algo de su patrimonio. Pues bien, al violador del contrato social se le secuestra su *capacidad de trabajo* –que es lo que puede ofrecer en el mercado– al meterlo preso. La pena de muerte equivalía en definitiva a la confiscación de todo su patrimonio.

De este modo, la pena privativa de libertad se volvía eje central de todo sistema punitivo, abandonando el viejo criterio de las *penas naturales* (al ladrón se le cortaba la mano, al perjurio la lengua, etc.) y se adoptaba una pena lineal, *simplificando la cuestión mediante una única unidad de pago* (el tiempo), lo que coincidía con el afán de la época por unificar pesas y medidas para facilitar el comercio.

Cabe precisar que muchos de quienes se ocuparon de las cuestiones criminales en esos tiempos también eran economistas: Beccaria (*), Filangieri (*), Sonnelfels (*), Valentín de Foronda (*), Pietro y Alessandro Verri (*), Pellegrino Rossi (*).

Pero, para completar el cuadro de dispares consecuencias del *contractualismo*, el revolucionario francés, Jean-Paul Marat (*), en su famoso *Plan de législation criminelle* de 1779 (*), sostuvo que en un principio el contrato se celebró para que todos tuviesen algo y, sin embargo, luego unos pocos se quedaron con todo y muchos sin nada. Por eso, concluía que, si bien la pena retributiva solo sería justa a condición de que se respetase la igualdad, dada la enorme desigualdad reinante en su tiempo, toda pena de muerte sería un asesinato. Por esta razón, se considera a Marat como un antecedente del derecho penal de un Estado socialista.

En síntesis: el *contractualismo* se esgrimió como metáfora tanto por liberales (Locke), autoritarios (Hobbes) y hasta socialistas (Marat), pero también sirvió para racionalizar las penas mediante la simplificación en medida de tiempo de prisión, como columna vertebral de los sistemas penales contemporáneos.

Si bien se trató de un movimiento complicado, que recibió aportes muchas veces incompatibles, lo cierto es que hubo *pensadores del penalismo iluminista* en todos los países europeos y para todos los gustos. Lo más importante –sin duda alguna– es que *con ellos nacieron las garantías como límites contemporáneos al ejercicio del poder punitivo*, que en el siglo XIX continuaron los autores liberales y acabaron plasmándose normativamente en las constituciones y mucho después en el derecho internacional de los derechos humanos.

El más renombrado de los pensadores penales del iluminismo fue el milanés Cesare Beccaria, con su famoso librito *Dei delitti e delle pene* (1764) (*), pero en cada país los hubo: así, en España, Manuel de Lardizábal y Uribe (*), que había nacido en Tlaxcala, México, pero vivió toda su vida en la península, con su *Discurso sobre las penas* (1782); en Nápoles, Gaetano Filangieri (*), con su *Scienza della Legislazione* (1780) y Francesco Mario Pagano (*) con sus *Considerazioni sul processo criminale* y *Principi del codice penale* y *Logica dei probabili o teoria delle prove* (1787); en la misma Italia, Giandomenico Romagnosi (*), con su *Genesi del Diritto Penale* (1791); en Portugal, Pascoal José de Mello Freire (*), con sus *Institutionum Juris Criminali Lusitani* (1789); en Francia, más identificado con el despotismo ilustrado, Michel de Servan (*), con su *Discurso sobre la administración de la justicia criminal* (1766); en Alemania Karl Ferdinand Hommel (*), traductor de Beccaria (1778) y autor de *Pensamientos filosóficos sobre el derecho criminal* (1784); en Austria Josef von Sonnenfels (*), autor de *Sobre la abolición de la tortura* (1775).

Este movimiento desembocó –o se continuó– en otro del siglo XIX que se puede denominar más propiamente como *liberalismo penal*, cuyos autores no se dedicaron tan exclusivamente a la filosofía y a la política penal, sino que –a partir de esta– construyeron sistemas basados en las ideas iluministas, aprovechando las sistemáticas que habían elaborado los llamados *prácticos*, que fueron los penalistas que siguieron a los *posglosadores*.

Por cierto que los penalistas liberales del siglo XIX tampoco constituyen una corriente unitaria, porque en su seno se hallan desde Anselm Feuerbach (*), que era contractualista, con su *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, de 1799; pero también Giovanni Carmignani (*), que no era

contractualista, y cuya obra más importante son los *Elementa Juris Criminalis* (1822); Pellegrino Rossi (*), que fue un ecléctico liberal cuyo *Tratado de Derecho Penal* se publicó en 1829; y, por supuesto, el *Maestro de Pisa*, Francesco Carrara (*), que seguía una inspiración bastante aristotélica, con su monumental *Programma*, cuya publicación comenzó en 1859.

Es conveniente que busquen y se detengan en las biografías de estos personajes, donde se encontrarán con un mundo fascinante de héroes y luchadores por la libertad. Es innegable –como lo señalamos antes– que este movimiento intelectual resultó de la lucha por la hegemonía de una clase surgida merced a los crímenes del colonialismo y el esclavismo, o sea, que tuvo su oculto rostro macilento de atrocidades, pero tampoco se puede negar que estos personajes obraron con autenticidad en procura de la dignidad y la libertad. A algunos su lucha les costó cara, como a Pagano, que fue ahorcado por voluntad del absolutismo borbónico de Nápoles, a Rossi que fue asesinado, o a Romagnosi, que debió soportar exilios. Se dice que Feuerbach fue envenenado, pero no hay prueba de eso.

Pero es verdad que este movimiento no fue uniforme, que es difícil trazar líneas divisorias netas entre ilustrados y revolucionarios, o entre estos y los puros liberales, como que no todos fueron *contractualistas*, sin contar que –como vimos– la metáfora del *contrato social* dio para todo, pero para complicar más las cosas, también se volvió muy problemático el propio concepto de *razón*, no ya entre pensadores de la cuestión penal, sino entre los propios filósofos, dando lugar a nuevos debates.

Como los filósofos iluministas depositaban una confianza enorme en el poder de la *razón*, era natural que se alcanzase el punto máximo con una investigación de muy alto nivel de elaboración acerca de esta. Esta tarea la cumplieron las dos investigaciones de Immanuel Kant (*): la *Crítica de la razón pura* y la *Crítica de la razón práctica*. Tengamos en cuenta que en su tiempo *Kritik* significaba *investigación*.

Por supuesto que la *razón* era patrimonio de los *blancos europeos* –y en modo alguno de los negros e indios–, que formaban parte de la *naturaleza irracional*, como los animales, que para Descartes (*) eran máquinas.

Es imposible resumir el pensamiento de Kant sin deformarlo –al igual que

en cualquier síntesis—, de modo que, por anticipado, pedimos disculpas por este intento que siempre será fallido, pero no podemos remitir a ustedes a la lectura de sus obras, porque estamos estudiando nada más que nuestro modesto saber penal y, por ende, no les podemos exigir ese esfuerzo, de modo que intentaremos aquí lo imposible, para que, al menos, tengan cierta idea aproximada de lo que nos interesa destacar.

La *razón pura* era para Kant la que permitía acceder al conocimiento de las cosas, pero no de las cosas en sí, porque estas no son accesibles al ser humano, dado que todas las cosas se dan siempre en un tiempo y en un espacio, el primero objeto de las matemáticas y el segundo de la geometría. De allí no se podía extraer ninguna regla para el comportamiento humano, es decir, para la ética (palabra que viene del griego, *éthos*, que significa *comportamiento, costumbre*).

Para Kant la ética se alcanza mediante la *razón práctica* (palabra vinculada a *praxis, acción*). Para eso parte de que tengo una *conciencia moral* (que me dice qué es lo éticamente bueno y malo) y me señala mi deber ético. El deber ético se asume como *imperativo categórico*, es decir, cuando hago lo que hago por un imperativo de conciencia no condicionado. Así, no actúas conforme a esto cuando me das la razón solo porque soy el profesor y quieres aprobar la materia. Este sería un *imperativo condicionado*.

Pero al actuar conforme al imperativo categórico que me señala mi conciencia moral, me doy cuenta de que vos también tenés una conciencia moral que te puede señalar imperativos categóricos diferentes de los míos. Por ende, tengo que respetarte y no puedo tratarte como un medio, sino como un fin en vos mismo. Queda claro —recordemos— que para Kant y los muchachos de su tiempo, este trato no te correspondería si tuvieses demasiada melanina.

¿Pero no hay ninguna regla mínimamente objetivable? Kant la encuentra —más o menos— en la siguiente fórmula: *tratá a los demás como querriás que te trataran a vos*, o también enunciada negativamente como *no hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a vos*.

¿Y qué garantía hay de que se respete esta regla? Esta sería la tarea del derecho: sería la garantía externa de respeto hacia el imperativo categórico

formulado en la regla antes indicada, porque esa sería, precisamente, la razón de ser del Estado. Para eso se habría celebrado el *contrato social*, que sacó al ser humano de la barbarie de la guerra de todos contra todos (el invento de Hobbes, que situaba en América), para llevarlo al *estado civil*, precisamente mediante ese contrato, que exige que quien viole el imperativo categórico sea penado conforme a la regla del talión (*ojo por ojo, diente por diente*), o sea, que legitimaba la pena retributiva que devuelve un mal equivalente al causado por el violador del contrato.

Así, el Estado no podría disolverse (no podría rescindirse el contrato social) sin penar antes al último delincuente, porque omitir esa retribución talional, no sería una rescisión del contrato, sino su violación.

Como se puede observar, en esta legitimación de la pena *talional o retributiva* hay un fuerte componente de Hobbes y nada de Locke. Esto se lo objetó a Kant un penalista muy singular, quizá el más profundo pensador penal del siglo XIX, que fue el antes mencionado Anselm von Feuerbach (*), autor del código de Baviera que, a través de la traducción francesa de Vattel pasó en su mayor parte a ser código penal argentino –por obra de Carlos Tejedor (*), el primer profesor de derecho penal de la Universidad de Buenos Aires– y luego también código de la República del Paraguay.

Feuerbach sostenía que si bien mi conciencia moral, mediante el imperativo categórico, me indica lo que debo hacer éticamente, también me señala que, dentro de ciertos límites, que no me marca la conciencia moral, sino la *conciencia jurídica*, sé que tengo un espacio de *derecho* para separarme de la ética.

Para Feuerbach –que en cierta medida seguía las huellas del mismo Kant al que criticaba– en rigor no había dos conciencias (una moral y otra jurídica), sino que la propia conciencia moral te indica lo que debes hacer éticamente y, al mismo tiempo, te señala el espacio de que dispones para actuar de modo no ético.

Esto es lo que muchos años después señalaría Gustav Radbruch (*), el famoso filósofo del derecho del neokantismo liberal, en una de sus más conocidas frases célebres: *el derecho es moral, precisamente porque es la posibilidad de lo inmoral*. En efecto: si no tengo espacio para actuar de modo no ético, si me veo obligado a actuar siempre éticamente, no existe

ningún mérito moral en que lo haga: si es malo salir por otra puerta, no tengo ningún mérito al salir por la puerta correcta cuando las otras están herméticamente cerradas.

Esto lo obligaba a Feuerbach a buscar otra legitimación de la pena, diferente del retribucionismo kantiano y, aquí se pierde afiliándose a la tesis de la prevención general negativa (la pena se dirige a amedrentar a los que no delinquieron para que no delincan), se comporta como un sujeto amenazando a un perro que le muestra los dientes. Fue su famosa y desafortunada teoría de la *coerción psicológica*. En esta cuestión de la pena, Feuerbach se pierde, compartiendo el destino de todos los que trataron de legitimar el derecho penal legitimando el poder punitivo. Volveremos en otra lectura sobre esto, pero de momento, digamos que en el fondo de la crítica de Feuerbach a Kant renacía en Alemania la discusión de un siglo antes en Inglaterra entre Locke y Hobbes.

En efecto: para Feuerbach existía el derecho de resistencia a la opresión cuando la propia autoridad estatal traicionaba el contrato (lo violaba), en tanto que para Kant este derecho de resistencia no era admisible, porque implicaba volver a la guerra de todos contra todos y, por lo tanto, siempre sería preferible soportar la opresión. El derecho de resistencia está consagrado en el artículo 36 de nuestra Constitución Nacional.

Hasta el presente, abundan los penalistas que tratan de legitimar la pena y el poder punitivo del Estado en general, apelando al talión kantiano. Pero lo cierto es que el talión kantiano debía funcionar en un *Estado ético*, que cumpliera su función de *custodio externo del imperativo categórico*. ¿Alguien se anima a afirmar que existe algún Estado real que responda a ese modelo ético? Es obvio que el Estado ético kantiano sigue siendo un Estado *soñado*, pero no realizado, y la pena retributiva solo funcionaría legítimamente cuando se realizase ese sueño.

Bibliografía: En el tomo II de mi *Tratado de Derecho Penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1987, se recoge una amplia indicación bibliográfica para cada tema y autores. Es conveniente leer a Beccaria, y hay varias traducciones de *De los delitos y de las penas* (por ej. la edición bilingüe, Arayú, Buenos Aires, 1959); de Anselm v. Feuerbach es muy interesante la lectura del *Anti-Hobbes. O sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*, Hammurabi, Buenos Aires, 2010. Se trata de textos cortos, pero que hacen pensar.

4. El racismo neocolonialista

Como es sabido, las burguesías europeas llegaron al poder, las noblezas tuvieron que ceder y se mezcló la descendencia de algunos burgueses más ricos con la de los nobles empobrecidos. Al mismo tiempo, las nuevas potencias europeas reemplazaron a las ibéricas y renovaron el colonialismo en América Latina y África, mientras Estados Unidos se desarrollaba independientemente.

En América Latina, el neocolonialismo adoptó la forma de imperialismo, o sea, de utilización de la fuerza de los Estados imperiales en beneficio de sus *establishments*. Para eso les fue necesario eliminar a los próceres de nuestras independencias que, por ser verdaderos liberales políticos, les resultaban molestos.

Nuestros próceres desaparecieron por efecto de la biología o fueron asesinados o alejados en medio de guerras civiles, en que se enfrentaba el modelo productivo tradicional con el mercantilista de los puertos, este último a la medida de los nuevos intereses neocoloniales.

Como es sabido, se impuso el modelo mercantilista y se instalaron en toda la región *repúblicas oligárquicas*, gobernadas por minorías proconsulares adueñadas de tierras y humanos, con constituciones liberales y realidades explotadoras y autoritarias: el *porfiriato* mexicano (*), la república *velha* brasileña (*), el *patriciado* peruano (*), el *gomecismo* venezolano (*), los *barones del estaño* bolivianos (*), la *oligarquía vacuna* argentina (*), etc.

En África el neocolonialismo se animó a colonizar el interior del continente, lo que hasta ese momento no habían hecho –limitándose a ocupar las costas–, porque los africanos podían contagiar a los europeos (al revés de lo que sucedió con nuestros originarios, que fueron contagiados por los europeos). No obstante, la fiebre amarilla llegó de África, como precio del esclavismo, y les costó en parte el desastre del primer intento de construcción del canal de Panamá (*).

Para llevar a cabo la ocupación policial de África, los poderosos se repartieron ese continente como una *pizza* en la conferencia de Berlín de 1884-1885 (*). De ese reparto resultaron atrocidades como el *Estado libre del Congo* (*), propiedad privada del rey Leopoldo II de Bélgica, que para

hacerse de caucho explotó a sus originarios en la forma más inhumana imaginable, practicando un genocidio con más de dos millones de víctimas.

Como era lógico, semejante empresa mundial neocolonial necesitaba un discurso legitimante.

Pero no era solo el neocolonialismo lo que se debía legitimar con la nueva hegemonía europea, porque en las propias metrópolis surgían conflictos muy serios. La lenta acumulación originaria de capital concentraba riqueza en las ciudades, al tiempo que la racionalización de la explotación agrícola desplazaba demasiada población del campo a las ciudades, que el escaso capital no conseguía incorporar al sistema. En las ciudades se daba una simultánea concentración de riqueza y de miseria.

Estas nuevas condiciones urbanas eran explosivas, pero su intensidad disminuía a medida que la industria podía incorporar nuevas fajas de población a su sistema productivo, aunque los que llevaban la peor parte generaron movimientos más orgánicos: el sindicalismo, el socialismo y, el más peligroso para el poder, el anarquismo, en especial en su variante revolucionaria (*).

En toda Europa se reprimía a estos movimientos; quizá Bismarck (*) y más aún Guillermo II (*) fueron los únicos que se decidieron por un intervencionismo económico y algunos beneficios sociales, para contener el avance socialista en Alemania, practicando una especie de *keynesianismo* antes de Keynes (*), aunque sin dejar de reprimir. Fueron las pulsiones represivas de Bismarck las que decidieron a Guillermo II a jubilarlo.

Los habitantes de los cordones de miseria de las metrópolis europeas eran las nuevas *clases peligrosas* que debían ser controladas punitivamente. Para eso, Europa reimportó de sus colonias el método de ocupación territorial que había usado en ellas: las *policías*. Estas aparecieron en el viejo continente a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX, pero conforme aumentó la conflictividad con las *clases peligrosas*, su poder – especialmente de vigilancia– debió incrementarse y fue necesario legitimarlo discursivamente.

Si en las colonias era eficaz el mismo método que en los suburbios, no es raro que a algunos se les ocurriese que entre los habitantes de ambos territorios (colonias y suburbios) había similitudes; nada más *lógico*.

Por ende, el neocolonialismo debía legitimar la superioridad de los colonizadores y de las burguesías europeas, tanto sobre los habitantes originarios de las colonias como sobre los excluidos de los suburbios de sus grandes ciudades.

La expresión *clases peligrosas* (*) no es un invento socialista, sino de la elite intelectual francesa, que convocó a un concurso sobre el tema en 1838, que ganó un jefe de policía de París, aunque con un discurso desarticulado y muy pobre.

Descartado por estar fuera de moda el argumento legitimante de *superioridad teocrática*, quedaban dos caminos para construir el discurso de superioridad neocolonialista, y ambos fueron ensayados: (a) uno consistía en caer en un *idealismo romántico* y deformar el concepto de *razón* del iluminismo hasta hacerlo irreconocible; (b) el otro, en abandonar por completo las bases filosóficas del iluminismo y del liberalismo y apelar a un *burdo materialismo de reduccionismo biológico*.

Por ambos se llegaba al mismo resultado, por el primero a una jerarquización de humanos más bien *cultural* –diríamos hoy– y por el segundo a lo mismo, pero por vía de un fundamento *biológico falso*. El primero tuvo como artífice máximo a Hegel (*) y el segundo a Spencer (*). Como Hegel era un filósofo y Spencer un ingeniero ferroviario, no es posible ignorar la diferencia abismal entre los niveles de elaboración de ambos discursos.

Como se sabe, siempre media una relación inversa entre la brutalidad e irracionalidad de un ejercicio de poder y el nivel de elaboración del discurso que lo legitime: a mayor brutalidad, menor nivel. Es obvio que, en este caso, el mayor éxito correspondió a los disparates de Spencer, que prácticamente devinieron *verdades científicas* del imperialismo británico.

De toda forma, es necesario que expliquemos también el primer camino, porque repercutió con fuerza en el saber jurídico penal –donde tuvo muchos seguidores– y también porque, en materia de ideologías penales, es necesario advertir que ninguna está muerta, sino solo adormecida y se despierta en cualquier momento.

No pretendemos aquí explicar lo que dijo Hegel, entre otras cosas, porque se trata de uno de los filósofos más oscuros de todos los tiempos y hay

bibliotecas enteras dedicadas a explicarlo. Pero sí sabemos lo que significó para el derecho penal, es decir, lo que los penalistas entendieron que decía.

Si en el siglo XVIII la metáfora *contractualista* se prestó para diferentes racionalizaciones, en el siglo XIX fue el concepto mismo de *razón* el que se problematizó y deformó, porque en tanto que Kant –y en general los iluministas– la concebían como vía de acceso al conocimiento, pasó a considerársela –por obra de Hegel– como un motor que propulsaba la historia: la *razón* dejaba de ser una vía de conocimiento y pasaba a ser una fuerza impulsora.

Esta es la diferencia fundamental entre Kant y Hegel. Pero debemos aclarar que, para llegar a esto, Hegel se vuelve *romántico idealista*, o sea que, en una *visión intuitiva* de la realidad, descubre un *principio motor infinito*, que será su particular concepto de *razón*, a partir del cual deriva toda su construcción ideológica.

Mientras Kant, al usar la razón buscaba límites en las respuestas a sus preguntas fundamentales, Hegel despreciaba esa tarea, porque por vía de un pantallazo intuitivo iluminante de la realidad, descubría la razón como principio motor infinito, es decir, puro *romanticismo*, o sea, acceso al infinito por la vía intuitiva.

En lo sustancial, Hegel entendía que el *espíritu humano* (el *Geist*) avanzaba dialécticamente, es decir que, propulsión a *razón*, pasaba por un momento *subjetivo* (tesis), por otro *objetivo* (antítesis) y, por fin, se *sintetizaba* en otro *absoluto*. A este último correspondía el Estado, que detentaba el máximo de la objetivación ética. No el Estado existente sino –al parecer– el que Hegel soñaba que sería alcanzado por impulso de la razón.

Entendámonos: alcanzo el momento subjetivo cuando salgo de la *naturaleza* y tomo consciencia de mi libertad. Recién en ese momento puedo vincularme con otro humano en una relación objetiva entre seres libres –alcanzo el momento objetivo– y, por eso, a ese momento *del espíritu objetivo*, es al que corresponde el derecho. Antes, si no superé el momento subjetivo, no puedo actuar ni conforme ni contra el derecho, porque sigo siendo un ente de la naturaleza y, por ende, puedo ser tratado como un puma que se escapó del zoológico, pero no penado.

Esa condición –de quienes no alcanzan la autoconsciencia de libertad– es atribuida por los penalistas hegelianos a los locos, a quienes consideran incapaces de conducta o acción (la inimputabilidad es para los hegelianos incapacidad de conducta), pero también a quienes reiteran comportamientos que demuestran que no comparten los valores de la *comunidad jurídica* y –obviamente– a todas las personas de las culturas colonizadas.

El *racismo hegeliano* se pone bien de manifiesto en su libro de *filosofía de la historia* (*), donde hace *avanzar* a su *espíritu* dejando al borde del camino a los orientales por teocráticos, a los islámicos por sensuales, a los judíos por sometimiento a la voluntad absoluta, a los latinos por no alcanzar la plenitud racional y, de ese modo, su mundo germánico es el único por completo racional. Para Hegel los africanos eran casi animales y los americanos solo tenemos *historia* desde la llegada del colonialismo europeo.

Por ende, los colonizados, los locos, los que se apartan obcecadamente de las normas, no realizan conductas jurídicas ni antijurídicas, están fuera del derecho, por no haber alcanzado la *autoconsciencia*, que se supone solo en la *gente decente, blanca, con escasa melanina y germánica*. Los otros –entre ellos los colonizados– si molestamos, seremos materia de *medidas policiales*, igual que el pobre puma que se escapa del zoológico en busca de libertad.

La pena retributiva –y, por ende, con medida– era para Hegel un *privilegio*, reservado a los que podían actuar en derecho, y se justificaba porque su delito negaba el derecho, la pena negaba el delito y, por ende, confirmaba el derecho (la negación de la negación es la afirmación), lo que permite decir a algunos que *la pena se justifica por sí misma*. Podríamos agregar que *las medidas también*, ante la supuesta evidencia de inferioridad de los negros y de los indios, como también de los marginados, disidentes y excluidos que se les parecen.

En síntesis, queda claro que tanto los colonizados como los estigmatizados por *locos* y los integrantes de las *clases peligrosas* suburbanas, no son sujetos del derecho –no son totalmente *personas*– y, por ende, todos ellos son materia de puro control punitivo policial. De toda forma, lo que también queda claro es que el Estado *racional* de Hegel

tampoco era una realidad, sino un *proyecto*, salvo que se entendiera que se trataba del Estado prusiano de su tiempo.

El alto nivel de abstracción –y de abstrucidad– de este discurso filosófico no lo hacía muy apto para popularizarse, lo que hizo que el otro camino, el del *reduccionismo biologizante de extrema grosería materialista*, le ganase en difusión y dominase los púlpitos académicos por muchos años: el grosero ingeniero ferroviario inglés superó en popularidad al fino filósofo alemán.

Herbert Spencer se las arregló para esconderse detrás del pobre Darwin (*), al punto de que hasta hoy se repiten sus disparates con el nombre de *darwinismo social* (*), cuando en realidad se trata de un *spencerianismo social*, si se lo quiere llamar de alguna manera, porque se asienta sobre una versión propia y arbitraria de Darwin.

La evolución biológica por medio de lucha –la llamada *selección natural*–, en la que perecen los más débiles y quedan los más fuertes para reproducirse, en términos *darwinianos* no implica que estos sean los más brutos, sino los que tienen mayor capacidad de adaptación. Pero Spencer entendió que eran los más brutos, que por serlo tenían el cerebro más desarrollado y por eso se hallaban en la cúspide de la evolución, condición que los legitimaba para colonizar a los de cerebro menor, incluso como obra piadosa. En síntesis: como los más bestias sobreviven, eso demuestra que son los más evolucionados, deben reproducirse para seguir evolucionando y, mientras tanto, está bien que los menos bestias se mueran y extingan.

Spencer afirmaba –sin ningún fundamento– que el cerebro y el sexo usaban el mismo *combustible* y el menor cerebro de los colonizados obedecía a que, por ser *razas sin moral*, usaban demasiado el sexo. Como *la función hace al órgano*, los colonizadores les impondrían usar menos el sexo y más el cerebro; así, con unos milenios de colonización, alcanzarían un mayor desarrollo craneano, sin contar con que a la colonización sobrevivirían únicamente los más fuertes, a quienes los colonizadores no hubiesen conseguido matar.

En cuanto a las poblaciones suburbanas –*clases peligrosas*–, sostenía Spencer que no debían ser ayudadas, porque se les quitaba el derecho a luchar y a evolucionar mediante la selección natural, aunque los más

débiles perecerían, lo que era inevitable como *ley natural*. Por eso no debía haber ayuda social, enseñanza gratuita (porque leerían libros socialistas) y ni siquiera filantropía, puesto que todo eso retrasaba su derecho a evolucionar (y también a morir más rápido).

Dicho de esta manera, no queda duda que estas banalidades disparatadas cumplieron exactamente la misma función que la complicada construcción hegeliana: los inferiores internos (*clases peligrosas*) y los *externos* (colonizados) debían evolucionar luchando para que se eliminen los más débiles y sobrevivan los más fuertes, que se irían pareciendo a la cúspide de la evolución, desde la que disertaban juntos Spencer y Hegel, aunque habían llegado en autobuses intelectuales muy diferentes.

El *hegelianismo* no se difundió por nuestra región en el siglo XIX, sino que circuló mucho más tarde y reservado a ámbitos académicos. El *spencerianismo* –por el contrario– fue acogido de inmediato por las oligarquías antes mencionadas.

Esta calurosa acogida de Spencer y sus muchachos respondía a que, justamente, era el discurso *pseudocientífico* que permitía a las oligarquías legitimar la obvia contradicción entre constituciones liberales y realidades de servidumbre y esclavitud disfrazada.

La simpleza de esas argumentaciones era de fácil difusión en la prensa: no podía entregarse el destino a pueblos incultos, analfabetos, de indios, africanos, mestizos y mulatos, que harían una catástrofe. Solo después de educarlos y hacerles crecer el cráneo –y achicarles el sexo– sería eso posible. Hasta entonces las oligarquías cumplirían su piadosa función de tutela de esos inferiores en forma de colonialismo interno.

Este discurso no solo llegaba ataviado de *ciencia*, sino que asumía la forma de un *paradigma*, o sea, de un marco general obligatorio para cualquier ideología. Poco importaba que quienes pretendiesen ingresar o mantenerse en alguna posición académica fuesen conservadores, liberales o socialistas, porque de no compartir el racismo spenceriano, eran excluidos por el poder académico. Recordemos que los intelectuales que rodeaban la dictadura de Porfirio Díaz en México, se autodenominaban el *grupo de los científicos* (*) y que el fundador de la criminología brasileña –Edmundo Nina Rodrigues (*)– era un confeso racista, como que el fundador de la

nuestra –José Ingenieros (*)–, quien pese a ser socialista, escribió a principios del siglo pasado artículos racistas horribles.

Desde los tiempos de Wier en el siglo XVI, la corporación médica quería sustraer a los juristas la hegemonía del discurso penal, pero no tenía poder, aunque fue construyendo un discurso propio al respecto. Así, en el siglo XIX, el inglés Pritchard con su teoría de la *locura moral* (*), el austríaco Gall con la *frenología* (*), el francés Morel con la *degeneración* (*), prepararon el terreno al ofrecer discursos en la vidriera de las ideologías, pero necesitan alguien que los compre. Fue necesario que las policías, que crecían sin discurso, demandasen con urgencia uno, porque si bien habían sido *reimportadas* de las colonias y cobraban poder autónomo en las metrópolis, querían legitimarse y sacarse de encima a los jueces.

Fue en ese contexto cuando apareció el más famoso de estos médicos, Cesare Lombroso (*), quien en 1876 publicó la primera edición de *El hombre delincuente*, que en 1888 llegó a nosotros, traído por Luis María Drago (*), luego famoso canciller.

Al seguir las huellas de los *fisiognomistas* (*), Lombroso explicaba la conducta criminal a partir de rasgos físicos considerados atávicos (regresivos o involutivos): prognatismo o mentón prominente, orejas abiertas, pómulos marcados, asimetría facial, extremidades largas, hiposensibilidad al dolor, etc.

Era verdad que Lombroso encontraba en cárceles y manicomios personas con esos signos; en este sentido, fue un observador minucioso. Pero nunca se percató de que esas personas daban en los estereotipos de la época, porque se parecían a los colonizados (eran *feos* para los valores estéticos europeos de ese tiempo) y que, por ende, los signos no eran *causas del delito*, sino causas de que los seleccionasen las policías (*portadores de rostro*).

Al no percatarse de esa selectividad, Lombroso lo explicó al mejor estilo de Spencer: eran personas que nacían entre los más evolucionados de la humanidad, pero sin terminar el desarrollo fetal, o sea, *criminales natos*, a los que –por un accidente biológico– faltaba en su *ontogenia* (*) algo así como el último golpe de horno o el último pespunte.

Pero un fino observador –como era Lombroso– también se dio cuenta de

la semejanza con los colonizados y, al respecto dijo que presentan caracteres *negroides* y *mongoloides*, es decir, que se parecían a los africanos y a nuestros originarios. No se engañaba y observaba que *por eso eran feos*, aunque reconocía que algunos no lo eran tanto, pero de inmediato se corregía para decir que, muchas veces, la fealdad la disimulaba la abundancia de cabello.

En síntesis, la teoría del *criminal nato* de Lombroso se ajustaba perfectamente al *paradigma spenceriano*, pues la visión racista que cabe derivar de su teoría, era que en la parte más evolucionada de la humanidad se producían raros casos de involución (atavismo) en que nacían unos pocos subhumanos parecidos a los colonizados y que iban a dar a las cárceles. De esto podemos derivar que una colonia, habitada por no evolucionados parecidos a los involucionados europeos, no puede ser sino una enorme cárcel, aunque esto no lo haya dicho nunca Lombroso.

Este discurso racista facilitó un acuerdo entre policías (con poder y sin discurso) y médicos (con discurso y sin poder) y permitió que la criminología adquiriese jerarquía académica, entrando a las universidades con el nombre de *antropología criminal* (obsérvese este nombre), luego *criminalología* y por último *criminología*. Así nació una nueva *criminología etiológica*, como estudio del *hombre delincuente*, entendido como un ente biológicamente diferente dentro del género humano.

Conviene aclarar que Lombroso habló del *hombre delincuente*, no de la mujer. Años después –con su yerno, Guglielmo Ferrero– publicó un libro (*La mujer normal, delincuente y prostituta*), donde sostenía que la menor frecuencia delictiva de las mujeres se debía a que en ellas la prostitución reemplazaba a la delincuencia. Retomaba así la tradición inquisitorial misógina con fundamento biologista.

De aquí –con ligeras variantes y algunos retoques– partió todo el derecho penal de *peligrosidad* del siglo XIX y de la primera mitad del siglo pasado, que no solo en la misoginia renovó el pensamiento inquisitorial y que, en conjunto se conoce como *positivismo penal y criminológico*, acogido calurosamente en nuestra región.

Debemos formular una advertencia final, porque llama la atención que aquí hayamos hablado de dos discursos racistas y que en la cúspide de la

raza evolucionada estuviesen Hegel y el dúo Spencer-Lombroso, aunque, como dije, llegados en autobuses diferentes.

Les ahorro la historia, pero esta cuestión de que el racismo se suba a cualquier autobús discursivo viene de mucho más lejos. En la India, el racismo siguió la vía más *espiritualista imaginable*: la *reencarnación*. Los espíritus evolucionaban y a medida que se perfeccionaban se iban reencarnando y volvían a la tierra en seres más perfectos, hasta reencarnar en la casta superior, que así legitimaba su hegemonía y el sometimiento de las otras castas. La más inferior –la de los *parias*– cumplía la función de permitir que todas las *intermedias* se considerasen superiores a alguien.

Como siempre también sucede, un día alguien *les arruinó el pastel*, diciendo que todos –por ser humanos– estaban igualmente capacitados para llegar a la perfección. Ese fue Buda.

¿Estamos mezclando religión con ciencia? No, fueron otros los que mezclaron los autobuses. No se asombren: no faltaron quienes vincularon la teoría lombrosiana con la reencarnación, y el propio Lombroso se acercó al espiritismo en sus últimos años.

Pero volvamos algunos milenios atrás: el idealismo y la dialéctica no los inventó Hegel, sino Platón, en quien muchos reconocen contactos con las ideas de la India.

No olviden nunca –y por cierto no solo en el derecho penal– que *todo ómnibus discursivo es bueno, cuando vende boletos que permiten legitimar el ascenso a una posición privilegiada desde la que someter, explotar, esclavizar o incluso matar al resto de los seres humanos*.

Bibliografía: Remitimos al mismo tomo II del *Tratado de Derecho Penal*, EDIAR, Bs. As., 1987; también *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, EDIAR, Buenos Aires, 2010; Darío Melossi y Massimo Pavarini, *Cárcel y fábrica, Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, Siglo XXI, México, 1985.

5. El derecho penal en los laberintos del racismo

El racismo positivista italiano estuvo encabezado por un trío de famosos: además de Lombroso, Rafael Garófalo (*) y Enrico Ferri (*).

Garófalo era un aristócrata que consagró el nombre de *Criminología* en su obra máxima, donde lleva hasta la náusea el racismo spenceriano: para este

renombrado teórico de su época, los ricos en melanina eran razas y pueblos *de criminales natos*, en tanto que los blancos refinaban sus sentimientos de justicia y piedad; la defensa contra los *degenerados internos* equivalía a la guerra contra el enemigo externo. Su obra racionaliza las peores violaciones a los derechos humanos, escrita por una suerte de Platón en bruto, y lleva precisamente el nombre de *Criminología*.

Enrico Ferri –de origen socialista, aunque en sus últimos años fue senador fascista– dio entrada a las *causas sociales*, aunque siempre dentro del general esquema etiológico y sin abandonar a Spencer (aunque invocando al pobre Darwin y a ratos perdido mezclándolo con Marx). Fue el *jurista* del trío, propulsor del reemplazo de la pena retributiva por la *medida de seguridad* neutralizante de la peligrosidad del sujeto, o sea, del más puro derecho penal de autor. Por influencia suya, el propio Lombroso matizó su biologismo, al reconocer otras *causas* en un libro titulado *El delito, sus causas y remedios* (*).

Ferri era un sujeto peligroso por su inteligencia y elocuencia, al punto que su creación más genial fue la llamada *lucha de escuelas*, para lo cual inventó una supuesta *escuela clásica* en que englobaba a todas las ideologías de los discursos anteriores a él y su trío, para oponerle lo que ellos pensaban: según Ferri, con ellos había llegado la *ciencia* y todo lo anterior era *espiritismo penal*. Esa *lucha* solo existió en su imaginación. El supuesto fundador de esa pretendida *escuela clásica* era Beccaria y su jefe Carrara, ambos muertos cuando Ferri escribía. Pero el invento ganó popularidad y cundió por el mundo.

El trío positivista impactó de lleno en nuestras cátedras, todos los penalistas se volvieron positivistas, era la *moda*, el *progreso*, la *ciencia*. Dominó la teoría jurídico penal argentina hasta pasada la mitad del siglo XX y, en buena medida, se expandió desde aquí al resto de América Latina de lengua castellana. Prueba de eso son las obras generales más difundidas de esos años, especialmente las generales de Eusebio Gómez (*) y Juan P. Ramos (*), al igual que el surgimiento de nuestra criminología que, luego de algunas veleidades anarquistas, eclosionó con la *Criminología* de José Ingenieros (*), que *psiquiatriza* todo el delito.

