





**Revista Jurídica de Buenos Aires - 2011**

---

**Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires**

---

**Departamento de Publicaciones**

# Testimonio de Derecho Penal

Homenaje a Andrés D'Alessio

---

## **AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES**

*Decana:* Mónica Pinto

*Vicedecano:* Alberto J. Bueres

### **CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO**

#### **CLAUSTRO DE PROFESORES**

*Consejeros Titulares Profesores:* Atilio A. Alterini / Beatriz S. Krom / Jorge L. Kielmanovich / Mario E. Ackerman / Marcelo Gebhardt / Mary A. Beloff / Luis M. Genovesi / Darío F. Richarte

*Consejeros Suplentes:* Alberto Bueres / Enrique N. Zuleta Puceiro / Esteban Centanaro / Alfredo E. Soto / Diego E. Chami / Eduardo Barbarosch / Marcelo E. Haissiner / Jorge Berbere Delgado

#### **CLAUSTRO DE GRADUADOS**

*Consejeros Titulares:* Leandro E. Halperin / Marialma G. Berrino / Pablo A. Yannibelli / Sebastián A. Rey

*Consejeros Suplentes:* Sergio J. Gargiulo / Marcela A. Hernández / Aldo C. Gallotti / Lisandro M. Teszkiewicz

#### **CLAUSTRO DE ESTUDIANTES**

*Consejeros Titulares:* Tomás González Vera / Luciana Gallardo / Lucas Lagos / Julián Hofele

*Consejeros Suplentes:* Diego Cortese / Leandro Mutchinick / Carlos Plaza / Camilo A. López

*Secretaria Académica:* Silvia C. Nonna

*Secretario de Hacienda y Administración General:* Alejandro Gómez

*Secretario de Investigación:* Marcelo Alegre

*Secretario de Extensión Universitaria:* Carlos A. Bedini

*Subsecretario Académico:* Sergio Brodsky

*Subsecretaria de Relaciones Internacionales e Institucionales:* Isabel Sábato

*Subsecretario de Vinculación Ciudadana:* Nicolás de La cruz García

#### **DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES**

*Directora:* Mary Beloff

*Subdirector:* Sebastián Picasso

*Secretario:* Andrés Heim

#### **REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES**

*Director:* Guillermo R. Moncayo

*Subdirectores:* Carlos M. Cárcova y Pedro Aberastury

*Secretaria de Redacción:* Marta Vigevano

*Consejo de Redacción:* Horacio Corti, Jorge Rodríguez Mancini, Rafael M. Manóvil, Daniel Pastor, Mónica Pinto e Inés Weinberg de Roca

**Revista Jurídica de Buenos Aires - 2011**

---

**Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires**

---

**Departamento de Publicaciones**

# Testimonio de Derecho Penal

Homenaje a Andrés D'Alessio

---

**Mónica Antonini y Mauro A. Divito**

Coordinadores



 **AbeledoPerrot®**

The logo consists of a stylized, bold, black graphic element resembling the letters 'A' and 'P' intertwined, followed by the brand name "AbeledoPerrot" in a clean, sans-serif font, with a registered trademark symbol (®) to the upper right.

Divito, Mauro A.  
Revista jurídica de Buenos Aires 2011. - 1a ed. - Buenos Aires : Abeledo Perrot,  
2012.  
400 p. ; 24x17 cm.

ISBN 978-950-20-2360-1

1. Derecho Civil. I. Título  
CDD 346

ISSN 0326-7431

Tirada: 600 ejemplares

© AbeledoPerrot S.A.

Administración y redacción  
Tucumán 1471  
Tel.: (54-11) 4378-4733 - Fax.: (54-11) 4378-4723

Ventas  
Talcahuano 494 - Tel.: (54-11) 5235-0030  
Talcahuano 650 - Tel.: (54-11) 5235-9620  
Figueroa Alcorta 2263 - Tel.: (54-11) 4803-2468  
Fax: (54-11) 5236-8939  
clientes@abeledoperrot.com  
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723. Derechos reservados.  
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

## ÍNDICE GENERAL

GUILLERMO R. MONCAYO: Evocación (recuerdo, homenaje) de Andrés J. D’Alessio ..	3
MÓNICA PINTO: Testimonio de Andrés D’Alessio .....	5
LUIS LOZANO: Un recuerdo de Andrés.....	9

### SECCIÓN I

#### PODER PUNITIVO Y RESPONSABILIDAD PENAL

EUGENIO R. ZAFFARONI: La contención jurídica del poder punitivo como necesidad impostergradable .....	15
JAIME MALAMUD GOTI: ¿Es posible el mundo sin responsabilidad? Notas sobre responsabilidad y comunidad.....	27

### SECCIÓN II

#### INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

ELIZABETH A. MARUM: El principio de legalidad y los métodos interpretativos. ¿La aplicación extensiva es analogía? .....	49
GUILLERMO LEDESMA: ¿Es posible interpretar una misma disposición penal en dos sentidos distintos? Una respuesta para resolver el problema de la penalidad de la tentativa.....	79

### SECCIÓN III

#### DELITOS DE LESA HUMANIDAD

HORTENSIA D. T. GUTIÉRREZ POSSE: Ensayo en homenaje a un juez.....	97
RICARDO GIL LAVEDRA: De Videla a Fujimori .....	115
JAVIER AUGUSTO DE LUCA: Autoría en aparatos organizados de poder. Caso argentino .....	141
MAXIMILIANO RUSCONI: La imputación de autoría y sus límites a la luz de las necesidades de la moderna política criminal de protección de los derechos humanos.....	157

SECCIÓN IV  
NORMAS CONSTITUCIONALES Y PROCESO PENAL

PEDRO J. BERTOLINO: Manifestaciones técnico-jurídicas del “debido proceso (penal)” .....	173
MÓNICA ANTONINI: La excarcelación en la ley 24.767. Razones que justifican o impiden su concesión. ¿Es inconstitucional el tratamiento dado por la ley 24.767 a la excarcelación en el procedimiento judicial de extradición? .....	183

SECCIÓN V  
TEMAS DE TEORÍA DEL DELITO

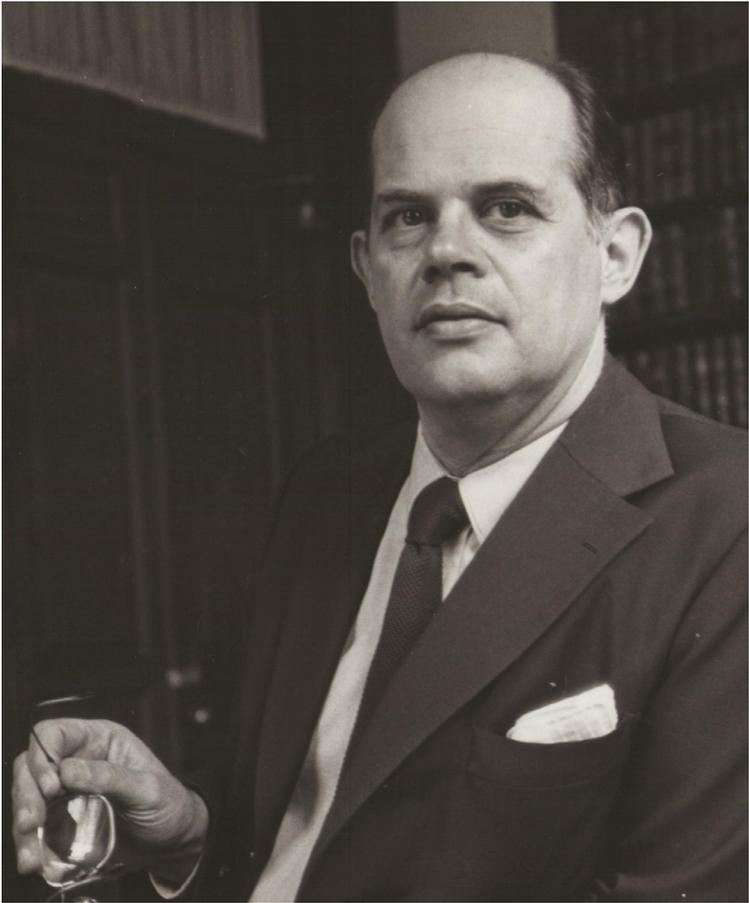
JUAN JOSÉ ÁVILA: En torno del delito culposo .....	205
EDGARDO ALBERTO DONNA: El delito imprudente desde la perspectiva de la imputación a la libertad .....	229
SANTIAGO VISMARA: Algunas consideraciones acerca del dolo eventual en hechos de tráfico automotor .....	251
IVANA BLOCH: El caso especial de la defensa mediante instalaciones automáticas .....	267

SECCIÓN VI  
TEMAS DE DELITOS EN PARTICULAR

ENRIQUE BACIGALUPO: Buen gobierno empresarial y límites del derecho penal (la penalización de la deslealtad de los administradores en la legislación española) .....	303
MARIO GUSTAVO COSTA: Las penas del ambiente: de árboles y bosques .....	319
MAURO A. DIVITO: El ultraje a los símbolos nacionales o provinciales (¿Un delito en el que la víctima es la libertad de expresión?). Comentario al fallo “Frávega, Luis M. y otro” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala II .....	347

ANEXO

<i>Curriculum vitae</i> ANDRÉS JOSÉ D’ALESSIO .....	369
---	-----





EVOCACIÓN (RECUERDO, HOMENAJE)  
DE ANDRÉS J. D'ALESSIO

Este número de la *Revista Jurídica de Buenos Aires* está dedicado a evocar al Dr. Andrés J. D'Alessio. Lo acompañé como Vicedecano de nuestra Facultad de Derecho durante el período marzo de 1994 a febrero de 2002, en el que fue su Decano. Su obra ha sido fecunda y es perdurable.

Durante muchos años enseñó en la cátedra de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal de la que era profesor titular al momento de su muerte. Fue magistrado judicial e integró el Tribunal que enjuició a los miembros de la Junta Militar. Su vasta obra doctrinaria culminó en el año 2007 con el valioso libro sobre los delitos de lesa humanidad.

Fue un hombre de bien.

Por ello y por su fecunda trayectoria, es justo este sentido homenaje.

GUILLERMO R. MONCAYO  
Profesor Emérito  
Director de la *Revista Jurídica de Buenos Aires*



## TESTIMONIO DE ANDRÉS D'ALESSIO

Por MÓNICA PINTO

Este número de la Revista Jurídica de Buenos Aires es un homenaje a Andrés José D'Alessio, que fue decano, profesor y protagonista en la Facultad de Derecho. Sus colegas y amigos lo homenajean con algunos testimonios del derecho penal que, cada uno se ocupa de expresarlo a su manera, a Andrés más le gustaba, del tema que con él trabajaron.

Andrés nació un 17 de abril de 1940 en una familia de maestros. Se casó joven con Ana María Fernández y con ella tuvo nueve hijos –cinco mujeres: Anita, Virginia, Luciana, Marcela y Julia; cuatro varones: Andrés, Santiago, Miguel y Sebastián– y más de una veintena de nietos, que decoraron con sus fotos los saludos navideños por años.

Andrés fue estudiante y docente en la Facultad. Se internó en las complejidades del derecho penal con Luis Jiménez de Asúa, “Don Luis”, en el Instituto de Derecho Penal.

Se recibió de abogado en 1968 y alternó el ejercicio libre de la profesión con la práctica judicial.

Con el restablecimiento democrático le llegaron dos de los logros que más apreció y sobre los cuales edificó prestigio, construyó democracia, subrayó valores. Fue protagonista de la realidad argentina en más de una ocasión, de una realidad que se estudiaba y debatía en las aulas.

Desde 1984 fue cabeza de cátedra, primero como asociado y luego como titular, en Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal y ese mismo año fue designado Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal. Sin duda dos de las actividades que más gozó y cuyos entrecruzamientos fueron interminables.

En la Cámara juzgó a los nueve miembros de las tres juntas militares que se sucedieron en el poder desde el 24 de marzo de 1976 y condenó a seis de ellos. Ese juicio, conocido como el “juicio a las juntas” o “juicio de los comandantes”, fue un verdadero proceso a la prepotencia del poder. En ese hacer selló una amistad inquebrantable con sus colegas Carlos Arslanián, Ricardo Gil Lavedra, Guillermo Ledesma, Jorge Torlasco y Jorge Valerga Araoz. Julio Strassera sería el D'Artagnan del grupo de *los Camaristas*. Muchas otras causas vieron en esa cámara y muchas más estudiaron y discutieron el resto de su vida juntos.

Con el plan de estudios aprobado en 1985 para la carrera de abogacía, Andrés suma la titularidad de Derechos Humanos y Garantías. De hecho, cumplió todo el ciclo, de ayudante alumno a profesor emérito. Después vendría el decanato.

Su docencia fue como él. En algún punto y sin recurso al discurso pedagógico ni a encuadres teóricos sofisticados, Andrés entendió que la Facultad no debe ser sólo un centro de transmisión de conocimientos sino también un lugar de emplazamiento de esos conocimientos en el marco más grande de la democracia, de la Constitución.

Desde fines de 1987 y hasta agosto de 1989 fue Procurador General de la Nación. Desde allí implementó medidas eficaces para lograr la restitución de los primeros niños mal habidos durante el período *de facto*, se ocupó de dar efectividad a medidas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la herencia de presos políticos que había dejado el gobierno militar y también respecto de los nuevos temas.

El 4 de marzo de 1994 asumió como Decano de la Facultad y se dedicó a ella a tiempo completo. Rediseñó la planta docente del grado, generó oferta de posgrado y doctorado, inauguró los programas de maestría en la Facultad. Pero también dio luz verde a los certámenes internacionales de alegatos, los programas de intercambio estudiantil, la construcción de la guardería, la biblioteca de estante abierto y varios otros emprendimientos. En septiembre de 1998 fue reelegido por unanimidad.

Andrés era un entusiasta del “hágalo usted mismo” y así redactaba en su computadora escritos, metía mano para salvar emergencias eléctricas y mecánicas, adaptaba instalaciones y, además, pasaba recetas de cocina que realizaba el sábado a mediodía en la casa de Hurlingham.

Fue un luchador inquebrantable, su ejemplo de vida fue la decisión de ganarle a la adversidad de puro guapo y tantas veces lo logró. Acostumbrado a ignorar el dolor hasta que fuera insoportable, le costaba entender que con 39° de temperatura una persona no pensara en seguir trabajando. Andrés solía decir que él coordinaba su equipo médico, un conjunto de notables que siguen siendo personajes en la vida de quienes compartimos esos años. Así también se jugaba por lo que entendía como lo correcto aunque nadie lo acompañara. Su decisión era honesta hasta cuando se equivocaba, lo que no era frecuente ni fácil para él.

El reflejo de magistrado lo acompañó en todos y cada uno de los momentos de su docencia y de la gestión que compartimos. Ese mensaje que hacía pensar que siempre estaba en el medio de la cancha apreciando la prueba de cada uno para decidir lo más justo. Por eso mismo, creo yo, lograba que cada uno se esforzara al máximo.

Memorioso como pocos, contaba con lujo de detalles anécdotas históricas, como los cruces de balas en la Facultad en ocasión de la visita de la madre del Che, o el proceso de redacción de la sentencia en la causa 13 –redactada en máquinas de escribir– y recordaba quiénes eran los mecanógrafos.

Esta imagen no sería siquiera subjetivamente justa si no dijera que Andrés era con y para su familia. Era un familiar genuino que armaba recorridos de ida y vuelta a Hurlingham de modo de compatibilizar con los horarios de la mayoría de sus hijos. Todos y cada uno de los logros familiares –los profesionales y los afectivos– eran un motivo de su orgullo. Además, era un admirador de los criterios de Ana y de sus hijos.

Por su estilo, armaba grupos grandes y emprendía buenas causas.

Probablemente, en este *Testimonio de Derecho Penal* esté también el Testimonio de Andrés D'Alessio.



## UN RECUERDO DE ANDRÉS

Por LUIS LOZANO

Andrés abordó la vida como un goloso lo hace con un pote de dulce de leche, equipado de cuchara sopera, paladeando cada sorbo, sin pudores y con el presentimiento de que si nada es duradero, menos aún lo es el dulce de leche. Conciliar este sensual apetito con el de otros golosos o con la vocación misionera de estimular a los indiferentes a sumarse a la fiesta es uno de los grandes dilemas de los seres humanos. Andrés se abocó a él con la pasión del goloso.

Voy a contar algunas situaciones que, en mi experiencia, muestran su interés por sus semejantes, esto es, entre otros más, por nosotros, sus amigos.

Lo conocí siendo yo alumno del curso de Penal Parte General de Eduardo Marquardt, en que Andrés era ayudante docente. El conocimiento entre personas, relación habitualmente simétrica, era unidireccional en el caso; no creo que él me hubiera registrado. Era un docente impetuoso en su empeño por comunicar mediante el criollo mecanismo de vincular funcionalmente los grandes modelos teóricos de la acción, según la concibe la doctrina alemana, con acontecimientos cotidianos familiares para el alumno. Una actitud atribuida frecuentemente a un conductor político cuyo nombre omito en atención a que decididamente, para mi querido Andrés, no era un *sex symbol* del estadista.

Varios años después, fui seleccionado para servir como secretario letrado en la Procuración General de la Nación, de cuyas filas nuestro amigo se estaba por despedir, con cierta nostalgia, en pos de generar más recursos para su nutrida familia. Ya decidida la designación, fui citado un viernes a última hora para organizar el comienzo de mi desempeño. Algún defecto de comunicación, que siempre me pareció orquestado por alguna razón superior, podría o no ser el destino, hizo que mi llegada tuviera lugar después de que quienes debían recibirme hubieran iniciado su fin de semana. Sólo Andrés estaba allí, en el piso más alto de la mansión de la calle Guido 1577. Inquiriéndome si me corría prisa, comenzó por invitarme con un primer *whiskey*, tras lo cual, apuntando a mi futuro desde la perspectiva de su pasado, me soltó algo que me quedó muy grabado, y que signó mis decisiones más de lo que pude prever en aquella oportunidad: aquí —dijo, por la Procuración General— uno descubre que el trabajo no es una maldición bíblica. Con el correr del tiempo, comprendí también que el trabajo es, según su naturaleza, parte del dulce de leche.

Después de repetir la bebida, preguntó si jugaba ajedrez —me parece que suponía *qu'un enfant bien élevé* necesariamente debía estar familiarizado con los escaques— y desplegó el tablero sobre una mesita. Consumimos varias horas, y una considerable proporción de la botella, en partidas semi-rápidas. La suerte me acompañó aquella noche (Andrés tomó revancha en partidas posteriores). El día lunes, cuando llegué, me encontré con que Andrés había hecho una especie de cuadro general de mi persona —en mi opinión y en la de otros, muy acertada— sobre la base de lo que había hecho sobre el tablero. Era un excelente analista del alma, el ajedrez había sido una ocasión, como habrían podido serlo las imágenes del Rorschach.

A pesar de haber renunciado, Andrés siguió siendo parte de la casa y de la vida de quienes quedábamos en ella. Eso nos dio oportunidad de cimentar una amistad y también conocimientos. Enrique Paixao, Andrés y yo leímos conjuntamente en largas sesiones de debates regados “Martin v. Hunter’s Lessee”.

Varios años después, y en buena medida impulsado por Andrés, comencé a recorrer los lagos del sur en gomón. La navegación es bastante distinta a la de otros botes impulsados por motor y, desde luego, a la vela, que fue mi primer contacto con la náutica. El bautismo lacustre de mi primer gomón (y el mío) fue en el lago Meliquina, donde Andrés tenía su cabaña de veraneo. La embarcación era pequeña y totalmente desarmable. Decidimos cruzar el lago. Andrés, varios de sus hijos todavía pequeños y yo. La ida fue pacífica y placentera; pero, al tiempo de regresar, se desató el viento, y con él la marejada. Comenzamos la travesía, y la pasamos bastante mal. Empapados, es decir, ateridos, que en aquel lugar es lo mismo, los chicos se asustaron y comenzaron los llantos. Decidimos desembarcarlos, cosa que la costa del lago hacía posible, después de cierto recorrido. El resto, para ellos, era caminar un largo trecho hasta arrimarse a la casa. Pero, el bote no podía ser vuelto a tierra ni trasladado por esa costa. Para retirarlo, quedaba la solución de abandonarlo, volver caminando y regresar por él más tarde cuando el lago se calmara. La solución no me gustaba, por lo que decidí aguantar el chubasco. Todo esto con muy poca experiencia. Mi voluntad era que Andrés acompañara a sus hijos mientras yo seguiría con el bote. No lo admitió, optó por acompañarme, desestimando mis protestas con una decisión de mando difícil de resistir. Calmó a sus chicos, puso al mayor, aún pequeño, al frente de la caravana y le indicó cómo volver y dónde nos encontraríamos. Me quedé desconcertado y sentí que no tenía más remedio que acatar sus órdenes. Volvió a la embarcación. Seguí en el timón. Nos golpeamos y mojamos bastante, léase, nos congelamos. Llegar fue un alivio y reencontrarnos con los chicos una bendición. No sé si nuestra pequeña aventura revela cordura, y supongo que no, pero, lo recuerdo como una demostración de su resuelta solidaridad.

Así como se colocó en posición de servicio en aquella ocasión, también lo vi hacerlo en otras en que sus problemas de salud lo acosaban, es decir, cuando aparentemente tenía más motivos para pensar sólo en sí mismo. Un ejemplo de ello fue su asunción como decano. Anunció que abandonaba la profesión,

porque, no obstante ser compatible con el cargo, sabía que muchos pensaban que no tendría fuerzas suficientes para ambas actividades, por lo que, con esa renuncia, daba las seguridades de que su servicio tendría la intensidad requerida. Y la tuvo.

Sus últimas conferencias y sus últimos alegatos como abogado también respondieron a una inclinación no invocada de servir a sus semejantes. La observo en una muy desarrollada habilidad para descubrir cómo sintetizar su mensaje en una idea única pero suficiente. Andrés no estaba preocupado por exhibir conocimientos sino por posibilitar su comprensión al oyente. Nuevamente, más el espíritu del misionero que el del ejecutante virtuoso; y el perfeccionamiento notable, casi diría manierista, aunque no era ése su estilo, de aquel estilo comunicativo del entonces ayudante D'Alessio.

Viví un ejemplo en ocasión de acompañarlo en la defensa de un querido y respetado amigo, en nuestra opinión, injustamente acusado de haber participado en la represión sistemáticamente organizada durante el último gobierno militar. Mientras preparábamos la defensa, insistí varias veces en señalar la circunstancia de cuál había sido la actitud complaciente con aquel régimen de un partido de izquierda cuyo alineamiento internacional lo colocaba en cómplice de la dictadura. No se trataba de descalificar a personas defensoras de causas populares por responsabilidades de los dirigentes, aun cuando fueran alineamientos difícilmente comprensibles a la luz de ideales democráticos, sino de llamar la atención acerca de la humildad y coraje que debe observar quien juzga a sus semejantes, cuando éstos debieron obrar en escenarios desgarradores y confusos en su tiempo, de los cuales recordamos en el presente las notas que queremos repudiar. Andrés escuchó mis protestas, aparentemente sin prestarles atención, aunque, vale señalar, sin estallar en una de sus típicas descalificaciones de lo inconducente. En oportunidad del alegato final, dividimos tareas, y él decidió asumir la de hacer una reflexión a este respecto. Consiguió llamar a los acusadores a la humildad refrescando el argumento del mal menor con que algunos habían justificado el apoyo a ciertos jerarcas militares. Inmediatamente, mostró con remisión a *Las manos sucias*, de Sartre, lo inadecuado de analizar linealmente la conducta de nuestros semejantes. Uno de los destinatarios de estas reflexiones, que como se comprenderá no estaban dirigidas tan sólo a los jueces, acusó el golpe. Andrés había logrado su misión: llevar al ánimo de su audiencia una idea que fue captada aun por quien previsiblemente más la resistiría. No ocultaré que, aunque no sea ésta la oportunidad de mostrarlo, aquel acusador se ha granjeado mi respeto y aprecio, sin duda, por sus talentos, y también por extensión de las mismas razones que Andrés nos explicó en aquella oportunidad.

La última vez que conversé con él, estaba internado y con respiración asistida intermitente. Mi preocupación allí era Andrés. La de él, saber de la salud de mi hija mayor, que pasaba por un mal momento, y saborear un helado que le dimos, cucharadita a cucharadita, Ana, Anita y yo.

Jamás tuve vocación por escribir para mí mismo; me refiero, por ejemplo, a un diario personal. Me doy cuenta, sin embargo, que estas líneas probablemente ilustren menos a los lectores que a mí mismo. Cuando fui llamado a contribuir a recordar a nuestro amigo, se me dio oportunidad de hacerlo con un comentario científico o personal. Siempre pensé que podía ser menos infructuoso lo primero, pero, no pude resistirme a lo segundo. Lo primero era hablar de mí mismo, lo segundo de lo que aprendí de Andrés. Quizás lo que a él le bastó un par de partidas de ajedrez para recoger, a mí me exigió un campo de observación más amplio. Y bastante más tiempo de reflexión.

## SECCIÓN I

### PODER PUNITIVO Y RESPONSABILIDAD PENAL



## LA CONTENCIÓN JURÍDICA DEL PODER PUNITIVO COMO NECESIDAD IMPOSTERGABLE\*

Por EUGENIO R. ZAFFARONI

### I.

El saber jurídico —o ciencia jurídica si se prefiere— no es un orden de conocimientos meramente especulativo, un *art pour l'art*, sino que tiene un objetivo muy práctico: por un lado, puede servir como sistematización que facilite el entrenamiento de los jóvenes juristas (docencia jurídica), pero es incuestionable que su objetivo más inmediato e importante es proyectar una jurisprudencia racional y previsible.

Desafortunadamente, no siempre lo ha logrado y puede verificarse que, en ocasiones, ha llevado a la jurisprudencia por caminos nada racionales en razón de que, con frecuencia, pierde su rumbo, pero de cualquier manera, acertando o errando, siempre ha proyectado decisiones de un poder del Estado, o sea, decisiones de gobierno, dado que toda sentencia es un acto de gobierno y, por ende, es un acto político, no partidista sino en el amplio sentido de gobierno de la *polis*.

Su incuestionable naturaleza política alcanza su expresión más alta y transparente cuando proyecta el ejercicio del control jurisdiccional de constitucionalidad de los actos de poder de las otras ramas del gobierno. No en vano se le ha disputado esta atribución a la jurisdicción, como sucedió en el siglo pasado cuando la Suprema Corte de los Estados Unidos sitiaba la política del *New Deal* de Roosevelt o cuando desde la perspectiva del estado absoluto, Carl Schmitt cuestionaba el control centralizado proyectado por Hans Kelsen. No cabe duda acerca de que estos cuestionamientos —aunque con muy diferente y contrapuesto signo ideológico— respondían a una voluntad de retacearle poder político (de gobierno) a la jurisdicción.

\* Este texto corresponde a la conferencia pronunciada en el Congreso Internacional de Derecho Constitucional organizado por la Universidad de Colima, México, 18/9/2009. Lo dedicamos a la memoria del casi medio siglo de amistad con Andrés y en agradecimiento a su labor como Decano de nuestra vieja y querida Facultad de Derecho de la UBA.

Nuestros países latinoamericanos desde sus orígenes constitucionales adoptaron el control de constitucionalidad del modelo norteamericano, único modelo republicano disponible en los tiempos de nuestras consolidaciones constitucionales. Pero nuestra ciencia jurídica adoptó en sus ramas particulares la doctrina proveniente de Europa continental, o sea, de países que no conocían el control de constitucionalidad, pues éste se generalizó allí apenas después de la Segunda Guerra Mundial. Es decir que fuimos estados constitucionales de derecho desde nuestros orígenes, pero nuestra ciencia jurídica fue propia de estados meramente legales de derecho.

De este modo, se produjo una contradicción entre nuestra ciencia del derecho constitucional y nuestras ciencias jurídicas particulares, lo que dejó en estas últimas una marcada tendencia a la intangibilidad de las leyes infraconstitucionales. Conforme a esta doctrina, nuestra jurisdicción fue muy tímida a la hora de hacer prevalecer la norma constitucional sobre la ley común, y mucho más a la hora de dar vigencia a la exclusión de la autocontradicción y de la obsolescencia constitucional.

En el campo propio de la ciencia jurídico-penal es urgente revertir esta tendencia en la actual hora del mundo y en particular en nuestros países. La urgencia de adecuar nuestra ciencia jurídico-penal —como proyecto de jurisprudencia— a nuestra naturaleza de estados constitucionales de derecho resulta del increíble y creciente avance arrollador del poder punitivo y de su consiguiente tendencia a liberarse de los controles jurídicos que amenaza con acabar con todas las conquistas de la modernidad en materia de respeto a la dignidad de la persona y a su propia existencia, invocando una pretendida posmodernidad penal, que no es más que un retroceso a la premodernidad, en nombre de la eterna invocación de la razón de estado.

La razón de estado se racionaliza siempre en nombre de pretendidas necesidades públicas edificadas sobre emergencias que amenazan la existencia del propio estado o de bienes de la más alta jerarquía y, en general, la vida humana. Estas emergencias legitiman excepciones que, invariablemente, se normalizan. Este ha sido el mecanismo por el cual el poder punitivo se liberó de todo control jurídico a lo largo de los últimos ochocientos años, que son los que lleva de existencia en nuestra civilización. De este modo se establecieron todas las inquisiciones en los siglos premodernos y los retrocesos inquisitoriales terro-ríficos del siglo pasado.

Cada emergencia se atribuye a un enemigo y la excepción sirvió para descontrollar al poder punitivo que lo aniquilaría, en forma tal que cada uno de estos pretextos que pretendían salvar a la humanidad acabaron en los peores genocidios de la historia. Cada una de las emergencias hizo saltar por el aire al estado de derecho y liberó un poder punitivo que culminó cometiendo una matanza o genocidio en sentido amplio (no siempre en el limitado concepto jurídico internacional), curiosamente ignorados por la criminología.

La posmodernidad penal del actual mundo globalizado marcha por el mismo camino y con la misma lógica cabe pensar que desencadene nuevos genocidios. Ante esta perspectiva nefasta, las estructuras institucionales débiles de nuestros países nos colocan en una situación muy vulnerable. Sólo un rápido reforzamiento de las instituciones que restituya el vigor de la contención jurídica al poder punitivo desatado podría detener un proceso que nos lleva a la crisis de nuestros estados de derecho y al consiguiente naufragio de los mejores objetivos de la ciencia del derecho constitucional.

Desde la perspectiva de la efectiva vigencia de las constituciones y de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, la ciencia jurídico-penal no es más que un apéndice de la ciencia del derecho constitucional, pues éste no puede subsistir sin su soporte. Un sistema inquisitorial elimina a los jueces, desaparece la jurisdicción y la violencia estatal sin control jurisdiccional —jurídico— queda reducida a violencia descarnada y pura. El estado absoluto —o de policía— sociológicamente hablando, no es más que un estado en el que las agencias ejecutivas operan fuera de toda contención jurídica, como lo hicieron la Gestapo, la KGB o los ejércitos sudamericanos en las dictaduras de seguridad nacional.

Llevamos ochocientos años de poder punitivo y de emergencias, sin que éste haya sido nunca capaz de librarnos de las amenazas de los enemigos pero, a lo largo de su recorrido mató a más personas que las guerras, sobre todo si tenemos en cuenta que las llamadas guerras coloniales no fueron en verdad guerras, sino operaciones policiales de ocupación que hicieron de los países colonizados inmensos campos de concentración, cuyas consignas terminaron sintetizadas en la hipócrita inscripción nazista: *Arbeit macht frei!* Nada puede extrañar esta consigna despreciable, pues lo mismo se les decía a los indios masacrados por los encomenderos: el trabajo os hará libres. Así fue el poder punitivo que aniquiló a millones de seres humanos en América y en África y, finalmente, en la propia Europa.

## II.

En nuestros días, el poder punitivo se libera del control jurídico en casi todo el planeta, avanzando mediante tres pretextos o fuentes de peligro: el terrorismo, la criminalidad organizada y la delincuencia común o callejera.

La técnica preferida del control social es hoy el miedo, deviniendo en una técnica de gobierno, en una *governance*. La comunicación social nos construye el mundo en que vivimos con contornos cada día más siniestros y temibles. A eso se ha dado en llamar “la sociedad de riesgo”. Y por cierto que el mundo actual es temible, muy temible, pero no por las fuentes de riesgo que permiten racionalizar las excepciones, sino por el poder punitivo que liberan las propias excepciones y, mucho más quizá, por las fuentes de peligro que nos oculta.

Cuando algunos riesgos se exaltan hasta la paranoia, es claro que con ello se nos distrae, se nos obliga a concentrar nuestra atención en ellos y, de este modo, se nos ocultan o minimizan otros. Valga mencionar lo que nos sucede en este momento: se nos alimenta al máximo el riesgo ante las enfermedades y la delincuencia en cualquiera de sus formas, con lo cual pasa a segundo término el peligro de un poder punitivo liberado de todo control y camino del genocidio, como también los de una economía que privilegia la especulación por sobre la producción y la acelerada devastación del planeta que genera dudas acerca de la posibilidad de subsistencia de la vida humana en su superficie.

¿Qué ha logrado la guerra al terrorismo? Hasta el presente no ha sido capaz de detener nada. Unas miles de víctimas de crímenes masivos y aberrantes en Europa y Estados Unidos han sido motivo suficiente para arrojar por la borda los valores por cuya vigencia esos mismos países sacrificaron millones de vidas humanas en la última Guerra Mundial. Los países rectores en la defensa de estos valores, que merecen todo el respeto por el enorme sacrificio que hicieron para ello, tomaron prestado del derecho penal el concepto de prevención y lo aplicaron a la guerra (la guerra preventiva), mundializando la vieja doctrina colonialista de la seguridad nacional, cuyas consecuencias conocimos bien de cerca en Sudamérica.

Agencias de países con gobiernos y tradición democrática y políticamente liberal, han terminado cometiendo secuestros, desapariciones forzadas, torturas, entrega de prisioneros para ser torturados (*renditions*), instalando centros de detención clandestinos (en Polonia y en Rumania), conspirando sus gobiernos legítimos para ocultar los delitos de sus agencias, todo lo cual está perfectamente verificado (véanse sino los informes Marty del Parlamento Europeo), para terminar en una guerra de destino aún incierto y cuyos objetivos para nada parecen ser los declarados. Los gobiernos democráticos de los países señeros abdicaron de su autoridad moral, con riesgo de los valores que enseñaron al mundo.

Sin embargo, al mismo tiempo y bajo amenaza expresa de sanciones financieras, organismos en los que estos países son hegemónicos han chantajeado a nuestros gobiernos a través de burócratas internacionales —que de este modo justifican sus altos salarios— para que sancionásemos leyes antiterroristas, como si no existiesen los homicidios calificados, la instigación y la complicidad, la tenencia de explosivos y armas en nuestros códigos.

### III.

La otra fuente de emergencia por la que avanza la liberación del control del poder punitivo es el crimen organizado, pseudoconcepto de origen periodístico que en último análisis no es otra cosa que criminalidad de mercado, o sea, la oferta de servicios ilícitos en los agujeros de prohibición del mercado nacional e internacional.

Se trata de empresas criminales cuya altísima rentabilidad proviene del encarecimiento de la oferta que provoca la propia prohibición y cuya operatividad no sería posible sin la connivencia de algunos segmentos de los propios estados, o sea, dicho en términos más claros, que la criminalidad organizada es inseparable de la corrupción, al tiempo que ésta se facilita debido a la alta rentabilidad de la primera, que le posibilita una generosa distribución de ingresos ilícitos como parte del costo de sus servicios criminales.

Este círculo maléfico configura una trampa en la que quedan prisioneros todos nuestros países, obligados a la táctica suicida de liberar poder punitivo so pretexto de combatir la criminalidad de mercado, lo que no hace más que potenciar todos los aspectos letales del fenómeno.

Dado que el poder punitivo no los erradica sino que se limita a reducirlos, su ingerencia resulta en un aumento considerable de su rentabilidad. Por otra parte, como el poder punitivo opera selectivamente eliminando del mercado a los más vulnerables o débiles, provoca la concentración de la actividad y del capital ilícito en las empresas más fuertes y sofisticadas, con mayor poder corruptor. Dicho más claramente, el poder punitivo concentra y potencia el capital producto del ofrecimiento de los servicios ilícitos por parte de las empresas criminales más poderosas. Su poder corruptor comienza por las propias empresas destinadas a eliminarlas, pues es sabido que el sistema penal es en todo estado su rama más vulnerable a la corrupción, pero de inmediato pasa a otros niveles del aparato estatal, con el formidable riesgo de debilitar por su base a los partidos políticos y a todas las instituciones democráticas, en particular en nuestros países, debido a su fragilidad institucional.

A esto debe agregarse que en todo el mundo —y no sólo en nuestra región— se observa un gravísimo fenómeno de disgregación del poder estatal, consistente en la autonomización de las agencias ejecutivas que ejercen el poder punitivo respecto de la autoridad política, generando poderes independientes frente a ésta y competencia entre las propias agencias, que pasan a privilegiar su propia concentración de poder y dejan en el camino sus objetivos manifiestos.

La autonomización de las agencias ejecutivas tiende a reducir al poder político a una situación de impotencia frente a las amenazas de golpes de estado más o menos encubiertos o, al menos, de desestabilizaciones y condicionamientos electorales. El poder estatal se va anarquizando en manos de agencias autónomas en contacto confuso con empresas de servicios ilícitos. Con razón se repite que esta criminalidad no existe sin el complemento de la connivencia de segmentos estatales, pero la relación no es simple ni unidireccional, sino que se produce en forma de una red intrincadísima, respecto de la que cada día parece ser menor el espacio de acción que le va quedando a las cúpulas del poder político.

La criminalidad de mercado opera en nuestros días en el marco general de una economía mundial que le es particularmente favorable, pues el capital

especulativo —a diferencia del productivo— no es manejado por sus propietarios, sino por tecnócratas a los que se exige eficacia, entendida como la obtención de la mayor renta en el menor tiempo, so pena de retirarle la confianza y el capital y entregarlo a otro con mayor habilidad para tal objetivo. Esto da lugar a que, progresivamente, vayan cayendo todas las barreras éticas (y aún legales) en la economía supuestamente lícita, lo que genera zonas muy grises en que la licitud no es precisamente lo que queda más claro.

Una zona especialmente gris en medio de esta general confusión está dada por el reciclaje o blanqueo de dinero, que es otro de los tantos servicios ilícitos, progresivamente sofisticado, si no en parte aceptado con general indiferencia en los llamados refugios fiscales, públicamente conocidos. Pocas dudas parecen quedar acerca de que esta indiferencia —por así llamarla— indica que la masa dineraria que produce la criminalidad de mercado cumple una función macroeconómica mundial, pues de otro modo carece por completo de explicación.

#### IV.

La tercera fuente de miedo en el mundo que construye la comunicación masiva es la delincuencia urbana común o callejera. Si bien da lugar a una liberación relativamente limitada del poder punitivo, es ampliamente explotada por la demagogia vindicativa en cuya práctica ha alcanzado un alto grado de perfeccionamiento la comunicación social adecuada a la política regresiva en materia de libertades y garantías desarrollada por los Estados Unidos a partir de las administraciones republicanas, concretamente a partir de 1980.

Los procuradores electos en los estados de los Estados Unidos fueron los primeros creadores de la demagogia vindicativa y los inventores de las víctimas-héroes a medida que usaban sus cargos para lanzarse a la política partidista. Ellos individualizaron como los principales enemigos a los jueces, acusándolos de obstaculizar sus guerras contra el crimen. Pero esta despreciable demagogia se mantuvo contenida en los estados hasta que varios hechos políticos (derrota en Vietnam, fracaso de la tentativa de liberar a los rehenes en Irán, etc.), provocó el desprestigio de los organismos federales y permitió el ascenso de los gobernadores a presidentes (a partir de Reagan todos fueron ex-gobernadores hasta Obama que rompió la cadena, salvo Bush padre, que provenía de la CIA). De este modo la demagogia vindicativa se trasladó al gobierno federal.

El resultado fue un desplazamiento de recursos de los planes sociales al sistema penal, con un inaudito crecimiento del sistema penal que llevó a los Estados Unidos a ser hoy el país con el índice de prisionización más alto del mundo, superior al triste líder tradicional, que siempre había sido Rusia. Hoy pasaron largamente los dos millones de presos y otros tres millones controlados penalmente en libertad, cuando durante ciento cincuenta años habían

tenido un índice de prisionización relativamente bajo. El resultado práctico es que se trata del único país con alto ingreso *per capita* que mantiene un alto índice de homicidios, al tiempo que su sistema penal demanda tal cantidad de servicios que opera como variable en el índice de empleo.

Por supuesto que esto no puede ser imitado por ningún país del mundo, dado que a todos los restantes les interesa reducir o evitar el déficit fiscal, pero todo el mundo recibe a través de la comunicación la publicidad de semejante empresa formidable, mediante la comunicación de entretenimientos y la imitación —y a veces superación— de muchos comunicadores sociales de nuestros países, ávidos de *rating*. Nuestro entretenimiento se fue cargando de series policiales que muestran la represión y la violencia como única forma de resolver los conflictos y nuestra información se fue saturando de noticias rojas, que sólo compiten en espacio con las deportivas, dejando el resto para publicaciones especializadas. Los peores prejuicios racistas, clasistas y etarios se concentran en los estereotipos alimentados por la comunicación masiva.

Es altamente significativa la variación que sufre el espacio de noticia roja cuando surge otra fuente de miedo, como son las enfermedades o alguno de los otros frentes racionalizadores de liberación de poder punitivo. Sin duda que en la manipulación de miedos como *governance* este frente es residual respecto de las otras fuentes de emergencias temibles. No obstante, produce una elevación de los índices de prisionización en cárceles cada vez más superpobladas y con altos índices de mortalidad y morbilidad, como son por lo general las de nuestra región.

## V.

El poder jurídico de contención del poder punitivo retrocede como resultado de estas racionalizaciones de emergencias y excepciones con varios efectos. Nos detendremos sólo en los principales efectos lesivos de la vigencia de nuestras constituciones políticas.

Los políticos, por regla general, se sienten incómodos frente al poder de los jueces, pues todo poder —aunque lo disimule— siente cierto malestar frente a quienes lo controlan. La demagogia vindicativa les ofrece una magnífica oportunidad para amenazarlos y desprestigiarlos ante la opinión pública, con lo cual creen obtener invulnerabilidad ante el poder de control jurisdiccional.

Los jueces, por su parte, tienen una marcada tendencia a la burocratización, es decir, a obviar todo lo que pueda acarrearles dificultades con otros poderes, no sólo estatales, sino incluso frente a la comunicación masiva. Se trata de una de las mayores dificultades a tener en cuenta cuando se trata de programar la ingeniería institucional para estructurar un poder judicial democrático y plural. Cuando se le brinda al poder político —especialmente al ejecutivo— la oportunidad de avanzar sobre la jurisdicción, no es de extrañar que, si el poder judicial no está bien estructurado, la tendencia a la burocratización se haga

más manifiesta, los jueces se corporativicen y se replieguen, abandonando a su suerte a quien ha actuado correctamente, y de este modo, en pura defensa de su permanencia, opten por neutralizar su función constitucional, limitándose a prestar discreta legitimidad al ejercicio del poder punitivo de las agencias ejecutivas.

Los políticos partidistas, por su parte, siempre necesitados de publicidad e impotentes para hacer algo eficaz frente a la criminalidad y al poder de las agencias ejecutivas y sitiados por el discurso único de la demagogia comunicacional vindicativa, envían mensajes mediante leyes que amplían la autonomía de las agencias ejecutivas, con lo cual van sellando su destino, como los socialdemócratas alemanes cuando retiraron a los candidatos judíos de sus listas (se arrepintieron del error los sobrevivientes en el exilio).

A diferencia de lo que sucedía en los autoritarismos de entreguerras, en que el poder político controlaba la comunicación, ahora es ésta la que controla a los políticos, que están presos del discurso único de la vindicación demagógica de los medios y optan por responder doblándoles las apuestas, en una alocada carrera hacia la irracionalidad que, al tiempo que destruye su propio poder, va desbaratando la legislación penal, provocando un caos legislativo que viola abiertamente el mandato constitucional de certeza en materia penal, sin mencionar, por supuesto, la racionalidad y proporcionalidad de las penas.

Esta actuación de los políticos ante los medios sólo tiene un éxito coyuntural y pasajero, pero al mismo tiempo se vuelve tan notoria que alimenta una suerte de antipolítica muy peligrosa para el futuro de nuestras democracias.

Los jueces latinoamericanos no sentencian con códigos racionales, claros, sintéticos, tradicionales, sino con el triste producto de un conjunto de mensajes mediáticos coyunturales resultante de episodios olvidados y de víctimas-héroes devoradas por la vorágine de la información roja. Nunca en nuestra región el caos y la descodificación penal habían alcanzado el grado de contradicción e irracionalidad de nuestros días. Desde los albores de nuestras nacionalidades, nuestros próceres cuidaron los códigos penales, contrastando frontalmente con la subestimación y el desprecio que implica degradarlos a meros instrumentos de publicidad política.

## VI.

Por último, pero no por ello menos importante sino todo lo contrario, es necesario referirse a la perversión discursiva en torno del proceso penal en nuestra región.

Hace casi un siglo que von Beling, al introducir su derecho procesal penal, dijo que el derecho penal de fondo no le toca un solo pelo al delincuente. En nuestra región se verifica, desde siempre, que es el derecho procesal penal el que puede arrancarle la cabellera al ciudadano.

Entre los muchos presos de cualquier prisión latinoamericana encontraremos siempre muy pocos condenados. Entre el 70 y el 90% de los presos de nuestra región se hallan en prisión preventiva o cautelar. Sólo en caso de penas muy largas hay condenados cumpliendo los restos de sus penas del código penal en las prisiones, todos los demás cumplen una pena impuesta por el código procesal. Los índices de prisionización de nuestros países no dependen de la cuantía de las penas del código penal, sino de la regulación de la prisión preventiva o cautelar (o de la excarcelación) del código procesal penal. El discurso jurídico ha disfrazado de muchas formas —en general no muy creativas— el archivo definitivo del principio de inocencia.

Si bien es cierto que el discurso penal siempre es peligrosamente perverso, en nuestros sistemas penales el máximo de perversión lo aporta el discurso procesal penal. En nuestra realidad procesal se condena con el mero indicio —y a veces con la mera sospecha subjetiva basada en el estereotipo— que basta para fundar un auto de procesamiento o de prisión preventiva. La verdadera sentencia condenatoria es este endeble auto de prisión cautelar, en tanto que la sentencia formal asume la función de una revisión extraordinaria.

No existe institución alguna en que la perversión discursiva penal sea más clara que en el proceso penal latinoamericano. El derecho de ejecución penal casi es una utopía, pues opera únicamente en unos pocos casos en los que se ejecutan restos de penas muy graves. La regulación procesal de la prisión preventiva se tragó a las penas del código penal y a la consiguiente legislación de ejecución penal. Bajo la forma de ley procesal, el derecho procesal se comió al penal y al ejecutivo.

En tiempos recientes se ha desatado un escándalo en la doctrina europea con motivo del llamado derecho penal del enemigo. Sin desconocer el peligro que implica el concepto mismo y que debe fundar su rechazo absoluto, lo cierto es que lo que se propone respecto del enemigo en Europa, sin perjuicio de que sabemos que siempre se empieza de este modo y luego salta todos los límites, no es nada alarmante para nosotros, porque lo hacemos cotidianamente. Se propone someter al enemigo a medidas de contención o seguridad. Esto es lo que, desde siempre, hacemos en América Latina respecto de todo sospechoso. Nuestra práctica frente a cualquier sospechoso que corresponda al estereotipo de nuestras clases subalternas, es nada más ni nada menos que de derecho penal del enemigo.

Desde hace algunos años se vienen sancionando reformas procesales que pretenden poner fin a este fenómeno de inversión del sistema penal, aunque no parecen haber tenido mucho éxito. Se trata de reformas marcadas por el modelo de los Estados Unidos que le han permitido llegar a la ya mencionada tasa de prisionización. Aunque en nuestra región no ha tenido mucho éxito, en los Estados Unidos es verdad que les permitieron abatir su porcentaje de presos sin condena. ¿Qué fue lo que hicieron y lo que ahora pretenden que hagamos nosotros? Muy simple: condenaron a todos los sospechosos.

Para hacerlo instrumentaron un método muy expeditivo y sencillo al mismo tiempo: en lugar de mantenerlos como procesados hasta el juicio y la sentencia, decidieron suprimir el juicio y condenarlos con los mismos endebles elementos con que fundaban el auto de procesamiento. Para eso se procede a extorsionar al procesado, que se aviene a una pena algo más leve o enfrenta a un jurado que con casi absoluta seguridad lo condenará a una pena más grave.

¿Cómo funcionaría esto en nuestra región? De una manera similar. Los juicios orales son caros, para los jueces son tremendamente aburridos y extenuantes, no agilizan las sentencias sino que las demoran, los tribunales de juicio oral suelen colapsarse. Basta con que los jueces condenen en un porcentaje alto —a veces siempre— para que los defensores opten prudentemente por aceptar la negociación con el acusador y prescindir del juicio, llegando a la condena con el procedimiento abreviado, es decir, que se abrevia mediante la eliminación del juicio.

Realmente, nos hallamos ante el máximo de perversión del discurso jurídico latinoamericano: estos códigos se presentan ante la opinión jurídica y pública de nuestros países como la consagración del principio acusatorio más puro, y por cierto regulan un juicio oral bastante aceptable, pero a renglón seguido lo suprimen y acaban en un proceso sin juicio, o sea, en lo más inquisitorio que puede imaginarse.

Desafío a cualquier previsión del juicio oral, contradictorio, acusatorio, etc., a que a dos o tres años de su vigencia alguien me diga cuántos juicios orales se han hecho y si el número de éstos tiende a crecer. Veremos que casi todo se resolverá por el eufemísticamente llamado procedimiento abreviado, que el número de juicios orales será ridículamente ínfimo en comparación con éste, que tenderá a disminuir y que en casi todos los casos de juicio oral los procesados serán condenados. Clara y simplemente, llegamos a un proceso penal sin juicio, instaurado con el pretexto de garantizar el juicio.

Se trata de la más perfecta consagración del principio inquisitorio, pues el procesado se ve forzado a confesar su culpabilidad, porque de lo contrario es amenazado con una pena más grave o con una permanencia mayor en la prisión si es que su cautelar lo acerca a la pena que le ofrece el acusador. La diferencia con el inquisitorio tradicional de la edad media es que no se lo fuerza mediante tortura, sino mediante amenaza de penas más prolongadas. Además, como en el acusatorio las pruebas las reúne el acusador (ministerio público), se invoca el acusatorio para condenarlo con las mismas pruebas que éste ha reunido para fundar la prisión preventiva, o sea que, en definitiva, se cumple una formalidad para que la prisión preventiva pase a ser sentencia condenatoria.

De este modo —y aunque aún no haya dado los resultados esperados— hemos alcanzado el más alto grado de hipocresía jurídica. El discurso jurídico ha caído a su más bajo nivel de degradación. La manipulación con la que se disfraza de acusatorio el inquisitorio y se proclama voluntaria la confesión del procesado que pide su propia pena es comparable a las expresiones jurídicas

con que en la edad media se ocultaba la tortura y se decía que las procesadas admitían voluntaria y hasta espontáneamente su culpa, como lo denunciaba en 1631 el jesuita Spee en su *Cautio criminalis*, adelantando las críticas de Becaria en más de un siglo.

## VII.

En síntesis, nos hallamos ante una gran crisis que no es penal ni procesal, quizá tampoco constitucional siquiera, sino que es directamente política y civilizatoria.

Son los valores de la modernidad, centrados en la dignidad de la persona, los que están siendo desconocidos y degradados.

La edad media no sólo no parece haber terminado sino que rebrota con fuerza.

Se nos controla mediante el miedo, se nos construye una realidad que nos amenaza con el terrorismo, que sirve de pretexto para generar guerras que causan más víctimas inocentes que el propio terrorismo.

Se nos amenaza con la criminalidad de mercado y se incide sobre éste para concentrar y potenciar las empresas criminales y debilitar las instituciones estatales.

Se nos amenaza con la criminalidad común y se la reproduce en cárceles que se degradan en campos de concentración. Perdimos la certeza acerca de lo prohibido con legislaciones caóticas, al grado que ningún catedrático de derecho penal puede tener la certeza de que dispone de todas las leyes penales de su país.

Tenemos un proceso penal que ejecuta penas antes de la sentencia. Ahora pretendemos resolverlo con el último grito de la moda importado de los Estados Unidos: suprimiendo el juicio y vendiendo esta aberración como la realización del proceso contradictorio y acusatorio, cuando en realidad no hemos hecho más que montar una máquina de condenar a fuerza de extorsión y con la sola voluntad del investigador y acusador.

El avance del poder punitivo autonomiza a las agencias ejecutivas que ponen sitio y amenazan al poder político.

Los políticos están presos del discurso único de medios de carácter vindicativo demagógico: o se pliegan a éste o son estigmatizados como responsables de la criminalidad.

Los jueces son exhibidos como cómplices de los delincuentes cuando asumen sus deberes constitucionales.

Es decir, vivimos el más marcado retroceso de los derechos humanos desde la posguerra.

En esta coyuntura difícil, la ciencia jurídica —constitucional y penal— se halla ante una encrucijada: puede optar por un camino idealista, normativista, ignorando la realidad del mundo so pretexto de una supuesta condición asépti-

ca, y proyectando una jurisprudencia burocrática y confortable, o bien, hacerse cargo de la realidad introduciendo en el discurso jurídico los datos del mundo y proyectando la optimización jurisprudencial del uso de su limitado poder jurídico de contención ante el poder punitivo que amenaza con descontrolarse nuevamente, reiterando tristes y letales episodios históricos.

El primer camino será el menos plagado de dificultades burocráticas, quizá el más aplaudido del momento, pero nadie lo salvará del desprecio de la historia y tampoco del de nuestros pueblos a medida que reaccionen cuando la situación que tiende a agravarse se torne insostenible. El segundo ofrecerá de momento muchas dificultades, pero salvará a la ciencia jurídica ante el juicio de la historia y de los pueblos. Además, tendrá la virtud de ser el único compatible con una ética humanista o, simplemente, con la ética.

¿ES POSIBLE EL MUNDO SIN RESPONSABILIDAD?  
NOTAS SOBRE RESPONSABILIDAD Y COMUNIDAD

Por JAIME MALAMUD GOTI

I.

Como un amplio número de humanos, quienes nos ocupamos de cuestiones fundamentales de la responsabilidad moral y criminal, actuamos de acuerdo con la noción de que, salvo excepciones, somos responsables de nuestros actos<sup>1</sup>. El uso habitual de la reprobación, la censura, el elogio y agradecimiento expresan la percepción de que atribuimos a otros la suficiente autonomía para merecer el trato que despiertan sus méritos y faltas. A diferencia de otros humanos, sin embargo, filósofos y juristas, con frecuencia ponemos en duda la validez de esta creencia para preguntarnos si la responsabilidad que damos por sentada se apoya en cimientos confiables. Esta duda es, salvo excepciones, una preocupación esencialmente intelectual ya que, más allá de ella, y a pesar de ella, propiciamos, casi invariablemente, premios y sanciones formales e informales de acuerdo con los merecimientos que adjudicamos a otros. Andrés D'Alessio fue una de las personas con quien hemos compartido la manía de debatir estos temas hasta el absurdo. O quizá, peor aún, los debatimos sin advertir que eran absurdos desde un inicio. Sea como sea, guardo el recuerdo nostálgico de estas conversaciones y es por eso que he de dedicarle este ensayo a Andrés con la aclaración de que así como los amigos nos dejan a veces, los interlocutores que ellos mismos encarnaron permanecen vivos entre nosotros ya que las discusiones permanecen con porfía en nuestra cabeza. Retorno entonces al tema de nuestra responsabilidad moral.

Con relación a la responsabilidad legal —me refiero a la penal— nos parece evidente que detrás de cada castigo criminal —que es una de las formas enfáticas de censurar— debe haber mediado alguna falta moral. Esta relación entre moralidad y justicia criminal es tal que la culpa moral es el sustrato gene-

<sup>1</sup> Describo esto imprecisamente aunque me ocupo de la cuestión de cuáles de las cosas que suceden entran en el ámbito de nuestra responsabilidad en MALAMUD GOTI, Jaime, “Lo que nos puede tocar en suerte: reflexiones sobre responsabilidad y subjetivismo”, en *Nueva doctrina penal*, Buenos Aires, del Puerto, 2004/A, ps. 9-17.

ral de la responsabilidad y el castigo. Se aplica tanto a las pequeñas transgresiones legales como a los más grandes crímenes. Telford Taylor, Fiscal General en Nüremberg, expresó este criterio al comienzo de los juicios más notorios y debatidos del siglo XX. Taylor declaró que la justa persecución criminal exige algo más que una transgresión legal, especialmente la pertenencia a un grupo político o a una organización criminal como la SS o los Einsatzgruppen<sup>2</sup>. La persecución penal de los jefes nazis y los industriales, médicos y altos funcionarios políticos alemanes, debía apoyarse también en la violación de algún deber moral sustantivo<sup>3</sup>. Solemos coincidir con esta opinión. Por lo general, consideramos que es condición necesaria para la justicia de un castigo que, en razón de lo que hizo, quien lo padece es acreedor a una condena moral de acuerdo con algún criterio vigente. De esta manera, impugnamos cualquier castigo si consideramos que el agente no merece nuestro reproche. Aunque objetemos las formas que puede asumir este castigo en diferentes sociedades, abogamos para que quienes burlan nuestros principios “reciban su merecido”. Reclamamos así el castigo de aquéllos que infringen la dignidad y los derechos de otros, declaramos que actos semejantes deben ser castigados y nos vemos defraudados si esto no ocurre. La respuesta mundial a las violaciones de derechos humanos durante las últimas décadas ha puesto más que nunca en evidencia este anhelo generalizado.

La condena y el castigo son, en efecto, temas arraigados en cada comunidad a pesar de que —o a lo mejor, precisamente, porque— en su misma raíz, mantienen vigencia los grandes dilemas y misterios que encierra la moral. Uno de estos enigmas consiste, precisamente, en el motivo por el cual es para nosotros tan importante que ciertos transgresores terminen castigados. Es cierto que hay también abolicionistas, especialmente entre los académicos. Estos sostienen que el castigo es verdaderamente injustificable y que, por lo tanto, él no comporta otra cosa que un mal más a erradicar. Yo pienso que cabe pre-

<sup>2</sup> Pienso que esta tesis ha sido desbaratada en los últimos tiempos por la influencia anglosajona de la *felony murder rule* y por la doctrina continental de la empresa común ya que ambas doctrinas sostienen que, para ser responsable por un resultado cualquiera, basta formar parte de un grupo orientado a la violación de derechos fundamentales. En contra de los postulados fundamentales del tradicional principio de culpabilidad, bastaría ser el cocinero de los guardias de un campo de exterminio para ser hecho responsable de los asesinatos que perpetran los últimos. En cuanto a este punto, y con especial referencia al caso de Ivan Demejuk (Ivan el terrible), le estoy agradecido a Lawrence Douglas, de Amherst College, por la excelente presentación en un curso en el verano del 2010 en la Universidad Von Humboldt, Berlín, en el que ambos enseñamos.

<sup>3</sup> Ver TAYLOR, Telford, “Selection of Defendants”, en *Final report of the Secretary of the Army on the Nuremberg war crimes trials under control council law No. 10*, Washington D.C., 15/8/1949, ps. 73-85 (Library of Congress, Catalog Card No. 97-72142; reimpresso en William S. Hein & Co., Inc., Buffalo, Nueva York, 1997). Es cierto, no obstante, que la noción de alta moral fue muy ampliamente interpretada. La condena de Ernst von Weizsäcker, ex Secretario de Relaciones Exteriores, consideró que la falta moral del nombrado había consistido en no declarar su oposición al régimen. Más concretamente, por no hacerle conocer su opinión a los funcionarios de la SS que lo entrevistaron en alguna oportunidad (ps. 84-85).

guntarse cuán seriamente se toman los abolicionistas a sí mismos. Mi duda surge de que estos abolicionistas no suelen reaccionar cada vez que alguien es castigado como si fuese la víctima de un acto coercitivo ejecutivo por particulares: que cada día que alguien padece en prisión equivalga a verse encerrado por otro particular o que la imposición de una multa sea sinónimo de una sustracción. Ya que para ellos el castigo no es más que violencia institucional sin justificación, los abolicionistas tendrían que responder a cada ejecución de una condena criminal como si fuera un secuestro. De hecho, mientras continúan las dudas sobre si es legítimo adjudicarnos responsabilidad moral y criminal unos a otros, la censura, la condena y el castigo formal han pasado a ser, donde quiera que haya un estado centralizado, prácticas arraigadas. Esto incluye, por supuesto, a las sociedades más respetuosas de la libertad y dignidad de sus ciudadanos.

Hay varias razones para que la justificación de la responsabilidad moral y penal continúe eludiéndonos. La primera es empírica y no me interesa discutirla aquí. Esta radica en la inhumanidad del castigo criminal en la mayor parte del mundo. Son, hoy por hoy, muy frecuentes las noticias sobre la aplicación de la pena de muerte y sobre cárceles hacinadas en las que reina la corrupción administrativa y la violencia. Pero hay también, respecto de la legitimidad del castigo, problemas conceptuales. Uno de ellos radica en que el mayor esfuerzo por explicar y justificar la práctica de culpar a otros se basa en la suposición de que éstos son, como nosotros mismos, individuos autónomos<sup>4</sup>. De esta manera, echarle la culpa a alguien —censurarlo y condenarlo— implica atribuirle una voluntad mal orientada. Expresiones como estas implican que el transgresor ignoró las razones correctas cuando, como es obvio, tuvo la capacidad de captar estas razones y guiarse por ellas al actuar. Lo cierto es, sin embargo, que la voluntad y la autonomía suscitan numerosas objeciones de modo que el terreno es, hoy por hoy, lo suficientemente inestable para intentar construir en él la noción de responsabilidad. La causa principal de esta inestabilidad radica, según yo lo entiendo, en que el empeño por establecer nuestra propia autonomía queda atrapado entre los dos cuernos de un dilema. El primero de estos cuernos finca en la necesidad de encontrar el origen de lo que hacemos, como un intento de darle sentido, y esto nos fuerza a explicarlo causalmente. Esta es la base del determinismo y puede consistir en una amplísima variedad de explicaciones, de modo que existe un número inabarcable de versiones acerca de lo que significa estar afiliado a la tesis central de esta doctrina. Ésta puede así partir desde las macro-descripciones históricas y sociológicas, hasta las micro-explicaciones psicológicas (como lo es partir de nuestros motivos<sup>5</sup>) y las versiones naturalistas que explican la acción en términos tales como im-

<sup>4</sup> FRANKFURT, Harry G., “Concerning the freedom and limits of the will”, en *Necessity volition and love*, Cambridge, 1999, ps. 71-81.

<sup>5</sup> Este es el camino que adoptó Schopenhauer en la primera mitad del siglo XIX. Ver así SCHOPENHAUER, Arthur, *Prize essay on the freedom of the will*, Cambridge, 1999.

pulsos eléctricos y alteraciones químicas. El segundo cuerno radica en suponer que somos los dueños y señores de nuestros actos. Que cada vez que decidimos qué hacer, actuamos sobre nuestra capacidad, incondicionada, de darle un origen espontáneo a nuevos cursos causales. Como veremos, estas dos premisas son incompatibles.

Con relación a nuestra autonomía —suele decirse, y con razón— se abren dos caminos alternativos: el del determinismo y el del indeterminismo. El primero consiste en sostener que sólo las referencias causales constituyen un punto de partida para explicar las acciones que emprendemos: principio de la razón suficiente, la noción de causa eficiente, y la *conditio sine qua non*<sup>6</sup>. Suele agregarse que estas explicaciones son compatibles con la creencia de que, de alguna manera, éstas no invalidan los juicios morales y que son, entre otros, reproches, condenas y elogios. Este es el llamado optimismo (o compatibilismo). Por lo general, los optimistas argumentan que lo que legitima estas prácticas es que el mundo está mejor con ellas ya que tienen incidencia sobre nuestros actos futuros a los que, en algún grado, motiva. Los elogios incentivan la repetición de acciones beneficiosas mientras que las condenas y los reproches desalientan la imitación. Lo que, con todo, le resulta difícil sostener a un determinista es que, para nosotros, es legítimo reprochar y condenar una acción no por los efectos del reproche sino porque ésta nos parece inmoral, irracional, injustificable. Yo te reprocho —justificadamente a mi entender— que te hubieses alzado con mi billetera por más que el hecho se haya mantenido en secreto y que una limitación física te haga imposible repetir la acción. Por oposición a la idea compatibilista, el pesimismo (o incompatibilismo) afirma con razón que los optimistas están equivocados. El hecho de que la condena moral y el castigo puedan modificar comportamientos futuros no es una justificación suficiente. La conveniencia general de una práctica no puede invalidar la inmoralidad de castigar a un inocente y los compatibilistas no aportan buenas razones en contra de esto último. Si es cierto que la voluntad del agente pudo verse atrapada por los cursos causales naturales, la consideración de futuras acciones —suyas y de terceros— comporta una injusticia, la imposición de un sacrificio a un individuo dirigido a beneficiar a otros. Esta posición es la llamada tesis determinista-incompatibilista, para la cual, responsabilidad y determinismo son nociones incompatibles. Esto es así, sin ir más lejos, porque la responsabilidad presupone la posibilidad de obrar de otra manera y el determinismo niega esta alternativa si coloca a cada acción y a su agente dentro de un proceso causal

<sup>6</sup> John Searle advierte con acierto que así como no hay razones prácticas suficientes para el futuro, estas mismas razones sí son suficientes respecto del pasado. Si las razones para el futuro son suficientes, éstas dejan de ser razones para transformarse en causas. Hace a la naturaleza de una razón (futura) que ésta deba dejar lugar para la opción. Pero esto no ocurre respecto de las pasadas: el necesitado era mi amigo y esto me impelió a donarle toda mi fortuna; hace de la amistad una razón suficiente para haber hecho lo que hice. SEARLE, John, *Rationality in action*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2001.

más amplio, de modo tal que la mente y el cuerpo que ejecutan el acto aparezcan como meros mecanismos que obedecen a las leyes de la necesidad.

La llamada idea libertaria, por oposición al determinismo, defiende la idea según la cual la circunstancia de ser autónomos nos fuerza a aceptar que nuestros actos no son susceptibles de explicaciones causales<sup>7</sup>. Ni el determinismo optimista ni el indeterminismo resultan satisfactorios. Las objeciones que ambos desatan conducen al dilema que he señalado y que se cifra en la siguiente alternativa: el primer cuerno del dilema, el del determinismo, permite hacer inteligibles nuestros actos a través de explicaciones causales. Si son satisfactorias, estas explicaciones tienen que arrancar de procesos que anteceden a la acción por la sencilla razón de que apuntan a explicar esta misma acción. Estos procesos nos imponen, sin embargo, el costo de negar nuestra autonomía. El determinismo implica que nuestros actos son nada más que un tramo —no el origen— de eventos exteriores a nosotros<sup>8</sup>. En lugar de darles origen con un acto de voluntad (espontánea), nuestra acción, por así decirlo, ya está inserta en este proceso. Para esta versión no somos, en realidad, agentes ejecutores de acciones sino que lo que hacemos es el resultado de acontecimientos que nos involucran.

El segundo cuerno radica entonces en que, para superar la objeción que acabo de señalar, podemos afirmar que somos el origen mismo de los cursos causales que se derivan de nuestra acción. Pero cuando explicamos lo que movió al agente a hacer lo que éste hizo, sumergimos a este agente en un desarrollo causal que precede a su voluntad y del cual la última es solamente un segmento. Quien actúa de acuerdo con esta idea deja de ser, en rigor, un verdadero agente para transformarse en una pieza de cursos causales precedentes. De esta manera, para mantener nuestra condición de agentes, nos vemos tentados a negar la necesidad de reconducir el proceso causal a instantes anteriores a nuestra intervención. Sólo podemos defender la idea de nuestra autonomía si partimos de la base de que los acontecimientos que nos adjudicamos se originan en nuestra misma voluntad. Si esta suposición permite salvaguardar nuestra autonomía, ésto es a expensas de omitir explicar cómo es que terminamos por hacer lo que hicimos. Nuestros actos habrán dejado así de ser inteligibles. Advuértase entonces, que es difícil defender el indeterminismo porque un evento que no podemos explicar causalmente no es en realidad tampoco la expresión de nuestra autonomía. Es, más vale, sólo un hecho arbitrario, caprichoso, sin sentido<sup>9</sup>. Por esto, porque la causalidad es para nosotros el punto de partida para explicar los procesos de cambio, ni el determinismo optimista ni el inde-

<sup>7</sup> Robert Nozick intenta hacer persuasiva esta idea, ver NOZICK, Robert, *The nature of rationality*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 1993, p. 72.

<sup>8</sup> NAGEL, Thomas, "The problem of autonomy", en O'CONNOR, Timothy (ed.), *Agents, causes and events*, Oxford, 1995, ps. 33-42.

<sup>9</sup> Ver DENNET, Daniel, "Giving libertarians what they say they want", en O'CONNOR, Timothy (ed.), *Agents...*, cit., ps. 43-55.

terminismo resultan satisfactorios para cimentar la noción de responsabilidad. Para decirlo una vez más: no podemos explicar la dirección que adopta nuestra voluntad sin admitir que ella es sólo un efecto de causas que la anteceden. Pero negar la existencia de éstas últimas implica negar que nuestros actos admitan explicación y, por ello, desconocer la existencia de sentido en los mismos. No veo forma de superar este dilema,<sup>10</sup> pero la cuestión es entonces si es necesario el planteo que conduce al mismo dilema.

Yo intento aquí tomar otro camino que aquel orientado a demostrar la libertad o espontaneidad de nuestra voluntad: me propongo mostrar que la noción de responsabilidad moral se origina en la manera de relacionarnos unos con otros. Esto tiene, como se verá, consecuencias en las relaciones entre nuestra percepción de la autonomía y la comunidad. Sin esta responsabilidad, tal y como la conocemos, nuestra vida resultaría insostenible. En este breve trabajo me ocupo de la responsabilidad moral en relación con dos aspectos esenciales de nuestras concepciones éticas. El primero de ellos se refiere a la posibilidad de ser responsables por nuestros actos y sus consecuencias. El segundo se refiere a las relaciones que existen entre las nociones de responsabilidad moral y comunidad. Peter Strawson, adelanto, construye la noción normativa de comunidad sobre las mismas ideas sobre las que erige la idea de responsabilidad. Por último, explico cómo es que la idea que defiendo está ligada a la naturaleza misma de ciertos juicios morales.

## II.

En *Freedom and Resentment*<sup>11</sup>, Peter Strawson vincula la cuestión de la responsabilidad moral con las emociones que suscitan en cada uno de nosotros las acciones de otros. Cuando se nos presentan como actos voluntarios<sup>12</sup>, éstos, provocan en nosotros lo que Peter Strawson llama “emociones reactivas”. Es muy probable que experimente resentimiento respecto del adulto que me arroja una piedra desde la vereda de enfrente. Como habrá de verse, este resentimiento —y otras emociones similares— permite establecer la naturaleza de nuestras relaciones interpersonales y que exigen, como se verá, la posibilidad de atribuirle responsabilidad a otros:

<sup>10</sup> Ver NAGEL, Thomas, “The problem...”, cit., ps. 33-42 y DENNET, Daniel, “Giving libertarians...”, cit., ps. 43-55.

<sup>11</sup> El texto original corresponde con la presentación de Peter Strawson en la Academia Británica en 1963. El trabajo fue publicado en diversos lugares. Yo he consultado los textos publicados en STRAWSON, Peter, “Freedom and resentment”, en FISCHER, John Martin - RAVIZZA, Mark (eds.), *Perspectives on moral responsibility*, Cornell University Press, Ithaca, NY, 1993, ps. 45-66 y WATSON, Gary (ed.), *Free will*, Oxford, NY, 1982, ps. 59-80.

<sup>12</sup> Uso el término “voluntario” en un sentido amplio y lo uso aquí como contrapartida de la coerción y el error.

1. En primer lugar, nuestras acciones, tal y como las conocemos, son susceptibles de ser explicadas en términos causales. El determinismo es, así, verdadero.

2. En segundo lugar, tal y como nos relacionamos con otros, damos por descontado que resulta con frecuencia justo reprochar, reprobamos y condenamos a estos otros o lo que hacen.

Si estamos de acuerdo con la primera premisa, se tratará, cabe advertir, de deterministas optimistas y pesimistas según si aprueba la segunda. Los optimistas lo hacen; los pesimistas la rechazan. El tema de *Freedom and Resentment* es entonces superar a los pesimistas, y para quienes, reitero, si aceptamos la validez de las explicaciones causales, debemos entonces renunciar a la noción de responsabilidad moral: si actuamos de acuerdo con las reglas de la causalidad es porque no gozamos de la facultad de optar. Porque no podemos optar, no hay una base sobre la cual apoyar nuestra responsabilidad. Esto último quiere decir que hasta ahora no se ha establecido que determinados procesos causales encuentran en realidad su origen en nuestra propia autonomía<sup>13</sup>. Respecto de la idea de actuar libremente, podríamos suponer que, si la autonomía no existiese, la noción misma de responsabilidad estaría, como lo sugiriera, apoyada en una nube de humo. Adelanto que la idea de Strawson consiste en comprobar la medida en que las relaciones interpersonales, tal y como las concebimos, se basan en considerarnos unos a otros responsables por nuestra conducta. Lo cierto es que si no admitiésemos la responsabilidad que nos cabe como agentes —según prácticas aceptables— nos veríamos obligados a deshacernos de una cantidad de otras prácticas tan cotidianas como familiares. A modo de ejemplo, tengo en mente la censura, el reproche, la desaprobación y la condena. Pero si estas prácticas no fuesen justificables, tampoco lo sería agradecer, elogiar y encomiar. La consecuencia es que no podríamos justificar la construcción de tribunales y cárceles pero tampoco deberíamos, si fuésemos consistentes, erigir monumentos a nuestros héroes ni premiar esfuerzos valiosos. Tanto la primera como la última —los pesimistas deben por fuerza reconocer— se asientan en la noción de que lo que hicimos fue producto de nuestra autonomía. Y si actuar mal se desprende de nuestra mala voluntad, no hay razón para sostener que no lo es, en cambio, actuar en bien de los demás. ¿Por qué la diferencia?; ¿Qué sentido puede tener agradecerle a alguien sus obsequios si nuestro benefactor actuó con una pistola en la sien? Hay acciones que suscitan emociones reactivas: resentimiento e indignación. Hay otras, en cambio, que despiertan nuestros elogios y agradecimiento. Pero la condición necesaria para el nacimiento y evolución de estas emociones, el marco en que ellas ocurren, se sostiene en

<sup>13</sup> Dejo de lado aquí la tesis indeterminista, para la cual los procesos causales desencadenados por nuestras acciones comienzan con un acto de voluntad, una decisión (respecto de este tema, ver WILLIAMS, Bernard, "How free does the will need to be?", en *Making sense of humanity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, ps. 3-21).

la clase de relación que mantenemos unos con otros en general y, en especial, con el agente objeto del reproche (o el elogio).

Hay, desde esta perspectiva, dos clases de relaciones interpersonales: las relaciones externas y las internas. Estas categorías se corresponden con las nociones de objetividad y subjetividad. Las primeras son característicamente inter-personales: estas relaciones están caracterizadas por protagonistas que se tratan unos a otros como iguales y como individuos autónomos. Estas relaciones son, por así decirlo, horizontales: nos tomamos las razones que damos con igual (o similar) seriedad. Las segundas son relaciones esencialmente verticales y por eso mismo impersonales. Estas últimas son maneras particulares de conectarnos con otros ubicados, con respecto a nosotros mismos, en una situación especial. Esta situación es aquella en que observamos y entendemos a terceros como individuos cuya conducta queremos entender y predecir. Típicamente, estas situaciones se dan cuando intentamos proyectar políticas sociales y tratamientos psicológicos de distinta raigambre. Tienen también lugar cuando intentamos simplemente preservarlos de ciertos daños y riesgos que amenazan a éstos o a terceros. Puedo distinguir tres clases de situaciones en las cuales son frecuentes las relaciones externas: 1. Cuando observamos que la conducta de ciertos individuos está —para nosotros, al menos— sujeta a circunstancias que limitan su capacidad<sup>14</sup>. Ciertos individuos no son en realidad candidatos a entrar en relaciones de reciprocidad ni sus conductas aparecen objeto de expectativas que mantenemos con respecto a otros. Entre otros, estos son los niños y ciertos dementes. 2. Cuando observamos al actor sujeto a limitaciones visibles: me refiero a personas a quienes consideraríamos sujetos autónomos, candidatos a relacionarse con nosotros en un pie de igualdad, pero las circunstancias en las que se forma su voluntad se encuentra visiblemente disminuida. 3. Cuando, con independencia de las aptitudes del agente, mantenemos con éste una relación especial y en la cual este individuo se encuentra sujeto más que nada a nuestra observación y, con frecuencia, a nuestro intento de predecir y modificar sus actos futuros. Paradigmáticamente, el caso de los pacientes psiquiátricos en el sentido más amplio.

El agente, por ejemplo, enfrenta la amenaza de un serio daño cuando el asaltante le apunta con su pistola a él o a alguien cercano a él. Pero las limitaciones del agente pueden no ser directamente perceptibles para quienes mantienen expectativas respecto de él. La limitación del actor puede quedar en evidencia sólo si reparamos en el sentido de sus actitudes. Me refiero al psicótico que revela su condición patológica recién al comportarse con una considerable incoherencia o después de someterse a un examen psiquiátrico. Hay así relaciones propiamente “externas” aunque ninguno de los agentes exhiba alguna de las disminuciones que he sugerido. Las últimas son relaciones en las que

<sup>14</sup> No intento refutar las tesis de la anti-psiquiatría. Permitaseme tomar el ejemplo como si éste se correspondiese con la realidad.

resulta convencionalmente legítimo que por lo menos uno de los sujetos “objetivo” al otro. Esto significa que no se toma realmente en serio las razones en que el otro apoya sus proposiciones. El caso del psiquiatra, el experto en tests, el encuestador y cierta clase de docentes. Estos individuos están autorizados a examinar lo que hay detrás de las razones que le ofrece su interlocutor en lugar de limitarse a aceptar o rechazar estas razones. Este proceso exige que uno de los participantes “suspenda” sus emociones reactivas respecto del otro y para esto es necesario mantener al último fuera del alcance de las expectativas del primero. El primero observa al último, por ejemplo, como un objeto de estudio, alguien cuya conducta debe entender. Las consecuencias de esta distinción entre relaciones internas y externas son vastas.

Mantenemos con alguien una relación interna cuando esperamos respecto de ella observancia de normas morales y reglas de cortesía de manera que nos resiente o indigna la transgresión de estas reglas. Precisamente, por carecer de estas expectativas, no nos conmueve, en cambio, lo que hacen aquéllos con respecto de los cuales nos vinculan relaciones del segundo tipo, esto es, externas. El hecho de que quien me afecte con sus actos sea un niño o alguien presa del terror puede provocarme incomodidad, desagrado y hasta sufrimiento. Pero estas emociones son diferentes del resentimiento y la indignación. En último caso, nuestro entendimiento de alguien o de su acto es un juicio característicamente moral<sup>15</sup>.

La distinción entre relaciones internas y externas apunta al hecho de que las primeras se originan entre quienes se perciben unos a otros como agentes dotados de autonomía y esto le confiere a sus acciones la jerarquía moral de las propias. Son relaciones internas porque no observamos a estos actores con la objetividad y distancia con que lo hacemos respecto de alguien cuya conducta sólo intentamos explicar, de modo que nos empeñamos en lograr que, en la medida de lo posible, esto ocurra más allá de la interferencia de nuestras emociones. Una persona visiblemente loca o un niño pueden importunarnos, dañarnos e infligirnos sufrimientos de considerable magnitud. Lo que no hacen —si los contemplamos como locos y niños— es provocarnos rencor, resentirnos, indignarnos. Los hemos tomado, de alguna manera, simplemente como objetos en el sentido en que los psiquiatras toman a sus pacientes. Algo diferente ocurre con las relaciones internas.

A diferencia de lo que nos ocurre con respecto de alguien cuya voluntad se nos muestra limitada, que se vea, por lo general, de alguna manera incapacitado, las relaciones personales “perceptiblemente” libres resultan más complicadas. Cuando nos afectan negativamente, los actos intencionales o desaprensivos de estas personas desencadenan en nosotros resentimiento e indignación. A diferencia de la indignación, Strawson llama resentimiento a la emoción que experimenta la víctima esto es, quien se ve, en un sentido amplio pero direc-

<sup>15</sup> STRAWSON, Peter, “*Freedom...*”, cit.

tamente, afectado por la transgresión.<sup>16</sup> Lo que ha ocurrido con estas personas es que sus acciones frustran expectativas normativas propias de la interacción entre iguales. Hemos supuesto que estos individuos se encuentran sujetos a reglas y principios que sustentamos y que nacen de nuestra confianza y empatía. Esperamos de estas personas lealtad y el respeto a principios y reglas de convivencia que suscribimos. Las expectativas surgen así de situaciones impersonales o personales, regidas por reglas informales y formales que la generalidad acepta, entre otras, consideración, sinceridad, urbanidad, cortesía, cuidado y decencia. Estas son las reglas y principios que conforman el soporte sobre el que descansan tanto nuestras expectativas respecto de otros como de éstos con relación a nosotros mismos. La transgresión de estas reglas suscita nuestro resentimiento e indignación y de una u otra emoción, reproche, desaprobación y condena. De la misma manera, suelen despertar culpa y remordimiento cuando los transgresores somos nosotros mismos.

En su aspecto más común, la base de nuestro reproche y condena se origina, primero, en nuestra adopción de ciertas reglas y principios de convivencia. Segundo, en la simple confianza general de que los demás observarán estas mismas reglas. Conforme a éstas debemos a los demás consideración y respeto, ya que abarcan desde las relaciones íntimas hasta las más impersonales. En su modalidad básica, las últimas se refieren al hecho de contar con una mínima consideración por parte de otros. Cuando me cruzo con un peatón desconocido, es razonable para mí esperar de éste que, como yo, se abstenga de apartarme de su camino de un empujón. Ante la frustración de expectativas como esta, no podemos intentar eliminar el resentimiento o la indignación sin antes suprimir la clase de relación y las resultantes expectativas que dan origen a estas reacciones emocionales. Me refiero a la confianza y respeto de los cuales resultan las expectativas que deposito en el transgresor. De esta manera, reitero, son estas mismas confianza y respeto el soporte de la expectativa frustrada. Negarle responsabilidad moral, en el sentido indicado, a aquéllos con quienes mantenemos relaciones internas equivale, por fuerza, a colocarlos en la misma situación en que se encuentran con respecto a mí mismo aquéllos sujetos a limitaciones perceptibles, como las que expliqué. La situación de quien padece estas limitaciones nos vuelca, entonces, a negarles también nuestra confianza y el respeto que invertimos en nuestros pares morales.

De esta manera, la argumentación de Strawson parece superar el dilema (determinista) pesimista-indeterminista. Según el pesimista, no hemos logrado demostrar hasta el día de hoy que sean justificables la inculpación y la censura. El indeterminista, en cambio, no encuentra una manera de explicarnos por qué él o un tercero han actuado como lo hicieron. Desde el punto de vista de cada uno de nosotros hay, sin embargo, quienes aparecen como individuos autónomos y quienes no. Es cierto que aún subsiste la objeción metafísica. Hay

<sup>16</sup> *Ibid.*

quienes piensan que una tesis como la que presento no demuestra nuestra autonomía y que, en ausencia de esta demostración, condenar y censurar carecen realmente de justificación. Éstos insistirán en que su objeción no se ve neutralizada por el hecho de que las prácticas sean muy caras a nuestras costumbres y tradiciones o que abandonarlas es poco menos que imposible. Esto no significa entonces, reiteraría el pesimista, que es justificable condenar a otros. Para refutar la tesis de Peter Strawson, Galen Strawson adopta un camino de este tipo<sup>17</sup>. Los argumentos de los pesimistas, afirma G. Strawson, se mantienen tan firmes como al principio. Freedom and Resentment se basa en nuestras relaciones interpersonales y éstas, es cierto, dan origen a las expectativas que Peter Strawson ha identificado como emociones reactivas. Pero aceptar la realidad de estas emociones no es equivalente a justificarlas. A nosotros nos interesa la autonomía de aquellos agentes con quienes mantenemos relaciones internas.

El intento de ponerle punto final a la cuestión a través de las emociones que suscita nuestra percepción de lo que le ocurre a otro implica desplazar el problema en lugar de resolverlo<sup>18</sup>. A nosotros nos preocupa la libertad del agente y este es el centro de gravedad relativo a si somos responsables. Peter Strawson ha desviado del agente a los procesos que tienen lugar en la mente de quien interactúa con él. Pero esta crítica no derrota de manera alguna la tesis de Peter Strawson.

Lo que es dable entender de la crítica de Galen Strawson es que resulta irracional censurar, reprochar y condenar y que, en consecuencia, deberíamos optar seriamente por suprimir estas actitudes. Pero, y aquí la cuestión, no deberíamos contentarnos entonces con suprimir estas prácticas sino también las emociones y sentimientos que les subyacen. Hay, detrás de éstas, emociones racionales: si afirmamos admirar a alguien tenemos que ofrecer razones para hacerlo. Para ser consistente, un pesimista está compelido a sostener que todos actuamos como el loco, el niño o el que siente el filo del puñal amenazador en la garganta. La única diferencia es que la limitación de los últimos es visible a muchos mientras que esta visibilidad no lo es en los demás casos. Pero esto no implica que sean justificables las emociones reactivas a las que, por consiguiente, deberíamos también eliminar. El problema surge de que, con este mis-

<sup>17</sup> STRAWSON, Galen, "On freedom and resentment", en John Martin - RAVIZZA, Mark (eds.), *Perspectives...*, cit., ps. 67-100. Galen Strawson hace hincapié en que la idea de Peter Strawson está basada en un modelo interactivo. Para que éste sea válido, es necesario un *alter*, otro, respecto de quien mantenemos cierto compromiso. Galen Strawson refuta esta idea sobre la base de que nuestro "auténtico compromiso" es con el yo. Cada agente lo tiene consigo mismo y no como aparece enfatizado en "*Freedom and resentment*." Esta crítica me parece insubstancial porque el tema central es hasta aquí el de responsabilidad por cosas que hacemos y es poco menos que imposible hacer nada que no tenga una relación inmediata con terceros. Son terceros quienes confían en nosotros y quienes depositan también en nosotros sus expectativas. La "confianza en uno mismo" se refiere siempre a como vamos a ingeniárnosla para triunfar entre otras personas. Ni la idea de compromiso ni las otras de confianza y expectativas tienen mayor sentido si no pensamos en un mundo interactivo.

<sup>18</sup> STRAWSON, Galen, "On freedom...", cit.

mo criterio, deberíamos eliminar una constelación de creencias en las que se sostienen estas emociones y sentimientos: no sólo debo suprimir la práctica del reproche a la persona desleal. Debería hacer desaparecer la confianza —que no es otra cosa que las expectativas— en la vigencia de ciertas reglas (la creencia de que ellas realmente restringen nuestras acciones) y, también, la confianza que depositamos en el respeto, la franqueza y la lealtad de otros. Pero estas supresiones no son posibles en el mundo tal y como lo conocemos.

Junto con la supresión de emociones y las prácticas correspondientes, deberíamos propender también a restarle el peso que tienen para nosotros nuestros valores y principios. El hecho de negarle autonomía y responsabilidad a otros nos obliga a adoptar idéntica actitud respecto de nosotros mismos. ¿Por qué atribuirnos libertad a nosotros mismos?; ¿Qué nos diferencia de otros respecto de quienes nos negamos a reconocerla? Susan Wolf advierte sobre la consecuencia de esta alternativa y ésta radica en que no podemos considerarnos a nosotros mismos de una manera diferente que a los demás. La única respuesta consistente es que nada relevante puede diferenciarnos. Pero entonces ¿qué son esos valores que defendemos sino un implante en nuestro cerebro o el resultado de cursos causales originados fuera de nosotros mismos?; ¿Qué significa optar por algún principio moral sino perseguir también una fantasía? Esto no significa otra cosa que optar por abandonar el mundo en el que atribuimos valor a nuestras emociones. ¿Es esta solución irracional? Es irracional, en cambio, decidir vivir en un mundo sin sentido, uno que nos conduciría al suicidio<sup>19</sup>.

La adopción del pesimismo nos impone un mundo completamente diferente al que conocemos y, dicho sea de paso, este mundo nuevo nos resultaría inhabitable. Hacerlo nos obligaría a explicar por qué es que nos vinculamos de maneras diferentes con aquéllos cuya autonomía padece de limitaciones invisibles y con los que están visiblemente condicionados. El pesimista tendría que explicar la razón por la cual mantiene también relaciones diferentes con niños y locos. Después de todo, los demás actuaríamos, como éstos, sin autonomía. Esto los obligaría a explicar también las diferentes emociones que sostienen nuestras relaciones con los primeros pero no con los últimos. Un pesimista insistente no sólo nos conduciría a negarle sentido a reprochar, reprobar y castigar. Tendría que hacerlo también respecto de reacciones favorables a estos terceros. Me refiero a la imposibilidad de justificar actos tales como agradecer y elogiar. Resulta obvio a esta altura que estas prácticas no responden simplemente a convenciones que podemos abandonar como podemos hacerlo con la celebración del cumpleaños o la utilización de cierta indumentaria para la práctica del tenis. A diferencia de éstas últimas, las primeras están enraizadas en la estructura de nuestras relaciones y afectos. Son prácticas que corresponden a formas universales de interactuar en culturas como la nuestra y que constituyen

<sup>19</sup> WOLF, Susan, loc. cit.

una parte importante de nuestra identidad individual y colectiva. Es en definitiva impensable prescindir de ellas y pretender también convivir cuerdamente y es esto lo que neutraliza la objeción metafísica.

### III.

Hasta aquí, la explicación ha llegado al siguiente punto: nos resiente el hecho de que las acciones de otros a quienes percibimos como agentes autónomos transgredan nuestras reglas y principios y frustren las expectativas que emergen de estas reglas y principios. Llamamos a éstas emociones reactivas y, como dije, son el resentimiento y la indignación. Pero hay un cúmulo de emociones reactivas como despreciar y rechazar, elogiar, agradecer y encomiar. Con relación a nuestros propios actos, existen las llamadas emociones evaluativas como en el caso del orgullo, la culpa y remordimiento. Ciertos autores distinguen entre diferentes emociones morales reactivas y reducen su universo a lo que P. Strawson llama indignación y culpa, este es el caso de R. Jay Wallace<sup>20</sup>. Es necesario reparar en que muchas de nuestras emociones no sólo dan origen a razones sino que se basan en razones ellas mismas. Si pregunto a alguien por qué admira o aborrece a alguien, consideraríamos irracional de su parte que respondiese que no conoce esa razón. No sería irracional que esta persona me diese la misma respuesta si le pregunto por qué le tiene miedo a las alturas o a quedar encerrado por unos momentos en un ascensor con puertas herméticas. En lo esencial, estos autores distinguen entre aquéllas emociones que se originan en acciones que transgreden nuestra idea de “lo bueno” y aquéllas que contradicen nuestra noción de lo “correcto.” Mientras son nuestros deseos los que definen lo bueno, “lo correcto” designa el objeto de nuestros deberes. Hacer lo correcto es, entonces, cumplir con éstos últimos. Lo bueno identifica nuestras preferencias, cualquiera sea su origen y naturaleza. Ellas pueden ser tanto impersonales como auto-centradas. Mientras el resentimiento es auto-centrado, la indignación es impersonal. Se resiente, conforme al sentido que le doy a esta palabra, aquél que padece las consecuencias de la transgresión. La indignación surge en aquel que experimenta aversión hacia la transgresión a pesar de no verse directamente afectado por sus consecuencias. Lo correcto, en cambio, se vincula sólo con el punto de vista impersonal. De esta manera, de las emociones relevantes para P. Strawson, esta tesis sólo incluye expectativas basadas en lo correcto<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> WALLACE, R. J., *Responsibility and the moral sentiments*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1994, ps. 84-109.

<sup>21</sup> Ver WALLACE, R. J., *Responsibility...*, cit., ps. 25-55, donde distingue, por un lado, entre emociones reactivas y no reactivas; por el otro, entre emociones reactivas que surgen de contradecir lo bueno y aquéllas que surgen, en cambio, de infringir expectativas basadas en lo correcto.

Es de advertir que si lo que he expuesto hasta aquí es correcto, emociones reactivas como las de resentimiento, indignación, conducen a la idea del reproche y la condena. Por oposición, la admiración y el agradecimiento nos llevan a elogiar y premiar. Cuando el resentimiento y la indignación son extensamente compartidos —junto con una amplia gama de emociones reactivas— el proceso desemboca en culpar al transgresor. Es la censura generalizada la que tiende a producir este efecto, especialmente cuando ella se basa en la transgresión de valores públicos. Y es de esta forma que se cierra un círculo de actitudes reactivas para generar una comunidad moral. Esta comunidad consiste así en un conjunto de individuos ligados por una serie de reglas y principios cuya transgresión despierta resentimiento e indignación y, eventualmente, también culpa por parte del infractor. Desde este punto de vista, hay cierta asimetría entre las reacciones negativas (indignación y condena) con respecto a las positivas (agradecimiento y admiración). Mientras las primeras permiten inferir ciertas reglas y principios que el agente ha transgredido, las últimas demandan generalmente algo más que el cumplimiento de reglas y principios.

Es aquí oportuno distinguir entre los sentimientos que provocan algunas transgresiones y aquellos otros basados en el temor de padecer una transgresión similar, o de resultar ser una nueva víctima de una violación parecida<sup>22</sup>. Cuando las emociones no son aquellas emociones morales que caracterizamos como el resentimiento y la indignación, los resultados suelen ser diferentes. Es frecuente que los miembros de una comunidad experimenten temor de ser las nuevas víctimas de una transgresión cualquiera. Hace falta recalcar la idea de una reacción emotiva susceptible de ser compartida con independencia de quién resulte ser víctima del acto. Hay quien llama a esto “reacción objetiva” por el hecho de que ésta es susceptible de ser diferenciada de aquellas emociones auto-referentes, como es el caso del temor a padecer lo mismo que aquél que sufrió la transgresión<sup>23</sup>. El efecto será aquí diferente porque el miedo estará condicionado por el grado de identificación con la víctima y no en ciertos sentimientos basados en la consideración y respeto que esta víctima despierta en nosotros. Estos sentimientos no emergerán cuando la víctima se encuentra en una situación poco parecida a la nuestra, ya que entonces abandonaremos la idea de que seremos las próximas víctimas. Pero ocurre que mientras reacciones tales como el resentimiento y la indignación son las que llamo emociones morales<sup>24</sup>, a diferencia de aquéllas que surgen del temor, el miedo no genera culpa en el transgresor.

<sup>22</sup> Esto yace en la idea de las víctimas indirectas de la transgresión como el conjunto de personas que padecen el temor de ser también víctimas. A estas consideraciones corresponde la noción del reproche y del castigo como armas disuasivas (ver BENTHAM, Jeremy, *An introduction to the principles of morals and legislation*, Hafner Pub. Co., NY, 1948, Ch. XII).

<sup>23</sup> Al respecto, ver BRATMAN, Michael, “Responsibility and planning”, en *Faces of intention*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, ps. 173-179.

<sup>24</sup> En coincidencia con WALLACE, R. J., *Responsibility...*, cit.

Retomo aquí el tema de las emociones reactivas con relación a la conclusión de que resulta plausible construir la noción de comunidad en sentido normativo sobre la base de cierta exigencia impersonal de que los individuos respeten principios y reglas. Quiero tomar como punto de partida a la indignación dando sus características centrales: 1. La irrelevancia de la identidad de la víctima: alguien experimenta indignación con independencia de quién resulte ser el que sufre la acción o sus consecuencias en carne propia. Podemos experimentar indignación frente a un hecho que perjudica a alguien que aborrecemos; 2. Que esta transgresión y la indignación que suscita motivan un juicio que condena (o reprocha) el hecho y, 3. Que, quien emite el reproche, condena, etc., está dispuesto a justificar su juicio mediante la apelación a una razón impersonal. Con otras palabras, C y D experimentan indignación cuando A transgrede (el principio moral P) (o la regla moral R) no porque C y D hayan padecido las consecuencias directas de A o de algún curso causal derivado de A.

Puede afirmarse así la existencia de una comunidad en el sentido normativo que he esbozado cuando un conjunto suficientemente amplio de personas cree en la vigencia de una cantidad (también suficiente) de Ps (y Rs) de manera que su transgresión les cause indignación. Demás está decir que esta acepción emotiva-normativa de “comunidad” no excluye otras tantas descripciones sociológicas y antropológicas. Pero, adviértase, P y R serán insuficientes para conformar una comunidad si su transgresión no causa indignación. En este último caso, decimos que los juicios que estos individuos emiten sólo expresan opiniones auto-interesadas. Es muy probable que, de todos aquellos juicios que emiten los habitantes de Buenos Aires sobre lo que debemos hacer en tal o cual situación, sólo algunos son propiamente morales. Cuando la desaprobación o condena no obedecen a ciertas emociones reactivas y que llamo genéricamente indignación, es porque están desprovistas de la indispensable “conexión de sinceridad”<sup>25</sup>: “¡Qué barbaridad; le robó la billetera del bolsillo!”. Puede expresar tanto una afirmación moral como auto-interesada o prudencial. Serán prudenciales (auto-centradas) cuando no se apoyan en la indignación. Esta es la versión emotivista en sentido limitado que he defendido.

En Buenos Aires, por ejemplo, todos conocen la existencia de reglas legales válidas que obligan a los residentes a pagar impuestos proporcionales a los ingresos anuales. Son pocos, sin embargo, quienes experimentan indignación cuando observan la infracción de estas reglas. En este caso, quien rechace un hecho semejante, no habrá emitido propiamente un juicio moral. Por ejemplo aquél que considere que es bueno condenar al infractor de R por razones auto-referentes, como lo son el temor al ridículo, el deseo de preservar la propia imagen o la preocupación que ocasiona una posible desventura; le faltará esa

<sup>25</sup> WILLIAMS, Bernard, “Morality and the emotions”, en *Problems of the self*, Cambridge University Press, Cambridge, 1973.

“conexión de sinceridad”<sup>26</sup>. Esta afirmación equivale, por supuesto, a decir que una comunidad sostiene cierta moralidad positiva. Esto es, que los miembros de la asociación comparten creencias sobre aquello que, imparcialmente considerado, es malo (o incorrecto) hacer. Esto es, malo o incorrecto, con indiferencia de si la acción o sus consecuencias recaen sobre (o benefician a) uno mismo o un tercero cuya suerte no suscita un particular interés. Es la imparcialidad de la creencia a que me refiero la que hace que resulte incorrecto que alguien ejecute la acción A, con inclusión del propio emisor del juicio. Pero este es sólo el principio de la historia.

Definida como lo he hecho, la noción de comunidad comporta un punto de partida para explicar cierta noción de justicia. Esta relación entre justicia y comunidad tiene considerables consecuencias prácticas. Es un dato de la realidad el hecho de que la gente modifica sus evaluaciones morales con mayor lentitud que las auto-referentes. Ésto se debe, probablemente, al hecho de que los cambios en las últimas son muy comúnmente, pienso, consecuencia de cambios permanentes en las primeras. El proceso social que conduce a los individuos a condenar moralmente la mentira y el incumplimiento de promesas es más lento que aquél originado en los inconvenientes que nos causa que tú me induzcas a cometer errores con mentiras, o que te afecte el incumplimiento de las promesas que te he hecho. Es más que probable que la prohibición moral de mentir y engañar se origine en que estas prácticas tornan difícil la estabilidad de la asociación en la que son moneda corriente. Las razones prudenciales (o auto-referentes) suelen ser más cambiantes que las impersonales. Con todo, es dable advertir que lo inverso no es infrecuente: evitamos mentir porque el hecho de ser descubiertos trae consigo cierta reprobación compartida. Al quedar moralmente prohibida la mentira puede constituir una razón prudencial para decir la verdad si ésta se origina en el temor a un rechazo compartido. Esto no obsta al hecho de que la creencia de que es moralmente malo o incorrecto mentir resulte ser, probablemente, consecuencia de que nos resultaría insoportable vivir rodeados de mentirosos.

Esto no quiere decir que algunas razones prudenciales no requieran imparcialidad. Más allá de los simples gustos que asumimos como propios —y sin expectativa de que otros los compartan— hay juicios prudenciales basados en razones imparciales. No tendría mayor sentido pretender contar con razones imparciales para convencer a otros de que el helado de frambuesa es delicioso. Sí lo tendría, en cambio, apelar a estas razones para persuadirlo de que escoja cierto curso de acción en su propio beneficio. Puedo así invocar razones convincentes que acrediten que le resulta conveniente realizar una determinada inversión financiera a largo plazo. De esta manera, es posible que una proposición como “no debió hacer A” comunique mi condena moral pero también mi desaprobación sobre la base de consideraciones prudenciales. ¿Cómo dis-

<sup>26</sup> WILLIAMS, Bernard, “Morality...”, cit.

tinguir, entonces, entre juicios morales y prudenciales? Es muy probable que mi reacción frente a un asalto en la vereda de enfrente obedezca a una suma de emociones. Es probable que, a la indignación que me causa la coerción a la que un individuo somete a otro para que le entregue su billetera se suma el temor a ser yo la siguiente presa.

En el sentido de esta distinción, mi razonamiento puede conducir a dos posibles conclusiones. La primera yace en la necesidad de distinguir las emociones morales de las no morales. Este procedimiento nos permitiría identificar el tipo de juicio que emitimos. La segunda consiste en reparar en el tipo de razones que ofrecemos cuando condenamos (juzgamus, reprobamos, censuramos, castigamos) a alguien impulsados por emociones reactivas. Esto es, si ciertas razones impersonales son compartidas por una cantidad suficiente de miembros de una asociación, quiere decir que estos miembros creen en la vigencia del principio P y la regla R que el agente transgredió. Y es precisamente la generalidad del principio y la regla lo que hace que el juicio sea impersonal. Como los juicios prudenciales también son con frecuencia impersonales (“es bueno ducharse por las mañanas!” o “los viajes en tren son más confortables que en bicicleta!”) El juicio será moral cuando la razón que damos para expresar una emoción reprobatoria transforma el rechazo de la acción en una condena (moral). Por ejemplo: “detesto que se lleven a alguien por la fuerza cuando pueden acudir a la persuasión” en lugar de “Me asusta que recurran a la fuerza sin necesidad de hacerlo.” En el cuento Emma Zunz, Borges enseña que solemos tener dificultades en identificar nuestras propias emociones<sup>27</sup>. Emma vacila en recordar ciertas cosas para que, en lugar de expresar su impulso vindicativo, la muerte que ha planeado sea un acto de justicia.

#### IV.

La argumentación me ha llevado a describir un círculo sin haber respondido aún a la pregunta del título. Un determinista optimista aporta, por lo general, bastante poco para justificar sus juicios de responsabilidad. Más que nada, éste se apoya en la idea de que, si es justa, la práctica de culpar nos incentiva a evitar repetir actos condenables. Pero esto es bastante poco ya que culpamos a otros por hechos cuya repetición es improbable y hasta inconcebible. Un pesimista tiene buenas razones para rechazar la noción de la responsabilidad moral. A diferencia de los optimistas, un pesimista sostiene con razón que las

<sup>27</sup> Algunos autores distinguen entre emociones centradas en el agente, el objeto y la acción para afirmar que uno puede sentir odio (al agente) y admiración (por la acción). También, de acuerdo con esta clasificación, es posible sentir odio y desprecio y odio, desprecio y miedo. Existen también emociones indiferenciadas como “placer” o “displacer” y otras más específicas como la censura o la indignación. (Un excelente trabajo respecto de estas cuestiones en ORTONY, Andrew - CLORE, Gerald L. - COLLINS, Allan, *The cognitive structure of emotions*, Cambridge University Press, NY, 1988.)

explicaciones causales son necesarias y que, aplicadas a nuestra conducta, ellas nos vedan afirmar la autonomía que sustenta la noción de responsabilidad. El problema es que, si somos como somos, no podríamos vivir en un mundo semejante ya que en éste imperarían emociones radicalmente diferentes de las nuestras. En este mundo, otros patrones que los que hoy por hoy nos rigen, guiarían nuestras relaciones con los demás. Esto vale para nuestras conexiones con diferentes comunidades: nuestra ciudad, con instituciones profesionales y entidades deportivas a las que pertenecemos. No hay manera de organizar actividades en común que no reconozcan reglas tácitas y explícitas respaldadas por emociones que las transgresiones activan. Es cierto que puede objetarse que es dable imaginar un mundo despojado de estas actitudes y de los juicios que surgen de ellas. No puedo rechazar esta hipótesis como no podría rechazar tampoco la idea de que son también concebibles asociaciones cuyos miembros viven al margen de la noción de espacio porque se conectan con la realidad sólo a través del olfato. Consecuente con un mundo imaginario en el que la idea de espacio puede ser superflua por ejemplo porque nuestros sentidos se reducen a alguna forma de olfato, Borges (una vez más) se pregunta si, en tal mundo sin ojos ni capacidad de percibir a través del tacto, sería posible oler un objeto invertido. Pero este distaría de ser nuestro mundo, tal y como lo conocemos.

#### VI. EXCURSO: MORALIDAD Y EMOCIONES

Dos notas a propósito del contenido de este ensayo que se apoya, en primer lugar, en ciertas relaciones entre moralidad, autonomía y emociones y, en segundo término, en las ideas centrales de censurar y culpar. Quiero agregar entonces una nota sobre el emotivismo de Bernard Williams y otra final sobre la ausencia de consideraciones sobre la vergüenza y sus implicancias.

1. En *Morality and the Emotions*<sup>28</sup>, Bernard Williams aborda lo que él considera un legado vigente del emotivismo. En su versión estándar, probablemente originado en Hume, este emotivismo se basa en la idea de que nuestros juicios morales tienen una doble conexión con nuestras emociones. Primero, ellos expresan la emoción de quien pronuncia un juicio moral; segundo, están dirigidos a provocar una emoción similar en el receptor de este juicio. De esta manera, la ausencia de una emoción en el emisor del juicio permite negarle a este juicio la propiedad de ser moral. Esta tesis resulta hoy indefensible por la simple razón de que según lo han demostrado quienes se opusieron al emotivismo, gran cantidad de juicios morales carecen de una relación cercana con nuestras emociones. En efecto, enunciados tales como: “debes cumplir con tus promesas” o “evita dañar a otro” expresan, sin duda, juicios morales a pesar de

<sup>28</sup> WILLIAMS, Bernard, “Morality...”, cit.

no reflejar ellos ninguna emoción. En este sentido, el emotivismo es entonces insostenible<sup>29</sup>.

Pero hay otra manera de defender el emotivismo sobre la base de una conexión necesaria o conceptual entre los juicios morales y las emociones. Esta relación puede tener dos sentidos. El primero es la manifestación de que existe una relación semántica: un juicio no es moral si no expresa una emoción. Esta tesis es insustentable porque, como acabo de afirmar, hay formas lingüísticas de expresar un juicio moral que contienen emociones y otras equivalentes en las que resulta imposible encontrar tales referencias. Desde este punto de vista, no parece haber diferencias (semánticas) entre afirmar “los dictadores realizaron conductas despreciables” cuyo contenido emocional es evidente y aseverar “los dictadores desconocieron principios básicos de respeto por otros”. Pero existe una segunda forma de conectar lingüísticamente juicios morales y emociones.

Esta manera exige distinguir entre juicios morales fuertes y juicios débiles. Lo que diferencia a unos de otros es que los fuertes son aquéllos dirigidos a denunciar la violación de ciertos principios o reglas morales<sup>30</sup>. Esta conexión consistiría en el hecho de que si el juicio no estuviese apoyado en cierta emoción sincera o genuina, éste no sería un juicio moral en sentido estricto. Muy sucintamente, los juicios fuertes son los aplicables a las transgresiones a aquellos valores públicos y principios morales compartidos. Cabe así decir, respecto de estos juicios, que ellos no serían entonces auténticos juicios morales (al menos para quienes los pronuncian) si no aparecen apoyados en alguna emoción reactiva, esencialmente indignación. Aquí, puede decirse del emisor de estos juicios que él no actúa con sinceridad. De esta manera, sus juicios pueden llegar a ser morales pero sólo formalmente. El emisor podrá estar imitando a otros cuyos juicios considera auténticamente morales o expresar simplemente otro tipo de emociones. Él podrá sostener que la tortura es censurable pero no por motivos morales sino sobre la base del temor a ser él una futura víctima de tormentos, o porque guardaba afecto por una de las víctimas pasadas. De esta manera, y con los argumentos de B. Williams, cabe afirmar que las emociones

<sup>29</sup> En ellos no hay conexión semántica entre las proposiciones morales y nuestras emociones. A diferencia de “ciertos argentinos fueron objeto de una horrenda persecución...”, la proposición “los militares violaron derechos humanos” no refleja necesariamente emociones reactivas. Ver WILLIAMS, Bernard, “Morality...”, cit., ps. 207 y ss.

<sup>30</sup> Ciertos autores distinguen entre endosar un juicio moral o ser los autores de este juicio moral. Lo primero no significa identificarnos con el juicio en cuestión. Lo segundo, en cambio, significa comprometer nuestra voluntad cuando emitimos este juicio. Un juicio insincero en el sentido de Williams, de esta manera, podría mantener su condición de juicio moral sólo en el primer sentido. Para que un juicio sea propiamente moral, en el segundo, éste compromete a quien lo emite a hacer al menos un esfuerzo para dirigir sus acciones conforme al juicio. En el segundo sentido, entonces, una declaración moral sería simplemente incomprensible si no fuese seguida de cierta actitud. (Robert Audi ofrece un detallado análisis de esta cuestión en AUDI, Robert, *Moral knowledge and ethical character*, Oxford University Press, NY, 1997, ps. 226-229).

reactivas a las que apela P. Strawson tienen que estar presentes en el caso de juicios morales tales como la expresión de censura, condena y reprobación moral.

2. La tesis de Strawson se basa en la justificación de la responsabilidad moral a partir de ciertas emociones vinculadas con el acto de inculpar y con la experiencia de la culpa. El hecho de culpar no sólo es explicable sino susceptible también de justificación dada la naturaleza de nuestras relaciones internas, de las expectativas que generan éstas y de la transgresión de ciertas reglas implícitas y explícitas que nacen de —y rigen— estas relaciones. Es importante destacar, no obstante, que la tesis ha dejado de lado, casi por completo, toda consideración a otra emoción que rige nuestras relaciones y que llamamos vergüenza. No intento suplir esta omisión pero sí creo oportuno destacar que, a lo mejor, el examen de la vergüenza conduciría a una conclusión diferente. Detrás de la idea de culpar y la culpa yacen las de autonomía, transgresión y castigo; la vergüenza, en cambio, nace del fracaso en lugar de la violación de una regla o principio y la sanción no es el castigo sino el rechazo y el desprecio. A diferencia de la culpa, la vergüenza no presupone la autonomía. El suicidio de Ajax es consecuencia de que los dioses desviasen su acción de modo que, en lugar de atacar a los aqueos, le hubiese dado muerte a un rebaño de ovejas y a algunos de los pastores que las custodiaban. Ajax no es autónomo sino, más vale, objeto de la manipulación divina. La vergüenza no sugiere siquiera la idea de una libre voluntad. La padeceremos si nos vemos desnudos en público aún cuando esta condición fuese el producto de la coerción irresistible de otros agentes o de la suerte que quiso que así huyésemos de un incendio. Para que surja, basta con que el individuo que la experimenta se sienta observado con el desprecio que sufren quienes fracasan a los ojos de miembros de su comunidad. Esta noción rige típicamente en las sociedades basadas en el honor, el coraje y otras virtudes similares como lo es, paradigmáticamente, la cultura de la tragedia griega.

De la manera indicada, reacciones como el desprecio y el rechazo, y la correlativa vergüenza llevan a conclusiones diferentes de las de Strawson y, naturalmente, también de la tesis de este artículo. Este no es el lugar, insisto, para considerar esta emoción, bastante relegada en el ámbito de la responsabilidad moral y penal en especial. El mundo del derecho penal gira, en nuestra cultura, al menos, alrededor de las nociones de la culpa y la responsabilidad<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Para un estudio de la vergüenza con relación a la ética, ver entre otros a TAYLOR, Gabriele, *Pride, shame and guilt: emotions of self-assessment*, Oxford University Press, NY, 1985.

## SECCIÓN II

### INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL



## EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS. ¿LA APLICACIÓN EXTENSIVA ES ANALOGÍA?

Por ELIZABETH A. MARUM

*No hay ningún acontecimiento, ningún fenómeno,  
palabra ni pensamiento cuyo sentido no sea múltiple<sup>1</sup>.*

Con inmensa gratitud dedico este trabajo al profesor Andrés D'Alessio, figura eminente del pensamiento jurídico, siempre preocupado en su larga trayectoria por la vigencia y aplicación de los principios constitucionales. Mi admiración, afecto y respeto por todo lo que nos ha enseñado a quienes tuvimos la suerte de acompañarlo en su vida académica.

### *I. ALGUNOS CASOS JURISPRUDENCIALES SOBRE INTERPRETACIÓN EXTENSIVA Y ANALOGÍA*

El concepto de “arma” previsto en el art. 166, inc. 2º, CP, ¿comprende solo las armas propias<sup>2</sup> o también las impropias<sup>3</sup>?

La inclusión de las últimas en aquel vocablo, ¿implica una interpretación analógica *in malam partem* o se trata de una interpretación extensiva?; ¿Cuál es el límite entre ambas?; ¿Tiene algún sentido jurídico fijar dicha frontera?; ¿El juez se encuentra obligado siempre por el alcance más restringido de los conceptos empleados en la ley?

La jurisprudencia ha evidenciado desacuerdos en estos puntos. Así, por un lado, el voto minoritario afirmó que si un objeto no es técnicamente arma, la circunstancia de que el agresor, con su empleo, posea una mayor capacidad

<sup>1</sup> DELEUZE, Gilles, *Nietzsche y la filosofía*, Anagrama, Barcelona, 2000, p. 11.

<sup>2</sup> Definidas como el objeto destinado a la defensa u ofensa.

<sup>3</sup> Definidas como el objeto que, eventualmente, por su poder ofensivo puede utilizarse como medio contundente (NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de derecho penal. Parte especial*, t. IV, Lerner, Córdoba, 1978, p. 240), o como cualquier objeto transformado en arma por su destino (SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino. Parte especial*, t. IV, Buenos Aires, Tea, p. 267). En este último caso es necesario que el juez aprecie si, de hecho, por la forma en que fueron empleadas, representaban o no un medio de violencia física inmediata —ej. palo, tijera, pico de botella de vidrio rota, etc.—.

ofensiva, no autoriza a incluirlo en el concepto de “arma”, pues ello implica una interpretación analógica *in malam partem* vedada por el principio de legalidad y el mandato de certeza con el que debe practicarse la interpretación de los tipos, derivado de aquél<sup>4</sup>.

Contrariamente, la mayoría entendió, en esos casos, que la definición de arma es abierta y corresponde integrarla al caso y situación concreta teniendo en cuenta que el autor utilice el elemento con el fin de lograr el aumento de su poder ofensivo, debilitando las defensas de las víctimas<sup>5</sup>.

¿Puede subsumirse en el art. 166, último párrafo<sup>6</sup>, el empleo de un arma cuya inidoneidad se ha acreditado?; ¿Y la descargada?; ¿Y si se halla cargada con proyectiles inidóneos?; ¿La inclusión de tales conductas en la mencionada norma implica una analogía *in malam partem*?