El positivismo retomó el esquema integrado de los inquisidores contra

brujas: la criminología explicaba las causas del crimen, ya no Satán y sus muchachas inferiores biológicas, sino directamente la inferioridad biológica (matizada con algunos otros *factores*) de hombres y mujeres, que revelaba su peligrosidad, es decir, la alta posibilidad de cometer crímenes en el futuro.

El delito cometido no creaba desvalor por sí mismo, sino que era mera prueba de la posibilidad de crímenes futuros. La función del derecho penal era neutralizar al sujeto peligroso, sea tratándolo (resocializándolo) o inutilizándolo, es decir, pura *prevención especial*. El proceso penal era el camino que debían seguir los jueces para verificar el delito y medir la peligrosidad de la persona. Esos *técnicos en peligrosidad* no estaban ahora iluminados e inmunes al delito por obra del Espíritu Santo, sino de la *ciencia racista*, cuyo monopolio detentaban los médicos.

Pensándolo bien, si lo *peligroso es el sujeto y su delito solo un síntoma de su peligrosidad*, puede haber otros síntomas y, en ese caso, no sería necesario esperar que la persona cometa un delito. Por esta vía se abrió paso la llamada *peligrosidad sin delito* y los correspondientes proyectos de imponer penas (llamadas *medidas*) a los que evidenciaron *peligrosidad* con su conducta de vida, que se llamó *mala vida*.

Por la *mala vida* desfilaban prostitutas, *caftens*, jugadores, manosantas, vagos, mendigos, *gays*, alcohólicos, usuarios de otros tóxicos, etc., que fueron objeto de libros escritos por criminólogos que visitaban prostíbulos con pretexto de investigación en Roma, Madrid, Barcelona y, como no podía ser de otro modo, también en Buenos Aires. Eusebio Gómez escribió en 1908 *La mala vida en Buenos Aires* (*), con prólogo de Ingenieros.

En realidad, en Buenos Aires no era necesario establecer legalmente la peligrosidad sin delito, porque la practicó la policía hasta fines del siglo XX, mediante penas contravencionales impuestas por comisarios y detenciones por averiguación de antecedentes contra cualquier ciudadano.

No faltó en el mundo quien pensó que esto se podía llevar al extremo y hacer un código penal sin parte especial, porque la *peligrosidad* –como cualquier patología– podía diagnosticarse sin una tabla legal de signos y síntomas. Así, Nikolái Krylenko (*) elaboró un proyecto en esa línea para la Unión Soviética. El proyecto no se sancionó, pero su autor fue fusilado en

las purgas estalinistas de 1938 (*), llevadas adelante por el tristemente famoso fiscal Andréi Vyshinski (*).

Pero el derecho penal de la primera mitad del siglo pasado no solo se enredó con el racismo spenceriano, sino que tuvo tristes y lamentables contactos íntimos discursivos con otras versiones del racismo, legitimantes no solo de genocidios colonialistas, sino de los cometidos en la propia Europa y sobre personas que también eran blancas.

En realidad, *el racismo spenceriano era evolutivo*, o sea que la inferioridad de los ricos en melanina la atribuía a que no habían alcanzado el mismo grado de evolución que los pobres en melanina y, con la piadosa ayuda del colonialismo, si bien demorarían algunos siglos, alcanzarían ese grado evolutivo, aunque al mismo tiempo matase a los más débiles, y dejase subsistir a los más fuertes, para acelerar la evolución.

Pero desde el siglo XIX también se venía inventando un *racismo involutivo*, según el cual una raza superior (*aria*), proveniente de la India, se habría ido mezclando con seres inferiores y se habría degradado. Los blancos superiores serían los que aún conservaban mayores rasgos de la supuesta raza *aria* originaria, que eran los *germanos*. Así nació el *mito germano*, común a casi todos los pueblos europeos: los sajones británicos, los visigodos españoles, los francos franceses, etc.

Al contrario de lo que suele pensarse, el más famoso divulgador de esta mentira no fue un alemán, sino un diplomático y novelista francés de dudosa aristocracia: el conde Arthur de Gobineau (*). Fue también embajador en Brasil, donde vaticinó que por efecto del mestizaje con los negros su población disminuiría (al parecer se equivocó muy feo). Terminó su carrera diplomática fugándose con la mujer de un colega.

Según Gobineau la mezcla de razas había dado por resultado tres grupos: uno superior, *aristocrático*, donde se conservaban más los caracteres *arios* y estaba destinado a las grandes obras del espíritu (por supuesto, era el suyo). El segundo grupo tenía marcada influencia china, o sea, era inclinado al comercio y a ganar dinero, obviamente era la *burguesía* francesa. El tercero era los *sans-culottes*, o sea, la *plebe desordenada*, que no usaba los pantalones o calzones propios de la nobleza y en la que predominaban los caracteres africanos.

Debemos aclarar que siempre en el racismo existieron estas dos tendencias (evolutiva e involutiva), incluso en el mismo discurso racista teocrático del colonialismo ibérico: se escribieron muchos libros en los cuales se preguntaba si el Apóstol Tomás había llegado a América o no. Unos afirmaban que sí, en base a las cruces prehispánicas; otros lo negaban. La disputa no era insignificante: si Tomás no había llegado éramos *infieles*, debíamos *evolucionar hacia la verdad*, y era tarea del Rey adoctrinar a los infieles; pero si Tomás había llegado y habíamos despreciado su mensaje, éramos *herejes*, involucionados, con quienes debía vérselas solo la Iglesia y no el Rey. Recordemos que los jesuitas fueron expulsados por resistirse al Rey, medio siglo antes de nuestras independencias.

Pero volvamos a lo nuestro: el *racismo involutivo* del siglo XIX entró en el siglo XX, con el libro de cabecera del emperador Guillermo II (*), escrito por un británico germanófilo que adoptó la ciudadanía alemana y se casó con la hija de Wagner: Houston Stewart Chamberlain (*), quien siguió la línea novelística de Gobineau, pero ya teñida de profundo antisemitismo.

Las patrañas de Chamberlain, remozadas con la cruz gamada nazista por un criminal de guerra, Alfred Rosenberg (*) en *El mito del siglo XX* (*), configuraron un delirio en que ni el mismo Hitler creía del todo, pues se burlaba en privado de su autor.

Parece increíble que todo este entramado de delirantes ideologías racistas haya sido asumido no solo por políticos, sino también por académicos, pues es por completo incomprensible sin tener en cuenta la historia del siglo pasado.

Quien pretenda comprender mínimamente qué pasó en el saber jurídico penal en la primera mitad de ese siglo, no puede soslayar el marco político, social, cultural y económico europeo, so pena de no comprender absolutamente nada y terminar creyendo ingenuamente que todo se produce por azar o poco menos.

De la Primera Guerra Mundial (1914-1918) (*) salieron beneficiados los Estados Unidos, en tanto que la Unión Soviética ensayaba un problemático camino propio. Europa había quedado arrasada, trató de recuperarse imponiendo fuertes sanciones económicas a Alemania –ya republicana– y lo que consiguió fue poner en crisis a la república de Weimar (*). En la

Italia subdesarrollada, un movimiento totalitario —el fascismo (*)— hacía sus primeros pasos a partir de la *marcia su Roma* de 1922 (*). La Unión Soviética se encaminaba desde 1924 al totalitarismo estalinista (*). La crisis mundial de 1929 (*) agravó las cosas y, sumadas sus consecuencias a los efectos de las sanciones impuestas a Alemania, propulsó el ascenso del nazismo (*) que en 1933 se hizo del poder.

La Primera Guerra Mundial fue un suicidio *interimperialista* para Europa, y la Segunda (1939-1945) fue la terrible consecuencia de la incalificable ceguera política en las luchas de poder de entreguerras.

El saber jurídico penal también es *político* y, por supuesto, estuvo enredado en todo eso. En nuestra región seguía imperando el positivismo y las *novedades* jurídico penales y criminológicas que nos llegaban eran inorgánicos desprendimientos de los avatares ideológicos europeos.

El nazismo había llevado al colmo la idea de superioridad racial en base al antes mencionado *racismo involutivo*, cuyo *paraíso perdido* era el tiempo de los *germanos puros*, cuyas virtudes se habrían debilitado por efecto de la disolvente influencia de los *judíos*, considerados una *raza enemiga*. Todos los hombres de raza aria (las mujeres también, pero como reproductoras) tendrían en sus genes condicionado un sentimiento de *justicia racial* y por eso eran miembros de la *comunidad del pueblo*, una suerte de hormiguero o panal de abejas, con un intérprete supremo (legislador y juez), que era el *Führer* (como abeja reina).

La función del poder punitivo era la neutralización o eliminación de todos los *degenerados* que no respondían a los mandatos éticos de la *comunidad del pueblo* que, de este modo, se convertían en mandatos jurídicos. Para este derecho penal, al igual que para el positivismo, el delito no era desvalorado en sí por la ofensa a bienes jurídicos, sino tomado como signo de degeneración del *ario-germano*.

Para eso, bastaba que mostrase su voluntad contraria al mandato, incluso antes de cualquier tentativa (*derecho penal de voluntad*), como tampoco era necesario que su conducta fuese exactamente típica, pues si contrariaba los mandatos de la comunidad del pueblo y no era típica, debía atenderse a esos mandatos antes que a la ley escrita, puesto que *la fuente del derecho nazi no era el Estado sino la comunidad del pueblo, siendo el Estado un simple*

instrumento de aquella. De allí que este derecho penal admitiese la integración analógica cuando los jueces considerasen que la conducta, aunque atípica, igualmente afectaba *el sano sentimiento del pueblo alemán*.

Si bien esta concepción del derecho penal era horripilante, el poder punitivo habilitado por este en el régimen nazi no fue el más letal, aunque parezca mentira. La eliminación masiva de enfermos mentales e incurables no fue autorizada por jueces, sino como medida administrativa. La *Shoá* (*) –eliminación de seis millones de personas– tampoco fue ejercicio de poder punitivo habilitado por el derecho penal formal, sino como medida de eliminación policial. Los jueces no intervinieron en ningún momento para impedirla u obstaculizarla. Como señalamos muchas veces, se pluralizan los sistemas punitivos, el *formal* es solo uno –no el más letal– y sus jueces, para no verse en problemas, se desentienden del resto del poder punitivo, que queda a cargo del derecho administrativo e incluso racionalizan esa omisión.

En tanto esto sucedía con el derecho penal nazista, el soviético estalinista no aportaba mayores novedades, pues sus autores se plegaban al positivismo con algunas citas de pie de página marxistas o leninistas. El teórico del derecho marxista que no siguió esta línea fue Eugenio B. Pasukanis (*), que desde 1937 hasta la fecha es un desaparecido forzado. Andréi Vyshinski, que se cargó a Pasukanis y después –como vimos– a Krylenko, era por cierto un jurista y fue rector universitario, pero su discurso no aporta nada más que la adaptación a su papel de sicario de Stalin. La legislación penal soviética también consagraba la integración analógica, que solo fue eliminada después del estalinismo.

La otra vertiente del totalitarismo de entreguerras que impactó en el derecho penal fue la *fascista italiana*. A decir verdad, el *fascismo* no respondía al mito germánico ni pretendió una superioridad racial italiana sobre esa base, incluso no fue antisemita en sus comienzos. Esto no significa que no haya sido racista, solo que fundado sobre el *mito romano*. Su racismo blanco legitimaba las campañas de pretendida construcción de un imperio africano con las conquistas brutales de Libia, Eritrea, Somalia y, finalmente, Etiopía (Abisinia) en 1935 y 1936. Al final también incorporó el antisemitismo, cuando se alió con los nazis.

A diferencia del nazismo, el derecho fascista reconocía como única fuente al Estado, pues conforme a su ideología el pueblo solo se expresaba a través de este. Mussolini decía: *El pueblo es el cuerpo del Estado, y el Estado es el espíritu del pueblo; en la doctrina fascista, el pueblo es el Estado y el Estado es el pueblo; todo en el Estado, nada contra el Estado, nada fuera del Estado.*

Debido a esto, el derecho penal fascista defendía el principio de legalidad y no admitía la integración analógica, a diferencia del nazi. Los jueces debían hacer lo que la ley mandaba y nada más. Pero no se trataba de la *legalidad de garantía*, como seguridad del ciudadano, sino de obediencia a la ley como *seguridad de la voluntad punitiva del Estado*. Sus penalistas – salvo alguno o algunas frases perdidas de expreso fascismo– fueron en general positivistas jurídicos (*), apegados a los textos legales y hasta enemigos de la filosofía, como Vincenzo Manzini (*).

No puede afirmarse que el fascismo haya tenido una fuente teórica única ni mucho menos, pero es incuestionable que es heredero del hegelianismo en cuanto a su glorificación del Estado. Para quienes distinguen un hegelianismo de derecha y otro de izquierda, el fascismo deriva del primero. Su más importante filósofo fue el *neoidealista* Giovanni Gentile (*) y no puede negarse en todo el *neoidealismo italiano* (*) la inspiración hegeliana, que en su vertiente *gentiliana* dio amplio fundamento discursivo a la triste aventura colonialista africana de Mussolini.

Como puede verse, en el contexto de la convulsionada primera mitad del siglo pasado, el saber jurídico penal fue alimentado por los racismos, tanto por el *evolutivo biologista*, como también por el *involutivo ario-germánico* y por el *idealista neohegeliano*.

Con cualquiera de estos autobuses discursivos se llegaba a la cima de la raza blanca superior. Cada uno podía retirar de la vidriera de discursos racistas el que mejor le convenía, o sea, subirse al autobús que lo dejaba en la cima por el camino más corto: Spencer y Lombroso, Gobineau, Chamberlein y Rosenberg, Hegel y Giovanni Gentile, todos facilitaron los diferentes ómnibus ideológicos que legitimaban la superioridad del poder con que la *civilización* cometió en el siglo pasado sus peores genocidios.

La Primera Guerra Mundial –sobre la que se repara poco– fue una

carnicería humana sin precedentes, guerra de trincheras inmundas, de muertes por infecciones, no se conocían los antibióticos, hay fotografías de pilas de extremidades amputadas, millones de lisiados por toda Europa, uso de gases venenosos, etc. A su término, para colmo, azoló al planeta una pandemia de gripe llamada *española* (*) (no porque tuviera origen español, sino porque en España no se censuraron las noticias), que se calcula que mató entre cuarenta y cien millones de personas.

Todo este horror no detuvo las brutalidades de las luchas por el poder ni los racismos discursivos manifiestos como legitimación y, en consecuencia, sobrevino la segunda guerra poco más de veinte años después de esas catástrofes.

La segunda guerra dejó como saldo dos atrocidades que causaron más miedo que todas las anteriores: por un lado, los nazis habían eliminado a millones de personas inocentes (judíos, gitanos, enfermos, *gays*, etc.) que tenían igual carencia de melanina que ellos y, además, lo habían hecho en pleno territorio europeo; por otro lado, la energía nuclear y las bombas sobre Hiroshima y Nagasaki mostraban por primera vez al mundo la posibilidad de aniquilar a toda la especie humana. Los juicios de Nürnberg y Tokio exhibieron también la verdad del genocidio.

El miedo –*no la razón ni la reflexión*– llegó al derecho internacional y en 1948 provocó –al menos– dos tímidos avances: la convención contra el genocidio y la Declaración Universal de Derechos Humanos. Tímidos, por cierto, porque la primera quiso evitar que cayesen en su tipificación los genocidios coloniales europeos, los desplazamientos de población forzados del estalinismo y las bombas de Hiroshima y Nagasaki y, por ende, la definición internacional del genocidio –hasta el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (*)– fue casi una caricatura de los genocidios nazis.

En cuanto a la Declaración Universal, en su momento no fue más que una *declaración* que, solo décadas después cobró valor normativo al considerarla parte de la Carta de la ONU y complementarse con los Pactos y con los sistemas regionales europeo, americano y africano.

De cualquier manera, fue altamente positivo que los jefes de manadas de la especie humana de la orgullosa civilización occidental reconociesen que

todo ser humano es persona, lo que no le fue necesario a ninguna otra especie animal para reconocerse entre sí.

En nuestra región el positivismo racista declinaba. Nuestras oligarquías se habían debilitado por acción de movimientos populares (*cardenismo* mexicano, APRA peruano, *varguismo* brasileño, *velasquismo* ecuatoriano, MNR boliviano, *yrigoyenismo* y *peronismo* argentinos, etc.). En segundo lugar, la nueva generación de penalistas, al igual que las europeas, estaban hartas de su sometimiento a la criminología etiológica de los médicos. En tercer lugar, la pretensión de resolver todos los problemas jurídico penales apelando a una grosería policial e irracional como la *peligrosidad*, se volvía insostenible. Por último, el nazismo había desprestigiado a todo el racismo biologista (*involutivo*, pero de paso también al *evolutivo*) y los propios científicos lo descartaban, aunque aún no se hubiese avanzado demasiado en la genética.

El telón fue cayendo sobre esta etapa y todos los penalistas empezaron a mirar hacia Alemania. En las dos décadas posteriores al final de la guerra, el derecho penal positivista desapareció por completo entre nosotros, aunque no sin dejar algunos residuos en la dogmática y muchos en los medios de comunicación.

Bibliografía: La indicada en el tomo II del *Tratado de Derecho Penal*, EDIAR, 1987; en Zaffaroni, Alagia, Slokar, *Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, 2000, pp. 284 y ss.; en *La palabra de los muertos*, op. cit., pp. 87 y ss.; Eusebio Gómez, *La mala vida en Buenos Aires*, Colección “los raros”, Biblioteca Nacional, 2011; del mismo, *Tratado de Derecho Penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1942; también, *Enrique Ferri (Aspectos de su personalidad. Síntesis y comentario de su obra)*, EDIAR, Buenos Aires, 1947; Enrico Ferri, “El fascismo en Italia y la obra de Benito Mussolini”, en *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, Buenos Aires, 1926, tomo XXXIII; Juan P. Ramos, *Curso de Derecho Penal*, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1935.

6. El saber jurídico penal alemán llega a nosotros

El *racismo* no desapareció, pues continúa vigente y forma parte de los estereotipos negativos, que sintetizan los peores prejuicios de toda sociedad, en la forma de *racismo latente o poco manifiesto*. En lo académico, muchas veces se encubre en una pretendida jerarquización de culturas; lo que desapareció fue solo el *racismo demasiado manifiesto*.

Al opacarse este último en la posguerra, arrastró consigo al derecho penal

positivista de la alianza médico-policial, cuya caída devolvió a los juristas (penalistas) la hegemonía del discurso del derecho penal. Cabe observar que desde mucho antes, los penalistas se sentían molestos, por ocupar en el modelo integrado positivista una posición subordinada a la criminología etiológica de médicos.

En Europa, estas *tentativas de recuperación del derecho penal por parte de los penalistas* se habían producido desde las primeras décadas del siglo pasado. En Italia, Arturo Rocco (*) había lanzado la llamada *escuela técnico-jurídica* hacia 1910. En Alemania, cundía el *neokantismo jurídico* con Gustav Radbruch (*) y otros desde la primera década del siglo.

Estos movimientos, hasta mediados del siglo pasado no tuvieron repercusión importante en el penalismo de nuestra región, que seguía atado al positivismo, con diferentes matices que no alteraban su esencia, hasta que el hundimiento del *racismo manifiesto* -y su reduccionismo pretendidamente *biologista*- dejó sin base filosófica al derecho penal y fue necesario reconstruirlo rápidamente.

La mirada penal se dirigió en esa emergencia a Alemania, no por un brote de *germanofilia*, sino porque allí era donde el *derecho penal de los penalistas* alcanzaba desde hacía mucho su mayor refinamiento discursivo.

En este sentido, la elección fue acertada, porque no podían acudir al derecho penal anglosajón, extraño a nuestro sistema; tampoco al italiano, que salía del positivismo y también miraba hacia Alemania; y menos aún al francés, que en ese momento no ofrecía un grado aceptable de elaboración teórica.

Esto explica algo que siempre es necesario aclarar a los estudiantes, que ven sus manuales llenos de citas de autores alemanes y se preguntan a qué se debe. La razón no es otra que el buen resultado de la metodología aplicada por los penalistas alemanes. Frente a las groserías de la *peligrosidad positivista*, la dogmática jurídico penal alemana ofrecía soluciones mucho más racionales –o al menos razonadas– a los interrogantes de nuestro saber.

La crítica al positivismo y la mirada hacia Alemania había comenzado años antes de la segunda guerra, con autores como Sebastián Soler (*) en la Argentina y Nelson Hungria (*) en Brasil, pero estos discursos terminaron

de desplazar al positivismo en la posguerra. A partir de ese momento, nuestro derecho penal latinoamericano recibe el impacto directo del saber jurídico penal alemán hasta el presente.

No obstante, cada nueva construcción dogmático jurídica que llega de Alemania es recibida por el penalismo de nuestra región como de superior calidad técnica, es decir, que se trata de un sistema más perfecto, menos contradictorio que el precedente, como si importásemos ingenios electrónicos de nuevas generaciones o sucesivos modelos de automóviles con mejor tecnología incorporada.

Buena parte de verdad hay en esto, pues es cierto que, cuando observamos el orden en que fueron llegando, vemos una superación en cuanto a la coherencia interna (no contradicción o *completividad lógica*) de las sucesivas construcciones.

Cada nueva elaboración dogmática debe someter a crítica la anterior y, de ese modo, pone al descubierto sus contradicciones, pero necesariamente, de inmediato, como no se agota en una *crítica por la crítica misma*, pasa a resolverlas ofreciendo una nueva construcción, apoyada sobre otra base discursiva.

Esta *nueva base discursiva* es la que –con demasiada frecuencia– pasa por alto el penalismo latinoamericano, demasiado fijado –obsesionado y deslumbrado se podría decir– por la mayor completividad lógica de la recién llegada.

La búsqueda de *racionalidad* solo por la mayor observancia del principio de no contradicción en la valoración de las sucesivas construcciones importadas, es paralela a una menor atención a la base o fundamento discursivo del nuevo sistema.

Ese fundamento discursivo es –precisamente– la *antropología filosófica* en que se asienta, la *teoría del conocimiento* con que se lo construye, el grado de *legitimación o deslegitimación* del poder punitivo que filtra, el *modelo de Estado* en el que se inserta, o sea, en síntesis, el contexto de poder político, social y económico –y el marco cultural– a que corresponde o aspira corresponder. Dicho más claramente: al reparar solo en la completividad lógica del sistema, se *despolitiza* al derecho penal.

Este no es un defecto de los penalistas alemanes –quede claro– sino del penalismo latinoamericano que, cuando retira de las aduanas locales los sistemas importados, se deslumbra únicamente con su mayor completividad lógica y no repara en el resto.

Quienes elaboran esos sistemas no tienen la culpa de que nosotros los recibamos y los valoremos fijándonos casi exclusivamente en su grado de no contradicción, sin reparar en su funcionalidad política. Este problema lo creamos nosotros, no los que elaboraron el sistema.

Para corregir esta omisión, que priva al derecho penal de su dimensión fundamental –como es la política–, no nos queda otra alternativa que averiguar qué fue lo que pasó en Alemania y cómo aparecieron allí los sucesivos sistemas que importamos.

En principio, debe quedar claro que los penalistas no son *escribas* de los políticos, no inventan sistemas por encargo de ningún comité o líder, sino que elaboran sus sistemas, sin duda que condicionados por sus circunstancias –su contexto cultural, social y político de cada momento histórico–, pero no por *comisión de nadie*. Como se ha dicho, *todo humano es él y sus circunstancias*. Que una construcción cumpla con una funcionalidad política, no significa que quien la elabora sea un esbirro de ningún régimen.

Por lo general, la historia del derecho penal demuestra que cada vez que alguien quiso teorizarlo por encargo de algún régimen, la construcción resultante fue también desastrosa en su completividad lógica. Pero de ningún modo es este el caso de nuestro derecho penal importado.

Lo que sucede es que, como todos los sistemas de ideas o *ideologías* en sentido amplio, se exponen en las *vidrieras de las ideologías*, según su funcionalidad –sea crítica o legitimante–, algunas son compradas por muchos, difundidas y marcan una época, diríamos que son *epocales*. Otras, que no llaman la atención de la clientela, son *ocasionales*, quedan en el escaparate hasta que son retirados y se archivan en el altillo. Esto no significa que las ideologías *ocasionales* no sean importantes científica, filosófica o políticamente, pues algunas van a dar al altillo solo por adelantarse a su tiempo (la ropa de verano no se compra en invierno).

Es imposible detenerse en todos los sistemas del derecho penal

construidos con método dogmático en Alemania, es decir, todos los que se han ofrecido en la vidriera, pues son muchísimos; sería algo así como despanzurrar un colchón de plumas en un día de viento. Solo podemos detenernos en los *epocales* (que marcaron épocas), porque fueron funcionales en su momento histórico, conforme a su contexto político, cultural y de poder social y económico.

No es difícil individualizar estos contextos y su correspondiente funcionalidad en el país de origen, porque la historia alemana del último siglo y medio es realmente dramática en cuanto a disparidad de momentos políticos bien marcados.

Pensemos que Alemania, después de las tensiones entre Austria y Prusia, (a) unificó sus treinta y nueve Estados en 1871, con el Imperio, bajo la batuta de Prusia y la habilidad política de Otto von Bismarck (*). (b) Guillermo II despachó a Bismarck en 1890, para evitar su tendencia represiva e inició un período de intervencionismo económico importante, que algunos –exagerando bastante– llamaron *socialismo de Estado*. (c) La Primera Guerra Mundial provocó la caída del Imperio en 1918 y el advenimiento de la República de Weimar (*), con socialistas y liberales, acosada desde los extremos de izquierda por el comunismo y de derecha por el nazismo. (d) El nazismo acabó con la República de Weimar al asumir el poder en 1933, y se distinguió una etapa de *preguerra* y otra de *guerra*. (e) La derrota de 1945 dejó ocupado el territorio por cuatro potencias: Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia y la Unión Soviética. (f) Las zonas ocupadas por las tres primeras potencias constituyeron la República Federal de Alemania, que sancionó su constitución –la Carta de Bonn– en 1949 (*), y la de ocupación soviética la República Democrática Alemana (*). (g) La República Federal se reconstruyó con el gobierno conservador de Konrad Adenauer (*). (h) En los años setenta cobró fuerza la socialdemocracia en la República Federal, con alternativas con la democracia cristiana. (i) Finalmente, Alemania se reunificó (*) en 1990, lo que dio inicio a su etapa actual de marcado liderazgo europeo. Las elaboraciones de su derecho penal *epocales* están vinculadas a esta historia política tan dramática como accidentada.

No es menester mucha penetración para descubrir en Karl Binding (1841-1920) (*) su adecuación al momento político de Bismarck; en la dogmática

de Franz von Liszt (1851-1919) (*) al segundo momento del Imperio; en Gustav Radbruch y Max Ernst Mayer (*) un liberalismo que corresponde a la República de Weimar; en Edmundo Mezger (*) y en la llamada escuela de Kiel (*) (Georg Dahm y Friedrich Schaffstein) (*) las dos vertientes del derecho penal del nazismo; en el conservadurismo etizante de Hans Welzel (*) su correspondencia con la etapa de reconstrucción de Konrad Adenauer (*); y en Klaus Roxin (*) los ecos de la socialdemocracia alemana de Willy Brandt (*).

Estas correspondencias son bastante claras, y no es conveniente avanzar hasta el presente, porque la proximidad temporal puede hacernos caer en valoraciones subjetivas, pero a nuestros efectos es suficiente con las antes señaladas.

Ante la necesidad de seleccionar las construcciones en que nos detendremos, nos limitaremos fundamentalmente a las *epocales* que tuvieron impacto en nuestro derecho penal regional (Liszt, Mezger, Welzel, Roxin) y la de Günther Jakobs, que, si bien no parece ser *epocal* en Alemania, donde predomina la de Roxin y sus discípulos, ha impactado fuera de sus fronteras.

El *normativismo* de Binding no llegó a nuestro derecho penal, como lamentablemente tampoco lo hizo el liberalismo penal de Weimar, de cuyos autores en castellano solo conocimos en su momento las obras de filosofía jurídica. Felizmente, tampoco nos llegó la llamada *escuela de Kiel*.

Respecto de Binding, pese a que no llegó a nosotros, es ineludible detenernos un instante, por las razones que exponemos a continuación. En cuanto a las otras construcciones *epocales* y a algunas *ocasionales* (no *epocales*) haremos solo algunas breves referencias, porque es conveniente que, de cualquier modo, ustedes tengan una idea de la magnitud y riqueza creativa del universo de construcciones dogmáticas que se propusieron, discutieron y siguen discutiéndose en la dogmática jurídico penal alemana.

Antes de pasar a la primera dogmática *epocal* que llegó a nuestra región, debemos señalar que en la historia del derecho penal alemán se habla de una *lucha de escuelas*, planteada entre Binding y von Liszt, a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Ante todo, es debido a esto que resulta ineludible referirse a la posición de Binding para comprender en qué

consistió esa *lucha*.

A este respecto se puede decir que, en definitiva, mientras Binding era –a su manera– un exaltador del positivismo jurídico (del derecho positivo), von Liszt seguía siendo en buena medida un positivista criminológico, algo así como un Ferri alemán, pero más dogmático.

Pero también es necesario detenerse en Binding, porque su positivismo jurídico no es puro y su modalidad dejó huella en construcciones posteriores hasta el presente, en cualquier versión de la *teoría de las normas* que quiera ver, como esencia del injusto, la violación de una norma como desobediencia a un imperativo, más que la ofensa a un bien jurídico.

Binding siempre buscaba la *norma* detrás de la ley positiva, pero no como una deducción lógica que facilita la racionalidad de la construcción, sino que en su violación como *imperativo* estatal hacía radicar la esencia misma del injusto penal. Dicho más claramente, para este autor el injusto es violación del mandato normativo, con lo que construye un *derecho penal de imperativos*. De allí su afán de buscar todas las normas en el derecho positivo: justamente por eso su monumental obra cumbre –nunca traducida a nuestra lengua– se titula *Las normas y su infracción*.

Cabe hacer notar que, de esta centralización de las normas como mandatos y de su violación como núcleo del injusto, se deriva casi todo el llamado *normativismo* posterior, con su consiguiente pregunta acerca de *a quién se dirige la norma*, si al ciudadano o al juez, y su posterior derivación en normas primarias (dirigidas al ciudadano) y secundarias (dirigidas al juez).

Pero Binding inventó una nueva norma que llamó *de valoración*, deducida de la primaria: si la norma ordena *no matarás* (prohibición) es porque *la vida vale*. En un horripilante trabajo póstumo en colaboración, teorizó sobre *la vida sin valor vital* y legitimó la muerte de enfermos terminales y otros incapaces. Algunos críticos atribuyen semejante escrito precisamente a su particular *teoría de las normas* y, en especial, a esta supuesta *norma de valoración*.

Esta centralización de la violación del imperativo normativo tiene varios inconvenientes. Lo que se deduce de la ley en este *imperativismo* no es la norma que prohíbe ofender un bien jurídico, sino el puro mandato. La

ofensa al bien jurídico desaparece o tiene inferior importancia: lo fundamental es que se desobedece al Estado.

El derecho penal fundado en *imperativos* tiende a penar *desobediencias*, a convertirse autoritariamente en *disciplinante* de la ciudadanía, con lo cual la ofensa al bien jurídico deja de ser necesaria o es subestimada. Desde un punto de vista más realista, podría decirse que se trata de la ofensa a un único bien jurídico: la voluntad del Estado, o bien, que todos los bienes jurídicos han sido confiscados por el Estado. Como es notorio, se trata de una construcción que pone en seria crisis el *principio de ofensividad*.

En otro orden, la norma no puede dirigirse a quien no puede comprenderla, o sea, que debería llegarse a la conclusión de que no se dirige a los incapaces. En un desarrollo coherente del *imperativismo penal*, los inimputables deberían quedar librados a la administración, al igual que en el hegelianismo.

Además, al dejar de considerar a la norma como una deducción que tiene por objeto precisar el alcance de lo prohibido por la ley, para –por el contrario– hacer radicar el injusto en la violación del mandato, se corre el riesgo de confundir lo principal con lo accesorio: la norma no sería una precisión de la ley, sino la ley una expresión de la norma, con lo cual pasaría a ser un indicio de la norma (que sería lo esencial), lo que Binding expresaba diciendo que el juez debía terminar la tarea del legislador, tesis poco compatible con el respeto al *principio de legalidad estricta*.

Por otra parte, al centralizar el injusto en la violación del mandato, se corre el riesgo de desvirtuar el carácter de ente lógico de la norma y confundir los entes ideales con los reales, diferenciados desde Aristóteles. La norma, entendida como deducción lógica del tipo, es un recurso lógico, es decir, un ente ideal. Dicho groseramente: si tengo tres perros los puedo sacar a pasear con sus respectivas correas; el número tres existe como *ente ideal* y me sirve para saber cuántos perros tengo, pero los perros son *entes reales*, y si bien tanto el número tres como los perros existen, lo hacen de manera diferente: no puedo poner una correa al número tres y sacarlo a pasear.

Este autoritarismo disciplinante –propio de todo imperativismo normativo– era muy marcado en Binding, porque cuando se planteaba su

legitimación, directamente la hacía derivar del mero hecho de provenir de la autoridad del Estado. De este modo reafirmaba como pocos el poder estatal, al punto que se ha dicho –no sin razón– que su ideario se mantenía vivo en el derecho penal fascista.

Cabe aclarar, que en el siglo XIX hubo importantes penalistas hegelianos, que legitimaban la pena en función de la dialéctica, o sea, en la necesidad de cancelar lo injusto y con la pena reafirmar el derecho (así, por ejemplo, Köstlin) (*). Pero Binding ni siquiera legitimaba el poder punitivo del Estado de esta manera, sino *directamente en la voluntad misma del Estado*; no había ninguna dialéctica que impusiese al Estado el deber de penar, con lo cual su arbitrio se volvía absoluto.

Semejante empoderamiento del Estado se corresponde perfectamente con los tiempos de Bismarck, en que el nuevo Estado (el Imperio), recién unificado, debía consolidar su autoridad y sus corporaciones se montaban verticalmente. A semejante verticalismo disciplinante, von Liszt –que tampoco era ningún liberal– le oponía un modelo dogmático fundado en la criminología etiológica que, por cierto, fue el primero en llegarnos desde Alemania.

Es verdad que no fue sobre la dogmática de von Liszt que el penalismo de la región dirigió su primera mirada al derecho penal alemán, pues mucho antes Tobías Barreto en el nordeste brasileño había traído autores alemanes, pero se trató de un ensayo aislado y sin ulteriores consecuencias en nuestra doctrina. Tampoco influyó en la doctrina penal argentina que nuestro primer código penal se basase en el código de Baviera de Feuerbach.

Bibliografía: “Política y dogmática jurídico penal”, en José I. Cafferata Nores y E. R. Zaffaroni, *Crisis y legitimación de la política criminal, del derecho penal y procesal penal*, Advocatus, Córdoba, 2002; la citada en *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, 1987, tomo II, pp. 261 y ss.; E. R. Zaffaroni y Guido Croxato, *El pensamiento alemán en el derecho penal argentino*, en “Rechtsgeschichte”, Zeitschrift des Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte, 2014; Armin Kaufmann, *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, Depalma, Buenos Aires, 1977; Karl Binding y Alfred Hoche, *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida*, EDIAR, Buenos Aires, 2009.

7. Dogmática penal: del peligrosismo al neokantismo

En la llamada *lucha de escuelas* alemana, ninguno de los protagonistas de

ese contrapunto era *liberal*, aunque suele atribuirse esa condición a Franz von Liszt (1851-1919), en buena medida debido a que durante el régimen nazi fue considerado un *socialista* y se burlaban de su famosa afirmación de que *el derecho penal es la Carta Magna del delincuente*.

Liszt, en verdad, era un positivista y también un dogmático, de modo que su *sistema integrado* (de criminología, derecho penal y política criminal) tiene esa base, aunque con particularidades. Su idea de la criminología corresponde a la versión etiológica del positivismo. Conforme a esta *etiología*, la *política criminal*, concebida como la *lucha contra el delito*, debía tener límites, para evitar caer en un Estado policial. En este esquema es que Liszt oponía –como límite a la política criminal– el *derecho penal*.

Es en este marco que debe entenderse la famosa frase que después de su muerte los nazis ridiculizaban. Pero lo cierto es que Liszt propugnó siempre penas duras, incluso perpetuas para *habituales* y basadas en la peligrosidad, de modo que la diferencia entre penas y medidas no era clara en su planteo.

En la dogmática jurídico penal y en cuanto a la *teoría del delito*, su sistemática –expuesta en su *Tratado* a partir de la primera edición de 1881– marcó el rumbo de los posteriores desarrollos del siglo XIX porque, en definitiva, las categorías que manejaba Liszt –con el posterior agregado de la tipicidad de von Beling– son las que se reiteran en las discusiones penales hasta el presente. Cabe observar que su *Tratado* llegó por vez primera a América Latina en 1898, traducido al portugués por el ministro del Supremo Tribunal Federal de Brasil, José Higinio Duarte Pereira. Fue esta la primera traducción de su obra a otra lengua.