Parte de la jurisprudencia entendió, respecto de la primera —arma cuya inidoneidad se ha acreditado—, que tal hipótesis no ha sido prevista, por lo que en virtud del principio de máxima taxatividad interpretativa derivado del de legalidad, la conducta debe subsumirse en el delito de robo simple<sup>7</sup>. Por el contrario, otra parte consideró que la aptitud para el disparo puede no tenerse por acreditada por dos supuestos: porque una vez secuestrada se determina, mediante pericia, que el arma no es apta para el disparo; o por no haber sido secuestrada<sup>8</sup>.

Respecto del arma descargada o cargada con proyectiles inidóneos, algunos fallos judiciales decidieron que no implica una interpretación analógica prohibida, pues la propia ley no excluye ningún supuesto y dicha imposibilidad de acreditación puede provenir tanto de la falta de secuestro del arma, como de la propia inaptitud para el disparo proveniente de la ausencia de proyectiles en el arma incautada<sup>9</sup>. Contrariamente a ello, otros entendieron que el robo

<sup>4</sup> Voto del Dr. Bruzzone en CCC, sala I, 15/9/2005, “Velazco, Rubén Darío”, c. 27.102, BCNCyC nro. 3/2005, en relación a una botella de vidrio rota; CCC, sala I, 6/5/2004, “Álvarez, Mariano Gastón y otro”, c. 23.368, BCNCyC, 2004, en relación a una baldosa; CCC, sala I, 3/3/2005, “Cortez, Jonathan, Emmanuel”, c. 25.345, en relación a un palo de madera.

<sup>5</sup> Como sustento de la última posición se tuvo en cuenta, en otro caso, que donde la ley nada distingue no se debe distinguir y el fundamento de la agravante —mayor peligro corrido por la víctima— (CNCP, sala III, 19/4/1994, “González, Horacio s/rec. de casación”).

<sup>6</sup> Eleva la pena “si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada”.

<sup>7</sup> CCC, sala IV, 25/4/2006, “Niz García, Alberto”, por mayoría.

<sup>8</sup> CCC, sala VII, 2/11/2004, “Fariás, Matías”.

<sup>9</sup> CCC, sala VII, 17/5/2005, “Carranza, Julio C. y otro”, c. 26.542 y 5/5/2005, “Portiella, Raúl Alberto”, c. 25.532; CCC, sala VI, 22/11/2007, “Marque, Ariel C.”, LL 2008-A-515. Para sustentar su inclusión se acudió a las reglas del entendimiento humano, a la logicidad del legislador (CNCP, sala I, 14/10/2005, “Moroni, Javier Oscar s/rec. de casación”, c. 6390); al propósito del legislador, la teleología de la norma, las consecuencias de la interpretación (voto del Dr. Valle en TOC 7, 1/2/2007, “Ruiz, Franco David”). En este último caso se agregó que lo contrario implica un literalismo que en nada se relaciona con la prohibición de la analogía, pues el respeto por el tenor literal —que es su punto de partida— no excluye la interpretación correcta, es decir la que logra la inteligencia exacta de la ley; ceñir la aplicación de ella a lo que

con arma descargada debe subsumirse en el robo simple, pues lo contrario implicaría interpretar analógicamente dicha agravante, afectando el principio de legalidad, pues si la letra de la ley no contempla específicamente el caso del arma descargada, no puede entenderse incluida en la agravante<sup>10</sup>.

Innumerables son los casos en los que se discute el alcance más o menos amplio de un concepto que integra un tipo penal, sin embargo, el objetivo del presente no se centrará en el análisis de tales supuestos, sino más genéricamente en atender a los problemas que surgen al intentar establecer los límites de la interpretación en el ámbito penal, a los fines de la preservación del principio de legalidad.

## II. ASPECTOS GENERALES DE LA INTERPRETACIÓN

Carecen de vigencia las posiciones teóricas que negaban al juez la posibilidad de interpretación y consideraban que su función era una mera subsunción formal. “Ni siquiera en los jueces penales puede residir la autoridad de interpretar las leyes penales, por la misma razón que éstos no son legisladores”, decía Beccaría. “El juez está vinculado a la palabra escrita y desnuda de la ley... su tarea no debe ser otra que la de comparar el caso con sus palabras y condenar sin consideración del sentido y espíritu de la ley, cuando el sonido de las palabras lo condena y absolver cuando ésta absuelve”, sostenía Feuerbach<sup>11</sup>.

La vaguedad y ambigüedad del lenguaje genera la posibilidad de múltiples entendimientos y éstos, a su vez, son consecuencia de la diversidad de métodos con los que es posible aplicar una ley.

Respecto de la primera cuestión, resulta ilustrativo Genaro Carrió cuando afirma que todas las palabras del lenguaje natural presentan la característica de vaguedad —actual o potencial— o textura abierta y ello es una “enfermedad incurable”, pues no es posible remediar la indeterminación que surge de la textura abierta porque las reglas destinadas a ello llevarían consigo su propio halo de penumbra. A su vez, las normas jurídicas están compuestas por palabras que tienen las características propias de los lenguajes naturales o son definibles en términos de ellas. Por otra parte, el lenguaje jurídico posee las mismas características que los lenguajes naturales, por lo que presenta iguales inconvenientes<sup>12</sup>.

---

se infiere de la pura literalidad del texto implica cercenar la tarea del juez y circunscribirla a una mera interpretación automática propia del positivismo jurídico.

<sup>10</sup> CCC, sala V, 16/11/2006, “Styrsky, Ariel s/robo”, c. 30.895; sala VI, 2/6/2005, “Vargas, Juan Ramón”, c. 27.270, entre otras.

<sup>11</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, ps. 118/119.

<sup>12</sup> CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 5ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis-AbeledoPerrot, 2006, ps. 36, 55 y 68/70.

Tratándose de la interpretación de una norma, se han esbozado distintos métodos hermenéuticos, cuyo alcance no se aleja de los existentes respecto de los textos, en general<sup>13</sup>.

El debate clásico se centraba en si debe buscarse en el texto lo que el autor quería decir, o debe buscarse en el texto lo que éste dice, con independencia de las intenciones del autor.

En este sentido, uno de los pilares de la escuela de la exégesis era la valoración de la voluntad del legislador como contenido de la ley. El punto de arranque del proceso interpretativo para la exégesis son las palabras de la ley y el acto interpretativo queda concluso cuando se ha llegado a desentrañar lo que mediante aquellas palabras “quiso decir” el legislador. El objeto buscado por el proceso interpretativo no es una cierta voluntad objetiva contenida en la ley misma, ni tampoco qué dice en definitiva la ley, sino la llamada voluntad del legislador<sup>14</sup>. Las críticas dirigidas a este modo de interpretación se centraron en la rigidez de la ley que, al quedar atada al legislador de carne y hueso dotado de una vida concreta y finita, con su muerte, aquella voluntad queda definitivamente sellada, sin ninguna posibilidad de desarrollo o crecimiento. Esta posición viene acompañada de una especial visión acerca de la labor judicial, al comparar el pronunciamiento judicial con un silogismo, en el que el precepto legal es la premisa mayor, los hechos la premisa menor y el fallo es la conclusión.

Desde otra perspectiva, se propone tomar en cuenta la voluntad de la ley y no la del legislador. Así, para evitar la señalada petrificación que es consecuencia de la exégesis, se postula como fin del intérprete descubrir un querer jurídico propio y específico de la ley. “La ley es más sabia que el legislador”, es el aforismo que la representa. Señala Soler que ella no postula el empleo de procedimientos interpretativos —más o menos arbitrarios— para lograr que la ley y el hecho coincidan; no propone ni estirar ni encoger la ley, ni estirar ni encoger el hecho, lo que resultaría inadmisibles dado que, de ser así, subyace una indeterminación del derecho. Ello, pues “reconocer la existencia de la ley y al mismo tiempo acordar a los jueces la libertad de deformarla es una actitud que, bajo la apariencia de un eclecticismo prudente y timorato, puede causar más mal que las francas declamaciones un poco absurdas pero sentimentalmente generosas de la escuela de derecho libre”. Por ello, para el citado autor, la tarea

<sup>13</sup> Así, las posiciones que han ido surgiendo históricamente en torno al modo de establecer el sentido de un texto —intención del autor, intención de la obra, intención del lector— se renovaron en relación a los textos legales —voluntad del legislador, voluntad de la ley, literal, basada en motivos de justicia y equidad—, paralelo que fue señalado por Dworkin quien afirmó que el derecho se parece a la literatura —DWORKIN, *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Colombia, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho: Siglo del Hombre Editores, 1997—. También destacan la vinculación entre el discurso jurídico y literario, Fisco, Mac Cormick, B. Jackson, R. Posner, F. Ost, J. Calvo González, M. Nussbaum —cit. por CÁRCOVA, Carlos M., *Derecho, literatura y conocimiento*—.

<sup>14</sup> SOLER, Sebastián, *La interpretación de la ley*, Barcelona, Ariel, 1962, ps. 10 y 19.

de adaptación de la ley al caso no consiste en un trabajo de deformación, sino en el reconocimiento de las notas a las cuales el derecho acuerda significación dentro de los datos que el hecho presenta. La organización de ese conjunto de notas no es una tarea sencilla ni mecánica. No se alcanza mediante la simple ordenación gramatical de frases definitorias extraídas de la ley. No consiste tampoco en la creación de una norma individual para el caso, sacada de la cabeza del juez. Consiste en la organización de una estructura compleja hecha con elementos del derecho positivo. Soler subraya que el juez no crea nada, todos los elementos le son dados y su tarea es estrictamente de estructuración y ensamblaje<sup>15</sup>.

A la visión formalista se le suele contraponer, como alternativa, la de la sentencia como acto creador, constitutiva de derechos inexistentes antes del pronunciamiento. El juez, de este modo, trata de buscar las decisiones correctas, ya no partiendo de la idea de que en los hechos del caso está escondida una regla cuyo equivalente debe encontrarlo en las previsiones del Código, sino que su tarea consistirá en regular, por un acto de voluntad, el ejercicio de los derechos de las partes, haciendo una justa retribución de los bienes en cuestión. Se advierte así un salto hacia el libre arbitrio judicial, donde el proceso interpretativo aparece como acto voluntario creador de derecho<sup>16</sup>.

Holmes calificaba de falacia la noción según la cual la lógica es el único factor que opera en el derecho. Las decisiones judiciales están escritas generalmente en el lenguaje de la lógica, cuyo método satisface el anhelo de certeza y tranquilidad que se encuentra en toda mente humana, pero la certeza generalmente es una ilusión y la tranquilidad no es el destino del hombre. Los procesos judiciales son campo de batalla en los que la sentencia plasma una creación del juez, su preferencia en un lugar y momento determinados. Se derrumba la distinción entre creación y aplicación del derecho<sup>17</sup>.

Tales posiciones son radicalmente opuestas: una, formalista, según la cual los jueces en todas las circunstancias deciden de acuerdo con el derecho, pues éste prevé una solución clara para cada caso, que se obtiene, en la vertiente más radical, mediante un silogismo. Otra, escéptica frente a las normas jurídicas, de acuerdo con la cual éstas juegan solo un papel marginal en las decisiones

<sup>15</sup> SOLER, Sebastián, *La interpretación...*, cit., ps. 128 y 150.

<sup>16</sup> SOLER, Sebastián, *La interpretación...*, cit., p. 47.

<sup>17</sup> KENNEDY, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Siglo del Hombre, Colombia, 1999, con estudio preliminar de César Rodríguez, ps. 25/26. Siguen esta concepción realista, Félix Cohen, Karl Llewellyn, Robert Hale y Jerome Frank, quienes destacaron la incidencia de factores extra-jurídicos en la decisión judicial (argumentos de conveniencia, posición ideológica, presión de la opinión pública, etc.). Más tarde, y abrevando en el escepticismo de esta corriente, apareció el movimiento *critical legal studies*, que ha radicalizado la crítica realista del derecho y ha puesto en descubierto “el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces que crean derecho”. Constituyen una suerte de pensamiento jurídico de la sospecha, en tanto recoge en el ámbito del derecho la filosofía de la sospecha inaugurada por Nietzsche, Marx y Freud —KENNEDY, Duncan, *Libertad...*, cit., p. 53—.

judiciales, pues es la voluntad de los jueces y no las normas, la que se impone en las sentencias.

Ahora bien, negar a la sentencia el carácter de silogismo, ¿implica que ella deba ser necesariamente una creación fundada en la subjetividad del juez?

Hart aparece en una posición intermedia y crítica tanto de la versión formalista como de la versión realista. Parte de la base de la vaguedad o textura abierta del lenguaje y expresa que toda expresión lingüística tiene un núcleo duro de significado y un área de penumbra. El primero está conformado por los casos de fácil interpretación, aquellos en los cuales casi todos los intérpretes estarían de acuerdo en que la norma se aplica o no se aplica a los hechos; la zona de penumbra está conformada por los casos de difícil interpretación, en los que es controvertible si se aplica la expresión de textura abierta a los hechos examinados<sup>18</sup>.

En oposición al formalismo señala la existencia de casos difíciles, en los que no puede afirmarse que las normas determinen claramente el resultado. En ellos existe discrecionalidad judicial para escoger la interpretación que consideran más apropiada, circunstancias en las que no está aplicando el derecho, sino creándolo para el caso concreto<sup>19</sup>.

En oposición al realismo, muestra que la práctica cotidiana del derecho consiste en la solución de casos fáciles, en los que los jueces no dudan en aplicar de manera rutinaria una norma prevista específicamente para cierto hecho<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> DWORKIN, *La decisión judicial...*, cit., ps. 33/34.

<sup>19</sup> HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2007, p. 164. DWORKIN, *La decisión judicial...*, cit., ps. 33/34. Dworkin niega la existencia de poderes discrecionales o de creación de normas jurídicas aún en los casos difíciles, pues en tales casos los jueces deben aplicar los principios vigentes en el sistema jurídico. El juez Hércules está destinado a encontrar en cada caso difícil los principios que expliquen de la mejor manera posible las reglas vigentes y los jueces corrientes siguiendo el método de Hércules pueden proferir sentencias correctas en los casos difíciles aplicando y no creando el derecho. Es decir que las reglas y principios relevantes arrojan una única respuesta correcta aún en los casos difíciles —DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, España, Ariel, 2002, ps. 13/15—. En oposición a ello, se sostiene que existen diversas respuestas plausibles frente a un mismo caso; así, las teorías críticas y algunos autores como Gonzalo Rodríguez Mourullo expresan que un fallo es una decisión entre varias posibles sobre una cuestión debatida y todas ellas pueden resultar razonables, porque la sentencia no encierra nunca la justicia absoluta sino un punto de vista sobre la justicia (RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Cuadernos Civitas, ps. 17 y 21/22). En el fondo se encuentran en juego diferentes concepciones sobre el concepto de verdad —tesis de la correspondencia o constructivista—.

<sup>20</sup> DWORKIN, *La decisión judicial...*, cit., p. 69. Dice Hart en *El concepto de derecho* que “El escéptico ante las reglas es a veces un absolutista desilusionado: se ha dado cuenta de que aquéllas no son lo que serían en un paraíso formalista, o en un mundo en que los hombres fueran dioses y pudieran anticipar todas las combinaciones de hechos, y la textura abierta no fuese una característica necesaria de las reglas. La concepción del escéptico sobre lo que es la existencia de una regla puede consistir en un ideal inalcanzable, y cuando descubre que lo que llamamos reglas no realiza ese ideal, expresa su desilusión negando que haya o que pueda haber regla alguna” —HART, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2007, ps. 173/174—.

Sin embargo, Hart advierte que aún en los casos difíciles hay dos límites al poder creativo de los jueces: el primero, porque aunque exista más de una solución, la gama de posibilidades está circunscripta por el texto de las normas aplicables y por los precedentes judiciales que tratan temas similares; el segundo lo sustenta en la existencia de virtudes judiciales: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas, consideración de los intereses de todos los afectados y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonable de la decisión<sup>21</sup>.

En esta síntesis, no puede pasarse por alto la visión de Kelsen, quien afirma que “La teoría corriente de la interpretación quiere hacer creer que la ley aplicada al caso concreto solo puede proporcionar una decisión correcta, y que la rectitud jurídico-positiva de esta decisión está fundada en la ley misma. Presenta así el proceso de interpretación como si se tratara de un acto intelectual del que la esclarece o comprende, como si el intérprete sólo pusiera en actividad su entendimiento pero no su voluntad, y como si por medio de una pura actividad intelectual pudiera hacerse, entre las posibilidades existentes, una recta elección acorde con el derecho positivo”<sup>22</sup>. Según el autor, la tarea interpretativa consiste en creación de derecho, porque el juez se mueve dentro de un marco dotado inevitablemente de cierta amplitud y dentro del cual el órgano decisorio puede válidamente tomar resoluciones diferentes, ninguna de las cuales puede ser considerada como necesaria o única. “Por precisa que la norma general pretenda ser, la norma especial creada por la decisión del tribunal, siempre añadirá algo nuevo”<sup>23</sup>. Y agrega que toda norma, por minuciosa que sea, deja librada al órgano ejecutor la iniciativa para una cantidad bastante amplia de decisiones, opciones éstas libremente tomadas por el órgano y que constituyen propiamente el proceso al que la doctrina tradicional llama interpretación<sup>24</sup>. Por ello Cossio atribuye a Kelsen el mérito de haber concebido la tarea interpretativa, al menos parcialmente, como creación judicial. Rechaza, sin embargo, las posiciones extremas —que afirman que el derecho no es el principio proclamado por una norma general sino la decisión

<sup>21</sup> DWORKIN, *La decisión judicial...*, cit., ps. 71/72.

<sup>22</sup> KELSEN, Hans, *La teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1941, p. 132, cit. por SOLER, Sebastián, *La interpretación...*, cit., p. 63.

<sup>23</sup> KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, trad. García Maniés, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, 1958, p. 152, cit. por SOLER, Sebastián, *La interpretación...*, cit., p. 64.

<sup>24</sup> Cit. por SOLER, Sebastián, *La interpretación...*, cit., p. 72. Para Kelsen el resultado de una interpretación jurídica sólo puede determinar el marco que expone el derecho por interpretar y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco. La interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales tienen el mismo valor, aunque solamente una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del tribunal —ver DWORKIN, Ronald, “Estudios en su homenaje”, *Revista de ciencias sociales*, Valparaíso, 1993, STREETER, Jorge, “Casos difíciles”, ps. 217/218—.

singular dictada por el órgano— resaltando que “no hay decisión judicial sin derecho preexistente”<sup>25</sup>.

Destaca Ferrajoli, también criticando la citada dicotomía, que carece de sentido la alternativa ideológica entre formalismo y antiformalismo como métodos de interpretación y aplicación de la ley, contrapuestos en nombre de valores distintos y antinómicos. El llamado formalismo es, en realidad, una forma, bastante difundida en el mundo judicial, de obtusidad legalista, que se manifiesta en la falta de comprensión de los casos concretos y de las razones humanas que los explican y caracterizan. El llamado antiformalismo es, en cambio, una forma, no menos difundida en el mismo mundo, de arbitrio sustancialista, que se expresa en la falta de verificación de la denotación legal de un hecho como delito más allá de las características concretas reprobables en él reconocidas<sup>26</sup>.

La necesidad de valoración por parte del juez, en el momento de la aplicación de la ley, ha sido reconocida ante todo como una operación impuesta por las leyes mismas. ¿Cómo podría el juez no valorar, si los tipos penales contienen elementos normativos y aún los descriptivos son pasibles de distintos significados? ¿Cómo podría el juez no valorar si debe decidir acerca de la capacidad de culpabilidad, o la evitabilidad del error?

*1. La pregunta que surge, entonces, es otra: ¿Cómo puede el juez fundamentar su juicio de valor?*

El legislador no espera que el juez valore según su personal criterio, sino que refleje en sus sentencias las valoraciones existentes en la comunidad<sup>27</sup>. El juez no depende sólo de su propia visión valorativa, sino que debe aplicar los criterios valorativos elaborados y considerados vinculantes por la comunidad, cuyo derecho el juez aplica como órgano<sup>28</sup>.

En tal sentido la CSJN ha dicho que cuando la norma constitucional “ofrece un amplio marco de decisión” es preciso que los jueces no se atengan a sus propios “valores personales”, sino que ponderen “los que apoyan la doctrina y jurisprudencia de su época” (Fallos 313:1232).

Sin embargo, el desarrollo moderno de la hermenéutica ha comprobado que no puede garantizarse una completa exclusión de preconceptos. Afirma Gadamer que en la medida en que la comprensión del texto legal por el intérprete se da no solo como un comportamiento del sujeto que interpreta, sino que tiene lugar en todo el contexto existencial del mismo, es inseparable de su

<sup>25</sup> KELSEN, Hans, cit. por BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales...*, cit., p. 126.

<sup>26</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 163

<sup>27</sup> JESCHECK, Hans, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. I, Barcelona, Bosch, 1981, p. 175.

<sup>28</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales...*, cit., p. 128.

experiencia del mundo y puede ponerse en duda que algún método pueda modificar esta situación. La interpretación no puede excluir las consideraciones previas del juez referentes a la justicia, el orden, el deber, etc., pues inclusive el juez que quiera limitarse a un entendimiento literal de los textos legales hace ya una opción interpretativa que tiene implicaciones respecto de la justicia, el deber, etc. y que no tiene su apoyo en la ley misma<sup>29</sup>.

No existe interpretación jurídica *ex nihilo*; ninguna actividad humana y tampoco la hermenéutica se halla por completo desconectada del resto, por lo que no puede concebirse de modo a-histórico, a-social o a-valorativo<sup>30</sup>.

### III. LA INTERPRETACIÓN NO COMPRENDE SOLO LA LEY, SINO TAMBIÉN LOS HECHOS DEL CASO

La realidad, o cualquier segmento de ella es inabarcable en su integridad por nuestra razón. Cuando miramos un objeto, aunque veamos de él todo lo que pueda verse, no aprehendemos del objeto más que un número finito de características. No podemos trazar un modelo completo de un objeto o de un acontecimiento<sup>31</sup>. De modo que dentro de una realidad ilimitada es necesario recortar una serie de datos para componer el caso. A tal fin se realizan juicios de relevancia, a partir de los cuales se seleccionan algunas circunstancias y se descartan otras.

El objeto del proceso judicial es “sido”, no hay posibilidad de acceder al acontecimiento en sí sino a través de relatos. Por ello, parte de la doctrina compara el hecho que es objeto de proceso con el hecho histórico. Tal equiparación ha sido, sin embargo, criticada: “el que intenta reducir al historiador a juez, simplifica y empobrece el conocimiento historiográfico; pero el que intenta reducir al juez a historiador contamina irremediablemente el ejercicio de la justicia”<sup>32</sup>.

No obstante, la propia CSJN acudió a aquella equiparación. Así lo hizo en el fallo “Casal, Matías E. y otro”, del 14/6/2006 (Fallos 328:3399)<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales...*, cit., ps. 127 y 131, con cita de Esser.

<sup>30</sup> CALVO GONZÁLEZ, José, *Comunidad jurídica y experiencia interpretativa*, Barcelona, Ariel, 1992, p. 23.

<sup>31</sup> GUIBOURG, Ricardo A., *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, Buenos Aires, Colihue, 2006, ps. 57/60. Ilustrativo de este punto es el emperador chino de Borges quien queriendo un mapa completo de su imperio exigía el imperio mismo. Todo mapa o representación exige recortar, olvidar, pues el único mapa completo y perfecto de China es China.

<sup>32</sup> GUINZBURG, Carlo - CLAVERIA, Alberto, *El juez y el historiador: consideraciones al margen del proceso Sofri*, Madrid, Araya & Mario Muchnik, 1993, p. 112.

<sup>33</sup> Sostuvo en el mencionado fallo que “...el método para la reconstrucción de un hecho del pasado no puede ser otro que el que emplea la ciencia que se especializa en esa materia, o sea, la historia. Poco importa que los hechos del proceso penal no tengan carácter histórico desde el punto de vista de este saber, consideración que no deja de ser una elección un tanto libre de los cultores de este campo del conocimiento. En cualquier caso se trata de una in-

Por otra parte, los hechos humanos no presentan siempre perfiles y confines suficientemente recortados. Hay una indefinición del hecho histórico. A partir de ello, algunas teorías postulan que la historiografía, lejos de ser una reproducción, viene a ser una perpetua reelaboración del pasado hecha desde un presente y un sujeto distintos<sup>34</sup>.

Advierte Soler, que esta posición aparece como una suerte de radicalismo subjetivista escéptico que ha sido criticado en la inteligencia de que, por borrosos y equívocos que sean los hechos humanos, no es lícito diluirlos en puros inventos de nuestra imaginación. Señala que aún siendo cierto que en toda historia va una dosis grande del historiador, hay núcleos consistentes e insolubles de hechos, así, la muerte de Sócrates puede ser objeto de diversas interpretaciones, pero no puede ser negada como hecho. Ello, sin perjuicio de admitir que se incurriría en un error semejante, aunque de signo contrario, si se creyera que los hechos históricos están dotados de una objetividad perfecta e independiente del observador<sup>35</sup>.

Así, de lo que ocurre, hay infinidad de hechos que nos son indiferentes, hay algunos que son despreciados y otros que son relevados, seleccionándose así los diferentes datos. Si este proceso de selección ocurre en el caso de un

---

dagación acerca de un hecho del pasado y el método —camino— para ello es análogo. Los metodólogos de la historia suelen dividir este camino en los siguientes cuatro pasos o capítulos que deben ser cumplidos por el investigador: la heurística, la crítica externa, la crítica interna y la síntesis. Tomando como ejemplar en esta materia el manual quizá más tradicional, que sería la *Introducción al Estudio de la Historia*, del profesor austríaco Wilhelm Bauer (la obra es de 1921, traducida y publicada en castellano en Barcelona en 1957), vemos que por heurística entiende el conocimiento general de las fuentes, o sea qué fuentes son admisibles para probar el hecho. Por crítica externa comprende lo referente a la autenticidad misma de las fuentes. La crítica interna la refiere a su credibilidad, o sea a determinar si son creíbles sus contenidos. Por último, la síntesis es la conclusión de los pasos anteriores, o sea, si se verifica o no la hipótesis respecto del hecho pasado. Es bastante claro el paralelo con la tarea que le incumbe al juez en el proceso penal: hay pruebas admisibles e inadmisibles, conducentes e inconducentes, etc., y está obligado a tomar en cuenta todas las pruebas admisibles y conducentes y aún a proveer al acusado de la posibilidad de que aporte más pruebas que reúnan esas condiciones e incluso a proveerlas de oficio a su favor. La heurística procesal penal está minuciosamente reglada. A la crítica externa está obligado no solo por las reglas del método, sino incluso porque las conclusiones acerca de la inautenticidad con frecuencia configuran conductas típicas penalmente conminadas. La crítica interna se impone para alcanzar la síntesis, la comparación entre las diferentes pruebas, la evaluación de las condiciones de cada proveedor de prueba respecto de la posibilidad de conocer, su interés en la causa, su compromiso con el acusado o el ofendido, etc. La síntesis ofrece al historiador un campo más amplio que al juez, porque el primero puede admitir diversas hipótesis, o sea que la asignación de valor a una u otra puede en ocasiones ser opinable o poco asertiva. En el caso del juez penal, cuando se producen estas situaciones, debe aplicar a las conclusiones o síntesis el beneficio de la duda. El juez penal, por ende, en función de la regla de la sana crítica funcionando en armonía con otros dispositivos del propio código procesal y de las garantías procesales y penales establecidas en la Constitución, dispone de menor libertad para la aplicación del método histórico en la reconstrucción del hecho pasado, pero no por ello deja de aplicar ese método, sino que lo hace condicionado por la precisión de las reglas impuestas normativamente”.

<sup>34</sup> SOLER, Sebastián, *La interpretación...*, cit., p. 151/52, con cita de Nietzsche.

<sup>35</sup> SOLER, Sebastián, *La interpretación...*, cit., p. 152.

relato histórico —guiado con el máximo deseo de dar cuenta completa de lo que realmente pasó—, más aún en la praxis jurídica.

¿Cómo sustenta el juez la selección de los hechos que integran el caso?

Para Soler, cuando se trata de aplicar la ley, el proceso de selección está impuesto por la ley misma. Esa selección de piezas o fragmentos de la realidad no es arbitraria, no es ni siquiera, como en el caso del historiador, el resultado de una posición propia del narrador, de sus propios ideales, prejuicios o deseos. El punto de vista del jurista es deliberadamente selectivo, en una selección de datos que depende totalmente de calificaciones preexistentes, es la ley la que nos manda a buscar los elementos constitutivos de un caso jurídico. Destaca sin embargo que resulta ingenuo ver la praxis jurídica como consistente sólo en un proceso de intelección de los pensamientos de la ley; también los hechos deben ser captados, pero la particularidad de ese proceso de captación consiste en que se debe practicar, no guiado por preferencias personales, sino por las órdenes del derecho<sup>36</sup>.

Otras posiciones ponen de resalto que en la selección de los hechos intervienen elementos extra-jurídicos, de carácter político, social, psicológico, etc., que necesariamente inciden en el juez al momento de construir el caso<sup>37</sup>.

#### IV. NECESIDAD DE INTERPRETACIÓN. SU CARÁCTER INCIERTO

Como se dijo, en la actualidad hay acuerdo en el sentido de que la concepción mecanicista del juez es impracticable y que todos los conceptos que emplea la ley admiten, en mayor o menor medida, varios significados y ello sucede no sólo con los conceptos normativos, sino también con los descriptivos<sup>38</sup>. Las normas no determinan toda la conducta pues tienen una textura

<sup>36</sup> El autor cita el siguiente ejemplo: en el caso Schwartz sobre adopción se discutía si debía tomarse en cuenta el hecho de que el adoptante fuese judío y el adoptado no. La ley no hacía ninguna referencia concreta a ese hecho, pero el tribunal de segunda instancia entendió que la diferencia de religiones entre adoptante y adoptado es una circunstancia atendida por la ley de adopción dentro de las condiciones generales que ella requiere. La CS, en cambio, indicó que ese dato carece de eficacia jurídica dirimente: la calidad de judío es tan indiferente como lo es la fórmula sanguínea del adoptante: pertenece a una infinidad de datos desatendidos, no forma parte del caso jurídico. Se advierte así que muchas veces la discrepancia en la decisión de un caso provendrá del hecho de que, según un criterio, cierto elemento deberá ingresar en la descripción del hecho, como dato tipificado, mientras que para otro, debe permanecer fuera de consideración. Sin embargo, la articulación misma del hecho ya depende de la forma que el intérprete ha construido la norma decisoria —SOLER, Sebastián, *La interpretación...*, cit., ps. 153/157—.

<sup>37</sup> Las teorías críticas señalan la complejidad del derecho, su carácter ideológico y su modo de operar como mecanismo de reproducción de poder; una decisión judicial tiene un proceso de formación, descomposición y recomposición en el cual intervienen otros discursos que, diferentes por su origen y función se entrecruzan con él; ella refleja la relación de fuerzas de los discursos en pugna —ver CÁRCOVA, Carlos M., “Notas acerca de la teoría crítica del derecho”, en *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001, ps. 19/38—.

<sup>38</sup> Roxin exceptúa las cifras, fechas, medidas y similares —ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, Madrid, Civitas, 1997, p. 148—. Sin embargo ni siquiera ello se en-

abierta o presentan una zona de penumbra, dentro de la cual el intérprete tiene que decidir bajo su responsabilidad<sup>39</sup>. El juez siempre tiene que elegir entre diversas posibilidades de significado, y esa actividad creadora que se realiza según determinadas reglas es lo que se denomina interpretación. El contenido del precepto penal, por ello, aparece “determinado”, en el sentido de una claridad excluyente de dudas, mediante la interpretación judicial<sup>40</sup>.

Ferrajoli ilustra esta cuestión partiendo de la teoría referencial del significado. Distingue, siguiendo a Frege, dos acepciones distintas de significado de un signo, la extensión o denotación —que consiste en el conjunto de los objetos a los que el signo se aplica o refiere— y la intensión o connotación —que consiste en el conjunto de las propiedades evocadas por el signo y poseídas por los objetos concretos que entran en su extensión—. Un término es vago o indeterminado si su intensión no permite determinar su extensión con relativa certidumbre, es decir, si existen objetos que no están excluidos ni incluidos claramente en su extensión. Existen también términos valorativos —obsceno, peligroso, etc.— cuya extensión es, además de indeterminada, indeterminable, dado que no connotan propiedades o características objetivas, sino que expresan valoraciones subjetivas de quien las pronuncia<sup>41</sup>.

Concluye, entonces, que el ideal de claridad, de la simplicidad, de la coherencia nunca es plenamente alcanzable al existir siempre un margen insuprimible de incertidumbre y por tanto de discrecionalidad en la interpretación. La certeza de la verdad jurídica es un mito si se entiende como perfecta “correspondencia”, pero puede ser mayor o menor, según el lenguaje de las leyes sea preciso o vago, denote hechos o exprese valores y esté libre o no de antinomias semánticas. Por ello, es claro que los márgenes de elección para el juez son insuprimibles, lo importante es la amplitud de esos márgenes, es decir, la zona de penumbra —de la que habla Hart— que puede ser mayor o menor. Aunque como destaca Ferrajoli, la imposibilidad de suprimirlos del todo no es buena razón para no tratar de reducirlos<sup>42</sup>.

No existe método capaz de lograr una certeza total en la decisión, ni procedimiento que excluya totalmente la creatividad del sujeto<sup>43</sup>. Interpretar es, como señala Vernengo, siempre una tarea incierta porque, según afirman los teóricos

---

cuenta exento de interpretación, si se tiene en cuenta que la CSJN en el caso “Saguir y Dib” (302:1284) interpretó que podía incluirse en el concepto de persona capaz mayor de 18 años a quien le faltaban dos meses para cumplirlos, aclarando que “no se trata en el caso de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho...” (consid. 12).

<sup>39</sup> CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, cit., p. 72.

<sup>40</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 148.

<sup>41</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., ps. 119/120.

<sup>42</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., ps. 122/123, nota 18.

<sup>43</sup> ALCHOURRÓN, Carlos E. - BULIGYN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1974, 1ª ed., p. 133 y ss., cit. por BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales...*, cit., p. 94.

de la información, las comunicaciones entre los hombres, sea cual fuere el lenguaje escogido para la transmisión de la información, se efectúan por canales excesivamente ruidosos que alteran el tenor de todo mensaje; o siguiendo al existencialismo, es la tentativa, siempre fallida a la postre, de comunicarse entre seres condenados a captar solo mensajes parciales y gestos distorsionados<sup>44</sup>.

Frente a este panorama (textura abierta del lenguaje, vaguedad de los conceptos descriptivos, empleo de elementos normativos, etc.), ¿cómo juega la exigencia de *lex certa* inherente al principio de legalidad? ¿Cómo puede el ciudadano programar sus comportamientos sin temor a interferencias imprevisibles del Estado, si la conducta prohibida nunca puede ser total y absolutamente precisada?

A partir de este interrogante, se abren diversas posibilidades:

1) Afirmar que el principio de legalidad se encuentra superado por el cambio que se ha operado en la forma de entender la aplicación del derecho. Se relativiza, así, la prohibición de la analogía, pues toda interpretación encierra analogía.

2) Atenerse siempre al sentido más restringido de todos los conceptos empleados por la ley. No admite interpretación extensiva ni analogía.

3) Partir de la base de que el legislador crea con el tenor literal de un precepto un marco de regulación que es concretado por el juez eligiendo entre varias posibilidades, sin exceder de ese marco, conforme diversas pautas. Admite tanto la interpretación extensiva como la restringida, no así la analogía.

#### V. ¿LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA VULNERA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD? ¿ES APLICABLE EL PRINCIPIO “IN DUBIO PRO REO”?

El primer problema que se presenta es si puede trazarse una línea divisoria entre la analogía *in malam partem* y la interpretación extensiva, y, en su caso cuáles son los criterios que la sustentan. La doctrina coincide en que la primera, si es *in malam partem*, se encuentra prohibida en derecho penal como corolario del principio de legalidad<sup>45</sup>, mientras que la aplicación de la segunda ha sido admitida por diversos autores y rechazada por otros.

Hay analogía cuando la ley se aplica a hechos que no están comprendidos en ella, pero semejantes a los que si lo están<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> VERNENGO, Roberto, *La interpretación literal de la ley*, 2ª ed. ampliada, Buenos Aires, AbeledoPerrot, ps. 16/17.

<sup>45</sup> Aunque Bacigalupo señala la existencia de una tendencia cada vez mayor a reducir el alcance de la prohibición de la analogía, en BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales...*, cit., p. 92.

<sup>46</sup> Enrique Zuleta Puceiro destaca que el argumento analógico requiere al menos tres requisitos básicos: semejanza entre los supuestos considerados, identidad de razón por el objeto y finalidad perseguida por ambos y procedencia de una norma que resulta ser, en el caso concreto, la más específica, homogénea, congruente y razonable —ZULETA PUCEIRO, Enrique,

Partiendo de que los tipos penales tienen un contenido mínimo y un máximo, la interpretación extensiva es la que otorga al texto legal el contenido máximo —aunque también se ha considerado tal a la que da un alcance más amplio que el mínimo posible—. Sin embargo, siempre hay un límite semántico del texto legal, más allá del cual no puede extenderse la punibilidad, pues deja de ser interpretación para convertirse en analogía. Según Jiménez de Asúa la interpretación extensiva permite afirmar todavía que “el caso está previsto por los legisladores”, lo que no ocurre con la analogía<sup>47</sup>.

La cuestión que se plantea es, entonces, cuáles son los límites de la interpretación en derecho penal y cuándo ella se convierte en analogía.

Se han brindado diferentes criterios para distinguirlas:

### *1. Criterios objetivos*

Afirman Maurach-Zipf que hay un límite para el autor entre la necesaria interpretación, incluida la extensiva, de la muy problemática ampliación de los preceptos jurídico-penales —analogía jurídica y legal—. La interpretación se mantiene dentro del marco del precepto jurídico dado: concentra su malla, investiga el ámbito abarcado por el precepto, sin extenderse más allá de sus límites. En contraposición con ello, la segunda se rige por un precepto jurídico concreto como punto de orientación, sobrepasa conscientemente la frontera de éste. La línea demarcatoria entre ambas es inevitable porque ella decide el valor práctico de la función de garantía del derecho penal. La cuestión de la delimitación entre interpretación y expansión es un problema de principios, no de técnica; pero las dificultades prácticas no son insuperables. Entre sustancia y proyección de un precepto jurídico penal puede encontrarse el hito fronterizo, aún cuando ello sea difícil. La primera es objeto de una debida interpretación, la última sería objeto de analogía<sup>48</sup>.

Stratenwerth parte de que toda ley requiere una interpretación y ésta es un proceso creador. Se plantea la difícil cuestión de establecer los límites entre, por una parte, la interpretación judicial necesaria y admisible y por otra el desarrollo de nuevas normas jurídicas que resultan inadmisibles en el caso de que creen o agraven la punibilidad. “Solamente una precisa descripción de la idea legal fundamental orientada a los hechos respectivos tipificadores de lo ilícito y de la culpabilidad, puede trazar los límites de la interpretación correcta”. El texto legal brinda, en este sentido, el punto de partida, aunque no constituye un criterio sólido: si el texto va más allá de la idea básica que informa un precep-

*Interpretación de la ley. Casos y materiales para su estudio*, Buenos Aires, La Ley, 2005, p. 37, con cita de Atienza—.

<sup>47</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, t. II, Filosofía y ley penal, Buenos Aires, Losada, 1992, p. 479. En igual sentido, SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino...*, cit., t. I, actualizado por Guillermo Fierro, p. 187.

<sup>48</sup> MAURACH, Reinhart - ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1994, ps. 144/45 y 153.

to, habrá que limitarlo y si el texto resulta demasiado estrecho tendrá que ser interpretado en una forma “autorizadamente” amplia. Aquello que va más allá de la idea fundamental de la ley, o dicho de otra manera, de lo que se entiende por tal, es interpretación libre que contradice el principio *nullum crimen sine lege*, en tanto perjudique al autor<sup>49</sup>.

## 2. Criterios subjetivos

Schmidhäuser afirma que calificar una interpretación de analógica requiere previamente la verificación de una laguna legal mediante interpretación, por lo que saber “donde termina la interpretación permitida y comienza la analogía prohibida resulta determinado por la interpretación misma. En la medida en que se afirma que la prohibición de la analogía crea una garantía segura para los súbditos de derecho, ello no es más que una fachada de Estado de derecho”. Expresa que “Lo único que queda de la prohibición de la analogía es lo siguiente: allí donde el que aplica la ley piense que ya no se trate de reinterpretación de ésta, sino de analogía, tendrá que aceptar la laguna legal y será inadmisibles la sanción del autor. Sin embargo, donde el que aplica la ley piense, convencido en conciencia, que su sujeción a la ley hace necesaria esta interpretación, deberá cumplir con la norma así entendida y (como juez) sancionar al autor”. Bacigalupo advierte acertadamente que de este modo la garantía queda sin contenido y pierde toda significación<sup>50</sup>.

## 3. Teoría del sentido literal posible del texto

Se ha intentado una diferenciación entre ambas mediante el sentido literal posible del texto.

Roxin señala que el límite de la interpretación en derecho penal está dado por el sentido literal posible del texto en el lenguaje común. El juez debe efectuar la interpretación dentro de ese marco, considerando el significado literal más próximo, la concepción del legislador histórico, el contexto sistemático-legal y el fin de la ley (interpretación teleológica). Desde este último punto, la interpretación puede ser tanto restrictiva como extensiva; por el contrario una aplicación del derecho al margen del marco de regulación legal, o sea, una interpretación que ya no esté cubierta por el sentido literal posible de un precepto penal, constituye una analogía inadmisibles<sup>51</sup>.

Conforme a ello el juez, al interpretar dentro del marco de regulación previamente fijado por el tenor literal, decide entre diversas posibilidades interpretativas. Pero ello radica, en primer lugar, en la propia naturaleza de las

<sup>49</sup> STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general. I. El hecho punible*, Madrid, Edersa, 1982, ps. 37/39.

<sup>50</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales...*, cit., p. 84.

<sup>51</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., t. I, p. 149.

cosas y no lo puede cambiar ninguna concepción teórica, y, en segundo lugar, el principio de vinculación teórica del juez a la ley ya se satisface teniendo en cuenta que éste no es libre en la interpretación, sino que está vinculado a las decisiones valorativas legales, que, por encargo de la ley se limita a concretar contemplando la norma en la interpretación. La inclusión de situaciones que se encuentran dentro del sentido literal posible no supone su aplicación a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra<sup>52</sup>.

Cerezo Mir acepta esta posición, al sostener que en ocasiones es necesario realizar una interpretación restrictiva (si la letra de la ley va más allá de su espíritu) o extensiva, aunque siempre ha de mantenerse dentro de los límites del sentido literal posible del precepto<sup>53</sup>.

También Mir Puig comparte esta idea al afirmar que “mientras que la interpretación es búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su sentido literal posible, la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otro sí comprendido en el texto legal”. A su criterio, la interpretación es lícita aunque resulte extensiva, pues ello no sobrepasa el límite de garantía representado por la letra de la ley, porque toda interpretación se mueve dentro de ese límite; en cambio, como la analogía traspasa esa frontera, no será admisible si perjudica al reo<sup>54</sup>.

Otro exponente de esta tesis se encuentra en Jescheck, quien asevera que debe respetarse el sentido literal posible como límite extremo, lo que está más allá de él no puede calificarse como interpretación sino creación de derecho<sup>55</sup>.

En definitiva, toda norma tiene un límite lingüísticamente insuperable, que está dado por la máxima capacidad de la palabra, dentro del cual el juez fija el alcance de la ley con el límite del sentido posible del texto, pero no está obligado siempre por el más restringido, pues ello convierte a la interpretación en una actividad mecánica según la cual el juez selecciona automáticamente en todos los casos el tenor más estricto, negando así la valoración inherente a toda tarea hermenéutica.

#### 4. Teorías negadoras de la distinción

Las dificultades en fijar un límite entre ambas ha llevado a sostener que las soluciones brindadas son solo aparentes.

Bacigalupo señala la existencia de una “crisis de la prohibición de la analogía” y ella se debe a la preferencia del empleo del método teleológico denominado interpretación objetiva de la ley que se lleva a cabo sin tomar en cuenta

<sup>52</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., t. I, ps. 147/149 y 150.

<sup>53</sup> CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español. Parte general. Teoría del delito*, I, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1993, p. 172.

<sup>54</sup> MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed. corregida, PPU, Barcelona, 1990, ps. 95/96.

<sup>55</sup> JESCHECK, Hans, *Tratado de derecho penal...*, cit., p. 214.

la voluntad histórica del legislador —como propone la teoría subjetiva—. Este método intenta descubrir el “sentido razonable inmanente de la ley”, sin advertir que él solo puede provenir de la voluntad del intérprete. Así, la ley es separada de su relación con el tiempo de su sanción y desarrollada idealmente hasta el presente, la voluntad objetiva de la ley tiene un contenido diverso de la voluntad histórica del legislador, pues el presente era desconocido cuando la ley fue sancionada y ese plus de contenido solo puede provenir de la voluntad del juez que aplica la ley, por tanto posee una base subjetiva y decisionista. Por ello, el citado autor concluye que el método teleológico no puede prescindir de la analogía ni trazar un límite entre interpretación permitida y analogía prohibida. Ello lo lleva a excluir la interpretación extensiva en el derecho penal. De modo que no es el “sentido posible del texto” lo que da el límite de la interpretación, sino el “sentido más restringido del texto”<sup>56</sup>.

Desde una perspectiva opuesta, otros autores rechazan la posibilidad de distinguir entre interpretación y analogía y concluyen afirmando que sólo está prohibida una “aplicación libre del derecho” totalmente desvinculada de las finalidades legales. Pero de este modo pierde toda significación el principio de legalidad<sup>57</sup>. Por su parte, Jakobs admite que se sobrepase el límite del tenor literal si se dan cuatro requisitos (continuidad de la evolución conceptual; arbitrariedad en la valoración que de lo contrario existiría; igual necesidad de regulación y aptitud para solucionar el problema), lo cual implica que el principio de legalidad habrá perdido todo efecto limitador<sup>58</sup>.

Hassemer admite que no hay posibilidad de marcar claros límites entre interpretación permitida y analogía prohibida. Todos los intentos por salvar, con ayuda de la prohibición de la analogía, el tenor literal, chocan contra el firme muro de la vinculación existente entre tenor literal y sentido y el carácter analógico de la aplicación del derecho, y expresan la inquietud y el desengaño frente a un instrumento que debe limitar la interpretación de la ley, pero que no puede cumplir su misión. A pesar de todo, señala el autor, que la prohibición de la analogía es una piedra angular del derecho penal de un Estado de Derecho, y que, si bien no es una medida exacta, sí es un fuerte argumento<sup>59</sup>.

##### 5. In dubio pro reo y *principio pro homine*

La doctrina discute si el principio *in dubio pro reo* rige también en el ámbito de la interpretación de la ley. Algunos autores entienden que este principio señala la actitud que debemos adoptar para entender una expresión legal que tiene sentido doble o múltiple.

<sup>56</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales...*, cit., ps. 86/91 y 94/96.

<sup>57</sup> Ver crítica de ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 155.

<sup>58</sup> Ver crítica de ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 156.

<sup>59</sup> HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1984, ps. 337/338.

Así, Bacigalupo postula la aplicación del *in dubio pro reo* en referencia a las dudas sobre la cuestión jurídica y ello lo fundamenta en una razón de orden institucional derivada de la jerarquía de la libertad, pues se está ante un conflicto de más o menos libertad, que debe resolverse a favor de la primera<sup>60</sup>.

Concordantemente, Zaffaroni, Alagia y Slokar afirman que si dentro del alcance semántico de las palabras legales puede haber un sentido más amplio para la criminalización o uno más limitado o restrictivo, las dudas interpretativas de esta naturaleza deben ser resueltas en la forma más limitativa de la criminalización. Solo en casos muy excepcionales la regla general de la interpretación semánticamente más restrictiva cede ante otra más amplia, esto es cuando el sentido restrictivo provoca una consecuencia ridícula o absurda, que la literal más amplia evita (ej. la cosa mueble del art. 162 debe ser entendida en sentido corriente y no civil, porque eso llevaría a dejar impune el hurto de inmuebles por accesión o representación)<sup>61</sup>.

También la Corte Suprema tuvo oportunidad de decidir que en los casos de normas legales de cuya interpretación y aplicación pueden seguirse sanciones penales, corresponde, con arreglo al art. 29 CN, decidir a favor del imputado las dudas a que se pueda prestar tanto la interpretación de la ley como la de la prueba (Fallos 220:144).

Otra parte de la doctrina sostiene que dicho principio es un criterio de valoración de la prueba no aplicable en este ámbito.

En tal sentido, Maurach-Zipf, afirman que en materia de interpretación no se debe elegir la más conveniente para el acusado, sino la correcta, no resultando aplicable el *in dubio pro reo* propio de cuestiones de tipo fáctico<sup>62</sup>.

Asimismo, Jescheck expresa que si los hechos esenciales para la culpabilidad no se pueden demostrar, resulta obligatorio para el juez aplicar el principio *in dubio pro reo*. En las cuestiones jurídicas no hay, por el contrario, reglas de interpretación que obliguen al juez a elegir, de entre varias posibles, aquella que beneficie al acusado. En los casos de duda respecto de la cuestión jurídica el Tribunal no tiene que elegir la interpretación más favorable, sino la correcta. La tesis contraria desembocaría en la prohibición de la interpretación extensiva, lo que realmente no tendría sentido en derecho penal ni en ningún otro lado<sup>63</sup>.

Dice Soler, siguiendo a Grispigni, que la sistemática aplicación de este principio importaría tanto como negar toda interpretación, pues bastaría demostrar en el caso la posibilidad de varias interpretaciones, para que se impusiera necesariamente al juez una sola como posible: la más favorable, aún

<sup>60</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales...*, cit., ps. 95/96.

<sup>61</sup> ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 112.

<sup>62</sup> MAURACH, Reinhart - ZIPF, Heinz, *Derecho penal...*, cit., ps. 144/145.

<sup>63</sup> JESCHECK, Hans, *Tratado de derecho penal...*, cit., p. 208.

no siendo la más acorde con la voluntad de la ley. La interpretación debe ser verdadera, sea ella declarativa, ampliante o restrictiva<sup>64</sup>.

En concordancia con lo expuesto, señala Maier que no es unánime la doctrina que aplica el *in dubio pro reo* a la interpretación de la ley como expresión de un mandato constitucional, ni aquella que introduce en el principio de legalidad la necesidad de interpretación restrictiva. Precisamente los autores que no han referido la necesidad de aplicación restrictiva como corolario del principio de legalidad —como Núñez—, han fundado su opinión en el riesgo de que se entienda que sólo se pueda optar por la más favorable al imputado. Ello conduciría al ridículo —a la carencia de interpretación posible— pues por poseer las palabras de la ley una extensión siempre cuestionable, nada sería punible según ella en extremo. Valga como ejemplo para el imputado varón, sostener que no ha matado a “otro”, sino a “otra” (víctima femenina), interpretación seguramente más favorable a él y fundada en las palabras de la misma ley (art. 79 CP). Concluye, por ello que para que triunfe la invocación del principio de legalidad, la interpretación debe ser claramente contra *legem*<sup>65</sup>. El *argumentum ad absurdum* brindado por Maier, encuentra respuesta en la excepción propuesta por Zaffaroni-Alagia-Slokar anteriormente citada —cuando el sentido restrictivo provoque una consecuencia ridícula o absurda—, pero lo cierto es que por esa vía, y pese al carácter excepcional que se pretende otorgar, múltiples podrían ser las excepciones. Nótese que el ejemplo dado por los autores —la cosa mueble del art. 162 debe ser entendida en sentido corriente y no civil, porque eso llevaría a dejar impune el hurto de inmuebles por accesión o representación— no parece más ridículo o absurdo que los que surgen de los fallos citados en el punto I del presente.

Niega también la aplicación del *in dubio pro reo* al ámbito de la interpretación Winfried Hassemer<sup>66</sup>.

En definitiva, esta última posición entiende que la interpretación restrictiva —como sentido más acotado posible— no solo no integra el principio de legalidad, sino que implica la negación de toda posible interpretación.

Desde la misma perspectiva, el Tribunal Constitucional Español ha establecido que “el principio de legalidad no puede ser entendido de forma tan mecánica que anule la libertad del juez, cuando, en uso de ésta, ni se crean nuevas figuras delictivas, ni se aplican penas no previstas en el ordenamiento”<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino...*, cit., ps. 186/187.

<sup>65</sup> TSJ, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 8/6/2005, “Díaz Quintana, René s/art. 74 CC s/rec. de inconstitucionalidad”, c. 3883, voto del juez Maier. Concluye que la interpretación extensiva no vulnera el principio de legalidad en materia penal y que el *in dubio pro reo* no tiene vinculación alguna con la interpretación de la ley penal (MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal, I. Fundamentos*, del Puerto, 2004, 2ª ed., ps. 502/504).

<sup>66</sup> HASSEMER, Winfried, *Fundamentos...*, cit., p. 209.

<sup>67</sup> Cit. por BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales...*, cit., p. 59.

También la CSJN resolvió que el art. 18, CN, proscribe la aplicación analógica de la ley penal pero no su razonable y discreta interpretación tendiente al cumplimiento de los propósitos de sus preceptos (Fallos 306:796, 27).

Por otra parte, la cuestión objeto de estudio no puede analizarse sino a la luz del principio *pro homine* contenido en el art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica y en el art. 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Corte Suprema hizo aplicación del mencionado principio en diversos antecedentes. Así, en “Acosta” —23/4/2008—, expresó que el principio de legalidad exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal<sup>68</sup>. En “Arriola, Sebastián” —25/8/2009— expresó que cuando unas normas ofrezcan mayor protección, éstas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación, la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido<sup>69</sup>.

¿Los principios *in dubio pro reo* y *pro homine* obligan a dar a todos los términos empleados por la ley el sentido más acotado posible cualquiera sea el caso?

La aplicación de tales principios a la interpretación de la ley, no trae aparejado, indefectiblemente, en todos los supuestos, la selección del sentido más restrictivo de todas las palabras contenidas en la ley. La existencia de duda en este ámbito —al igual que sucede en materia probatoria— exige que ella sea razonable. Así, se ha dicho que el estado de duda no puede reposar en una pura subjetividad, sino, por el contrario, ese particular estado de ánimo debe derivarse de una minuciosa, racional y objetiva evaluación de todos los elementos de prueba en conjunto<sup>70</sup>. La mera invocación de cualquier incertidumbre o de versiones contrapuestas acerca de los hechos no impide *per se* obtener razonablemente a través de un análisis detenido de toda la prueba en conjunto, el grado de convencimiento necesario para formular un pronunciamiento de condena. En puridad, cada circunstancia relacionada con asuntos humanos del pasado, dependiente de evidencia y demostración, está abierta a alguna duda posible o imaginaria (conf. Suprema Corte de los Estados Unidos de Nortea-

<sup>68</sup> En el fallo se desechó una interpretación restrictiva del instituto de la *probation* previsto por el art. 76 bis CP, por ser contraria al mencionado principio. Concordantemente se expidió la CS en “Lorenzo, Amalia”, del 23/4/2008.

<sup>69</sup> Decidió allí que no hay duda que el principio *pro homine* resulta más compatible con la posición de la Corte en “Bazterrica” que en “Montalvo”, pues aquél amplía la zona de libertad individual y este último opta por una interpretación restrictiva y por ende declaró la inconstitucionalidad del art. 14, segundo párrafo, de la Ley 23.737, en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, pues conculca el art. 19, CN.

<sup>70</sup> Fallos 311:512 y 2547; 312:2507; 314:346 y 833; 321:2990 y 3423.

mérica, en los casos “Winship”, 397 US 358 y “Victor v. Nebraska”, 511 US 1). El concepto “más allá de duda razonable” es, en sí mismo, probabilístico y, por lo tanto no es, simplemente, una duda posible, del mismo modo que no lo es una duda extravagante o imaginaria. Es, como mínimo, una duda basada en la razón<sup>71</sup>.

Trasladados estos principios al terreno que nos ocupa, se advierte que la circunstancia de que un concepto pueda poseer diversos alcances, no resulta condición suficiente para afirmar la existencia de duda que haga automáticamente aplicable el significado más restringido del término. Sólo si después de empleados los métodos hermenéuticos admisibles, teniendo en cuenta las valoraciones de la comunidad en el momento y lugar que toca juzgar y siempre dentro del marco fijado por las palabras, no se puede establecer cuál es el alcance del vocablo, aparece la situación de incertidumbre que debe valorarse en beneficio del imputado. Lo contrario implicaría el rechazo de todo método interpretativo.

Innumerables han sido los casos donde la Corte Suprema admitió interpretaciones de normas penales cuyo alcance no era el más restringido posible. Así, entendió que la decisión del *a quo* a favor de una de las alternativas interpretativas posibles respecto del máximo legal previsto para el art. 55 del Código Penal ha sido adoptada con fundamentos de derecho común suficientes para sostenerla como acto jurisdiccional válido<sup>72</sup>. Ello, pese a no haber sido en el caso la más beneficiosa para el imputado.

También ha admitido la Corte la aplicación del método aritmético, en lugar del de la composición a los efectos de fijar la pena única, cuestión que consideró ajena a la vía extraordinaria<sup>73</sup>.

## VI. LÍMITES AL LEGISLADOR A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Si todos los conceptos admiten diversas interpretaciones y se admite la necesidad de empleo de elementos normativos, ¿cuándo puede afirmarse que una ley afecta el mandato de determinación inherente al principio de legalidad?, o, en otras palabras, ¿cuál es el límite para el “margen de apreciación tolerable” en el marco de la obligación del legislador de determinar precisamente el supuesto de hecho punible?

<sup>71</sup> Dictamen del Procurador General al que se remitió la Dra. Highton de Nolasco, en causa “Palmiciano, Pablo Marcelo”, del 28/8/2007.

<sup>72</sup> “Estévez, Cristian Andrés o Cristian Daniel s/robo calificado por el uso de armas”, c. nro. 1669/1687, del 8/6/2010.

<sup>73</sup> “Gago, Damián Andrés”, del 14/7/2008, con disidencia de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti.

La exigencia de la óptima determinación de las normas jurídicas conminatorias es una exigencia insoslayable de la seguridad jurídica, emana inmediatamente del principio del Estado de Derecho y se dirige al legislador.

Una ley indeterminada o imprecisa no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad porque no implica una autolimitación del *ius puniendi* estatal a la que se pueda recurrir; es contraria al principio de división de poderes porque le permite al juez hacer cualquier interpretación que quiera e invadir el terreno del legislativo; no puede desplegar eficacia preventivo general porque el individuo no puede reconocer lo que se le quiere prohibir; y precisamente por eso su existencia tampoco puede proporcionar la base para un reproche de culpabilidad. Por ello es indiscutido que las disposiciones penales pueden ser inconstitucionales por indeterminación<sup>74</sup>.

En efecto, tal como destaca Roxin, no es raro encontrar conceptos vagos y necesitados de complemento valorativo en los preceptos penales pese a lo cual casi nunca se ha declarado nulo un precepto penal por infringir el mandato de determinación (cita el fallo del BverfG que consideró que el antiguo tipo de la falta del “grave desmán —o abuso—” fue considerado preciso). Por ello tiene razón Welzel en su frase, frecuentemente citada: “¡El auténtico peligro que amenaza el principio *nulla poena sine lege* no procede de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas!”<sup>75</sup>; al igual que Schünemann quien ha diagnosticado que “el punto más débil del principio *nulla poena* radica en el mandato de precisión de la ley”<sup>76</sup>.

Basta sancionar una ley penal de tipo abierto o indefinido, una sola, para que todo el sistema quede corrupto, porque ese delito indefinido será precisamente el que cumpla la función de vicariante y ubicua con la que se llenarán todos los claros. “La ingenuidad consiste en creer que la única forma de derogar el principio *nullum crimen sine lege* consiste en... derogarlo”, hoy ningún dictador propugnaría aquel procedimiento, cuando puede apelar a otro bien sencillo que no ha despertado sospechas, dejando intencionalmente abierta una figura, construyendo un tipo desfigurado, borroso y sin contornos<sup>77</sup>.

Sin embargo, no puede perderse de vista que el contenido significativo de un concepto no se puede determinar, por lo menos en su terreno limítrofe, con absoluta seguridad. Por lo tanto no hay un texto legal capaz de excluir toda duda. Pese a ello, la eficacia de la función de garantía de la ley penal depende de su técnica legislativa, del grado de concreción o abstracción con que está redactada la ley, lo que pone en el centro de la cuestión el grado de abstracción admisible a la luz del principio en estudio.

<sup>74</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 169.

<sup>75</sup> WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed., 1987, p. 40.

<sup>76</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 170.

<sup>77</sup> SOLER, Sebastián, *Fe en el derecho*, Buenos Aires, Tipográfica, 1956, ps. 283/284.

Señala Jescheck que sería un error creer que sólo una ley redactada casuísticamente logra la máxima coincidencia entre la sentencia y el texto legal porque solo así se consigue una mayor vinculación del juez. Precisamente, para el citado autor, la redacción general de la norma es la mejor y más lógica forma de vincular a la jurisprudencia, pues el legislador puede conseguir esa redacción general describiendo los factores típicos de cada grupo de casos. Por el contrario, el empleo de casuística —que se aferra a superficialidades que en modo alguno se adaptan a todos los hechos concretos punibles—, hace surgir necesariamente lagunas que impiden una correcta decisión en los casos límite, en cuanto le está vedado al juez completar la ley con el ejercicio de analogía. Sin embargo, con la generalización del texto legal —aunque gane la justicia— puede ponerse en peligro la seguridad jurídica, pues con la creación de cláusulas generales se eliminan diferencias materiales, anulándose la función de garantía de la ley penal. Por eso mismo el legislador no sólo debe clasificar las características diferenciales que son decisivas para delimitar los tipos penales, sino también destacarlas con el empleo de conceptos generales.

En definitiva, sólo a través del juego combinado de generalización y diferenciación se crean las bases metódicas de la formación de los tipos en derecho penal, a través de los cuales la función de garantía de la ley penal alcanza su importancia práctica<sup>78</sup>.

Diversos autores fijan la frontera de admisibilidad en “la máxima precisión posible”. Según ello, el empleo de conceptos valorativos resultará inconstitucional cuando el legislador disponga de la posibilidad de una redacción legal más precisa.

Así, Zaffaroni, Alagia y Slokar entienden que, si bien la ley se expresa en palabras y éstas nunca son totalmente precisas, es menester exigir al legislador que agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a su obra. Cuando los límites legales no se establecen de esa forma, cuando el legislador prescinde del verbo típico y cuando establece una escala penal de amplitud inusitada, como cuando remite a conceptos vagos o valorativos de dudosa precisión, el derecho penal tiene dos posibilidades: a) declarar la inconstitucionalidad de la ley, o b) aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa, aunque la elección entre ambos no debe ser arbitraria<sup>79</sup>.

Otra solución —a mi juicio errada— se basa en la idea de la ponderación, según la cual los conceptos necesitados de complementación valorativa serán admisibles si los intereses de una justa resolución del caso concreto son pre-

<sup>78</sup> JESCHECK, Hans, *Tratado de derecho penal...*, cit., ps. 174/175. Dice Hassemer que el legislador penal tiene que resolver al mismo tiempo dos tareas diferentes contrarias entre sí: tiene que dejar las normas lo suficientemente abiertas como para poder adaptarse a casos futuros, aún desconocidos pero “pensados para cuando se conozcan” y debe formularlas de un modo lo suficientemente cerradas como para que sean impenetrables a los casos que no han sido imaginados. Toda decisión que haya que tomar entre flexibilidad y precisión es problemática (HASSEMER, Winfried, *Fundamentos...*, cit., p. 316).

<sup>79</sup> ZAFFARONI - ALAGIA - SLOKAR, *Derecho penal...*, cit., p. 110.

ponderantes respecto del interés de la seguridad jurídica protegido. Ella relativiza inadmisiblemente el principio de legalidad<sup>80</sup>.

Para Roxin, un precepto penal será suficientemente preciso y determinado en la medida en que del mismo se pueda deducir un claro fin de protección del legislador y que de todos modos el tenor literal siga marcando límites a una extensión arbitraria de la interpretación<sup>81</sup>.

Stratenwerth parte de la base de que la ley sólo puede ser exacta en mayor o menor medida, y esta medida es a su vez mensurable. No puede fijarse ni el límite de la indeterminación aceptable ni tampoco el momento en que se lo supera. Por lo tanto, únicamente es posible determinar de alguna manera en los casos extremos, la existencia de una lesión de la prohibición de preceptos indeterminados. Por lo demás no queda ninguna otra posibilidad que obrar con toda decisión a favor de la reforma de las amenazas penales indeterminadas<sup>82</sup>.

El Tribunal Constitucional español sostuvo que “el principio de legalidad impone al legislador el deber de conformar los preceptos legales que condicionan la aplicación de sanciones, sobre todo cuando se trata de sanciones criminales, de tal manera que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada”<sup>83</sup>. También dijo que “El legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos. Pero, dicho lo anterior, ello no supone que el principio de legalidad quede infringido en los supuestos en los que la definición del tipo incorpore conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación...”<sup>84</sup>.

Una atención especial merecen los elementos normativos del tipo. Pocos discutirían ya, que un cierto grado de indeterminación es inevitable, porque todos los términos empleados por el legislador admiten varias interpretaciones. Sin embargo, el punto neurálgico son los conceptos necesitados de complementación valorativa que no proporcionan descripciones de la conducta prohibida, sino que requieren del juez un juicio valorativo. Por lo general se admite que el legislador no puede renunciar por completo a dichos conceptos valorativos en forma de cláusulas generales, porque los mismos hacen posible una resolución del caso individual. Si las leyes solo pudieran tener conceptos descriptivos y no valorativos, o bien tendrían que ser infinitamente largas o presentarían tal rigidez en su aplicación que producirían resultados desafortunados. Además existen fenómenos que no se pueden describir sin recurrir a formulaciones valorativas. No obstante, hay que encontrar un límite más allá

<sup>80</sup> Ver crítica de ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 171.

<sup>81</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 172.

<sup>82</sup> STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal...*, cit., p. 32.

<sup>83</sup> STC 159/86, cit. por BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales...*, cit., p. 63.

<sup>84</sup> STC 62/82, cit. por BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales...*, cit., p. 64.

del cual la indeterminación sea inconstitucional<sup>85</sup>, aun cuando dicha frontera no pueda marcarse de modo preciso.

Así, Ferrajoli distingue entre el “poder de denotación” en cuanto alude a la potestad del juez, en todo caso necesaria, para integrar los espacios irreducibles y mínimos de discrecionalidad dejados abiertos por los defectos inevitables de denotación del lenguaje legal —y del común—, y el “poder de disposición” referido a la potestad del juez cuando la falta de estricta legalidad y jurisdiccionalidad sea tal, que ni siquiera permita hablar de “denotación” aunque sea potestativa y exija, en cambio, decisiones discrecionales, no sobre la verdad, sino sobre valores de tipo ético-político. Este último es siempre el producto de imperfecciones del sistema, como tal es patológico y está en contraste con la naturaleza de la jurisdicción. Sin embargo, la frontera entre poder de verificación y poder de disposición, entre espacios irreducibles y espacios reducibles de discrecionalidad decisoria, entre modelo garantista de derecho penal mínimo y modelos no garantistas de derecho penal tendencialmente máximo, no puede ser trazada de manera rígida y precisa<sup>86</sup>.

Otra referencia especial merece la conminación penal. Dice Jescheck que es en la extensión del marco penal donde más se debilita la vinculación del juez a la ley<sup>87</sup>.

Si bien el principio de legalidad exige la determinación no solo del hecho (garantía criminal), sino también de la pena a aplicar (garantía penal), lo cierto es que, salvo en los supuestos de penas absolutamente determinadas —como la prisión perpetua— el juez tiene la posibilidad de establecer la gravedad de la sanción dentro de un cierto marco de acuerdo con las circunstancias del caso particular. El centro de atención debe fijarse en la amplitud de ese marco. Ello, pues si el marco es tan extenso que aparece como una renuncia del legislador a establecer la medida de la pena, se produce una afectación a la exigencia de determinación previa<sup>88</sup>.

En este sentido, Roxin critica una decisión del BGHSt que ha considerado que la previsión como consecuencia jurídica de “cualquier pena admisible excepto la de muerte” resulta suficientemente determinada, pues no le permite al ciudadano una estimación de las consecuencias. Lo propio sucede si se prevé una pena de multa de cuantía indeterminada; o si se prevé una pena de prisión de seis meses a perpetua, considerada como inconstitucional por Schünemann<sup>89</sup>.

Concluye el citado autor que en las consecuencias jurídicas se puede aceptar una indeterminación algo mayor que en los presupuestos de la punibilidad, porque el principio de culpabilidad y los principios codificados de la

<sup>85</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., ps. 170/171.

<sup>86</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón...*, cit., ps. 128/129 y 166/168.

<sup>87</sup> JESCHECK, Hans, *Tratado de derecho penal...*, cit., p. 176).

<sup>88</sup> STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal...*, cit., p. 33.

<sup>89</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 174.

medición de la pena le dan al autor de un delito un cierto grado de seguridad compensadora. Sin perjuicio, el legislador se ajustaría mejor a la Constitución ciñéndose a penas de dimensiones determinadas y precisas<sup>90</sup>.

*VII. ALGUNOS PROBLEMAS QUE SURGEN DE LA APLICACIÓN  
DE LOS DISTINTOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS.  
¿CUÁLES SON LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN  
ADMISIBLES EN DERECHO PENAL?*

La interpretación de la norma jurídica es siempre pluridimensional, no unidimensional, y se va desarrollando desde diversas perspectivas. Se habla, como es sabido, de una interpretación gramatical, sistemática, teleológica, histórica. Cada una de ellas ofrece distintos puntos de vista para comprender el sentido último de la norma, perspectivas que a veces confluyen, pero en otras ocasiones se cruzan, interrumpiendo unas las deducciones derivadas de otras<sup>91</sup>.

Señalaré, seguidamente, los métodos corrientemente empleados por la Corte Suprema en diversos fallos, sin perder de vista los problemas que presenta su aplicación, anticipando que algunos de ellos no resultan viables en el ámbito penal —los que se apartan del tenor literal—, salvo en beneficio del presunto autor.

Así, es común leer que la primera fuente de exégesis es la letra de la ley, de modo que cuando la norma es clara y no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de otras consideraciones (Corte Sup., Fallos 324:1740), pues caso contrario se corre el riesgo de prescindir del texto legal sin declararlo inconstitucional (Fallos 323:3139). Aparece aquí el problema de determinar cuándo la norma es clara y cuándo oscura, distinción que recuerda a lo que Hart llamó casos fáciles y difíciles —clasificación que hoy se encuentra en tela de juicio atento la difusa frontera que los separa—, pues si se tiene presente lo dicho en torno a la textura abierta del lenguaje natural —vaguedad potencial de todas las palabras— nunca la ley puede interpretarse solo mediante una simple operación gramatical<sup>92</sup>.

Además, aún partiendo de la letra, aparece otra dificultad, la de decidir si debe darse a las palabras de la ley el significado que tienen en el lenguaje común, es decir el sentido que tienen en el entendimiento corriente, o, como

<sup>90</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 175.

<sup>91</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Aplicación judicial...*, cit., p. 65.

<sup>92</sup> En este sentido, la Corte ha dicho que cuando la ley es clara —es decir aquella en que el tenor lingüístico es suficientemente explícito—, la tarea del intérprete se reduce a una cuestión idiomática o de lenguaje. Sin embargo, destaca Vernengo que nunca la ley, por clara que parezca, puede ser entendida reduciendo la labor del intérprete a una operación lingüística, nunca su sentido literal puede alcanzarse mediante una simple investigación gramatical (VERNENGO, Roberto, *La interpretación...*, cit., p. 73). Prueba de ello es el fallo ya citado, donde pese a la claridad del tenor literal “mayor de 18 años”, la CS entendió que podía incluirse a quien aún no los había cumplido —le faltaban dos meses— (Fallos 302:1284).

proponen otros, una lectura más especializada o técnica o, por último, seleccionar uno u otro criterio según el caso teniendo en cuenta, por ejemplo, la materia regulada.

Cuestión no menor se presenta cuando se debe decidir si se aplica este método o se lo deja de lado, pues según afirma el más alto tribunal del país, se debe recurrir a otro tipo de exégesis cuando la aplicación textual conduce a resultados irrazonables (Fallos 323:3139), habilitando la invocación de motivos de justicia y equidad a fin de permitir al juez apartarse del texto legal (Fallos 322:1699), supuestos en los que la letra de la ley deja su preferente lugar y que resultan difíciles de discernir atento el carácter axiológico de conceptos como “irrazonabilidad”, “justicia” y “equidad”.

En otras decisiones la Corte propone dar primacía a la voluntad del legislador (Fallos 302:973; 304:1007; 308:1745; 324:1481) o a la voluntad de la ley, pues no corresponde a los jueces sustituir al legislador sino aplicar la norma tal cual él la concibió, para lo cual ha considerado útiles los antecedentes parlamentarios (Fallos 323: 3386). Sin embargo, tampoco resulta fácil establecer cual es la voluntad de la ley, si no queremos confundirla con la voluntad del intérprete, y mucho menos lo es desentrañar la del legislador, teniendo en cuenta que aquél parece responder a una concepción unitaria cuando en verdad hay multiplicidad de legisladores cada uno con voluntad propia, las que, por cierto, en modo alguno resultan, en la generalidad de los casos, coincidentes. La voluntad del legislador es, por ello, inexistente e inaccesible.

En otros casos el Alto Tribunal acude al espíritu de la ley o a sus fines —“teleológica”— por sobre su texto, pues es menester asegurar los grandes objetivos para los que fue dictada (Fallos 311:2751; 312:311). Ilustrativo de este método es el ejemplo, recogido por Recaséns, del Reglamento polaco de ferrocarriles prohibiendo el paso al andén con perros, en el que fue la interpretación teleológica la que permitió llegar a la conclusión de que el citado reglamento prohibía también el paso de osos, a pesar de que la interpretación gramatical y a partir de la lógica formal era imposible convertir a un oso en perro<sup>93</sup>.

También la Corte ha dicho que la interpretación de la ley comprende la armonización de sus preceptos en conexión con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico (“Esso, SAC v. Gob. Nac.”, del 5/6/1968). Así, la búsqueda de una interpretación correcta o razonable dentro de la gama de los argumentos sistémicos puede conducir a un rechazo de la alternativa que en principio pudo parecer más acorde con el significado ordinario de las palabras<sup>94</sup>.

2) Asimismo, el máximo Tribunal recurre reiteradamente a ficciones acerca de la perfección del legislador, en el sentido de que no cabe presumir la

<sup>93</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Aplicación judicial...*, cit., p. 65.

<sup>94</sup> ZULETA PUCEIRO, Enrique, *Interpretación de la ley...*, cit., p. 69.

inconsecuencia o falta de previsión (Fallos 316: 1321; 324:2153 y 3876) o que el legislador no utiliza términos superfluos o redundantes, sino que todos ellos son empleados con algún propósito (Fallos 324: 2153), mito que causa no pocos inconvenientes a la hora de aplicar las leyes.

Ahora bien, en torno a los métodos de interpretación admisibles en derecho penal, tampoco existe consenso en la doctrina. Dice Maurach que el procedimiento, antaño frecuente, de poner medios de interpretación singulares en manos del juez y de dejarlo encargado de decidir entre interpretación “gramatical” (según el sentido de las palabras), lógico sistemática, histórica o por último teleológica, puede considerarse en la actualidad superado, pues existe acuerdo en cuanto a que el instrumento de trabajo decisivo de la interpretación jurídica debe ser la finalidad del precepto jurídico penal en el momento de su aplicación. En efecto, el método teleológico, en el que resulta decisivo el bien jurídico protegido y apunta al sentido del derecho penal en general y al objetivo del precepto penal específico de que se trata (ej. la doctrina del objeto de protección de la norma, Roxin) es de suma utilidad. Recuérdese en este punto que si la interpretación teleológica y el tenor literal entran en conflicto, la interpretación debe efectuarse dentro de los límites de las significaciones posibles de las palabras<sup>95</sup>. Así, en el ejemplo del Reglamento polaco referido anteriormente que prohíbe el paso al andén con perros, cuya interpretación teleológica permitió incluir también a los osos, no podría mantenerse —a mi juicio— tal conclusión, si el ingreso con perros hubiera estado amenazado con una sanción penal. En esta materia, la vigencia estricta del principio de legalidad hace que la interpretación gramatical cobre en este campo una función limitadora, en el sentido de impedir cualquier entendimiento de la norma que vaya más allá del significado gramatical máximo que consienten los términos a través de los cuales se ha expresado<sup>96</sup>. Ello es así aún cuando el fin que se pretende alcanzar con la norma jurídica no se alcance nunca, si ese fin no se ha materializado en el lenguaje normativo<sup>97</sup>. En cambio, tratándose de una interpretación teleológica, que se aparta del tenor literal, pero que beneficia al autor del hecho, ningún obstáculo puede oponerse a su aplicación<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> MAURACH, Reinhart - ZIPF, Heinz, *Derecho penal...*, cit., ps. 148 y 150/51.

<sup>96</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Aplicación judicial...*, cit., p. 65.

<sup>97</sup> HASSEMER, Winfried, *Fundamentos...*, cit., p. 334.

<sup>98</sup> Ilustrativo resulta el ejemplo dado por Rodríguez Mourullo respecto a la agravante prevista en el CP español de ejecutar el delito de noche, que no fue aplicada por el Tribunal Supremo respecto de dos muertes cometidas en Madrid a las diez de la noche, “porque el alumbrado de la población y de la casa no proporcionaba sombra alguna protectora al delincuente; ni la noche en sí misma daba mayores facilidades de ejecución, dada la fecha en que se cometieron los delitos —19 de julio— porque el calor propio de la estación, hace que en esta capital, a las diez de la noche, hora en que se declaran cometidas las muertes de Emilio y Paulina, se tengan abiertos balcones y ventanas, permitiendo con ello percibir fácilmente, desde una vivienda, las cosas violentas que ocurran en las contiguas o próximas”. Sin embargo, una deducción meramente lógico-formal establecida a partir del tenor literal hacía indiscutible la aplicación de la agravante (RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Aplicación judicial...*, cit., ps. 66/67). Otro

Por el contrario, parte de la doctrina afirma que quien interpreta una ley corrigiéndola conforme a los motivos o los debates, la hunde en apariencia de aplicarla (Binding); pues los motivos se desvanecen y las leyes permanecen. También el método lógico sistemático está sometido a iguales reservas, dado el envejecimiento de la sistemática<sup>99</sup>. La interpretación gramatical, si bien es más eficiente —“toda interpretación comienza con la palabra”—, como único factor de interpretación resulta inútil.

Jescheck también se muestra a favor del método teleológico, aunque no desecha los restantes. Expresa que dicho método “corona el proceso interpretativo” porque sólo él conduce directamente a la meta propia de toda interpretación que no es otra que la de poner de relieve los fines y puntos de vista valorativos, de los que se deduce en última instancia de un modo vinculante el sentido legal decisivo. Propone una secuencia metódica en la cual partiendo del tenor literal y pasando por la relación sistemática y el origen histórico, avance sobre el conocimiento del fin, porque de este modo se recorren paso a paso los distintos grados posibles de argumentación. Destaca, asimismo, que en la interpretación conforme al fin de la ley el juez debe siempre atenerse a las decisiones valorativas contenidas en la Constitución<sup>100</sup>.

La Corte Suprema ha descartado expresamente que el único método de interpretación admisible en derecho penal sea, a la luz del art. 18 CN, el gramatical<sup>101</sup>. Destacó también que el derecho penal es un sistema riguroso y cerrado,

---

ejemplo es el fallo plenario CCC “Costas” (15/10/86) que concluyó que no encuadra en el concepto de arma del art. 166, inc. 2º, CP, el uso de arma descargada apta para disparar, pues mediante un razonamiento teleológico que tiene en cuenta el fin de la norma y el fundamento de la agravación, se arribó a la conclusión de que si no se encuentra cargada no es “arma”.

<sup>99</sup> MAURACH, Reinhart - ZIPF, Heinz, *Derecho penal...*, cit., ps. 148/149.

<sup>100</sup> JESCHECK, Hans, *Tratado de derecho penal...*, cit., p. 210.

<sup>101</sup> En el fallo dictado por la Corte en la causa seguida a los ex Comandantes en Jefe actuantes durante el período 1976-1982 los Dres. Petracchi y Bacqué expresaron: “Que el principio enunciado en el art. 18 de la Constitución Nacional, de acuerdo al cual nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, reclama, sin duda, la determinación por el legislador de los hechos punibles y de las penas a aplicar y proscribela aplicación analógica de la ley penal (Fallos 69:246; 75:192; 150:293; 184:116, entre muchos otros). Empero, no impide la interpretación de sus normas para llegar a la determinación de su sentido jurídico, tarea ésta específica del Poder Judicial (Fallos 254:315) en el ejercicio de este ministerio, los jueces tienen la misión de desentrañar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, delimitar los hechos punibles y los no punibles, conocer, en definitiva, qué es lo que la voluntad general expresada en la ley quiere castigar y cómo quiere hacerlo. En este sentido, la interpretación judicial constituye una de las funciones primordiales de la actividad jurídica de un estado de derecho con el fin de garantizar el respeto de los derechos fundales de las personas frente al poder del estado, erigiéndose así en conquista irreversible del pensamiento democrático. Para alcanzar acabadamente ese objetivo, lo cual significa que la tarea interpretativa adquiere legitimidad, es requisito indispensable que ella permita la aplicación racional de las normas jurídicas penales...Ahora bien, no es pertinente afirmar que todo comportamiento punible deba ser deducido o fundado en la ley en sentido formal y con prescindencia de las decisiones del intérprete. En efecto, la aplicación del derecho positivo penal plantea la necesidad de decidir a favor de una u otra de sus posibles interpretaciones, sin que pueda deducirse dicha decisión de los textos legales. Ello es así, entre otras razones, porque el lenguaje de las leyes

formado por ilicitudes discontinuas, que no tolera ningún tipo de integración, extensión o analogía, tendientes a completar los elementos esenciales de las figuras creadas por la ley (Corte Sup., Fallos 301:395, 10/5/1979, “Golfo, Domingo A”).

### VIII. INTENTOS DE DISMINUIR LAS CONSECUENCIAS DE LOS DEFECTOS PROPIOS DEL LENGUAJE

Ya se dijo que frente a una disposición penal, parte de la doctrina propone optar por el sentido más restringido posible mientras que otra parte entiende que puede escogerse —en base a distintos métodos— dentro del tenor posible del texto.

Ahora bien, si el legislador ha desarrollado el máximo esfuerzo posible a los fines de describir la conducta prohibida y, pese a ello, dada la textura abierta del lenguaje, existe un amplio margen de interpretación, algunos autores postulan, acertadamente, ampliar la tolerancia respecto del error de prohibición, pues la diversidad de alternativas que presenta el texto, puede incidir en una menor posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad. De no admitirse aquel error, tal circunstancia puede valorarse también al momento de fijar la pena.

Así, Naucke afirma que en los supuestos de cláusulas generales se debe, en primer lugar, ampliar el ámbito del error excluyente de culpabilidad y, además, privilegiar al autor, en los casos de sanción, en el momento de la individualización de la pena o bien, por último, interpretar la cláusula general de una manera objetivamente restrictiva<sup>102</sup>.

Ello, a fin de impedir la vulneración del principio de culpabilidad, en el primer caso, y del de proporcionalidad, en el segundo.

---

penales —y el lenguaje en general— no tiene en todos los casos un significado inequívoco y exacto, suficientemente definido como para reconocer en aquéllas un solo sentido. Tal es la razón por la cual, según ha dicho esta Corte, resulta inadmisibles la premisa que sostiene que el único procedimiento hermenéutico admitido por el art. 18 de la Constitución Nacional es el gramatical (Fallos 302:961)” —SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino...*, cit., t. I, actualizado por Guillermo J. Fierro, ps. 168/169—.

<sup>102</sup> Cit. por BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales...*, cit., p. 67.

¿ES POSIBLE INTERPRETAR UNA MISMA DISPOSICIÓN  
PENAL EN DOS SENTIDOS DISTINTOS?  
UNA RESPUESTA PARA RESOLVER EL PROBLEMA  
DE LA PENALIDAD DE LA TENTATIVA

Por GUILLERMO LEDESMA

Recorriendo los fallos dictados por la sala II de la Cámara Federal de la Capital en la época en la que la integramos con Andrés D'Alessio, di con uno referido a la forma de determinar la penalidad de la tentativa en el Código Penal, tema que, si bien dista de ser novedoso, permite abordar una interesante cuestión —sugerida por mi hijo y colega Matías Ledesma— vinculada con los resultados de la interpretación de la ley penal, la que se relaciona con la influencia que sobre el asunto pueden tener los criterios hermenéuticos sentados por la Corte en la causa “Acosta” (Fallos 331:858) y con la respuesta que cabe dar al interrogante que se suscita acerca de si es posible interpretar una misma disposición de la ley penal de maneras distintas según las circunstancias del caso.

Es este último el interrogante y su respuesta —que será afirmativa— el *quid* de este trabajo.

El debate al que aludo se refiere a la interpretación que debe darse al primer párrafo del art. 44 del Código Penal en cuanto determina que la pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad. Aunque sendos tribunales plenarios de la justicia nacional<sup>1</sup> fueron convocados para dirimir la aplicación de sólo dos de las interpretaciones posibles<sup>2</sup>, a riesgo de cansar al lector —o de que éste prescinda de su lectura—, las enunciaré a todas ellas junto a las críticas que se les han formulado y a algunos comentarios propios.

<sup>1</sup> C. del Crimen de la Capital, “Luna, Gustavo G.”, 19/2/1993, LL 1993-B-43, cita Online AR/JUR/416/1993; C. Nac. de Casación Penal, “Villarino, Martín P. y otro”, LL 1995-E-120; cita *online*: AR/JUR/1656/1995.

<sup>2</sup> “Luna”: “¿Cómo debe interpretarse que la pena prevista para el delito consumado ‘se disminuirá de un tercio a la mitad’?”

“1. Que se disminuye en un tercio el máximo y a la mitad el mínimo, o 2) que se disminuye en la mitad el máximo y un tercio del mínimo”. Muy similar, “Villarino”.

*I. CONDENACIÓN HIPOTÉTICA Y REDUCCIÓN POSTERIOR  
EN UN TERCIO DEL MÁXIMO Y LA MITAD DEL MÍNIMO*

El primer expositor de esta interpretación, Tomás Jofré, la formula así: “En la tentativa debe el juez considerar la pena que hubiera aplicado al delincuente si el delito se hubiese consumado. Supongamos que en un delito reprimido con ocho a veinticinco años el juez encuentra que la pena del delito consumado, en el caso concreto, debió ser de nueve años; aplicará a la tentativa, de cuatro y medio a seis años, es decir, la pena disminuida de un tercio a la mitad. Su arbitrio se mueve, en primer término, dentro del *máximum* y el *minimum* de pena del delito consumado, y en segundo término al hacer las disminuciones autorizadas por la ley”<sup>3</sup>. Soler, que sigue este criterio, lo desarrolla indicando que “el juez debe determinar, en abstracto, dentro de la escala respectiva, la pena que, conforme a las circunstancias de los arts. 40 y 41, hubiese correspondido; una vez efectuada esa operación mental —no tiene por qué ser expresa en la sentencia— fijar la pena que corresponde a la tentativa, disminuyendo un tercio, como mínimo, o una mitad, como máximo”, graduación esta última para la cual corresponde tomar en cuenta “las características de la tentativa en sí misma: grado a que alcanzó, la mayor o menor posibilidad de perjuicio, etc., pues las circunstancias comunes de agravación o atenuación ya se toman en cuenta al apreciar la pena que ‘hubiere correspondido’ al hecho consumado en las condiciones en que se intentó”. De ahí que concluya, luego de formular un ejemplo con la pena del homicidio simple, que “la escala que corresponde a la tentativa tiene un límite superior infranqueable, equivalente al máximo de la pena menos un tercio, y un mínimo posible, igual a la mitad del mínimo legal”<sup>4</sup>.

Esta postura, que se basa en una interpretación gramatical del modo condicional que emplea la ley (“La pena que correspondería... si hubiere consumado el delito” en vez de “la pena correspondiente al delito”, como dice el art. 46, Código Penal, al referirse a la participación secundaria), complica injustificadamente las cosas, pues llega de todos modos a establecer una escala abstracta y obliga innecesariamente al juez a formular un juicio hipotético sin contar con

<sup>3</sup> JOFRÉ, Tomás, *El Código Penal de 1922*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1922, p. 110.

<sup>4</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. II, Buenos Aires, TEA, 1967, § 51, I; sigue el criterio de establecer la condenación hipotética previa, pero se aparta en la forma de establecer la penalidad, Carlos Vázquez Iruzubieta: “El párrafo primero del artículo indica por su redacción que la disminución del monto punible no se opera sobre la escala sancionadora del delito determinado por el intento criminoso, sino que resulta de una operación indirecta, porque primeramente el juzgador debe adecuar la pena que correspondería al delito consumado, y sobre esa pena individualizarla mediante una segunda operación de reducción. Esta reducción que tiende a individualizar definitivamente la pena, se efectúa sin escala punible, moviéndose tan sólo dentro de límites posibles que están constituidos por un mínimo que no puede ser menor que el tercio del mínimo del delito consumado, y un máximo que no puede ser mayor que la mitad del máximo del delito consumado.” (VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Código penal comentado*, t. I, Buenos Aires, Plus Ultra, 1969, ps. 245 y 246).

los elementos de juicio para hacerlo, pues el delito en realidad no se ha consumado<sup>5</sup> siendo que, de igual modo, está sujeto a una escala penal dentro de la cual tiene la facultad de dictar la pena que considere apropiada<sup>6</sup>. A esa crítica se suma esta otra: la redacción del art. 55<sup>7</sup> es demostrativa del sistema general del Código para establecer las penas aplicables al autor de uno o varios delitos: fijar una escala abstracta para graduar la pena en función de los arts. 40 y 41<sup>8</sup>.

## II. REDUCCIÓN EN ABSTRACTO DE UN TERCIO DEL MÁXIMO Y LA MITAD DEL MÍNIMO

Este modo de ver las cosas, que en cuanto a la forma de reducción de la pena ya aparece en la anterior, es la más seguida por la doctrina y por la jurisprudencia, invocando argumentos teleológicos e históricos. Tradicionalmente se cita a Octavio González Roura como el primero en enunciarla para oponerla al procedimiento seguido por Jofré. A su juicio, el método que escoge responde “al sistema adoptado por el Código de tener establecida de antemano para cada delito una pena elástica con un máximo y un mínimo, facilitando así el conocimiento de la pena de la tentativa de cualquier delito fuera del juicio, con solo disminuir aquélla en un tercio el máximo y en la mitad el mínimo”, con lo que se forma una pena también elástica, proporcionalmente menor y con su máximo y su mínimo, dentro de cuyos términos se gradúa la pena correspondiente a la tentativa en tela de juicio, consultando la personalidad del delincuente...”<sup>9</sup>. Este autor explica así la génesis de la norma: “...lo que ha ocurrido es que, en la obra de disminución de los mínimos que formaba parte del plan de reforma, se quiso disminuir en la mitad el mínimo que para la tentativa disminuía sólo

<sup>5</sup> Esto hace decir a González Roura que el sistema tiene “una base doblemente falsa”, como es la de fijar la primera pena como si el delito se hubiese consumado, graduándola con arreglo a las circunstancias de la tentativa, no obstante la posibilidad que, de haberse consumado en realidad, tal vez otras lo habrían acompañado, como podría ocurrir con el ensañamiento en el homicidio, la violencia personal en el robo, etc. (GONZÁLEZ ROURA, Octavio, *Derecho penal*, Complemento, t. IV, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1922, p. 62).

<sup>6</sup> DE LA RÚA, Jorge, *Código Penal argentino*, Lerner, Córdoba-Buenos Aires, 1972, ps. 70 y 71.

<sup>7</sup> El primer párrafo de ese artículo dice: “Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos...”.

<sup>8</sup> La fórmula DE LA RÚA, Jorge, *Código Penal...*, cit., p. 755.

<sup>9</sup> González Roura, al considerar errónea la interpretación que describimos en el apartado anterior, expresa que “es provocada por la forma gramatical empleada por el legislador, indudablemente impropia, pues ha debido decir que la tentativa se reprime con la pena del delito consumado disminuida en un tercio el máximo y en la mitad el mínimo” (GONZÁLEZ ROURA, Octavio, *Derecho penal*, cit.).

en un tercio la Ley 4189, y se redactó el artículo en una forma deplorable<sup>10</sup>. Concluye González Roura: “Vanos fueron mis esfuerzos ante el senado y la cámara de diputados para corregir el defecto de redacción, y vanos han sido los mismos ante la última para obtener la inclusión de esa enmienda en la “Fe de erratas”<sup>11</sup>.

Esta postura cuenta en su favor con un fallo de la Corte, tribunal que, sin dar razón de los motivos de su elección, se inclinó por ella al graduar en tres años de prisión la sanción penal por tentativa de violación que impuso a Héctor R. Veira (Fallos 315:256)<sup>12</sup>.

A esta postura se le efectúa una crítica sustancial: al reducir el máximo en un tercio, se dan contradicciones sistemáticas incuestionables: la tentativa de delitos menos graves (v.gr., art. 79: 8 a 25 años de reclusión o prisión; art. 165: 10 a 25 años de reclusión o prisión) resultan punibles con una escala mayor (art. 79: 4 años a 16 años y 8 meses; art. 165: 5 años a 16 años y 8 meses) que la correspondiente a delitos reprimidos con prisión perpetua (art. 80: prisión de 10 a 15 años —conf. art. 44, párr. 3º—). Esa incongruencia legal no puede ser salvada, como lo intenta Fontán Balestra, recurriendo “al buen sentido” del juez para graduar la pena “puesto que nada le impide hacerlo por debajo del máximo correspondiente”, porque “el problema es aquí soluble, en tanto que, cuan-

<sup>10</sup> Lo tomamos del voto de Bisordi en Villarino, quien tuvo como fuente otra obra de GONZÁLEZ ROURA, Octavio, *Derecho penal. Parte general*, 2ª. ed., t. II, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1925, ps. 170-174. Cabe señalar que en la primera edición de este trabajo no figura esa cita (GONZÁLEZ ROURA, Octavio, *Derecho penal*, cit., t. II, capítulo XVIII, “Formación y desarrollo del delito”, ps. 125 a 143).

<sup>11</sup> Cit. en nota 5.

<sup>12</sup> Hay un precedente de la Corte que aplicó el Código de 1886, reformado por la Ley 4189, que invoca Jofré en apoyo de su postura: “La Sup. Corte Nac. ha sentado la doctrina que nosotros defendemos, en el fallo del t. 65, p. 422” (JOFRÉ, Tomás, *El código penal...*, cit., p. 111). Sin embargo, ni de los términos del dictamen del procurador (“Si el delito consumado tendría pena de tres años, al menos, de trabajos forzados, según el art. 85 de la ley sobre crímenes contra la Nación, la tentativa, según el art. 12, inc. 2º, del Código Penal, puede reducirla en el caso desde la cuarta parte a la mitad”) ni de la mayoría de la Corte (“Que ese hecho... hace pasible al procesado de la pena establecida por el artículo ochenta y cinco... con la reducción correspondiente al delito no consumado, como lo pide el señor Procurador General. Que esa reducción debe ser desde la cuarta parte a la mitad de la pena que corresponda al delito consumado, con arreglo al artículo doce, inciso segundo del Código Penal, habiendo razón para aplicar el *mínimum* de la pena, dado el poco valor sobre que ha versado la tentativa de defraudación y las circunstancias favorables al procesado que registran los autos”) que condenó al imputado a un año y medio de trabajos forzados, se desprende que el tribunal haya efectuado una condena hipotética —como si el delito se hubiese consumado— y luego haya aplicado la reducción en la forma postulada por Jofré. Más bien parece surgir del fallo que lo que ha hecho es aplicar el criterio que consideramos en este apartado, es decir que redujo directamente la mitad del mínimo, como si la pena hubiera estado establecida en abstracto. Ello así, porque cuando pondera las modalidades del hecho y la personalidad del imputado lo hace con referencia directa a la tentativa, sin pasar por el delito hipotéticamente consumado: “habiendo razón para aplicar el *mínimum* de la pena, dado el poco valor sobre que ha versado la tentativa de defraudación y las circunstancias favorables al procesado que registran los autos”, lo que remite a la ponderación de las circunstancias para graduar la sanción de la tentativa y no de un delito consumado para luego aplicarle la reducción.

do el mínimo es mayor, el juez es impotente para reducirlo”<sup>13</sup>, pues la solución debe ser general, sin excepciones particulares<sup>14</sup>.

### III. REDUCCIÓN DE UN TERCIO A UN MEDIO DEL MÁXIMO Y DEL MÍNIMO

Una lectura posible de la norma que me ocupa la insinúa De la Rúa. Luego de señalar que, aunque no se han invocado razones expresas sobre el fundamento de la posición que sostiene la disminución de un tercio del máximo y la mitad del mínimo, es indudable que éste es el de buscar el máximo mayor posible ( $2/3$ ) y el mínimo menor posible ( $1/2$ ), agrega: “Claro está que, aplicando ambos, resulta una escala dentro de una escala, pues el porcentaje se aplica en ambas formas ( $1/2$  y  $1/3$ ) al máximo y al mínimo (esto es, una escala de  $1/2$  del mínimo a  $2/3$  del máximo y, dentro de ella otra de  $2/3$  del mínimo a  $1/2$  del máximo)”.

A favor de esta posición cabría argumentar que —además de ampliar la facultad judicial para graduar la sanción en la tentativa, como era intención del legislador—, los proyectos de 1891 y 1906 disminuían la pena “en” un tercio, razón por la cual, al adoptar el proyecto de 1917 la fórmula que estableció el Código que nos rige y al afirmar su exposición de motivos que “se mantiene el régimen anterior”, cabría sostener que la disminución es “de un tercio a la mitad” (reformulación gramatical de “en un tercio a la mitad”) del máximo y del mínimo.

Para sustentar su posición en el sentido de que la reducción debe efectuarse de un tercio del máximo a la mitad del mínimo, el voto del Dr. Bisordi en “Villarino”, acude subsidiariamente a esta interpretación: “... no resulta dudoso, tanto desde el punto de vista del lenguaje empleado como desde el estrictamente lógico, que si la ley manda al juez que disminuya la pena (es decir, que haga menor su extensión, intensidad o número), sin otra directiva adicional, lo razonable, lo lógico, lo que se presenta fácilmente asequible a la mente, es que emprenda su tarea de mayor a menor y no a la inversa. Y a todo evento, esa labor debería concretarse aplicando la fórmula reductora tanto al mínimo como al máximo de la escala prevista para el delito consumado, lo que salvaría

<sup>13</sup> FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1970, § 46, p. 400.

<sup>14</sup> Conf., DE LA RÚA, Jorge, *Código penal...*, cit., p. 601. Tampoco parece apropiado recurrir a criterios prácticos como el enunciado por el juez Tragant en “Villarino”, quien suma a la opinión de Fontán una pregunta y su respuesta: “¿Cuántas veces hemos visto, o tomado conocimiento de casos en los cuales se haya aplicado el mentado máximo a un homicidio tentado?, y la respuesta entiendo que será invariablemente negativa, con lo que el argumento aparece como más teórico que real”; o por Miguel Ángel Almeyra, quien echa mano a razones de seguridad jurídica para “mantener una tradición jurisprudencial” que se asienta “en una considerable *opinio juris* suficientemente difundida” (causa “Dominguez, Jorge O.”, del 1/10/1976, Fallos CCC, Segunda Serie, t. I, p. 421, cit. por Bisordi en “Villarino”).

también la objeción acerca de la vulneración del sistema adoptado por el Código para la fijación de aquélla entre un mínimo y un máximo. Ello, aunque tal aplicación conduzca, en la práctica, a la reducción del mínimo a la mitad y del máximo a dos tercios”<sup>15</sup>.

Estimo que esta forma de resolver la cuestión debe ser descartada desde el punto de vista sistemático a poco que se observe que el Código no contiene ninguna disposición con una penalidad que tenga una escala —es decir dos topes distintos—, una para el mínimo y otra para el máximo.

#### IV. REDUCCIÓN DE UN TERCIO DEL MÍNIMO Y LA MITAD DEL MÁXIMO

Esta manera de efectuar la disminución de la pena fue adoptada en el fallo de la sala 2ª de la Cámara Federal de la Capital al que me refiero al principio de este trabajo. Al fundar el primer voto, al que adhirió Andrés D’Alessio, puse de manifiesto: “Determinado que estamos en presencia de un delito tentado es menester pronunciarse sobre la forma de establecer la penalidad de la tentativa. Entre las posiciones existentes he de inclinarme por la que sostiene que la disminución de un tercio a la mitad a que se refiere el art. 44 del Código de fondo están referidas al *mínimum* y al *máximum* respectivamente. Ello así, porque dicha interpretación es la que mejor consulta el sistema de dicho cuerpo legal, que siempre menciona, al establecer la penalidad de los distintos delitos, en primer lugar el mínimo y en segundo lugar el máximo. Asimismo, esta forma de interpretar la ley evita la incongruencia que supone que tenga mayor pena el homicidio simple tentado que el conato de homicidio calificado...”<sup>16</sup>.

Al argumento del orden en que están expresadas las penas en la parte especial, agrega De la Rúa que es también el criterio que informa los párrafos

<sup>15</sup> El mismo voto de Bisordi desarrolla esta postura reproduciendo parcialmente la opinión del juez Eduardo F. Millán en el plenario de la Cámara 3ª Penal de La Plata, 24/8/1982, “Ach, Luis”: “...la tesis que más se ajusta a la letra y al espíritu de la norma es la del doctor Octavio González Roura... Considero que nada tiene de caprichosa esa interpretación —como se la ha tildado— puesto que a ella se arriba fácilmente y sin esfuerzo alguno, efectuando la sencilla operación de disminuir al mínimo de la pena prevista para el delito la mitad y el tercio, e idéntico procedimiento respecto del máximo. Se obtendrán dos escalas para el mínimo y dos escalas para el máximo...”. Vale la pena agregar que González Roura no recurre a esos argumentos para llegar a la posición que asume.

<sup>16</sup> C. Nac. Apel. en lo Crim. y Corr. Fed. de la Capital Federal, 1/3/1984, causa “Rodríguez, Eduardo G.”, Boletín de Jurisprudencia, año 1984 nro. 1, p. 146. En apoyo de la opinión se citó a NÚÑEZ, Ricardo C., *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 1977, p. 274 y ZAFFARONI, Eugenio R., “Pena de la tentativa e interpretación restrictiva”, *Doctrina penal*, año 5, nro. 17, p. 163. Cabe agregar que Andrés D’Alessio mantuvo la misma posición en las dos ediciones del D’ALESSIO, Andrés (dir.), *Código Penal comentado y anotado*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 483 y 2009, t. I, p. 723. Cabe señalar que Valerga Aráoz se sumó a la integración del tribunal pocos días después.

2º a 4º<sup>17</sup> del propio art. 44<sup>18</sup>. Tiene razón en cuanto a los párrafos 2º y 3º, mas no con relación al 4º, que comienza con la pena mayor (disminución a la mitad de la pena que corresponde a la tentativa) y luego se refiere a su reducción al “mínimo legal” y, finalmente, a “eximirse de ella”. Lo señala Tragant en su voto en “Villarino”.

La crítica que se le formula es que reduce la escala punitiva. El voto de la Dra. Argibay en el plenario “Luna” lo pone de manifiesto: “La adopción de la segunda propuesta del temario, a mi juicio, restringe la escala penal de los delitos tentados, de manera que limita las posibilidades del juzgador en la tarea de individualizar la pena. La propia ley se encarga de ceñir a límites precisos esta labor de los jueces, a veces con manifiesto desagrado de éstos (art. 38, dec.-Ley 6582/1958); y no creo que sea útil, a partir de un ejemplo aislado, coartar aún más los márgenes en el caso de la tentativa.”

#### *V. LA ESCALA PENAL QUEDA REDUCIDA A UN TERCIO DEL MÍNIMO Y A LA MITAD DEL MÁXIMO*

Luego de adherir a la postura anterior, cita De la Rúa esta variante de ella. Dice ese autor: “Gramaticalmente puede discutirse la interpretación dada en cuanto a la reducción del mínimo de la escala penal del delito consumado a sus dos tercios. El Código dispone que se ‘disminuirá (la pena) de un tercio a la mitad’. La expresión puede entenderse como si el precepto dijera: ‘la pena queda reducida a una escala de un tercio a la mitad de la que corresponde al delito consumado’; b. que el mínimo se reduce a dos tercios”.

En un artículo publicado en *La Ley*, José Ortega adscribe a esta posición<sup>19</sup>. Sostiene el nombrado que, de la letra de la ley, de su construcción gramatical, de su sentido lógico, de su deliberada disparidad con el precedente inmediato, y, sobre todo, de las explicaciones de Moreno, su propio autor, no puede llegarse a otra interpretación que escoger la pena aplicable al caso concreto, dentro de la amplitud oscilatoria que se abre a partir del tercio del mínimo establecido en la norma específica, y se cierra en la mitad del máximo previsto en ella<sup>20</sup>. Atendiendo a los primeros parámetros citados, para este autor, “de un tercio a la mitad”, no es “la medida de la disminución (acción de disminuir), y por ende,

<sup>17</sup> Esos párrafos dicen: “Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años”.

“Si la pena fuere de prisión perpetua, la de la tentativa será prisión de diez a quince años”.

“Si el delito fuere imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente”.

<sup>18</sup> DE LA RÚA, Jorge, *Código penal...*, cit., p. 601.

<sup>19</sup> Lo cita Bisordi en “Villarino”, pero el comentario que hacemos lo tomamos del trabajo original, ORTEGA, José, “Tentativa y cooperación. Régimen punitivo previsto en el Código Penal Argentino”, LL 1983-B, p. 1079-1090.

<sup>20</sup> ORTEGA, José, “Tentativa y cooperación...”, cit., p. 1088.

tampoco son sus topes; sino los nuevos límites, o fronteras, o topes de la escala penal resultante de la disminución operada en la escala madre, en la medida en que resulte necesaria para obtenerlos”, por lo que considera que “disminuir una escala penal que va de tres años de mínimo a diez años de máximo —de, desde o a partir de un tercio del mínimo, a, o hasta la mitad del máximo—, es descontar dos tercios del mínimo y la mitad del máximo, dejándola reducida a una fórmula punitiva que irá de un año a cinco años”<sup>21</sup>.

Señala luego, en lo que, siguiendo su opinión, podría considerarse el aspecto teleológico de la reforma, que Moreno, al tratar la penalidad de los cómplices —con razonamiento aplicable a la penalidad de la tentativa— anota, transcribiendo el dictamen de la Comisión Especial de la Cámara de Diputados, que “...La reducción hecha en esta forma (de un tercio a la mitad) permite al juez las amplitudes que se persiguen en los efectos de la individualización...”<sup>22</sup>, pues lo que se procuraba con la reforma era la determinación de “penas flexibles, con un *máximum* y un *mínimum* lejanos...”, apartándose del criterio de los proyectos de 1891 y 1906 que reducían la penalidad “en un tercio”<sup>23</sup>.

Prosiguiendo con la opinión de Moreno transcribe lo que éste expresa al referirse al art. 47: “En general, puede decirse que el Código castiga a los cómplices y a los autores de tentativa con penas que se relacionan con la correspondiente a los autores. El magistrado entonces, ante el hecho de complicidad que se le presenta, observa qué pena procede para el autor y le aplica la que corresponde de conformidad a la escala de la ley que incrimina con una cantidad menor al tal cómplice en relación con el autor”. A ello añade que “el mismo criterio se aplica a la tentativa”<sup>24</sup>.

Dice luego que esa enunciación la efectúa el autor del proyecto después de ilustrar su pensamiento con el siguiente ejemplo: “De manera que si un individuo prometió cooperar a la ejecución de un delito castigado con reclusión perpetua, su pena como cómplice sería la de reclusión desde quince hasta veinte años. Pero si el delito no se consuma, a pesar de haber cumplido por su parte con el compromiso ilícito contraído, se le aplicará la pena de la tentativa, teniendo en cuenta como principal, a los efectos de la graduación, la correspondiente al cómplice”.

“Así —prosigue—, siendo la pena de la tentativa, la que correspondería al agente disminuida de un tercio a la mitad, en el caso supuesto, correspondiendo

<sup>21</sup> ORTEGA, José, “Tentativa y cooperación...”, cit., p. 1083.

<sup>22</sup> MORENO, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, t. III, Buenos Aires, H. A. Tommasi, 1923, p. 39; cuando transcribo a Moreno lo hago directamente de esta obra, ampliando, así, las citas de Ortega.

<sup>23</sup> En el Código siguen existiendo ese tipo de reducciones; así: art. 105: “...la pena se aumentará o disminuirá en un tercio”; art. 232: “...a quienes se reprimirá con la mitad de la pena señalada para el delito”; art. 233: “...con la cuarta parte de la pena correspondiente al delito que se trataba de perpetrar...”.

<sup>24</sup> MORENO, Rodolfo, *El Código Penal...*, cit., t. III, p. 51.

al cómplice desde quince hasta veinte años, éste sería castigado con una pena oscilante entre el tercio y la mitad de quince a veinte años”<sup>25</sup>.

A continuación, dado que Moreno no indica el resultado numérico al que se llega mediante el símil utilizado, señala que el nombrado “habla de una pena ‘oscilante’ entre el tercio y la mitad de quince a veinte años, precisando que la amplitud de la oscilación tiene principio en el tercio de quince años, y finaliza en la mitad de veinte años”, de acuerdo con su propósito de disminuir las escalas legales mediante la relación cuantitativa que traduce la expresión “desde un tercio a la mitad”. De ahí que concluye que “no puede entenderse de ninguna otra manera, puesto que, si su criterio no hubiera sido ése, tendría que haber dicho ‘una pena oscilante entre los dos tercios y la mitad de quince a veinte años’, para corresponder, lógicamente por lo menos en cuanto a la cantidad de la disminución (del mínimo), con el precedente legal del que se apartó de propósito. Y en este caso, deducido un tercio del mínimo y la mitad del máximo, se hubiera quedado sin escala penal:  $15-1/3 = 10$ ;  $20-1/2 = 10$ ”<sup>26</sup>.

Con relación a esta interpretación, que fue seguida por un plenario de la Cámara 3ª Penal de La Plata<sup>27</sup> y por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 7 de la Capital Federal,<sup>28</sup> comparto la réplica que a su propio planteamiento —que inicia este apartado— formula De la Rúa: “La última (el mínimo se reduce a dos tercios) es la posición correcta, por dos razones: a. el sentido gramatical de las expresiones ‘de’ y ‘a’, que están referidas, como ‘desde’ y ‘hasta’, a la ‘disminución’ no a la escala resultante. Es decir, se disminuye un tercio del mínimo hasta la mitad del máximo; no se disminuye a un tercio el mínimo...; b. los precedentes del Código, desde 1891, utilizaban la expresión ‘en’, pues sólo reducían en un tercio (...). Al modificarse en 1917 y admitirse una reducción de la mitad, se justifica el cambio de redacción gramatical, pues no se pudo decir ‘en un tercio a la mitad’...”<sup>29</sup>. Cabe agregar que la opinión del autor del proyecto, con ser de interés, no puede ser determinante, sobre todo cuando ésta se aparta del precedente suplantándolo por una norma de muy difícil interpretación, pese al optimismo con el que encara el tema: “La aplicación del precepto no puede dar lugar a dificultades. Se trata de la tentativa de un delito que tiene fijada una determinada pena. El magistrado no tiene sino que considerar la que correspondería al agente en caso de consumación y disminuirla en la forma establecida por el artículo”<sup>30</sup>.

A lo expuesto vale la pena poner de manifiesto las incongruencias sistemáticas resaltadas por Luis M. García en un voto en disidencia vertido inte-

<sup>25</sup> Autor y lugar cit. en nota ant., párr. 3º.

<sup>26</sup> Cit., p. 1088.

<sup>27</sup> Causa “Ach, Luis”, del 24/8/1982.

<sup>28</sup> *In re* “Poggi, Paulina A.”, del 1/10/1993, como la anterior, cit. por Bisordi en “Villarino”.

<sup>29</sup> DE LA RÚA, Jorge, *Código Penal...*, cit., p. 602, ns. 190 y 191.

<sup>30</sup> MORENO, Rodolfo, *El Código Penal...*, cit., t. II, ps. 418 y 419, n. 293.

grando el Tribunal Oral en lo Criminal N° 7 de la Capital Federal<sup>31</sup>. De acuerdo con esa opinión, la pena mínima correspondiente a la tentativa de homicidio simple que ha producido lesiones gravísimas a la víctima (2 años y 8 meses de reclusión o prisión) sería menor que el mínimo de la pena del delito de lesiones gravísimas sin dolo de homicidio (3 años de reclusión o prisión).

#### VI. PAUTAS DE INTERPRETACIÓN SENTADAS POR LA CORTE SUPREMA

En su actual integración, la Corte ha dictado diversos fallos en los que establece pautas para la correcta interpretación de la ley. En materia penal tiene particular relevancia el que dictó en la causa “Acosta” (Fallos 331:858), en la que se apartó de uno de los aspectos de la doctrina sentada en el plenario “Kosuta”<sup>32</sup>, al considerar que el art. 76 bis del Código Penal comprende no sólo los delitos cuyas penas de reclusión o prisión no exceden de tres años, sino también a los que, previendo un máximo de pena superior a los tres años de privación de libertad, admiten la condenación condicional.

En esa ocasión, al par que refirmó criterios tradicionales, fijó pautas hermenéuticas con especial referencia a la ley penal cuya incidencia, en temas como el que trato, es manifiesta.

He aquí algunas de las pautas establecidas<sup>33</sup>.

a) Para la determinación de la validez de una interpretación, debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos 304:1820; 314:1849) en la medida en que el resultado de aquélla sea razonable, no se aparte del contexto en que la disposición está inserta, no sea contradictoria con otras disposiciones, no se aleje del fin que ha tenido en cuenta el legislador y otros parámetros concordantes a los que se refiere, explícita o implícitamente, el fallo.

b) De ahí que, de acuerdo con éste, a la letra de la ley no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos 313:1149; 327:769).

<sup>31</sup> Causa “Giordano, Rubén O.”, del 10/6/1994, cit. por Bisordi en su voto en “Villarino”.

<sup>32</sup> C. Nac. de Casación Penal, 7/8/1999, Plenario nro. 5, “Kosuta, Teresa R. s/recurso de casación”, donde se resolvió: I°) La pena que debe examinarse para la procedencia del instituto previsto en el art. 76 bis y siguientes del Código Penal es la de reclusión o prisión, cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años. II°) No procede la suspensión del juicio a prueba cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa. III°) La oposición del Ministerio Público Fiscal, sujeta al control de logicidad y fundamentación por el órgano jurisdiccional, es vinculante para el otorgamiento del beneficio. IV°) El querellante tiene legitimidad autónoma para recurrir el auto de suspensión del juicio a prueba a fin de obtener un pronunciamiento útil relativo a sus derechos.