Para Liszt el delito (acto punible) es una conducta humana, contraria al derecho, o sea, *antijurídica*, lo que implicaba una ofensa a un bien jurídico, y también *culpable* (dolosa o culposa). Entendía que *la reprobación jurídica recae sobre el acto en la antijuridicidad y sobre el autor en la culpabilidad*.

Pero actos antijurídicos dolosos o culposos hay muchísimos, por lo que el legislador entresaca los que quiere punir y, por eso, no podía prescindir de la *punibilidad* como carácter del delito.

Esta teoría estratificada tenía el inconveniente de que no se sabía si el acto antijurídico y culpable interesaba al derecho penal hasta llegar a la

punibilidad. Este defecto lo superó Ernst von Beling (1866-1932) (*) e incorporó el *tipo* en su *Teoría del delito*, publicada en 1906, aunque con un concepto de tipo que nada decía aún acerca de la antijuridicidad.

Debido a eso, la teoría de Liszt se completa con el tipo penal en lo que suele denominarse el *sistema de Liszt-Beling*, por algunos autores llamado *clásico*. Esta denominación es exagerada, aunque sería admisible en el sentido de que Beling incorporó con el *tipo* –por más que fuese *objetivo* y avalorado– el último de los caracteres que hasta ahora se tienen en cuenta en todas las discusiones, puesto que, desde entonces, siempre estas giran en torno a la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

En este sistema, *acto* es la *conducta* que se manifiesta en el mundo externo como *causa voluntaria o no impediende de un cambio en el mundo externo*. La conducta es *voluntaria* cuando es libre de coacción, externa o interna, movida por representaciones. La manifestación puede consistir en la *realización* o en la *omisión* de un movimiento del cuerpo. Este movimiento del cuerpo lo define como una inervación muscular, pero siempre debe tener un resultado en el mundo, y considera un error la distinción entre delitos de resultado y de mera actividad.

Hasta aquí se observa un aporte positivo al exigir siempre la ofensa a un bien jurídico y la producción de un resultado. No obstante, la inervación muscular voluntaria excluye del acto la finalidad, que destina a la culpabilidad, lo que ocasionó luego largas discusiones dogmáticas.

Para Liszt, esa inervación voluntaria debe ser *causal del resultado* en los delitos de comisión (*activos*), pero en la *omisión*, que conceptúa como no impedir voluntariamente el resultado, la punibilidad no depende de la causalidad. Explica que, bajo ciertas condiciones, *el orden jurídico, del mismo modo que la vida misma, equipara el hecho de causar un resultado al de no impedirlo*. Cabe observar a este respecto que la conducta puede ser activa u omisiva, pero no se explica cómo puede determinarse la acción que *debía realizarse*, sin una referencia normativa, es decir, antes de analizar la antijuridicidad.

Ese *acto voluntario*, pero solo como inervación, es decir, como voluntad de presionar el gatillo, pero sin contenido, o sea, sin preguntarse en este nivel analítico si el autor lo hacía con el fin de tirar al blanco o de matar.

Para Liszt hay una antijuridicidad *material* y otra *legal*. Acto *materialmente antijurídico* sería la conducta *contraria a la sociedad* (*antisocial*), concepto problemático, porque parece ser tomado de la criminología etiológica, o sea, *prejurídico*. Reconoce, sin embargo, que la antijuridicidad material puede no coincidir con la legal (es decir, no ser relevada por el legislador), en cuyo caso afirma que el juez debe atenerse siempre a la legal.

Todo indica que el concepto *material* no lo emplea para violar el principio de legalidad, sino que le resulta útil para construir causas de justificación *supralegales*, cuando la conducta no contradice los fines del ordenamiento jurídico total. Como causas de justificación legales menciona la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de deberes y la autolesión.

Dado que *la reprobación jurídica recae sobre el acto en la antijuridicidad y sobre el autor en la culpabilidad*, la primera es *objetiva* y la segunda *subjetiva*, con lo cual queda claro que la sistemática de Liszt, en general, responde al esquema básico *objetivo/subjetivo*.

Conforme a este esquema, considera que la *culpabilidad es la relación subjetiva entre el acto y el autor* que, por ende, solo puede ser una relación *psicológica*. De allí que este concepto de culpabilidad se difundiese como *teoría psicológica de la culpabilidad*, al definir a la acción culpable como *la acción dolosa o culposa del individuo imputable*. En este sentido, el *delito* para Liszt sería lo que es el tipo complejo (tipicidad objetiva y subjetiva) en las sistemáticas actuales limitado por las causas de justificación, o sea, solo el injusto.

La *imputabilidad o capacidad de imputación subjetiva* era para Liszt la de motivarse normalmente, es decir, conforme a las reglas de la moral, la religión, la inteligencia, etc. La imputabilidad –así entendida– no forma parte de la culpabilidad, sino que es su presupuesto.

Con este recurso a la *normal motivación* como criterio para saber si un autor es imputable, termina inclinándose por el determinismo –al igual que todo el positivismo– y, en definitiva, cae en una plena *culpabilidad de autor*, por no decir en una *normativización de la peligrosidad*.

En efecto: la culpabilidad entendida como *dolo y culpa* no permite graduar la culpabilidad (solo conocería dos grados), porque como *relación*

psicológica (subjetiva) sería la *causación psíquica* del resultado, en tanto que la antijuridicidad sería su *causación física*.

Pero con el correr de las ediciones de su *Tratado*, Liszt fue agregando una *culpabilidad material*, que terminaba asignando al acto culpable el valor de *síntoma* revelador del *carácter asocial del autor cognoscible por el acto cometido (conducta antisocial)*, como indicador de *la imperfección del sentimiento de deber social necesario para la vida común en el Estado y en la motivación antisocial generada por esa causa (proponerse un fin contrario a los fines de la comunidad)*.

De esta forma, Liszt acabó esbozando un claro reproche de *culpabilidad de autor o de personalidad*, que poco o nada tiene que ver con su originario concepto *psicológico o descriptivo* y menos aún con los principios del derecho penal liberal. Para mayor claridad, sostiene que *el determinismo es el único que está capacitado para la reprobación al autor*, pues solo por esta vía *se consigue establecer una medida de la culpabilidad mayor o menor, según que el acto sea, en mayor o menor grado, expresión de la naturaleza propia y estable del autor*, es decir que *mide* la intensidad de la tendencia criminal (*asocial*).

En realidad, no hay mucha diferencia entre este recurso racionalizador de Liszt y la peligrosidad abierta del positivismo italiano: en ambos, el delito pierde importancia por sí mismo para adquirirla como *síntoma* de una personalidad supuestamente *asocial*. Cabe aclarar que el derecho penal de autor se construyó tanto por vía de la peligrosidad como de la culpabilidad de autor.

En cuanto a los defectos sistemáticos, rápidamente se advirtió que el criterio *objetivo/subjetivo* mostraba sus falencias: poco se puede decir de la antijuridicidad de una tentativa si se desconoce lo que el autor quería hacer, sin perjuicio de que hay múltiples tipos con elementos subjetivos. Resultaba ilógico que si la bala pegase en la víctima el dolo estuviese en la culpabilidad, pero si le pasase a cinco centímetros, hubiese que considerarlo en el injusto, o que las *ultraintenciones* legalmente exigidas que van más allá de la finalidad, quedasen en el injusto y la finalidad misma fuese a dar en la culpabilidad.

Por otra parte, la idea de culpabilidad como relación psicológica entre la

acción y el resultado no explica la llamada *culpa inconsciente*, en particular en los llamados *delitos de olvido*. Pensemos que cuando alguien olvida cerrar la llave de gas y provoca un derrumbe que ocasiona lesiones, entre la persona lesionada y la omisión del autor no hay ningún nexo psicológico: es el juez quien le reprocha justamente que ese nexo no haya existido, que no se haya representado lo que debía haberse representado.

Todo eso sin contar con que el concepto *psicológico* de culpabilidad no resultaba tan *descriptivo* como se pretendió, pues el propio Liszt llegó a proponer una culpabilidad material, consistente en un juicio de reproche, ni siquiera del acto, sino de la autoritaria culpabilidad de autor (no reprocha lo que el autor hizo, sino lo que el autor es).

En 1907, Reinhard Frank (1860-1934) enunció el concepto *normativo* de culpabilidad como juicio de reproche, con lo cual, en definitiva, no hacía más que recuperar al viejo Aristóteles.

Puede decirse que esta construcción dogmática de Liszt y su *modelo integrado* de *ciencia criminológica* que nutre la *política criminal* (lucha contra el delito), con el *derecho penal* como técnica de contención limitadora de esta última, solo se alejaba del esquema positivista italiano y del fundador *modelo integrado inquisitorial*, por la función que le asignaba al derecho penal.

Este positivismo penal *juridizado* en un modelo dogmático jurídico, planteaba la oposición entre la política criminal y el derecho penal como limitación de ella, en una Alemania que había creado fortísimas burocracias verticales. En la práctica, oponía a la corporación policial la contención de la corporación judicial.

En los tiempos en que Guillermo II procuraba contener el avance de la socialdemocracia por vía de un intervencionismo económico *prekeynesiano* —que condicionase una distribución de riqueza que no fuese extremadamente injusta— y le evitase caer en una represión demasiado brutal y en un consiguiente Estado policial, es bastante obvio que el modelo integrado de Liszt se ajustaba a los requerimientos de ese proyecto.

Pero con todo, pese a que Liszt pretendía poner a la criminología, la política criminal y el derecho penal en un esquema igualitario de *ciencia total del derecho penal*, la *juridización* del positivismo no eliminaba la

supremacía de la criminología sobre el derecho penal, pues en su esquema era esta la verdadera *ciencia* y el derecho penal una mera técnica de contención o filtro: el saber científico que nutría la lucha contra el crimen (*política criminal*) lo aportaba la criminología, en tanto que la misión del derecho penal se limitaba a una técnica de contención para evitar la caída en exageraciones que desequilibrasen la contradicción entre corporaciones burocráticas.

Esta supremacía de la criminología sobre el derecho penal seguía significando el sometimiento de los juristas a los médicos, como en todo el positivismo. Contra esta posición subordinada reaccionaron los penalistas alemanes desde comienzos del siglo pasado, desarticulando el modelo de Liszt, o sea, *desintegrando* el vínculo del saber jurídico penal con la criminología o, si se prefiere, invirtiéndolo y colocando a la última en posición subordinada al derecho penal, en condición de *ciencia auxiliar*.

Esta desintegración –o inversión– del modelo positivista integrado de Franz von Liszt se operó cuando el penalismo alemán dejó de lado la pretensión *empirista* (*galileana* decían los italianos) y pasó a adoptar como *teoría del conocimiento* la proveniente del llamado *neokantismo sudoccidental* (*). *Sin explicar en qué consiste esta teoría del conocimiento neokantiana, no se puede entender el debate posterior en nuestra materia, por lo cual es recomendable que se ponga atención en la siguiente explicación.*

Vimos en su momento que Kant dejó abiertos dos caminos con sus respectivas *críticas* (investigaciones): el de la *razón pura* y el de la *razón práctica*. Los neokantianos se dividieron según su interés en uno u otro camino. Los que se interesaron por la *razón pura* se centraron en temas relativos a la epistemología (*), lo que dio lugar a la llamada *escuela de Marburgo* (*). La que impactó fuertemente en nuestro saber –y creo que lo sigue haciendo hasta el presente– fue la llamada *escuela sudoccidental o de Baden*, que escogió profundizar por la vía de la *razón práctica*, especialmente con los filósofos Wilhelm Windelband (1848-1915) (*) y Heinrich Rickert (1863-1936) (*).

El neokantismo penal responde a esta última corriente. Su característica mayor consistió en centrar su atención en los *valores*, es decir, en *lo bueno*,

lo malo, lo bello, lo feo, etc.

Para centrar su interés en los valores separaron radicalmente los métodos de conocimiento de las *ciencias de la naturaleza* de los de las *ciencias del espíritu o la cultura*. Aquí es donde, traído a nuestro campo, se separa también en forma radical la *criminología* (etiológica) como ciencia *natural*, del *derecho penal* como ciencia *cultural*.

Si bien la criminología seguiría siendo investigada con método *empírico*, el derecho penal pasaba a ser investigado conforme a las particularidades de cada cultura, sin que sea posible criticar la cosmovisión (*Weltanschauung* (*) según la expresión introducida por Rickert) desde una ciencia natural, lo que *desintegraba* el modelo de Liszt, integrado conforme al método empírico (propio de las ciencias naturales).

Lo anterior parece muy confuso, pero trataremos de aclararlo. Los neokantianos de Baden no negaban la realidad del mundo y, en consecuencia, no se paraban delante de los tranvías de su época: los tranvías existían y no era bueno pararse frente a ellos en movimiento, pues los entes del mundo existen. No obstante, están desordenados, como si llegásemos a una casa a la que recién llegan los muebles y efectos de una mudanza: está todo, pero la casa no se puede usar (no se puede disponer de ella) porque la heladera está en el baño, la cama en el living, la ropa en la cocina y los libros en el dormitorio.

Para disponer de la casa (poder usarla como casa) es necesario ordenar las cosas (los entes del mundo). ¿Y quién los ordena? Para los neokantianos el orden lo proporcionan *los valores*. ¿Y qué son los valores? A esto responden que *los valores no son*, sino que *los valores valen*. Pero si pretendemos preguntar *para quién valen*, pensando que probablemente la respuesta sea para quienes los imponen, o sea, para quienes tienen el poder social para decidir qué es lo bueno o lo malo o lo indiferente, *no hay respuesta neokantiana*, porque justamente sería una cuestión empírica, que queda fuera de su filosofía. Tratar de responder esta pregunta, para el neokantismo significa *mezclar la ciencia del espíritu con la de la naturaleza* y, por ende, caer en un inadmisible error metodológico de contaminación.

En rigor, no estamos muy seguros de que de este modo se haya

desintegrado el sistema de Liszt, porque de alguna manera pareciera que se invirtió: el derecho penal señalaba cuáles eran las conductas delictivas, y la criminología debía investigar su etiología. Si bien no parece muy coherente dentro de este esquema que una ciencia *cultural* delimite el campo de una ciencia *natural*, así estaban las cosas y, por ende, la criminología —que en Europa siguió en manos de los médicos— se recluyó a un rincón de las facultades de derecho, con sus horribles frascos de fetos y piezas anatómicas en formol. Esa fue la criminología neokantiana, o *del rincón de las facultades de derecho* europeas —y latinoamericanas— hasta los años sesenta y setenta del siglo pasado.

Como puede comprenderse fácilmente, con base en semejante teoría del conocimiento, es posible construir un derecho penal diferente, conforme a cada *cosmovisión*, sea limitativa del poder punitivo o extensiva de este. De hecho, lo que podía suceder, en efecto sucedió.

Hubo construcciones dogmáticas neokantianas liberales (limitadoras del poder punitivo), tanto en los tiempos de Weimar como después, aunque las fundacionales correspondieron a los juristas de ese período. El más destacado —por su renombre como filósofo del derecho— fue Gustav Radbruch (1878-1949).

Como autor de una exposición completa del derecho penal, bastante limitativa del ejercicio del poder punitivo —considerando su tiempo y circunstancias— se destaca el nombre de Max Ernst Mayer (1875-1923) (*), quien elaboró una teoría del delito en que la acción era considerada en el tipo, la tipicidad aparecía como un carácter separado de la antijuridicidad (la tipicidad era un indicio de ella, se comportaba respecto de esta como el humo y el fuego), en tanto que en una teoría de *la imputación* reúne tanto la capacidad para ser imputado (imputabilidad en sentido estricto) como la culpabilidad, que seguía abarcando el dolo y la negligencia (culpa) como sus formas.

Eje central de su idea de culpabilidad es que el autor haya sido capaz de reconocer que actuaba *contra el derecho*, o sea, que separa ese conocimiento efectivo o potencial del dolo. Cabe aclarar que la cuestión de la pertenencia del conocimiento de la antijuridicidad al dolo o a la culpabilidad (la discusión entre las teorías *del dolo* y *de la culpabilidad*)

siguió por mucho tiempo.

Max Ernst Mayer no vinculaba demasiado ese conocimiento a normas jurídicas, sino que se refería a *normas de cultura*, concepto que era central en su concepción del derecho, que en este autor corresponde a la cultura de una nación, o sea, que su *cosmovisión* –en los antes mencionados términos neokantianos– es la de una cultura nacional y no cualquier ideología o delirio más o menos exótico.

Mayer se daba cuenta de que no podía considerarse al injusto como meramente objetivo y, por ende, admitió claramente los elementos subjetivos del tipo en el injusto.

En los mismos años de Weimar (1929) fue otro neokantiano, Hellmuth von Weber (1893-1970) (*), quien se percató de la dificultad de continuar considerando al dolo como una forma de culpabilidad y, por ende, concibió al tipo doloso como objetivo y subjetivo, lo que en los últimos cincuenta años es casi regla en todos los penalistas alemanes. Años después lo seguiría también como pionero del tipo complejo (objetivo y subjetivo) Alexander Graf zu Dohna (1876-1944) (*). Weber consideraba que las causas de justificación eliminaban la tipicidad (teoría de los elementos negativos del tipo).

De cualquier modo, de las construcciones dogmáticas de M. E. Mayer como de la de von Weber y el Graf zu Dohna, llegaron noticias hasta nosotros, pero ninguna de ellas fue plenamente conocida en América Latina en su tiempo. Hay solo traducciones recientes de las obras penales de M. E. Mayer, de Gustav Radbruch y de Hellmuth von Weber, que presentan interés para revisión histórica de la dogmática, pero en el momento de la llegada del neokantismo penal a nuestra región, solo conocíamos las obras filosóficas del primero y de Radbruch, en tanto que la obra del Graf zu Dohna es esquemática.

El neokantismo que llegó a nuestras playas fue principalmente la versión de Edmund Mezger, o sea, la línea más autoritaria de construcciones elaboradas con base en la teoría del conocimiento neokantiana.

Bibliografía: Franz von Liszt, *Tratado de Derecho Penal*, Instituto Editorial Reus, Madrid, s.d.; *Tratado de Direito Penal Alemão*, Campinas, 2003; *La idea de fin en el derecho penal*, EDEVAL, Valparaíso, 1984; Carlos Elbert, *Franz von Liszt: teoría y práctica en la política criminal (1899-1919)*, Prosa y Poesía Editores, Buenos Aires, 2017; Francisco Muñoz

Conde, *La herencia de Franz von Liszt*, en RDPYPP, Buenos Aires, La Ley, 2011, pp. 22 y ss.; Max Ernst Mayer, *Derecho Penal, Parte General*, IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2007; Alexander Graf zu Dohna, *La estructura de la teoría del delito*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958; Gustav Radbruch, *El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho Penal*, IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2011; Hellmuth von Weber, *Lineamientos de Derecho Penal Alemán*, EDIAR, Buenos Aires, 2008.

8. El neokantismo de Mezger

Edmund Mezger (1883-1962) fue el penalista alemán que más influencia tuvo en nuestra región hasta que empezó a difundirse la construcción de Welzel, o sea, hasta los años setenta y ochenta del siglo pasado, momento en que llegó a nosotros la polémica entre lo que se dio en llamar *causalismo* y *finalismo*.

Esta polémica –al menos en América Latina– se centró en la cuestión de la ubicación del dolo en la teoría del delito: para los *causalistas* debía mantenerse en la culpabilidad, en tanto que los *finalistas* lo trasladaban al tipo, con la actual configuración del *tipo complejo*, es decir, con un aspecto objetivo y otro subjetivo al que, en los tipos dolosos, correspondía el dolo.

Esto repercutía en la teoría del error: para los *causalistas* todo error vencible daba lugar a tipicidad culposa (de existir el tipo culposo), en tanto que para los *finalistas* este efecto solo lo tiene el error de tipo, considerando que el de prohibición vencible solo puede disminuir la culpabilidad. Volveremos luego sobre esta polémica con mayor detalle.

El derecho penal neokantiano que llegó a nuestra región respondía al esquema llamado *causalista*, con el que se difundió la dogmática jurídico penal en la América de lengua castellana, en especial por la gran labor de difusión que le dio Luis Jiménez de Asúa (1889-1970) (*) y el eco que en México tuvo con Mariano Jiménez Huerta (1905-1987) (*), Raúl Carrancá y Trujillo (1897-1968) (*) y Celestino Porte Petit (1910-2002) (*), entre otros. En Brasil lo receptaron los comentarios al Código Penal de Nelson Hungria (1891-1969) (*) y el libro de Basileu Garcia (1905-1985) (*), aunque alcanzó mayor coherencia con la obra de Anibal Bruno (1890-1976) (*). En la Argentina, aunque Sebastián Soler (1899-1980) (*) y en principio Ricardo Núñez (1908-1997) (*) no estaban próximos a Mezger, creemos que el esquema teórico del delito con el dolo en la culpabilidad logró su mayor grado de exposición coherente en el último *Manual* de Núñez. En la

misma línea puede considerarse la obra de Carlos Fontán Balestra (1910-1976) (*).

El neokantismo penal latinoamericano, incluso para marcar diferencias, siempre tuvo como referencia importante la construcción dogmática de Mezger, cuyo *Tratado* fue publicado en nuestra lengua en España y su *Libro de estudio* en la Argentina.

En Alemania fue una obra *epocal* en su ciencia penal hasta el surgimiento del llamado *finalismo*, con el que entró en polémica, en especial con su trabajo breve *Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal* (1949). Mezger incursionó también en la criminología etiológica en la obra que, con ese nombre, se publicó en castellano en España en los años treinta.

La sistemática del delito de este autor comenzaba con un concepto de acción muy semejante al de Liszt, es decir, sin contenido final, que abarcaba tanto el hacer como el omitir, pero sin el pretendido carácter *naturalista* de Liszt, sino como construcción jurídica acorde al nekantismo. La omisión llamada impropia la consideraba tan causal como la acción (la llamaba *omisión que causa el resultado*).

El tipo se mantiene en general objetivo, pero consideraba que se trata de un *tipo de injusto*, es decir, que es antijuridicidad tipificada. Por esta razón, en su definición de delito no se refiere a una *conducta típica*, sino *típicamente antijurídica y culpable*.

Da la sensación de que mira el injusto desde la perspectiva del legislador y no del intérprete, por lo que no queda muy clara la diferencia entre el *tipo de injusto* que sostiene y la tesis de los elementos negativos del tipo. Al negar la concepción de M. E. Mayer (el tipo como indicio de antijuridicidad) y afirmar que el tipo es la *ratio essendi* y no la simple *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, daría la impresión de que el tipo es antijuridicidad, pero que las causas de justificación *quitan la antijuridicidad*.

Reconoce la existencia de los elementos subjetivos en el injusto, tanto como en la justificación, que la excluye cuando no se actúa conforme a la respectiva finalidad (por ej., no hay legítima defensa cuando no media *voluntad de defender*).

Consideraba que la finalidad lesiva en la tentativa era un elemento subjetivo del injusto típico, o sea, algo diferente al dolo en el delito consumado: continuaba el mismo problema que con Liszt, es decir, si la bala pasaba rozando la cabeza, el dolo pasaba al tipo subjetivo convertido en *elemento subjetivo*, de lo contrario subía a la culpabilidad.

Si bien admite que el injusto requiere un bien jurídico ofendido, distingue el objeto de ataque (la vida de la víctima) del objeto de protección, que sería el bien jurídico, lo que permite la conversión del *bien jurídico* en algo diferente al concretamente lesionado del sujeto pasivo. De este modo, el bien jurídico pasa a ser *la vida* en abstracto (no la vida de la víctima concreta), lo que en el fondo no sería otra cosa que un interés del Estado en que no se lesione *la vida* de sus habitantes.

Pero es en la culpabilidad donde se observa el giro más autoritario de la construcción de Mezger. Si bien después de Reinhart Frank (1907) (*) se generalizó en el saber jurídico penal alemán la idea de que la culpabilidad no es una relación psicológica (al estilo de la concepción originaria de Liszt), sino un reproche personalizado al autor, resultaba claro que la *culpabilidad de acto* (el puro reproche del injusto) reduce el ejercicio del poder punitivo. Para evitar esto y construir por vía neokantiana una culpabilidad que cumpliera la misma función que la peligrosidad positivista, o sea, que entienda que un injusto es más reprochable cuando se corresponde más con la personalidad del autor (*culpabilidad como reproche del carácter o de la personalidad*), le fue necesario dar una vuelta complicada.

Mezger la ensayó mediante una suerte de generalización de la tesis de la *actio libera in causa*. Esta tesis se usaba para explicar la culpabilidad en casos de inimputabilidad provocada: el ebrio que se emborrachaba para matar y luego mataba, era responsable por homicidio doloso, en tanto que quien no lo hacía con ese objeto, lo era de homicidio culposo. Así, se armaba *un delito* con dos conductas, una de las cuales era atípica: la finalidad de un acto atípico (emborracharse) y la conducta típica y antijurídica posterior, no culpable.

La culpabilidad de Mezger generalizó la *actio libera in causa* invocando a Aristóteles que, como se sabe, siempre hallaba la virtud en el justo medio

(ni cobardía ni osadía, por ejemplo). Para el filósofo, quien se alejaba del justo medio se apartaba de la virtud (iba cayendo en el vicio) y cuanto más se deslizaba hacia el vicio menos libre era para volver a la virtud. Se asemejaba esto a deslizarse por un lado de un techo a dos aguas. Si bien el acto de apartarse había sido libre, no lo era cuando había avanzado mucho por el lado del vicio: era libre *en la causa*, pero no lo era *en el acto*.

Mezger se aferraba a esto para construir *una culpabilidad como reproche de la conducción de la vida*, o sea, que no se limitaba a reprochar al autor el injusto cometido, sino la totalidad de su conducción de vida, o sea, su elección existencial. Obviamente, esto le permitía reprocharle la vagancia, la mendicidad, el uso de alcohol, de tóxicos, la *mala vida* y toda una serie de actos atípicos.

Cabe observar que Aristóteles no podía –por obvias razones cronológicas– protestar por el abuso de su ética, pero si hubiese podido, sin duda le hubiese dicho que él –haciendo ética– no estaba limitado por la tipicidad ni por el principio de legalidad. Este reproche no cabía en tiempos del nazismo, porque la ley autorizaba la integración analógica de los tipos penales, pero Mezger siguió sosteniendo su concepto de *culpabilidad por la conducción de la vida* incluso después de ese período.

Es claro que por esta vía tortuosa se obtenía una culpabilidad con los mismos resultados que la peligrosidad positivista. Con toda razón, Filippo Grisogni (*), que fue uno de los últimos positivistas italianos –en plena segunda guerra y en un vergonzoso debate– preguntaba a Mezger por qué no usar directamente la peligrosidad positivista en lugar de esa compleja construcción, pues hubiese servido igual o mejor a los fines de legitimar el derecho penal nazi.

En rigor, en ese curioso debate entre los catedráticos de Milán y de München, cada uno trataba de probar que su construcción era más idónea para legitimar esa legislación aberrante (pena de muerte para menores, reclusión perpetua para *habituales*, etc.) y Grisogni parecía salir vencedor.

La *peligrosidad* –por mucho que fuese una grosería policial– era más simple que la sofisticada construcción de Mezger, pero lo cierto es que ambas proponen dos *formas de alienación delirante del derecho penal*. En efecto: para la *peligrosidad del racismo positivista*, este sufría un delirio de

anticuerpo que eliminaba los entes patógenos del *cuerpo social*; en tanto que el *reproche a la conducción de la vida* lleva al derecho penal al delirio omnipotente de considerarse Dios, capaz de juzgar toda la elección existencial de sus ciudadanos en una suerte de *juicio final anticipado*.

Al igual que todo el *causalismo* –que lo tomaba como referencia– Mezger mantenía el dolo en la culpabilidad, pero integrado con la llamada *consciencia de la antijuridicidad*, lo que dio lugar a que la doctrina hablase de un dolo *natural* (sin consciencia de antijuridicidad) y de un dolo *malo* (con esa consciencia), lo que confundiría mucho más la cuestión.

Para quienes no exigen la consciencia de antijuridicidad en el dolo –y la dejan solo como elemento del reproche– esta es una posibilidad de conocimiento, pero para los partidarios de la llamada *teoría del dolo*, se les presenta el problema de que este requiere conocimientos efectivos y actuales, lo que no siempre sucede. Para obviar este inconveniente, Mezger inventó un supuesto *equivalente* de esa *consciencia*, al que bautizó alguna vez como *enemistad al derecho* y otra como *ceguera al derecho*. En síntesis, este *equivalente* se daba en aquellos casos en que la antijuridicidad era tan evidente que a nadie podía pasarle por alto, lo que ejemplificaba con supuestas *obviadas* tan claras como mantener relaciones sexuales con judías o judíos.

El compromiso de esta construcción y su autor con el derecho penal del período nazi (1933-1945) (*) fue investigado por el profesor de Sevilla, Francisco Muñoz Conde (*), en trabajos muy prolijos –tanto en datos biográficos como doctrinarios–, que lo sacaron a la luz, puesto que había quedado opacado por la discusión alemana de ese mismo período.

En efecto, pese a ser la obra de Mezger la de mayor circulación en tiempos del nazismo, se le opuso la llamada *escuela de Kiel*, que eran dos autores: Georg Dahm (1904-1963) (*) y Friedrich Schaffstein (1905-2001) (*). Estos autores sostuvieron algo que es verdad: *a cada sistema político corresponde una teoría del derecho penal*. Mezger y los neokantianos de su tiempo, por el contrario, sostenían que con su teoría del conocimiento se podía legitimar y explicar el derecho penal de cualquier sistema político.

Los autores de Kiel postulaban un derecho penal políticamente comprometido –en su caso con el nazismo–, en tanto que los neokantianos

nazis pretendían la neutralidad política de la ciencia penal, útil para cualquier finalidad política.

Esto llevó a una polémica por la hegemonía del discurso penal de tiempos del nazismo, en que los de Kiel desacreditaban a los neokantianos considerándolos *liberales*, pues afirmaban que su construcción dogmática había surgido para legitimar el derecho penal *liberal* y no el nazi. Obviamente, también ridiculizaban a von Liszt, al que llamaban *socialista*, en tanto que a Binding –con su particular teoría de los imperativos– lo consideraban un antecesor del fascismo, pero no del nazismo.

Estas etiquetas lanzadas por los de Kiel sobrevivieron y en la posguerra cobraron valor positivo, haciendo olvidar que habían sido lanzadas en un debate por la hegemonía del discurso penal de tiempos del nazismo y, por ende, llevando a creer que los únicos penalistas nazis habían sido los de Kiel, lo que apenas en años recientes se desvirtúa, en particular con las citadas investigaciones de Muñoz Conde y otras.

Aunque los de Kiel puede decirse que también pretendieron ser *epocales*, si lo fueron o no es una cuestión puramente alemana, porque por suerte no marcaron el derecho penal en América Latina. De toda forma, es menester hacer una breve referencia a ellos para comprender la dinámica de las discusiones de posguerra.

En especial, lo que interesa es que los dos autores de Kiel aprovecharon al máximo las contradicciones lógicas del esquema de Mezger –y otros semejantes–, para demoler el modelo de teoría del delito de la dogmática más o menos tradicional y sostener su propia construcción irracional.

En realidad, lo que pretendieron fue descalificar la construcción estratificada neokantiana, a partir de sus defectos: recriminaron que el concepto de acción neokantiano es *vacío*, no tiene sentido reducir la conducta a una inervación o movimiento muscular, el tipo y la antijuridicidad no pueden ser objetivos, incluso requieren elementos subjetivos, no se explica cómo estos elementos pueden separarse del dolo, etc. A esto se agrega un embate contra la culpabilidad como exigibilidad y, en definitiva, construyeron la teoría del delito como un injusto sin culpabilidad, porque incorporaban los elementos de esta a la antijuridicidad y todos juntos abarcados por un tipo *intuitivo de autor*.

En general, se valían de los defectos de la dogmática de Mezger para demoler la distinción de tipicidad y antijuridicidad, por un lado, y la de esta última con la culpabilidad, por otro. Todo debía confluir en un *tipo normativo de autor*, definido irracionalmente conforme al *sano sentimiento del pueblo*, en que no se podía contraponer el hecho al autor, puesto que sin el uno no existe el otro: así, no hay un asesinato cuando no hay un asesino y, pese a que haya muertes causadas por seres humanos, nadie podría decir que los soldados en la guerra cometen homicidios justificados, porque *el pueblo* no percibe en ellos la figura del asesino. Por el contrario, esta puede revelarse con conductas que ni siquiera son de tentativa, conforme al llamado *derecho penal de voluntad*, con lo cual, destruían el principio de legalidad.

Negaban rotundamente la ofensividad al bien jurídico, pues todo el derecho penal derivaba de mandatos éticos emergentes de la *comunidad del pueblo*, integrada por todos los *arios germanos*, aunque viviesen fuera de Alemania. Si todo delito consistía en el incumplimiento de un mandato ético, era una omisión de cumplimiento de un deber y, por ende, toda estructura del delito debería ser omisiva.

Lo que ahora llamamos *posición de garante* incumbía a todos los miembros de la *comunidad del pueblo*, según las diferentes posiciones que cada uno ocupaba dentro de ella: militar, maestro, médico, funcionario, etc. Era claro que consideraban a la *comunidad del pueblo* como un sistema en que cada ente (ser humano) estaba a cargo de un deber, al igual que en un organismo y sus células. La función del derecho penal consistía en suprimir las células que no asumían sus respectivos deberes. Los inimputables eran células inútiles, a las que no se les podía exigir el cumplimiento de deberes y, por lo tanto, al igual que en el planteo hegeliano, no realizaban conductas penalmente relevantes.

En definitiva, los autores de Kiel destruyeron el concepto de culpabilidad, descuartizaron la teoría neokantiana del delito, para construir confusamente un *injusto de autor* abarcado por un *tipo de autor*, en consonancia con el objetivo de detectar las células degeneradas dentro del sistema (organismo) que formaba la famosa *comunidad del pueblo*.

Su crítica a la construcción neokantiana *causalista* no dejaba de ser

bastante racional, solo que a partir de la crítica, de inmediato saltaban a la irracionalidad más plena con su apelación a la *comunidad del pueblo* y a la consiguiente búsqueda de sus células degeneradas en forma de *traidores o infieles*, pues la síntesis de todos los deberes de ella emergentes era la exigencia de *fidelidad al derecho*, es decir, a la propia *comunidad del pueblo*, cuyo intérprete máximo era el *Führer* (conforme al irracional *principio del conductor*).

A los extranjeros se les exigía que no traicionasen la hospitalidad de la *comunidad del pueblo*, pero a los judíos y gitanos *no arios*, se los dejaba librados –como enemigos irreconciliables– a la represión administrativa (policial). En 1944 –es decir, en las postrimerías de la guerra– Mezger fue coautor de un proyecto sobre *extraños a la comunidad* que, como tales, serían enviados a los campos de concentración.

En síntesis, de la segunda guerra mundial salió Alemania destruida, pero también desbaratadas las teorías del delito que habían primado en su dogmática tradicional, porque las críticas de los de Kiel en cuanto a sus inconsecuencias internas eran muy precisas y no podían ser minimizadas. Por mucho que su tarea de reconstrucción fuese irracional y hasta delirante, no puede negarse la eficacia de su previa tarea de demolición.

Bibliografía: Edmund Mezger, *Tratado de Derecho Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984; *Derecho Penal, Libro de Estudio*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958; *Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; *Criminología*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s.d.; Francisco Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo, Estudios sobre el derecho penal en el Nacionalsocialismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; Filippo Grisigni y Edmund Mezger, *La reforma penal nacional-socialista*, EDIAR, Buenos Aires, 2009; Georg Dahm y Friedrich Schaffstein, *¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritario?*, EDIAR, Buenos Aires, 2011; Helmut Nicolai, *La teoría del derecho conforme a la ley de las razas. Lineamientos de una filosofía jurídica nacionalsocialista*, CLACSO, Buenos Aires, 2015; E. R. Zaffaroni, *Doctrina penal nazi. La dogmática penal alemana entre 1933 y 1945*, EDIAR, Buenos Aires, Tirant lo Blanch, Madrid, 2017; Roland Freisler, *Derecho Penal de voluntad*, EDIAR, Buenos Aires, 2017.

9. El *finalismo* etizante de Welzel

En la posguerra alemana tuvo lugar el debate que se conoció como *causalismo vs. finalismo*, este último encabezado por el profesor de Bonn Hans Welzel (1904-1977) (*), quien desde una posición realista venía

criticando la teoría del conocimiento nekantiana. Mezger seguía defendiendo su sistema y, con el correr del tiempo, el *finalismo* triunfó en el plano sistemático –generalizando la ubicación del dolo en el injusto–, aunque el neokantismo con su teoría del conocimiento siguió vigente.

El debate nos llegó a comienzos de los años setenta. Hubo una primera traducción argentina de la obra de Welzel, pero ganó difusión con la traducción española del *Tratado* de Reinhart Maurach (1902-1976) (*), aunque se distanciaba un tanto de Welzel. Consolidó su difusión finalmente la traducción también española de *El nuevo sistema del derecho penal* (1964) y la chilena de la 11 edición de su *Derecho Penal Alemán* (1970). En nuestro país influyó a todos los penalistas de la generación posterior a los primeros dogmáticos (Soler, Núñez, Fontán Balestra).

La discusión no estuvo exenta de confusiones, porque a veces se consideraron *finalistas* a todos los autores que ubicaron al dolo en el injusto, lo que distaba de ser cierto, puesto que esa ubicación se generalizó en el penalismo alemán, y fue adaptada incluso por el continuador del propio *Tratado* de Mezger (Mezger-Blei).

También es fuente de confusiones que en el debate alemán haya terciado un llamado *concepto social de acción* que, en general, parecía atractivo, porque sostenía que no toda acción es penalmente relevante, desde que los tipos solo captan acciones que deben abarcar ciertos efectos sociales. Pero este concepto, sostenido por autores como Werner Maihofer (*), fue lo suficientemente difuso como para dar lugar a sistemas que conservaban el dolo en la culpabilidad y también para otros que lo llevaban al tipo subjetivo. Esta última posición es la desarrollada por Hans Heinrich Jescheck (*) en su *Tratado*.

De toda forma, lo cierto es que con esta reubicación Welzel se había hecho cargo de reordenar los restos de la teoría del delito demolida por los de Kiel y que –a toda costa– Mezger seguía defendiendo en la posguerra.

Welzel fue un penalista conservador, al que se le imputan simpatías con el nazismo –lo que es probable–, pero de todos modos no fue *epocal* en tiempos de ese régimen, sino en la posguerra, como emergente del momento político de la reconstrucción alemana, conducida por el *premier* Konrad Adenauer (*). Esta versión de posguerra fue la que llegó a nuestra

región.

Como todos los penalistas de su tiempo, cuando legitimaba al derecho penal, en realidad se refería al poder punitivo. Desde su realismo, cayó en la cuenta de que era imposible seguir la opinión dominante, que le asignaba la misión de tutelar bienes jurídicos, porque siempre llegaba tarde (el muerto ya estaba muerto).

Por ende, optó por asignarle una función superior, de carácter ético-social, que sería el *reforzamiento de los valores ético-sociales elementales de la sociedad*, lo que tutelaría bienes jurídicos en forma indirecta. Así, por ejemplo, al penar los homicidios, se reforzaría el valor ético-social de la vida, y disuadía a los que no mataron a nadie para que no lo hagan (prevención general negativa) y, por ende, se cometerían menos homicidios, con lo que resultaría tutelado el bien jurídico *vida*.

Por eso afirmaba que *la misión del derecho penal es proteger los valores elementales de la vida en comunidad. La mera protección de bienes jurídicos –escribía– tiene solo un fin preventivo, de carácter policial y negativo. Por el contrario, la misión más profunda del derecho penal es de naturaleza ético-social y de carácter positivo. Misión del derecho penal es la protección de bienes jurídicos mediante la protección de los elementales valores de acción ético-sociales.*

De esta forma, Welzel *invertía la exigencia ética que debe reconocerse en todo el derecho* y, en particular, en el derecho penal. De este modo, su *etización* daba por descontado que el Estado es siempre ético, sin tomar en cuenta para nada que, en el fondo, ante la forma selectiva en que opera el poder punitivo, no es el Estado el que debe reclamarle ética al pueblo, sino el pueblo que debe reclamarle al Estado que opere conforme a la más elemental ética republicana.

Si se da por supuesto que el Estado y sus leyes siempre son éticas, se cae –como Welzel– en reclamar conductas éticas a los habitantes, en forma de *fidelidad al derecho* (o al Estado). Esto es un claro arrastre de tiempos del nazismo, que presupone que *el Estado y todo su ejercicio de poder son siempre éticos* y, por ende, considera *viciosa toda infidelidad a ese poder por parte de los habitantes*.

Aquí Welzel no era realista, porque *alucinaba un Estado ético*. En

definitiva, en su afán por legitimar al poder punitivo, caía en una ilusión análoga a la del Estado ético kantiano o del *racional* hegeliano, pues su legitimación del poder punitivo también correspondía a un Estado ideal, completamente ético, que no existe en la realidad y quizá nunca llegue a existir.

El más elemental realismo jurídico nos demuestra que nos encontramos siempre con Estados *reales*, que ejercen poder político, a veces en forma ética y otras viciadas. Es claro que la selectividad del ejercicio del poder punitivo es contraria a la ética y, por consiguiente, debe ser la ciencia jurídico penal y el poder jurídico de los jueces —en razón de la aspiración a la *igualdad republicana* (art. 16 de la Constitución)— quienes deben *etizarse y exigir al Estado que se etice*. La *etización republicana del ejercicio de poder no es una realidad*, sino siempre una *aspiración*, que debe impulsarse en la realidad con una *lucha jurídica*, en una confrontación permanente contra las pulsiones del Estado de policía. Darla por realizada es una peligrosa alucinación que neutraliza esa lucha.

De esta *ilusión etizante* del Estado y del poder punitivo, Welzel derivaba la legitimación de una *doble vía* penal, análoga al código fascista: consideraba que había delincuentes *ocasionales*, que debían ser *retribuidos* con una pena adecuada a su culpabilidad, y delincuentes *por estado* (multirreincidentes), que debían ser sometidos a una medida de seguridad indeterminada por su *peligrosidad*.

Sin embargo, fue en la teoría del delito donde este autor tomó decididamente la senda del realismo y confrontó con la teoría del conocimiento neokantiana. Negaba que el mundo fuese un desorden y que los *valores* lo ordenen y lo hagan disponible, y reconocía que, si bien el derecho es un orden, existen otros múltiples órdenes (físico, social, ético, político, etc.) y que cuando el derecho elabora un concepto no puede desconocer su naturaleza, conforme al orden del mundo al que pertenece el ente que conceptúa.

Dicho gráfica y torpemente: no podemos elaborar un concepto de la *vaca jurídica*, definiéndola como un perro grande, negro, con colmillos y que aúlla en la estepa, porque mandaremos a los jueces a ordeñar un lobo.

No se trata de un *derecho natural* —supralegal—, porque, por cierto, al

legislador ni al jurista le está prohibido hacerlo, solo que, cuando lo haga, no obtendrá el fin u objetivo manifiesto de la norma, pues se estará refiriendo a un ente diferente del mundo (porque llamamos *vaca* al *lobo*).

Si –como es de suponer– el derecho pretende operar sobre el mundo real, deberá siempre respetar la estructura óntica (el *cómo es en el mundo*) del ente al que se refiere; de lo contrario, estará errando u ocultando otro objetivo o finalidad de la norma, con lo cual esta, en cuanto a su finalidad manifiesta, será *ineficaz*, aunque siga siendo *formalmente válida*. Esto implicaba un límite elemental al propio legislador, que Welzel postulaba en tiempos en que, como resultado de la experiencia nazi, renacía en Alemania el *derecho natural* en todas sus versiones.

Este es el aporte que creemos *más importante e imperecedero de la construcción welzeliana*, que se conoce como su *teoría de las estructuras lógico-reales*. En alemán las bautizó como *sachlogischen Strukturen*, expresión que remite a las *cosas* (*die Sache* es *la cosa*), lo que en definitiva muestra que el realismo de Welzel tiene una clara raíz aristotélica, que lo vincula a la llamada *naturaleza de las cosas* (en alemán *Natur der Sache*). Para Aristóteles, la naturaleza se identifica con el ser propio de las cosas, con su esencia. (*)

Es innegable que el neokantismo, si bien no pretendía crear la realidad, en la práctica lo hacía, pues de nada valían los entes mezclados y confundidos, si no podíamos *disponer* de ellos hasta que el *valor* los ordenase y, por ende, los *ordenaba* como quería (los *liberales* de un modo, los *nazis* de otro), pues metológicamente rechazaba cualquier crítica formulada desde el plano de la realidad del mundo, porque la consideraba proveniente de las *ciencias naturales* (*empíricas*, como la sociología), lo que *contaminaba* a las *ciencias culturales o del espíritu*, como sería la ciencia jurídica: dada la separación tajante de las *ciencias*, no podían *mezclarse*.

Las estructuras *lógico-reales* de Welzel desarmaron este esquema al abrir la ventana a la realidad, aunque ni el propio autor se haya percatado de todas sus consecuencias, como lo demuestra su legitimación bastante aberrante del poder punitivo. En verdad, no se dio cuenta de que, por esa ventana a la realidad, entraba un ventarrón que le hacía volar todos los papeles, incluyendo los de su propia legitimación del poder punitivo.

Sin embargo, hubo en nuestra región quienes lo intuyeron y –por lo bajo– dejaron correr una versión insólita, según la cual el *finalismo welzeliano* *abría la puerta al marxismo*. Esta imputación no era inofensiva en tiempos de *seguridad nacional*. Ese disparate –que imputaba marxismo a un realismo aristotélico–, solo lo puso por escrito un profesor uruguayo, único defensor del *derecho penal de seguridad nacional* y ministro de la dictadura de ese país.

Quienes hicieron correr ese dislate –sin escribirlo–, no eran ignorantes y se percataban de que la *teoría de las estructuras lógico-reales welzeliana* *abría puertas*, pero no al *marxismo*, sino *a los datos del mundo aportados por las ciencias sociales*, lo que allanaba el camino a la crítica sociológica al poder punitivo del Estado, de la que en los años ochenta se encargaría Alessandro Baratta, como luego explicaremos.

Conforme a la teoría del conocimiento realista, Welzel afirmaba correctamente que el concepto de *acción* (o *conducta*) *voluntaria sin contenido de la voluntad*, en realidad, era un *proceso causal*, porque en el mundo no existe ninguna acción humana sin finalidad (era el *lobo*, no la *vaca*). Desde el neokantismo, Mezger seguía defendiendo a capa y espada la posibilidad de construir un *concepto jurídico-penal de acción sin finalidad*.

Welzel sostenía casi una obviedad: *un proceso causal nunca puede ser objeto de un desvalor jurídico*. Solo hay conductas antijurídicas, nunca procesos causales: no es antijurídica la caída de un rayo o un tornado, por lesivos que fuesen.

El llamado concepto óntico-ontológico de acción de Welzel, tampoco pretendía ser un concepto universal de acción, sino *un concepto jurídico*, pero con una elementalísima limitación óntica (del *ser* de toda acción humana), o sea, que el derecho no puede permitirse el disparate de elaborar un concepto jurídico de acción humana prescindiendo de lo más elemental en toda acción, que es la finalidad, pues eso, en el mundo real, es un proceso causal (*ciego* como decía) con el nombre de *acción*. Dicho groseramente, *llama vaca al lobo*. Este –y no otro– es su concepto *finalista* u óntico-ontológico de acción.

Aunque esto lo enlazaba con la misión ético-social con que legitimaba al

poder punitivo, no exageró en este sentido el llamado *desvalor de acción*, pues reafirmaba que *el tipo objetivo es el núcleo real-material de todo delito*.

Como no podía ser de otra manera, Welzel retoma el tipo complejo (objetivo y subjetivo) de Hellmuth von Weber y clasifica los tipos en dolosos y culposos, activos y omisivos. En el tipo doloso, el dolo sale de la culpabilidad y pasa al tipo subjetivo, con lo cual salva la contradicción de que los elementos subjetivos distintos del dolo perteneciesen al tipo y el dolo a la culpabilidad, como en el esquema neokantiano de Mezger, al tiempo que resuelve el problema de la tentativa.

De este modo, la teoría del error dejaba de ser unitaria y pasaba a distinguirse nítidamente entre el error de tipo y el de prohibición, y asignaba al primero la supresión del dolo y la eventual tipicidad culposa en caso de vencibilidad del error, en tanto que el error vencible de prohibición solo tendría el efecto de atenuar la culpabilidad.

En cuanto al tipo culposo, Welzel sostuvo que también se trata de una conducta final, solo que no prohibida por la finalidad, sino por la violación del deber de cuidado al seleccionar la causalidad. Tan final es la conducta típicamente culposa, que es menester conocer la finalidad para identificar el deber de cuidado correspondiente a ella.

Mantuvo firmemente la *separación de la tipicidad y la antijuridicidad*, y distinguió entre antijuridicidad e injusto y sostuvo la tesis del llamado *injusto personal*, o sea, que no hay un *proceso causal injusto* –lo que para el neokantismo daba lugar a un injusto pretendidamente *objetivo*–, sino que a cada interviniente (a cada acción) correspondía un injusto. Esto evitaba las contradicciones insalvables del esquema de Mezger, como el caso del autor mediato que, para cometer un delito, se vale de otro que cumple un deber jurídico. Conforme a la tesis del pretendido *injusto objetivo*, no había forma de evitar que el sujeto pasivo pudiese defenderse legítimamente contra quien actuaba en cumplimiento del deber (jurídicamente). Para evitarlo, desde la posición tradicional se llegó a sostener en nuestra doctrina la insólita tesis según la cual quien cumple con su deber jurídico no realiza conducta (como si fuese un caso de involuntabilidad).

Welzel no explicaba las causas de justificación conforme a la oposición de

regla-excepción, por considerarlo una cuestión estadística, sino como una relación jurídica conforme a *prohibición y permiso*. Dada su posición acerca de la supuesta función ético-social del poder punitivo, defendía los elementos subjetivos de la justificación: quien se defendía legítimamente debía saber que se estaba defendiendo.

Se había observado desde el siglo XIX que la mera causalidad no podía ser un límite para la imputación del resultado, porque todo acabaría en Adán y Eva. Para evitarlo se pretendió jerarquizar *causas* en el plano físico (*causas, concausas*, etc.), lo que resulta infructuoso pues todo lo que suprimido evita el resultado siempre es causa. Por eso se buscó limitar la relevancia de la causalidad conforme a criterios normativos, con la *teoría de la causalidad adecuada*, y dio relevancia en especial al verbo típico (*engendrar* no es *matar*, por ejemplo, aunque se acelere la muerte de la gestante). Si bien con el tipo complejo la tipicidad subjetiva ponía un límite a la objetiva, siempre continuaba siendo una exageración inadmisibles la tipicidad objetiva de ciertas conductas, como podía ser el tránsito normal, las lesiones insignificantes, etc.

Para resolver este problema que hoy llamamos de *imputación objetiva*, Welzel fue elaborando la tesis de la *adecuación social de la conducta* como atipicidad. Según este autor, *la adecuación social constituye en cierto modo la falsilla de los tipos penales: es el estado “normal” de libertad social de acción, que les sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos*.

Como *casos de adecuación social* consideraba —entre otros— los siguientes: las lesiones insignificantes, las privaciones de libertad irrelevantes, el jugar pequeñas cantidades, la entrega habitual de presentes de uso de escaso valor, las conductas meramente indecorosas o impertinentes, etc.

En cuanto a la culpabilidad, Welzel sostenía el *concepto normativo* como reproche, que exige en el autor la posibilidad de motivarse conforme a la norma, lo que presupone su capacidad de motivación (imputabilidad) y de reconocimiento de la antijuridicidad de la acción. No obstante, por una vía muy complicada, aterrizaba en una culpabilidad de autor, o sea, incompatible con el derecho penal de acto.

Cuando se habla de *reproche*, suele acabarse discutiendo la cuestión del

determinismo y del indeterminismo. Si la conducta humana fuese determinada causalmente, no sería posible ningún reproche, como en el positivismo de Ferri, que solo hablaba de *peligrosidad*. Pero tampoco es posible ningún reproche en base al *libre albedrío* absoluto, porque quien dispone de semejante libertad, dentro de un rato puede *rehacerse* y dejará de ser el mismo del momento anterior, por lo que se estará reprochando a una persona que ya no existe. Lo cierto es que, científicamente, ni el determinismo ni el indeterminismo son verificables.

Para no caer en esa disyuntiva, Welzel construyó la culpabilidad normativa sobre otra base, en consonancia con la misión que le asignaba al poder punitivo. Para este autor, conforme a una complicadísima argumentación que no tiene caso repetir aquí, el *reproche debe tener lugar porque el agente no reprimió las pulsiones profundas que lo llevaron al delito*. El delito –aunque no lo dice en esos términos– sería siempre resultado de pulsiones no contenidas contrarias a la ética elemental de la sociedad. Más aún, si estas pulsiones estuviesen arraigadas más profundamente, el agente se convertirá en un delincuente por tendencia.

De este modo, Welzel caía en algo muy cercano a una culpabilidad de autor, de personalidad o de carácter, no muy diferente –en cuanto a sus consecuencias– con la *culpabilidad por la conducción de la vida* de Mezger, es decir, que construyó un *concepto de culpabilidad incompatible con los principios del derecho penal de acto*.

Hubiese sido más acorde con su realismo limitarse a verificar que en toda la interacción social humana se presupone cierto grado de autodeterminación, sin el cual no podríamos reprochar nada a nadie. Cuando dos automóviles se abollan los guardabarros, los conductores no suelen decir *era el destino* y, por cierto, no son filósofos liberoarbitristas. También reconocemos que ese ámbito de decisión no es ilimitado y que hay situaciones en que está reducido y otras en las que es más amplio. Esta experiencia cotidiana en todos los comportamientos sociales es lo que recoge el derecho penal cuando construye la culpabilidad normativa.

Pese a los claroscuros, el sistema de Welzel fue realmente *epocal*, al punto que en los años posteriores se abrió lo que se dio en llamar el *postfinalismo*, que siguió cuatro caminos principales para superar las cuestiones

sistemáticas no del todo resueltas dogmáticamente por este autor.

(a) Uno de ellos profundizó el desvalor de la finalidad hasta eliminar el resultado del tipo, al considerar que este siempre es producto de un azar, con lo cual todo tipo doloso pasaba a ser un tipo de *tentativa*. Este *subjetivismo del injusto* hoy casi no tiene seguidores en Alemania, donde fue enunciado por Zielinski y sostenido inteligentemente entre nosotros por Sancinetti. (b) Otro –de insignificante trascendencia– postuló un *concepto negativo de acción*, al sostener que todas las acciones eran omisiones. Fueron principalmente dos autores: Behrendt y Herzberg. (c) Otro camino prefirió *centrarse en los problemas del tipo culposos* y construyó un complicado concepto de acción, y dio lugar al sistema de Roxin, del que, por ser *epocal* y casi dominante, nos ocuparemos en la lectura siguiente. (d) El cuarto camino es el de Jakobs, quien *sociologizó la etización welzeliana* y se aproximó a hacer de la *omisión* el delito modelo. Aunque no es *epocal* en Alemania, dada su difusión en nuestra región, también lo trataremos por separado.

Bibliografía: Hans Welzel, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1964; *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2004; *Introducción a la filosofía del derecho*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1971; *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Universidad Nacional de Córdoba, 1962; *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 1956; *Derecho Penal Alemán. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970; Reinhart Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, Ariel, Barcelona, 1962; Diethart Zielinski, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990; Marcelo A. Sancinetti, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento en la tentativa*, Temis, Bogotá, 1995; *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996; Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Granada, 1993; Fernando Bayardo Bengoa, *Dogmática jurídico penal*, Ediciones Jurídicas Amalio Fernández, Montevideo, 1983; *Protección penal de la nación*, Librería Editorial Amalio M. Fernández, Montevideo, 1975.

10. El regreso del neokantismo liberal: Roxin

Claus Roxin sigue siendo el autor más influyente en la dogmática penal alemana actual. Su perfil ideológico se remonta a los años sesenta y setenta del siglo pasado y en particular a la discusión de ese tiempo acerca de la reforma penal alemana, que culminó en cierto compromiso en el vigente Código de 1974.

En esa discusión –de alta vivacidad en su momento–, confrontaron dos proyectos: el *oficial* de 1962 y el llamado *alternativo* de 1966, este último elaborado por un grupo de profesores de derecho penal y que también tuvo estado parlamentario, presentado por el bloque socialdemócrata. Roxin fue uno de los principales propulsores del proyecto alternativo.

En realidad, ambos proyectos respondían a dos momentos de la política alemana: en tanto que el *oficial* de 1962 –que era considerado *conservador*– respondía al contexto del momento rector de Adenauer, el *alternativo* se movía por los carriles de posterior contexto socialdemócrata. Todo indica que el primero seguía una línea de penas retributivas, sea por orientación más o menos kantiana o por el predominio de la prevención general, en tanto que el segundo se apartaba de toda idea retributiva y se orientaba a la prevención, con fuerte impronta de prevención especial positiva o *resocializadora*.

También era dudoso que el primero atribuyese total importancia a la función de *tutelar bienes jurídicos*, puesto que contemplaba algún tipo de supuesta falta a la *moral individual*, dado que mantenía el tipo penal de *sodomía*. Cabe aclarar que las relaciones homosexuales en Alemania estaban penadas en el viejo Código Penal de 1871, que ese tipo se usó profusamente durante el nazismo y se mantuvo en la posguerra, aunque al parecer más bien con el objeto de evitar el pago de indemnizaciones a los *gays* que habían sufrido persecución y reclusión en campos de concentración.

En general, el proyecto alternativo parecía acercarse a la sociología sistémica norteamericana, en la línea de Talcott Parsons (*), sociólogo norteamericano que consideraba *control social* solo el que la sociedad ejercía cuando habían fracasado o habían sido insuficientes los procesos generales de socialización, es decir, que importaba una *resocialización*. De allí los elementos de prevención especial positiva que permeaban el proyecto *alternativo*.

Además, cabe destacar que, a poco más de dos décadas del fin de la guerra, la República Federal se había recuperado y se perfilaba ya como una potencia líder de Europa, y montó un Estado social de derecho en versión de *welfare State* bastante respetable, por lo cual se sostenía que el bienestar

inherente a ese modelo reducía los *factores sociales* del delito y, por ende, iban predominando como *residuales* los *factores individuales*. Esto también determinaba que, en los académicos a tono con el momento, incidiesen en mayor medida criterios de prevención especial positiva o *resocializadora*, con efecto *vicariante* (posibilidad de reemplazo de penas por medidas de seguridad de limitada duración).

En líneas generales, en cuanto a su metodología constructiva de la dogmática jurídico penal, el sistema de Roxin retoma la línea del neokantismo liberal de tiempos de Weimar y no es ajeno a la construcción de Hellmuth von Weber (*), o sea que se sigue inspirando básicamente en la concepción general que había fundado el proyecto *alternativo* de 1966.

Esa perspectiva ideológica fue llevada por Roxin a su construcción dogmática del derecho penal en numerosos trabajos parciales hasta que –en 1994– les dio forma conjunta en su *Tratado* que, como dijimos, tiene hasta el momento un enorme peso en todo el saber jurídico penal alemán.

Es bien manifiesta esta concepción en su formulación de los *finés de la pena*, que descarta cualquier teoría absoluta y se inclina decididamente por las preventivas, tanto especial positiva o resocializadora como general o disuasoria, afirmando que la pena persigue ambos objetivos, por lo que denomina a su concepto como *teoría unificadora preventiva*. Se trata de una de las teorías llamadas *mixtas*, que trataremos aparte.

No deja de percatarse de la dificultad que presenta la prevención especial positiva cuando el penado no se aviene a aceptar el programa *resocializador*, que es el punto donde doctrinariamente choca esta prevención con las garantías individuales. Para evitar esta consecuencia, afirma que no puede forzarse al penado, aunque puede estimulárselo a la cooperación. De toda forma, sostiene que incluso en caso de no cooperación absoluta del penado, siempre perdurará el objetivo de prevención general. Como es obvio, no toma en cuenta para nada el efecto inevitablemente deteriorante de la pena de prisión y, menos aún, cualquier dato de selectividad del ejercicio del poder punitivo o de criminalización secundaria, como corresponde a su metodología neokantiana.

Se hace cargo de la contradicción existente en casos en que la magnitud del daño o la lesión exige una pena alta para prevención general, pero en el

caso de la prevención especial exige una pena menor, y ejemplifica con el supuesto de un homicidio en riña (art. 95 CP). En tal supuesto, hace predominar la prevención especial, aunque sin anular del todo la general, y aclara que –a veces– los mínimos de las escalas penales señalan el mínimo de prevención general necesario. En este sentido, incorpora implícitamente algún dato del efecto deteriorante de las penas cortas de prisión, cuestión que se venía sosteniendo desde los tiempos de von Liszt.

De toda forma, Roxin rechaza por completo toda teoría retributiva de la pena y afirma rotundamente que el llamado *principio de retribución* no tiene vigencia en la actualidad. Al argumento de que sin *retribución* no se podría penar a los criminales nazis, porque no hay necesidad de *resocializarlos* –dado que no podrían volver a cometer esos crímenes–, responde que siempre permanece la necesidad de prevención general.

La medida máxima de la pena la establece conforme al principio de culpabilidad, que integra a su *teoría de la unidad* como limitador de la pena. En este sentido, afirma que la duración de la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, aunque intereses de tratamiento, seguridad o intimidación hagan deseable una detención más prolongada.

En cuanto a la culpabilidad, en lo que hace al problema del libre albedrío o indeterminismo, lo deja fuera de la discusión por no ser verificable, y considera suficiente constatar que el derecho ordena que se trate al ser humano como si fuese libre. Esto generará algunos problemas serios, porque al analizar la culpabilidad sostiene que se trata de una *ficción necesaria*. Aquí se observa una limitación neokantiana: según esta posición, el derecho crea esa ficción, lo que es muy diferente de verificar que el derecho la recibe de la realidad de la interacción social, en la que todos nos consideramos y tratamos como seres libres en nuestras relaciones cotidianas. De tratarse de una pura ficción, habría que concluir que la propia democracia (el derecho a elegir y ser elegido) se basa en una ficción jurídica.

Roxin legitima también las medidas de seguridad y les asigna iguales fines que a las penas, o sea, tanto de prevención especial como general, aunque no se limitarían por la culpabilidad, sino por el principio de proporcionalidad, que admite márgenes más amplios que la pena. La

dificultad –inherente a la indeterminación de las medidas– la trata de resolver por vía del principio de ponderación de bienes (en realidad es ponderación de males), entre los individuales y los preventivos sociales.

Como las penas y las medidas tendrían para Roxin los mismos fines, y se distinguen solo en cuanto a los criterios de delimitación, busca evitar de este modo la cuestión de la *doble vía* (pena retributiva de la culpabilidad y medida preventiva neutralizadora de la peligrosidad), propia del derecho penal más tradicional (código suizo y código fascista). En el fondo, dada la identidad de fines, debería reconocer que las medidas son penas, aunque no lo dice de esta manera, pues prefiere mantener la doble vía en cuanto a la delimitación, lo que le permite limitar la duración de las medidas con argumentos de prevención general.

La fibra liberal de su pensamiento se pone de manifiesto al asignar al derecho penal la función de protección de bienes jurídicos, pero explica la necesidad de su afectación –por lesión o por peligro– como impuesta por la función tutelar, lo que no salva la objeción de que el bien jurídico del sujeto pasivo está irremisiblemente comprometido cuando interviene el derecho penal. Aunque no lo mira con simpatía, tampoco descarta del todo el derecho penal de riesgo o de prevención.

Roxin mantiene en la teoría del delito la sistemática tradicional (acción, tipicidad, injusto y culpabilidad), aunque enuncia un sistema propio que denomina *sistema teleológico-político criminal*. Prevé que la lógica interna del sistema puede llevar a soluciones injustas y, en tal caso, trata de compatibilizar al máximo las necesidades sistemáticas de completividad lógica (no contradicción) con la corrección de las soluciones, es decir, de lo sistemático con lo valorativo. Para este autor, los criterios valorativos de corrección (o justicia) solo pueden ser de naturaleza político-criminal, lo que no parece proveer suficiente seguridad jurídica, pues por definición –o tautología– lo político-criminal es político.

Conforme a este criterio, asigna objetivos político-criminales a los caracteres del delito. Así, considera que el tipo responde al objetivo de prevención general, pues prescinde de toda consideración personal del sujeto activo y de la concreta situación en que actuó. En función del principio de culpabilidad en el tipo, se excluyen de este todas las

causalidades fortuitas y el *versari in re illicita*, supuestos en que la punición no cumpliría ninguna función de prevención general. Cualquier consideración de la persona del sujeto activo, es ajena a la prevención general y propia de la cuestión preventivo especial.

Considera que debe hablarse de *juicio de injusto* más que de *antijuridicidad*. Conforme a este *juicio* el injusto (acción, típica e injusta) cumpliría una triple función: resolver conflictos de intereses, apoyar las medidas de seguridad y vincular al derecho penal con la totalidad del orden jurídico. En cuanto al apoyo a las medidas de seguridad, cabe observar que quedarían huérfanas de sustento en el caso de ausencia de acción (involuntables).

El paso posterior de su análisis lo denomina *responsabilidad*, donde decide si el injusto requiere la imposición de una pena. El más importante presupuesto de responsabilidad es la culpabilidad, pero afirma que no es el único, porque considera que quien actúa en estado de necesidad exculpante tiene la posibilidad de actuar de otra manera y, por ende, su injusto es culpable, pero lo que desaparece sería la necesidad de imponer la pena.

Hay dos aspectos de la teoría del delito de Roxin que merecen destacarse. El primero es su llamado *concepto personal de acción*, que distingue *del causal* tanto como *del final*, y que define como *lo que es producido por un ser humano como centro de acción anímico-espiritual o, más brevemente, como exteriorización de la personalidad*.

En realidad, Roxin siempre negó que hubiese finalidad en la tipicidad culposa; por esa razón trata de construir un concepto abarcativo, conforme al cual las acciones dolosas al igual que las culposas, serían manifestaciones de la personalidad. De este modo, con la idea de *exteriorización de la personalidad* intenta proporcionar un concepto *prejurídico* de acción. No obstante, advierte que no puede ser totalmente *pretípico*, en particular en el caso de la omisión, que siempre requiere que *algo sea esperado*, puesto que una omisión nunca es un mero *no hacer*; sino siempre un *no hacer algo*.

De toda forma, este concepto de acción personal de Roxin no avanza mucho más allá del propio del neokantismo, dado que, en definitiva, que la acción tenga o no finalidad dependerá del tipo y no de la acción humana misma. Además de que la idea de *exteriorización de la personalidad* no es

muy clara, lo cierto es que en la realidad no existe ninguna exteriorización de esta naturaleza que no trate de hacer algo más o menos concreto en el mundo, con independencia de que eso sea o no típico y, más aún, de los requisitos que demande el tipo para prohibirla. Subir a un árbol siempre es una acción, sea que se lo haga para recoger fruta, para hurtársela al vecino, para ayudar a un niño en riesgo de caer, para contemplar el paisaje y, en cualquiera de esos casos, que se lo haga también al violar un deber de cuidado y caer y lesionar a quien está debajo del árbol.

La otra particularidad destacada de la teoría del delito de Roxin tiene lugar en su desarrollo de la *imputación al tipo objetivo*, cuestión sobre la que se ha generado un amplio debate en la dogmática de las últimas décadas: si no basta con la causalidad ¿qué otros criterios deben aplicarse, además de esta, para delimitar la tipicidad objetiva?

Como vimos, la pregunta no es nueva, puesto que desde el siglo XIX se intenta limitar la relevancia de la causalidad entendida conforme a la *conditio sine qua non* que, como es obvio, lleva a una cadena infinita que terminaría en el origen mismo del universo. Lo cierto, pues, es que siempre hubo en la teoría del delito un planteo de *imputación objetiva*, que era resuelto a través de un único principio –la *causalidad*– limitado desde el neokantismo como *causalidad adecuada* (o *inadecuada*) conforme al verbo típico.

Desde que la causalidad dejó de ser un criterio único para determinar la *imputación objetiva*, la doctrina alemana busca otro criterio y, por ende, ensaya nuevas *teorías de la imputación objetiva*, con cierto grado de nostalgia por la pérdida de la fórmula única.

La de Roxin es una de ellas y se basa en la *creación o aumento del riesgo no permitido para el bien jurídico*. Así, no sería imputado el resultado cuando se trata de riesgos permitidos (como el tránsito), como cuando no se haya creado o aumentado el riesgo o cuando se lo disminuya. No obstante, este principio encuentra una serie de limitaciones casuísticas en las que este autor resuelve los problemas en forma bastante racional, pero que, en definitiva, dejan la sensación de que el principio general se disuelve en particularidades.

Así –en cuanto a la creación misma del riesgo– debe admitir que, aunque

no se incrementa el riesgo debe haber imputación en los casos de *cursos causales hipotéticos* (matar a la vaca que sería muerta por los agentes sanitarios, apoderarse de una cosa cuando si no lo hiciese el agente otro lo hubiese hecho, ejecutar sin proceso a una persona cuando de negarse otro lo hubiese hecho en su lugar, apartar al verdugo y ejecutar al condenado, etc.). Por el contrario, considera que no *se realiza el riesgo no permitido* en el famoso caso de la víctima de lesiones que muere en el incendio del hospital. Tampoco sería relevante el aumento del riesgo en los casos de acciones inútiles (el famoso caso de los *pelos de cabra*, en que el empleador no provee el desinfectante y las empleadas son víctimas de carbunclo, pero se verifica luego que el desinfectante no hubiese evitado el resultado). Otro supuesto sería el de resultados no cubiertos por *el fin de protección de la norma de cuidado* (como sería no obedecer un mandato de iluminar o de consultar a un médico especialista) o cuando el cumplimiento del deber de la norma no hubiese evitado el resultado (aunque hubiese respetado el límite de velocidad no hubiese podido esquivar al suicida).

Tampoco con las anteriores limitaciones Roxin logra cerrar el cuadro de situaciones excluidas o limitadas de su nueva fórmula general del *aumento del riesgo*, para lo cual debe excluir de la imputación el caso de quien coopera o incita a otro a asumir un riesgo con plena consciencia del mismo (*autopuesta en peligro dolosa*), o cuando se pone en peligro a otro que lo acepta plenamente (el caso de juegos sexuales peligrosos) y, en especial, cuando el riesgo se atribuye a la esfera de responsabilidad ajena (un choque imprudente de vehículos con solo daños materiales, pero cuando la autoridad vial o policial ya se hizo cargo del retiro de los vehículos se provoca otro choque que causa lesiones).

Siempre en el campo de la teoría del delito, Roxin se ha destacado por ser uno de los autores que desbrozó mejor en su momento las cuestiones atinentes a la concurrencia de personas (autoría y participación), conforme al principio del *dominio del hecho*. En este ámbito y con referencia a la autoría mediata, expuso una teoría que ha tenido gran acogida jurisprudencial, incluso en América Latina y en el juzgamiento de los responsables de genocidios y crímenes contra la humanidad en las dictaduras de *seguridad nacional*. Se trata de la teoría de la *autoría mediata en razón del dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder*,

también llamada de *dominio de organización*.

Esta teoría presupone tres requisitos: (a) que el autor mediato ejerza poder de mando en el marco de una organización; (b) que la organización actúe al margen del derecho en lo referente a los hechos penalmente relevantes; (c) y que los ejecutores individuales sean reemplazables (fungibles), de tal modo que, en caso de salir un ejecutor, se sepa que otro habrá de ocupar su lugar conforme a las reglas de la organización.

Es obvio que en esta materia Roxin estaba pensando en las organizaciones nazis y su tesis no es descartable. No obstante, parece peligrosa y –de hecho– se la ha extendido a las sociedades y no parece muy difícil que se pueda aplicar a sindicatos, pues todo depende de qué se entienda por *organización* y actuación *al margen del derecho*. Cabe aclarar que estas consecuencias fueron rechazadas expresamente por el autor.

En general, la premisa de la cual parte Roxin para elaborar toda su construcción del derecho penal (el acatamiento de los valores que hacen a la política criminal) es realmente atractiva, pero cuando observamos cómo la aplica, resulta que se trata de los objetivos señalados en la ley (protección de tal o cual bien jurídico), lo que conforme a la metodología neokantiana no permite la entrada de datos de realidad, o sea que limita la política criminal a verificar el *deber de proteger*, sin dar entrada a la pregunta acerca de si en la realidad del mundo *protege o no protege*. Esta falencia constructiva –propia de su metodología– es la que permite que el poder punitivo, en lugar de *proteger*, se dirija a *lesionar bienes jurídicos*, en la consabida experiencia de que –con demasiada frecuencia– los *objetivos legalmente manifiestos* se traduzcan en *funciones tácitas* constitucionalmente y *jushumanísticamente* antijurídicas ejercidas por el poder punitivo.

Bibliografía. Son muchos los trabajos de Claus Roxin incluso traducidos al castellano. No obstante, su visión de conjunto del derecho penal abarca todos los temas aquí mencionados, desde que su sistema lo fue construyendo con base en esos trabajos parciales a lo largo de décadas, de modo que, a los efectos prácticos, basta con recurrir a su *Derecho Penal. Parte General*, especialmente al tomo I (*Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*), Editorial Civitas S. A., Madrid, 1997.

11. El normativismo funcionalista de Jakobs

Günther Jakobs –catedrático de Bonn– es un extraordinario dogmático de fino bisturí, con que penetra aspectos particulares de la teoría del delito –que no la llama de esta manera–, pero su perspectiva general es problemática, porque se vale de un vocabulario de procedencia sociológica que a veces cambia el nombre habitual de los conceptos y, además, no se compatibiliza muy bien con su *normativismo* extremo de naturaleza idealista –que acaba en el hegelianismo–, sin contar con que en sus sucesivos trabajos va modificando algunos puntos de vista.