<sup>33</sup> Las puse de manifiesto al comentar el fallo “Acosta”: “El principio *pro homine* y otros criterios de interpretación de la ley”, LL 2008-E, del 4/9/2008, Doctrina.

c) Es por eso que el propósito de armonización de los preceptos de la ley no puede ser obviado por los jueces con motivo de posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, las que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos 310:940; 312:802) de sus términos.

d) La aplicación racional del texto legal a la que se refiere el párrafo precedente debe hacerse cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos 310:937; 312:1484).

e) Pero la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al Derecho Penal como la última *ratio* del ordenamiento jurídico. Aquí el Alto Tribunal abandona los principios relativos a la interpretación de la ley en general para referirse, especialmente, a uno estrechamente vinculado al derecho penal. Es una consecuencia ínsita en el principio de legalidad que la ley penal sea previa, escrita y estricta, pues sólo de esa forma se asegura la vigencia de este principio constitucional. Este último carácter conduce a que la exégesis de la ley debe ser, en términos de la Corte, restrictiva dentro del límite semántico del texto legal. Es decir, circunscribiendo el alcance de sus palabras a sus límites más reducidos<sup>34</sup>, dado que el Derecho Penal está caracterizado por ser la última *ratio* del ordenamiento jurídico.

f) Sin embargo, la cuestión no concluye allí. Junto al principio de política criminal citado, para dar prioridad a una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal ha de recurrirse al principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal<sup>35</sup>. Esa pauta, según lo expresado en otro fallo, se impone

<sup>34</sup> Este criterio, que excluye la interpretación analógica, no está en pugna con el principio *pro homine*, pues como bien se ha dicho, éste funciona como un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos; e inversamente a la norma o a la interpretación más restrictiva cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria por lo que él coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre (PINTO, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas de regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, M. - COURTIS, C., *La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, 1997, p. 163, cit. por TERRAGNI, Martiniano, “Un largo camino que se inicia en Tierra del Fuego: A propósito de Maldonado”, *elDial Express*, Newsletter Jurídico Diario, 21/7/2008, [www.eldial.com.ar/eldialexpress](http://www.eldial.com.ar/eldialexpress)).

<sup>35</sup> Este principio sustancial, en el que la Corte ha fundamentado sus fallos en numerosos precedentes, no se circunscribe limitado al derecho penal, sino también al procesal penal y a otras ramas del ordenamiento jurídico. Es así que el alto tribunal ha dicho que corresponde revocar la sentencia que omitió —al amparo de un excesivo rigor formal— el control sobre la cuestión federal al evitar un pronunciamiento acerca de si, frente a una situación reglada expresamente por el ordenamiento procesal penal local —el cómputo del plazo para recurrir en casación— el juzgador optó por aquella interpretación que fuera más respetuosa del principio *pro homine*, en el marco del ‘deber de garantizar’ el derecho al recurso que asiste a toda per-

aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales (Fallos 330:1989).

### VII. APLICACIÓN DE LAS PAUTAS FIJADAS POR LA CORTE

A la luz de las pautas fijadas y de otras semejantes trataré de dar respuesta al tema de la penalidad de la tentativa, en la inteligencia que, sobre su base, podrá extraerse una conclusión general en materia de interpretación.

a) Se vio que la letra de la ley permitió hacer varias interpretaciones, todas ellas avaladas por diversos razonamientos, los que, más allá de su seriedad, demuestran que, en el caso que me ocupa aquella no resulta fuente segura de su exégesis, por lo que debe recurrirse a otros métodos de interpretación que surgen de otros fallos de la Corte.

b) De acuerdo con éstos, si el método gramatical ofrece dudas, debe ser completado por los métodos teleológico, histórico y sistemático —que no tienen una mera función corroborante de aquél—, para evitar que el intérprete se sujete rigurosamente a él cuando una interpretación razonable y sistemática, que atienda al contexto general y a los fines que informan las leyes, así lo aconseje (Fallos 331:1215 y 1262); ello así, teniendo en consideración que “el resultado de la interpretación debe ser racional y congruente con el sistema (Fallos 331:519 y 1262), buscando su equilibrio (Fallos 331:1243), atendiendo al resultado valioso o disvalioso que se obtenga a partir de su aplicación a los casos concretos, resguardando el sentido que el legislador ha querido asignarle<sup>36</sup> y el espíritu que ha inspirado su sanción (Fallos 331:519) todo ello con el propósito de lograr la armonización de los preceptos de la ley.

c) A estar a los antecedentes de la norma, el plan de la reforma tendía a disminuir, de acuerdo con González Roura, “en la mitad el mínimo que para la tentativa disminuía solo en un tercio la ley 4189”<sup>37</sup> con el fin de “tener estable-

---

sona inculpada de delito (art. 8.2.h. del Pacto de San José de Costa Rica y art. 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), (*in re* “Cardozo, Gustavo Fabián s/recurso de casación”, del 20/6/2006, Fallos 329:5762); en el mismo sentido, por remisión a la citada, Causa D. 393. XL “Díaz, Leopoldo Anselmo y Spano Colabella, Reinaldo s/robo calificado por el uso de armas —Causa nro. 147/651—”, del 19/12/2006, Fallos 329:5762) y también que el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos, propia de los tratados internacionales de la materia, sumado al principio *pro homine*, connatural con estos documentos, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana... (causa M. 1488. XXXVI, “Madorrán, Marta Cristina v. Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación”, del 3/5/2007, Fallos 330:1989).

<sup>36</sup> Ver 600.XL “Vaggi, Orestes Juan v. Tanque Argentino Mediano Sociedad del Estado TAMSE s/cobro de pesos”, del 13/5/2008, aludiendo a “resguardar el sentido que el legislador ha querido asignarle” a las normas.

<sup>37</sup> También lo hacían los proyectos de 1891 y 1906, que aludían a la disminución de la pena “en un tercio”.

cida de antemano para cada delito una pena elástica con un máximo y un mínimo...”, no obstante lo cual “se redactó el artículo en una forma deplorable”, sin que se oyeran sus reclamos de que se modificara su texto. Esos elementos histórico-teleológicos deberían llevar a la interpretación que propugna el autor citado, Fontán Balestra, Malagarriga, Oderigo —entre otros muchos—, y los fallos plenarios “Luna” y “Villarino”.

d) Sin embargo, si se “procura armonizar los preceptos de la ley” es el criterio que siguen, entre muchos otros, Núñez, De la Rúa, Terán Lomas, Zaffaroni, la sala 2ª de la Cámara Federal de la Capital en la citada causa “Rodríguez”, D’Alessio en su “Código Penal”, y las opiniones de las minorías en los plenarios citados —disminuir el tercio del mínimo y la mitad del máximo— el que acuerda a la regla en cuestión una inteligencia que no está —al menos teóricamente— en pugna con el sistema, pues su aplicación no se contradice con otras normas.

e) Pero si la armonización de los preceptos de la ley para lograr la aplicación del texto legal debe hacerse cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho, las dos interpretaciones mayoritarias, pueden conducir, según el caso, a este fin no querido por la regla hermenéutica que se acaba de enunciar.

En efecto, acarrearía la pérdida de un derecho la adopción del criterio sentado en “Villarino” en un caso de prescripción de la acción penal en el que se imputara al autor la tentativa de un delito respecto del cual transcurrió la mitad o más del *máximum* de la pena desde el hecho interruptor, pero ese plazo no alcanzó a los dos tercios de la pena correspondiente al delito consumado, como lo exige el art. 62, inc. 2º, Código Penal (v.gr., se imputa a B tentativa de robo simple cometida a principios de 2002, el 3 de marzo de ese año se dispone su llamado a indagatoria y captura, fecha desde la que permanece prófugo sin cometer nuevos delitos; el 5/3/2005 su abogado defensor plantea la extinción de la acción penal por prescripción).

A su vez, es, también, lo que habría ocurrido si en el mencionado precedente “Veira”, la Corte hubiera aplicado la disminución de un tercio del mínimo y la mitad del máximo: la pena para la tentativa de violación que se le atribuía, habría sido de cuatro años en lugar de tres, lo que habría postergado, en perjuicio del imputado, su liberación.

f) Es aquí, pues, donde se plantea la cuestión que enunciamos al principio: ¿Es posible interpretar una misma disposición penal en sentidos distintos según sea el caso al cual se aplica?

Para ser sincero, hasta que inicié este trabajo, *a priori*, consideraba que la interpretación debía tender a buscar “no cualquier voluntad que la ley pueda contener, sino la verdadera”<sup>38</sup> y por tanto, la única, con independencia del

<sup>38</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho penal...*, cit., t. I, §14, p. 147; en el mismo sentido, FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado...*, cit., t. I, § 12, p. 237: “se trata de llegar, mediante el conocimiento, al exacto sentido de la ley, a su verdadera voluntad”; JESCHECK, *Tratado de derecho*

resultado frente a un caso dado. Este criterio general, trasladado a la penalidad de la tentativa, me conducía a sostener, para todos los casos, que la interpretación correcta es la que reduce la penalidad del delito consumado un tercio del mínimo y la mitad del máximo.

Sin embargo, hoy, luego de un meditado análisis, frente a supuestos como los planteados a título de ejemplo, considero que debo apartarme de la “solución general”, para adoptar la solución que más favorezca al imputado en el caso concreto sometido a juzgamiento, aunque conduzca a que la misma ley se interprete en dos o más formas distintas o, en otras palabras, que tenga dos o más “voluntades” o dos o más “sentidos” frente a otros tantos casos.

Es que la ley está dirigida por el estado a los ciudadanos con el fin de que éstos se motiven de acuerdo con ella. Ergo, debe ser conocida. Para serlo, debe ser, previa, escrita, estricta y, además, clara. Si no lo es, si admite dos o más interpretaciones posibles y una de ellas conduce a considerar impune el hecho, es ésta la que debe ser aplicada. Pues es en ella en la que debe presumirse se motivó el habitante de la Nación para “hacer lo que la ley no prohíbe” (art. 19, CN).

Este pensamiento aparece explícito en Obarrio: “La interpretación que conduce a restringir su aplicación (la de la ley penal) en caso de duda o de falta de precisión en sus términos, no sólo es admitida sino que es reclamada por los principios de equidad y de la justicia misma. En la duda debe estarse siempre por lo favorable al acusado”<sup>39</sup>; en Rivarola: “La ley será expresa y clara, o no lo será. Si no existe ley expresa y clara, corresponderá la absolución del acusado. Esta es la solución que los Códigos de procedimientos han convertido en texto legal...”<sup>40</sup>; en Gómez: “En caso de duda sobre el significado y alcance de un texto legal, éste deberá interpretarse en el sentido más favorable al reo. Estas dos últimas reglas están contenidas en los arts. 12 y 13 del código de procedimientos en materia penal para la Capital Federal...”<sup>41</sup> y en Núñez: “La regla *in dubio pro reo*, admitida en lo referente a la valoración de la prueba, ¿vale igualmente como principio jurídico rector de la interpretación de la ley penal? Desde antiguo se ha contestado afirmativamente (...) La legislación también ha consagrado el principio de que en la duda la ley penal debe interpretarse a favor del imputado (...) En nuestro país, el art. 13 del Código de Procedimientos en lo criminal (...) dispone que ‘En caso de duda deberá estarse siempre a lo que sea

---

*penal. Parte general*, 4ª ed., traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, Comares, 1988, § 17, III, 2: “Habiendo dudas sobre la cuestión jurídica, el tribunal no debe elegir la interpretación más favorable al acusado, sino la correcta”.

<sup>39</sup> OBARRIO, *Curso de derecho penal*, Buenos Aires, Lajouane, 1902, p. 90, cit. por NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, p. 206, nota 307.

<sup>40</sup> RIVAROLA, *Derecho penal argentino*, p. 118, también cit. por NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., nota 308.

<sup>41</sup> GÓMEZ, *Tratado de derecho penal*, t. I, Buenos Aires, Cia. Argentina de Editores, 1929, p. 144.

más favorable al procesado<sup>42</sup> ha sido mirado como una regla de interpretación de la ley penal...<sup>43</sup>.

Y aunque estos autores no han tocado expresamente el tema que nos ocupa, el enunciado general de su pensamiento conduce a sostener que “se está a lo más favorable al procesado” según las circunstancias de cada caso concreto. Ante cada imputado en particular. En los ejemplos de “B” y del caso “Veira”, se “está a lo más favorable” al imputado aplicando dos interpretaciones distintas del art. 44 del Código Penal en cuanto a la forma de determinar la penalidad de la tentativa.

Esta forma de resolver la cuestión fue seguida expresamente por los jueces Elbert<sup>44</sup>, y Camiña<sup>45</sup> en el plenario “Luna”, y aún antes, según se desprende de sus votos.

g) Aunque no respondiendo expresamente al criterio alternativo que postulo, la Corte había determinado, con anterioridad, reglas hermenéuticas que, según mi parecer, podían conducir a ese resultado: la función de hacer justicia no es otra cosa que la recta determinación de lo justo “*in concreto*”, o sea “la solución justa del caso” porque, de lo contrario, la aplicación de la ley se convertirá en una tarea mecánica reñida con la naturaleza misma del Derecho (Fallos 302:1611), de ahí que la sentencia debe ser derivación razonada del derecho vigente, con particular referencia a las circunstancias de la causa (Fallos 261:209; 262:144; 284:119, etc.) por lo que, en materia de interpretación, debe preferirse la que mejor concuerda con las garantías, principios y derechos consagrados por la Constitución (Fallos 200:187). Es que la solución justa “del caso” sólo puede encontrarse “en el caso” y según se vio, la variabilidad de las circunstancias lleva a que esa solución no pueda conseguirse a través de una interpretación única.

h) Entiendo que el fallo “Acosta”, está en esta línea al señalar que, para dar prioridad a una exégesis restrictiva de la ley penal dentro del límite semán-

<sup>42</sup> El art. 3º del actual Código Procesal Penal de la Nación dice: “En caso de duda deberá estarse a lo que sea más favorable al imputado”.

<sup>43</sup> NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, cit., t. I, ps. 205 a 207.

<sup>44</sup> “Personalmente me he visto forzado en la causa “Rotival”, nro. 16.185, resuelta el 28/2/1989, a modificar el criterio sustentado en mi trabajo de ‘La Ley’ (que era exactamente correspondiente a la segunda opción que se propone al plenario). La razón fue la necesidad de dictar una pena racional en el caso concreto, o sea proporcional a la cuantía del injusto cometido y el caso concreto era una extorsión infantil rayana en la tentativa inidónea. Por esos motivos, decidimos que se debía determinar la pena que correspondería al sujeto en caso de consumación, disminuida en un tercio como mínimo y la mitad como máximo. Sin embargo, en la causa “Bravo, H”, excarcelación (nro. 17.696, resuelta el 28/2/1989), no podíamos adelantar, obviamente, la pena a imponer y decidimos, por voto mayoritario, al que adhirió el doctor Zaffaroni, hacer aplicación del criterio de Núñez, o sea la segunda opción del plenario, tal como siempre consideré correcto desde mi comentario en ‘La Ley’(...)”.

<sup>45</sup> “... considero necesario manifestar que la redacción poco clara del art. 44 del Código de fondo me ha permitido adoptar hasta ahora un criterio amplio. Esto es, fijar en cada caso concreto la escala que más se adecue al injusto cometido, intentando aplicar una pena justa y equitativa, sin sometimiento a pautas abstractas y rígidas”.

tico del texto legal, ha de recurrirse al principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal. Ello así, porque el “ser humano” es el imputado en cada caso, a quien no se le puede acordar “más derechos”, sino atendiendo a las particulares circunstancias procesales en que se halla en una causa penal, en la que se ejerce el “poder estatal” a través de la jurisdicción penal. Y, dado que, el principio de legalidad<sup>46</sup> exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al Derecho Penal como la última *ratio* del ordenamiento jurídico, no hay otro modo de solucionar la cuestión que admitiendo que es posible interpretar una misma disposición legal en sentidos distintos según las circunstancias del caso, para aplicar la que más restrinja la punición y más derechos acuerde al individuo frente al poder estatal.

<sup>46</sup> La referencia a este principio nos sirve para hacer una reflexión final sobre las convicciones de Andrés D’ Alessio. Aunque era un insospechado defensor de los derechos humanos, lo que llevó a cabo con serio compromiso en sus proyectos como Secretario de la Corte, en sus votos como juez y en sus dictámenes como Procurador General, no se inclinó ante la fácil lectura —que hoy parece políticamente correcta— de que estando el juzgamiento de ellos de por medio muchos principios sustanciales del Derecho Penal deben ceder ante otros porque “las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza su protección” (es una cita parcial de lo expresado por la CIDH en el caso “Almonacid Arellano”, transcripta en una nota de su artículo: D’ALESSIO, Andrés, “Una posición distinta sobre el fallo Mazzeo”, en D’ALESSIO, Andrés - BERTOLINO, Pedro J. (dirs.), *Revista de derecho penal y procesal penal*, 11/2007, p. 2154. Por el contrario, admitiendo que es justo que los delitos de lesa humanidad sean imprescriptibles, que sus autores no pueden alegar la excusa de obediencia debida, que no pueden ser objeto de indulto y que es correcta la intervención subsidiaria de los tribunales internacionales o extranjeros, criticó la aplicación retroactiva de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad para hechos cometidos con anterioridad a su ratificación al referirse a las decisiones de la Corte a partir del fallo “Priebke” (D’ALESSIO, Andrés, *Los delitos de lesa humanidad*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008, p. 76), porque en ellos se renuncia expresamente al principio *nullum crimen nulla poena sine lege* y a otros de jerarquía semejante como el *non bis in idem*, vicio que, según su parecer, se ha repetido “cada vez que el horror por el hecho delictivo se impuso a la razón de los principios aceptados en occidente a partir de que Beccaría escribiera su inmortal *Delle delitto e delle pene*”, lo que se repitió en la Argentina, donde “la repulsión que provocan los crímenes que se cometieron durante la dictadura no puede llevarnos a ‘comernos al canibal’, como diría Jorge L. Borges” (las expresiones entrecomilladas son del artículo citado, p. 2156). De ahí que su introducción a la cita de Radbruch y ella misma, terminen por pintar los rasgos de las convicciones de Andrés D’ Alessio que dan lugar a esta nota: “Estimo que el máximo ejemplo de la actitud correcta de un jurista celoso de la objetividad frente al problema lo ha dado Radbruch, que luego de la dictadura nazi, durante la que fue perseguido, escribió en la parte final de un trabajo que suele citarse —por no leerlo completo— como aval de la tesis que en esta nota critico: Luego de doce años de negación de la seguridad jurídica, es más necesario que nunca el escudarse mediante consideraciones jurídico-formales, contra las tentaciones que fácilmente pueden haber surgido en aquellos que han vivido sometidos al peligro y la opresión durante doce años. Debemos buscar la justicia, pero al mismo tiempo atender a la seguridad jurídica, puesto que es ella misma una parte de la justicia, y reconstruir un Estado de derecho que satisfaga por igual, en la medida de lo posible, a ambas ideas. La democracia es ciertamente un bien digno de ser elogiado; el Estado de Derecho, sin embargo, es como el pan de cada día, como el agua para beber y el aire para respirar, y lo mejor en la democracia es, precisamente, que sólo ella es apropiada para asegurar el estado de derecho”.

## SECCIÓN III

### DELITOS DE LESA HUMANIDAD



## ENSAYO EN HOMENAJE A UN JUEZ

Por HORTENSIA D. T. GUTIÉRREZ POSSE

### *INTRODUCCIÓN*

El lector quizás se sorprenda ante el título que se dan a estas páginas y el sumario del contenido que se pretende desarrollar. Sin embargo, a poco que se evoque el alcance del término “juez” y se recuerde el último libro publicado por el Dr. Andrés J. D’Alessio, esa sorpresa se esfumará.

El diccionario de la lengua española enseña que “juez” se dice de la persona que tiene autoridad y potestad para juzgar y sentenciar, cuidando de que se observen las leyes impuestas. Autoridad de la que es investida en razón de la idoneidad en el conocimiento del derecho, de la independencia en su interpretación y aplicación, y —sobre todo— de la imparcialidad al conocer. Potestad que se revela no sólo en los juicios y en las sentencias en los que es llamado a decidir, sino que también está presente a través del reconocimiento que el fruto de esa actividad genera en la comunidad. Autoridad y potestad que —en este sentido— hacen a la esencia de ser “juez” y por ende reflejan la personalidad de quien ejerce la función; personalidad que, como todo atributo del ser humano, se proyecta en todos los ámbitos y en todas las funciones que esté llamado a cumplir. Esto es, que en cada una de ellas una permanente honestidad intelectual, con la que se aborden cuestiones que hacen a la vida de una sociedad en su marco jurídico, exhibirán la autoría del “juez”; aunque no necesariamente se trate de un proceso en justicia.

Los delitos de lesa humanidad, publicado en el último año de vida, comporta, precisamente, el estudio de una problemática que preocupa a nuestra comunidad llevado a cabo por un “juez”. Y es el juez quien, en las reflexiones finales de su obra —a las que denomina sugerencias prácticas—, plantea la situación que se presentaría si una instancia internacional pretendiese que los tribunales argentinos se pronunciasen de modo que violase algunas de las garantías preexistentes de nuestra Constitución puesto que, como allí se recuerda, los jueces que lo integrasen habrán asumido su cargo jurando aplicar esa Constitución.

Con el objeto de apreciar la profundidad y fineza del análisis que se efectúa en la obra, en las páginas que siguen se considerará, en una primera parte, la categoría jurídica de los crímenes de lesa humanidad, tal como se ha acuñado en el ámbito internacional y la presenta el autor, para ver luego las consecuencias de la calificación de un delito como crimen de lesa humanidad en el ámbito interno, señalando los aspectos sustanciales puestos de relieve sobre la siempre presente problemática de las relaciones del derecho internacional con el derecho interno a la luz de fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la materia.

De la confrontación de los efectos prácticos que se ha asignado a esa calificación con el marco teórico desarrollado en la primera parte, surgirá clara la personalidad del juez consecuente con los principios que siempre enseñó y defendió.

### *I. LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD*

El derecho internacional regula relaciones jurídicas entre Estados, pero no por ello limita la imputación de conductas que entran en la esfera de su ámbito de aplicación a estos sujetos del ordenamiento. En efecto, desde inicios del siglo pasado, actos aberrantes contra las personas merecieron la condena internacional, gestándose una categoría nueva de ilícitos internacionales; los crímenes de lesa humanidad.

La obra que se comenta se inicia con un capítulo, en el que, no podía ser de otro modo, se evoca la formación y evolución de esta categoría de crímenes, culminando con su expresa inclusión en 1945 en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg basado, al igual que la Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Este, en la Declaración de Moscú de 1943 por la que se había expresado la determinación de castigar a los criminales de guerra luego de la victoria y —si fuese del caso— exigir su extradición del Estado que les diese refugio. Los acusados de cometer crímenes mayores —aquellas personas con relación a las cuales los crímenes, por su amplitud, no fuesen susceptibles de ser localizados geográficamente— serían juzgados por un tribunal internacional, en tanto que los acusados de crímenes menores, ejecutados en un determinado Estado ocupado, serían sometidos al sistema judicial de derecho interno de ese Estado<sup>1</sup>. En estos instrumentos se otorgaba competencia a las instancias jurisdiccionales para conocer en crímenes de lesa humanidad así como también con relación a otras dos categorías de crímenes; esto es, los crímenes contra la paz y los crímenes de guerra. Para cada una de estas ca-

<sup>1</sup> Los textos del Acuerdo de Londres, la Carta del Tribunal Militar Internacional, anexa al Acuerdo; la Proclamación del Comandante en Jefe de las Potencias Aliadas de Tokio y la Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Este pueden consultarse en CHERIF BASSIOUNI, M., *Crimes against humanity in international criminal law*, Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, ps. 579-586 y 604-611.

tegorías, los Estatutos precisaban las conductas que constituían los crímenes pero no caracterizaban a la figura como tal. En lo que hace a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la paz, en realidad se trataba de dos categorías ya reconocidas en el derecho positivo convencional al menos desde inicios del siglo veinte<sup>2</sup>. En ese sentido cabe recordar que en el Tratado de Paz firmado en Versalles en 1919 al término de la Primera Guerra Mundial se disponía que el Kaiser Guillermo II de Alemania sería juzgado por un tribunal internacional como “culpable de ofensa suprema a la moral internacional y a la autoridad sagrada de los tratados” y que los individuos autores de actos incriminados debían ser entregados a los Aliados para ser juzgados por sus tribunales militares. Es decir, que se afirmaba la responsabilidad penal individual tanto por crímenes de guerra, al haberse cometido infracciones graves al derecho de la guerra, como por crímenes contra la paz al no haberse respetado los tratados que debían preservarla. Situación distinta era la que se presentaba en cuanto a los crímenes de lesa humanidad, puesto que si bien —como expresa el autor— sus antecedentes se remontan a la Declaración de San Petersburgo de 1868 y en 1915 Francia, Gran Bretaña y Rusia denunciaban la matanza de armenios perpetrada por el Imperio Otomano como “crímenes contra la humanidad”<sup>3</sup>, en las negociaciones ulteriores a la Primera Guerra Mundial no se entendió oportuno llevar a cabo ningún juicio por este tipo de actos al considerarse que podría alegarse que sería una forma retroactiva de legislación penal. De este modo, la primer definición convencional de crímenes de lesa humanidad es la contenida en el art. 6º c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg<sup>4</sup>, aceptándose una vez más que en el ámbito del derecho internacional se tipificasen conductas como crímenes y que en virtud de esas normas se juzgase a responsables. Ahora, ya no sólo por violar tratados o incurrir en conductas prohibidas por leyes y usos de la guerra, sino también por cometer crímenes contra la humanidad ya que conforme señaló en su sentencia este tribunal “los crímenes contra el derecho internacional los cometen los hombres

<sup>2</sup> La Convención IV de La Haya de 1907 sobre leyes y usos de la guerra terrestre estipula que las violaciones a las normas sobre la conducción de la guerra comprometen la responsabilidad del Estado bajo cuyas órdenes se lleven a cabo esas conductas, estatuyéndose en la Sección II del Reglamento Anexo sobre las Hostilidades una serie de prohibiciones en cuanto a los medios de hacer daño al enemigo.

<sup>3</sup> D’ALESSIO, Andrés J., *Los delitos de lesa humanidad*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2008, ps. 2-3 y 5-9.

<sup>4</sup> El art. 6º, inc. c), del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, establecía que constituían crímenes de lesa humanidad, asesinatos, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas en ejecución o en conexión con cualquier crimen de la competencia del Tribunal, sea o no en violación del derecho interno del país en el que se perpetraron. El último párrafo de este artículo disponía que los líderes, organizadores, instigadores y cómplices que participaron en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer cualquiera de los crímenes precedentemente mencionados eran responsables de todos los actos llevados a cabo por cualquier persona en ejecución de ese plan.

y no entidades abstractas por lo que sólo sancionando a los individuos que los cometen es posible hacer cumplir el derecho internacional<sup>5</sup>.

En los años transcurridos desde la adopción de los Estatutos de los Tribunales de Nüremberg y Tokio, la doctrina, la jurisprudencia y normas internacionales e internas, fueron aportando precisiones a la caracterización de esta categoría jurídica de ilícitos del ordenamiento internacional; tal el caso de la Ley 10 dictada por el Consejo de Control Aliado en Alemania el 20/12/1945 para enjuiciar a las personas responsables de crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes de lesa humanidad<sup>6</sup>, la ley israelí de 1951 según la cual se juzgó a Eichman, o el proceso llevado a cabo en Francia contra Klaus Barbie, jefe alemán de la Gestapo en Lyon. En 1993, al adoptar el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia se incluyó en la competencia de esta instancia internacional a los crímenes de lesa humanidad<sup>7</sup>. Del texto de este Estatuto emerge que se trata de crímenes contra las personas y no contra los bienes ya que los actos que se enumeran como crímenes de lesa humanidad retoman la lista de las conductas incriminadas en la Ley 10 del Consejo de Control Aliado en Alemania, interpretando el tribunal que para su comisión se requiere que los actos formen parte de un ataque sistemático o generalizado, que éste se dirija contra la población civil, y que el acusado sepa que los actos que comete forman parte de tal plan. El año siguiente, en razón de los hechos ocurridos en Ruanda, el Consejo de Seguridad instituyó un nuevo tribunal internacional *ad hoc* para el juzgamiento de personas responsables de genocidio y de otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y por nacionales ruandeses en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de ese año<sup>8</sup>. El Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda contiene la misma lista de actos que configuran el crimen<sup>9</sup>, exigiendo que sean cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil por razones de nacionalidad o por razones políticas, étnicas, raciales o religiosas<sup>10</sup>. El hecho de que el ataque deba dirigirse contra una población civil revela el carácter colectivo

<sup>5</sup> Judgement, *Trial of the major war criminals before the international military tribunal, Nüremberg. 14/11/1945 - 10/10/1946*, reimpresso en *AJIL*, 1947-41, ps. 172 y ss.

<sup>6</sup> Esta ley retoma la lista de actos del Estatuto del Tribunal de Nüremberg, agregando el encarcelamiento, la tortura y la violación; véase el texto en CHERIF BASSIOUNI, M., *Crimes...*, cit., ps. 590 y ss.

<sup>7</sup> El Tribunal se estableció por Res. 808 (1993) y el Estatuto se adoptó por Res. 827 (1993); el art. 5º, crímenes de lesa humanidad, requiere que los actos allí enumerados se cometan contra la población civil.

<sup>8</sup> Consejo de Seguridad Res. 955 (1994).

<sup>9</sup> Estatuto Tribunal Penal Internacional para Ruanda, art. 3º.

<sup>10</sup> En opinión de parte de la doctrina y según las legislaciones internas de algunos países, entre ellos Estados Unidos y Francia, los crímenes de lesa humanidad tienen que perpetrarse en el marco de un plan concertado.

del crimen, más que la condición de la víctima, por lo que en este contexto por población civil se entiende no sólo a los civiles en sentido estricto sino también a todos aquellos que hayan sido puestos fuera de combate cuando el crimen se cometió; teniendo presente que el hecho de la presencia entre la población civil de individuos que no tengan la condición de civiles no priva a la población misma de tal carácter<sup>11</sup> y que en caso de duda la persona debe presumirse civil<sup>12</sup>. Bueno es recordar el carácter vinculante de las decisiones del Consejo de Seguridad, máxime cuando —como es del caso en la institución de estos tribunales *ad hoc*— sus términos no merecieron objeción<sup>13</sup>.

La naturaleza de estos crímenes fue establecida en una de las primeras decisiones del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia al señalarse que las víctimas no son los individuos como tales sino la humanidad como un todo ya que, precisamente, el concepto de humanidad como víctima caracteriza al crimen de lesa humanidad<sup>14</sup>. En esencia, los elementos que lo tipifican son la naturaleza generalizada o sistemática de los ataques dirigidos contra la población civil y el conocimiento por parte de quien perpetra el crimen del contexto más amplio en el que se inscribe su acción<sup>15</sup>, entendiendo el término ataque con un sentido no totalmente idéntico al que se le da en el derecho internacional humanitario puesto que no se limita a la conducción de las hostilidades sino que puede configurarse a través de tratos inhumanos infligidos a quienes no participan directamente en ellas, tales como personas que han sido detenidas<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> TPIY., 7/5/1997, “The Prosecutor v. Dusko Tadic”, case nro. IT-94-1-T, Judgement; 14/12/1999, “The Prosecutor v. Goran Jelusic”, case nro. IT-95-10-T, Judgement; 14/1/2000, “The Prosecutor v. Zoran Kupreskic *et al*”, case nro. IT-95-16-T, Judgement; y 3/3/2000, “The Prosecutor v. Tihomir Blaskic”, case nro. IT-95-14-T, Judgement, parág. 210-216.

<sup>12</sup> TPIY., “The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic”, case nro. IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, Judgement, parág. 435.

<sup>13</sup> El art. 25 de la Carta de la ONU dispone que los Miembros de la organización convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad; en la especie, los tribunales *ad hoc* fueron instituidos en virtud de la facultad otorgada al órgano en el art. 41 de la Carta de decidir medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada para hacer efectivas sus decisiones.

<sup>14</sup> TPIY., 29/11/1996, The Prosecutor v. Drazen Erdemovic, Sentencing Judgement, case nro. IT-96-22-T. Si bien esta sentencia fue anulada en apelación el 7/10/1997 en razón de entender que la declaración de culpabilidad que había expresado el acusado no había sido informada, desde que al mismo tiempo alegaba como eximente de responsabilidad la obediencia debida, ordenándose en consecuencia que se dictase una nueva sentencia en primera instancia, en lo que aquí interesa el nuevo Tribunal, en la decisión que adoptó el 5/3/1998, en nada modificó la opinión que se cita.

<sup>15</sup> El Tribunal Penal Internacional para Ruanda precisó que el acto debe ser inhumano en su naturaleza y en su carácter, causando gran sufrimiento o un grave daño al cuerpo, a la mente o a la salud física; “Le Procureur v. Jean Paul Akayesu”, ICTR-96-4-T, Jugement, 2/9/1998.

<sup>16</sup> TPIY., “The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic”, case nro. IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, Judgement, parág. 416, señalándose que —sin embargo— ambos conceptos tienen un origen común; esto es, que la guerra es una cuestión entre fuerzas armadas o grupos armados y que la población civil no debe ser un objetivo legítimo; en la apelación, profundizándose estos conceptos, se señaló que el ataque no necesita ser parte

Lo sistemático del ataque puede asumir formas diversas; esto es, la existencia de un objetivo político, un plan de ataque, o una ideología cuyo fin fuese perseguir o debilitar una comunidad; perpetrar en gran escala un acto criminal contra un grupo de civiles o la comisión continua y repetida de actos inhumanos vinculados unos con otros. El plan no necesita que se formalice o se declare expresamente pero ha de poder inferirse del contexto en el que se desarrollan los hechos. En cuanto al elemento alternativo a lo sistemático que requiere el crimen para configurarse —esto es, que sea generalizado— está referido a la escala en que se perpetrán los actos y al número de víctimas. A pesar de que el requisito es que el ataque sea sistemático o generalizado y no de que se acumule lo sistemático a lo general, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia señaló que en la práctica estos dos criterios suelen resultar difíciles de separar porque un ataque generalizado que se dirige contra un importante número de víctimas posiblemente se vincule con alguna forma de planificación u organización<sup>17</sup>.

Por último ha de señalarse que también en opinión del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia —basándose en el derecho consuetudinario— una intención discriminatoria no es necesaria para que esta figura penal quede configurada. La discriminación, en la especie, sólo está referida a uno de los crímenes de lesa humanidad; el crimen de persecución<sup>18</sup>. En efecto, sólo una norma del Estatuto de este Tribunal —en términos similares a lo dispuesto al respecto en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda<sup>19</sup>— tipifica como crimen de lesa humanidad a la persecución cuando ésta se lleva a cabo por motivos políticos, raciales o religiosos. Con relación a los demás actos, el ánimo discriminatorio no configura un elemento del crimen de lesa humanidad ya que la *mens rea* sólo requiere del acusado que haya tenido conocimiento de que sus actos forman parte del ataque sin que sea necesario que conociese sus detalles. En efecto, es el ataque, no los actos del acusado, el que ha de dirigirse contra la población civil<sup>20</sup>.

En substancia, estos crímenes se caracterizan por lo inhumano de las conductas, su gravedad, su amplitud —ya que ha de tratarse de una acción a gran escala, vinculada con un ataque sistemático o generalizado—, su inclusión en

---

de un conflicto armado ya que con relación a un crimen de lesa humanidad no está limitado al uso de la fuerza armada sino que puede referirse al maltrato de la población civil, lo que no necesariamente implica el maltrato a toda la población del lugar en que se produce el ataque, *Appeals Judgement*, 12/6/2002, parág. 86-90.

<sup>17</sup> TPIY., 3/3/2000, “The Prosecutor v. Tihomir Blaskic”, case nro. IT-95-14-T, Judgement.

<sup>18</sup> TPIY., 15/7/1999, “The Prosecutor v. Dusko Tadic”, case nro. IT-94-1-A, Appeal Chamber, Judgement.

<sup>19</sup> Estatuto Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, art. 5º, inc. h) y Estatuto Tribunal Penal Internacional para Ruanda, art. 3º, inc. h).

<sup>20</sup> TPIY., 12/6/2002, “The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic”, case nro. IT-96-23 and IT-96-23/1-A, Appeals Judgement, parág. 103.

un plan político concertado —emane éste del Estado o de una organización— y el hecho de que se dirijan contra la población civil como tal<sup>21</sup>.

En 1998, al adoptarse el Estatuto de la Corte Penal Internacional del que el Estado argentino es parte, se otorgó competencia en la materia a este Tribunal Internacional y, codificando el derecho consuetudinario<sup>22</sup>, se incluyó en el art. 7º, párrafo 1º, una lista de las conductas que lo tipifican y se caracterizó a los crímenes de lesa humanidad como actos que han de ser parte de un ataque, ataque que debe ser generalizado o sistemático, ha de dirigirse contra la población civil y ha de tenerse conocimiento de dicho ataque<sup>23</sup>. El párrafo 2º a) del mismo artículo contiene lo que a los efectos del párrafo 1 ha de entenderse por ataque, el que ha de estar constituido por una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en la norma contra una población civil y se aclara que esos actos han de llevarse a cabo de conformidad con la

<sup>21</sup> BETTATI, Mario, “*Le crimen contre l’humanité*”, en ASCENSIO, Hervé - DECAUX, Emmanuel - PELLET, Alain (dir.), *Droit international pénal*, Pedone, París, 2000, ps. 293 y ss.; el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, sintetizando la jurisprudencia, señaló como elementos comunes de los crímenes de lesa humanidad que a) los actos del acusado tienen que tener lugar en el contexto de un ataque generalizado o sistemático, entendiéndose como generalizado que sea a gran escala y como sistemático que denote organización, debiendo cumplir este requisito el ataque y no los actos del acusado; b) deben dirigirse contra la población civil, lo que no implica que toda la población de una entidad geográfica en la que el ataque tiene lugar ha de haber sido objeto del ataque, siendo suficiente que un número de individuos haya sido blanco del ataque o que haya sido objeto de ataque de un modo tal que muestre que el acto se dirigía contra la población civil y no contra un número de individuos cualesquiera, debiendo estarse en cuanto a la definición de ‘población civil’ a lo dispuesto en el Protocolo I de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, art. 50, que en opinión del Tribunal refleja el derecho consuetudinario; c) es necesario un plan o una política previa, y d) el acusado ha de tener conocimiento de que sus actos forman parte de un ataque criminal. En cuanto a la *mens rea*, el Tribunal señaló que el acusado ha de tener la intención de cometer el crimen y conocer que hay un ataque contra la población civil del que sus actos forman parte puesto que es el ataque y no los actos del acusado los que se deben dirigir contra la población civil, TPIY., 17/12/2004, “The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez”, case nro. IT-95-14/2-A, Appeals Judgement, parág. 92-100.

<sup>22</sup> Por codificación del derecho internacional se entiende la inclusión en un tratado internacional de una norma consuetudinaria en modo orgánico y sistemático; ello no obstante, la costumbre no es reemplazada por el tratado sino que coexiste con éste y ambas fuentes pueden tener valor vinculante al mismo tiempo y para los mismos sujetos del ordenamiento jurídico, Corte Internacional de Justicia, caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, excepciones, “Nicaragua v. Estados Unidos de América”, CIJ, Recueil, 1984, en el que el Tribunal señaló que no correspondía rechazar la demanda de Nicaragua por el sólo hecho de que los principios del derecho internacional general invocados en su apoyo se retomasen en tratados multilaterales, precisando que el hecho de que estos principios fuesen codificados o incorporados en convenciones multilaterales no significaba que dejarasen de existir y ser aplicables como principios del derecho consuetudinario; y ello, aún con relación a países que son partes en dichos tratados.

<sup>23</sup> Estatuto Corte Penal Internacional, art. 7.1; la lista de actos es similar a la contenida en el Estatuto de los Tribunales Penales Internacionales para la ex-Yugoslavia y para Ruanda, pero se agregan dentro de esta categoría la desaparición forzada de personas y el crimen de apartheid.

política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.

A la luz de los elementos que ha de reunir una conducta para que constituya un crimen de lesa humanidad conforme al derecho consuetudinario y convencional, que el autor sintetiza en su obra, observa en ella que los actos enunciados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional como crímenes de esta categoría podrían conformar dos grupos distintos; uno, son delitos cuyas descripciones coinciden con las tradicionalmente existentes en los códigos penales de todas las naciones civilizadas —tales como asesinato o privación ilegítima de la libertad— otro, son delitos propiamente internacionales, como ocurre con el exterminio o el embarazo forzado<sup>24</sup>. Sin embargo, se ocupa de recalcar que para que las conductas constituyan crímenes de lesa humanidad, en uno y otro caso, esos hechos han de cumplir las condiciones generales establecidas en el artículo 7 párrafo 1, conforme a la definición de ataque contenida en párrafo 2. A su juicio, algunas de estas condiciones no requieren elaboración particular<sup>25</sup> pero la situación es distinta en lo que hace a los requisitos de que el ataque se dirija contra una “población civil” y a que éste se integre en “la política de un estado u organización”. En lo que se refiere al primero de estos elementos, con sustento en la jurisprudencia del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg<sup>26</sup>, del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia<sup>27</sup>, de la Cámara Criminal de la Corte de Casación francesa así como en lo dispuesto en el Código Penal francés, que lo regula, recuerda que los términos de la disposición legal en cuestión no son en manera alguna restrictivos y que lo decisivo es la escala y organización en la que fue cometido el crimen contra una “población”; aun cuando las víctimas fuesen soldados, no combatientes al momento del hecho. En cuanto a la “política” a la que debe adecuarse el acto, ha de entenderse por tal un plan preconcebido tendiente a provocar terror.

Por último, en lo que hace a los conceptos de “Estado” y “organización” si bien el primero es claro en derecho admite que el segundo se presta a un rico debate sobre su alcance. En ese sentido, y en vinculación como lo que pueden

<sup>24</sup> D’ALESSIO, Andrés J., *Los delitos...*, cit., ps. 14-19.

<sup>25</sup> D’ALESSIO, Andrés J., *Los delitos...*, cit., ps. 20-23.

<sup>26</sup> La Asamblea General de la ONU, órgano plenario en el que se encuentran representados todos los Estados Miembros, adoptó en 1946 la Res. A/95 (I), consagrando los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal y su sentencia.

<sup>27</sup> La jurisprudencia de este Tribunal al igual que la del Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue tomada particularmente en cuenta al elaborarse el Estatuto de la Corte Penal Internacional; véase, entre otros, BANTEKAS, I - NASH, S. - MACKAREL, M., *International criminal law*, Londres, Cavendish, 2001; BROOMHALL, Bruce, *International justice and the international criminal court. Between sovereignty and the rule of law*, Nueva York, Oxford University Press, 2003; CASSESE, A. - GAETA, P. y JONES, J. R. W. D. (ed.), *The Rome Statute of the ICC. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002; JONES, John R. W. D., *The practice of the international criminal tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda*, 2ª ed., Transnational Publishers, Inc., Ardsley, NY, 2000; TRIFFTERER, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999.

entenderse como organizaciones terroristas, luego de reseñar la evolución de la concepción del terrorismo como delito internacional a partir de la segunda mitad del siglo XIX llega a la conclusión de que, sin embargo, ello no implica que sea un crimen de lesa humanidad<sup>28</sup> sino que, en todo supuesto, podría llegar a considerarse en un futuro como una figura penal autónoma. Por ende, se concuerda con la opinión del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia conforme a la cual el derecho relativo a los crímenes de lesa humanidad se ha desarrollado para tomar en cuenta fuerzas que, a pesar de no ser del gobierno legítimo, tienen control “*de facto*”, o bien pueden moverse libremente, en un determinado territorio<sup>29</sup>; esto es, que quienes cometan estos crímenes no son sólo los agentes del Estado y que no necesariamente las organizaciones han de ejercer el control en un territorio.

La conclusión a la que se llega en cuanto a que los crímenes de lesa humanidad han de conformarse con la política de un Estado o con la de una organización sin que, por ello, el terrorismo como tal pertenezca a esta categoría de crímenes internacionales se vincula a la relación que se plantea a continuación en la obra entre este tipo de crímenes y la protección internacional de los derechos humanos; esto es, con la responsabilidad del Estado frente a la comunidad internacional por haber lesionado estos derechos<sup>30</sup>. En ese sentido, desde que de lo que se trata es de conductas del Estado, no todas las acciones que infrinjan el derecho internacional de los derechos humanos alcanzarán la jerarquía de crímenes contra la humanidad sino sólo aquéllas que reúnan los elementos de estos crímenes. Es decir, agrega el autor, cuando lleguen a constituir un ataque sistemático o masivo contra una población civil desarrollado en cumplimiento de la política que haya trazado un estado o una organización<sup>31</sup>.

La lógica consecuencia de este razonamiento es la de que, por un lado, no todas las violaciones de los derechos humanos constituyen crímenes de lesa

<sup>28</sup> En el derecho internacional humanitario, en los conflictos armados internacionales, el Convenio IV de Ginebra de 1949, art. 33, prohíbe toda medida de intimidación o terrorismo y el Protocolo I de 1977 Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, art. 51. 2, prohíbe los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil; en cuanto a los conflictos armados sin carácter internacional, el Protocolo II de 1977, Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, art. 2º d) y 13.2 prohíbe en todo tiempo y lugar los actos de terrorismo contra las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan dejado de participar en ellas así como los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. Sin embargo, en lo que hace a la competencia de la Corte Penal Internacional, en la Conferencia de Roma en la que se adoptó su Estatuto los Estados se limitaron a dejar constancia en el Acta Final de que se reconsideraría la definición del crimen de terrorismo internacional o transnacional con el objeto de examinar su inclusión en el ámbito material de competencia del Tribunal en la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto que se realice, véase, ARSANJANI, M. “The Rome Statute of the International Criminal Court”, *AJIL*, 1999-93, ps. 22 y ss.

<sup>29</sup> D’ALESSIO, Andrés J., *Los delitos...*, cit., ps. 26-30.

<sup>30</sup> D’ALESSIO, Andrés J., *Los delitos...*, cit., p. 36.

<sup>31</sup> D’ALESSIO, Andrés J., *Los delitos...*, cit., p. 37.

humanidad y, por el otro, que no sólo políticas de los Estados pueden conducir a cometerlos<sup>32</sup>.

## *II. CONSECUENCIA DE LA CALIFICACIÓN DE UN DELITO COMO CRIMEN DE LESA HUMANIDAD*

Las consecuencias de la calificación de un delito como crimen de lesa humanidad se analizan en la obra en función del valor vinculante para el Estado argentino de las normas internacionales por las que ha aceptado obligarse. De este modo, ya en el primer capítulo se pone de relieve que el Estatuto de la Corte Penal Internacional contiene un concepto de este tipo de crímenes y que esa definición constituye para el país derecho positivo a partir de su aprobación por la ley 25.390<sup>33</sup>. Esta constatación es particularmente valiosa para el análisis que se intenta si se tiene en cuenta que se ve reafirmada por el hecho de que al adoptarse ulteriormente la ley 26.200, por la que se implementa en el ámbito interno el Estatuto, la norma no tipifica esta categoría de crímenes según un principio de especialidad en el ámbito penal sino que se limita a remitirse a sus disposiciones, estableciendo —en lo que aquí interesa— que las conductas descriptas en el art. 7º del Estatuto —crímenes de lesa humanidad— son punibles para la República Argentina<sup>34</sup>.

Es decir que para que un acto constituya un crimen de lesa humanidad ha de conformarse a la política de un Estado o a la de una organización; si se tratase de una organización, ésta no necesitaría controlar un territorio sino que bastaría que se pudiese mover libremente por él; y —a más— la víctima del ataque sistemático o generalizado ha de ser la población civil en sentido amplio, en la que quedarían comprendidos los soldados no combatientes al momento del hecho.

Estas conclusiones del autor son, en un todo, conformes con lo que se establece en la Constitución Nacional en cuanto a las relaciones del derecho internacional con la normativa interna al disponerse que las normas internacionales integran directamente el ordenamiento jurídico de la Argentina; sean éstas de fuente convencional<sup>35</sup> o consuetudinaria<sup>36</sup>. En efecto, el derecho inter-

<sup>32</sup> TPIY., 12/6/2002, “The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic”, case nro. IT-96-23 and IT-96-23/1A, Appeals Judgement, en el que se especificó que el acusado debe saber que sus actos se compadecen con la política de un Estado o de una organización.

<sup>33</sup> D’ALESSIO, Andrés J., *Los delitos...*, cit., p. 9.

<sup>34</sup> Ley 26.200, art. 2º, Boletín Oficial, 9/1/2007.

<sup>35</sup> El art. 31 de la Constitución Nacional dispone “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...”.

<sup>36</sup> El art. 118 de la Constitución Nacional dispone “Todos los juicios criminales ordinarios, que no deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de

nacional es derecho interno a partir del momento en que el Poder Ejecutivo, a quien la Norma Fundamental le confía el manejo de las relaciones exteriores del país<sup>37</sup>, acepta o reconoce obligarse en el ámbito internacional y, en el caso específico de los tratados, éstos serán norma interna cuando en ese ámbito entren en vigor para el país<sup>38</sup>.

La reforma al texto constitucional, adoptada en 1994, dispuso como principio general la superioridad de todos los tratados internacionales en vigor para la Argentina respecto de las leyes nacionales y de los ordenamientos provinciales<sup>39</sup>. Sin perjuicio de ello, en materia de derechos humanos se establece que una serie de tratados y dos instrumentos internacionales —que no tienen la naturaleza jurídica de tratados sino que son Declaraciones adoptadas en el ámbito de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, revistiendo los principios que contienen el carácter de normas consuetudinarias— “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”, admitiéndose la posibilidad de que ulteriormente el Congreso de la Nación otorgue la misma jerarquía con relación a otros tratados sobre esta materia<sup>40</sup>.

---

estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio” (énfasis agregado); por otra parte, la misma Constitución otorga en el art. 117 a la Corte Suprema de Justicia de la Nación competencia originaria y exclusiva para conocer en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, materia regulada en gran medida por el derecho consuetudinario; conf., Fallos 19:108, entre otros.

<sup>37</sup> El art. 99 de la Constitución Nacional dispone “El presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: ... inc. 11. Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules”.

<sup>38</sup> La Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados establece como principio general en el art. 24.1 que un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores.

<sup>39</sup> El art. 75, inc. 22, primer párrafo de la Constitución Nacional dispone “...Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”; la Ley 24.309 por la que se declaraba la necesidad de la reforma parcial de la Constitución Nacional precisaba en el art. 4º que la Convención Constituyente habría de reunirse con el único objeto de considerar las reformas al texto constitucional incluidas en el núcleo de coincidencias básicas, incorporado en el art. 2º, y los temas que se habilitaban por el Congreso para su debate en el art. 3º. Entre estos temas se encontraba la modificación del art. 67—actual art. 75— por incorporación de nuevos incisos en materia de institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales.

<sup>40</sup> El art. 75, inc. 22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional dispone “(...) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de

Es decir que el texto constitucional fija tres condiciones para que normas de fuente internacional en una materia determinada se vean imbuídas de jerarquía constitucional.

En primer lugar, la norma internacional será norma interna en las “condiciones de su vigencia”; esto es, que su ámbito de validez temporal está dado no en función del ordenamiento doméstico sino del ordenamiento internacional. Así, integrará el derecho positivo argentino desde el momento en que se encuentre vigente para el Estado en el ámbito internacional. Por otra parte, la norma interna de fuente internacional ha de tener el contenido y el alcance que le ha atribuido el Estado al obligarse internacionalmente por ella; esto es, conforme a los términos en que manifestó su voluntad de vincularse puesto que en los casos de convenciones multilaterales pudo haber efectuado reservas —si éstas no estaban prohibidas por el acuerdo internacional— o, eventualmente, declaraciones interpretativas del alcance de alguna de sus disposiciones.

La segunda condición que estableció la reforma es la de que la norma internacional no ha de derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución, lo que no podía ser de otro modo en razón del expreso mandato dado a la Convención Constituyente ya que la ley que había declarado la necesidad de la reforma ponía un límite al poder que se delegaba puesto que se vedaba introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional, previniéndose como sanción la nulidad absoluta de todas las modificaciones, derogaciones y agregados que se realizasen contraviniendo esta limitación<sup>41</sup>.

Por último, la norma internacional ha de poder interpretarse como complementaria de los derechos y garantías reconocidos en la Norma Fundamental. Es decir que, teniendo presente una disposición constitucional, ha de verificarse que es posible considerar que la de fuente internacional, lejos de modificarla o derogarla, la integra y aún podría enriquecerla en cuanto a su sentido y alcance puesto que el complemento ha de estar subordinado al principal<sup>42</sup>.

---

su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (...)” y el párrafo tercero de la misma norma agrega “Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. Las leyes 24.820 y 25.778 otorgaron esta jerarquía, respectivamente, a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y a la Convención de las Naciones Unidas sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

<sup>41</sup> Corte Sup., Fallos 322:1616 en el que el Tribunal aplicó la sanción de nulidad contenida en el art. 6° de la ley 24.309.

<sup>42</sup> VANOSSI, Jorge R. A. - DALLA VIA, Alberto R., *Régimen constitucional de los tratados*, 2ª ed., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2000, ps. 321-327 quienes agregan que el principio se ha reiterado en el art. 75, inc. 22, al establecer que los tratados de derechos humanos no pueden derogar artículo alguno de la primera parte y deben considerarse complementarios; asimismo, véase un cuidadoso análisis de la doctrina en la materia, en el que se incluyen también opiniones disidentes, en GARCÍA BELSUNCE, Horacio A., “Los tratados internacionales de derechos

Es decir que si estos recaudos se fijan para esta categoría específica de tratados a los que se los considera complementarios de la Norma Fundamental es razonable interpretar que toda norma por la que se vincule el país en el ámbito internacional habrá de cumplir idénticos requisitos, siendo —de tal modo— superior a las leyes nacionales y a los ordenamientos provinciales pero debiendo conformarse a los principios de derecho público contenidos en la Constitución<sup>43</sup>.

Ahora bien, la integración de una norma convencional en el derecho interno no implica, necesariamente, que sea directamente aplicable en este ámbito puesto que ello depende de su carácter operativo<sup>44</sup> o programático<sup>45</sup> en función de si establece concretos derechos y obligaciones o si, en cambio, requiere la adopción de medidas internas de implementación. Tal fue el caso en lo que se refiere al Estatuto de la Corte Penal Internacional puesto que una vez vigente para el país se adoptó la ley 26.200, tornando por esta vía aplicables sus disposiciones en foro doméstico.

En función de ese marco teórico y sin perjuicio de ponerse de relieve el carácter repugnante de este tipo de crímenes, se consideran en la obra las consecuencias de la calificación de un delito como crimen de lesa humanidad a la luz de decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de principios del Derecho Penal, anticipándose el criterio de que, si bien al presente no pueden ser objeto de amnistía o indulto, no cabe una aplicación retroactiva de esta prohibición. Por lo demás, se agrega que en el ámbito internacional no hay una regla de absoluta inadmisibilidad ya que los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda dejan a salvo la posibilidad de indulto o conmutación<sup>46</sup>.

Con el objeto de realizar el análisis que se propone, el autor evoca los hechos ocurridos en la Argentina para los que en 1983 se había diseñado un siste-

---

humanos y la constitución nacional”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires*, comunicación, 24/4/2006.

<sup>43</sup> Constitución Nacional, art. 27; Corte Sup., “Cafés La Virginia SA s/apelación (por denegación de repetición)”, Fallos 317-3:1282, en el que se afirmó que, una vez resguardados los principios de derecho público constitucional, corresponde asegurar primacía a los tratados —en la especie, el Acuerdo 1 de 1983 entre la Argentina y el Brasil— sobre normas internas contrarias; Res. 1404/2003, Fallos 326-2:2968, en relación con la presentación efectuada por el señor Procurador General del Tesoro sobre una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Cantos”, en la que la Corte Suprema decidió que la reducción de honorarios vulneraría garantías judiciales y del derecho de propiedad, tutelados por la Constitución Nacional (arts. 17 y 18) al no haber sido los beneficiarios parte en el procedimiento desarrollado ante la instancia internacional.

<sup>44</sup> Corte Sup., “Quebrachales Fusionados, v. El capitán, armadores y dueños del vapor nacional “Aguila”; s/indemnización de daños y perjuicios”, Fallos 150:84, en el que se planteó la aplicación del art. 6° de la Convención de Bruselas, incorporada al Código de Comercio.

<sup>45</sup> Corte Sup., “Gregorio Alonso v. Haras Los Cardos”, Fallos 186:258, en el que se planteó la aplicación de una Convención de la Organización Internacional del Trabajo sobre reparación de accidentes de trabajo en la agricultura.

<sup>46</sup> D’ALESSIO, Andrés J., *Los delitos...*, cit., ps. 41 y 46.

ma legal tendiente a juzgar los crímenes cometidos con el pretexto de derrotar al terrorismo subversivo. Las sentencias dictadas y las prisiones preventivas decretadas entre 1985 y 1987 generaron un clima de tensión y de inseguridad entre los militares que condujeron a la adopción de las leyes llamadas de “Punto Final”<sup>47</sup> y de “Obediencia Debida”<sup>48</sup>, limitando la posible persecución penal a quienes, teniendo a la fecha del hecho, el rango de oficiales superiores hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona, jefe de fuerza de seguridad policial o penitenciaria y a los responsables de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y apropiación extorsiva de inmuebles. A partir del dictado de estas leyes, los juicios continuaron de conformidad con su normativa hasta que en 1989 se decretaron los indultos que abarcaron a la totalidad de los ya condenados y de quienes se encontraban bajo proceso. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró, sin embargo, que se violaba la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>49</sup>, criterio que adoptó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos Simón<sup>50</sup> y Mazzeo<sup>51</sup>.

Ahora bien, tal como recuerda el autor, la idea de la existencia de derechos humanos es concomitante con la aparición de principios rectores en el Derecho Penal que garantizan a los imputados de actos merecedores de pena un tratamiento acorde con los derechos que ellos no respetaron a la víctima<sup>52</sup>. Es decir, que por más intolerables que sean los crímenes no cabe hacer excepción a algunos principios que todas las constituciones de los países civilizados han consagrado y que pueden encontrarse en las convenciones internacionales de derechos humanos. Se trata de los principios *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, non bis in idem* y el que establece que la pena sólo puede aplicarse a alguien como consecuencia de acciones que él haya realizado personalmente; principios que en el Estatuto de la Corte Penal Internacional se los incluye bajo el título Principios Generales de Derecho Penal. En ellos se establece que la definición de un crimen ha de ser interpretada estrictamente y no habrá de hacerse extensiva por analogía puesto que en caso de ambigüedad debe interpretarse en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena<sup>53</sup>.

El primero de estos principios —*nullum crimen sine lege*— está expresamente contemplado en el art. 18 de la Constitución Nacional así como en el art. 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos entre otros instrumentos internacionales. Para que una persona pueda ser penada, el autor señala

<sup>47</sup> Ley 23.492, Boletín Oficial, 29/12/1986.

<sup>48</sup> Ley 23.521, *ibid.*, 9/6/1987.