Encabeza una corriente de la dogmática penal alemana que se ha vinculado demasiado al funcionalismo sociológico, en especial en la versión de Niklas Luhmann (1927-1998) (*) que, a su vez, se apoya en el concepto de *autopoiesis* (*) de los biólogos chilenos Varela y Maturana (*). En síntesis, concibe a la sociedad como un *sistema*, mientras los humanos serían *subsistemas* que reclaman soluciones al sistema que –para no desequilibrarse– las *normaliza* canalizando las demandas mediante la producción de *consensos*. De esto deduce Jakobs que el poder punitivo es un medio para producir consenso acerca de la vigencia de las normas, reafirma la confianza en ellas y refuerza la *fidelidad al derecho*. Debido a esto se denomina a su teoría como *funcionalista sistémica*.

Esta concepción no está realmente anclada en los sociólogos *sistémicos* (como Luhmann o Parsons), porque confunde conceptos de teoría política con otros de sociología.

Hemos visto que, en la teoría política, en el siglo XVIII, se contrapuso el dogma de la sociedad como *organismo* a la idea de esta como *contrato*. Se trató de una disputa filosófica claramente idealista: el antiguo régimen sostenía su organicismo como *dogma*, al que los liberales oponían el contractualismo como *metáfora*.

Lejos del idealismo, la sociología de nuestros días es una ciencia básicamente *empírica*, que verifica e interpreta *hechos sociales*, solo que para interpretarlos necesita ubicarlos en el marco de algún esquema *macrosocial* (es decir, en alguna idea acerca de *qué es la sociedad*) y, para eso, ensaya teorías *macrosociales*. Así, algunas conciben a la sociedad como un *sistema* (concepto *sistémico* de sociedad) mientras otras lo hacen como un conjunto de grupos en *conflicto*, aunque con cierto grado de

equilibrio (concepto *conflictivista* de sociedad).

Pero la sociología sabe muy bien que es imposible verificar empíricamente si la sociedad es un sistema o un conjunto de grupos en conflicto, solo que no le queda más remedio que ubicar sus *hechos sociales* en alguno de esos *armarios* (o bien en combinar ambos, como hace en las últimas décadas), pero nunca la sociología –como ciencia– puede asumir como *dogma* cualquiera de ambas posiciones. Una cosa es elegir el armario en el cual ubicar las tazas y otra, muy diferente, dar por supuesto que el armario *crea* las tazas, que es lo que hacía la teoría política idealista del siglo XVIII al contraponer organicismo a contractualismo.

La confusión proviene, sin embargo, de que algunos caracteres del viejo organicismo se filtran en los sociólogos sistémicos, porque entre ellos no faltan algunos que los acentúan. De todos modos, lo cierto es que los sistémicos explican mejor los *hechos sociales* más permanentes, en tanto que los conflictivistas explican mejor el cambio social (la dinámica de los *hechos sociales* que varían), pero ningún sociólogo –por sistémico que sea– dirá que no le interesa la verificación empírica de los *hechos sociales* y, menos aún, afirmará con Hegel –como lo hace Jakobs– que *la función de la pena es la reafirmación de la vigencia de la norma y que, por ende, la pena se justifica por el propio hecho de penar*.

Aclarado esto, cabe observar que la teoría de Jakobs parte de una idea de sociedad ordenada como sistema de normas, con un Estado ideal, que impondría ese orden, procurando solo la reafirmación de las normas en la conciencia colectiva, para inducir *fidelidad al derecho por el derecho mismo*, lo que no sería otra cosa que la vigencia de las normas como organización perfecta.

De allí que lo importante para este autor no sea la *tutela de bienes jurídicos*, sino la vigencia de las normas. Con toda razón niega que el derecho penal pueda tener por función la tutela de bienes jurídicos (porque siempre llega tarde), pero le asigna la de tutelar la vigencia de las normas (la tutela de bienes jurídicos sería una eventual consecuencia de la vigencia de las normas). A esta *tutela* de la vigencia de las normas la sintetiza en un único bien jurídico que denomina *bien jurídico-penal*.

Por otra parte, al pasar a primer término la infracción a la norma, Jakobs

le resta importancia al vínculo de antijuridicidad en el delito culposo, pues considera típica la omisión de cuidados inútiles (en el caso del carbunclo, en que, aunque el empleador hubiese provisto el desinfectante, igual se hubiesen enfermado las operarias, considera que incurrió en una omisión típica).

Al negar al derecho penal la función tutelar de bienes jurídicos, admite normas que no parecen destinadas a tutelarlos, con lo que desconoce el principio de ofensividad como límite al poder punitivo, pues legitima toda norma que sirva al *bien jurídico-penal* que, en definitiva, no parece ser algo muy diferente de la etización welzeliana, ahora normativizada jurídicamente.

De este modo, la alquimia que permitió a la dogmática tradicional saltar del requisito de que haya una afectación de bien jurídico en todo delito (*principio de ofensividad*) a la pretendida *tutela de bienes jurídicos*, si bien la desbarata Jakobs con toda razón, usa ese mismo argumento para desconocer el requisito de ofensividad y abre la puerta a tipos que prohíban conductas solo contrarias a la moral, como sucedía en el viejo proyecto *oficial* alemán de 1962, lo que entre nosotros sería lesivo del art. 19 CN.

En igual línea, admite los tipos de peligro abstracto, cuando se trate de organizar un ámbito social normalizado de conducta. Aunque Jakobs lo ejemplifica con la estandarización del tránsito, también incluye los casos de *acumulación* (si todos fuésemos a orinar al río, lo contaminaríamos). Por cierto, al apelar a la eventual o hipotética generalización de cualquier conducta, se llegan a prohibir conductas meramente contrarias a la ética que no lesionan bienes jurídicos (no fumar marihuana, porque si todos lo hiciésemos no sería bueno).

Toda teoría que pretende revolucionar una ciencia trata de adosar a las precedentes un rótulo común, como hizo en su tiempo Ferri con la invención de la *escuela clásica*. Esa intención también se vislumbra aquí, pues llama *naturalistas* a todas las teorías precedentes que asignan al poder punitivo la función de tutela de bienes jurídicos y que, por ende, postulan teorías de prevención general y especial de la pena, para autoproclamarse *normativista*. Queda claro, pues, que de esta manera contrapone su construcción dogmática a la de Roxin. En verdad, se trata de un

normativismo radical, puesto que su construcción parte de una *normativización de toda la sociedad, de la que se encargaría peligrosamente el Estado*.

Esta *normativización total de la sociedad* la basa este autor en los *roles sociales*, o sea, en los distintos papeles que asumimos en la interacción social (como médico, maestro, conductor de vehículo, padre, etc.). Observa que cada uno de esos roles genera *expectativas* en los otros (lo que *se exige que haga* el médico, el maestro, el conductor, el padre), o sea, lo que se le demanda conforme a las *normas* derivadas del respectivo rol.

Al igual que en la tipicidad omisiva, también en la activa entiende que siempre hay normas que debemos cumplir conforme al rol, porque los demás esperan que respetemos las normas atinentes al rol que asumimos. Virtualmente, estaríamos todos en *posición de garante*: el médico como garante de la atención del paciente (pero no del cuidado de su patrimonio), el maestro de la educación del niño (pero no de llevarlo al pediatra), el conductor de observar los semáforos (pero no de ayudar a atravesar la calle a una anciana), el padre de llevar al niño al pediatra (pero no necesariamente de comprarle las zapatillas de marca). De este modo, se *normativiza* la totalidad de la vida social según roles.

El Estado, mediante la ley penal, tipifica la violación de las normas que corresponden a algunos de estos roles, lo que abarca desde las que se derivan del rol de simple ciudadano o habitante, hasta las más específicas (funcionario, juez, etc.). Si la función del poder punitivo es reafirmar la confianza en la vigencia de esas normas, lo importante será averiguar qué requisitos establecen las leyes para imputar al agente las infracciones a ellas. En consecuencia, correspondería determinar qué exige el orden jurídico para hacer que una infracción sea objeto de imputación.

Por eso, Jakobs no elabora propiamente una *teoría del delito*, sino de la *imputación del delito*. En otras palabras: regularmente la dogmática penal se pregunta por el delito para saber qué es lo que se debe imputar para habilitar una pena. Jakobs, desde un punto de vista rigurosamente *normativista*, procede en sentido inverso y se pregunta qué exige la norma para imputar y, por ende, plantea la cuestión como una *teoría de la imputación*, y da lugar a un *análisis escalonado de los requisitos para la*

imputación (que equivale al *estratificado* de la tradicional teoría del delito).

Como consecuencia de este criterio, en principio, no interesa tanto preguntar por una acción pretípica, sino solo por la conducta que requieren las normas (los tipos) y en qué forma lo hacen. Es así como el resultado puede o no integrar el injusto, según lo requiera o no la imputación, por lo cual resulta más fácil clasificar los delitos como *de resultado* y *de pura actividad*.

Dado que siempre que se incumple una norma derivada de un rol no se realiza lo debido, todos los delitos parecerían ser omisiones, tal como lo postuló la teoría *negativa de la acción* de los años setenta y antes la escuela de Kiel. Jakobs procura eludir esta consecuencia, para lo cual propone un *supraconcepto de comportamiento* que abarque el concepto de acción como *causación evitable del resultado* y de omisión como *no evitación evitable de un resultado*. La diferencia radicaría siempre en cuanto al resultado que, en cualquier caso, sería evitable. Cabe observar que este concepto de acción dista demasiado de la realidad, pues es bastante insólito afirmar que quien dispara cinco balazos a la cabeza de otro sea *el causante evitable del resultado de muerte*.

La derivación más importante de esta perspectiva de *normativismo general y extremo* tiene lugar en su *teoría de la imputación objetiva*, o sea, al determinar los límites de la tipicidad objetiva, donde sigue un camino del todo diferente al de Roxin.

Para señalar este límite objetivo de prohibición afirma que esta llega solo hasta donde nos imponen las normas derivadas de los roles sociales. Parte de la verificación de que no estamos obligados a neutralizar todos los riesgos para los bienes jurídicos ajenos, pues hay ciertos *riesgos permitidos* (el solo hecho de conducir un vehículo genera un riesgo, pero lo que se nos manda es solo que lo hagamos no pasando semáforos en rojo).

Por otra parte, señala que tampoco estamos obligados a vigilar constantemente a nuestros semejantes para verificar si observan las normas conforme a sus roles, sino que debemos atender a lo que nos impone nuestro rol y confiar en que los otros cumplen correctamente con los suyos, hasta el momento en que, dentro de nuestra observación debida, notemos que el otro no respeta sus normas, para recién entonces retirarle la confianza

(el niño comienza a atravesar la calle con el semáforo en rojo y debemos frenar). Este es el llamado *principio de la confianza*, que la doctrina tradicional emplea para señalar los límites del deber de cuidado en toda actividad compartida.

También excluye la imputación objetiva cuando emprendemos una acción lícita y estereotipada, aunque el otro la haga parte de una actividad ilícita, puesto que en tal caso nuestro rol sería inocuo (el taxista que lleva al pasajero hasta la esquina indicada, donde este le paga y deja el taxi, aunque el pasajero fuese a ese lugar para asaltar un banco). Se trata de la llamada *prohibición de regreso*. Por último, señala una cuarta limitación a la imputación objetiva, en caso de consentimiento de la propia víctima, como también cuando se trate de una voluntaria autopuesta en peligro o de un grave descuido de los deberes de autoprotección.

Debemos tener en cuenta que Jakobs parece concebir los roles en forma estática, cuando la teoría sociológica de los roles los muestra como dinámicos, o sea, que estos cambian según las circunstancias. Se repite el famoso ejemplo del biólogo que trabaja de mesero y sirve una fruta que sabe que es venenosa. Según Jakobs, como no está en rol de biólogo sino de mesero, no le incumbe controlar la calidad de lo que sirve, sino solo servirlo y, por ende, no puede imputársele objetivamente la muerte de quienes comen la fruta venenosa, siendo responsable solo por omisión de auxilio (art. 108 CP).

En lo referente a la legitimación de la pena, Jakobs deduce de la *normativización de todas las relaciones sociales* –sin ninguna prueba empírica–, que cuando alguien viola una norma atinente a su respectivo rol, se produce una *decepción* en la sociedad, y cuando efectivamente (contrafácticamente) esto sucede (cuando alguien incumple el deber impuesto por su rol), no por eso debe abandonarse la norma, razón por la cual se pena al agente, para que quede bien manifiesta la incorrección de su conducta. Por ende, la pena así concebida tiene la función de reafirmar a quien confía en la norma y reforzar así su *fidelidad al derecho*. Todo esto –insistimos– es pura deducción, sin ninguna verificación empírica.

Por lógica, para este autor la culpabilidad es la *infidelidad al derecho* que el agente demuestra con la ejecución de su injusto, manifestada en su falta

la disposición para motivarse conforme a la norma jurídica. Por ende, para darse un contexto exculpante, será necesario que, pese a haber incurrido en un injusto, la motivación no demuestre un déficit de fidelidad al derecho; así, la exculpación tendrá lugar cuando no sea posible exigirle al agente un comportamiento conforme a la norma, por tratarse de una situación que no revela un déficit de motivación jurídica.

El infractor culpable, para Jakobs, sería quien proyecta algún aspecto de la sociedad (a estos los denomina ámbitos de organización) en forma diferente o contraria a la querida por el Estado. Así, el Estado determinaría ámbitos de organización y la infracción a la norma significaría que el agente pretende imponer un ámbito de organización diferente. Por ejemplo: el Estado establece un ámbito de organización conforme al cual todo cheque tenga suficientes fondos en el banco, y quien libra un cheque sin que existan esos fondos en el banco, estaría pretendiendo imponer un ámbito de organización en el que los cheques pueden o no estar respaldados por fondos suficientes, por lo que se hace necesario para el Estado reafirmar la vigencia del ámbito de organización de cheques con provisión de fondos.

Como es dable observar, este camino conduce sin paradas a la vieja legitimación de la pena de Hegel: *el delito es la negación del derecho, la pena es la negación de la negación del derecho, luego la pena es la reafirmación del derecho, en función de que la negación de la negación es la afirmación.*

Para colmo, junto a los *delitos de organización*, se introduce una categoría más complicada, que serían los *delitos de infracción de deber*, que consistirían en la violación de los deberes de garantía institucionalmente establecidos. No profundizamos en esto, que de por sí es bastante confuso.

La legitimación del poder punitivo de Jakobs es marcadamente hegeliana, aunque se diferencia de Hegel en que este la fundaba en pura lógica, como pretendida teoría *absoluta*, en tanto que Jakobs la funda como teoría *relativa*, en forma de prevención, que se ha dado en llamar *teoría de la prevención general positiva* que, a diferencia de la negativa, no se dirigiría a disuadir de violar las normas, sino a reforzar en todos la confianza en su vigencia, aunque no se descarte la eventualidad de cumplir también alguna función de prevención general negativa. Pero como tampoco admite

ninguna comprobación empírica, en definitiva resulta tan *absoluta* como la legitimación hegeliana. Por cierto, es tan *cuestionable* que la teoría de Hegel sea *absoluta* como que la de Jakobs sea *relativa*, pero lo cierto es que ambas rechazan cualquier verificación empírica.

De este modo, el derecho penal (entendido como poder punitivo) cumpliría una función de mantenimiento de la configuración social y estatal mediante la garantía de vigencia de las normas. Esta garantía impediría que las condiciones que el Estado considerase imprescindibles para el funcionamiento de la vida social se pierdan o debiliten cuando resulten defraudadas por la conducta del infractor a la norma.

Como vimos antes, de este objetivo se deduce la existencia de un único *bien jurídico tutelado por el derecho penal*, que sería la firmeza de estas expectativas frente a la decepción que produce el infractor, y que Jakobs llama *bien jurídico-penal*. ¿Pero, quién sería el titular de este bien jurídico único? Podría responderse que *la sociedad*, como lo hace Jakobs. Pero nadie puede aseverar en las sociedades complejas, multiculturales y conflictivas de nuestro tiempo, que esas sean las expectativas que exige *la sociedad*. ¿Cómo se expresan estas sociedades y quién habla en su nombre? Está fuera de toda duda que se trata de normas estatales, o sea que, el titular de ese bien jurídico único es el Estado, como estructura de poder, y no la *sociedad*. Recordemos que toda confusión de sociedad con Estado es bien peligrosa, en términos políticos y de modelo de Estado.

Es obvio que esta legitimación de la pena conforme al planteo *normativista* responde a una teoría de la pena de las conocidas como *absolutas*, como es la de Hegel. No obstante, con razón se ha puesto en duda el carácter *absoluto* de esta teoría de la pena (así, Lesch) y, en realidad —como veremos en su momento— no creemos que haya teorías *absolutas* en el sentido de que las penas se legitiman por sí mismas, lo que sería irracional.

Por el contrario, parece claro que desde esta perspectiva se legitima un ejercicio del poder punitivo que pretende mantener un orden establecido por un Estado que introduce en el orden jurídico toda la ética social, lo que de suyo es altamente riesgoso, porque se halla muy cerca de la *dictadura ética*.

Por otra parte, solo sería válida en un Estado ideal —inexistente en el

mundo real—, en que el poder punitivo no reconozca ninguna selectividad, pues en los Estados reales —y en particular en los latinoamericanos— es más que obvio que no se refuerza la vigencia de la norma frente a la impunidad de quienes son invulnerables al ejercicio del poder punitivo y a la extrema vulnerabilidad de los sectores sociales inferiores y de las víctimas del *lawfare* (*).

Más aún: podría decirse que su ejercicio sobre las personas vulnerables de los sectores sociales subalternos y menos entrenadas para cometer delitos sofisticados, refuerza la certeza de la invulnerabilidad de los más cercanos al poder y más hábiles en la comisión de delitos.

La importación de esta construcción a nuestra región podría tener consecuencias graves, pues la *desnormalización* (alarma social o debilitamiento de la confianza en la vigencia de la norma) entre nosotros es generada por los monopolios mediáticos y sus *(de)formadores de opinión*, que son quienes marcan la agenda político criminal a los políticos inescrupulosos y populacheros del punitivismo caotizante de nuestras sociedades, cuya politiquería resultaría legitimada.

Por otra parte, una dogmática jurídico penal que obtura la incorporación de datos de la realidad a la labor judicial, le impediría toda contención eficaz al ejercicio del poder punitivo, lo que favorecería la caotización de nuestras sociedades, con el consiguiente debilitamiento de los Estados y la pluralización de sistemas punitivos.

Al margen de lo anterior, cabe recordar que, a fines del siglo pasado, Jakobs propuso una suerte de *derecho penal de contención* con privaciones de libertad preventivas, en especial para el terrorismo y la llamada *criminalidad organizada*, alzando un enorme revuelo en la doctrina, en particular debido a la terminología desafortunada que empleó al referirse a *no personas* y a *derecho penal del enemigo*. Por cierto, su propuesta no era aceptable, pero de haber empleado otro vocabulario, no hubiese provocado la misma polémica pues, en definitiva, siempre existieron legitimaciones de *penas para indeseables* con otro nombre y nada muy diferente significa la triste función que cumple el increíble abuso de la *prisión preventiva* en nuestra región.

La construcción dogmática de Jakobs no es *epocal* en Alemania, donde no

ha logrado predominar, aunque tuvo más eco fuera de su país de origen, debido a la señalada tendencia a importar la última construcción, solo por considerar que tiene mayor nivel de elaboración. Debido a que no es *epocal*, no es posible señalarle con certeza un marco político social. Es posible que en Alemania haya correspondido a un momento de reclamo de reforzamiento normativo ante el aparente aluvión de europeos orientales – generador de cierto temor en la población– posterior a la caída del *Muro de Berlín* y a la reunificación. No obstante, esta identificación resulta demasiado aventurada.

Bibliografía. Günther Jakobs, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997; *Estudios de derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997; *Moderna dogmática penal, Estudios compilados*, Porrúa, México, 2002; *La imputación objetiva en derecho penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996 (también Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994); Heiko H. Lesch, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995; Zaffaroni, *El enemigo en el Derecho Penal*, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2006 (también EDIAR, Buenos Aires, 2006; Dykisson, Madrid, 2007; Ediciones Coyoacán, México D. F., 2007); Michael Pawlik, *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal*, Atelier, Barcelona, 2019.

12. Las llamadas *teorías de la pena*

Al explicar el concepto equívoco de derecho penal y establecer su diferencia con el poder punitivo, fue inevitable que adelantásemos algunos datos criminológicos indispensables, como también debimos insistir en ese orden de información proveniente de la ciencia social al explicar las legitimaciones más usuales del derecho penal, que las identifican con la legitimación del poder punitivo.

No obstante, es menester volver un poco más detenidamente sobre el tema y mostrar el panorama general conforme a la tradicional clasificación de los argumentos legitimantes, para comprender mejor y superar el difícil *impasse* en que se hallan tanto el derecho penal como la criminología.

La exposición de conjunto es necesaria para evitar la dispersión argumental que con frecuencia confunde y dificulta la crítica, porque fueron muy diferentes los caminos ideológicos por los que los penalistas han tratado de legitimar el ejercicio del poder punitivo y, con este, la legislación penal y, en última instancia, el modelo de Estado al que se atribuye el poder de legislar (criminalización primaria), seleccionar a las personas a punir

(criminalización secundaria) y ejecutar las penas.

Todos estos niveles están lógicamente vinculados, porque de las premisas legitimantes debieran deducirse las condiciones del objeto y del sujeto sobre el que recaerá el poder punitivo y los límites de su ejercicio, conforme a cierto modelo de Estado (liberal, democrático, autoritario, totalitario, etc.).

Por cierto, no todos los penalistas son coherentes a este respecto, lo que no prueba nada contra la necesidad lógica de su entramado, sino solo las fallas lógicas de quienes escribimos.

Los argumentos legitimantes se sintetizan en las diversas *teorías de la pena*, que señalan su objeto y función, cuyo cuadro se suele presentar en toda obra de nuestra materia, para que cada autor se posicione y escoja alguna, de la que –si es coherente– deriva todo el sistema que construye con el método dogmático.

La clasificación pionera del cuadro de las *teorías legitimantes de la pena* fue obra de Anton Bauer (1772-1843) (*), profesor de Göttingen, quien la formuló en una suerte de apéndice a la exposición de su propia teoría –que llamaba *de la advertencia*– consistente en una corrección a la teoría de prevención general negativa de Feuerbach. Si bien la teoría de Bauer pasó inadvertida, su clasificación tuvo un éxito sensacional, pues es la base de todas las que se repiten hasta el presente, aunque por lo general no se cita el nombre de su autor.

La clasificación hoy más corriente no es exactamente la que expuso Bauer, pero hay al menos cuatro contribuciones suyas que conservan singular vigencia.

(a) La primera –no siempre relevada– es que cada *teoría de la pena* es, en realidad, una teoría del derecho penal en su totalidad, aunque quien la esboza no lo desarrolle de esta manera, por incoherencia o contradicción interna de su sistema.

(b) La segunda es que cada una de esas teorías se vincula y depende de la idea del Estado, es decir, que no se trata de un mero *deber ser* de la pena, sino también del Estado, o sea que, en el fondo son programas político criminales y algunas son también programas de política general.

(c) La tercera es la distinción básica entre *teorías absolutas y relativas*. Caracteriza a las primeras como las que –sin atribuirle ningún fin– exigen que causalmente al crimen le siga una pena. Esta caracterización se conserva en todas las exposiciones posteriores hasta la actualidad, considerando en general como teorías absolutas las de Kant y Hegel, aunque Bauer entendía que la de su contemporáneo Hegel era una teoría de la *reparación* y, por ende, *relativa*.

(d) La cuarta tiene enorme valor en la actualidad, en que casi no se sostienen teorías *puras*, sino combinaciones llamadas *mixtas*, que Bauer con razón criticaba sabiamente: *Si fuese posible elaborar una teoría que mediante una combinación aúne todas las ventajas de las teorías particulares, lo cierto es que esta, simultáneamente, reuniría en sí todos los defectos de las teorías particulares, que no serían saneados por la combinación, sino que todavía aumentarían, tornándose aún más estridentes*.

El mero hecho de que desde hace dos siglos se discutan *teorías de la pena*, o sea, teorías legitimantes del poder punitivo y fundantes de los sistemas del saber jurídico penal, demuestra una alta endeblez argumentativa, sin contar con su aporte de inseguridad de respuesta, pues abre la posibilidad de que un juez pueda decidir primero si pretende imponer más o menos pena, para luego echar mano de la teoría que mejor legitime su decisión (esto se llama tópica) (*). Esta posibilidad se agrava con los emplastos teóricos *mixtos* ahora predominantes.

La clasificación más sintética que suele predominar entre los doctrinarios, sigue a Bauer en cuanto a la división general en: (a) teorías *absolutas* y (b) *relativas*. Subdivide a las *relativas* en: (α) teorías de la *prevención general* (con efectos sobre los que no han cometido delito) y (β) teorías de la *prevención especial* (con efecto sobre los que han cometido el delito), cada una de ellas subdividida, a su vez, en *positivas* y *negativas*. Este cuadro general sintetiza todos los argumentos *legitimantes* del ejercicio del poder punitivo.

Contra las teorías así clasificadas se alzan las *teorías deslegitimantes del poder punitivo*, o sea, que argumentan para desbaratar las anteriores, sea en forma de (a) *deslegitimación parcial* (minimalismo penal) o de (b)

deslegitimación radical (abolicionismo penal).

(a) En cuanto a las *teorías absolutas*, ya nos hemos referido a Kant y a Hegel y a sus respectivas legitimaciones. No es verdad que para estas teorías *la pena se legitime por sí misma*, lo que es un absurdo. Para ambos filósofos, la pena se legitima como necesidad del *Estado ético* de Kant y del *Estado racional* de Hegel. La pena debe seguir al delito como consecuencia de esos modelos de Estado, lo cual presupone que estos existan en la realidad.

Quienes en nuestros Estados legitiman la pena con esas teorías, en verdad los alucinan, pues poco tiene de ético un Estado que reparte poder punitivo en forma totalmente selectiva, y lo hace recaer casi exclusivamente sobre los más pobres y peor entrenados de nuestras sociedades (o contra sus enemigos políticos de turno), dejando impunes delitos tan graves como los que cometen los agentes de las corporaciones transnacionales.

Tampoco responden a la *razón* ni la encarnan como síntesis nuestros Estados, como lo pretendía Hegel, porque esa selectividad punitiva tampoco tiene nada de *racional*, salvo que por *racional* se entienda la mera *racionalidad funcional para el poder arbitrario*, o sea, para un modelo de Estado alejado del de derecho.

En definitiva, el kantismo y el hegelianismo encarnan proyectos políticos de Estados no realizados. Vale para ellos la misma objeción que hacía Jean Paul Marat (*) al contractualismo: la pena retributiva que ambos postulan sería la más justa en una sociedad de iguales, pero en sociedades tan desiguales y con Estados que reafirman la desigualdad, la retribución resulta palmariamente injusta.

(b) Las *teorías relativas* son las que legitiman al poder punitivo y le asigna un fin específico a las penas.

(α) Las *teorías relativas de la prevención general* son las que pretenden que la pena tiene por objeto operar sobre las personas que no han delinquido.

La más difundida –por responder al *sentido común*– es la de la *prevención general negativa*, que pretende disuadir a los que no delinquieron para que no lo hagan. Se inspira en las reglas del mercado, o sea, presumir que todo

humano se comporta siempre conforme a un cálculo de costos y beneficios, lo que incluso en los años setenta se pretendió esbozar con un modelo económico del delito. El código penal sería un *menú* y cada uno de nosotros vería cuánto le cuesta el *placer de cometer un delito*.

En la realidad, la operatividad selectiva del poder punitivo, más que intimidar a los no delincuentes, los instiga a que si se deciden a delinquir lo hagan con mayor elaboración técnica u organizándose, como enseñanza que les brinda un poder punitivo que casi exclusivamente atrapa delitos groseros y primitivos o conductas de disidentes.

Por otra parte, en cuanto a crímenes muy crueles, es ridículo creer que el delincuente antes consultó el código o siquiera pensó en la amenaza penal. Preocupa en nuestros días el feminicidio, que tiene las más altas penas de nuestra ley, lo que no reduce su frecuencia. Es absurdo pensar que la bestia femicida reflexiona antes sobre *cuánto le va a costar penalmente* semejante barbaridad. Por el contrario: cuanto más grave y patológico es un hecho, menos poder disuasorio tiene el derecho.

Por otra parte, la pena disuasoria es eminentemente utilitaria y su medida solo puede ser la de la necesidad de disuasión misma, lo que llevaría a que la mayor frecuencia de un delito determine mayor pena, cuando es claro que la frecuencia es un hecho social ajeno al delincuente y al contenido injusto o gravedad del delito. Además, se llegaría al terrorismo punitivo cuando, pese a aumentar las penas, la frecuencia no ceda, o sea –como dijo Bettiol– se llegaría a penar todos los delitos con la muerte, porque nunca habrá una pena suficiente para disuadir a la totalidad de la población.

Hay otras consideraciones que operan contra esta teoría: la crueldad de algunas penas podría despertar inconscientemente a *Tánatos* en personalidades culpógenas y fomentar la búsqueda de pena (suicidio triangular y similares); el espectáculo de penas crueles debilita la imagen ética del Estado; la pena disuasoria en delitos menores fomenta la reproducción de *clientela prisional* al degradar inútilmente al infractor minúsculo con penas cortas; etc.

No puede negarse que –eventualmente– la pena pueda cumplir alguna función disuasoria, sobre todo en delitos menores y económicos, pero la disuasión no es tarea del derecho penal sino de todo el derecho y, quizá más

aún, de la ética social y de la cultura. Sería inhabitable una sociedad en la cual cada uno estuviese dispuesto a hacer todo lo que la ley penal no prohíba.

Además, cada rama del derecho tiene sus sanciones específicas que operan como disuasión por medio de la reparación, del poder de coerción directa, de las inhabilitaciones administrativas, profesionales, etc., pero el derecho penal sería el único –como anomalía jurídica– que no cumpliría ninguna de estas funciones y solo se basaría únicamente en la disuasión desnuda, pura y simple.

Sea dicho todo lo anterior, sin contar con que –por regla general– todo delincuente delinque presumiendo que evitará la pena, pues de lo contrario no lo haría, salvo caso de masoquismo, como que también es difícil de rebatir la observación de que esta teoría, al dirigir la amenaza penal contra todos, presume que todos los habitantes de la nación somos delincuentes potenciales.

Otra variante a las teorías de la prevención general es la llamada *prevención general positiva* de la que hemos hablado al referirnos a la teoría de Jakobs, que en realidad se acerca tanto a Hegel que resulta difícil establecer la diferencia.

Recordemos que Bauer no consideraba la teoría de Hegel como absoluta sino reparadora. Distinguir entre la reafirmación de la vigencia de las normas –sin base empírica o sociológica, sino como dogma– y la cancelación idealista del delito como reafirmación del derecho, es prácticamente imposible, debido a su superposición conceptual casi completa.

(b) Las *teorías relativas de prevención especial* son las que asignan como objetivo y función de la pena su efecto sobre la persona que ha delinquido.

(α) Las teorías de la *prevención especial positiva* son todas las que, desde lo moral o lo social, consideran que la pena debe ser un *mejoramiento del penado*. Se incluyen en ellas todas las teorías que podemos llamar *re* (re-socialización, re-inserción, re-personalización, re-incorporación, etc.).

Desde el punto de vista meramente ideológico tienen el inconveniente de considerar a la pena un *bien*, por lo que tienden a prescindir o subestimar la

importancia y necesidad de una medida máxima. Además, es discutible que el Estado tenga el derecho de infligir un *mal*, pero es inadmisibles que imponga *valores* a una persona; cuando más nos acercamos a los delitos de motivación política, esto se hace más patente. Dicho más gráficamente: podemos discutir si el Estado le puede cortar la cabeza a alguien, pero no podemos admitir que intente cambiársela.

No debe extrañar que estas teorías *re* hayan sido las preferidas del *positivismo*, es decir, del reduccionismo biologista y racista que, como hemos visto, retomó el modelo inquisitorial.

Cuando la pena es un *bien para la persona penada*, es innecesario un proceso acusatorio y, más aún, tampoco es necesario un límite temporal y, en última instancia, como el delito no es más que el signo que demuestra la necesidad de este *bien*, tampoco es muy necesario definirlo con tanta precisión. En síntesis: la *pena de mejoramiento* está asociada al inquisitivo, a la supresión de límites en su aplicación y a la analogía legal en la prohibición.

Desde el punto de vista de la realidad, hoy está fuera de duda que la prisión, como *institución total*, por buena que fuese, tiene un efecto inevitablemente deteriorante sobre el preso, lo sumerge en una sociedad artificial, le impone adaptarse a reglas de convivencia que le reafirman el rol desviado, lo estigmatiza y provoca una autopercepción negativa, lo hace retroceder a etapas de adolescencia e infancia, etc. Si a todo esto sumamos las condiciones degradadas de prisiones superpobladas, muchas de las cuales en nuestros países se hallan en vías de convertirse en campos de concentración –si no se han convertido ya–, estos efectos se agravan y hacen de la prisión una fuente de reproducción de clientela.

Estas teorías no son más que discursos que procuran mostrar a la pena como instrumento de mejora y pacificación social, cuando en la realidad social, por lo menos en lo que respecta a la institucionalización de personas por delitos de mediana o menor gravedad –como es en la gran mayoría de los casos–, fundamentalmente contra la propiedad y de comercio minorista de tóxicos (delincuencia de subsistencia), su efecto es totalmente paradójal, es decir, que condiciona, acentúa o agrava las desviaciones de conducta.

(β) Las teorías de la *prevención especial negativa*, quizá sean las únicas

en que la pena realmente desempeña la función que se le asigna: así, si se somete a alguien a pena de muerte, con total seguridad nunca podrá volver a cometer un delito. Se trata de legitimar por esta vía todas las penas que no buscan el *mejoramiento de la persona*, sino su *inocuidad*. Se trata de impedimentos de carácter físico u orgánico (mutilaciones, esterilización, tratamientos invasivos, etc.), que *inutilizan* a la persona para realizar cierta actividad. Es obvio que no pueden generalizarse estas penas, sin contar con su flagrante lesión a la dignidad de la persona.

Cabe observar que el propio encierro puede legitimarse de esta manera, puesto que el sujeto privado de libertad no puede cometer ningún delito en la sociedad libre. Por cierto, la *prisión preventiva*, que es la pena más frecuente en la región —en especial para delitos menores— tiene esta naturaleza, por mucho que se la disfrace como medida cautelar procesal.

Todas las que acabamos de ver hasta este momento, son *teorías legitimantes de la pena* que se manejan en la manualística corriente de nuestra materia. Pero frente a ellas se alzan las *teorías deslegitimantes* que, sustancialmente, niegan o desbaratan los argumentos de las anteriores con mayor o menor intensidad, al proponer programas de política criminal, algunas (a) con alta reducción de las penas, y otras (b) de radical supresión de estas.

(a) El *minimalismo penal* pone de relieve las críticas que hemos formulado a las teorías legitimantes y, por ende, propone una reducción muy considerable de las penas, hasta dejarlas limitadas únicamente para delitos muy graves y, en general, de daño o lesión masiva o colectiva. No postula su supresión total, porque considera que esta acarrearía males muy graves en los casos en que culturalmente no se admita otra medida que no sea punitiva, dado que repondría la venganza privada.

Sus principales sostenedores, a partir de quienes se difunde incluso en nuestra región, son los italianos Alessandro Baratta (*) y Luigi Ferrajoli (*).

(b) El *abolicionismo penal*, al partir de las mismas críticas que hemos formulado a todas las teorías legitimantes, propone directamente la abolición del poder punitivo y su reemplazo por soluciones de tipo reparador, restitutivo, terapéutico, etc.

Existió un *abolicionismo antiguo*, sostenido por anarquistas (*), aunque

con algunas propuestas fuera de esta corriente política. Entre estas versiones, a principios del siglo pasado, Pedro García Dorado Montero (*), catedrático de Salamanca, fue un positivista extremadamente coherente que llegó a la conclusión de que un día los propios delincuentes, dadas las ventajas de las prisiones, acudirían a ellas como se acude a los hospitales en busca de asistencia médica, para lo cual proponía reemplazar al derecho penal por un *derecho protector de los criminales*.

Las propuestas abolicionistas resurgieron en las últimas décadas del siglo pasado, en especial por obra de movimientos de derechos de los presos en los países nórdicos y también en Holanda y Francia. Estos movimientos se vinculaban también a la llamada *antipsiquiatría* (*), de Thomas Szas (*) y Franco Basaglia (*), entre otros. En general eran movimientos críticos de las *instituciones totales* (manicomios y prisiones).

Entre los más destacados propulsores del abolicionismo penal se cuenta el profesor de Rotterdam Louk Hulsman (1923-2009) (*), los noruegos Nils Christie (1928-2015) (*) y Thomas Mathiesen (*) y la canadiense Ruth Morris (1933-2001) (*).

La crítica al poder punitivo de estos autores no respondía a las mismas raíces ideológicas. Así, puede decirse con cierta aproximación que Hulsman se nutría de preferencia de la fenomenología, Mathiesen del marxismo, Christie más bien de la antropología, etc. No obstante, todos coincidieron en la abolición del ejercicio del poder punitivo y su reemplazo por mecanismos de solución eficaz de los conflictos.

Tanto el *minimalismo* como el *abolicionismo* son algo más que proyectos político criminales, son proyectos de *sociedad y de Estados*. Aunque parezca una paradoja, comparten con las *teorías absolutas legitimantes* el mismo problema: se refieren a Estados y sociedades que no existen, a modelos imaginados, pero no reales de sociedad y Estado. La única diferencia a su favor es que, *como deslegitiman la pena, no son usados en la dogmática penal*.

Más aún: la lectura de los abolicionistas es cautivante por su imaginación, pero en verdad requieren un auténtico *cambio civilizatorio*, un giro radical en nuestra civilización actual. Nuestra civilización está anclada en la idea lineal de tiempo que, como veremos más adelante, está vinculada a la

venganza y, hasta no cambiar esta perspectiva no podrá erradicarse la pulsión vindicativa y, por ende, tampoco el poder punitivo.

Por cierto, el *minimalismo* y el *abolicionismo* son ideologías que impulsan el pensamiento y la creatividad, pero una reducción tan considerable del poder punitivo y, más aún su abolición, no son viables en la sociedad actual y, como dijimos, tampoco en nuestra actual civilización. No se trata de *utopías* a las que despreciar, pues es posible y deseable imaginar hacia dónde debe marchar la construcción de un mundo futuro más habitable e igualitario y menos represivo. Es más que sano imaginar un mundo sin poder punitivo ni guerras, como posibilidad futura, como lo es también luchar por la transformación del mundo actual hacia esos objetivos, pero esa dinámica no la provocará ni impulsará la ciencia jurídico penal, sencillamente, porque no es su tarea.

La única función que la dogmática jurídico penal puede cumplir a este respecto –y que pese a su aparente modestia no es nada menor– es la de contener el ejercicio del poder punitivo dentro de límites que permitan la dinámica social para promover la transformación, pero como penalistas no podremos hacer más, sin perjuicio de que, como ciudadanos y humanos, desempeñemos al mismo tiempo otros roles en otros ámbitos.

Nada nos impide subir a una tribuna y proponer a nuestros vecinos nuevos modelos de Estado, pero eso solo lo podremos hacer en la medida en que el poder punitivo esté contenido y esa contención nos garantice que nadie nos impedirá hacerlo ni nos reprimirá por eso. Este último es nuestro cometido específico: garantizar el espacio de crítica y dinámica social, para que no lo interfiera el poder punitivo.

Observemos que todas las teorías de la pena –legitimantes y deslegitimantes– se refieren a un *deber ser de la pena*; ninguna de ellas dice *cómo es la pena*, sino como el autor cree que *debe ser*.

El grave problema con las legitimantes es que los penalistas eligen alguna de ellas –o varias– y construyen su sistema sobre la base de cómo alguien creyó que *debía ser la pena*, pero esas construcciones están destinadas a los jueces, que con ellas habilitan poder punitivo que se ejerce con penas que se cumplen *como son y no cómo alguien pensó en algún momento que debían ser*.

Bibliografía: Anton Bauer, *Teoría de la advertencia y una exposición y evaluación de todas las teorías del Derecho Penal*, EDIAR, Buenos Aires, 2019; AAVV, *Abolicionismo penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1989; Franco Basaglia, *La institución negada*, Barral, Barcelona, 1972; Nils Christie, *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura, México, 1984; del mismo, *La industria del control del delito*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993; David Cooper, *Psiquiatría y antipsiquiatría*, Paidós, Barcelona, 1967; Thomas Szas, *La ética del psicoanálisis*, Gredos, Madrid, 1971; del mismo, *La fabricación de la locura*, Kairós, Barcelona, 1974; Louk Hulsman y Jacqueline Bernat de Celis, *Sistema penal y seguridad ciudadana*, Ariel, Barcelona, 1974; Thomas Mathiesen, *Juicio a la prisión*, EDIAR, Buenos Aires, 2003; Ruth Morris, *Abolición penal*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2000. Zaffaroni, Alagia, Slokar, *Derecho Penal*, pp. 53 a 65; Luigi Ferrajoli, *Derecho y garantías. La ley del más débil*, Madrid, 1999; Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, cit.

13. La deslegitimación criminológica del poder punitivo

En la lectura anterior formulamos nuestras críticas a las teorías *legitimantes* que, en definitiva, en buena medida coinciden con las *deslegitimantes* en cuanto a imaginar modelos de sociedad diferentes. Vimos también que las teorías que deslegitiman el ejercicio del poder punitivo (las penas) proponen la reducción al mínimo de este o su radical abolición, como verdaderos programas políticos e incluso civilizatorios. ¿Pero de dónde provienen los argumentos que desbaratan las teorías legitimantes? La respuesta es contundente: *de la sociología y, más específicamente de la crítica criminológica*.

Esto nos obliga a hacer un ineludible paréntesis criminológico, que no pretende agotar el tema ni mucho menos. Como sabemos, la *criminología* es el conjunto de conocimientos científicos en torno de la *cuestión criminal* que, en la vieja criminología (etiológica o *positivista*) se centraba en tratar de explicar *las causas del delito*, originariamente en versión de reduccionismo biologista y racista. Aunque lo matizara luego con una etiología *plurifactorial*, para esta criminología, el *delincuente* era un humano *diferente*. Con el ocaso del racismo en la posguerra no se podía sostener abiertamente esto y, por ende, ya en el congreso de París de 1950, el primero de la posguerra, el objeto de la criminología etiológica comenzó a desdibujarse.

No obstante, la criminología europea siguió en esa línea etiológica, con aportes de médicos. Antes, la *biotipología* había reemplazado los caracteres lombrosianos por los derivados del funcionamiento endócrino, buscando

correlaciones entre las formas de los cuerpos y la psicología individual. Con buen humor alguien dijo que se había pasado del cráneo a los glúteos con la *biotipología*. No le faltaba razón en esto: con la *fisiognómica* (*) se pretendió deducir los caracteres psicológicos del rostro, con Gall (*) y Lombroso del cráneo y con la *biotipología* del cuerpo y sus hormonas. En este último intento se encuentran las obras de Ernst Kretschmer (*) en Alemania, de Nicola Pende (*) y su discípulo Benigno Di Tullio (*) en Italia y con los esposos Glueck (*) en Estados Unidos.

En cuanto a la sociología, desde el final de la Primera Guerra Mundial (1914-1918) se hallaba decadente en Europa. Los grandes sociólogos europeos –como Emile Durkheim (*), Max Weber (*), Georg Simmel (*), Gabriel Tarde (*)- habían muerto y la guerra había dejado a Europa arrasada. La tónica de la sociología europea era *pesimista* ante la catástrofe, con autores como Vilfredo Pareto (*) y Oswald Spengler (*).

Pero al término de la primera guerra los Estados Unidos se habían convertido en la meca para los pobres de Europa y se producía un aluvión migratorio, que la administración norteamericana seleccionaba con criterio racista, al tiempo que sus académicos se preguntaban seriamente qué sucedía en su país.

Mientras los teóricos europeos se interrogaban por la decadencia social, los norteamericanos lo hacían por su acelerado desarrollo: por un lado, en lo *antropológico*, la influencia de Franz Boas (*) daba lugar a la antropología cultural (*) –que se continuaría en las obras de Ruth Benedict (*) y de Margaret Mead (*)- y, en lo *sociológico* con la llamada *Escuela de Chicago* que, desde el departamento de esa universidad receptaba y remozaba las corrientes europeas y daba impulso a la sociología de la ciudad (*sociología urbana*).

Por diversos caminos –que no viene al caso analizar aquí, por ser propios de la criminología– la teoría sociológica norteamericana, durante algunas décadas, trató de explicar *el delito*, pero dejando al margen el análisis sociológico del ejercicio del poder punitivo, es decir, el *control social punitivo*. Al dejarlo fuera de sus límites epistemológicos, tácitamente daba por cierto que nada tenía que ver con la producción del delito y, por ende, por omisión daba a entender que funcionaba de modo *natural*, como la

lluvia o el viento.

Era obvio que este defecto sería observado en algún momento y, por cierto, esto se produjo en particular a partir de los años sesenta del siglo pasado, lo que dio lugar al desplazamiento del *delincuente y el delito* como eje de atención de la criminología, que pasó a centrarse sobre la sociología del *sistema penal*. Se inició así lo que se conoce como el *giro copernicano* o *cambio de paradigma criminológico*, que dio comienzo a la *criminología de la reacción social*. La criminología se volcó al estudio empírico y teórico del sistema penal.

Lo primero que saltó a la vista es que no todos los que cometen delitos y *deben ser penados* lo son en realidad, sino que únicamente se pena a una minoría ínfima de ellos, por lo que esta criminología distinguió entre la *criminalización primaria* (el *deber ser* en la ley penal) y la *secundaria* (la individualización de las pocas personas sobre las que recae el poder punitivo).

En verdad, todo programa legal de la *criminalización primaria* es irrealizable, porque casi implicaría una criminalización de toda la población. Es posible afirmar que sería deseable que el *deber ser* que prevé el código civil pudiese realizarse automáticamente en la sociedad real, porque tendríamos sociedades perfectamente organizadas, pero si lo mismo sucediese con el *deber ser* que impone la ley penal, o sea, si todos los que realizan conductas típicas fuesen penados, eso sería socialmente catastrófico, porque se paralizaría la sociedad. Por ende, *la criminalización secundaria es inevitable y estructuralmente selectiva*.

Al investigar los criterios de selección, la criminología crítica elaboró varias explicaciones, pero la más difundida fue la del *interaccionismo simbólico* (*), que describe la interacción social como dramaturgia, o sea, como un teatro.

Si vemos lo que sucede en un aula, comprenderemos mejor el planteo interaccionista: el profesor es el actor, los alumnos el público y la escuela y sus funcionarios los empresarios. Cada uno dirige demandas de rol a los otros: el profesor espera que los estudiantes atiendan y que la escuela no corte la luz; los estudiantes esperan que este les imparta la clase; la escuela que todo se desarrolle de ese modo. Mientras cada quien cumple su rol,

todo anda bien, pero si un grupo de alumnos borrachos se pone a gritar, el profesor a cantar un tango o la escuela deja que las ratas caminen por el aula, todo se complica y se produce lo que se llama una *ruptura o disrupción*, es decir que, cuando alguien se sale de su rol, los demás reaccionan agresivamente, porque con la disrupción nadie sabe ya cómo sigue el libreto.

Pues bien: los roles son positivos (como los profesionales), pero también hay roles negativos (como el de ladrón). Conforme al aspecto externo se distribuyen y atribuyen los roles (al que lleva bata de médico se le atribuye ese rol, al que lleva toga de juez ese otro) y, por ende, al que va *vestido de ladrón* el de ladrón. A este *vestido de ladrón* se le adosa la *etiqueta* de tal (por eso se llamó a esta tesis *labeling theory* o *labeling approach*, *teoría del etiquetamiento*) (*).

Cuando se fija bien la etiqueta del rol negativo, se define un *estereotipo criminal* (*), que se configura con todos los prejuicios de la sociedad y se alimenta y difunde por los medios de comunicación masiva. Así, en nuestra región, el estereotipo del delincuente suele ser el que responde al adolescente de barrio precario (villa miseria, *favela*, etc.). Como la policía selecciona por *estereotipos* –el llamado *olfato policial*– los *estereotipados* son los más vulnerables a la criminalización secundaria.

Por otra parte, insistimos en que en nuestras sociedades estratificadas y con marcada concentración de riqueza, hay *entrenamientos diferenciales*, pues en el barrio precario no se entrena a nadie para inventar una sociedad *offshore* y, en los estratos medios y altos, tampoco se entrena a nadie para hurtar la cartera de otro pasajero en el autobús. Lógicamente, es mucho más fácil detectar policialmente al que, por su entrenamiento, comete las infracciones más groseras que a quien lleva a cabo las más sofisticadas: es más fácil prender al asaltante de bancos que a quien los funda y quiebra.

Pero el *etiquetamiento* no es una cuestión meramente externa, sino que las demandas de rol hacen que se *interiorice o introyecte* (se *subjetivice*), porque cada uno de nosotros –en buena parte– somos como los demás nos demandan ser, para que los demás no se pongan agresivos. En el caso del estereotipo negativo, con la introyección o interiorización se pasa del *yo robé* al *yo soy ladrón*.

Esta *subjetivización del estereotipo* (que otros llaman *condicionamiento de futuras conductas desviadas*) es justamente el proceso reproductor que produce y refuerza la prisión en los casos de delitos contra la propiedad y menores, es decir, en la mayoría de los prisionizados.

La crítica más importante y pionera a la prisión en este sentido, es parte de la crítica a las instituciones totales (prisiones y manicomios) que se debe al sociólogo Ervin Goffman (*). Se denominan de ese modo las instituciones *de encierro*, en las cuales lo que todos hacemos en diferentes lugares (trabajar, descansar, recrearnos, etc.) se debe hacer en el interior de la institución.

En el caso de la prisión, el preso es internado en una institución total donde todos (guardias, jueces, fiscales y presos) lo ven como *ladrón* y le reclaman que se comporte como tal, es decir, de conformidad con su correspondiente estereotipo. Por otra parte, se lo somete a un *ritual de degradación* que afecta seriamente su autoestima y le condiciona actitud y conductas regresivas. La cultura *tumbera* lo retrotrae a etapas cronológicamente superadas de su vida (adolescencia o infancia), pues todo lo que podía hacer en libertad (desde dormir hasta ver televisión o tener sexo) se le reglamenta y condiciona como en esas etapas y, además, se le exime de las responsabilidades de la vida civil (trabajar, mantener a la familia, etc.).

A esto se agrega que en el preso se debilita el sentido del espacio abierto y con el encierro pierde también la dinámica de la sociedad libre, de modo que a su egreso se halla en una sociedad diferente y también carga el estigma de la pena cumplida, que reduce su espacio social notoriamente (nadie da trabajo a un egresado de la prisión).

La pena tiene su origen –como lo afirmaba Radbruch– en las penas para siervos y esclavos: los romanos no aplicaban estas penas a sus ciudadanos, sin antes privarlos de la condición de tales y, por ende, hasta hoy la pena deja una marca de *infamia*, estigmatizante. *Toda pena es infamante* hasta el presente y la *infamia penal* genera la llamada *prohibición de coalición*, es decir, que el *infame solo puede reunirse con otros infames* (en el barrio prohíben a sus hijos e hijas *la mala junta*).

En síntesis: la prisionización se convierte en un instrumento de

degradación, fijación del rol desviado y regresión subjetiva. De allí, el alto grado de *recaída en el delito*, es decir, de *reproducción de clientela prisional*.

En general, esta criminología crítica *interaccionista*, que deslegitima el discurso que pretende explicar *jurídicamente* al poder punitivo, fue llamada *criminología liberal*. Como tal, fue criticada aduciendo que se limita a la crítica de los *under dogs* (perros de abajo), pero no de los *top dogs* (los poderes a los que es funcional este ejercicio reproductor de delincuencia).

Por esa razón, apareció una *criminología crítica radical*, que formula una crítica *macrosocial*, en particular desde el marxismo no institucional (no soviético), o sea, más o menos derivada de la llamada *escuela de Frankfurt* (*), aunque no únicamente desde esta perspectiva (así, por ejemplo, todo el abolicionismo presupone una crítica social *macro*, aunque desde otras corrientes de pensamiento).

La *criminología crítica –liberal o radical–* retomó sin saberlo el camino que había iniciado Friedrich Spee en el siglo XVII, pues no se detiene en las abstracciones legitimantes del poder punitivo, sino que se ocupa de describir y criticar su ejercicio y a sus protagonistas de todos los niveles sociales.

Arrancó en los años sesenta del siglo pasado y, por cierto, no dejó en pie ninguna de las legitimaciones especulativas del derecho penal vigentes hasta ese momento, pues puso en crisis principios tales como el de *igualdad*, de *legalidad* y de *culpabilidad*, al igual que la idea de *prevención* y de *tutela* de bienes jurídicos. Las funciones tradicionalmente legitimantes en que se basaban todas las construcciones dogmáticas del derecho penal cayeron en pedazos, incluso con los aportes de la sociología más tradicional, como lo puso de manifiesto Alessandro Baratta hace cuarenta años, en una obra que conserva en este aspecto todo su valor.

Esta crítica –producto del llamado *giro copernicano* o cambio de paradigma criminológico– tuvo fundamentalmente origen anglosajón y, en particular, norteamericano, aunque con fuerte repercusión en Alemania, Italia, España y América Latina. Se trataba de una crítica que tenía ante sus ojos el modelo de control social punitivo de sociedades de consumo con *Estados de bienestar* (*welfare States*) (*) en un mundo bipolar, en que esos

modelos *generosos* de Estados servían para contener el avance del mundo comunista soviético. Como veremos más adelante, estas condiciones han cambiado y los *Estados de bienestar* se hallan en crisis o en retroceso en la actualidad.

Por otra parte, si bien estas criminologías sacaron a la luz cómo opera el sistema punitivo –en especial la llamada *liberal o interaccionista*, que en este aspecto conserva todo su valor crítico–, pasaron bastante por alto el más grave de todos los delitos: el *genocidio*. Reflexionaremos más adelante sobre esto, pero advertimos desde ahora que *nunca la criminología se ocupó adecuadamente del genocidio*, desde sus orígenes académicos etiológicos –en que con su racismo legitimaba los genocidios colonialistas– hasta las criminologías críticas. La criminología *etiológica* –que reparaba especialmente en los peores asesinos seriales– al igual que las críticas –que se ocuparon en especial del poder– dejaron a los peores genocidas y criminales de guerra bastante al margen de sus elaboraciones.

Además, las criminologías críticas, que se originaron y difundieron en buena medida en las universidades de los Estados Unidos en la segunda mitad del siglo pasado, a partir de los años setenta fueron contemporáneas de un fenómeno norteamericano que se conoce como el *encarcelamiento masivo*, que hizo que ese país fuese líder de los índices de prisionización mundiales y que, con un 6 % de población negra, los negros llegasen a superar el 50 % del total de los presos. Uno de cada tres jóvenes negros hombres tiene alta probabilidad de ser condenado a prisión en los Estados Unidos, con un método extorsivo de *plea bargaining* o *negociación*, que elimina el juicio propiamente dicho. Los políticos norteamericanos y sus presidentes (Nixon, Reagan, Clinton, Bush) jugaron a ver quién era *más duro con el crimen*, como método populachero de obtención de votos, acabaron consagrando legalmente la regla de *three strikes and you are out* (*tres golpes y afuera*) que impone prisión perpetua a la tercera condena penal por hechos menores.

El marcado racismo de este ejercicio del poder punitivo norteamericano, así como los movimientos de resistencia de los negros (*black panthers* (*) y otros) y el actual *Black lives matter* (*las vidas de los negros importan*) (*) no impactaron demasiado a esta crítica, al menos en sus primeras décadas. Puede hablarse de una continuidad de la segregación racial y hasta de la

propia esclavitud en los Estados Unidos, en particular si tenemos en cuenta la explotación de la mano de obra de los presos.

Esta criminología crítica llegó a América Latina, en especial por obra de dos grandes criminólogas venezolanas: Lola Aniyar de Castro (1937-2015) y Rosa del Olmo (1937-2000), conmoviendo el saber criminológico de la región y con inevitables reflejos en la dogmática jurídico penal. Si bien nuestros países no contaban con *Estados de bienestar* consolidados, al menos había cierto desarrollo en ese sentido y confiábamos en su avance. La criminología crítica regional se difundió desde los países menos afectados por dictaduras de *seguridad nacional* (*) hasta el resto, a medida que en los años ochenta del siglo pasado fueron desapareciendo esos regímenes genocidas.

En verdad, si bien esta crítica implicó un avance enorme en nuestro conocimiento criminológico, lo cierto es que nosotros tampoco hemos incluido en nuestra criminología académica las *brutales modalidades históricas del ejercicio del poder punitivo en nuestra región* y, por consiguiente, tampoco las *luchas históricas de resistencia*, no solo de nuestros grupos excluidos y marginados, sino incluso de nuestras mayorías populares: las rebeliones indias, la obra de Bartolomé de las Casas (*), los *quilombos* brasileños (*), la independencia haitiana (*), los crímenes de las dictaduras de *seguridad nacional*, la resistencia dominicana de Liborio (*), la masacre salvadoreña de 1932 (*), la de *El Mozote* en la guerra centroamericana (*), la *masacre del perejil* trujillista (*), el origen de nuestro sindicalismo anarquista (*), la rebelión de *Conselheiro* y la historia del *Padre Cícero* en el nordeste brasileño (*), la propia Revolución Mexicana (*) y las múltiples *ejecuciones sin proceso* que continúan hasta la actualidad. Nos queda mucho camino crítico criminológico por recorrer en América Latina.

Lo cierto es que la crítica criminológica —e incluso la sociología más tradicional— deslegitimaron el ejercicio del poder punitivo y, por ende, todos los discursos penales que pretendían darle racionalidad. Si las supuestas *funciones* del derecho penal y la pena eran falsas, el derecho penal entraba en crisis. ¿Debía desaparecer el derecho penal? ¿No era acaso un saber fundado sobre bases falsas? Se ampliaba enormemente la brecha entre la ciencia jurídico penal y las ciencias sociales, pues la primera se

basaba en lo que las segundas –por vía de la criminología crítica– mostraban que era falso. Las premisas del derecho penal no soportaban la verificación de la sociología.

Al dejar de lado al penalismo que prefirió ignorar lo que la sociología advertía, insistiendo sin fundamento alguno en las viejas premisas, la reacción penal más *científica* consistió en volver al idealismo por vía del neokantismo o del hegelianismo renovado del funcionalismo.

Hans Welzel –conservador y etizante– sin embargo, había abierto la puerta al realismo con las *estructuras lógico reales* a que antes hicimos referencia. Para las legitimaciones tradicionales del derecho penal, basadas en la legitimación del poder punitivo, este camino se volvía intransitable si, conforme a lo que mostraba la sociología en cuanto a la pena y al poder punitivo, se lo llevaba hasta la teoría de la pena, pues todo se derrumbaba, incluso las mismas premisas etizantes de Welzel.

Esto explica la vuelta al idealismo, como forma de salvar al derecho penal así concebido del naufragio. En este trance, el derecho penal procura salvarse mediante una *encapsulación* idealista. Se aleja de la historia, se niega a incorporar cualquier dato sociológico sin importarle la brecha que abre con las ciencias sociales y la realidad social. No es raro que se vaya separando de la propia filosofía, para irse transformando en una *técnica* cada vez más virtuosa para desmenuzar lógicamente conceptos particulares, como si hubiese aprendido a agotar el conocimiento más minucioso acerca de cada pieza de una locomotora que, por no saber hacia dónde se dirige, se va precipitando en el abismo.

¿Y la criminología crítica? ¿La sociología criminal? Era verdad lo que observaba la criminología radical: no podía quedarse en la mera crítica a los *perros de abajo*; si bien esta servía para deslegitimar el discurso penal, era obvio que respondía a funcionalidades que solo eran explicables desde lo macrosocial, desde la configuración mayor del poder. La crítica debía llegar al poder social mismo. Y al llegar a este, esa crítica debía traducirse en nuevos modelos de sociedad y de Estado. La crítica pasaba a ser crítica social, no ya de política criminal, sino de política directamente, que debía traducirse en *otra sociedad*, reclamando una *revolución*, no en el sentido de *violencia*, sino de transformación o cambio casi total.

En los extremos de esta consecuencia, la criminología crítica postulaba una *revolución* como única solución para resolver las perversiones del poder punitivo. Era necesario llegar a la *revolución para resolver la cuestión penal*, pues solo en ese momento, al arrojar todo por la ventana y *la ventana también*, se resolvería la cuestión del poder punitivo. Hasta ese momento, muy poco se podía hacer, o sea, que *la crítica radicalizada llevaba a la impotencia a la propia crítica*.

Poco alentador es el panorama de un *derecho penal* que se defiende de la crítica encapsulándose en el idealismo y negando todo dato de realidad. Si toda construcción dogmática es un *programa político*, ese derecho penal producirá programas políticos sin datos de realidad, o sea, *delirantes*. Por otra parte, una *sociología* que, por camino crítico, llega a la impotencia, al postergar todo hasta la supuesta *revolución* que traería una sociedad nueva, tampoco brinda una salida al presente.

El derecho penal encapsulado y la criminología crítica con sus posiciones radicales parecen dar en un callejón sin salida, del que es menester hallar la salida, al menos en América Latina.

Debemos advertir que el derecho penal refugiado en el idealismo neokantiano e incluso en el funcionalismo, en Alemania bien puede servir para que los jueces se las arreglen bastante bien para ejercer su función de poder jurídico de contención del poder punitivo, porque allí este, si bien – como en todo el mundo se aleja de lo programado y también es selectivo –, este alejamiento no resulta escandaloso, la selectividad no alcanza límites indignantes ni su ejercicio se cuenta por cadáveres.

Pero no sucede lo mismo en nuestra región, donde hay mortalidad policial, ejecuciones sin proceso, autonomización de policías, grados de selectividad intolerables, cárceles convertidas en campos de concentración, la mayoría de los presos en prisión preventiva, etc. Renunciar al realismo e ignorar estos datos de realidad de nuestro poder punitivo es prácticamente suicida.

Si bien la ciencia y la técnica es una y con ella se pueden construir tanto automóviles deportivos como fuertes vehículos de doble tracción, a nadie se le aconseja que compre los primeros para transitar por caminos llenos de pozos, baches, lagunas e irregularidades, como tampoco a otro que compre

los segundos para hacerlo por calles urbanas bastante bien pavimentadas.

Bibliografía: El panorama completo de la criminología crítica y otras vertientes en Zaffaroni, *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, EDIAR, Buenos Aires, 2011; Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Siglo XXI, México, 1986; Massimo Pavarini, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Siglo XXI, México, 1983; Lola Aniyar de Castro y Rodrigo Codino, *Manual de criminología sociopolítica*, EDIAR, Buenos Aires, 2013; Alejandro Alagia y Rodrigo Codino, *La descolonización de la criminología en América*, EDIAR, Buenos Aires, 2019.

14. ¿Qué es la pena?

Dado que no es verdad que en las sociedades y Estados *reales* la pena cumpla las funciones que la doctrina penal quiere asignarle o, al menos, esto no se verifica en la inmensa mayoría de los casos, cabe preguntarse *qué función real cumple* tanto la pena formal en sí misma, como el poder punitivo formal e informal en general.

Lamentablemente, esta pregunta no tiene una respuesta asertiva, porque el poder punitivo no tiene una función única, dado que se ejerce en forma selectiva y en una enorme diversidad de conflictos y situaciones por completo dispares.

En este último sentido, debemos observar que los penalistas –y los medios de comunicación– estamos habituados a mentar *el delito*, cuando eso no existe en la realidad del mundo, puesto que se trata de una abstracción que hacemos en el derecho penal a efectos dogmáticos, pero en la realidad social existen robos, hurtos, estafas, lesiones, etc., pero nunca *el delito*.

Todos lo que la ley penal tipifica son conflictos de muy diferente naturaleza que lo único que tienen en común es estar descriptos en la misma ley (si es prolija, en el código penal).

La más elemental observación permite verificar que en un delito tributario, cuando el imputado se presenta y paga lo adeudado al fisco, deja de ser un *delincuente*, lo que no podría suceder en el caso de un homicidio, lo cual pone en evidencia que el poder punitivo no cumple la misma función en los dos casos.

Es posible mencionar una cantidad de funciones posibles del poder punitivo en la realidad social: entre otras, vigilancia policial, selección de

indeseables, neutralización de disidentes, preservación del patrimonio de los más aventajados socialmente, caja de recaudación fiscal, impositiva, contención de la protesta, reforzamiento de las discriminaciones, y podríamos agregar muchas más, con la advertencia de que algunas ni siquiera las sospechamos.

Pensemos, por ejemplo, en algunas que en apariencia son bastante insólitas, pero no por eso menos reales: el poder punitivo incide sobre las primas de seguros, porque estas varían según la frecuencia del robo y de los delitos de tránsito; sobre el mercado de aparatos de seguridad (cámaras, etc.); sobre el mercado de automotores, inclinando la preferencia por ciertos modelos; sobre el precio de los inmuebles, según la frecuencia delictiva de cada barrio, etc.

Además, las menciones de funciones que se le asignan manifiestamente en los discursos legitimantes, al igual que las que acabamos de mencionar, son relativamente *microsociales*, pero no es posible ignorar que también desempeña una función *macrosocial*, que es la verticalización de la sociedad.

En efecto: se considera por algunos antropólogos y sociólogos, que en las sociedades *antiguas* predominaban las *relaciones horizontales*, lo que dio lugar al modelo *comunitario*, en tanto que en las sociedades *modernas* predominan las *relaciones verticales*, que dan lugar al modelo *corporativo*. Aunque no haya razón alguna que permita valorar las sociedades de esa manera, lo cierto es que en nuestras sociedades predominan los elementos verticalizantes y, como dijimos antes, el poder punitivo termina modelando la sociedad en forma de ejército —o al menos aspira a hacerlo—, con todas las consecuencias inherentes a este condicionamiento.

Es suficiente con lo señalado para afirmar que es de toda evidencia que el poder punitivo es altamente *polifuncional*. Por lo tanto, no es verdad —como pretenden algunos— que la pena no sirva para nada, sino todo lo contrario, la dificultad radica en que *sirve para demasiadas cosas*, tantas y en conflictos tan diferentes, que no las conocemos todas y menos aún podríamos generalizar cualquiera de sus funciones.

Sin embargo, la confianza en la función preventiva de la pena y la amplia ignorancia del resto del ejercicio del poder punitivo, parecen estar

arraigados en la sociedad y son continuamente reforzados por los políticos, los medios de comunicación masiva, los *comunicadores* sociales y la propia academia. A este respecto, la sociedad parece ir a contramano de la razón, al igual que el penalismo que legitima al poder punitivo con cualquiera de las teorías mencionadas.

Contra lo que hemos señalado, da hoy la impresión de cundir una absoluta confianza en la posibilidad de resolver mediante el poder punitivo todo lo que es dañino, molesto o desagradable; se cree firmemente que es posible quitar todo eso del medio mediante la criminalización primaria o por vía de penas más graves.

Se cree que el poder punitivo evitará o eliminará la corrupción de funcionarios, la evasión fiscal, los robos y hurtos callejeros, los delitos de tránsito, la fuga de capitales, la destrucción del Amazonas, los abortos, los mil tráficos ilícitos, el reciclaje de dinero, el machismo, la violencia intrafamiliar y todo lo que se considere dañino *en o para la sociedad*.

Es bastante claro que, si alguien tuviese semejante poder social de solución de todos los males, sería un ente *omnipotente*, vale decir que el poder punitivo se convirtió en nuestros días en un ídolo o falso Dios. Como observó Ruth Morris, esta fe idolátrica está impulsada por una suerte de secta sumamente extendida, que tiene sus acólitos, integristas y fanáticos porque, en el fondo, la confianza en el poder punitivo es ahora una *cuestión de fe*: hay quienes creen en la omnipotencia del poder punitivo y, por ende, más allá de la razón, lo idolatran en los altares televisivos y también académicos.

Se trata de una fe idolátrica irracional, pero tampoco muy firme, porque – como se ha observado – al mismo tiempo se llenan de artefactos de seguridad cada día más sofisticados (desde rejas a alarmas, blindajes, cámaras, etc.).

Frente a esta *fe pseudorreligiosa* y a todas las teorías legitimantes que la racionalizan, corresponde alzar una teoría bien realista y que, al reconocer la imposibilidad de saber cuáles son las múltiples y situacionales funciones de las penas y del poder punitivo en general, manifieste su *agnosticismo penal*, es decir, que niegue la fe absoluta en el ídolo punitivo. Esta sería una *teoría agnóstica de la pena (contraidolátrica)* que respondería, con la

sinceridad que hasta el presente faltó en la ciencia jurídico penal y también en la criminología, para tener el valor de *confesar que no sabemos qué funciones cumple la pena* y, por lo tanto, no tenemos *fe en la pena*.

Este reconocimiento de nuestra limitación en cuanto a las funciones del poder punitivo y su desacralización mediante una posición *agnóstica frente a la actual fe idolátrica*, son el primer paso para salir del callejón sin salida de un derecho penal refugiado en el idealismo y una criminología destinada a imaginar sociedades futuras, mientras la realidad –especialmente regional– nos muestra un panorama de prisiones superpobladas, ejecuciones sin proceso, torturas, persecuciones políticas y un grado indignante de selectividad punitiva y discriminatoria, incluso marcadamente racista en buena parte del continente.

Lo que podemos afirmar es la naturaleza de la pena y del poder punitivo, es decir, de qué clase de hechos sociales estamos hablando cuando los mencionamos.

Ante todo, es innegable que se trata de un hecho político, un *factum* de poder. Es un poder que –como dijimos– ejercen las agencias ejecutivas del Estado, en la medida en que los jueces las habiliten y siempre que no se hayan *autonomizado* y lo ejerzan estas y otras organizaciones fuera de toda habilitación jurídica.

Es menester volver a recordar aquí que, en la segunda mitad del siglo XIX y en el nordeste de Brasil, en la Universidad de Recife, hubo un gran penalista que encabezó una escuela de pensamiento jurídico –la *escuela de Recife*– y que tuvo intuiciones geniales: se llamaba Tobías Barreto (*). Entre estas intuiciones, escribió muy contundentemente, que no valía la pena justificar la pena y que, quien pretendiese hacerlo, antes debía –si es que ya no lo había hecho– justificar la guerra.

Hoy la guerra es antijurídica conforme a la *Carta* de las Naciones Unidas, pero pese a eso, sigue habiendo guerras. Esto se explica porque la guerra –como bien lo había señalado Barreto– también es un hecho político, un *factum* de poder y, por mucho que los internacionalistas deslegitimen la guerra, esta no desaparece del mundo real, al igual que la pena.

Cabe aclarar que la pena no solo es un hecho político, sino también un hecho *social y civilizatorio*. Resulta casi obvio que en alguna medida –en

particular frente a crímenes muy graves y crueles— *la pena canaliza un sentimiento social de venganza*.

Esta es una de las causas del fracaso de todas las teorías de la pena, tanto legitimantes como deslegitimantes; las primeras porque no llegan a otorgarle racionalidad; las segundas, por pretender su desaparición inmediata del mundo real. En especial, las primeras pasan por alto la función de canalización de venganza y, por lo tanto, no pueden caer en la cuenta de que *la pena nunca puede ser racional*, porque la venganza nunca lo es. Seguramente, se preguntará por qué no erradicar directamente la venganza.

Esta pregunta amerita una aclaración más detenida, porque lo cierto es que —al menos de momento y a corto plazo— no hay forma de erradicar la venganza, dado que está enraizada en nuestra civilización. Eliminar la venganza en nuestras sociedades implica un cambio civilizatorio de enorme magnitud.

Pero veamos esto: nadie sabe muy bien qué es el tiempo, tema de discusión entre filósofos y físicos, pero lo cierto es que cada civilización tiene un concepto o idea del tiempo. Así, hay culturas y civilizaciones asentadas en conceptos *circulares* del tiempo —como las asiáticas—, otras reconocen conceptos *ondulantes* o *puntuales* —como las africanas—, en tanto que la civilización que nos impuso la colonización mantiene desde la edad media un *concepto lineal del tiempo como flecha*, que responde a la idea de un *progreso* supuestamente continuo e ininterrumpido hacia el futuro.

Se preguntará a qué viene esto del tiempo en relación con la venganza. La relación es íntima y fue Nietzsche (*) quien, además de hablar con un caballo —lo que no tiene nada de malo—, dio en la tecla en esto, cuando en su *Zarathustra* (*) escribió que *la venganza es venganza contra el tiempo*.

El Zarathustra de Nietzsche se liberaba de la venganza cuando se despertaba liberado del tiempo lineal, porque en realidad nos vengamos debido a que, conforme a esa idea lineal del tiempo, nos desespera saber que no podemos hacer que lo que pasó no haya pasado, que pasó para siempre y no vuelve. Imaginemos la desesperación de cualquier pasajero que se quedase dormido un minuto en el metro y se pasase de la parada en que debía descender, si le dijese que el subterráneo no parará más, que no

tendrá ninguna posibilidad más de volver a la parada perdida, porque continuará al infinito. Esta es la desesperación que da lugar a la venganza, a la misma irracionalidad con que damos un golpe a la ventana con la que chocamos nuestra cabeza por pura torpeza y nos lastimamos la mano.