<sup>49</sup> CIDH, Informe N 28/92.

<sup>50</sup> Corte Sup., Fallo: 328:2056.

<sup>51</sup> Corte Sup., Fallos 330:3248.

<sup>52</sup> D’ALESSIO, Andrés J., *Los delitos...*, cit., ps. 53-54.

<sup>53</sup> Estatuto de la Corte Penal Internacional, arts. 22, 23, 24 y cc.

que han de cumplirse tres requisitos. Esto es, que exista una ley que prevea el acto que ella haya cometido como delito; que esa previsión sea precisa y clara; y que la ley en cuestión estuviera vigente antes de la comisión del hecho<sup>54</sup>. El último de estos recaudos comporta la prohibición de la retroactividad en materia penal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin embargo, en el caso *Priebke* otorgó la extradición que se solicitaba al considerar que el hecho por el que se lo requería constituía genocidio, entendiéndose aplicables los arts. 75 inc. 22 y 118 de la Constitución Nacional y la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, conforme a los principios del *ius cogens* del derecho internacional<sup>55</sup>. El autor, al transcribir párrafos de los votos en disidencia de los jueces Levene y Belluscio en los que se pone de relieve la imposibilidad de soslayar el principio de irretroactividad, expresa que con este precedente se inicia una serie de fallos con los que se hace realidad la amenaza que anunciaban estos jueces en el sentido de que si se lo dejase de lado, por el horror que producen los hechos imputados, mañana podría llegar a sujetarse la protección de la libertad personal de aquel cuya conducta no se encuadre en ley previa, al arbitrio de una pseudo interpretación que puede llevar a excesos insospechados.

El precedente más importante en esa línea, a juicio del autor, es el caso *Arancibia Clavel*<sup>56</sup> en el que se consideró pertinente la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Hu-

<sup>54</sup> D'ALESSIO, Andrés J., *Los delitos...*, cit., p. 56.

<sup>55</sup> Corte Sup., Fallos 318:2148; se imputaba la co-autoría en 1944 en la ejecución de 335 personas que no participaban en operaciones bélicas durante el estado de guerra entre Italia y Alemania como represalia por la explosión de una bomba en el centro de Roma en momentos en que pasaba una compañía alemana por lo que el Alto Mando Alemán había dispuesto como sanción colectiva el fusilamiento de diez ciudadanos italianos por cada alemán muerto; esto es, que se trató de una represalia y por ende los hechos no constituyeron genocidio —como se los calificó en este fallo— puesto que no reunían los elementos de este crimen —distinto del de lesa humanidad— los que, conforme se establece en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, incorporada en el art. 75, inc. 22, a la Constitución Nacional en la reforma de 1994, requieren una intención especial de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal.

<sup>56</sup> Corte Sup., Fallos 327:3294 y 3312; la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se adoptó en 1968, entró en vigor el 11/11/1970 al haberse depositado el décimo instrumento de ratificación o adhesión de conformidad con lo dispuesto en el art. 8º, la Argentina no fue Estado signatario, la aprobó por Ley 24.584 y se dispuso su ratificación por dec. 575/2003, publicado en el Boletín Oficial el 13/8/2003, siendo Estado parte desde el 26/8/2003; por Ley 25.778, publicada en el Boletín Oficial el 3/9/2003, se le otorgó jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, *in fine*, de la Constitución Nacional; en razón de que al 21/12/2009 sólo 53 Estados han expresado su consentimiento en obligarse por ella —según surge del sitio oficial [www.treaties.un.org](http://www.treaties.un.org)— y de la práctica de rechazarse pedidos de extradición por tales crímenes fundados, precisamente, en la prescripción de la acción, resulta difícil interpretar que esta regla sea de fuente convencional y consuetudinaria y que, por ende, pudiese tratarse de un principio general del derecho internacional bien reconocido por la comunidad internacional; conf., SCHABAS, William A., “Art. 29, Non-applicability of statute of limitations”, en TRIFFTERER, Otto (ed.), *Commentary...*, cit., ps. 523 y ss.; este artículo del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece que los crímenes de la competencia de este tribunal no prescribirán, norma que es vinculante para la Corte y para los 110 Estados que son parte de este tratado al 21/12/2009; esto es, aquellos Estados que

manidad porque, al decir de la mayoría, la imprescriptibilidad era la regla por costumbre internacional vigente desde la década del '60, a la cual adhería el Estado argentino, y ella era aplicable al delito de integrar la asociación ilícita que había realizado en 1974 los homicidios del general chileno Carlos Prats y su esposa<sup>57</sup>. Una vez más se cita en la obra al juez Belluscio, en su disidencia, quien cuestiona la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad, apoyándose en lo decidido por la Corte de Casación francesa en el caso de un militar de ese país que había desempeñado funciones de inteligencia durante la Guerra en Argelia en la década de 1950 por entender que no podía calificarse de delito de lesa humanidad a los hechos cometidos por ese militar ya que eran anteriores a la incorporación de esos delitos y su imprescriptibilidad al Código Penal francés en 1994. Por otra parte, en ese sentido, bueno es recordar que en el derecho internacional se define a la costumbre, en tanto que proceso válido de creación de normas jurídicas, como a la prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho<sup>58</sup>. Sin embargo, en esta decisión no se precisan los elementos de la práctica ni los de la *opinio juris* a los que cabe acudir para sostener la existencia de una norma consuetudinaria así como tampoco los vinculados a su reconocimiento y aceptación con naturaleza de imperativa por la comunidad de Estados en su conjunto; sólo se hace referencia a la doctrina sentada por el Tribunal en el ya citado caso Priebke.

En el caso Simón<sup>59</sup>, en el que se declararon inconstitucionales las leyes llamadas de “punto final” y de “obediencia debida”, en sustancia, la mayoría se apoya en las razones dadas en el precedente Arancibia Clavel para prolongar retroactivamente la prescripción de la acción penal, ya cumplida en muchos casos.

El caso “Mazzeo” es vinculado en la obra con el principio del Derecho Penal conforme al cual nadie puede ser juzgado ni sancionado por un delito por

---

han expresado su consentimiento en obligarse a partir del momento en que entró en vigor para cada uno de ellos; véase lista oficial de Estados parte en [www.treaties.un.org](http://www.treaties.un.org).

<sup>57</sup> En el derecho internacional penal para entender que se ha incurrido en responsabilidad penal individual por haber contribuido a la comisión de un crimen de lesa humanidad se requiere que el acusado haya tenido la intención de participar y contribuir en la empresa criminal o en la comisión del crimen por el grupo, sabiendo que sus actos constituyen parte de una política de crímenes generalizados o sistemáticos dirigidos contra la población civil y que sus actos se conforman a ese plan, siendo necesaria su contribución al propósito común, TPIY., 12/6/2002, “The Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic”, case nro. IT-96-23/1A, Appeals Judgement; 15/7/1999, “The Prosecutor v. Dusko Tadic”, case nro. IT-94-1-A, Appeals Judgement.

<sup>58</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 38.1 b); Corte Internacional de Justicia, caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, (Dinamarca/República Federal de Alemania; República Federal de Alemania/Paises Bajos), CIJ, Recueil, 1969, en el que este Tribunal sostuvo que una nueva norma del derecho internacional consuetudinario puede formarse a partir de una norma puramente convencional, pero que en tal supuesto es indispensable que la práctica de los Estados sea frecuente y uniforme en el sentido de la disposición invocada y, a más, que se haya manifestado en modo a establecer un reconocimiento general del hecho de que una regla de derecho o una obligación jurídica está en juego.

<sup>59</sup> Corte Sup., Fallos 328:2056.

el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país; *non bis in idem* o *double jeopardy*. En la especie, el principal imputado había recibido la gracia de un indulto del cual fue sobreseído en resolución que había confirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1990<sup>60</sup>. Sin embargo, la mayoría del tribunal, sobre la base de los argumentos vertidos en el caso Simón, entendió que ello no era óbice para reabrir la causa. Las disidencias pertenecieron a los jueces Fayt y Argibay. El autor pone de relieve este último voto, de la única integrante del tribunal que sufrió en carne propia los abusos de la dictadura, en el que se sostuvo la intangibilidad de la cosa juzgada, afirmándose que ninguna concepción razonable del Poder Judicial como institución básica del Estado de Derecho autoriza a no respetar las decisiones judiciales que cuentan con autoridad de cosa juzgada puesto que lo contrario torna trivial y contingente el principal cometido que tiene asignado; esto es, dar el fallo final e irrevocable de las controversias sobre los derechos de las partes.

Por último, y en cuanto al principio que requiere la participación personal en el acto, en la obra se vuelve sobre el caso Arancibia Clavel ahora en lo que hace a las disidencias de los jueces Belluscio y Fayt. Del voto del juez Belluscio se resalta el párrafo según el cual la imprescriptibilidad no obstante el tiempo transcurrido desde los hechos no puede tener como consecuencia adicional que las condenas no deban estar regidas por las mismas reglas de certeza que la que se exige respecto de los demás delitos; ni tampoco, que se pueda condenar sin que se sepa concretamente qué es lo que se reprocha al imputado. Del voto del juez Fayt se pone de relieve la afirmación de que las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio exigen que la acusación describa con precisión la conducta imputada a los efectos de que el procesado pueda ejercer en plenitud su derecho a ser oído y a hacer valer todos los medios conducentes a su defensa.

Como el propio autor señala en las páginas finales de su obra, la creación de crímenes internacionales cometidos fuera del marco de un conflicto armado ha sido un paso extraordinario en el proceso de tipificar conductas intolerables para la comunidad de naciones, disminuir la posibilidad de que queden impunes y, así, en la medida de lo posible, prevenir su comisión. Sin embargo, expresa con absoluta claridad rebelarse ante la comprobación de que se olvide que la pena no puede ser considerada como expiación ni como venganza y que su imposición debe estar precedida de un cumplimiento sin excepción de las garantías del Derecho Penal consagradas en el Derecho Internacional y en

<sup>60</sup> Corte Sup., Fallos 313:1392; la causa se había seguido contra Santiago Omar Riveros por la presunta participación en diversos delitos con la concurrencia de varias personas que formaban parte de las Fuerzas Armadas y de Seguridad del Estado; mientras se sustanciaba, el Presidente de la República dictó un decreto de indulto en virtud del cual la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín dictó el sobreseimiento definitivo de Santiago Omar Riveros, declarando la Corte Suprema mal concedido el recurso extraordinario que se había concedido contra dicha decisión con lo que se puso fin a la causa.

el derecho nacional desde que los tratados integran el derecho interno en las 'condiciones de su vigencia' y han de subordinarse a los principios de derecho público en ella establecidos, según lo dispuesto en su art. 27. Y agrega, admitir la vulneración de criterios que se han desarrollado en más de doscientos años de cultura jurídica y que se enseñan como bases de la pena es aproximarse a la degradación del derecho punitivo<sup>61</sup>.

### *A MODO DE CONCLUSIÓN*

El profundo análisis que se hace en la obra de la categoría jurídica de crímenes de lesa humanidad y su aplicación en decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la luz de principios básicos del derecho penal, es revelador no sólo del conocimiento de un fino jurista sino, particularmente, de la honestidad intelectual de quien aplicó en vida las enseñanzas que siempre había impartido.

Su pensamiento cobra todo su relieve si se tiene en cuenta que proviene de un juez que integró un tribunal en el que se juzgó a personas imputadas de este tipo de delitos y, sin dejar de señalar el horror que provocan estas conductas, postula el permanente respeto de los principios del ordenamiento penal como base inexcusable en la construcción del Estado de Derecho.

La defensa de los derechos humanos lesionados por la comisión de este tipo de crímenes nunca podría progresar si se ignorasen las bases que la sustentan. El delicado equilibrio entre los derechos de las víctimas y los derechos del acusado no se realizaría si, como dice el autor, se le diese a éste un tratamiento que no fuera acorde con los derechos que no respetó.

El juez, independiente, idóneo e imparcial, nos deja con su obra un ejemplo más sobre el que todos, pero en particular los más jóvenes, debemos detenernos a pensar y, en ese sentido, meditar que quizás sería valioso aceptar la invitación al debate que deja planteada al señalar la situación que se presentaría si una instancia internacional pretendiese que los tribunales argentinos se pronunciasen de modo que violase algunas de las garantías preexistentes de nuestra Constitución dado que los jueces que lo integrasen habrán asumido su cargo jurando aplicar esa Constitución.

Andrés J. D'Alessio, Magistrado, Profesor, ser humano especial, que honró con sus enseñanzas pero por sobre todo con su conducta al Poder Judicial de la Nación y a esta Casa de Estudios a los que perteneció. Valgan estas líneas de homenaje a quien siempre predicó que el juzgamiento de responsables es vía idónea en la prevención de que actos aberrantes nunca más se vuelvan a cometer pero que ello no justifica violar garantías del Derecho Penal; interno e internacional.

<sup>61</sup> D'ALESSIO, Andrés J., *Los delitos...*, cit., ps. 75-81.

## DE VIDELA A FUJIMORI

Por RICARDO GIL LAVEDRA

### *I. INTRODUCCIÓN*

La entusiasta y aguda mirada de Andrés D'Alessio reposó en numerosos temas de Derecho Penal y Constitucional (en especial el régimen del recurso extraordinario federal). Pero me parece oportuno recordar, en ocasión de un libro en su homenaje, un tema que discutimos intensamente en el pasado junto a nuestros amigos y colegas de la Cámara Federal en lo Criminal de la Ciudad de Buenos Aires: la responsabilidad penal de quien maneja un aparato organizado de poder.

El denominado “juicio a las juntas militares” que llevamos a cabo como integrantes del tribunal mencionado entre los años 1984 y 1985, tuvo como objeto analizar la responsabilidad criminal de los miembros de las tres primeras juntas de la dictadura militar por los delitos que había cometido personal bajo su dependencia durante la represión del terrorismo.

Conviene recordar que, en dicho proceso, se aplicó el procedimiento del Código de Justicia Militar y las reglas del Código Penal común para analizar las conductas que se imputaban<sup>1</sup>. No se aplicó disposición alguna del Derecho Internacional<sup>2</sup>. En ese momento, no existía aún la rica elaboración vigente hoy en día del derecho internacional de los derechos humanos. La experiencia in-

<sup>1</sup> La ley 23.049 modificó el Código de Justicia Militar para asignar a jueces civiles los delitos comunes cometidos en acto de servicio pero, a fin de respetar —quizás con celo excesivo— la garantía del juez natural atribuyó al Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas el juzgamiento de los delitos comunes cometidos entre 1976 y 1983, con el alegado propósito de combatir “a la subversión”, introduciendo un recurso de apelación ante la Cámara Federal del lugar y la posibilidad de que ésta se avocara a un caso en el supuesto de demora injustificada del Consejo Supremo. Esto último es lo que ocurrió en el caso de los ex comandantes; en octubre de 1984, la Cámara Federal en lo Criminal de la Capital asumió el conocimiento del expediente. Así, nació la conocida causa 13/84.

<sup>2</sup> El gobierno del presidente Alfonsín ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos en agosto de 1984, es decir, sólo dos meses antes que la Cámara Federal se avocara al caso de los ex-comandantes. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado en noviembre de 1986, casi un año después de la sentencia de la causa 13.

ternacional se agotaba en los procesos de los tribunales militares de Nüremberg y Tokio, únicos precedentes existentes en ese momento.

Como es sabido, en diciembre de 1985, se condenó a algunos de los ex-comandantes como autores mediatos de los delitos que habían cometido sus subordinados, con base en órdenes generales que ellos impartieron acerca de cómo debía reprimirse a los sospechosos de haber cometido actos terroristas o bien de pertenecer a organizaciones terroristas o de prestarles cualquier cooperación o auxilio.

En esa sentencia se fundó la autoría en el dominio de una voluntad indeterminada, el aparato organizado de poder. Esta doctrina se ha afianzado con el correr de los años y hoy puede afirmarse que constituye un concepto relativamente pacífico para sustentar la responsabilidad penal de quienes conducen estructuras organizadas que, a través de sus integrantes, cometen delitos aberrantes.

Quisiera mostrar en este trabajo que en el Derecho Internacional la responsabilidad por acto tuvo un origen difuso, y que la decisión del tribunal argentino ha contribuido decisivamente para impulsar la aceptación de la autoría mediata en el derecho internacional de los derechos humanos. A la vez, es necesario distinguir este tipo de responsabilidad de la del superior por actos de sus subordinados, no ordenados por él<sup>3</sup>.

Para ello, es preciso comenzar por analizar cómo se fue resolviendo el tema desde los primeros precedentes.

## II. LOS JUICIOS DE NÜREMBERG Y TOKIO

Cuando las naciones aliadas vencieron a los países del Eje, éstas debieron resolver cuál sería el procedimiento más adecuado para castigar a los responsables de las atrocidades cometidas entre 1939 y 1945. Una generación después de que fracasaran los intentos por juzgar a los responsables de las crueldades y atrocidades cometidas durante la Primera Guerra Mundial, el mundo se enfrentó al mismo desafío<sup>4</sup>.

La decisión en favor de un proceso internacional y de una severa sentencia contra los culpables de los actos de exterminio cometidos durante el transcurso de la guerra, comenzó a formarse aún antes de finalizada la contienda

<sup>3</sup> Esta última forma de responsabilidad, propia de los tipos de omisión, caracterizada por no haber tomado el superior las medidas adecuadas para impedir los delitos de sus subordinados, estuvo también presente en la campaña electoral de 1983 y en los inicios del gobierno democrático, cuando se ignoraba que no se estaba frente a "excesos" sino a un plan criminal ordenado desde la cúspide del poder.

<sup>4</sup> OWEN, James, *Nuremberg. El mayor juicio de la historia*, Barcelona, Crítica, 2007, p. 10. Como es sabido, el Tratado de Versalles creó un tribunal penal internacional que debía juzgar al Kaiser Guillermo II, programa que fracasó frente a la negativa de Holanda de entregar al Kaiser, que se había refugiado en su territorio. Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Losada, 1950, ps. 1202 y ss.

bélica, con la declaración de Moscú del 1 de noviembre de 1943 suscripta por Stalin, Roosevelt y Churchill<sup>5</sup>.

Finalmente, el 8/8/1945 se suscribió el Acta de Londres que instauró un Tribunal Militar Internacional (TMI), integrado por jueces de las potencias firmantes (Estados Unidos, el Reino Unido, la ex-URSS y Francia). Avanzado ya el juicio de Nüremberg, se creó el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente (IMTFE) para el juzgamiento de los criminales de guerra japoneses. Su Estatuto fue establecido el 25/4/1946.

Si bien la doctrina de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder fue elaborada con posterioridad, y sobre la base de una determinada concepción de la autoría, en los juicios de Nüremberg pueden hallarse algunos vestigios de ella. Así, el Estatuto de Nüremberg estableció, en su art. 6º, la competencia del tribunal “(...) para juzgar y castigar a las personas que actuando a favor de los intereses de los países europeos del Eje, como individuos o como miembros de organizaciones, hubieran cometido (...)” alguno de los crímenes que enumera<sup>6</sup>.

El último párrafo del artículo mencionado, dispuso que “los dirigentes, organizadores, instigadores y cómplices participantes en la elaboración o en la ejecución de un plan común o de una conspiración para cometer cualquiera de los crímenes antedichos, son responsables por todos los actos realizados por toda persona en ejecución de tales planes”.

Ahora bien, el tribunal de Nüremberg utilizó distintos criterios de imputación para atribuir responsabilidad penal en los casos bajo su juzgamiento.

Es importante recordar las afirmaciones del Fiscal Robert Jackson en su alegato inicial del 21/11/1945, en el que sostuvo que la acusación se basaría “(...) en la autoría y en la autoridad de todos los crímenes. Los acusados eran hombres de categoría y rango que no se mancharon las manos de sangre. Eran hombres que sabían utilizar a los inferiores como instrumentos. Queremos descubrir a los planificadores y diseñadores, a los incitadores y a los líderes cuyas perversas intenciones llevaron al mundo a sufrir la violencia, la anarquía, la agonía y las convulsiones de esta guerra terrible”<sup>7</sup>. Claramente se advierte aquí la simiente de la idea, usar a los subordinados como instrumentos de un plan previo.

Por su parte, el TMI no distinguió entre autor principal y accesorio, sino que cualquier forma de participación o cooperación en los planes fue consi-

<sup>5</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 1212. La declaración establecía que el enjuiciamiento por los hechos cometidos durante la guerra se circunscribía al caso de los principales criminales de guerra cuyos delito no tienen localización geográfica particular. Esto no invalidaba, desde luego, la función de justicia en cada país contra los traidores internos y contra las prácticas bárbaras en un sector concreto y por hechos localizados. Ídem, p. 1213.

<sup>6</sup> Crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

<sup>7</sup> OWEN, James, *Nuremberg...*, cit., p. 51.

derada suficiente para atribuir responsabilidad<sup>8</sup>. En este sentido, el Tribunal sostuvo que “Hitler no pudo hacer la guerra agresiva por sí mismo. Necesitó la cooperación de hombres de Estado, líderes militares, diplomáticos y hombres de negocios. Cuando ellos, con conocimiento de sus propósitos, le dieron su cooperación, se hicieron parte del plan que él había iniciado. No deben ser reputados inocentes porque Hitler los utilizó, si ellos sabían lo que estaban haciendo”<sup>9</sup>.

Otro criterio con el cual se pretendió lograr que aquéllos que habían estado al mando respondieran por los actos que habían llevado a cabo sus subordinados a mucha distancia, fue la figura de conspiración. La vastedad y vaguedad del cargo de conspiración permitió incluir en la acusación a todos los acusados por todas y cada una de las invasiones y atrocidades que se presentaron ante el tribunal. Asimismo, la conspiración englobaba no sólo los crímenes contra la paz sino los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad<sup>10</sup>.

Sin embargo, el TMI aplicó la figura con alguna restricción. Así, una conspiración para efectuar una guerra de agresión sólo es punible si “está basada en un plan común y concreto que no sea muy distante del acto actual y esté motivado en intención criminal”<sup>11</sup>.

Por otra parte, en supuestos de pertenencia a un grupo o a una organización criminal (art. 9º del Estatuto), el TMI estimó que sólo era posible atribuir responsabilidad criminal en aquellos casos en los que el acusado había intervenido activamente en los actos de la organización y tenía conocimiento de su carácter criminal<sup>12</sup>.

Por último, cabe señalar que el Estatuto del TMI impedía la liberación de responsabilidad de quienes hubieren actuado en cumplimiento de órdenes de su gobierno o de un superior jerárquico, aunque permitía que este factor fuera tenido en cuenta para la atenuación de la pena<sup>13</sup>.

El establecimiento del TMI fue muy polémico desde un principio y criticado por diversas razones: su constitución *ad hoc* por parte de los vencedores, la utilización de leyes posteriores a los hechos, la amplia publicidad de las ejecuciones<sup>14</sup>, entre otras. No obstante, medio siglo después, se produjo un giro de ciento ochenta grados. El derecho internacional de los derechos humanos y

<sup>8</sup> AMBOS, Kai, *Temas del derecho penal internacional*, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 70.

<sup>9</sup> *The trial of the major war criminals. Proceedings of the international military tribunal sitting at Nuremberg, Germany*, vol. 22., Londres, HMSO, 1950, p. 448, citado por AMBOS, Kai, *Temas del derecho...*, cit., p. 71.

<sup>10</sup> OWEN, James, *Nuremberg...*, cit., ps. 14-16.

<sup>11</sup> AMBOS, Kai, *Temas del derecho...*, cit., p. 78.

<sup>12</sup> AMBOS, Kai, *Temas del derecho...*, cit., p. 80.

<sup>13</sup> Art. 8º del Estatuto.

<sup>14</sup> Todas las generaciones de abogados que egresaron hasta la década de los noventa se formaron a la luz de esas creencias.

su aplicación por tribunales locales, entre ellos nuestra propia Corte Suprema de Justicia<sup>15</sup>, reivindicó las reglas de Nüremberg, pues se ha aceptado que ya existía en esa época una regla del derecho internacional consuetudinario, que prohibía la comisión de ciertos crímenes que, por su extraordinaria gravedad, violentaban la conciencia universal<sup>16</sup>.

### III. LA TESIS DE ROXIN

Fue recién en 1963 cuando el jurista alemán Claus Roxin, a propósito de los casos Eichmann<sup>17</sup> y Staschynskij<sup>18</sup>, sentó las bases teóricas de una nueva forma de autoría mediata a la que denominó “autoría mediata por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”. La teoría se refiere a aquellos casos que “se caracterizan porque el sujeto de detrás tiene a su disposición una ‘maquinaria’ personal (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor”<sup>19</sup>.

De este modo, propició una solución dogmática a los problemas de autoría que no podían resolverse conforme a las reglas tradicionales respecto de quienes, dentro de un aparato organizado, daban las órdenes, planificaban los hechos, pero no intervenían en su realización. La autoría mediata, hasta ese entonces, se admitía fundada únicamente en la existencia de coacción o error, es decir, un autor no responsable. Cabe dejar aclarado que Roxin partió de la teoría del dominio del hecho como criterio diferenciador entre autor y partícipe<sup>20</sup>.

Eichmann era un funcionario nazi a cargo de la Oficina Central para la Migración Judía, responsable de numerosas ejecuciones de judíos, aunque di-

<sup>15</sup> Casos “Arancibia Clavel” (Fallos 327:3312) y “Simón” (Fallos 328: 2056).

<sup>16</sup> En este sentido, la Corte sostuvo que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad importó el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario, que ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado Nacional como parte de la Comunidad Internacional (Fallos 327:3312, consids. 28 y 32, respectivamente).

<sup>17</sup> “The Attorney General v. Eichmann”, caso 40/61, Tribunal de Distrito de Jerusalén, 12/12/1961.

<sup>18</sup> BGHSt 18, p. 87.

<sup>19</sup> ROXIN, Claus, “Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados”, en *Doctrina Penal*, año 8, julio-septiembre 1985, nro. 31, p. 399 (*Täterschaft und Tatherrschaft*, 2ª ed., Hamburgo, Cram de Gruyter y Co., 1967, ps. 242 a 252. Traducción de Carlos Elbert).

<sup>20</sup> Si bien no es incompatible aceptar la autoría mediata dentro de una concepción formal objetiva de la autoría, no caben dudas que la teoría del dominio del hecho constituye su decisivo punto de partida (conf. HIRSCH, Hans J., *Derecho penal. Obras completas*, t. I, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 196) y fue el contexto en el que Roxin concibió la modalidad del aparato organizado de poder (conf. GARCÍA VITOR, Enrique, “La tesis del dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder” en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales, Homenaje a Claus Roxin*, Facultad de Derecho Universidad de Córdoba, 2001, p. 331).

rectamente no había matado a nadie. En palabras de Roxin, se trataba del típico burócrata y por aquel entonces fue juzgado y condenado en Jerusalén como autor de homicidio. Para ello, se consideró que cualquier tipo de participación en la solución final era suficiente para justificar la responsabilidad penal. Eichmann fue condenado como autor principal sobre la base de actos de apoyo o cooperación<sup>21</sup>.

El agente Staschynskij, por encargo de un servicio secreto extranjero, asesinó alevosamente con una pistola de veneno, de propia mano y sin auxilio ajeno, a dos políticos exiliados. Fue condenado como cómplice en razón de que no obró por propio impulso y los autores del hecho fueron los superiores extranjeros que impartieron la orden<sup>22</sup>.

Según Roxin, tratándose de una organización criminal, la realización del delito en modo alguno depende de los singulares ejecutores<sup>23</sup>. Es evidente que una autoridad superior competente para organizar el exterminio de los judíos o la dirección de un servicio secreto encargado de perpetrar atentados políticos dominan la realización del resultado de manera distinta a un inductor común. Ello así pues la organización funciona sin importar la persona individual del ejecutor; la tesis se funda, en este sentido, en la fungibilidad del ejecutor<sup>24</sup>.

El ejecutor, sin perjuicio del dominio propio de sus actos, se convierte en una herramienta del autor mediato, pues éste podrá confiar en que la orden se va a cumplir y, aún cuando, eventualmente, no se ejecutare, el mecanismo del aparato organizado no se verá seriamente afectado en tanto será fácilmente reemplazado por otro sujeto, pues el ejecutor es intercambiable<sup>25</sup>.

Sólo es preciso pensar, sostenía Roxin, en un régimen dictatorial cuya conducción organice un aparato para la eliminación de personas indeseables o de determinados grupos de personas. En tales supuestos, se puede confiar que el ejecutor va a cumplir el objetivo sin necesidad de recurrir a los medios de la coacción o del engaño, pues si cualquiera de los ejecutores se negara a cumplir con su tarea, lejos de implicar el fracaso del delito, inmediatamente otro ocuparía su lugar y realizaría el hecho<sup>26</sup>. “El hombre de atrás, pues, controla el

<sup>21</sup> AMBOS, Kai, *Temas del derecho...*, cit., p. 88.

<sup>22</sup> ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2000 (*Täterschaft und Tatherrschaft*, 7ª ed., Walter de Gruyter & Co., 1999, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo), p. 127, nota 52. El tribunal alemán aplicó la teoría subjetiva como elemento de distinción entre autor y partícipe, uno quiere el hecho para sí y el partícipe para otro.

<sup>23</sup> ROXIN, Claus, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en *Revista penal nro. 2*, julio 1998, Barcelona, Praxis en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca y Castilla-La Mancha, p. 61.

<sup>24</sup> ROXIN, Claus, “Voluntad de dominio...”, cit., p. 402.

<sup>25</sup> Cabe aclarar que quien comete un delito no se libera de responsabilidad por el hecho de que “si él no lo hace, otro habría consumado el hecho”. ROXIN, Claus, *Autoría y dominio...*, cit., p. 404

<sup>26</sup> ROXIN, Claus, *Autoría y dominio...*, cit., nota 22.

resultado típico a través del aparato, sin tomar en consideración a la persona que como ejecutor entra en escena más o menos casualmente”<sup>27</sup>.

Roxin se inspiró en los procesos contra Eichmann y Staschynskij para sostener la existencia de esta nueva categoría de la autoría mediata, un autor directo responsable inserto dentro de un aparato de poder. Dominio de la organización, fungibilidad del ejecutor e ilegalidad de la organización, son los tres elementos fundamentales de la teoría, que es la que mejor se adecua al grupo de casos para los cuales ha sido propuesta.

Normalmente sucede que cuanto más se aleja un partícipe de los hechos inmediatos y de la acción típica directa, más apartado se encuentra del dominio del hecho. No obstante, en estos particulares casos, ocurre precisamente lo contrario: la pérdida de proximidad a los hechos por parte de las esferas de conducción del aparato, se compensa por la medida de dominio organizativo, que va aumentando según se asciende en la escala jerárquica del aparato<sup>28</sup>.

#### IV. LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA

La tesis de la autoría mediata en virtud de estructuras organizadas de poder recibió su primera aplicación práctica en el juzgamiento de las juntas militares argentinas. Hasta ese momento era sólo una construcción académica.

Paulatinamente fue adoptada por la jurisprudencia de otros países, como Alemania y Perú<sup>29</sup>. También fue receptada en la legislación española, alemana y peruana<sup>30</sup> y, finalmente, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>31</sup>.

Actualmente, se debate su aplicación incluso para casos de delitos económicos y crimen organizado transnacional. Ya en su trabajo inicial Roxin había admitido la validez de esta teoría, tanto respecto de los crímenes de Estado, como de “los que se cometen en el ámbito de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas criminales y agrupaciones semejantes”<sup>32</sup>, postura que ratificó años más tarde<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> ROXIN, Claus, “Problemas de autoría...”, cit., p. 62.

<sup>28</sup> ROXIN, Claus, “Voluntad de dominio...”, cit., p. 405; ROXIN, Claus, *Autoría y dominio...*, cit., p. 274.

<sup>29</sup> Ver *infra* nro. VI.2. El caso de los ‘guardias del Muro’ y VI.3. El caso Fujimori.

<sup>30</sup> El art. 25, inc. 1º, del Código Penal Alemán castiga como autor “... a quien cometa el hecho punible por sí mismo o a través de otro...”. Por su parte, el art. 23 del Código Penal peruano dispone que será autor el que “(...) realiza por sí o por medio de otro el hecho punible (...)” Finalmente, el art. 28 del Código Penal español establece que “son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”. Sobre la cualidad de instrumento y la discusión en torno a la compatibilidad de la instrumentación y la acción responsable del ejecutor ver FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Eva, *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Granada, Comares, 2006, ps. 46 y ss.

<sup>31</sup> Art. 25, ver *infra* nro. V.3.

<sup>32</sup> ROXIN, Claus, “Voluntad de dominio...”, cit., p. 408.

<sup>33</sup> ROXIN, Claus, “Problemas de autoría...”, cit., p. 65.

Por otra parte, la autoría mediata mediante aparatos de poder es aceptada mayoritariamente por la doctrina, pero existen no obstante importantes disidencias. Las principales objeciones se vinculan con la insuficiencia del criterio de la fungibilidad para fundar el dominio del hecho y el desconocimiento del principio de responsabilidad. Así, existen autores que consideran que detrás del autor inmediato responsable no existe la posibilidad de otro dominio del hecho y sostienen que, en tales hipótesis, se trata de supuestos de coautoría, o bien, de instigación.

En efecto, Jakobs por un lado sostiene que el dominio del hecho no es el único elemento para determinar la autoría, pues junto a éste se encuentra la infracción a un deber y este concepto normativo prevalece sobre el dominio<sup>34</sup>. Por el otro, afirma que se trata de un supuesto de coautoría, negando la posibilidad de un “autor detrás del autor responsable”. Para él, el ejecutor debe ser “no responsable o no completamente responsable”, pues de lo contrario —es decir, si fuera completamente responsable— no podría ser un instrumento. Para igual responsabilidad de ambos sólo cabe la equiparación por coautoría<sup>35</sup>.

Gimbernat Ordeig, sobre la base de otro fundamento de autoría, en desacuerdo con el “dominio de organización escalonado”, piensa que quienes armaron el aparato y dieron las órdenes son inductores y los miembros intermedios que la van transmitiendo hasta el ejecutor, cómplices. Si esta solución aparece como insatisfactoria para la matanza de los judíos, que Hitler sea sólo un inductor, es porque las categorías de autoría y complicidad no están pensadas para un genocidio<sup>36</sup>.

Por su parte, Jescheck considera que la autoría mediata no es de aplicación ilimitada y que “la posibilidad de la autoría mediata termina allí donde el instrumento mismo es un autor plenamente responsable”. Para este autor, la intervención del “hombre de atrás” sólo puede ser considerada como “participación en el dominio del hecho” (coautoría) o como inducción o complicidad pues sólo quien actúa directamente debe cargar personalmente con el hecho como autor<sup>37</sup>.

Sin embargo, como señala Roxin respondiendo a Jakobs, en el ámbito de los aparatos organizados de poder falta el presupuesto de la actuación en coautoría: la decisión de realizar conjuntamente el hecho<sup>38</sup>; el que ordena y el ejecutor, por lo general, ni siquiera se conocen y nada deciden en conjunto. Por

<sup>34</sup> JAKOBS, Günther, “El ocaso del dominio del hecho, una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, en *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, 2004, ps. 65 y 66.

<sup>35</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 783.

<sup>36</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid, Universidad de Madrid, 1966, ps. 176 y ss.

<sup>37</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. José Luis Manzanares Samaniego, Granada, Comares, 1993, p. 605.

<sup>38</sup> ROXIN, Claus, “Problemas de autoría...”, cit., p. 63.

otro lado, tampoco se verifica en estos casos una ejecución común. “El ‘burócrata’ no ejecuta nada por sí mismo, ‘no se ensucia las manos’ sino que se sirve del órgano ejecutor”<sup>39</sup>.

Roxin rechaza la tesis de la coautoría por una tercera razón: ésta no se hace cargo de la diferencia estructural entre una y otra forma de participación. En efecto, la autoría mediata se estructura verticalmente, el que ordena arriba del ejecutor, mientras que la coautoría lo está horizontalmente.

También rebate la solución de la inducción, pues si bien presenta una estructura vertical al igual que la autoría mediata, el que da órdenes en la jerarquía de un aparato de poder se diferencia de un simple inductor. El inductor tiene que tomar contacto con el autor en potencia, captarlo para su plan, vencer, eventualmente, sus resistencias; el burócrata sólo tiene que dar una orden<sup>40</sup>.

A nivel nacional Zaffaroni no encuentra objeciones para compatibilizar la tesis con nuestro texto legal aunque no advierte cuáles serían “las ventajas de esta complicada construcción, entre otras cosas porque es una cuestión de hecho determinar si mantuvo o no el dominio del hecho, en cuyo caso no cabría descartar la coautoría o la participación necesaria”<sup>41</sup>. García Vitor<sup>42</sup> se inclina por la coautoría en función de que nuestro derecho positivo no exige una realización conjunta del hecho, por lo que no es necesario extender el concepto tradicional de autoría mediata. Carlos J. Lascano (h) entiende, en cambio, que la teoría de Roxin puede tener cabida dentro de la categoría de determinadotes del art. 45 del Código Penal<sup>43</sup>.

Sancinetti, a su vez, quien había afirmado que la dogmática moderna aceptaba sin más la teoría, consideró más tarde que “tal afirmación fue equivocada y que, tanto hoy como ayer, hay voces autorizadas contrarias a aceptar un ‘autor detrás del autor’, si éste es plenamente responsable”. Si bien es partidario de esta forma de autoría estima que “...la cuestión pierde parte de su interés práctico en razón de que la teoría del ilícito que he tratado de desarrollar... presupone que también todo acto de participación debería ser penado sin más tan pronto como el partícipe haya perdido el control de lo que el autor principal pueda hacer con su aporte”<sup>44</sup>.

<sup>39</sup> Ídem.

<sup>40</sup> Ídem.

<sup>41</sup> ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 780. La diferencia estibaría en que si se lo considera autor mediato habrá tentativa desde que comienza a dar la orden, en tanto que si se lo considera instigador recién será punible cuando el ejecutor comience con su conducta.

<sup>42</sup> GARCÍA VITOR, Enrique, “La tesis del dominio...”, cit., ps. 344 y 345.

<sup>43</sup> LASCANO (h), Carlos J., “Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales”, en *Nuevas formulaciones...*, cit., ps. 363 y ss.

<sup>44</sup> SANCINETTI, Marcelo - FERRANTE, Marcelo, *El derecho penal en la protección de derechos humanos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 314.

Es cierto que no hay diferencias en la pena que recibe el autor con la que se impone a los coautores o a los partícipes primarios (cómplices o instigadores), con lo que bien puede argumentarse que la discusión carece de importancia práctica.

Sin embargo, intuitivamente pareciera que no puede afirmarse que quien comete un hecho típico, como una pieza reemplazable de una maquinaria organizada y jerárquica, es el único autor del suceso y quien puso en marcha la organización en función de la realización de esos delitos, sea el instigador. El hombre de atrás es más que el instigador del hecho.

En estos casos, la responsabilidad del autor directo se funda en su cercanía al hecho y la del “hombre de atrás” resulta de la influencia que ejerce sobre la organización en la cual está incluido el ejecutor. Dado que el autor mediato tiene a la organización “en su mano” —y que a través de ella, el ejecutor es gobernado mediatamente— el ejecutor es intercambiable y sin importancia<sup>45</sup>. Por eso, el mero ejecutor no puede ser considerado autor del hecho y quien conduce un aparato de poder, creado a través de sus órdenes, un simple instigador. De cualquier modo, más allá de las diferencias de apreciación dogmáticas, útiles para los casos corrientes, la teoría de Roxin se percibe como más adecuada para estos crímenes extraordinarios cometidos a través de una organización disciplinada y jerárquica.

## V. UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PERMANENTE

### I. Los primeros intentos

Luego de los juicios de Núremberg y Tokio, surgieron propuestas e iniciativas para el establecimiento de una jurisdicción internacional. El 11 de diciembre de 1946, con el propósito de otorgar legitimidad a lo sucedido, la Asamblea General de la ONU aprobó la Res. 95 (I), mediante la cual confirmó “(...) los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg y las sentencias de dicho tribunal”<sup>46</sup>.

Un año más tarde, la Asamblea General encomendó a la Comisión de Derecho Internacional la elaboración de un proyecto de código de crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad (Res. 177 [II] del 21/11/1947).

El código fue elaborado en 1951 por la Comisión y fue sometido a la Asamblea General en 1954, pero no fue aprobado.

Asimismo, mediante Res. 260 (III) adoptada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1948, se invitó a la Comisión de Derecho Internacional a

<sup>45</sup> AMBOS, Kai - GRAMMER, Christoph, “La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann”, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año IX, nro. 16, 2003, Buenos Aires, Ad-Hoc, ps. 168 y ss.

<sup>46</sup> En dicha ocasión la Asamblea General tomó nota del Acta de Londres que estableció el TMI así como de los principios similares adoptados en el estatuto del IMTFE.

“examinar si es conveniente y posible crear un órgano judicial internacional encargado de juzgar a las personas acusadas de genocidio o de otros delitos que fueren de la competencia de ese órgano en virtud de convenciones internacionales” y “a prestar atención, cuando proceda ese examen, a la posibilidad de crear una sala de lo Penal en la Corte Internacional de Justicia” (Res. 260 [III] B).

La misma resolución aprobó la Convención para la prevención y la sanción del delito de Genocidio que en su art. III estableció el castigo de los actos de “a) genocidio; b) la asociación para cometer genocidio; c) la instigación directa y pública a cometer genocidio; d) la tentativa de genocidio; e) la complicidad en el genocidio” (Res. 260 [III] A).

Más tarde, la Asamblea General creó un comité “con miras de preparar uno o varios ante-proyectos de convenios y de formular propuestas referentes a la creación y al estatuto de una Corte criminal internacional”. Esta comisión se reunió en Ginebra y redactó un primer proyecto en 1951, que fue revisado en 1953 por un nuevo Comité creado por la Asamblea General para que estudiara las enmiendas propuestas y examinara el proyecto redactado por su antecesora, pero tampoco prosperó<sup>47</sup>.

## *2. Los tribunales penales internacionales de Yugoslavia y Ruanda: más señales de autoría mediata*

La constitución de un tribunal internacional *ad hoc* tuvo lugar nuevamente, con la aprobación por parte del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de la Res. 827 del 25/5/1993. Allí se decidió establecer un tribunal internacional con la exclusiva finalidad de enjuiciar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde el 1/1/1991.

En similares términos, la Res. 995, adoptada por el Consejo de Seguridad el 8/11/1994, estableció un tribunal internacional con el propósito de enjuiciar a los responsables de genocidio y otras graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a los ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos, entre el 1/1/1994 y el 31/12/1994. En la misma decisión se aprobó el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

En textos prácticamente idénticos, ambas reglamentaciones contienen signos de autoría mediata al tratar la responsabilidad penal individual por los delitos en ellas contenidos.

En este sentido, se estableció que todo aquel que hubiera “planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido, o ayudado y alentado de cualquier

<sup>47</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, cit., ps. 1147 y ss.

forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados” en los estatutos respectivos es individualmente responsable de dicho crimen<sup>48</sup>.

También, se advierten criterios de atribución de responsabilidad sobre la base de la responsabilidad del superior al sostener que cuando el delito hubiera sido cometido por un subordinado, el superior no se libera de su responsabilidad penal “si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o lo había cometido y el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido o para castigar a los autores”<sup>49</sup>.

### 3. *El Estatuto de Roma y la recepción normativa de la teoría*

Cincuenta años después de que la Asamblea General encomendara el estudio sobre la viabilidad de un tribunal internacional penal, se adoptó el Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>50</sup>, que consagró claramente en su art. 25 la autoría mediata como criterio de responsabilidad penal individual, estableciendo que será penalmente responsable quien cometa un crimen de la competencia de la Corte “...por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable...”.

## *VI. LOS TRIBUNALES LOCALES Y LA AUTORÍA MEDIATA POR ESTRUCTURAS DE PODER: DE VIDELA A FUJIMORI*

### 1. *El juicio argentino a las Juntas Militares*

El “juicio a las juntas” es el primer gran precedente, si bien de un tribunal nacional, que aplicó íntegramente y por primera vez la teoría desarrollada por Roxin<sup>51</sup>. La decisión de la Cámara le dio a esta tesis un impulso extraordinario que facilitó su amplio desarrollo doctrinario y jurisprudencial, hasta su recepción definitiva en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. El caso argentino fue un supuesto paradigmático de la tesis diseñada por Roxin.

En ese proceso se estableció la existencia de una decisión (gravísima) de “combatir la guerrilla terrorista al margen de toda prescripción legal y por métodos atroces... adoptada cuando las fuerzas armadas ya se encontraban empuñadas en esa tarea y su intervención se encontraba regulada por una serie de

<sup>48</sup> Arts. 7° del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex-Yugoslavia y 6° del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda.

<sup>49</sup> Volveremos sobre este concepto más adelante en este mismo trabajo.

<sup>50</sup> El texto del Estatuto de Roma se distribuyó como documento A/CONF.183/9, del 17/7/1998, enmendado por los *procès-verbaux* de 10/11/1998, 12/7/1999, 30/11/1999, 8/5/2000, 17/1/2001 y 16/1/2002. El Estatuto entró en vigor el 1/7/2002.

<sup>51</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, causa n° 13, sentencia del 9/12/1985, en *La sentencia*, t. I y II, Imprenta del Congreso de la Nación, 1987.

disposiciones legales y reglamentarias...Es decir, que toda la estructura militar montada para luchar contra la subversión siguió funcionando normalmente bajo la dirección de los procesados, sólo cambió la ‘forma’ de combatir”<sup>52</sup>.

El tribunal estimó que los acusados tuvieron el dominio de los hechos porque controlaban la organización que los produjo y por eso calificaron su conducta como autoría mediata.

En efecto, los sucesos juzgados “...constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las fuerzas armadas impartieron a sus hombres. Es decir que los hechos fueron llevados a cabo a través de la compleja gama de factores (hombres, órdenes, lugares, armas, vehículos, alimentos, etc.), que supone toda operación militar”<sup>53</sup>.

El instrumento del que se vale el hombre de atrás es el sistema mismo que maneja discrecionalmente, el cual está integrado por hombres fungibles. Así, se afirmó que el autor directo pierde trascendencia, pues cumple un papel secundario en la producción del hecho. “Quien domina el sistema domina la anónima voluntad de todos los hombres que lo integran”<sup>54</sup>.

Tampoco se estimó relevante la falta de conocimiento de los hechos individuales ni de la identidad de las víctimas. Las directivas referían genéricamente a todo “subversivo”. Los inferiores tenían libertad para proceder en consecuencia pero los comandantes siempre tuvieron la posibilidad de evitar los delitos que se cometían. “Les bastaba ordenar el cese del sistema”<sup>55</sup>.

En el fallo, se consideró que la tesis de la autoría mediata era la más adecuada para fundar correctamente la responsabilidad penal del hombre de atrás por hechos cometidos en virtud de una estructura organizada de poder.

“[L]os comandantes establecieron secretamente un modo criminal de lucha contra el terrorismo. Se otorgó a los cuadros inferiores de las fuerzas armadas una gran discrecionalidad para privar de libertad a quienes aparecieran, según la información de inteligencia, como vinculados a la subversión; se dispuso que se los interrogara bajo tormentos y que se los sometiera a regímenes inhumanos de vida, mientras se los mantenía clandestinamente en cautiverio; se concedió, por fin, una gran libertad para apreciar el destino final de cada víctima, el ingreso al sistema legal (Poder Ejecutivo Nacional o Justicia), la libertad o, simplemente la eliminación física”<sup>56</sup>.

“La implementación de tal sistema en forma generalizada fue dispuesta a partir del 24 de marzo de 1976, lo que parece indudable si se tiene en cuenta que una decisión de esa naturaleza implicaba, por sus características, el control

<sup>52</sup> *La sentencia*, t. II, p. 802.

<sup>53</sup> *La sentencia*, t. II, p. 803.

<sup>54</sup> *La sentencia*, t. II, p. 804.

<sup>55</sup> *La sentencia*, t. II, p. 805.

<sup>56</sup> *La sentencia*, t. I, p. 266.

absoluto de los resortes del gobierno como condición indispensable para garantizar la impunidad [de los autores]<sup>57</sup>.

Los casos sobre los que versó el pronunciamiento del tribunal —que de ningún modo, según reconoce la propia sentencia, agotaron la cantidad de crímenes cometidos— integraron “...un sistema operativo ordenado por los comandantes en jefe de las tres fuerzas”<sup>58</sup>, el cual “suponía la secreta derogación de las normas en vigor, [y] respondió a planes aprobados y ordenados a sus respectivas fuerzas por los comandantes militares”<sup>59</sup>.

La existencia de una estructura organizada destinada a combatir a la guerrilla subversiva al margen de la legalidad fue comprobada en la causa y es hoy indiscutible; el dominio que los comandantes ejercieron sobre aquélla, también. Como sostuvo la sentencia, sólo les bastaba ordenar el cese del sistema.

Por otra parte, cabe señalar que si bien mucho se ha debatido sobre la adecuación de la autoría mediata al Código Penal argentino —aceptándose su compatibilidad—, cabe recordar que los hechos juzgados eran de jurisdicción militar de modo que se aplicó el Código de Justicia Militar<sup>60</sup>, que consagraba un supuesto de autoría mediata.

En efecto, la regla general sobre participación remitía al Código Penal (art. 513), pero el art. 514 establecía una excepción, al otorgar carácter de autor al superior que daba una orden. La norma decía:

“Cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere dado será el único responsable, y sólo será considerado cómplice el inferior, cuando éste se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden”.

Siguiendo las bases del sistema militar, en el que las órdenes se cumplen de modo cierto, la sentencia estimó que aquélla norma suponía “enrolarse en un criterio del dominio del hecho como pauta delimitadora entre la autoría y la participación, pues se parte de la base de que el superior que imparte una orden que será obedecida domina el curso causal del suceso, ya que de su sola voluntad depende la consumación o no del tipo penal de que se trate, cuya ejecución está a cargo del subordinado”<sup>61</sup>.

Luego de ocuparse del desarrollo doctrinario de la autoría mediata, de tratar legislaciones militares comparadas y de analizar si los subordinados se hallaban alcanzados por la obediencia jerárquica o debida<sup>62</sup>, se concluyó que

<sup>57</sup> *La sentencia*, t. I, p. 267.

<sup>58</sup> *La sentencia*, t. I, p. 259.

<sup>59</sup> *La sentencia*, t. II, p. 264.

<sup>60</sup> Actualmente derogado (art. 1º de la ley nro. 26.394, BO 29/8/2008).

<sup>61</sup> *La sentencia*, t. II, p. 794.

<sup>62</sup> Para ello, la sentencia tuvo en cuenta “la interpretación auténtica del texto del art. 514” que realizó el art. 11 de la Ley 23.049, según el cual “el subordinado debe responder del delito cometido si tuvo capacidad decisoria, conoció la ilicitud de la orden o si ésta importaba la comisión de hechos atroces o aberrantes”. La Cámara entendió que existían subordinados que

fueran o no responsables quienes realizaron personalmente los hechos, “los enjuiciados mantuvieron siempre el dominio de éstos y deben responder como autores mediatos de los delitos cometidos”<sup>63</sup>.

Un año más tarde, al confirmar el fallo de la Cámara, la Corte Suprema de Justicia adhirió expresamente a este punto de vista, si bien lo hizo por mayoría de opiniones<sup>64</sup>.

## 2. El caso de los “guardias del Muro”

En 1994 apareció la segunda aplicación práctica de la doctrina de Roxin, ahora por parte del Tribunal Supremo alemán. En aquella oportunidad, se declaró a los miembros del Consejo de Defensa Nacional (CND) responsables como autores mediatos de las muertes que los soldados de frontera causaban a los que intentaban huir a través del muro de Berlín. Los guardias fronterizos, por su parte, habían sido condenados como autores directos de los homicidios.

El tribunal sostuvo que los acusados pertenecían a un cuerpo “... cuyas decisiones constituían los recaudos obligatorios para las órdenes básicas sobre las cuales el régimen de frontera... estaba basado... Los ejecutores de los actos que directamente condujeron a las muertes actuaron como parte de una jerarquía militar en la cual su rol fue específicamente establecido”<sup>65</sup>.

Asimismo, se afirmó que “hay casos, en los que... pese a un intermedio que actúa con completa responsabilidad, la intervención del hombre de atrás conduce casi de forma automática a la realización del tipo perseguido por el mismo. Así puede ocurrir, cuando mediante estructuras de organización el

---

no iban a ser alcanzados por la exigente de obediencia debida —ya fuera porque por su ubicación en la cadena de mandos conocieran la ilicitud del sistema, o bien, porque cometieron sin miramiento hechos atroces—, sino que serían responsables junto con quienes impartieron las órdenes objeto del proceso. La importancia del planteo radicaba, precisamente, en determinar si era posible adjudicar la autoría mediata de los comandantes o si ellos debían responder como instigadores. El punto adquiere relevancia pues si se estimaba que operaba la obediencia debida respecto de los subordinados, jugaba la autoría mediata siguiendo la tesis que sólo la admitía con un instrumento no responsable. Sin embargo, se concluyó que la autoría mediata operaba, aun en los supuestos en los que la obediencia debida quedaba excluida. Ver *La sentencia*, t. II, ps. 801/802.

<sup>63</sup> *La sentencia*, t. II, p. 802.

<sup>64</sup> Fallos 309:1689. Los ministros Caballero y Belluscio entendieron que la teoría del dominio del hecho y del autor mediato, importan una extensión del concepto de autor que lesiona el principio de legalidad, pues es necesario la realización por el autor de la acción típica (la teoría formal objetiva). Con esa inteligencia, los ex-comandantes que planificaron y ordenaron los crímenes serían cooperadores necesarios de éstos. En cambio, los ministros Fayt, Petracchi y Bacqué coincidieron en que los condenados fueron autores mediatos, por la utilización de un aparato organizado de poder, de los delitos cometidos por sus subordinados (ver Fallos cit., consids. 17 a 22 del voto de Fayt, y consid. 15 del voto conjunto de Petracchi y Bacqué).

<sup>65</sup> GDR (National Defense Council, “Generals”), BGHSt 40, 218, en AMBOS, Kai, *Temas del derecho...*, cit., p. 92.

hombre de atrás se vale de determinadas condiciones, en las que su contribución desencadena desarrollos regulares<sup>766</sup>.

Lo decisivo para determinar la autoría de los imputados fue que, como miembros de la CND, sabían que las órdenes basadas en las resoluciones emanadas del órgano que integraban, habían sido cumplidas y ejecutadas pues tenían las notificaciones de víctimas. “Ellos poseían el dominio del hecho, mientras que los soldados cuyas acciones condujeron materialmente a las muertes actuaron como subordinados dentro de una jerarquía militar en la que su papel estaba predeterminado<sup>767</sup>.”

### 3. El caso Fujimori

Más recientemente, el 7 de abril de 2009, la sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de Perú condenó a Alberto Fujimori a 25 años de prisión<sup>68</sup>. Fue condenado como autor mediato por dominio de un aparato de poder organizado, a través del cual se ejecutaron crímenes contra la humanidad, en 1991 y 1992<sup>69</sup>, en un caso que guarda analogía con el argentino.

Como resultado del proceso de extradición, Fujimori fue acusado y condenado por un limitado número de hechos por violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, la Corte sostuvo que la naturaleza premeditada de los crímenes, la brutalidad con la que fueron llevados a cabo, y la clara intención del acusado de proteger a los autores materiales con leyes de amnistía, justificaban suficientemente el dictado de una condena importante. Además, los jueces establecieron que tales hechos eran parte de un plan sistemático para eliminar presuntos subversivos y constituían crímenes contra la humanidad<sup>70</sup>.

El precedente peruano adquiere, así, gran relevancia. Fujimori fue acusado en su condición de autor mediato: se trató de la persona que tomó las decisiones, diseñó las políticas e impartió las órdenes necesarias para garantizar la implementación del modelo antisubversivo. En este sentido, los jueces estimaron que “...los asesinatos de Barrios Altos y La Cantuta, así como los se-

<sup>66</sup> BGHSt 40, 236, en ROXIN, Claus, “Problemas de autoría...”, cit., p. 62.

<sup>67</sup> ALEXY, Robert, “La decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, traducción por Daniel Oliver-Lalana, en VIGO, Rodolfo L., *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Facultad de Derecho, UBA, La Ley, 2004, p. 208.

<sup>68</sup> Corte Suprema de Justicia de Perú, sala penal especial, EXP. nro. A.V. 19 - 2001, 7/4/2009 (en adelante, citado como “Fujimori”). Ver [www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?codigo=10409&opcion=detalle\\_noticia](http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?codigo=10409&opcion=detalle_noticia)

<sup>69</sup> En concreto fue condenado por los homicidios calificados y lesiones graves en el caso de Barrios Altos (3/11/1991), por los homicidios calificados en el caso La Cantuta (18/7/1992) y por los secuestros agravados —caso Sótanos SIE— del periodista Gustavo Gorriti Ellenbogen (5/4/1992) y del empresario Samuel Dyer Ampudia (27/7/1992).

<sup>70</sup> BURT, Jo-Marie, “Guilty as charged: the trial of former peruvian president Alberto Fujimori for human rights violations”, *International journal of transitional justice*, 3:3, 2009, ps. 384/405. Ver <http://ijtj.oxfordjournals.org/cgi/content/full/3/3/384>.

cuestrros en los sótanos del SIE, se ejecutaron dominando la voluntad del mismo aparato de poder organizado y con un *modus operandi...*” propio, cuando menos, de la Guerra Sucia llevada a cabo por organizaciones delictivas, como expresión de criminalidad estatal<sup>71</sup>.

La sentencia en el caso Fujimori sustenta el criterio de responsabilidad de quien organizó el sistema y utilizó al grupo ejecutor (Destacamento Especial de Inteligencia Colina), relatando en forma detallada el desarrollo de la teoría y precisando los presupuestos y requisitos que permiten la aplicación de dicho criterio de imputación penal.

Así, el tribunal sostuvo que Fujimori “ocupó la posición más alta en el nivel estratégico del Estado en general y del Sistema de Defensa Nacional en particular. Desde ese nivel ejerció ostensible poder de mando para la conducción política y militar directas de las estrategias de enfrentamiento contra las organizaciones subversivas terroristas que actuaban en el país...”<sup>72</sup>; como jefe supremo de las Fuerzas Armadas configuró un aparato organizado de poder y delineó las estrategias de enfrentamiento de la subversión terrorista.

En este contexto “...las órdenes de ejecución fueron dispuestas o transmitidas por el acusado y retransmitidas por los demás estamentos del aparato de poder organizado... Los delitos de asesinato y lesiones graves ocurridos en Barrios Altos y La Cantuta fueron acciones ejecutivas de tales objetivos, estrategias y patrón táctico de operaciones especiales de inteligencia... Los delitos de secuestro... respondieron también a disposiciones dadas y/o avaladas directamente por el acusado para el control ilícito de la disidencia o crítica políticas a su régimen *de facto...*”<sup>73</sup>.

Asimismo, se afirmó que Fujimori era el sujeto central del poder jerárquico de dominio sobre el aparato de poder, cuyo automatismo conocía y podía controlar a través de sus mandos intermedios.

## VII. LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR

He tratado hasta acá la teoría de la autoría mediata para la imputación de un hecho al superior en supuestos de estructuras de poder. Sin embargo, este criterio no debe confundirse con la teoría de la responsabilidad del superior.

En efecto, por aplicación de esta última concepción, se atribuye responsabilidad penal al superior que omite actuar para impedir la comisión de delitos de sus subordinados. Se trata, a diferencia de la autoría mediata —conducta

<sup>71</sup> “Fujimori”, parte III, cap. II, La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, párr. 748. El tribunal señaló que no hay incompatibilidad material entre las categorías de Estado Criminal y Guerra Sucia llevada a cabo por organizaciones estatales, y que, por el contrario, ambas manifestaciones criminales y categorías criminológicas parten de una misma matriz etiológica: la Criminalidad de Estado.

<sup>72</sup> “Fujimori”, párr. 745.

<sup>73</sup> “Fujimori”, párr. 745.

positiva—, de un delito de omisión donde no existen órdenes ni planes criminales sino el deber de evitar el resultado.

La responsabilidad del superior funciona, en cierto sentido, como un fundamento subsidiario de responsabilidad; se aplica cuando los subordinados no actuaron bajo directivas, pero existe un orden jerárquico que hubiera podido impedir los sucesos.

### *1. La primera aplicación: el caso Yamashita*

En el juicio contra el comandante japonés Tomoyuki Yamashita, se recurrió por primera vez a la doctrina de la responsabilidad del superior. La decisión, sin embargo, recibió fuertes críticas, principalmente, por la dudosa prueba de la culpabilidad del acusado<sup>74</sup>.

Yamashita fue comandante en jefe del Ejército Imperial Japonés durante la Segunda Guerra Mundial. Fue responsable de las tropas japonesas que operaron en Manila y en otras zonas de las Islas Filipinas y fue condenado por una Corte Marcial el 7/12/1945. Apeló ante la Corte Suprema de los Estados Unidos que el 4/2/1946 denegó el recurso. Conforme a la condena, Yamashita fue ahorcado<sup>75</sup>.

La acusación en su contra consistió en haber:

“...desatendi[do] ilícitamente e incumplí[do] su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer brutales atrocidades y otros graves crímenes contra ciudadanos de los Estados Unidos y sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas; y él, el General Tomoyuki Yamashita, violó en consecuencia las leyes de la guerra”<sup>76</sup>.

En ningún momento se alegó que él hubiera ordenado o que, de hecho, hubiera conocido las atrocidades por las que luego resultó condenado<sup>77</sup>. Yamashita no fue acusado de haber realizado él directamente ninguno de los actos que se le imputaron, ni siquiera de haberlos ordenado; fue hallado responsable por no haber impedido que sus soldados los cometieran<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> Ver sobre las críticas que recibió el fallo, la síntesis que realiza AMBOS, Kai, *Temas del derecho...*, cit., p. 120, quien denomina al caso como el “difícil debut de la doctrina de la responsabilidad del superior”.

<sup>75</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 1229.

<sup>76</sup> Traducción del autor. El original en inglés dice: “...*unlawfully disregarded and failed to discharge his duty as commander to control the operations of members of his command, permitting them to commit brutal atrocities and other high crimes against people of the United States and of its allies and dependencies; and he, General Tomoyuki Yamashita, thereby violated the laws of war*”, citado por FELDHAUS, J. G., “The trial of Yamashita”, en *Case and comment, The lawyer’s magazine*, mayo-junio 1947, vol. 52, nro. 3, ps. 10-13. El autor integró la Comisión de Defensa de Yamashita.

<sup>77</sup> FELDHAUS, J. G., “The trial of Yamashita”, cit., ps. 10 y ss.

<sup>78</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 1230.

La corte militar no llegó a ninguna conclusión expresa sobre el conocimiento de lo ocurrido y “solamente encontró que allí habían existido enormes atrocidades y que Yamashita había incumplido disponer un control efectivo... tal cual lo requerían las circunstancias”<sup>79</sup>.

## 2. Casos posteriores

a) Con base en las pautas dadas en “Yamashita”, la doctrina de la responsabilidad del superior fue precisada en las decisiones de los procesos ante las cortes marciales de Estados Unidos en Nüremberg y por el IMTFE, extendiéndose la responsabilidad incluso a los superiores civiles.

Así, en el caso “US vs. Pohl *et al.*”, el tribunal con referencia a Yamashita sostuvo que:

“Las leyes de la guerra imponen al oficial militar en posición de comandante el deber positivo de tomar tantas medidas como las que están dentro del ámbito de su potestad y las apropiadas a las circunstancias para controlar a aquellos que están bajo su mando, a efecto de prevenir actos que constituyen violaciones a las leyes de la guerra”<sup>80</sup>.

Asimismo, una posición de mando implica ciertas obligaciones de control y supervisión con respecto al área de competencia, admitiendo en ocasiones un criterio amplio a la hora de imputar conocimiento subjetivo al establecer que el comandante “debería haber conocido” las atrocidades cometidas por los hombres bajo su mando<sup>81</sup>.

Se estableció, por otra parte, que la obligación de supervisión disminuye en la medida en que disminuye el poder del comandante. Así, la jurisprudencia ha considerado imprescindible tener en cuenta la posición del acusado a fin de decidir sobre el grado de responsabilidad penal basado en la responsabilidad de mando<sup>82</sup>.

b) La responsabilidad del superior fue aplicada nuevamente por el TPIY, si bien, en muchos casos, los hechos atribuidos a los acusados consistían en intervenciones directas en los hechos (acciones).

En primer lugar, se estableció desde un principio en el caso “Tadic”<sup>83</sup>, que tanto la responsabilidad individual como la participación en cualquiera de las

<sup>79</sup> AMBOS, Kai, *Temas del derecho...*, cit., p. 121.

<sup>80</sup> “US v. Pohl *et al.*” (caso 4), *Trials of Criminal War (TWC)*, vol. V, ps. 958-1163, citado por AMBOS, Kai, *Temas del derecho...*, cit., p. 127.

<sup>81</sup> “US v. von List *et al.*”, (caso 7), *TWC*, vol. XI, ps. 1230 y ss. también citado por AMBOS, Kai, *Temas del derecho...*, cit., ps. 128 y ss.

<sup>82</sup> Ver AMBOS, Kai, *Temas del derecho...*, cit., p. 133.

<sup>83</sup> Caso “Dusko Tadic” (“Prijedor”), sentencia del 7/5/1997, párrafo 669. El acusado Tadic fue hallado culpable en 11 cargos e inocente en 9, condenado a 20 años de prisión. Ver [www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf](http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf). Las penas de prisión por los distintos cargos por los que fue hallado responsable penalmente, fueron impuestas mediante sentencia del 14/7/1997. Ver [www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-sj970714e.pdf](http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-sj970714e.pdf).

formas establecidas en el art. 7º del Estatuto, se basan en el derecho internacional consuetudinario<sup>84</sup>. El Tribunal efectuó una detallada investigación sobre los parámetros de la responsabilidad penal individual bajo el derecho internacional consuetudinario, considerando, especialmente, la Carta Nüremberg y los juicios llevados adelante luego de la Segunda Guerra Mundial.

Dusko Tadic fue acusado por acciones directas en los hechos (cargos que conforme al art. 7º, inc. 1º, del Estatuto no ofrecían mayores inconvenientes, en opinión del Tribunal) y por determinados actos en los que el acusado no había cometido directamente las ofensas, pero en los que de algún modo se encontraba vinculado<sup>85</sup>.

La principal fuente para determinar si la conducta que conectaba al acusado con tales crímenes era suficiente para responsabilizarlo penalmente, estaba constituida, según el TPIY, por los juicios por crímenes de guerra de Nüremberg. En este sentido, sostuvo que de aquéllos se desprende que para atribuir responsabilidad penal se requiere intención que implica, asimismo, conocimiento del acto de participación junto con la decisión consciente de hacerlo, ya sea planeando, instigando, ordenando, cometiendo o de cualquier otro modo ayudando o alentando la comisión del crimen. La acusación debe probar que la conducta del autor contribuyó a la comisión del acto ilegal<sup>86</sup>.

Sin embargo el tribunal no exigió la presencia física en la comisión del crimen: cualquiera puede ser partícipe en la comisión de un crimen si se determina que estuvo “relacionado con el delito”, mediante actos directos y sustanciales<sup>87</sup> (entendidos como aquellos que, de hecho, tienen un efecto en la comisión del crimen<sup>88</sup>).

En el caso “Mucic”<sup>89</sup> el TPIY desarrolló por primera vez y en profundidad la doctrina de la responsabilidad del superior, estableciendo, asimismo,

<sup>84</sup> Esta posición fue luego reafirmada en el caso “Mucic *et al*” (“Celebici Camp”), sentencia del 16/11/1998, párrafo 321 y nota 332, que remiten, además, a los instrumentos internacionales que reconocen la responsabilidad penal individual de aquellos que hubieran ordenado, incitado, ayudado, alentado o participado de cualquier otra manera en los crímenes, v.gr. art. III de la Convención para la prevención y sanción del genocidio (1948); art. III de la Convención Internacional para la supresión y el castigo del Apartheid (1973); art. 4º (1) de la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (1984). Ver [www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/cel-tj981116e.pdf](http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/en/cel-tj981116e.pdf).

<sup>85</sup> “Tadic”, párr. 673. Si bien en el caso no se aplicó la teoría de la responsabilidad del superior, el precedente enuncia criterios de importancia que merecen ser examinados rápidamente.

<sup>86</sup> “Tadic”, párr. 674.

<sup>87</sup> “Tadic”, párr. 691.

<sup>88</sup> “Tadic”, párr. 688. El Tribunal se basó en el Proyecto de Crímenes de contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad del año 1996 (“Proyecto de Código de 1996”) de la Comisión de Derecho Internacional.

<sup>89</sup> Anteriormente citado, ver nota 84.

sus elementos esenciales<sup>90</sup>. En este sentido, consideró que la responsabilidad penal individual del Estatuto no estaba limitada a aquellos sujetos que hubieran cometido directamente los crímenes sino que “toda persona que participe en el planeamiento, la preparación o la ejecución de graves violaciones al derecho humanitario internacional en la ex-Yugoslavia contribuye a la comisión de la violación y es, en consecuencia, individualmente responsable”<sup>91</sup>.

Asimismo, reiterando los criterios aplicados en “Tadic”, señaló que para que exista responsabilidad penal individual en orden a los delitos previstos por el Estatuto, aún cuando el autor no participe de la ejecución de aquéllos, debe existir un acto de participación que “de hecho contribuya o tenga un efecto en la comisión del delito” (*actus reus*) y la correspondiente intención (*mens rea*), que se verifica en el conocimiento de la realización de tal acto, conjuntamente con la decisión consciente de participar planeando, instigando, ordenando, cometiendo o de otro modo ayudando o alentando la comisión del delito<sup>92</sup>.

El tribunal distinguió entre “los dos tipos de responsabilidad del superior”. Mientras que la responsabilidad penal del superior por actos positivos se sigue de los principios generales, existirá responsabilidad penal de los superiores por no adoptar las medidas necesarias para prevenir o para reprimir la conducta ilegal de sus subordinados, sólo cuando exista una obligación legal de actuar. Las bases de tal responsabilidad están dadas por el art. 87 del Protocolo Adicional I que impone a los superiores el deber de prevenir que sus subordinados cometan actos violatorios del derecho humanitario internacional.

El TPIY extrajo del art. 7º (3) del Estatuto, los elementos esenciales de la responsabilidad de mando, a saber:

- i) La existencia de una relación superior-subordinado<sup>93</sup>,
- ii) El superior sabía o tenía razón para saber que un acto criminal estaba a punto de cometerse o se había cometido; y

<sup>90</sup> Además de la alegada responsabilidad penal por la participación personal en diversos hechos, en este caso, tres de los imputados fueron acusados como superiores por los actos criminales cometidos por sus subordinados. El tribunal alude indistintamente a los términos responsabilidad de mando o responsabilidad del superior, ver párr. 331 y nota 343.

<sup>91</sup> Conf. Informe del Secretario General conforme al segundo párrafo de la res. del Consejo de Seguridad 808, con motivo del establecimiento de un tribunal internacional para juzgar a los responsables de los crímenes cometidos en la ex-Yugoslavia desde 1991. Traducción del autor, el texto original dice “*all persons who participate in the planning, preparation or execution of serious violations of international humanitarian law in the former Yugoslavia contribute to the commission of the violation and are, therefore, individually responsible*”. Ver “Mucic” párr. 319.

<sup>92</sup> “Mucic”, párr. 326 y ss.

<sup>93</sup> Respecto de la existencia de una relación superior-subordinado, el TPIY admitió la postura del Fiscal en cuanto a que “individuos en posiciones de autoridad, ya sea dentro de estructuras civiles o militares, pueden incurrir en responsabilidad penal bajo la doctrina de la responsabilidad de mando sobre la base de su posición de superior *de facto* así como también de jure. La mera ausencia de una autoridad legal formal para el control de las acciones de subordinados no debería, en consecuencia, entenderse como un impedimento para imponer tal responsabilidad”.

iii) El superior omitió tomar las medidas necesarias y razonables para prevenir el acto criminal o para castigar a su ejecutor<sup>94</sup>.

Se estableció que, a los fines de la aplicación de esta teoría, el superior es aquella persona que posee un control efectivo sobre quienes cometen las violaciones al derecho humanitario internacional.

Asimismo, se afirmó que en ausencia de prueba directa sobre el conocimiento de los hechos cometidos por los subordinados, tal conocimiento no puede presumirse pero sí puede ser establecido mediante prueba circunstancial, para lo cual pueden tenerse en cuenta la cantidad, el tipo y alcance de los actos cometidos; el tiempo durante el cual tales actos ocurrieron; los oficiales y personal involucrados; la ubicación del superior en ese momento, entre otros.

La doctrina de “Mucic” fue aplicada en el caso “Kunarac”<sup>95</sup>. Si bien allí, finalmente, el acusado no fue considerado responsable en los términos del art. 7° (3) del Estatuto, en tanto no se tuvo por probado a juicio del tribunal, que los soldados que cometieron los crímenes imputados “estuvieran, al momento de cometerlos, bajo el control efectivo de Kunarac”, sí se demostró que aquél tuvo un rol principal en la organización e influyó sustancialmente sobre los ejecutores —además de la condena por su participación directa en determinados hechos—.

La doctrina de la responsabilidad del superior se aplicaría nuevamente en el caso “Kordic & Cerkez”<sup>96</sup>. Allí, se sostuvo que ésta es una forma indirecta de responsabilidad ya que no responde a una participación directa del superior en la comisión de un crimen. Es así que se consideró que cuando un superior no sólo sabía o tenía motivos para saber sobre los delitos de sus subordinados, sino que además planeó, instigó, ordenó o ayudó en la ejecución de tales hechos, corresponde aplicar el art. 7° (1) del Estatuto pues es más apropiado para caracterizar su responsabilidad.

Por su parte en “Blaskic”<sup>97</sup> el tribunal se pronunció a favor de la aplicación concurrente de ambas normas, arts. 7°(1) y 7°(3) del Estatuto. En efecto, se sostuvo que la omisión de castigar crímenes pasados no sólo puede dar lugar a responsabilidad del superior en los términos del art. 7° (3) sino también

<sup>94</sup> “Mucic”, párr. 346. “*From the text of article 7(3) it is thus possible to identify the essential elements of command responsibility for failure to act as follows:*

(i) *the existence of a superior-subordinate relationship;*

(ii) *the superior knew or had reason to know that the criminal act was about to be or had been committed; and*

(iii) *the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent the criminal act or punish the perpetrator thereof”.*

<sup>95</sup> Caso “Kunarac *et al*” (“Foca”), Sentencia del 22/2/2001. Ver [www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf](http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf).

<sup>96</sup> Caso “Kordic & Cerkez” (“Lasva Valley”), Sentencia del 26/2/2001. Ver [www.icty.org/x/cases/kordic\\_cerkez/tjug/en/kor-tj010226e.pdf](http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/tjug/en/kor-tj010226e.pdf).

<sup>97</sup> Caso “Tihomir Blaskic” (“Lasva Valley”), Sentencia del 3/3/2000.

puede ser la base para aplicar el art. 7º (1), por “ayudar y alentar” o “instigar” la comisión de más delitos.

Los criterios de la responsabilidad de mando también fueron aplicados en los casos “Krnjelac”, “Naletilic & Martinovic”, “Brdanin”, “Mrksic”<sup>98</sup>, entre muchos otros.

c) Si bien la jurisprudencia internacional no establece con precisión a qué nivel jerárquico debe pertenecer el superior, en general, se exige que se trate de un miembro de nivel de conducción, con facultades de control efectivo<sup>99</sup>.

El resultado delictivo le es imputado al superior porque tenía conocimiento de los crímenes cometidos por sus subordinados o los desconocía por negligencia, y porque no tomó ninguna contramedida, teniendo la posibilidad de hacerlo.

Estos criterios fueron introducidos en el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12/8/1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), del 8/6/1977 (arts. 86 y 87)<sup>100</sup> y, finalmente, la responsabilidad del superior fue receptada, en los términos expuestos, en el art. 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> Casos “Krnjelac” (“Foca”), sentencia del 15/3/2002, “Naletilic & Martinovic” (“Tuta and Stela”), sentencia del 31/3/2003; “Radoslav Brdanin” (“Trajina”), sentencia del 1/9/2004; “Mrksic *et al*” (“Vukovar Hospital”), sentencia del 27/9/2007;

<sup>99</sup> AMBOS, Kai, *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática*, trad. de Ezequiel Malarino, Montevideo, Honrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005, p. 303.

<sup>100</sup> El art. 86 dispone que “2. El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción.” (sin destacado en el original). Por su parte, el art. 87 alude a los “deberes de los jefes” y dispone que las partes “...exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso contrario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes” (inc. 1º) y que “... obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que se tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones” (inc. 3º).

<sup>101</sup> La norma establece que “a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la compe-

## VII. CONCLUSIONES

Los principales objetivos de Naciones Unidas, recogidos en las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos, fueron gradualmente incorporados en las convenciones internacionales y en el derecho interno de los estados, creándose un nuevo orden jurídico internacional, que comenzó a estructurarse de modo robusto recién en la última década del siglo pasado.

De allí que no se puede dejar de lado el contexto social, político y jurídico de la época en que se desarrolló el “juicio a las juntas”. Una democracia incipiente, después de 50 años de alternancias entre gobiernos civiles y militares, sobre cuyo destino no había ninguna certeza, dificultaba la tarea de llevar adelante juicios contra quienes hubieran violado los derechos humanos en la represión de la guerrilla<sup>102</sup>.

Asimismo, tal como he afirmado en otra oportunidad<sup>103</sup>, en aquel entonces, el desarrollo de las reglas y precedentes internacionales sobre el particular era muy escaso y no existían decisiones judiciales que mencionaran los conceptos que hoy son comunes en la materia (delitos de lesa humanidad, *ius cogens*, imprescriptibilidad, obligaciones internacionales de los estados). Entre estos conceptos se encuentra la tesis de la autoría mediata que carecía de aplicación hasta ese momento.

Por otra parte, las Convenciones de Derechos Humanos recién fueron ratificadas y entraron en vigencia en los primeros años de la democracia. Esta incorporación tuvo una gran importancia para el desarrollo de los acontecimientos futuros, pero en aquella época, como dijera, éste era incierto.

La experiencia argentina ha efectuado muchos aportes positivos, vinculados con la afirmación de valores y principios, ha servido de ejemplo para otros países y ha dejado al descubierto, también, las dificultades que presenta el juzgamiento de los responsables por violaciones masivas de derechos humanos.

Entre aquellas trascendentes contribuciones, como ha quedado expuesto, se encuentra el criterio de autoría utilizado para responsabilizar a quienes

---

tencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento”.

<sup>102</sup> Además, los miembros de las fuerzas armadas que debían ser juzgados seguían en actividad.

<sup>103</sup> GIL LAVEDRA, Ricardo, “El papel de los Tribunales Penales de Argentina”, en ALMQVIST, Jessica - ESPÓSITO, Carlos (coord.), *Justicia transicional en Iberoamérica*, Cuadernos y Debates, nro. 199, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

“desde atrás” ordenaron la comisión de hechos aberrantes<sup>104</sup>. Esta forma de responsabilidad debe distinguirse nítidamente de la llamada “responsabilidad del superior“, en la que no se utiliza el aparato organizacional para impedir la ejecución de los crímenes. Por ambas vías, el derecho internacional de los derechos humanos intenta prevenir y castigar la realización de hechos que no sólo conmueven la conciencia de la humanidad, sino que atentan contra la paz y la seguridad de las naciones.

<sup>104</sup> Ídem.



## AUTORÍA EN APARATOS ORGANIZADOS DE PODER. CASO ARGENTINO

Por JAVIER AUGUSTO DE LUCA

La invitación a participar de un libro homenaje a Andrés D'Alessio me transporta, una vez más, a mediados de 1985, a la Cámara Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, de la cual D'Alessio era uno de sus jueces, en la sala II, en la planta baja del Palacio, en el medio del juicio a las ex juntas militares. El ritmo de trabajo vertiginoso, sin detener el estudio y trámite de las causas comunes, mientras continuaba el mega juicio, con recursos humanos y materiales básicos, incomparables con los hoy existentes. El único que tenía una computadora de las recién salidas al mercado (Commodore 128.... o algo así) era D'Alessio, que mostraba el aparato como una *rara avis*, mientras no paraba de ir y venir, dar directivas, discutir los temas más variados con todo el mundo y con una profundidad y pasión fuera de lo común. A su lado, se contagiaba la sensación de que no podía haber obstáculos ni impedimentos para lograr lo que nos propusiésemos, que parar un minuto implicaba una defraudación, porque nadie quería ser menos que él. Su personalidad fue una verdadera marca registrada. Sin mayores presentaciones discutía todos los temas y así como nos consideraba de igual a igual, no tenía ningún prurito en mandarnos al cuerno. Recuerdo perfectamente el día que se recibió una amenaza de bomba y nos "sugirió" que no nos retirásemos del edificio porque él estaba seguro de que no era cierta. Paralelamente, a partir de 1984 fue motor de la reforma del plan de estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que tanta repercusión tuvo en el ámbito del Derecho Penal y Procesal Penal. Después, fue su decano y ejerció el gobierno de la Facultad conforme a su impronta, una máquina de hacer cosas y de acoger a todos quienes estuviesen dispuestos a trabajar. El tema aquí escogido es un homenaje en sí mismo, porque toca uno de los tantos aspectos en los que ese Tribunal que él integró y que nos marcó para toda la vida, fue pionero e hizo historia.

## I. INTRODUCCIÓN. OBJETO Y TEMAS EXCLUIDOS<sup>1</sup>

Entre 1976 y 1983 rigió en la Argentina una dictadura compuesta por militares y civiles que emplearon el aparato estatal para desarrollar un plan sistemático y generalizado de represión contra distintos sectores de la población civil identificados y seleccionados por aquéllos, generalmente, por su ideología política y antecedentes sociales, gremiales o sindicales. Las acciones se desplegaron más allá de las estrictamente necesarias para impedir o repeler actos “terroristas”<sup>2</sup> e, inclusive, se extendieron también a personas que ni siquiera habían intervenido en tales actos y que no habían formado parte de asociaciones o agrupaciones no estatales que promovían tales hechos de violencia. Como se sabe, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, desarrolló un juicio y dictó sentencia a los integrantes de las ex Juntas Militares que resultó histórico<sup>3</sup>. Después siguieron otros de igual valía<sup>4</sup>, hasta que decisiones políticas interpusieron un “impasse” en los procesos por los hechos delictivos de aquel período. Finalmente, las investigaciones y los juicios se reanudaron y ese es el estado actual de la cuestión.

Aquí trataré de desarrollar los presupuestos jurídicos que, a mi criterio, mejor explican la participación de las personas que formaron parte de ese aparato estatal y que desde ese lugar realizaron diversos delitos encasillados en la categoría de “lucha contra la subversión”.

Quedarán afuera de este análisis varios problemas, tales como si este modelo es aplicable a los delitos cometidos por las personas calificadas de

<sup>1</sup> Colaboraron en la recopilación de material, estudio y discusión de los argumentos los abogados Guillermo Silva y Ricardo Narváez, integrantes de la Fiscalía General en lo Criminal Federal nro. 1 ante los Tribunales Orales Federales de San Martín. Debo señalar asimismo, que este trabajo reconoce como fuentes directas, y de hecho, aquí se reproducen muchos de sus términos, los alegatos fiscales producidos en 2009 y 2010 ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 1 de San Martín, en las causas por delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura 1976/83 en la Zona Norte y Noroeste del Gran Buenos Aires, dependiente del Comando de Institutos Militares con centro en Campo de Mayo. Los fiscales fuimos Marcelo García Berro, Juan Patricio Murray y el suscripto. No puede dejar de destacarse que se trató del producto de un grupo de trabajo de los integrantes de toda la fiscalía. Además de los ya nombrados en esta nota, se encuentran: Nadina Valenti, Guillermina Jiménez, Benjamín Pons y Constanza Barneche. En cualquier caso, los aciertos de la construcción deben ser atribuidos a todos y los errores imputados solamente a mí.

<sup>2</sup> Se entrecomilla porque no existe consenso sobre la definición de terrorismo. Ver ZAFFARONI, Eugenio R., *Hacia dónde va el poder punitivo*, Medellín, Universidad de Medellín, marzo 2009. En la Argentina se empleó el concepto para identificar las acciones alevosas, generalmente armadas, contra las personas y bienes de cierta magnitud, con una intencionalidad política, llevadas a cabo por grupos de personas que formaron organizaciones, tales como Montoneros, PRT-ERP, FAP, FAR, etcétera.

<sup>3</sup> Se encuentra registrado en la colección de sentencias de la Corte Suprema, conocida como “Fallos”, en el tomo 309, que en adelante citaré de ese modo. Allí también está la sentencia de la Corte en la misma causa.

<sup>4</sup> Como el de la causa “Camps” que se ocupó de los escalones intermedios en el aparato de poder.

“subversivos”<sup>5</sup>; si los actos de éstos pueden ser equiparables a los cometidos desde el aparato estatal<sup>6</sup>; si los delitos cometidos por los miembros de esa dictadura pueden ser considerados un genocidio<sup>7</sup>, más allá de que existe consenso de que se trataron de delitos de lesa humanidad<sup>8</sup>; si deben proseguirse los juicios penales<sup>9</sup>.

## II. EL CONTEXTO

A raíz de las investigaciones practicadas y los juicios desarrollados en distintas jurisdicciones, se encuentra demostrado que para el cumplimiento de sus objetivos las Fuerzas Armadas instrumentaron un plan clandestino de represión, un modo criminal de reprimir los actos de terrorismo, por el cual se otorgó a los cuadros inferiores una gran discrecionalidad para privar de libertad a quienes aparecieran, según la información de inteligencia, como vinculados a la “subversión”<sup>10</sup>. Esas facultades se extendieron a saqueos en las viviendas de los detenidos, a los interrogatorios bajo tormentos, al sometimiento de los detenidos a regímenes inhumanos de vida, a su mantenimiento en clandestino cautiverio y pérdida de la identidad, a la apropiación y sustracción de niños nacidos durante la detención de sus madres, entre otras cosas. También, se les concedió una gran libertad para apreciar el destino final de cada víctima, el ingreso al sistema “legal”<sup>11</sup>, la libertad o, simplemente, la eliminación física<sup>12</sup>.

<sup>5</sup> Ver Corte Sup., causa “Lariz Iriondo” (Fallos 328:1268); Corte Interamericana de Derechos Humanos, 11/5/2007, caso “Bueno Alves v. Argentina”; Corte Sup., causa “Derecho —Bueno Alves—” (Fallos 330:3074); Instrucción General del Procurador General de la Nación por res. PGN 158/2007, del 29/11/2007 (puede ser consultada en el sitio <[www.mpf.gov.ar](http://www.mpf.gov.ar)>) que hace obligatorios los criterios del Informe de la Unidad de Derechos Humanos del Ministerio Público Fiscal en la causa “Larrabure”.

<sup>6</sup> Teoría de “los dos demonios”.

<sup>7</sup> A pesar de que no lo hicieron contra un grupo nacional como exige la definición de la Convención internacional contra el Genocidio, recibida en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, sino contra grupos de personas de una misma nacionalidad. Ver FEIERSTEIN, Daniel, *El genocidio como práctica social (entre el nazismo y la experiencia argentina)*, Fondo de Cultura Económica, 2007., Buenos Aires

<sup>8</sup> Corte Sup., causa “Arancibia Clavel” (Fallos 327:3312); “Simón” (Fallos 328:2056); “Mazzeo” (Fallos 330:3248).

<sup>9</sup> D’ALESSIO, Andrés, *Los delitos de lesa humanidad*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2008.

<sup>10</sup> Entre tantos, fue acreditado también en la sentencia de la causa 2005 del Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 1 de San Martín (caso Avellaneda), donde se citan otras.

<sup>11</sup> A disposición del Poder Ejecutivo Nacional, porque regía el estado de sitio, o de la Justicia federal u ordinaria, e inclusive la justicia militar, si era del caso imputarles algún delito. A todo esto se lo llamaba “blanqueo” y significaba para las personas que habían logrado salvar su vida.

<sup>12</sup> Se lo llama Plan Sistemático porque está probado que para el desarrollo de ese plan clandestino se emitían órdenes secretas y adoptó la siguiente metodología, que transcribo textualmente de la sentencia dictada en la causa nro. 13 por la Cámara Federal: “a) capturar a los sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) conducirlos a lugares situados en unidades militares o bajo su dependencia; c) interrogarlos bajo tormentos, para obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas;

### III. AUTORÍA

Como se sabe, la idea de que autor es sólo aquel que ejecuta los hechos descriptos por la ley con sus propias manos, desde un punto de vista natural

d) someterlos a condiciones de vida inhumanas para quebrar su resistencia moral; e) realizar todas esas acciones con las más absoluta clandestinidad, para lo cual los secuestradores ocultaban su identidad, obraban preferentemente de noche, mantenían incomunicadas a las víctimas negando a cualquier autoridad, familiar o allegado el secuestro y el lugar de alojamiento; y, f) dar amplia libertad a los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo nacional, sometido a proceso militar o civil, o eliminado físicamente. Esos hechos debían ser realizados en el marco de las disposiciones legales existentes sobre la lucha contra la subversión, pero dejando sin cumplir las reglas que se opusieran a lo expuesto; g) garantizar la impunidad de los ejecutores mediante la no interferencia en sus procedimientos, el ocultamiento de la realidad ante los pedidos de informes, y h) la utilización del poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias realizadas eran falsas y respondían a una campaña orquestada tendiente a desprestigiar al gobierno; i) la provisión desde los altos mandos de los medios necesarios, ropa, vehículos, combustible, armas, municiones, lugares de alojamiento de cautivos, víveres y todo otro elemento que se requiriera; j) que las órdenes impartidas dieron lugar a la comisión de un gran número de delitos de privación ilegal de la libertad, tormentos y homicidios, fuera de otros cometidos por los subordinados, que se consideró fueron consecuencia del sistema adoptado desde el momento en que los objetos se depositaban en los centros militares que utilizaban como base de operaciones los grupos encargados de capturar a los sospechosos.

Que ese método no convencional de lucha tomado de las experiencias proporcionadas por los oficiales de las OAS, y las luchas de Vietnam y Argelia, de organización celular, con grupos de oficiales vestidos de civil y en coches de uso particular, con impunidad asegurada y aptos para dotar de mayor celeridad a las tareas de inteligencia y de contrainsurgencia que permitieron prescindir de la justicia, clasificar los prisioneros del ERP según importancia y peligrosidad de modo que sólo llegaran al juez los inofensivos. Este tipo de acciones, cuando las Fuerzas Armadas asumieron el Poder del Estado fue adoptado por los respectivos comandantes y objeto de órdenes verbales” (extraído de la sentencia de la Corte, en Fallos 309:1689, voto del juez Fayt, concretamente desde la p. 1773).

En 1987 el general Acdel Vilas en su declaración indagatoria ante la Cámara Federal de Bahía Blanca (causa 11/86), aportó el autodenominado Plan del Ejército (Contribuyente al Plan de Seguridad Nacional —secreto— Buenos Aires, Febrero 1976), del cual surgen elementos contundentes que ponen de manifiesto que nada de lo ocurrido en los hechos fue producto del azar o de la decisión unipersonal de sus ejecutores con fines particulares, sino que responde a un plan, concebido sobre una ideología, que permitía identificar a los enemigos como a todos aquellos que se opusieran políticamente a ella.

Esa ideología es consecuencia de la concepción que de la llamada “guerra fría” se tenía en ese momento. En ese contexto ingresa en la Argentina la doctrina contrarrevolucionaria francesa por dos conductos: la misión militar oficial instalada en la sede del Ejército y los oficiales que ingresaron en forma clandestina para huir de las condenas a muerte por su participación en la OAS.

De allí surge la técnica de la división del territorio en zonas y áreas, la tortura como método de inteligencia de obtención de información, el asesinato clandestino para no dejar huellas y la utilización de algunos prisioneros para utilizarlos como agentes propios. Se sustenta en tres ejes fundamentales. a) El concepto del terror hacia la población como arma. b) Que el enemigo está dentro o forma parte de la población civil, es decir, no tiene uniforme ni emplea distintivos que lo diferencian de los propios. c) Que la información es fundamental para la victoria armada que debe ser lograda a cualquier costo. En ese contexto, la separación del enemigo de la parte de la población que no es considerado tal, se transforma en una obsesión. Estas pautas permitieron el método represivo descripto. Propagaron esta forma de “guerra” que llamaron “moderna” y el ambiguo concepto de “subversión”, entendido como todo aquello que se opone al plan de Dios sobre la tierra (ROBIN, Marie M., *Los Escuadrones de la Muerte: la escuela francesa*, Buenos Aires, Sudamericana, 2005, ps. 7/8).

y simple o de “sentido común” ha sido superada. Debe tenerse en cuenta que para diseñar una construcción jurídica no es posible prescindir de la realidad. En el proceso de determinación de si una conducta puede ser subsumida en la ley penal, se toma o selecciona (se “pesca”) una determinada porción de la realidad desde esa ley, pero no es la ley la que crea realidad. El juego es de doble sentido: así como no puede haber encuadramiento legal sin una conducta, para saber qué conducta interesa al Derecho Penal debemos guiarnos por la selección que indica la ley.

Desde nuestra perspectiva, sólo puede ser autor aquel que es dueño del suceso y que no reconoce una voluntad que domine la suya. Esa situación realista no descarta que en la ejecución de un mismo hecho puedan subsistir distintas responsabilidades, de uno o más autores inmediatos y mediatos.

No es necesario recurrir a nuevos modelos teóricos como los de la concepción funcionalista que prescinde totalmente del dominio del hecho<sup>13</sup>.

La razón esencial de mi disenso con esta última posición, es que considera que todos los injustos penales son de omisión, incumplimientos de deberes, donde la ilicitud penal se monta sobre deberes de garantía para con los derechos de terceros que surgen de la mera asunción de un rol. Al disolverse el concepto de dominio del hecho y adoptarse la noción normativa de competencia, ello conduce a un concepto extensivo y único de autor, que fue superado porque puede resultar extensivo de la punibilidad. Como autor es simplemente quien omite o incumple deberes que derivan de su rol, se torna sumamente dificultosa la delimitación segura de aquellos que deben ser excluidos de la autoría de un acontecimiento. Todo aquel que no cumpla los deberes que surgen del rol, de su posición institucional, es un candidato a ser autor por haber violado sus deberes de garante. Tampoco pueden distinguirse con facilidad los autores de los instigadores y cómplices, etcétera. Como toda teoría normativista extrema, no termina de explicar cómo selecciona de la realidad determinados acontecimientos o datos y descarta otros, es decir, por qué selecciona a tal o cual persona como autora y no a otras. Todo se explica normativa y tautológicamente y así, el Derecho Penal ve diluidas sus capacidades de contralor del poder punitivo<sup>14</sup>.

De entrada corresponde señalar que no contribuye a arrojar luz al problema el asunto de las órdenes de servicio que conduce a las construcciones sobre la obediencia debida. Sobre esa base, históricamente se trazaron concepciones que consideran que el subordinado es una especie de esclavo de su superior, un ser manipulable y no libre, con lo cual sólo el superior puede ser autor, y

<sup>13</sup> JAKOBS, Günther, *El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*, publicado junto a otros estudios por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2004, p. 87.

<sup>14</sup> Agradezco a Carolina Bressia, también docente de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la UBA, los aportes y la discusión sobre estos asuntos.

quedan fuera los ejecutores y los que están en escalones intermedios de una línea de mando, que simplemente son equiparables a un objeto o animal. No creo que sea necesario extenderme para explicar que se trata de un concepto de la disciplina, totalmente antidemocrático.

De todos modos, señalo que ni siquiera esa construcción podría funcionar en el caso argentino porque las órdenes que se dieron “durante el servicio” no necesariamente fueron “de servicio”. Ordenes de servicio sólo pueden ser aquellas prescriptas por y subordinadas a la ley y reglamentos, aun las verbales. Mandar a un subordinado a realizar un trámite personal no es una orden de servicio, sino una orden cualquiera durante el servicio. Lo mismo ocurre con una orden por la cual se dispone que se torture a un detenido hasta que proporcione alguna información que se considere relevante. Se trata de una orden clandestina dada durante el servicio. Si, además, su ilegalidad es manifiesta —que en el caso de la tortura lo es—, es un asunto que se analiza en el escalón siguiente de la teoría del delito.

Cabe recordar que, en aquella sentencia de 1985, la Cámara Federal comenzó su argumentación con la exposición de la, por entonces, tradicional autoría mediata<sup>15</sup>, donde el dominio del hecho se ejerce a través del “dominio de la voluntad” del ejecutor, en lugar del dominio de su acción. En la autoría mediata el autor no realiza conducta típica por sí mismo, pero mantiene el dominio del hecho a través de un tercero cuya voluntad, por alguna razón, se encuentra sometida a sus designios.

Sin embargo, enseguida apreció que en casos como el de la represión en la Argentina, la realidad indicaba que la autoría mediata no terminaba donde había otro autor también plenamente responsable, como sí ocurría en los casos tradicionales de error y coacción del instrumento o en los especiales de instrumentos dolosos o no cualificados.

Por ello, la Cámara recurrió a Claus Roxin, mentor de ese modelo de autoría mediata con ejecutores responsables<sup>16</sup>.

Se trata de supuestos donde la voluntad se domina a través de un aparato organizado de poder, cuya característica es la fungibilidad de los ejecutores, porque opera como un engranaje mecánico. Al hombre de atrás le basta con controlar los resortes del aparato pues si alguno de los ejecutores elude la tarea, aparecerá otro inmediatamente en su lugar que lo hará, sin que se perjudique la realización del plan total.

<sup>15</sup> Fallos 309:1596.

<sup>16</sup> ROXIN, Claus, “Voluntad de dominio de la acción mediante aparatos de poder organizados”, trad. de Carlos Elbert, en *Doctrina Penal*, año 8, Buenos Aires, Depalma, 1985, p. 399 y ss.; también en *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 267 y ss.; últimamente en “La autoría mediata por dominio de la organización”, en *Revista de Derecho Penal, autoría y participación*, t. II, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2005, p. 9.

Los conceptos de instigador y cómplice en hechos simples no abarcan los fenómenos que se dilucidan en estos casos. Precisamente, el valor de esta teoría consiste en que permite explicar cómo, frente a un mismo hecho, conviven varios autores que, sin embargo, no son coautores.

En estos casos, no falta ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor directo. Tampoco falta en los agentes intermedios, situación que se presentó tempranamente en el derecho judicial argentino en la causa “Camps”<sup>17</sup>.

Muchos problemas trae la falta de consenso respecto de la terminología empleada por los autores. Ello genera, en no pocas veces, disputas aparentes. Para evitarlo, corresponde exponer que por ejecutor directo entiendo al autor inmediato, y adhiero a la posición que considera que en el texto del art. 45 del Código Penal argentino (en adelante CP), cuando se menciona al “determinador”, no sólo comprende los casos de participación por instigación o de autoría mediata tradicionales, sino también a los autores que no “tomasen parte en la ejecución del hecho”, según una inteligencia literal de la expresión empleada por la ley.

Sobre algunas confusiones terminológicas versa buena parte de la discusión en la sentencia de la Corte Suprema en la misma causa contra los Ex Comandantes en Jefe<sup>18</sup>, en la que algunos jueces trazan cuestionamientos desde el principio de legalidad penal (art. 18, CN) con la expresión referida al “ejecutor” del art. 45, CP, cuando, en realidad, tal violación al principio constitucional no se presenta.

En el supuesto que aquí analizamos, si se mira el fenómeno desde el dominio del sujeto de atrás, se puede apreciar que los ejecutores inmediatos no se presentan como personas individuales, sino como figuras anónimas y sustituibles. El ejecutor inmediato, si bien no puede ser desvinculado de su dominio de la acción es, al mismo tiempo, un engranaje —sustituible en cualquier momento— de la maquinaria del poder. Esta doble perspectiva es conocida, dominada, y es la que impulsa el sujeto de atrás. Aquí, el instrumento es el sistema mismo que el hombre de atrás maneja discrecionalmente. Hay un dominio sobre una voluntad indeterminada.

El autor mediato, pese a no realizar por sí mismo la conducta típica del modo que lo haría un ejecutor directo, también es autor porque mantiene el dominio del hecho a través de un tercero, que se transforma en otro autor mediato o en un autor directo, según su posición en la cadena. En este caso, el determinador, al igual que en los demás supuestos de autoría mediata, dispone

<sup>17</sup> C. Nac. de Apel. en lo Crim. y Corr. Fed. de la Capital Federal, 2/12/1986, causa nro. 44, “Camps”.

<sup>18</sup> Fallos 309:1689 y ss.

de recursos extraordinarios para dominar la acción del determinado: la fungibilidad<sup>19</sup>.

No se trata de un invento teórico, idealista o normativista, con el fin de imputar a como dé lugar objetiva y subjetivamente los hechos a los altos mandos, mediante hipótesis que no superan la responsabilidad objetiva. Muy por el contrario, se trata de la naturaleza objetiva del fenómeno, de su realidad, que se deduce de la observación del funcionamiento peculiar del aparato organizado de poder que se encuentra a disposición del hombre de atrás.

Este esquema surge del documento clandestino llamado Plan del Ejército Contribuyente al Plan de Seguridad Nacional, y en infinidad de otros documentos, reglamentos y órdenes verbales cuya existencia fue reconocida por los propios imputados. Desde 1985 está probado que los Ex Comandantes en Jefe impartieron las órdenes generales. Esas órdenes fueron dirigidas a los Jefes de Comandos o de Zonas, en un clásico acto de una organización clandestina inserta dentro de un sistema oficial. Ellos las recibieron y, para su concreción, las rediseñaron, configuraron o ajustaron a su propia realidad, mediante órdenes que a su vez impartieron a sus subordinados que, a su vez, las volvieron a afinar o ajustar para su ejecución por parte de los autores inmediatos o ejecutores de los hechos<sup>20</sup>.

Por eso la teoría de Roxin es la que mejor explica la mecánica de los acontecimientos. El “hombre de atrás” puede contar con que la orden por él dictada va a ser cumplida sin necesidad de emplear coacción o de conocer al que ejecuta la acción. Estos sólo ocupan una posición subordinada en el aparato de poder, son fungibles, y no pueden impedir que el hombre de atrás, el “autor de escritorio”, alcance el resultado, ya que es éste quien conserva en todo momento la decisión acerca de la consumación de los delitos planificados; es la figura central dominante del delito ordenado por él, mientras que los ejecutores fungibles, si bien también son responsables como autores debido a su dominio de la acción, no pueden disputar al dador de la orden su superior dominio de la voluntad que resulta de la dirección del aparato. Con claridad: “Cuando Hitler o Stalin hicieron matar a sus opositores, esto fue su obra, si bien no la obra de ellos solos. Decir que habrían dejado a sus subordinados la resolución sobre si los hechos ordenados debían ser ejecutados o no, contradice los principios razonables de la imputación social, histórica y también jurídica a los autores”<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> ZAFFARONI, Eugenio R., *Estructura básica del derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 2009, p. 136. Cabe recordar que Zaffaroni, en su obra general con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar (ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 780), consideran que la construcción de la autoría mediata a través de un aparato organizado de poder no tiene un valor destacable porque todo este asunto versa más sobre cuestiones de hecho que teóricas.

<sup>20</sup> Trib. Oral en lo Criminal Fed. nro. 1 de San Martín, 12/8/2009, causa nro. 2005 (caso Avellaneda).

<sup>21</sup> ROXIN, Claus, “La autoría mediata...”, cit..

La falta de intermediación con los hechos por parte de las esferas de mando del aparato se ve suplida de modo creciente por el dominio organizativo, de tal manera que cuanto más se asciende en la espiral de la burocracia criminal mayor es la capacidad de decisión sobre los hechos emprendidos por los ejecutores. Lo que significa que con tales órdenes están “tomando parte en la ejecución del hecho”, tanto en sentido literal como jurídico penal.

En la sentencia dictada en la ya citada causa nro. 44 “Camps”, la Cámara Federal explicó satisfactoriamente la situación de los escalones intermedios de esa misma burocracia. Esto responde a los reglamentos vigentes, a los clandestinos, a la doctrina implementada, a cómo se dieron los hechos y a las explicaciones del propio imputado Riveros.

Las órdenes de los autores de escritorio fueron impartidas a través de las respectivas cadenas de mando, por quienes contaban con el poder de emitir órdenes y con el dominio de la parte de la organización a ellos subordinada. Ellos pusieron la posibilidad y decisión de que el aparato siguiera funcionando. Es una reconfirmación del diseño. El dominio de los escalones intermedios sobre esa parte de la organización es lo que funda su responsabilidad como autores mediatos de los hechos ejecutados por sus subordinados en esa cadena.

El esquema se mantiene ante la crítica de que estas personas no podrían ser autores mediatos porque una negativa de la obediencia de su parte no hubiese tenido relevancia alguna en la ejecución de las órdenes, pues el aparato habría continuado su accionar de todos modos. Ese planteo debe ser rechazado del mismo modo que se descartan los razonamientos basados en la “causalidad de reemplazo”, empleados para los casos en que las acciones recaen sobre un objeto de protección que está destinado a pérdida segura. Aquí, en cambio, quien comete un delito no se libera de responsabilidad porque el hecho igual lo podría haber cometido otra persona en su lugar. Esa hipótesis no deja sin efecto su imputación, porque de otro modo el razonamiento debería conducir lógicamente a que nadie es imputable objetivamente porque ambos —el que efectivamente intervino y el reemplazante hipotético— deberían ser excluidos de la imputación. La crítica olvida un dato de la realidad: el hecho se debería imputar a quien lo realizó.

En el caso argentino funcionó un orden clandestino que se montó o encaballó sobre el orden legal y se aprovechó de todos sus recursos humanos, materiales y normativos, en la medida que no se opusieran a sus fines.

La construcción no se aplica a cualquier organización, por ejemplo a la criminalidad de empresa, porque en esos casos falta la intercambiabilidad del ejecutante tal como existe en organizaciones que se han apartado del derecho. Cuando una organización actúa sobre la base del derecho, tiene que esperarse que no se dé cumplimiento a requerimientos antijurídicos.

En cuanto a la base normativa de la cual deriva la autoría mediata en el derecho nacional, la doctrina clásica consideraba que todos los autores —también los mediatos— se encontraban comprendidos en la primera parte del

art. 45, CP, cuando dice “los que tomasen parte en la ejecución del hecho”, mientras que la más moderna y la jurisprudencia actual mayoritaria, derivan esta forma de intervención criminal de la última parte de dicha disposición “los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo”<sup>22</sup>.

Ahora bien, la Corte Suprema en la sentencia dictada el 30/12/1986 confirmatoria de la sentencia de los ex Comandantes<sup>23</sup>, no siguió en todos sus jueces esta concepción de la autoría a través de un aparato organizado de poder.

Dos de los magistrados no aceptaron la punibilidad del autor mediato con un instrumento como autor inmediato con el argumento de que dos dominios sobre el hecho no pueden coexistir y con el razonamiento de que un autor que no realiza acciones típicas sería un autor por extensión, violatorio del principio de legalidad formal.

Para estos jueces, el dominio mental de los hechos y la realización de acciones extratípicas con abuso de poder encaminadas hacia la ejecución colectiva por otros, representa cooperación intelectual y material para que los subordinados realizaran las acciones constitutivas de homicidios, privaciones ilegítimas de la libertad, tormentos y demás delitos investigados. Por ende, entendieron que debían ser considerados partícipes como cooperadores necesarios y no autores en los términos del art. 45 del CP.

Textualmente: “Frente al criterio legal, que define a la autoría o a la coautoría bajo la exigencia de ‘tomar parte en la ejecución del hecho’, cualquier otra intervención, vinculada a la realización del delito importa una cooperación, un auxilio o una ayuda” y por eso el “incluir a la autoría mediata en la última parte del art. 45 del CP, constituye una extensión extratípica del concepto de instigador”. Ello fundado en que si la “determinación directa” del art. 45 del CP significara admitir la forma de instigación y la de autoría a la vez, ello representaría aplicar al autor mediato las reglas de la instigación, con lo cual el que domina el hecho sería a la vez persuasor y ejecutor. Ello sería inadmisibles, se razonó, pues el concepto de instigación enmarca una participación puramente psíquica, que el instigador dirige derechamente a la concreta finalidad de hacer que el instigado, voluntaria, libre y conscientemente, tome la resolución de cometer el delito. Esa actividad intelectual que despliega el instigador se agota una vez tomada la resolución, de tal manera que la realización del delito depende del instigado, que se convierte así en el único autor. Y si a aquel obrar psíquico se le agrega alguna otra aportación material, la actividad del sujeto se

<sup>22</sup> El lector debe estar advertido de que en Alemania, el parágrafo 26 del Código Penal, expresamente llama “inductores” o “instigadores” a los que determinan a otro. Muchas confusiones derivan de la cuestión terminológica, que no terminan de resolver el problema ontológico, porque un inductor o instigador, claramente, no domina el hecho, mientras que quien determina a otro, un determinador, puede o no dominar el hecho, según como se presente el caso en la propia realidad.

<sup>23</sup> También publicada en el tomo 309 de la colección de Fallos de la Corte Suprema.

desplaza del concepto de instigación e ingresa en el de partícipe, que auxilia, ayuda o coopera.

Por ello, concluyeron estas opiniones en que al emitir los procesados las órdenes verbales secretas e ilegales para combatir el fenómeno terrorista, como así también al proporcionar a sus ejecutores directos los medios necesarios para cumplirlas, asegurándoles que luego de cometidos los delitos no serían perseguidos ni deberían responder por ellos, garantizando su impunidad, realizaron una cooperación necesaria consistente en la contribución acordada con otros partícipes para la comisión del hecho<sup>24</sup>.

Esta posición, en síntesis, sostiene que se dieron cadenas de instigación o de cooperación con los ejecutores.

Ahora bien, el problema de tal construcción es que omite relevar en su totalidad la prueba de la propia realidad, lo efectivamente sucedido. La posición de estos jueces no logró ni logra captar en su verdadera esencia lo que significó el Plan Sistemático que se ha tenido por probado en todos los juicios y las sentencias que se están dictando en todas las jurisdicciones desde entonces.

No es un asunto dogmático, sino fáctico, un desfasaje entre la teoría y la estructura a la que pretende aplicarse. Esa sentencia se limitó a emplear criterios doctrinarios para casos simples que no explican —porque no los abarcan— las situaciones de estas causas, a lo que debe sumarse que se ajustan a una teoría material objetiva que ha sido superada. Que ha sido superada, precisamente, porque al apegarse a criterios meramente físico-causales, no satisfacía la explicación de todos los casos de la realidad.

No se trata de aplicarle a un instigador el mote de autor sino de reconocer que, a diferencia de lo que ocurre en el parágrafo 26 del Código Penal alemán, en el art. 45 del Código Penal argentino la expresión “determinare” puede recibir y abarcar perfectamente no sólo la inducción o instigación sino también a la autoría mediata en todas sus formas, como ocurre en los casos que aquí se analizan. En casos como éstos, determina quien ordena, aun cuando la existencia de esa orden no cercene la libertad de decisión del ejecutor.

Los reglamentos sobre los que se apoyó el sistema de represión clandestino así lo prevén: dice el reglamento RV-200-10, Introducción, ap. III: “Debe tenerse presente que mandar no es solamente ordenar, sino asegurarse la fiel interpretación de la orden, fiscalizando su ejecución correcta e impulsando su cumplimiento con el propio ejemplo, cuando ello sea necesario. El mando es exclusivamente personal, no admitiendo corresponsabilidad de ninguna especie”.

De ello se derivan varias cuestiones. Una, que los jefes no pueden ser instigadores —en los tradicionales términos de esa forma de participación criminal— en el hecho de otro, porque ellos ordenaban, no inducían meramente.

<sup>24</sup> Fallos 309:1698, voto del juez José Severo Caballero; seguido literalmente por el juez Belluscio.

La otra, que tampoco pueden ser considerados cooperadores en el hecho de otro, porque esos hechos no quedaban subordinados a la voluntad autónoma del ejecutor.

La tesis de los jueces de la Corte ya reseñada, no explica por qué estas órdenes no podían dejar de cumplirse ni que esa situación no era impuesta por la coacción ni por alguna clase de error sino por comunidad de pensamiento del ejecutor que, en cualquier caso, si no quería o sabía hacer lo ordenado, sería reemplazado. Los ejecutores, si bien con libertad, no tomaron las decisiones sobre la realización típica de manera autónoma, como ocurre en el caso del autor que obra instigado o que recibe la cooperación de otra persona.

Pero tampoco podrían ser calificados de partícipes necesarios porque no se presentó la relación de accesoriedad, es decir, de cooperación en el hecho de otro. La afirmación de que se trató de una cooperación, pasa por alto elementos constitutivos del funcionamiento real del sistema montado desde el poder, y conduce a sostener que la producción de los delitos, dentro de un plan sistemático, quedó librada a la resolución autónoma de tenientes, sargentos o cabos, quienes decidieron los saqueos en las casas de las personas detenidas, las torturas, los homicidios y las desapariciones de miles de personas, frente a la mirada pasiva y de asentimiento de oficiales superiores de toda jerarquía, incluido el que ejercía las funciones de presidente *de facto* de la Nación.

Cuando se dice que autor es el que domina un hecho o que es el que tiene las riendas de ese acontecimiento, se hace referencia a un concepto de significación común, ordinaria, de sentido común, comunicacional, que explica un fenómeno que todos podemos entender como “su obra” de acuerdo con nuestras condiciones de producción y de reconocimiento de expresiones de sentido<sup>25</sup>.

Pero a su vez ese dominio lo fue sobre un aparato, no un supuesto de coacción, engaño o error, y la responsabilidad de los autores inmediatos no quedó excluida. En la organización militarizada, aunque clandestina, las órdenes generales o específicas no implican coacción. Los autores mediatos de los estratos intermedios en la cadena de mandos y los ejecutores sabían lo que hacían y podían renunciar e irse a su casa sin ninguna consecuencia más o menos importante para ellos. No se registran casos de juicios sumarísimos para los desobedientes<sup>26</sup>. Tampoco hubo engaño porque lo que hacían era evidentemente ilegal al entendimiento común: detener a alguien, romper toda su casa, apoderarse de los bienes personales, torturar, matar, no informar a los jueces

<sup>25</sup> El concepto de “sentido” también es empleado por JAKOBS, Günther, “La autoría mediata (con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva)”, traduc. Manuel Cancio Meliá, *Cuadernos de conferencias y artículos*, nro. 15, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

<sup>26</sup> En el sentido amplio del concepto, ya que difícilmente se pudiera formalizar un juicio por desobedecer aplicar torturas a un detenido. En esos casos, si realmente quieren legalizar algún tipo de enjuiciamiento, las burocracias estatales enjuician al disidente por hechos distintos, infracciones formales que encubren la verdadera razón del reproche.

ni a parientes, tirar a las víctimas al Río de la Plata o al mar drogados desde un avión, etc., eran todos procedimientos no previstos en ninguna ley o reglamento militar de aquellos a los que tradicionalmente se refiere la doctrina al hablar de obediencia debida, jerárquica, en el ámbito militar.

#### IV. LA CRÍTICA Y SU REFUTACIÓN

A la teoría de Roxin se le imputa una aparente contradicción al sostener la simultánea existencia de un autor mediato y la de un ejecutor que actúa de modo libre y responsable.

Esto puede ser así si se lo ve desde un modo teórico y bajo los presupuestos originales de la teoría de la autoría mediata. Pero debe tenerse cuidado con el apego acérrimo a los presupuestos que dieron origen a una clasificación porque su rigidez impedirá abarcar nuevos casos que se presentan con algunas características distintivas. Si lo que justificó la creación de una teoría o instituto fue la aparición de nuevos casos que no podían ser explicados con las concepciones hasta ese momento existentes, como ocurre con la teoría formal objetiva de la autoría, no se entiende por qué no puede permitirse una ampliación de los supuestos que conforman la teoría de la autoría mediata. Se verá así que las críticas no llegan al fondo de la construcción en sí, sino que se quedan en lo meramente metodológico y omiten relevar que los mismos críticos están aplicando alguna teoría que alguna vez fue “inventada” por alguien.