Cambiar la idea del tiempo es una tarea que supera ampliamente al derecho penal y a la criminología, porque implica un completo cambio civilizatorio que, si bien podemos soñar, no lo haremos desde nuestras modestas ciencias ni mucho menos.

Por eso, no podemos afirmar que el abolicionismo sea imposible, sino únicamente que presupone un cambio de esa envergadura, es decir, la configuración de un mundo basado en una civilización diferente, muy distinta de la actual. A nadie se puede privar de soñar e imaginar una civilización distinta, incluso mucho más fraterna e integrada, pero debemos advertir siempre que la actual –sin que se vislumbre cercanamente semejante cambio– no es la imaginada o soñada, pero es en la que debemos actuar.

Al destacar que, además de un *factum* de poder, la pena y el poder punitivo son también una *realidad social y civilizatoria*, debemos señalar – y nunca perder de vista– que se trata de un modelo de intervención en conflictos que permea todas nuestras relaciones sociales. La expulsión del alumno indisciplinado en la escuela es una decisión punitiva que, si bien se puede racionalizar de muchas maneras, no es más que la aplicación de un modelo generalizado e impulsado por la venganza. La dirección de la escuela, por mucho que lo racionalice, lo cierto es que expulsa al alumno como *venganza contra el desafío a su autoridad*, que su indisciplina debilita ante los ojos de toda la comunidad escolar.

Vista la deslegitimación del poder punitivo y reconocido el carácter de *factum de poder* de la pena y su enraizamiento con la venganza, parece que todo el derecho penal se derrumba, porque una *teoría agnóstica de la pena* no sirve para legitimarlo.

Si el poder punitivo es un hecho irracional de poder, del que ni siquiera podemos conocer todas sus múltiples funciones, el derecho penal no puede relegitimarse y, en consecuencia, se desmoronan todas las construcciones dogmáticas, salvo que nos refugiemos en un idealismo que nos cierre el

acceso a la realidad social y nos reafirme románticamente –por vía intuitiva, no racional– en la omnipotencia del poder punitivo como idolatría.

Este es –como vimos– el callejón en apariencia sin salida en que se halla un derecho penal que elabora programas de ejercicio de poder político prescindiendo de datos sociales, es decir, programas absurdos y paradójales desde el punto de vista de sus efectos sociales, y también el de una criminología crítica que termina postulando una sociedad nueva y, en tanto, se muestra impotente frente a las atrocidades actuales del ejercicio del poder punitivo. ¿Cómo salir de este estancamiento a dos puntas?

El pensamiento –incluso el más sofisticado científicamente– tiene limitaciones de conocimiento y una de ellas –de no menor peso– es la *tradición*, es decir, el *paradigma o marco de pensamiento* que, en nuestro caso, es milenario. En esto, la tradición nos condiciona de tal manera que nos impide ver que la solución está a la mano, tan cercana que por su extrema proximidad no caemos en ella.

No es necesario repetir ahora lo que hemos sostenido desde que formulamos las consideraciones previas a nuestra exposición dogmática del derecho penal, o sea, la distinción entre el derecho penal como saber dirigido a los operadores del sistema jurídico y el poder punitivo, ejercido por las agencias ejecutivas.

Cuando reparamos que son dos poderes del todo diferentes y encontrados y que el poder jurídico, en la realidad social, no ejerce el poder punitivo, sino que únicamente se limita a habilitar o contener el que ejercen las agencias ejecutivas, veremos con toda claridad que nuestra tarea no es la de legitimar el poder de las policías, sino el jurídico, o sea, que *lo que debemos legitimar no es el poder punitivo sino el poder jurídico de contención que pretendemos programar con el derecho penal*. No tenemos ninguna obligación de legitimar un poder que no planificamos ni ejercemos, sino únicamente el poder jurídico, que aspiramos a planificar con el saber jurídico penal: no debemos legitimar la gasolina que impulsa los vehículos del tránsito, sino el funcionamiento de los semáforos que lo contienen.

Desde hace milenios la tradición pensante nos convence de la necesidad de legitimar –por lo menos una parte de poder punitivo– para poder legitimar al derecho penal, lo que es por completo innecesario. Cuando nos

liberamos de esa aparente necesidad y reconocemos que el poder punitivo es un *factum de poder*, nos queda claro que la salida de la encrucijada del derecho penal y la criminología crítica se encuentra en *un replanteo de la función del derecho penal*, y no del poder punitivo que, en la realidad del mundo y sin ninguna perspectiva cercana de cambio radical, seguirá siendo un *factum* político, social y civilizatorio.

Tobías Barreto llevaba toda la razón cuando comparaba la pena con la guerra, como hechos de poder, pues ambos plantean el mismo problema al derecho, dado que un hecho de poder solo puede ser eliminado por otro hecho de poder que, en ambos casos no existe en este momento y, por ende, no desaparecen por mucho que ambos sean discursivamente deslegitimados.

El derecho no puede menos que reconocer esto como innegable dato de la realidad: nadie tiene hoy poder para provocar un cambio social y civilizatorio de tal magnitud que haga desaparecer la guerra o el poder punitivo. ¿Qué puede hacer entonces el derecho? Sencillamente, lo que hace el derecho internacional y nadie le puede exigir que haga más, porque no se puede exigir lo imposible.

Desde los tiempos de Tobías Barreto hasta hoy, el derecho internacional ha asumido su realidad. Si el derecho penal observase lo que está haciendo el derecho internacional con la guerra, seguramente hallaría la salida del callejón. Se trata de contener lo que no se puede eliminar, en una suerte de *macropolítica de reducción de daños*. Es precisamente eso lo que hace el derecho internacional, mediante los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y sus protocolos adicionales. La Cruz Roja Internacional es la agencia encargada de esta tarea, que trata de impedir las consecuencias más crueles de la guerra (no rematar heridos, recoger náufragos, no maltratar a los prisioneros, no bombardear hospitales, no matar población civil, no ejecutar médicos, etc.), pero sin pretender extinguirla, porque carece de poder para eso.

Carl von Clausewitz (*) sostuvo que *la guerra es la continuación de la política por otros medios*, y Michel Foucault (*) afirmó que *la política es la continuación de la guerra por otros medios*. No sabemos quién tenía razón, pero quizá ambos, porque entre ellas existe un innegable vínculo. Por ende, no es difícil percibir que la función que cumple la CRI en el momento

bélico, es análoga a la del poder jurídico de contención en el momento político, que es precisamente lo que aspira a programar el derecho penal. En síntesis, los operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados, personal judicial) configurarían *la CRI de la política*.

¿Es nueva esta función del derecho penal? ¿Es acaso una genialidad ponerla de manifiesto? En modo alguno: cuando nos liberamos del condicionamiento que nos impone una milenaria tradición de pensamiento, vemos que siempre que el derecho penal sirvió para programar algo útil, fue en la medida en que lo hizo para acotar y contener al poder punitivo, aunque sin necesidad alguna lo haya hecho al legitimar una parte de ese mismo poder. Esta función es tan inherente al derecho penal que no la vemos, como no nos vemos la nariz sino en el espejo.

Es tan obvia esta función que cuando el derecho penal no proyecta contención y los jueces no ejercen el poder jurídico de contención, el poder punitivo se desborda, las policías quedan sin contención jurídica y, al final, se produce el genocidio. El genocidio –de diferente manera– tiene lugar siempre que el poder punitivo se ejerce sin contención jurídica. Se produce la paradoja de que las agencias que se supone tienen que prevenir los delitos, terminan cometiendo el peor de los delitos, el más grave de todos.

Debemos insistir en el absurdo de imaginar que desaparecen los tribunales, los jueces, los fiscales y los defensores, los penalistas y los códigos penales. ¿Desparecería con eso el poder punitivo? No, todo lo contrario, porque quedarían las agencias ejecutivas sin contención alguna y el poder punitivo se expandiría anárquicamente o controlado únicamente por la arbitrariedad del poder político, en un Estado debilitado al máximo o en un Estado de policía casi conforme al modelo ideal.

Aquí llegamos a la conclusión de que *el derecho penal tutela bienes jurídicos*, pero no los que pretende la tradición ni en la forma en que esta afirma, sino la totalidad de estos, porque el desbaratamiento del Estado de derecho se carga consigo la lesión más radical y cruel a todos los bienes jurídicos.

Bibliografía: La indicada en *La palabra de los muertos*, *op. cit.*; también en Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, EDIAR, Buenos Aires, 1989; reimpresión, 1993; Temis, Bogotá, 1990; Editorial Alfa, Lima, 1990; Academia Boliviana de Ciencias Penales, La Paz, 2009.

15. Todo fluye: hacia el modelo de *Estado deteriorado*

En los mismos ríos entramos y no entramos, pues somos y no somos los mismos, decía Heráclito (*). *Todo fluye y no nos bañamos dos veces en la misma agua del río*. Y el poder fluye muy rápidamente.

Hemos apelado al realismo de Welzel, postulando seguir adelante con su teoría de las estructuras *lógico-reales* hasta llevarlas a la pena y a todo el ejercicio del poder punitivo, para destrabar una criminología que –por crítica– llegaba a postular un cambio social y civilizatorio, al caer en una casi total impotencia para intervenir en el presente violento, y, por otro lado, a un derecho penal que, para defenderse de lo que vivencia como una catástrofe, se encapsula mediante una vuelta al idealismo. Dos posiciones *radicales* –que es menester superar– traban a la criminología y a la dogmática penal.

Al destrabar esta rara y destructiva conjugación de *antagonismos radicales*, llegamos a una nueva integración del derecho penal con la criminología –a un nuevo *modelo integrado*–, porque al asumir este su función política y constitucional positiva de contención del poder punitivo, debe necesariamente basarse en los datos que le provee la criminología para cumplirla con eficacia. Se trata –nada menos– que de asumir conscientemente la tarea de tutelar globalmente a la totalidad de los bienes jurídicos que, de otro modo, resultarían aniquilados por el poder punitivo desenfrenado de las agencias ejecutivas.

Pero la criminología que sirvió en su momento para deslegitimar el discurso idealista del derecho penal, no nos alcanza hoy para nutrir al derecho penal con los datos de realidad necesarios para esta función, porque en el medio siglo transcurrido desde el *giro copernicano criminológico*, el poder ha cambiado en el planeta y en nuestra región y, por ende, han cambiado los Estados, los sistemas penales, el control social y la sociedad misma. La dinámica se acelera en las últimas décadas y el poder fluye demasiado rápido; quien no esté atento al cambio perderá fácilmente el tren de la historia.

Como vimos, la crítica criminológica del siglo pasado se desarrolló en países con *Estados de bienestar y sociedades de consumo* y, por ende, con sistemas penales que procuraban controlar a los que perturbaban el

consumo y a los que no consumían (por decisión propia o por ineptitud).

Si bien en América Latina no teníamos sociedades de consumo ni Estados de bienestar plenos, algunos movimientos populares nos habían aproximado a ese modelo y considerábamos que la exclusión era coyuntural y superable.

Los Estados de bienestar del hemisferio norte eran resultado del mundo bipolar, porque mostraban la cara amable de un capitalismo productivo, necesaria para bajar la tensión social y contener el avance de las pulsiones del llamado *socialismo real o mundo comunista*, contrapuesto al llamado *occidente*.

Con la implosión del *mundo comunista*, el capitalismo se liberó de esa necesidad. Al verse libre de ataduras, el aparato financiero, que siempre había existido pero condicionado y sometido al productivo y actuando dentro de límites relativamente razonables, se descontroló y creció hasta hipertrofiarse y volverse dominante. Los Estados de bienestar entraron en crisis, el poder pasó a los ejecutivos de las grandes corporaciones, estos condicionan a los políticos del hemisferio norte (donde las corporaciones tienen sus sedes), van ocupando el lugar de la política y someten todo al objetivo continuo de acrecentar renta financiera, al quebrar todos los obstáculos éticos y legales, incluso depredando hasta poner en riesgo la subsistencia de la especie humana en el planeta.

El poder de las corporaciones está en manos de gerentes que no son los dueños del capital y que no pueden hacer otra cosa que cumplir la función de obtener creciente renta, so pena de ser de inmediato reemplazados por quienes aspiran a sus posiciones de privilegio. Por esa razón, el Estado no puede negociar con ellos y cumplir la función que desempeñaba en el capitalismo productivo, al mediar entre las fuerzas del capital y del trabajo.

Al mismo tiempo, la progresiva caída de obstáculos convierte la actividad gerencial corporativa en delincuencia (extorsiones, administraciones fraudulentas, endeudamientos abusivos, explotación de trabajo esclavo, encubrimiento en *refugios fiscales*, aprovechamiento de información privilegiada, monopolización, estafas macroeconómicas, competencia desleal, operaciones de *lawfare*, divulgación de *fake news* difamatorias, cohechos, evasión fiscal, crímenes ecológicos, etc.).

A la dialéctica de *explotador-explotado*, propia del capitalismo

productivo, la reemplaza la no dialéctica de *incluido-excluido*; el explotador necesitaba la existencia del explotado; el incluido no necesita del excluido, que pasa a ser un humano descartable. El modelo de sociedad que pretende imponer el corporativismo financiero es de un 30 % de incluidos y un 70 % de excluidos, o sea que la actual exclusión no es coyuntural, sino estructural, es decir, tiende a ser permanente.

La pulsión corporativa financiera asume carácter *totalitario* y, por ende, se encubre bajo una ideología única y reduccionista que, al igual que en cualquier otro totalitarismo, pretende explicarlo todo a partir de su dogma (la raza superior nazi, la dictadura del proletariado soviética, el racismo biologista del neocolonialismo).

Ahora el reduccionismo ideológico es *economicista*, pretende que todas las conductas humanas (desde elegir la profesión hasta casarse o tener hijos) se rigen por la ley de oferta y demanda, con lo que aspira a suprimir la sociología y las ciencias de la conducta y sostiene una antropología aberrante, según la cual el objetivo de todo humano sería la obtención de riqueza (*homo economicus*).

Esta ideología se autodenomina *neoliberal* (usurpa el nombre *liberal*) y es ahora el discurso del momento que pretende deslegitimar a los derechos humanos. Cumple ahora la misma función de negación de estos derechos que en su momento cumplieron los discursos elaborados como legitimación de los totalitarismos de entreguerras y del viejo racismo.

Como corresponde al modelo de sociedad que se quiere configurar, el control social se orienta a la contención o neutralización del 70 % excluido y a la eliminación de los disidentes que se oponen a ese programa, lo que se procura mediante construcciones únicas de la realidad (monopolios u oligopolios de medios de comunicación), subdesarrollo educacional, recorte de presupuestos de salud y de investigación, difusión de ideologías reaccionarias, desprestigio y persecución de ONG de derechos humanos y ambientalistas y, naturalmente, *el control social punitivo*.

Este control social, a diferencia del vigente en la época del surgimiento de la crítica criminológica, no pretende controlar a quienes no quieren consumir en una *sociedad de consumo*, sino mantener a raya a los que quieren, pero no pueden hacerlo en una *sociedad de exclusión*. Coherente

con el modelo de sociedad excluyente, los coeficientes de Gini de la región (que miden la distribución de la riqueza) son los más altos del mundo como indicadores de concentración y tienden a subir.

Desde el hemisferio norte estas pulsiones totalitarias descienden al sur en una nueva forma de *colonialismo*, mediante *endeudamiento astronómico* y consiguiente impedimento al desarrollo económico y humano de nuestros países, lo que obtienen al imponer políticas económicas suicidas, a través de la división y el odio en las sociedades del sur y de dirigentes locales obedientes, sometidos y bien pagados.

El objetivo es condenar a nuestros países a un *subdesarrollo crónico*, desbaratando el capital productivo nacional, lo que se logra caracterizando a nuestro débil empresariado como *corrupto*, asociándolo con políticos estigmatizados también como tales por pretender impulsar un desarrollo industrial autónomo.

El subdesarrollo económico también es *social* y cuesta a la región un enorme número de vidas humanas. Si lográsemos sumar los muertos por violencia (tenemos algunos países con los mayores índices de homicidio del mundo), por suicidios conscientes e inconscientes, por enfermedades evitables, por atención selectiva de la salud, por falta de campañas sanitarias, por inseguridad laboral, por inadecuación de nuestras vías de comunicación a los vehículos que circulan, veríamos que estamos viviendo un *genocidio por goteo*.

Esta etapa de colonialismo financiero es por completo diferente a las anteriores: no se trata de la burda ocupación policial del territorio del *colonialismo ibérico* originario, como tampoco del *neocolonialismo* que se valió de nuestras oligarquías locales en tiempos de las *repúblicas oligárquicas* y ni siquiera del que, posteriormente, alienó a nuestras fuerzas armadas con la delirante tesis de la llamada *seguridad nacional* en tiempos del mundo bipolar. Tampoco tiene preferencia por las intervenciones militares en nuestra región, sino que se vale del *endeudamiento astronómico* para llevarnos al *subdesarrollo crónico*, que tiene como consecuencia el *genocidio por goteo*.

Para lesionar las autonomías de nuestros países (soberanía) debe debilitar nuestras políticas nacionales y, por ende, nuestros Estados, que son los

lugares de la política. Aquí es donde juega un papel fundamental el poder punitivo; si no comprendemos este marco nos equivocamos acerca de su papel central actual.

En primer lugar, se provoca un debilitamiento de nuestras principales autoridades políticas (Poderes Ejecutivos y Legislativos). Los Legislativos se corrompen y confunden en disidencias y bandos internos, además de subestimarse, como es tradición en los países con Ejecutivos que acaban legislando por vía de *delegación* o de *decretos-leyes* o de *emergencia*. Una constante campaña de publicidad negativa de la política (*antipolítica*) favorece esta subestimación de los Poderes Legislativos en la región.

Los Poderes Ejecutivos se *desestabilizan*, sus titulares se hallan con demasiada frecuencia al borde de la destitución e incluso de la criminalización. Se tiene la impresión de que parecen domadores de potros al viejo estilo brutal, solo ocupados en mantenerse sobre el animal que corcovea sin cesar. Nuestros Estados no son totalitarismos encabezados por Hitler o Stalin, sino, salvo excepciones, democracias muy débiles encabezadas por personas que tratan de sostenerse en medio de constantes amenazas de desestabilización.

Esta es la diferencia fundamental entre los genocidios totalitarios –como el nazi y algunas de nuestras dictaduras de *seguridad nacional*– y el *genocidio por goteo* de nuestros días. Los genocidios totalitarios debilitan o neutralizan el control del poder jurídico (judicial) para autonomizar a las agencias policiales, que montan un sistema punitivo *paralelo* (detenciones arbitrarias por tiempo ilimitado en función de normas de supuesta emergencia, *estado de sitio* y semejantes, como el art. 23 CN) y otro *subterráneo* (secuestros, torturas, desapariciones forzadas, campos de concentración, etc.).

Los genocidios totalitarios son producto de una autonomización policial, pero siempre en el marco de su funcionalidad a un fortísimo poder verticalizante, propio del modelo de Estado de policía. Si bien en estos regímenes suelen competir entre las agencias autonomizadas, esta competencia nunca llega a negar el vínculo estrecho de verticalidad.

Por el contrario, el descontrol y autonomización policial en nuestros Estados actuales es producto de ejecutivos débiles e inestables. Nos vamos

alejando del modelo del *Estado de derecho*, pero no rumbo hacia el *Estado de policía*, sino hacia otro diferente: el *Estado deteriorado*.

Nuestras agencias ejecutivas (policías y servicios de inteligencia) se autonomizan fuera de todo marco de funcionalidad a los dictados de los ejecutivos débiles: funcionan por cuenta propia y, por ende, llegan a crear sus propios *sistemas de recaudación fiscal* (llamada usualmente *corrupción*) que, como todo sistema de esta naturaleza, requiere una coerción para recaudar y, por ende, un *sistema punitivo propio*, diferente y autónomo respecto del *sistema punitivo formal* y que, en parte son también *paralelos* (privaciones de libertad con pretexto contravencional, persecución de minorías, etc.) y *subterráneos* (ejecuciones sin proceso, torturas, extorsiones, etc.).

Este descontrol no funcionalizado verticalmente de las agencias ejecutivas lo permite también el debilitamiento del poder jurídico de contención, mediante una neutralización creciente del poder de los jueces y su descrédito público, favorecido por la comunicación oligopólica.

El llamado *lawfare* instrumenta a un grupo de jueces, en posiciones claves dentro de la estructura judicial, para llevar a cabo una persecución política de opositores y disidentes, en general, so pretexto de *corrupción* (también funcional para el discurso *antipolítico*), cayendo en situaciones escandalosas, que tampoco se pueden ocultar por completo al público.

Además, la constante prédica de supuesta benignidad judicial hacia *la criminalidad* alimenta una crítica pública a los jueces que pretenden contener al poder punitivo de las agencias ejecutivas. Por otra parte, los medios oligopólicos y los ejecutivos débiles –y molestos por las decisiones judiciales contrarias a sus variables e imprevisibles designios– colocan a los jueces ante una amenaza constante a su estabilidad funcional y a la de los *linchamientos mediáticos*.

Estos son los primeros síntomas de debilitamiento básico de nuestros Estados, pero si no se los contiene, este proceso avanza hasta la *destrucción total* del Estado de derecho y la *caotización* de nuestras sociedades, mediante la *multiplicación de sistemas punitivos autónomos*, todo lo cual nos lleva al triste modelo del *Estado deteriorado*.

Cuando el proceso avanza, las agencias ejecutivas autonomizadas fuera de

todo marco de funcionalidad política vertical, pasan a tener como objetivo principal el cuidado de sus sistemas de recaudación autónoma y, por consiguiente, su ejercicio de poder punitivo se centra en sostener su recaudación y eliminar brutalmente a quien le oponga resistencia, como también a los marginales que la molestan. Para todo eso proporcionan una imagen de eficacia: cunde la letalidad policial.

La eliminación física de la marginación del delito *desorganizado* (pena de muerte ilegal o ejecuciones sin proceso) impulsa el reclutamiento grupal en la llamada *criminalidad organizada* (en realidad, criminalidad de mercado, consistente en oferta de servicios ilícitos, como distribución de tóxicos, sicariato, etc.). Como esta criminalidad de mercado debe defender su subsistencia y su fuente de recursos y recaudación, también monta su propio sistema punitivo (mafioso).

A medio camino o, mejor dicho, con un pie en las policías autonomizadas y otro en la llamada criminalidad organizada, en un paso más avanzado del proceso destructivo del orden social, aparecen los *grupos de autodefensa*, que finalmente desembocan en *organizaciones parapoliciales* (grupos de exterminio), que también montan su propio sistema de recaudación (explotación por extorsión a la población) y su correspondiente sistema punitivo (ejecuciones) empático con los de las agencias autonomizadas y en relaciones alternadas de conflicto y cooperación con la criminalidad organizada.

La multiplicación de sistemas punitivos victimiza por regla general a los mismos sectores pobres de la sociedad, que suelen reclamar mayor poder punitivo que, en definitiva, se traduce en mayor autonomización policial y mayor caos social. Esta espiral suele ser impulsada por políticos inescrupulosos, lo que no hace más que retroalimentar el caos.

Al avanzar más el desorden social, las relaciones alternadas de conflicto y cooperación de las agencias autonomizadas, la criminalidad organizada y los grupos parapoliciales, deciden a algún ejecutivo precario y acosado por el creciente reclamo de un mínimo de seguridad jurídica, a degradar a las fuerzas armadas a función policial.

Como es obvio, las fuerzas armadas no están preparadas para esa función, por lo que acaban cayendo en los mismos vicios que las agencias

autonomizadas, intervienen en forma violenta e incurren en gravísimos hechos de violencia, lo que las desprestigia ante el público y les debilita su función específica de defensa nacional, es decir, que se trata de una nueva y profundísima lesión a un aspecto esencial de la soberanía estatal.

En este punto, el proceso de deterioro del Estado habrá alcanzado un grado realmente crítico, porque la sociedad vive en un *caos*, como resultado de la multiplicación de sistemas de recaudación autónoma y de sus correspondientes sistemas punitivos (formal, policiales, de la criminalidad organizada, de los grupos parapoliciales e incluso de las fuerzas armadas).

No obstante, el deterioro estatal puede ser aún mayor y la sociedad estar todavía más caotizada y el orden más vulnerado, cuando aparecen organizaciones *contraestatales* alegando ideologías radicales, fuera de toda posibilidad cierta de guerra civil o de liberación, es decir, únicamente alucinada, que no es raro que sean impulsadas por algunas de las anteriores, porque su presencia legitima su intervención.

En tal caso, con los grupos contra-estatales surge también otro nuevo sistema punitivo, que suele poner a las poblaciones de los territorios eventualmente controlados en situaciones insostenibles, al exigírsele lealtades contradictorias, con nuevos resultados letales. Estos grupos prestan el inestimable servicio de legitimar en el discurso de los medios oligopólicos el sostenimiento del caos social y de incentivar la pluralización de sistemas punitivos. Nada hay más funcional a la autonomización de las agencias ejecutivas que la alucinación de una guerra civil, lo que remeda la vieja táctica de las dictaduras de *seguridad nacional*, solo que en un contexto de poder sin marco verticalizante, sino disperso y por completo diferente.

El *Estado deteriorado* es un modelo en que este *pierde el monopolio del poder punitivo* e incluso parte de su poder de control territorial. No necesariamente estas etapas de *caotización de sociedades* se cumplen en totalidad en todos los países de la región ni en todos ellos se instala por completo el modelo del *Estado deteriorado* en igual grado. No obstante, es posible observar que por ese camino se avanza, aunque muchos de momento no pasen más allá de la etapa de autonomización policial.

Quizá en algunas circunstancias, incluso es posible imaginar que el

proceso de *caotización social* mediante una excesiva pluralización de sistemas punitivos, no avance más porque en la coyuntura resulte localmente disfuncional a los intereses del actual colonialismo financiero. No obstante, el avance del proceso hasta las etapas más avanzadas en otros países de la región debe alertar, y es suficientemente demostrativo de que el poder punitivo ejerce una función central en el debilitamiento de nuestros Estados y, por consiguiente, en la lesión a su soberanía, como clave para la *cronicización del subdesarrollo*.

El llamado *neopunitivismo*, o sea, el constante y machacón reclamo mediático oligopólico sobre el que se montan los políticos oportunistas para obtener algo de espacio público, traducido por efecto de estas especulaciones en leyes irracionales (multiplicación de tipos penales, adelantamiento de tipicidades a actos preparatorios confusos, deformación de institutos tradicionales, etc.), ampliación insólita de la prisión preventiva, sentencias *prêt à porter* para *flagrancia*, encarcelamiento masivo, desaparición del juicio o plenario mediante la *plea bargaining* o negociación y, en particular, la benignidad en la condena a muertes policiales, la glorificación de estos personajes, la ampliación de las facultades policiales hasta límites insólitos, el consabido discurso de *mano dura* y el linchamiento mediático de jueces racionales, son todos elementos que funcionan como motores de este proceso de *caotización social*, avalado por una *criminología mediática* favorecida por la actual tecnología de comunicación publicitaria, que se vale de una constante incentivación de la venganza.

El discurso mediático intenta llevar a la llamada *opinión pública* la idea de que todo sería *seguro* si la sociedad misma se convirtiese en una prisión, en la que todos fuesen cada vez más y más controlados. Pero la pretendida seguridad absoluta de la *sociedad prisional* es ilusoria, porque en tal situación todos estaríamos sometidos al poder del *director de la cárcel*.

De cualquier manera, si bien esto impulsa la preferencia pública por los políticos populacheros, como proyecto es absolutamente inviable, porque falta la verticalidad propia de los Estados de policía y, cada vez que se pretende ejercer más poder punitivo en el modelo del *Estado deteriorado*, esto no pasa de concretarse en una ampliación de la autonomía policial y, consiguientemente, en la profundización mayor del modelo deteriorado y la

caotización de la sociedad, víctima de la pluralización de sistemas punitivos.

Estos datos de realidad son los que ahora no puede ignorar el derecho penal al construir sus sistemas de interpretación dirigidos a los operadores de justicia.

Por cierto, como el panorama impresiona y atemoriza, no es de extrañar que muchos se sientan tentados de afirmar que se trata de una *crítica política y no científica*, para refugiarse de la tormenta en una supuesta *ciencia aséptica y apolítica*. Lamentablemente, no la hay, porque todo saber lo es en clave de poder y, mucho más, cuando de lo que se trata es de programar las decisiones de un poder del Estado.

Toda dogmática, como lo hemos dicho antes, es un programa político: la aplicación del derecho es –y no puede ser otra cosa– que el ejercicio de un poder de *gobierno de la polis*. A nadie se le aconseja refugiarse de la tormenta debajo de los árboles, porque tarde o temprano, atraerá los rayos sobre sí.

Bibliografía: Zaffaroni, *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, Buenos Aires, 2015; en particular y la bibliografía citada en E. R. Zaffaroni e Ílison Dias dos Santos, *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*, EDIAR, 2019 (Bogotá, 2019; Quito, 2019; Lima, 2019).

16. Las leyes penales: codificación y la continua reforma

El derecho penal *interpreta leyes* y, por ende, mal podría tenerse un panorama de este saber sin detenernos por un momento a explicar someramente cuál es la historia y accidentes de las leyes que son materia de su conocimiento, aunque el resultado sea un tanto desilusionante, porque da la sensación de que siempre se estará interpretando algo en permanente cambio: el derecho penal no se para sino sobre un piso interpretativo de arenas movedizas, que son los continuos cambios legislativos.

En nuestra tradición, desde fines del siglo XVIII, pero en especial desde comienzos del XIX, el núcleo central de las *leyes penales* son los *códigos penales*, que tienen su historia, puesto que viajan a través del tiempo y el espacio como modelos a seguir o inspirar a otros en tierras lejanas. Muchas veces vuelan y anidan en sociedades que poco o nada tienen en común con

aquellas para las que se pensaron. Los códigos penales parecen modelos de prendas de vestir que antes se compraban por correo y ahora por *Internet*.

El estudio detallado de estos viajes e influencias corresponde a la *legislación penal comparada* –aunque suele hablarse de *derecho penal comparado*– y, centralmente, se trata de la comparación entre los diferentes códigos a partir del *movimiento de codificación*.

El movimiento *codificador* tuvo su antecedente ideológico en la *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, que fue una obra de 28 volúmenes publicada entre 1751 y 1772 en Francia, organizada por Diderot y d’Alembert, que se propusieron recopilar conforme a un plan racional los conocimientos de todas las ciencias y las artes, para facilitar su conocimiento. El afán por recopilar y ordenar los saberes teóricos y prácticos para facilitar su comprensión era un producto del racionalismo y la *Encyclopédie* (*) fungió como motor a toda la *Ilustración*, contra la que se atrincheraban las elites del poder y el oscurantismo de su tiempo. Este afán *enciclopédico* se trasladó a la legislación como *movimiento codificador*, que acabó con el viejo concepto de *código* (entendido como mera recopilación de leyes) para pasar a su idea moderna, vigente hasta nuestros días (entendido *como la reunión de todas las disposiciones de una rama jurídica, ordenadas conforme a un sistema racional, para facilitar su conocimiento y aplicación*).

La necesidad de exponer ordenadamente las normas penales era la más urgente para contener el poder punitivo, pues el desorden legislativo daba lugar a la oscuridad de la ley y permitía las arbitrariedades. Por eso, no puede extrañar que el primer código europeo –en el sentido moderno– fuese penal: se trató del código penal de Gran Ducado de Toscana, de 1786, establecido en tiempos de Pietro Leopoldo (*) y conocido también como *código leopoldino* que, entre otras cosas, cabe destacar que fue la primera legislación mundial que abolió la pena de muerte. Si bien se pone en duda que haya sido un verdadero código en sentido moderno, en verdad no dejaba de serlo.

La Revolución Francesa codificó su ley penal en 1791 (*), en un texto con penas fijas, pero luego, con mucha mayor técnica legislativa, la codificación penal se extendió por toda Europa en las primeras décadas del siglo XIX, y

se destacaron principalmente tres textos: el Código Penal austríaco de 1803 (*), obra de Franz von Zeiller (1751-1828) (*) y de Joseph von Sonnenfels (1732-1817) (*), el *Code Napoléon* de 1811 y el Código de Baviera de Anselm von Feuerbach de 1813 (*).

El Código austríaco de 1803, marcadamente ilustrado, seguramente influyó en Feuerbach, quien produjo el modelo opuesto al de Napoleón. Este último era un código de penas muy duras y no partía de una filosofía contractualista, sino más bien del pragmatismo inglés de Bentham. Piénsese que este código preveía la marca a fuego en la espalda del condenado a trabajos forzados, penas infamantes, la amputación de la mano al parricida antes de matarlo y demasiados casos de pena de muerte.

La parte especial del Código de Napoleón la encabezaban los delitos contra el Estado, a diferencia del bávaro, que inauguró la modalidad de encabezar la parte especial con los delitos contra las personas. Quizá esta contraposición, entre un texto autoritario y cruel como el napoleónico y uno de corte *criticista* (*) liberal como el bávaro, fue la más importante en su tiempo.

El destino de los dos modelos fue dispar: en tanto que el Código napoleónico inspiró el prusiano de 1851, que luego de la unificación del Imperio pasó a ser el Código alemán de 1871, vigente con reformas hasta 1974, el bávaro inspiró a varios códigos alemanes *preunitarios* –que perdieron vigencia a partir de 1871–, pero luego, a través de la traducción francesa de Vattel, viajó a América, donde inspiró nuestro primer Código Penal argentino y también paraguayo.

Por otra parte, en Estados Unidos, Eduard Livingston (1764-1836) (*) preparó un código para Louisiana en 1825, que había pasado de Francia a España y de esta a los Estados Unidos, y luego lo adaptó a la legislación federal en 1828, y lo presentó al Senado Federal, aunque sin éxito. El *Code of crimes and punishments* de Livingston fue traducido al francés y tuvo particular influencia en su tiempo en América Central, donde en Guatemala se lo tradujo al castellano. En 1837 fue sancionado un Código Penal en Nicaragua sobre su modelo.

Livingston había elaborado cuatro textos más: el de procedimiento, de pruebas, de reforma de las prisiones y de definiciones. Seguía en general a

Bentham, pero lo combinaba con ideas liberales, por lo que eliminaba la pena de muerte y las penas infamantes y, además, derogaba las penas para el suicidio y la sodomía, respetando muy cuidadosamente el principio de ofensividad. Dejaba fuera del Código a los indios y los esclavos, con lo cual, cuando fue adoptado en Nicaragua, por primera vez, se reconoció el sistema punitivo comunitario de los pueblos originarios en América Latina.

El proyecto de Livingston –al parecer– registra también la influencia de Feuerbach. La de Bentham parece recibirla en parte a través del Código de Napoleón. En su tiempo fue una bandera para los liberales centroamericanos.

Tanto el Código austríaco (1803) como el de Baviera (1813) y el proyecto de Livingston (1825) influyeron en el *Código Criminal do Império do Brasil* de 1830, que fue elaborado sobre la base de dos proyectos, uno de Clemente Pereira (que seguía de cerca el proyecto del ilustrado Pascoal José de Melo Freire dos Reis (1786) para Portugal (*), pero preferentemente el de Bernardo Pereira de Vasconcelos, que receptaba más las antedichas influencias. El *Código do Império* tenía un sistema tabulado de agravantes y atenuantes y, por ende, las penas resultaban de un cálculo matemático, aunque atemperado por la diferente *sensibilidad* del condenado.

Entre sus particularidades, cabe observar que es la primera vez que se introdujo para la multa el sistema llamado de *días de multa* (se calcula la multa en días y se la cuantifica conforme al ingreso diario de la persona condenada). Por lo general, se atribuye a este sistema un origen nórdico, pero es una innovación brasileña. El Código imperial tuvo vigencia hasta la sanción del Primer Código republicano en 1890, de calidad muy inferior a su precedente.

En 1819 se sancionó para el Reino de las Dos Sicilias un Código General, cuya segunda parte constituía un código penal completo, basado en el de Napoleón, que había sido impuesto por la invasión francesa y permanecía vigente hasta ese momento. Pese al rechazo final de los franceses y al aniquilamiento de la *Repubblica Partenopea* o *Napoletana* en 1799 (*), se había conservado el Código Penal del invasor, razón por la cual se emprendió la tarea codificadora que, como era de esperar, no pudo apartarse mucho del modelo que llevaba más de dos décadas de vigencia. No

obstante, el Código de 1819 suprimía la marca a fuego y la amputación de mano, entre otras diferencias. De toda forma, respondía al absolutismo de la restauración borbónica.

En 1822 los liberales españoles sancionaron el primer Código Penal español, sobre modelo francés. Como el Código napolitano de 1819 –si bien absolutista– mejoraba técnicamente al modelo de Napoleón, tuvo cierta influencia en este primer Código español. Este Código tuvo un destino singular, porque se discute si tuvo real vigencia en España, debido a la restauración borbónica, que reafirmó la vigencia de las leyes penales de la *Novísima Recopilación* de 1805, y retrasó el proceso codificador español. No obstante, el Código viajó a América y fue sancionado como Primer Código Penal Latinoamericano en El Salvador en 1826, posteriormente en Bolivia (el *Código Santa Cruz* de 1831) y también en el Estado de Veracruz en México en 1835 y como primer código ecuatoriano en 1837. En Bolivia conservó vigencia hasta 1970.

El *Código do Império* fue una obra original que llamó la atención y fue traducido en Europa. Ejerció gran influencia en la preparación del Código español de 1848, que en verdad fue el primero con real vigencia en España. En su elaboración participaron varios penalistas, pero el más conocido y que luego unió su nombre al texto merced a su comentario, fue Joaquín Francisco Pacheco (1808-1865) (*). Dado que el Código español de 1848, con sus modificaciones de 1850 y de 1870 cundió como modelo en casi toda América Latina, se produjo un curioso efecto: el *Código do Império* fue a Europa y volvió en los modelos españoles de esos años a nuestra región.

Fuera de Ecuador (que por influencia de García Moreno adoptó el modelo del Código de Bélgica de 1867), de Haití y la República Dominicana (que siguieron con el Código de Napoleón) y la Argentina (que se inclinó por el Código de Baviera), en los otros países tuvieron vigencia en algún momento códigos copiados a los españoles o textos muy cercanos a ellos, como es el caso de Chile hasta la actualidad.

Son muchos los códigos del siglo XIX y hasta la primera mitad del siglo pasado que ejercieron influencia como modelos o como aportes a la codificación penal latinoamericana posterior. Así, cabe mencionar el

Código de Bélgica de 1867, de J. J. Haus, adoptado como modelo en el Código García Moreno de Ecuador; el holandés de Modderman de 1881, el húngaro de 1878 y los sucesivos proyectos suizos de Stooss que, al igual que el *Códice Zanardelli* de 1889, son invocados en la elaboración del Código Penal argentino. Los proyectos suizos se extendieron desde 1890 hasta 1939 en que, finalmente se sancionó el Código Penal para toda la Confederación y también ejercieron particular influencia en el Código del Perú de 1924, obra de Víctor M. Maúrtua, con vigencia hasta el Código de 1990.

El mencionado *Codice Zanardelli* –lleva el nombre del ministro de justicia, pero fue elaborado por una comisión de penalistas– fue el primer código del Reino de Italia sancionado después de la unidad y estuvo vigente hasta 1931, en que fue reemplazado por el *Códice Rocco*, que con múltiples reformas mantiene vigencia hasta nuestros días. No obstante, el Zanardelli, de perfil liberal y que expresamente tomaba posición en favor del libre albedrío –por lo que fue blanco de las críticas de los positivistas–, se mantiene vigente con reformas (derogación de la pena de muerte entre otras) como Código Penal del Estado Vaticano. Además de la influencia en la Argentina y otros países, el Código Penal de Venezuela es, en gran medida, una traducción de este Código.

El *Códice Rocco* es una obra claramente *fascista* y lleva el nombre de Alfredo Rocco –hermano de Arturo Rocco (*)–, ministro de Justicia del régimen. Tiene una clarísima inspiración en la filosofía de Giovanni Gentile (1875-1944) (*), ministro de Educación del *Duce*. Para Gentile la libertad absoluta solo se daba en Dios y, por consiguiente, los humanos eran más o menos libres. Por ende, el Código italiano impone pena retributiva a los que son bastante libres, medidas de seguridad indeterminadas a los que son poco libres, y primero pena retributiva para retribuir la culpabilidad y luego medida para neutralizar la peligrosidad, a los que son medio libres y medio determinados, es decir, el sistema de la *doble vía (doppio binario)*, que permite la suma de penas y medidas de seguridad: primero se le hace cumplir la pena por los años que corresponda, luego, se le dice que permanecerá en la misma prisión, por tiempo indeterminado, pero que no se preocupe, porque no es a título de pena, sino de medida.

El sistema del *Códice Rocco* fue receptado en gran medida en el Código

de la República Oriental del Uruguay en 1933, obra de José Yrureta Goyena (1875-1947) y también en Brasil en el Código de 1940, donde luego se derogaron las medidas de seguridad.

En los años sesenta del siglo pasado se puso en marcha la elaboración de un *Código Penal Tipo* para América Latina, obra de profesores de casi todos los países de la región, cuya secretaría general estaba a cargo del Instituto de Chile. Se realizaron varias reuniones y se terminó una parte general, hasta que en la década siguiente se extinguió la iniciativa, en particular, después de una reunión agónica en Buenos Aires en tiempos de dictadura y una última en Madrid.

La parte general de este *Código Tipo* mostraba una elaboración cuidadosa de las disposiciones referidas al delito en general, en parte inspirada en los modelos de la reforma penal alemana en curso. En cuanto a las penas, la redacción ponía de manifiesto un alto grado de descuido, en particular en lo referido a las medidas de seguridad. Ejerció cierta influencia en codificaciones penales centroamericanas, pero hoy es un texto olvidado.

En Alemania, después de largos años y de discutir el proyecto oficial de 1962 y el alternativo de 1966, se sancionó el Código de 1974, ahora vigente. Austria siguió de cerca las discusiones alemanas, pero con menor esfuerzo sancionó casi simultáneamente su vigente Código Penal. Francia hizo lo propio, aunque con continuas reformas (puede verse el llamado *texto consolidado*) (*). España sancionó un nuevo Código Penal en 1995, también sometido a frecuentes reformas.

Como puede observarse, la *legislación penal comparada* demuestra que la *reforma penal* es casi la *regla universal de esta legislación*, puesto que nadie parece satisfecho con la vigente en su país.

Si bien no se obtienen fácilmente los cambios de *códigos*, casi de inmediato a su sanción se pone en marcha un proceso de *reforma* que, por lo general fracasa, pero que deja abierta la posibilidad de reformas parciales, muchas veces oportunistas. Más bien puede afirmarse que nos hallamos en un proceso justamente contrario al *movimiento de codificación* de los siglos XVIII y XIX, que se materializa en forma *intratextual*, con reformas a los códigos casi permanentes (lo que desarticula su sistemática), tanto como *extratextual*, con la sanción de múltiples leyes penales al

margen de los códigos (leyes penales especiales), como también por la multiplicación de disposiciones penales en leyes no penales (las llamadas disposiciones penales *extravagantes*).

El viejo afán enciclopedista se ha neutralizado y se camina hacia una nueva confusión legislativa, que conspira contra la claridad de la ley penal y, por ende, contra la facilitación de su comprensión, no ya por parte de la ciudadanía en general, sino incluso de los propios especialistas, que muchas veces se encuentran confundidos, además de la constante *actualización* de las exposiciones doctrinarias.

Esta *inestabilidad permanente* de la ley penal, acompañada frecuentemente por graves defectos de técnica legislativa, es resultado de factores coyunturales y demandas de los medios de comunicación, o bien de la tendencia a resolver —o a dar la sensación de que se resuelven— problemas sin solución por vía de la ley penal, urgidos muchas veces por la proximidad de elecciones y por el afán de demostrar preocupación por los problemas sin solución. El resultado de esto es el *populacherismo punitivista*, que va carcomiendo la seguridad jurídica, al sepultar en la oscuridad legislativa toda pretensión de *consciencia de criminalidad* por parte del ciudadano común, que se trata de neutralizar doctrinariamente mediante la normativización del dolo, que no pasa muchas veces de un regreso a la vieja y desprestigiada *presunción de dolo*.

Bibliografía: Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal, op. cit.*, tomo I, pp. 257 y ss.; Zaffaroni, Alagia, Slokar, *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, pp. 226 y ss.; Bernardino Bravo Lira, “El Código Penal de Austria (1803). Epicentro de la codificación penal en tres continentes”, en *Anuario de Filosofía jurídica y social*, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Santiago de Chile, 2003, pp. 299 y ss.

17. La legislación penal argentina

La legislación penal de nuestro país no escapa a las variables que observamos en la lectura anterior, aunque su historia tiene una singularidad, que permite ratificar plenamente la diferencia entre *poder punitivo* y *derecho penal*, pero no ahora con argumentos de simple observación y sentido común, sino en el plano *institucional*.

En efecto: cuando el territorio argentino tenía poco más de dos millones de habitantes, las elites locales ejercían el poder, parte del territorio estaba

poblado por nuestros pueblos originarios y todo se reducía a la confrontación del puerto de Buenos Aires mercantilista con las provincias que defendían sus economías tradicionales. En esas condiciones, no era necesario un Código Penal, porque, en definitiva, *el poder y el control social eran policiales*. Si bien había algunos jueces, funcionaban más bien como *notarios*.

La Argentina fue el último país de América Latina en tener un Código Penal: setenta y cinco años después de que acabase el último gobierno español y a duras penas, el Congreso Nacional sancionó un Código. Nuestras elites no necesitaban de eso para ejercer el control social y el poder punitivo sobre las clases subalternas de la población, pues les bastaba con las policías y el ejército en función policial. Desde ese momento se decidió crear una policía de ocupación territorial sobre el modelo borbónico francés, en lugar de la policía comunitaria del modelo norteamericano.

Durante esos tres cuartos de siglo, hubo un solo intento de elaboración de un Código Penal, por parte del gobernador Dorrego, que lo encomendó a Guret de Bellemare (*), un francés –incluso sospechado de espía–, quien puso manos a la obra con inspiración *benthamiana*, pero que no llegó a concretarse e incluso parte de su proyecto se ha perdido. Los encargos del gobierno de la Confederación en Paraná, ni siquiera tuvieron comienzo de ejecución. Desde que Carlos Tejedor (*) terminó su proyecto hasta que el Congreso Nacional sancionó un Código, pasaron casi dos décadas. La displicencia en esta materia indicaba que no había ninguna urgencia en resolverla, pues al parecer todo funcionaba sin ley nacional penal. Incluso después de la sanción de la Constitución Nacional –y también después de 1860– a los pocos jueces que había les bastaban las leyes coloniales que no fuesen incompatibles con la Constitución Nacional, al menos en lo que hace a los delitos del fuero ordinario.

En 1863 se instaló la primera Corte Suprema y se nombraron sus primeros jueces. Entre otros la integraba Salvador María del Carril, quien había aconsejado a Lavalle que fusilase al gobernador Manuel Dorrego y que fraguase una suerte de *proceso*, lo que Lavalle no supo cómo hacer.

Como no había leyes, la propia Corte proyectó tres leyes: las 48, 49 y 50. La ley 49 tipifica los delitos federales –aunque sin parte general– y

respondía a la necesidad de Mitre para reprimir las sublevaciones de provincias. Para la parte general y los delitos del fuero ordinario seguían rigiendo las leyes coloniales.

La llamada *doctrina de facto*, que invocaba poderes *revolucionarios*, reiterada en 1930, 1943 y en todos los golpes de Estado posteriores, fue enunciada por vez primera en 1865 con respecto a los poderes *de facto* de Mitre después de Pavón (causa Martínez Baldomero c/ Otero, Manuel). La invocación de *poderes revolucionarios* se reiteró muchas veces con posterioridad, incluso para fusilar en 1956 (*).

El 5 de diciembre de 1864 el Ejecutivo encargó a Carlos Tejedor (1817-1903) (*), profesor de derecho penal en la Universidad de Buenos Aires, la redacción de un proyecto de código penal. Tejedor era autor de un *Curso de Derecho Criminal* publicado en 1860, que fue nuestra primera exposición doctrinaria del derecho penal. Por suerte, apartándose de ese texto ecléctico, eligió un buen modelo para su proyecto: adoptó el Código de Baviera de Feuerbach como línea básica, mediante la traducción francesa de Vatel – publicada en París en 1852–, y también algunas referencias del *Código do Império*. En 1866 remitió su parte general y en 1867 la especial. El proyecto legislaba solo los delitos del fuero ordinario y dejaba vigente la ley 49 para los federales.

Por la ley 250 se encargó al Ejecutivo que nombrase una comisión de tres letrados que examinasen el proyecto de Tejedor e informasen al Congreso en el término de un año. La comisión fue cambiando de integrantes hasta que –finalmente– quedó formada por Sixto Villegas (1831-1881) (*), Andrés Ugarriza (1838-1917) (*) y Juan Agustín García (1831-1907) (*), quienes en 1881 –con doce años de atraso– no remitieron un informe, sino un proyecto de código penal diferente y propio, que nada tenía que ver con el proyecto, pues seguía de cerca al Código español de 1870. Esto se debe a que nadie entendía la filosofía liberal de Feuerbach, dado que sus obras no estaban traducidas y, por tanto, estos proyectistas prefirieron seguir un modelo que estaba ampliamente comentado en castellano, con las obras de Groizard, Viada, Pacheco y otros españoles.

Pero, en tanto el proyecto Tejedor había devenido Código por sanciones provinciales en La Rioja (1876), Buenos Aires (1877), Entre Ríos, San

Juan, San Luis y Corrientes (1878), Mendoza (1879), Santa Fe y Salta (1880) y Tucumán (1881). Además, al federalizarse la ciudad de Buenos Aires en 1880, el propio Congreso Nacional lo puso en vigencia para la capital por la ley 1.144 de 1881, y en Paraguay, por ley de 1880 fue sancionado como Código Penal. En realidad, si bien se habla del *proyecto Tejedor*, lo cierto es que fue Código en casi todo el país y también en Paraguay.

La única excepción fue Córdoba, que en 1882 adoptó el proyecto de Villegas Ugarriza y García, hasta la vigencia del Primer Código Nacional. En 1886, apareció en Córdoba un libro sobre la parte general de ese texto, escrito por el sanjuanino Adán Quiroga (1863-1904) (*), singularmente apegado a los principios liberales. Cabe agregar que Quiroga fue uno de los pioneros de la antropología en la Argentina.

En tanto había surgido también una dificultad política: Tejedor, como gobernador de la Provincia de Buenos Aires, se había levantado en armas contra el gobierno federal en 1880, resistiendo la federalización de la ciudad de Buenos Aires, lo que dio lugar a la última guerra civil del siglo XIX y, por tanto, no era personaje simpático al gobierno nacional.

Al parecer, en 1886 se despertó la urgencia por sancionar un Código Penal y el ministro de Justicia, Filemón Posse, fue personalmente a las Cámaras a urgir su sanción, que finalmente se obtuvo en noviembre de ese año, adoptando el Código Tejedor como modelo con algunas reformas que, por cierto, no lo beneficiaban en nada. Este fue nuestro primer Código Penal nacional, el último de los códigos que el Congreso sancionó en cumplimiento del mandato constitucional.

Conforme a la tradición en materia de legislación penal, en 1890 fueron designados los tres fundadores de la Facultad de Filosofía de nuestra UBA para proyectar un nuevo texto: Norberto Piñero (1858-1938) (*), Rodolfo Rivarola (1857-1942) (*) y José Nicolás Matienzo (1860-1936) (*). El texto que estos proyectaron y presentaron en 1891 era mucho más técnico que el Código de 1886 y receptaba la influencia de los códigos de Zanardelli, de Hungría, de Ginebra, de Holanda, etc., o sea, la segunda generación de códigos europeos, sin abandonar la línea de Baviera. Lamentablemente, mantenía la pena de muerte y preveía la pena de *relegación* por tiempo

indeterminado, copiada a la ley de relegación francesa.

Este proyecto no fue tratado por el Congreso, pese a que marcó la línea que habrían de seguir los sucesivos intentos de codificación hasta desembocar en el vigente Código de 1921.

En 1895 se publicó un proyecto privado –no encargado por nadie– del civilista correntino Lisandro Segovia (1862-1923) (*) que, entre otras cosas, introducía la condenación condicional, la reducción de la pena del hurto por exigua cantidad y la supresión de la pena por reparación del daño y restitución de la cosa antes de la acción judicial.

La resistencia al proyecto de 1891 provenía de los políticos, ávidos de clientelismo y antiliberales. Esta tendencia y los reclamos de los jefes de policía se tradujeron en una serie de leyes como la 3.335 (*Ley Bermejo*) de 1895, que estableció la relegación en el sur para reincidentes por segunda vez (no se aplicó por un error técnico), la 4.097 de juegos de azar (permitía a la policía allanar sin orden judicial, lo que se usó para allanamientos políticos), la *Ley de Residencia* proyectada por Miguel Cané (*) –que no solo escribió *Juvenilia*– (el Ejecutivo podía expulsar a cualquier extranjero; se pensó contra anarquistas, pero se usó contra la marginalidad) –ambas de 1902– y, por último, la reforma al Código de 1886 por ley 4.189 de 1903.

Esta última reforma de 1903 no fue redactada por ningún penalista y –como corresponde al populacherismo vindicativo–, al decir del senador catamarqueño Julio Herrera (*), *suprimió lo bueno y dejó lo peor*, al tiempo que introdujo las penas de *destierro* y de *relegación en el sur para reincidentes*, que perdura en el art. 52 del Código de 1921, conforme a una fórmula que es copia literal de la ley francesa de relegación en la Guayana (*Isla del Diablo*) del 27 de mayo de 1885, que reemplazó a la de 1854.

Esta reforma de 1903 y el posterior artículo 52 del Código de 1921, dieron lugar a que se construyera la prisión de relegación más siniestra de nuestra historia: la cárcel de Ushuaia, proyectada por el arquitecto italiano Castello Muratgia, que funcionó hasta 1947, cuando la clausuró la gestión de Roberto Pettinato (*), aunque luego se reabrió temporalmente como prisión de políticos por la dictadura de 1955. Hoy es un museo que recuerda nuestra *Siberia*, como cárcel más austral del mundo. Finalmente, el art. 52 CP fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema en los primeros

años de este siglo.

En Buenos Aires cundían los atentados anarquistas y los políticos – siempre dispuestos al protagonismo– sancionaron apresuradamente en 1910 la llamada *ley de defensa social* (ley 7.029), precipitada al parecer por un atentado en el teatro Colón de Buenos Aires. Basta leer las disposiciones de esa ley para verificar que es el antecedente de toda la legislación represiva posterior de nuestro país, especialmente en tiempos de dictaduras militares. El debate legislativo fue calificado por Rodolfo Moreno (h) como *un torneo de moreirismo oratorio* que, por cierto, no fue el único en nuestra historia.

De toda forma, justo es reconocer que los jueces federales de la época, como buen producto del modelo agroexportador oligárquico, pero con medida, prácticamente no hicieron uso de esta ley vergonzosa, lo que muestra que incluso los jueces de nuestra oligarquía reconocían límites que luego se violaron.

Ante la resistencia a discutir en el Congreso el proyecto de 1891, en 1904 el presidente Quintana nombró una comisión para redactar un nuevo proyecto, integrada por Rodolfo Rivarola y Norberto Piñero (autores del proyecto de 1891), junto a Cornelio Moyano Gacitúa (*), Francisco Beazley (*), Diego Saavedra (*) y José María Ramos Mejía (*), y como secretario José Luis Duffy. La comisión trabajó sobre el proyecto de 1891 y lo simplificó bastante, introduciendo la condenación condicional sobre modelo francés, presentando su texto en 1906.

El proyecto de 1906 tampoco fue tratado por el Congreso, pero en él se puede observar claramente el esqueleto del Código de 1921 y, además, dio lugar al extenso estudio que, en 1911, le dedicó un personaje singular: el antes mencionado Julio Herrera (1856-1927), que fue senador y gobernador de Catamarca. Aunque nunca fue profesor, su crítica hizo aportes muy valiosos sobre temas particulares del proyecto, que no pudieron dejar de tomarse en cuenta en la elaboración posterior. Su crítica a la pena de relegación –que así la llama, por su verdadero nombre– era lapidaria.

En 1916, Rodolfo Moreno (h) (1878-1953) (*) presentó el proyecto de 1906 a la Cámara de Diputados y pidió la formación de una comisión especial, al asumir el liderato del impulso reformador que culminaría en el Código de 1921.

Moreno era el jefe del bloque opositor al oficialismo radical del momento, pero tuvo la sagacidad de incorporar a la comisión a radicales y socialistas, de modo que comprometió a todos los partidos de su tiempo. Después de un trámite complicado de idas y vueltas en el proceso constitucional antiguo entre las Cámaras, la de Diputados, que era iniciadora, rechazó algunas reformas propuestas por el Senado, como la referida a pena de muerte y, finalmente, sancionó el código.

De este modo, el presidente Hipólito Yrigoyen lo promulgó por decreto del 29 de octubre de 1921, y se convirtió en la ley 11.179. El Código entró en vigencia a los seis meses de su promulgación, es decir, el 29 de abril de 1922.

El Código de 1921 fue duramente criticado por todos los positivistas, quienes patrocinaron proyectos de *Estado peligroso sin delito*, especialmente remitidos durante la presidencia de Marcelo T. de Alvear, pero que no fueron sancionados.

En 1930 se instaló la primera dictadura militar del siglo pasado, que fue reconocida por la Corte Suprema en su acordada del 10 de septiembre de ese año, y renovó la *teoría de facto* de los años de Mitre. La dictadura llevó a cabo ejecuciones, proscribió al partido mayoritario, anuló las elecciones de la Provincia de Buenos Aires de 1931 y relegó a políticos radicales en Tierra del Fuego. Finalmente, en elecciones fraudulentas, entregó el gobierno a Agustín P. Justo.

El secuestro y muerte de un joven de la elite porteña y militante de un grupo militarizado de derecha determinó que –en 1932– el Ejecutivo enviase al Senado dos proyectos de reformas represivas al Código Penal. El Senado fue más allá de esos proyectos y dio media sanción a lo propuesto por el Ejecutivo, además de establecer la pena de muerte por electrocución (silla eléctrica). El proyecto con esa media sanción nunca fue tratado por Diputados, en buena medida por obra de Rodolfo Moreno (h).

En 1937, Jorge Eduardo Coll (1882-1967) (*) y Eusebio Gómez (1883-1954) (*) elaboraron un proyecto integral de Código Penal de neto corte positivista. En 1941 José Peco (1895-1966) (*) presentó otro proyecto de su elaboración, de corte neopositivista. En 1951 se elaboró otro proyecto integral por Isidoro De Benedetti (1909-1991) (*) de corte también

positivista. En el ámbito del Ministerio de Justicia se elaboró en 1953 un nuevo proyecto integral que finalmente quedó a cargo de Ricardo Levene (h) (1914-2000) (*), que conservaba elementos de la teoría de la peligrosidad. En 1960, Sebastián Soler (1899-1980) (*) presentó un nuevo proyecto integral, encargado por el Ejecutivo. Ninguno de estos proyectos fue tratado por el Congreso.

En 1963, por vía de decreto-ley (ley *de facto*) se introdujeron cerca de cien modificaciones al Código Penal, lo que motivó una fuerte crítica del profesor de Córdoba Rivardo C. Núñez (1908-1997) (*), las cuales fueron derogadas por la ley 16.648 en 1964. En 1967, una comisión integrada por Sebastián Soler, Carlos Fontán Balestra y Eduardo Aguirre Obarrio proyectó una reforma también masiva que se sancionó por la ley *de facto* 17.567, que fue derogada al restablecerse la constitucionalidad en 1973.

Durante este régimen militar se proyectó una parte general de Código Penal por Sebastián Soler, Eduardo Aguirre Obarrio, Eduardo Marquardt y Luis Cabral en 1972.

En 1973 se creó también una nueva comisión para proyectar un futuro Código Penal, integrada por Jesús H. Porto, Carlos Acevedo, Ricardo Levene (h) y Alfredo Massi, con Enrique Bacigalupo como secretario. Esta Comisión elaboró un proyecto de parte general, que tampoco tuvo tratamiento.

La dictadura militar de marzo de 1976, entre otras muchas leyes *de facto* represivas, sancionó la 21.338, que restableció todas las reformas de la 17.567 más algunas de propia cosecha y de autor desconocido, restableciendo la pena de muerte.

En 1979 se elaboró un proyecto por una comisión integrada por Sebastián Soler como *supervisor* y por Luis M. Rizzi, Eduardo Aguirre Obarrio y Luis C. Cabral, que presentó su proyecto de Código Penal en 1980, al seguir las líneas generales del proyecto de 1960.

Restablecido el orden constitucional, en 1984 se derogaron las reformas de la ley *de facto* 21.338. Después de varias alternativas en el Senado, en 1990 el senador Jiménez Montilla presentó un nuevo proyecto de Código Penal, hartamente confuso, que obtuvo media sanción de esa Cámara, pero que nunca fue tratado por la de Diputados.

Con posterioridad y hasta la actualidad se han sucedido diferentes proyectos de Código Penal: el de 2006, el de 2014 y el de 2019, ninguno de los cuales ha sido considerado por el Congreso de la Nación.

Desde la sanción del Código de 1921 hubo al menos diez proyectos – algunos no los mencionamos– de reforma integral, sin contar con las innumerables modificaciones puntuales y las masivas con sus correspondientes retrocesos.

A lo anterior se suma un número creciente de leyes penales especiales, o sea, fuera del Código Penal, como también de disposiciones penales en leyes no penales.

Lo que hemos afirmado acerca de la *reforma continua* de la legislación penal en el mundo, tiene una clarísima muestra más –que confirma la regla– en la nuestra.

El Código de 1921 parece ahora haber sido atropellado por una locomotora; sus penas han perdido racionalidad y equilibrio, la jerarquía de los bienes jurídicos afectados no guardan relación con las penas, los mínimos se subieron sin crear tipos atenuados; su fórmula sintética se bastardeó con agravantes tabuladas; su arquitectura se mantiene en forma muy precaria, como un edificio salvado de varios terremotos, es decir, es hoy casi irreconocible, aunque sus restos recuerdan todavía la impronta original de Tejedor (Feuerbach), la ilustración del proyecto de 1891 de Piñero, Rivarola y Matienzo, las críticas oportunas de Julio Herrera y la sabia sobriedad y habilidad política de Rodolfo Moreno (h). Conserva aún el esqueleto de esa arquitectura que le dio una elite intelectualizada del modelo de país oligárquico, pero con el equilibrio que consiguió Moreno con su inteligente maniobra pluripartidista, incluso con alguna puntada socialista de Enrique del Valle Iberlucea (1877-1921) (*) en el Senado.

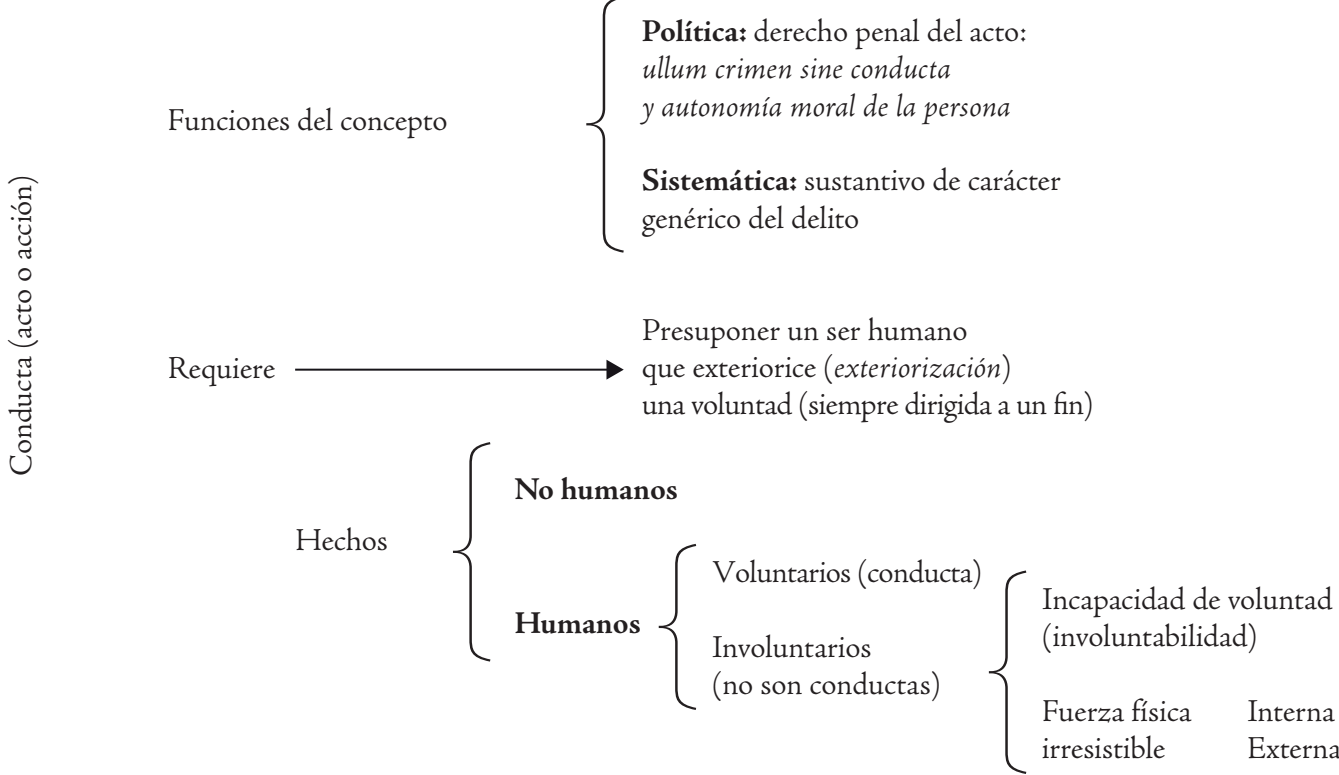
No se ha retomado esa tradición; más bien los esfuerzos oportunistas, publicitarios y populacheros la han traicionado. Aún los movimientos populares –amedrentados por los alaridos irresponsables de los inescrupulosos– no supieron hacerse cargo de una sana política penal legislativa.

No obstante, de momento y a pesar de la violación constitucional de los legisladores –que contra la letra expresa de la Constitución legislan fuera

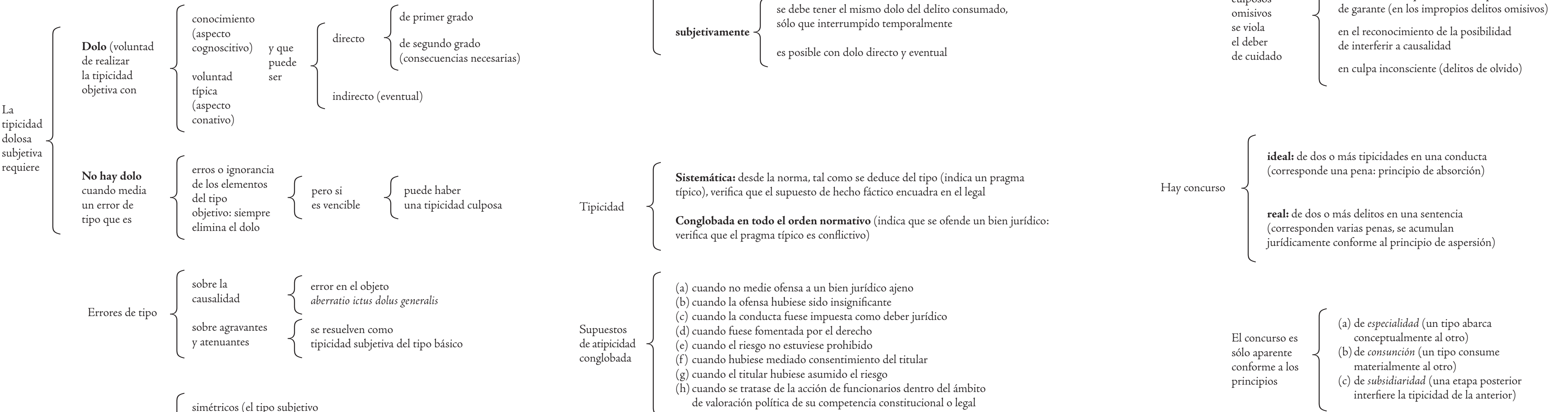
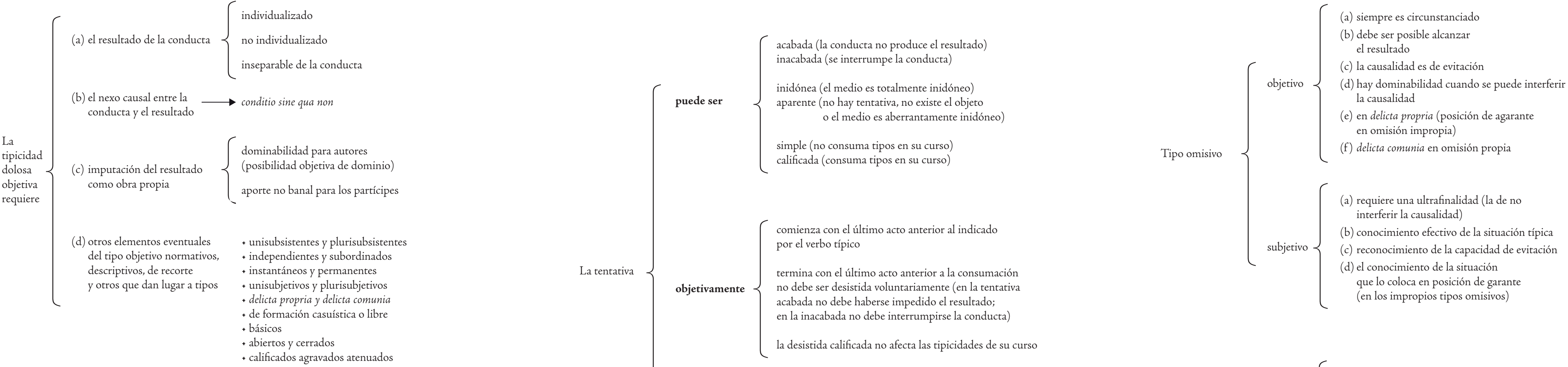
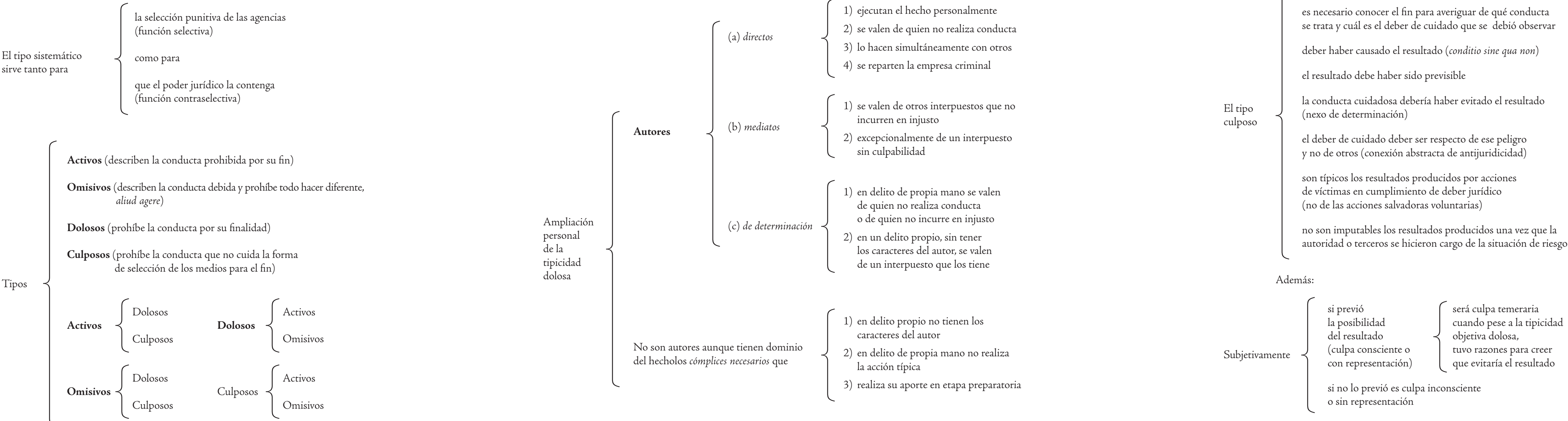
del Código— y a su negligencia técnica impuesta por la urgencia publicitaria, debemos trabajar sobre los restos del Código y las normas desperdigadas, lo que nos impone bajar cada día más los principios de la CN y las convenciones de derechos humanos a ella incorporadas (art. 75 inc. 22), para lograr la elaboración de un sistema, es decir, para dar orden y vida dogmática a este enjambre legislativo.

La racionalidad de que carece la ley infraconstitucional, solo puede salvarse al bajar a ella con mayor insistencia las normas y principios constitucionales e internacionales. Cabe insistir en que el juez —y el doctrinario— no puede usurpar la función del legislador, pero *el legislador tampoco puede usurpar la función del constituyente*.

Bibliografía: En detalle y con las correspondientes indicaciones bibliográficas puede verse en Zaffaroni, E. Raúl / Arnedo, Miguel, *Digesto de Codificación Penal Argentina*, A-Z Editora, Buenos Aires, 1996, tomo I, *Introducción histórica*. La obra contiene los códigos y proyectos argentinos hasta la fecha de su publicación.



TIPICIDAD



ANTIJURIDICIDAD



CULPABILIDAD

Culpabilidad es el *reproche* personalizado que se le formula a una *persona* (1, DU), como ente autodeterminable, dotado de conciencia moral, en razón de la medida en que se le hubiese podido exigir una conducta conforme al derecho.

Se concreta en el reproche del grado de esfuerzo personal que haya realizado desde su estado de vulnerabilidad social (bajo o alto) para alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad al poder punitivo.