En nuestro caso lo que ocurrió fue exactamente aquello, se dio la simultaneidad de un autor mediato y ejecutores libres y responsables. Esto no lo podemos inventar ni acomodar dentro de alguna concepción o excluirlo de otra. Algunos autores han recurrido a argumentos complementarios de las teorías tradicionales como, por ejemplo, Kai Ambos que distingue entre injustos individuales e injustos colectivos. Estos últimos serían los que se presentan en contextos organizados de poder y acción, donde fracasa el concepto tradicional<sup>27</sup>. Más allá de la terminología empleada por este autor sobre injustos por competencia funcional por la organización, lo concreto es que se trata de la misma idea: al autor de escritorio le son imputables los hechos porque los domina a través del aparato, no porque domine la voluntad del ejecutor.

Otros autores han relativizado la capacidad de rendimiento de la teoría de Roxin. Donna reseña algunos de estos argumentos<sup>28</sup>. Trae la opinión de Gimbernat Ordeig para quien son cómplices todos los sujetos intermedios entre el

<sup>27</sup> AMBOS, Kai, “Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones”, en *Revista de derecho penal y criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 2ª época, nro. 3, Madrid, Marcial Pons, 1999, ps. 133 y ss.

<sup>28</sup> DONNA, Edgardo, *La autoría y la participación criminal*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2002, 2ª ed. ampliada y profundizada, p. 69 y ss.

que da la orden de asesinato desde muy arriba y el ejecutor. Así, quien simplemente levanta el teléfono, recibe la orden y la retransmite.

Sin embargo, debemos adelantar que en el caso argentino la prueba demuestra que los hechos no ocurrieron como en el ejemplo del prestigioso autor español. Los mismos imputados explicaron que las llamadas “operaciones de aniquilamiento” eran las ordenadas por el Comando de Institutos Militares (Campo de Mayo), impartidas por escrito según el tipo de misión a cumplir de acuerdo a las órdenes que a su vez recibía del Estado Mayor General del Ejército. Tal llegó a ser el dominio del aparato de poder que estaba debajo de este comandante —a su vez, subordinado a los comandantes superiores a él— que, según lo dijo en una de sus presentaciones, él mismo preparó “la orden de operaciones por escrito, que fue elevada al Jefe del Estado Mayor General del Ejército quien la aprobó”. Los hechos ocurridos obedecían a una misma capacidad de decisión que no quedaba coartada por la mera circunstancia formal de una división territorial. Si las órdenes del “hombre de atrás” se llevaron a cabo, no fue porque los imputados, todos jefes en escalones intermedios, se comportaran sólo como meros transmisores de comunicaciones entre los superiores —autores mediatos— y los ejecutores, sino porque, además de recibirlas, las concretaban en su porción de dominio para hacerlas realidad en los casos concretos ya que comulgaban con el plan criminal. Los sujetos ubicados en los escalones intermedios se encargaron de realizar su parte del plan gracias a su dominio de la organización, en calidad de autores mediatos. Gimbernat Ordeig dice también que a estos sujetos intermedios tampoco es posible tratarlos como inductores, pues no es admisible un supuesto de inducción en cadena, lo cual es claro y compartimos.

Ninguno de los subordinados tenía la facultad de contradecir una orden en tanto proviniera de la autoridad con competencia de hecho para emitirla. Existió un estricto verticalismo en la subcultura militar. Pero este verticalismo no llegaba a cancelar la voluntad de los miembros inferiores de la organización, quienes podían elegir libremente cumplir las directivas o negarse a ello, pues la única consecuencia de esta última posición sería el reemplazo conforme a la fungibilidad que los caracterizaba, sin mayores efectos personales para ellos. Por cierto, los ejecutores de todos estos hechos no revestían ninguna característica o calidad especial que pudiera tornar inaplicable esta teoría.

Estos ejecutores realizaron hechos que al mismo tiempo son propios y ajenos. El de atrás dominaba una organización, un aparato, y el hecho particular del ejecutor era dominado por el de atrás a través de ese aparato, no de la manera tradicional de la autoría mediata. Existen documentos emitidos por oficiales con el grado de tenientes coroneles, una jerarquía intermedia del aparato organizado de poder, que explican cómo funcionaba esa organización y lo que ocurría en sus mentes. Allí, se señala que las misiones y órdenes de la lucha contra la “subversión” fueron cumplidas con gusto, compenetrados por su espíritu de soldados y convencidos de la legitimidad de la posición asumida

por las máximas jerarquías del Ejército, aun a costa de las implicaciones de índole espiritual, ético, moral y religiosos que aquellas les acarrearón, como personas y como católicos, y que todos los camaradas estaban al tanto de esas órdenes y misiones.

Algunos autores sostienen que se trata de casos de coautoría<sup>29</sup>. Pero Roxin considera que no la hay entre los autores ubicados en distintos peldaños del aparato porque “falta una resolución común hacia el hecho, la cual, según la teoría absolutamente dominante, es presupuesto de cualquier ‘comisión conjunta’ en el sentido de coautoría”, dado que el hombre de atrás y el ejecutante generalmente ni siquiera se conocen. El ejecutor es un simple destinatario de una indicación. En segundo lugar, señala que también falta “una ejecución conjunta del hecho” toda vez que el ‘autor de escritorio’ precisamente no ejecuta nada por su propia persona”, sino que “se sirve de instrumentos de su voluntad que ejecutan el hecho”. Rechaza la admisión de una coautoría porque estima que con ello “se allana la diferencia estructural entre autoría mediata (la comisión ‘a través de otro’) y la coautoría (la comisión ‘conjunta’)”. “La autoría mediata tiene una estructura vertical (en el sentido de un curso de arriba hacia abajo, del motivador hacia el ejecutante); la coautoría, por el contrario, está estructurada horizontalmente (en el sentido de un estar al lado de otro entre los coautores)”.

En consecuencia, todos los sujetos deben ser considerados autores, y no coautores ni instigadores.

Por supuesto, no están comprendidos en estas situaciones los casos de los sujetos que entraban a las viviendas en grupo para saquear y detener a quienes después serían conducidos a un centro clandestino de detención. Estos hechos, y hasta el tramo señalado, llevados a cabo por grupos de personas, se explican por la coautoría tradicional<sup>30</sup>.

Para finalizar, debo formular una aclaración porque los hechos gobiernan la interpretación. Hasta aquí se ha hablado de una estructura cuasi piramidal cuyo vértice es un comandante y su base los ejecutores, pasando por diversos escalones de mando intermedios, hasta llegar a un hecho delictivo. Pero debe tenerse en cuenta que los hechos han demostrado la existencia de varios delitos cometidos sobre las mismas personas en un determinado período. Cuando el rol de un jefe intermedio consiste en detener ilegalmente a una persona y llevarla hasta “las puertas” del centro clandestino de detención y allí hacer entrega de ella al jefe de este lugar y dejarla librada a su poder, el dominio del hecho del primero cesa respecto de lo que comience a ocurrirle dentro de ese lugar de detención.

<sup>29</sup> Ver la discusión en RIGHI, Esteban, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 387.

<sup>30</sup> Observación —otra más— de Guillermo Silva.

En esos casos, a los primeros ya no puede imputárseles autoría, sino participación necesaria en la continuación de las privaciones ilegales de la libertad, las torturas y cualquier otro delito al que realizaron un aporte objetivo y subjetivo, y siempre, en la medida de ese aporte.

#### *V. CONCLUSIÓN*

Creo que la teoría de Roxin, que hábilmente se aplicó en la primera gran sentencia dictada por estos sucesos, sigue funcionando y sortea con éxito las críticas de la doctrina y la jurisprudencia. Capta en toda su dimensión el fenómeno desplegado por los militares y civiles que tomaron las vías de hecho en la Argentina de mediados de los 70, y resulta plenamente compatible con el derecho positivo argentino.

# LA IMPUTACIÓN DE AUTORÍA Y SUS LÍMITES A LA LUZ DE LAS NECESIDADES DE LA MODERNA POLÍTICA CRIMINAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS<sup>\*y\*\*</sup>

Por MAXIMILIANO RUSCONI

## I. EL HOMENAJE

Nuestro querido homenajado, el Prof. Andrés D'Alessio, integró la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, que tuvo por histórica misión la de juzgar a los comandantes que dirigieron las Fuerzas Armadas del país en la larga noche que imperó, desde el punto de vista republicano, durante la última dictadura militar que dirigió a nuestro país entre el año 1976 y el año 1983.

Entre otros extremos de enorme trascendencia, allí tuvo lugar, por primera vez, una profunda discusión sobre las posibilidades dogmáticas que manifestaba para este tipo de casos la teoría referida al dominio de la organización. Quizá por ello, volver a plantear algunas reflexiones sobre este extremo constituya un esfuerzo que D'Alessio hubiera valorado positivamente.

\* El texto se corresponde básicamente con la intervención del autor en el Congreso de Derecho Penal del Bicentenario organizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires, 24, 25 y 26/8/2010). Ello explica que, salvo cuando ello es imprescindible, no hay referencias bibliográficas.

\*\* Por alguna razón propia de las fragmentaciones irracionales de las cuales adolece nuestra vida universitaria y que se nos presentan como senderos alternativos cuando todavía no tenemos la madurez para poder elegir no prescindir de nadie que verdaderamente pueda enriquecernos, yo me he privado durante muchos años de una fluida relación con Andrés D'Alessio. Aún así, me nutrí en más de una ocasión de las mejores referencias personales que me acercaba mi amiga Mónica Antonini.

Un día, ya muy tarde, invité a D'Alessio a la presentación de la primera edición de mi obra general. Enorme y conmocionada fue mi sorpresa cuando, con graves y visibles dificultades para trasladarse, él ingresó en el Salón Rojo de la Facultad con increíble puntualidad. A esa descomunal e inmerecida (para mí) demostración de generosidad y de humildad, le siguió un cálido intercambio de *e-mails* que siempre quedará en mi recuerdo.

De este aspecto de la vida de D'Alessio y de muchos otros, debemos aprender, no sólo yo, sino también buena parte de mi generación y de las que nos siguen.

## II. EL DILEMA QUE ESTÁ EN LA BASE DE LA DEFINICIÓN DE LOS CONTORNOS DEL CONCEPTO DE AUTOR

Los problemas de imputación en el ámbito del derecho penal siempre se han constituido en la piedra de toque del sistema dogmático que se manifiesta en la teoría del delito.

Los criterios, de cualquier índole, a partir de los cuales construir la imputación de la infracción de la norma, por así decirlo, han cumplido la función que lúdicamente atribuimos a la primer ficha puesta sobre el paño de un juego de dominó o a la elección de alguna de las aperturas posibles en una partida de ajedrez. Se trata de instancias que luego condicionan el desarrollo posterior de la evolución de la partida, casi, de manera inevitable.

No cabe ninguna duda que si hubiera que presentar con un haz de luz dos de las problemáticas en las cuales se expresa de modo más visible la elección fundamental por los contornos finales del modelo de imputación, deberíamos dirigir nuestra mirada al problema de la imputación al tipo objetivo y al problema de la definición de autor. Dejo para otra ocasión la respuesta a la posible pregunta sobre si en verdad se trata de dos problemas con pretensión de autonomía o solo de dos manifestaciones del mismo evento. En definitiva, puedo adelantar que pareciera que en ambos casos se trata siempre de la reflexión sobre las bases normativas u ónticas a partir de las cuales puede adjudicarse a alguien el ser el sujeto pasivo de la amenaza punitiva.

Ahora bien, incluso cuando desde una visión más bien ortodoxa pensemos que hay una frontera que delimita los ámbitos problemáticos de las dos dimensiones, que hayamos colocado la mirada sobre ciertos segmentos en común tiene utilidad: en ambos sectores de la reflexión académica de la ciencia penal es francamente observable un conjunto de trayectos que tienen postas similares: a grandes rasgos se deja traslucir un camino que inicia en el optimismo naturalista que nos ofrecía desde fines del siglo XIX, la posibilidad de detectar en el mundo real aquellas estructuras que debían en una segunda instancia ser abarcadas por la norma, al ilimitado y trabajador normativismo que hace creer a unos y otros que en la construcción prejuiciosa de ciertos deberes, aquí y allá, se encuentra todo lo necesario para definir cuánto de la vida real deba abarcar una norma. Este *vía crucis* que va desde el ontologicismo radical al normativismo más puro, se advierte con claridad tanto en la teoría de la imputación al tipo, como en la teoría de la autoría.

Tanto en un ámbito como en el otro, se trata de encontrar una posta confortable, científicamente admisible y que pueda dar lugar, albergar, a un conjunto, siempre limitado, de respuestas que permitan ser leídas por la comunidad como reacciones socialmente razonables en términos político-criminales y, por nosotros los juristas, como manifestaciones punitivas constitucionalmente aceptables.

*1. El concepto de dominio del hecho como puente entre imputación al tipo y construcción de las bases de la imputación de autoría*

Una revisión ya superficial de la evolución científica de las bases para poder imputar el rol de autor en el marco del derecho penal, siempre llevará a un lugar en el cual se ostenta el gran protagonismo que ha adquirido el concepto de dominio del hecho.

Ya en las primeras aportaciones de conjunto de Hans Welzel puede leerse, claro que desde la óptica del nascente finalismo, ya en los comienzos de la década de los años 50 del siglo pasado, una descripción de la trascendencia del concepto de dominio del hecho: “No es autor de una acción dolosa quien solamente causa un resultado, sino quien tiene el dominio consciente del hecho dirigido hacia el fin. Aquí se eleva —decía Welzel— el autor, por la característica del dominio finalista del hecho, por encima de toda otra participación”<sup>1</sup>.

Allí mismo Welzel recogía en el concepto de dominio del hecho una característica de ser un elemento general de lo injusto personal de los tipos dolosos<sup>2</sup>.

Más allá de que hoy no sería tan sencillo justificar la razón por la cual el dominio del hecho es sólo una instancia fundamental de los ilícitos que se describen en los tipos dolosos y no de las estructuras típicas negligentes, es evidente que ya a esta altura del desarrollo del pensamiento dogmático estaba clara esta comunicación conceptual y sistemática del dominio del hecho como instancia de definición del concepto de autor y de columna vertebral de la construcción de cualquier teoría de la imputación al tipo objetivo. No es seguro, a pesar de que la observación pueda no ser sorpresiva, que la ciencia jurídico penal contemporánea haya extraído de este punto de partida todas las consecuencias posibles.

Independientemente del desarrollo algo cíclico de su evolución, es muy posible que la estructuración de la imputación de autoría a quien ostente el dominio del curso lesivo haya implicado una de las transformaciones más trascendentes del sistema de imputación, posiblemente su verdadero impacto se haya mantenido oculto detrás de formulaciones de problemas quizá menos relevantes pero mucho más difundidos.

A partir de la influencia generada por la obra de Roxin sobre “Autoría y dominio del hecho”, este punto de observación sobre el concepto de autor gozó de algunas décadas de pacífica aceptación, por lo menos en el marco de lo que se denomina normalmente la opinión dominante. Se ha afirmado que: “desde la publicación de la obra monumental de Roxin sobre Autoría y dominio del hecho, durante décadas pareció llegar a arribarse a un consenso, por lo menos en las cuestiones básicas y al menos en Alemania. Así, tres puntos angulares

<sup>1</sup> WELZEL, H., *Derecho penal. Parte general*, Traducción de Fontán Balestra, Buenos Aires, Depalma, 1956, p. 104.

<sup>2</sup> WELZEL, H., *Derecho penal...*, cit., p. 105.

de la concepción de Roxin han sido ampliamente aceptados (...) sobre todo en la ciencia penal hispanohablante. En primer lugar, la adopción del sistema de diferentes formas de intervención en el delito frente a la concepción unitaria de autor. En segundo lugar, la concepción de que el concepto restrictivo de autor es correcto y, en tercer lugar, la idea de que el dominio del hecho representa, al menos para una gran parte de los delitos, la base decisiva de la autoría”<sup>3</sup>.

## 2. El escenario de la criminalidad de lesa humanidad

Ahora bien, no cabe ninguna duda acerca de que situaciones como las que sufrió nuestro país en la década de los años setenta y en los comienzos de los años ochenta, en el marco en el cual las fuerzas armadas y las fuerzas de seguridad oficiales se dispusieron a cumplir un plan de exterminio, dirigido desde las más altas autoridades, de un sector de la población, han presentado un escenario político-criminal en el que se renueva el reclamo a los instrumentos dogmáticos que ofrece el derecho penal de una enérgica capacidad técnica para poder abarcar al tratamiento de ilícitos cuya gravedad ayer y hoy y seguramente mañana son incomparables<sup>4</sup>.

El desafío primigenio se encontraba perfectamente determinado: ¿Cómo imputar autoría de hechos jurídicamente definidos a quienes ostentaban responsabilidades visibles en el desarrollo del camino ilícito de la institución pero que no habían ejecutado en forma directa el curso lesivo de esos actos?

La teoría del dominio del hecho, configurada modernamente en sus detalles en esa época y llevada a sus últimas consecuencias por Claus Roxin, ofreció rápidamente una respuesta político-criminalmente eficiente y científicamente sólida. Aunque, probablemente, no haya terminado el proceso de definición sistemática de todos los problemas que giran alrededor de la figura del llamado dominio de la organización y ya se encuentra, en verdad desde hace más de una década, aunque por críticas en parte formuladas mucho antes, desdibujada por claroscuros provenientes del desarrollo de criterios de autoría que parten de lugares normativos alternativos (como la teoría de la autoría como infracción de deber) y del desarrollo de cierta legislación planetaria que ha tenido que pactar con tantos puntos de partida culturales, por lo menos en el ámbito del derecho penal, que posiblemente genere un desconcierto tan grande como su ámbito de aplicación jurisdiccional.

<sup>3</sup> SCHÜNEMANN, Bernd, “El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actual en lugar de otro”, en *Revista de derecho penal*, 2005-2, Autoría y Participación II, p. 38 y ss.

<sup>4</sup> Una breve pero ilustrativa descripción de las sentencias de la Cámara de Apelaciones y de la Corte Suprema de Justicia, en el llamado “Juicio a las Juntas”, y el modo en que fue tratada la posible incorporación conceptual de la figura de la autoría mediata por dominio de la organización, puede verse en D’ALESSIO, Andrés (dir.) - DIVITO, M. (coord.), *Código Penal. Comentario y anotado. Parte general*, Buenos Aires, La Ley, 2005, ps. 505 y ss.

En este sentido creo útil plantear las posibilidades de supervivencia de la teoría del dominio del hecho en el marco de esos claroscuros.

En última instancia se pretende evaluar si es realmente necesario llevar el normativismo a sus límites máximos para dar respuesta a este tipo de necesidades esenciales de la política universal.

No cabe ninguna duda que uno de los avances dogmáticos de mayor relevancia ha sido el desarrollo de la posibilidad de imputar autoría a quien domina una organización en el marco de la cual se ha ejecutado el hecho lesivo.

Así, en la conferencia del año 1963 sobre “los delitos en el marco de aparatos organizados de poder”, Roxin propuso, para tranquilidad de los sistemas judiciales en materia penal que debían lamentablemente enfrentarse con estas tragedias, una nueva forma de autoría mediata<sup>5</sup>. Como sabemos, el concepto de autoría mediata, de un autor punible que domina detrás de un autor que no es punible y es por ello instrumentalizado, ya había sacado patente en el marco de las nomenclaturas vigentes en la ciencia jurídico penal contemporánea al nacimiento del finalismo<sup>6</sup>. Sin embargo, la idea esencial de Roxin residía en que “al tomar al dominio del hecho como criterio decisivo para la autoría, solamente existirían tres formas típicas ideales en las cuales un suceso puede ser dominado sin que el autor tenga que estar presente en el momento de la ejecución: puede obligar al ejecutante, puede engañar a este y —esta es la nueva idea— puede dar la orden a través de un aparato de poder, el cual asegure la ejecución de órdenes incluso sin coacción o engaño, dado que el aparato por sí mismo garantiza la ejecución. El dador de la orden puede renunciar a una coacción o a un engaño al autor ejecutante inmediato, pues el aparato, en caso de un incumplimiento, tiene suficientemente a otros a disposición que pueden asumir la función de tal ejecutante. Por ello también es característica de esa forma de autoría mediata que el hombre de atrás mayormente ni siquiera conozca personalmente al ejecutante inmediato”<sup>7</sup>.

En este contexto es como adquiere trascendencia la palabra mágica “fungibilidad”.

El aporte dogmático y, por qué no decirlo, también político-criminal, que representó el concepto de autoría por dominio subjetivo del aparato de poder, o, mejor aún, de autoría por dominio en la organización, fue apenas valorado

<sup>5</sup> Ver, sobre todo, ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 267 y ss.

<sup>6</sup> Uno de los análisis críticos más interesantes de la categoría de la autoría mediata, puede verse ya en GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en derecho penal*, una obra publicada por primera vez a mediados de la década de los años 60, y reaparecida en el año 2006, por BdeF, Montevideo, ps. 193 y ss.

<sup>7</sup> ROXIN, Claus, “La autoría mediata por dominio en la organización”, en *Revista de derecho penal*, 2005-2, Rubinzal Culzoni, ps. 9 y ss.

como corresponde a pesar de su rápida influencia como doctrina dominante (aunque de modo un tanto acrítico)<sup>8</sup>.

La virtualidad de este desarrollo a mi juicio debe ser evaluado positivamente, en particular, desde el abandono de la reducida perspectiva causal que, aún hoy, muestra ciertas colonizaciones. En este sentido, podemos decir que la teoría del dominio por organización prescinde de aquellos límites causales que, de un modo prejuiciosamente fáctico, hacían depender la posibilidad normativa de imputar autoría de la cercanía del sujeto con el desenlace lesivo: hoy hemos comprendido que ello no es rigurosamente necesario ni certero, en ciertos contextos organizacionales, incluso, podemos afirmar que cuanto más lejos se encuentre el autor mediato del hecho lesivo, más posibilidades institucionales posee de ejercer un dominio del suceso observado a la luz del total escenario de comprensión del hecho típico. Normalmente incluso cuando el sujeto más lejos del hecho aparece es porque más arriba se encuentra en la cadena de mandos y con ello acrecienta sus chances de que quienes más abajo se hayan presentado institucionalmente como autores inmediatos mayor grado de fungibilidad tienen frente a quien controla los niveles más altos de la jerarquía administrativa.

En segundo lugar, es razonable evaluar también positivamente las posibilidades de multiplicar, por lo menos, por dos, las formas de intervenir como autor y/o participe en un hecho ejecutado en el marco del dominio de una organización institucionalmente desviada. Los respectivos ejes de responsabilidad institucional de autoría mediata por dominio de la organización y por ejecución de la orden recibida en los niveles operativos, generan, de modo autónomo, círculos concéntricos de posibilidad de imputación de las respectivas y no sustituibles formas de coautoría y participación en sentido estricto. Son imaginables imputaciones de instigación detrás del autor mediato, como detrás del autor inmediato, como así también podemos pensar en diversos modelos de coautoría, en ambos niveles, en el marco de los cuales, tanto el plan común, como la correspondiente división de tareas y el resultado imaginable del codominio del hecho, reciben insumos fácticos diversos de acuerdo a los escenarios de ejecución operativa o de conducción institucional que los nutran respectivamente.

Adicionalmente, sin dudas, ofrece ventajas sistemáticas, el hecho de que al presentar este modelo de imputación una independencia visible del devenir de los cursos lesivos en los niveles en mayor grado operativos, el umbral de la tentativa aparece para el autor por dominio de la organización sin perjuicio del éxito final que posea la indicación institucional transmitida desde allí. Qué chances tenga ese principio de ejecución en manifestarse en una lesión del bien jurídico protegido representa un capítulo siempre permanente en la doctrina de la tentativa, y nada dice en contra de que el desarrollar acciones de dominio

<sup>8</sup> Por ejemplo, no advierten las ventajas de esta “complicada” construcción, ZAFFARONI, E. R. - ALAGIA, A. - SLOKAR, A, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 746.

de la organización ya exprese un comportamiento que pueda ser abarcado por la mayor parte de los tipos penales del núcleo tradicional del derecho penal legislado.

Por otro lado, sería arriesgado afirmar, como se lo ha hecho con tonalidad crítica de esta doctrina, que el hecho de que el resultado se asegure, luego del primer hecho desistido por el primer ejecutor, realizando un gambito de ejecutores, ello demostraría que ahora se trata de otro hecho materialmente considerado. Es llamativo como ya una visión simplemente causal hubiera dado la respuesta correcta: aquella que separa un hecho independiente, de un mero desvío no esencial del curso lesivo, que sin ser dominado por el autor no objetaba la imputación y mucho menos lo hará ahora que sabemos que el gambito ha sido producto de una decisión.

Por último, desde este tipo de fundamentaciones también es posible identificar las fronteras de aquello que es imputable a la luz de estas estructuras: desde las más altas jerarquías de la estructura y trasladando la lupa hacia los segmentos intermedios se van anulando las posibilidades de autoría mediata por dominio de la organización que obviamente no siempre se verifica, por lo menos usualmente, en las instancias burocráticas intermedias y, ahora yendo desde las instancias operativas hacia arriba en la estructura, se van debilitando gradualmente las chances de coautoría con los niveles operativos. Este tipo de sistemas de atribución de autoría no puede ni debe deambular por todos los niveles de la organización, para semejante trajín ya están las estructuras tradicionales.

Por todo ello, no es exagerado afirmar que: “la figura del dominio por organización es imprescindible para la fundamentación de la autoría mediata”<sup>9</sup>.

Hoy aparece como más o menos claro que los intentos de expandir la aplicación de la figura de la coautoría o de la instigación, no deberían tener ningún éxito.

La primera de las tendencias no puede soslayar que para quien se encuentra en los niveles de máxima trascendencia institucional en la conducción de la organización es francamente imposible establecer vehículos bi-direccionales sobre los cuales se estructuren los requisitos de un plan común a ambos niveles, y cierta división de tareas. Se trataría en el mejor de los casos de dos dominios parciales que sólo el desarrollo operativo de la organización pueden eventualmente acumular para la manifestación del curso lesivo.

La segunda de las alternativas posee la dificultad de que es francamente difícil imaginar cadenas enormemente largas de creaciones sucesivas de dolo, en el marco de las cuales, sólo la última deja de ser referencial e indirecta. En

<sup>9</sup> AMBOS, Kai, *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos de poder organizados*, Universidad Externado de Colombia, p. 29.

definitiva sólo será genuinamente inductor quien, de todos modos, lo sería aún con vigencia de la autoría mediata por conducción de la organización<sup>10</sup>.

A pesar de ello, Jakobs ha expresado una opinión crítica de la utilización de la figura de la autoría por dominio de la organización para estos casos. Si bien Jakobs afirma que: “Bien es verdad que no cabe dudar, teniendo en cuenta la dinámica de grupos, de la situación de superioridad de quienes ordenaron (por ejemplo) las muertes de judíos, por ej., en la Oficina Superior de Seguridad del Reich (*Reichssicherheitshauptamt*)”<sup>11</sup>, luego afirma que: “apreciar autoría mediata es, sin embargo, tan superfluo como nocivo. Es superfluo porque, con la superioridad objetiva, la teoría subjetiva no hace más que crear la base para construir una voluntad de autor de todos modos irrelevante, mientras que la teoría del dominio del hecho en la versión de que las aportaciones son necesarias después del comienzo de la tentativa, vuelve a eliminar mediante la autoría mediata esta restricción innecesaria por su parte. Conforme a la concepción aquí mantenida, la coautoría, en los supuestos normales, no presenta problemas; en los demás casos queda la inducción. La construcción de la autoría mediata es nociva, porque en los hechos de la época del régimen nacional-socialista, encubre la vinculación organizativa de todos los intervinientes, ni mucho menos siempre forzada, hasta convertirla en un hacer común: sólo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones ejecutivas”<sup>12</sup>.

La crítica de Jakobs no termina por ser autoexplicable. En efecto, se advierten más de una ambigüedad que conspiran para que se le otorgue alguna puntería. En primer lugar, no queda claro a qué se refiere Jakobs cuando se menciona una indudable “superioridad objetiva”. Ahora bien, ¿quién detenta esa supuesta superioridad objetiva? Y, sobre todo, ¿sobre qué proceso se verifica esa superioridad? La pregunta no refleja un caprichoso recurso dialéctico, sino una indefinición visible: cuando se habla de superioridad el vocablo cobra significación autónoma y destinatarios diversos en ambos extremos del camino vertical-administrativo. Cada superioridad (sobre la conducción de la organización en el autor que está en los lugares más altos de la jerarquía burocrática y sobre el curso lesivo individualmente considerado en el autor de las instancias operativas) posee referencias autónomas y no puede ser reducida a una visión única que pretenda explicar todo el proceso lesivo.

En segundo lugar (y a pesar de que la tesis tiene varios adeptos) no es indiscutible que todo aporte ubicado cronológicamente luego del principio de

<sup>10</sup> A favor de la tesis de la inducción o instigación, DONNA, E., “El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin”, en AA. VV. *Nuevas formulaciones de las ciencias penales*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1991.

<sup>11</sup> JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995, ps. 784 y ss.

<sup>12</sup> JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 784.

ejecución deba ser considerado como necesario. Que no sea posible contar con la posibilidad de imputar participación no necesaria durante el proceso ejecutivo es un costo que no está claro por qué razón hay que pagar.

En tercer lugar, no es claro cuáles son, en la concepción de Jakobs, los “supuestos normales” en el marco de la coautoría. Aún así no parece claro que la coautoría no presente problemas<sup>13</sup>. Por definición, y más allá de las consideraciones realizadas anteriormente, la complementariedad como vehículo de imputación que se verifica entre sujetos que individualmente considerados no han realizado todo lo que exige la norma para ser destinatarios del deber y que se instala como la razón de ser de la figura del coautor (una expansión descomunal de aquello que se presenta como el ámbito de regulación de la norma jurídico penal), debe generar siempre, y ello es sin dudas saludable, muchos más problemas que el expediente de atribuir la totalidad de la infracción a la totalidad del protagonismo por la conducción del caso que ofrece cualquier figura de autoría individual (directa o mediata)<sup>14</sup>.

La inducción, adicionalmente, y en un modelo de accesoriedad interna de la participación, presenta la debilidad político-criminal de que inductores de semejante protagonismo institucional podrían beneficiarse de cualquier eximente que impugne la punibilidad del autor operativo (piénsese qué pasaría en el modelo de la inducción si la misma orden es considerada con la fuerza suficiente como para considerar la generación de la eximente de la obediencia debida como ubicable en un lugar sistemático dentro de lo trasladable según la subteoría de la comunicabilidad autoría-participación que se defienda: limitada, máxima, hiper-accesoriedad).

Con respecto al carácter nocivo no hay que olvidar que, justamente, lo que termina por transformar a esas vinculaciones organizativas en un hacer común, no es otra cosa que el propio dominio desviado hacia lo ilícito de la organización.

<sup>13</sup> Posiblemente a favor de la coautoría, SANCINETTI, M. - FERRANTE, M., *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 314.

<sup>14</sup> A favor de la tesis de la coautoría, puede verse, GARCÍA VITOR, E., “La tesis del dominio del hecho a través de los aparatos organizados de poder”, en *Revista de derecho penal*, 2005-1, Buenos Aires, Rubinzal, ps. 171 y ss. Allí se afirma: “Tomo en cuenta que por lo común los ejecutores directos han compartido ampliamente los objetivos y que por tanto la verticalidad, que objetivamente se comprueba en este tipo de organizaciones, no puede constituir ningún obstáculo para apreciar coautoría, pues ella puede ser relevante cuando es necesario apreciar la influencia sobre los ejecutores directos, pero no para adjudicarle a la dirección de la organización la calidad de autor mediato por dominio de la misma como instrumento. La solución evita que, en este mundo de hombres libres, se degrade la importancia del ejecutor directo, llegándose inclusive, como buena parte de la doctrina lo ha advertido tal como se ha dado en el caso de Argentina, a su impunidad”.

### *III. UNA EVALUACIÓN: LA DOCTRINA DEL DOMINIO DEL HECHO TODAVÍA NO DEBE SER PASADA A RETIRO*

Como vimos, el aporte de la teoría del dominio del hecho por dominio de la organización como atalaya para resolver un determinado y trágico segmento de las necesidades político criminales es difícilmente soslayable.

Con esto, en verdad, no se busca decir nada verdaderamente nuevo pero, sin embargo, aquí pretendo utilizar las evaluaciones que nos generan este tipo de problemáticas no sólo para reivindicar parcialmente a los conceptos que se encuentran detrás de este aporte y que no son otros que aquéllos que giran satelitalmente desde hace cinco décadas alrededor de la teoría del dominio del hecho, en épocas en las cuales se advierte cierta tendencia a la jubilación anticipada de esta doctrina, sino para evaluarla desde ciertas dimensiones que deberían marcar a mi juicio aquello que se debe esperar, en el futuro, de cualquier intento de definir los paradigmas normativos y también fácticos para la imputación del rol de autor.

### *IV. ¿QUÉ HAY QUE TENER EN CUENTA A LA HORA DE DEFINIR EL MODELO TEÓRICO DEL CONCEPTO DE AUTOR?*

En este sentido, parece razonable, definir ciertos puntos de vista que tengan posibilidad de colaborar en las discusiones futuras sobre la capacidad de respuesta de cualquier teoría sobre la imputación al rol de autor.

Se trata, ni más ni menos, de ciertas exigencias que, desde una de las visiones posibles de esta temática, deberían ser satisfechas en cualquier modelo teórico y que, desde ya adelanto mi opinión, están resguardadas, sobre todo, en la teoría del dominio del hecho, más allá de las necesidades que plantea esta teoría de profundizar sus propios contornos y de hacerlos cargo de cierta evolución teórica imprescindible y que, posiblemente, todavía no se ha llevado a cabo.

#### *1. Relación con la teoría de la imputación*

En primer lugar, habíamos comenzado esta intervención mencionando los lazos que existen entre teoría de la autoría y teoría de la imputación al tipo objetivo. Ahora se impone volver sobre esta cuestión: todo sistema que la ciencia penal ofrezca de ahora en más para la atribución del rol de autor, posiblemente, deberá pasar, como mínimo, el banco de pruebas que representa su evaluación desde la total teoría de la imputación. En definitiva la teoría de la imputación objetiva y la teoría de la autoría, como dijimos, comparten la quintaesencia: se trata de saber a quien se dirige la norma de deber. La vinculación dogmática de ambos planos no es banal: sólo piénsese cuánto hubiera durado en la vida científica del derecho penal la teoría subjetiva de la autoría si hubiera sido rápi-

damente evaluada a la luz de sus consecuencias posteriores en la construcción de una teoría de la imputación que hiciera depender la atribución al hecho del ánimo que el sujeto tenga de ser protagonista. Piénsense adicionalmente cuantos auxilios técnicos hubiera recibido la teoría de la imputación, en un modelo de alimentación conceptual no uni sino bi-direccional, si hubiera dependido para su evolución de la tautológica teoría formal de la autoría, prisma a partir del cual comienza a ser explicable que el dogma causal haya tenido treinta años de pacífica evolución.

La idea de dominio del hecho brinda, en cambio, bases normativas ricas y eventualmente estables, para construir un sistema de atribución que pueda hacerse cargo del significativo plantel de dilemas que la teoría de la imputación al tipo objetivo ha planteado en las últimas tres décadas.

El autor responde por el segmento que domina y deja de responder por aquello que ya no domina, cuando ese dominio es extraviado. Semejante simplicidad en la idea es la que permite comprender todas las sub-formas de imputación a la víctima como situación negativa de la tipicidad.

## *2. Legalidad, proporcionalidad, principio de acto y personalidad de la pena estatal*

Adicionalmente cualquier modelo teórico que se encuentre detrás del concepto de autor debería poder ofrecer una relación no traumática con un haz de principios constitucionales que aparecen de modo visible reclamando vigencia en el desarrollo dogmático de este extremo: legalidad, proporcionalidad, principio de acto y personalidad de la pena estatal.

Debemos hacernos cargo de que cada vez que en estos niveles de desarrollo teórico aludimos a las garantías constitucionales se corre el riesgo de que el planteo sea observado con recelo por parecer superficial. Tengo para mí que existe la tentación de ver a las invocaciones constitucionales como recursos poco dignos del nivel de refinamiento del sistema del hecho punible. En este sentido, debo ser claro, si hay verdadera incompatibilidad entre ese nivel teórico alcanzado por el discurso dogmático y las garantías (lo cual, a mi criterio está lejos de ser cierto), el problema entonces lo tiene el discurso dogmático y el mencionado nivel de refinamiento. Aquí no hay ningún dilema que merezca que nos preocupemos. Sin duda es muy saludable el esperar del sistema del hecho punible una fiel reglamentación, frente al caso individual, de los límites constitucionales. Ello también debe ser así en la teoría del autor.

Desde el principio de legalidad y el mandato de una interpretación restrictiva del ámbito de lo regulado por la norma de deber, cualquier propuesta teórica sobre el modelo de imputación de autoría debería evitar el riesgo de una expansión contra *legem* de los tipos de la parte especial. Sugiero no calificar de trivial esta advertencia antes de repasar ciertos intentos de imputar autoría en el contexto de procesos hermenéuticos francamente divagantes del texto de la ley.

Asimismo, si hay una garantía que se encuentra en pleno proceso de desarrollo luego de décadas de un virtual anonimato es el principio de proporcionalidad. Aquí el Derecho Penal le debe mucho a otras ciencias jurídicas como el Derecho Administrativo en el cual casi es inimaginable la ausencia del poder limitador de este principio. Ya el derecho vigente muestra con vocación envidiable un apego a la idea de proporción como un paradigma estructural de todo el sistema de control penal: ello explica, cuando los manipuleos espasmódicos del derecho vigente no lo han evitado, que la tentativa merezca más pena que la lesión, que el conducir peligros concretos sea más grave que sólo transgredir normas administrativas destinadas a asegurar mejores condiciones de supervivencia de ciertos bienes, que la decisión de sancionar anteriores actos preparatorios no punibles (como determinadas instancias de asociación) no pueda ser acompañada de escalas que excedan las previstas para los delitos de lesión que se quiere evitar con seguridades incrementadas en las instancias previas y que el mayor nivel de intervención en el hecho merezca, incluso en la misma escala, una sanción más intensa.

La necesidad de respetar este principio en el marco de la construcción de un sistema de imputación de autoría debería, como mínimo, evitar que los tipos penales terminen siendo interpretados a la manera de abarcar, en el rol de autor, comportamientos definidos demasiado genéricamente y a través de pinceladas demasiado gruesas que impidan ofrecer graduaciones precisas de los grados de intervención. En este sentido, y para ser un poco más claro, es posible afirmar que el camino hacia la teoría unitaria del autor y la tendencia a observar casi todas las formas de intervención desde la óptica de la “infracción del deber”, no terminan por respetar esta exigencia.

Por supuesto, también el principio de acto no sólo debe ser respetado a la hora de no sancionar exclusivamente lo interno, sino que también lo externo debe adquirir en primer lugar, como hecho del autor, un determinado formato social como comportamiento humano.

Por último el principio de personalidad de la pena estatal, la idea de que cada uno responde exclusivamente por lo que se le ha incorporado en su cuenta, debe ser tenida en cuenta a la hora de construir modelos de imputación de autoría.

### *3. Comunicación procesal posible, la garantía del derecho de defensa*

En ocasiones también ciertas garantías constitucionales normalmente comunicadas con el sistema de enjuiciamiento tienen la virtualidad de ser útiles a la hora de orientar los caminos de reflexión del sistema dogmático de la teoría del delito. En particular, la garantía del derecho de defensa en el ámbito del proceso penal no sólo exige que en esa instancia en particular se verifique el cumplimiento del mandato de conocimiento de la imputación por parte del imputado como condición *sine qua non* de su defensa material, sino también

que las premisas que ofrece el sistema del derecho penal, el sistema del hecho punible, garanticen, posibiliten, una comunicación precisa de aquello en lo que consiste el ilícito imputado. Ello exige, ya en el terreno del derecho penal sustantivo, en primer lugar descripciones de hechos en la ley penal que posean capacidad comunicativa de hechos individuales y precisamente definidos. Sin duda, tipos penales de “asociación”, por ejemplo, que descansan en descripciones de conducta meramente grupal no son el mejor escenario en este sentido. Adicionalmente, y en segundo lugar, también se requieren estructuras dogmáticas en la parte general que profundicen esas descripciones aumentando los niveles de precisión y no que, en cambio, los desdibujen. En este sentido, cuando hoy se repite, aquí y allá, cada vez más a menudo, que no es relevante el modo en que el sujeto activo lesiona el deber, si por acción o por omisión, este paradigma no se encuentra en el mejor de los mundos, ni mucho menos.

#### *4. Todo concepto de autoría debe tener consecuencias razonables en el plano de la coautoría*

En el mismo sentido, es posible pensar que todo modelo teórico destinado a imputar al rol del autor, debería pasar por el examen que consiste en su observación desde el prisma, normalmente considerado subsidiario, de la coautoría como estructura teórica<sup>15</sup>. No me es posible aquí desarrollar extensamente este punto de partida que plantea un conjunto de dificultades realmente interesantes, pero es posible adelantar que, a mi juicio, no es una buena señal el hecho de que algún punto de partida para la imputación de autoría ostente dificultades adicionales para imaginar las posibilidades de coautoría y en cambio le sea más sencillo, rápidamente, trabajar sobre hipótesis multiplicadas hasta el infinito de autoría paralelas.

La coautoría es un buen banco de pruebas para evaluar las capacidades de respuesta teórica de los conceptos de autor que imaginemos: ello se debe a que, inevitablemente, el hecho de que cada coautor no posee en forma autónoma toda la legitimación pasiva para poder imputar la totalidad de la conducción lesiva, debe incentivarnos a tomar cartas en el asunto y ahí comenzar a desmenuzar los detalles de la injerencia en el hecho con niveles de precisión obligatoriamente incrementados.

<sup>15</sup> Ya en el año 1965, Bacigalupo advertía, en una influyente obra sobre la noción de autor en el Código Penal, que la cuestión francamente problemática de la autoría es, justamente, la coautoría. Ver, BACIGALUPO, E., *La noción de autor en el código penal*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1965. También, BACIGALUPO, E., “Notas sobre el fundamento de la coautoría en el derecho penal”, en BACIGALUPO, E., *Teoría y práctica del derecho penal*, t. II, Madrid, Marcial Pons, 2009, ps. 865 y ss.

5. *El concepto de autoría debería tener consecuencias razonables y brindar bases para un complemento de la descripción de los tipos penales de la parte especial*

Por último, es posible pensar que todo concepto de autoría debería tener consecuencias razonables y brindar las bases para un complemento de la descripción de los tipos penales de la parte especial.

En este sentido, la teoría del dominio del hecho brinda un camino de ilustración no sustituible para la definición de las fronteras de lo regulado por las normas de deber que surgen de la parte especial.

En cambio, el problema se presenta distinto desde las teorías que pretenden definir al autor desde la óptica de la infracción de un deber. Semejante trayecto no parece escaparle a cierto grado de tautologismo. Teniendo en cuenta que autor y sujeto que infringe el deber son realidades sustituibles, de ello resulta que solo hemos demostrado que Perogrullo tenía razón: infringe el deber quien lo infringe y es autor quien lo es.

Como hoy se afirma: “De este modo —desde la teoría del dominio del hecho—, el gran arsenal de descripciones gráficas de la autoría directa o inmediata (individual), que se halla en los tipos penales en particular, recibe indirectamente la clave para las restantes formas de autoría” (...) ”como todo individuo domina su propio comportamiento en tanto que no presente defectos de conducción, es entonces el dominio sobre el propio movimiento corporal como fundamento del resultado lo que funda la posición del autor en la estructura más simple del delito. Este dominio sobre el propio comportamiento es el punto de partida llevado al concepto de la autoría directa o inmediata en todos los códigos penales modernos”<sup>16</sup>.

## V. CONCLUSIÓN

Con lo expuesto he llegado al final. Según puedo ver, hay buenas razones para pensar que el aporte de la teoría del dominio como organización debe ser valorado positivamente. Como hemos visto, esta última gran evolución parece que no ha hecho otra cosa que confirmar que el camino del desarrollo teórico del concepto de dominio del hecho como base para la imputación del autor, si bien se encuentra al día de hoy sólo recorrido parcialmente, presenta un sendero fructífero. Este camino, sin embargo, sólo espera de la teoría de la autoría un aumento de los niveles de seguridad en la interpretación de la ley. En definitiva, aquella misión que establecía para la ciencia del derecho penal Hans Welzel sigue estando vigente: evitar el acaso y la arbitrariedad.

<sup>16</sup> SCHUNEMANN, B., “El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro”, trad. de Mariana Sacher, en *Revista de derecho penal, autoría y participación*, 2005-II, ps. 29 y ss.

## SECCIÓN IV

### NORMAS CONSTITUCIONALES Y PROCESO PENAL



## MANIFESTACIONES TÉCNICO-JURÍDICAS DEL “DEBIDO PROCESO (PENAL)”\*

Por PEDRO J. BERTOLINO

### I. PROEMIO

#### 1. *El ideario de Andrés J. D’Alessio*

En otro lugar hemos señalado cómo, a nuestro juicio, veía el proceso penal y sus garantías Andrés J. D’Alessio<sup>1</sup>.

Allí, decíamos: “puede constatarse en el ideario de D’Alessio esta permanente cadencia estructural: del derecho positivo al ordenamiento constitucional y desde éste último a los derechos humanos. En tal óptica, cobra relieve la legalidad procesal positiva articulada por aquél en lo constitucional, como manifestación del valor seguridad, proyectando éste hacia el resguardo de los derechos humanos ante todo”.

#### 2. *El tema elegido*

Colocado dentro de los precitados parámetros, entonces, nos resulta más que honroso sumarnos al justo homenaje a la persona y obra de nuestro querido y siempre recordado amigo.

Hemos elegido para nuestra aportación tocar el fenómeno jurídico que corrientemente denominamos “debido proceso (penal)”, en este caso bajo el aspecto de sus manifestaciones técnicas, con especial referencia al Derecho argentino.

Precisamos que, siguiendo a Ihering, entendemos aquí la “técnica-jurídica” como la manera cómo el Derecho debe ser organizado y establecido para

\* El presente trabajo es un correlato ampliado, revisado y actualizado del capítulo C) de la parte general de nuestro libro *El debido proceso penal*, La Plata, LEP, 1986 (segunda edición en preparación).

<sup>1</sup> BERTOLINO, Pedro J., “El proceso penal en el ideario de Andrés J. D’Alessio”, en *Revista de derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, nro. 8, agosto 2009, p. 1340.

que ese mecanismo simplifique, facilite y asegure lo más cumplidamente que sea posible la aplicación de las reglas a los casos concretos<sup>2</sup>.

## II. UNA GARANTÍA CONSTITUCIONAL

### 1. La primera y más general concreción

La primera y más general concreción técnico-jurídica del “debido proceso (penal)”, es la de una cabal garantía constitucional, vista en sí misma y más allá de toda otra consideración que pueda efectuarse a su respecto.

Justamente Humberto Quiroga Lavié —cuyas enseñanzas recogemos en este particular —ha precisado que las garantías son una especie dentro de los derechos subjetivos; son ellas las que tienen como función poner en movimiento el aparato jurisdiccional del Estado, con el fin de proteger el derecho de los particulares, entendido este derecho como facultad. Y agrega que también se llaman garantías los límites que poseen los órganos públicos cuando deciden acerca de los derechos de los particulares (arts. 16, 17 y 18, CN), funcionando en este caso como normas de organización<sup>3</sup>.

### 2. Declinaciones

Entendemos que la sobredicha caracterización genérica que efectúa Humberto Quiroga Lavié se puede declinar sin esfuerzo al fenómeno jurídico del “debido proceso (penal)” considerado como garantía constitucional.

Esta declinación se produce, a nuestro ver, en los dos aspectos por aquél señalados, a saber:

a) en el primero, la determinación se da en tanto y en cuanto el gobernado (ciudadano) tiene derecho a un proceso que “le debe” el gobernante (autoridad); y

b) en el segundo, la determinación se da en la medida en que el órgano público (básicamente jueces e integrantes del Ministerio Público) que realiza el proceso penal tiene, como imperativo y límite a la vez de su actuación, el realizarlo “como es debido”.

### 3. Expresiones configurantes subordinadas

Claro está, —nos permitimos añadir— que la garantía así entendida se concreta, a su vez, en diversas expresiones configurantes subordinadas, pero cada una de ellas con cierta autonomía técnico-jurídica.

<sup>2</sup> La cita de Ihering se encuentra en ARAGONESES ALONSO, Pedro, *Proceso y derecho procesal*, Madrid, Aguilar, 1960, p. 393.

<sup>3</sup> QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, reimpresión 1984, p. 152.

Aunque tales expresiones configurantes, sin perder esa cierta autonomía, a su vez están relacionadas entre sí; relación que se genera por su dependencia a un mismo tronco común, constituido justamente por la “garantía”, que hace las veces de patrón dominante, al par que vinculante.

Expresado de otra manera: la garantía constitucional conforma una cumplida directriz respecto del funcionamiento del “debido proceso (penal)” en orden a su cabal cumplimiento.

#### *4. Determinaciones*

Sin pretender agotar las posibilidades clasificatorias podemos encontrar, al menos en el Derecho argentino, las siguientes determinaciones de la garantía del “debido proceso (penal)”:

a) en el campo de la sentencia arbitraria dentro del recurso extraordinario federal;

b) en la zona de los principios jurídicos operantes en el proceso penal; y

c) en el territorio de los estándares que dirigen la actividad procesal penal.

Pasamos, entonces a considerar una a una estas determinaciones de la garantía (constitucional y constitucionalizada) del “debido proceso (penal)”.

### *III. EL CAMPO DE LA SENTENCIA ARBITRARIA*

#### *1. El recurso extraordinario federal*

La determinación más frecuente de la garantía del “debido proceso (penal)”, en el Derecho argentino, se da en el campo de la sentencia arbitraria, categoría específica que, como es conocido, integra el alcance del recurso extraordinario federal<sup>4</sup>.

Esta determinación es más que ostensible en la experiencia jurídica del remedio extraordinario federal. Espigando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se comprueba sin esfuerzo que se ha tratado la garantía del “debido proceso (penal)” al juzgarse sobre la posible arbitrariedad de fallos y resoluciones<sup>5</sup>.

Aunque también la garantía que nos ocupa ha sido admitida en el ámbito de los recursos extraordinarios provinciales. Verbigracia, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha tratado el “debido proceso (penal)”

<sup>4</sup> Cfr., por todos, CARRIÓ, Genaro R., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2ª ed., 1978, ps. 21 y ss.

<sup>5</sup> Ver, para confirmar lo consignado en el texto, los fallos de la CSJN y sus comentarios recogidos en D’ALESSIO, Andrés J., *Elementos de derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires, La Ley, 2005, ps. 267 a 409 inclusive.

tanto en punto al recurso de inaplicabilidad de la ley, cuanto en relación al extraordinario de nulidad<sup>6</sup>.

## 2. Relevancia

Precisamente, en esta parcela del mundo jurídico argentino, refiriéndose al aspecto adjetivo del “debido proceso” ha enseñado Genaro R. Carrió que la noción “...Cubre un área heterogénea (...allí...) hallamos los requisitos trillados o manidos que ese *standard* impone (v.gr. que el demandado o acusado reciba una adecuada notificación de la existencia del proceso; que tenga una razonable oportunidad de hacer descargos y de ofrecer pruebas; etc.)”<sup>7</sup>.

Más propiamente, la relevancia de la conexión con la sentencia arbitraria radica en mentar, como contracara, un “indebido” proceso, ya que la sentencia penal, para ser un acto jurisdiccional válido tendrá necesariamente que ser el resultado de un proceso tramitado en la forma (modo) “debida”, es decir válidamente.

Pensamos que sólo así podrá ser legitimado el juicio jurisdiccional de mérito en orden a la consecuencia esencial que acarrea: la aplicación de una pena (o medida de seguridad), o un resultado semejante en los procesos que apliquen sanciones equiparables, como pueden ser el administrativo o el contravencional.

## 3. Resumen

Resumiendo, vemos que esta primera —y sin duda principal— determinación técnico-jurídica de la garantía bajo examen se muestra, por lo menos, en tres consecutivos de singular importancia, a saber:

a) en el establecer sistemática y dinámicamente, una inescindible relación entre Constitución y proceso penal;

b) en el poner el acento en la “elaboración” no arbitraria (es decir, “lógica” y “razonable”) de la sentencia penal, no sólo en sus aristas meramente formales, sino también en las materiales o sustanciales; y

c) en el mirar el aspecto garantizador desde aquello que debe ser tenido por más característico en orden al “debido proceso”: el juicio jurisdiccional de mérito, base para la imposición de una pena (o medida de seguridad) o una sanción equivalente.

<sup>6</sup> Por ejemplo *in re* “Acuña, Sergio Anibal s/robo calificado”, del 23/11/2005, entre otras.

<sup>7</sup> CARRIÓ, Genaro R., *El recurso extraordinario...*, cit., p. 46.

#### IV. LA ZONA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

##### 1. Conceptualización

También es dable observar el fenómeno jurídico “debido proceso (penal)” desde la perspectiva de los denominados “principios (generales) del Derecho”, en nuestro caso considerados bajo su carácter procesal, y más específicamente aún, referidos al enjuiciamiento criminal<sup>8</sup>.

En un trabajo anterior, hemos ensayado la conceptualización del principio que tratamos, el cual exponemos acá de la manera siguiente: en el ejercicio de su función penal, el Estado no puede privar a título de pena la libertad (u otros bienes) del individuo-persona sin la realización del “debido proceso”<sup>9</sup>.

En esta línea de consideración, cabe señalar que para Enrique Bacigalupo, el debido proceso penal aparece como un conjunto de principios de carácter suprapositivo y supranacional, cuya legitimación es sobre todo histórica, pues proviene de la abolición del procedimiento inquisitivo<sup>10</sup>.

##### 2. Clases

En el Derecho Procesal Penal, a nuestro entender, es posible distinguir por lo menos las siguientes clases de principios jurídicos adjudicables a la noción del “debido proceso (penal)”:

a) principios provenientes del derecho natural, que tienen que ver con la fuente *iusnaturalista* de la garantía<sup>11</sup>;

b) principios derivados del derecho positivo, que inspiran el ordenamiento jurídico del proceso y cuya elaboración proviene de inducciones generalizantes de las leyes vigentes; y

c) principios formulados por las leyes positivas, tanto las constitucionales y constitucionalizadas, como son las procesales penales; formulación que puede coincidir con la de los principios comprendidos en las dos categorías anteriores<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Para una noticia suficiente sobre los “principios generales del derecho”; ver ARAGONES ALONSO, Pedro, *Proceso y derecho procesal*, cit., ps. 435 y ss.; para lo procesal penal, ver MAIER, Julio B. J., *La ordenanza procesal alemana*, Buenos Aires, Depalma, 1978, vol. 1, ps. 52 y ss.

<sup>9</sup> BERTOLINO, Pedro J., “Sobre el debido proceso en materia penal”, en *El Derecho*, vol. 105, ps. 763 y ss., nro. 10.

<sup>10</sup> BACIGALUPO, Enrique, *El debido proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 13..

<sup>11</sup> Ver BERTOLINO, Pedro J., *El funcionamiento del derecho procesal penal*, Buenos Aires, Depalma, 1985, ps. 60 y ss.

<sup>12</sup> Ver, por todos, el art. 1° del Código Procesal Penal de la Nación y lo pertinente de las Cartas internacionales constitucionalizadas a través del inc. 22° del art. 75 de la CN.

### 3. *Ubicación sistemática*

Por ejemplo, Humberto Quiroga Lavié, dentro del enfoque que estamos efectuando, sitúa el “debido proceso legal” como constitutivo de un “subprincipio” emanado de la supremacía constitucional<sup>13</sup>.

A nuestro juicio, el principio en cuestión, ya más puntualmente, deriva de una formulación —si bien implícita— del texto constitucional (art. 33, CN).

Aunque para una mayor nitidez, siempre podrá tenerse en cuenta la formulación —explícita en este caso— derivada de la garantía del art. 18 de nuestra Carta Magna.

### 4. *Algunas relaciones*

Pensamos merece la pena detenerse —siquiera someramente— en algunas relaciones posibles emanadas de los antedichos principios jurídicos en lo procesal penal, a saber:

a) En el estrato del derecho natural, colorea el perfil “axiológico” de la garantía, sobre el cual se inserta el problema de la fuente *iusnaturalista* del “debido proceso (penal)”;

b) en la zona conformada por los principios inducidos de la ley positiva, aparece el ángulo de “legalidad” del “debido proceso”, donde la conducta de los intervinientes se vincula con principios tales como los de “oficialidad”, “legalidad”, “investigación integral”, “defensa en juicio”, etc.; y

c) por último, en la zona de los principios positivizados, hallamos la más directa e inmediata vinculación de ellos con el funcionamiento concreto de la norma procesal penal en cada uno de los casos ocurrentes.

## V. *EL TERRITORIO DE LOS ESTÁNDARES*

### 1. *Conceptualización*

Siempre en orden a la determinación técnico-jurídica de la garantía que nos ocupa veámosla ahora desde la óptica del estándar. Precisamente —y ya lo hemos transcripto más atrás— como estándar entendió más que nada Genaro R. Carrió el “debido proceso”.

En rigor de verdad, mediante el estándar se prescribe un modelo de conducta razonable —en nuestro caso, la de hacer “bien” el proceso penal— modelo que, al decir de Julius Stone “...requiere del juzgador una decisión personal acerca de lo que la justicia exige en vista de las circunstancias concretas que el caso ofrece”<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho constitucional*, cit. en nota 3, p. 447 y ss.

<sup>14</sup> Citado por PUIG BRUTAN, J., *La jurisprudencia como fuente del derecho*, Barcelona, Bosch, s/f., p. 205.

Anteriormente, también hemos procurado referenciar este estándar, declinándolo al “debido proceso” en materia penal, y en tal sentido, dijimos que el juez y los funcionarios que encarnan al Estado en el proceso penal, deben conducirse respetando el “debido proceso”<sup>15</sup>.

## 2. Significado

Como lo ha señalado Chaim Perelman, para que exista un Estado de derecho es preciso que los que gobiernan “...y los que están encargados de administrarlo y de juzgar conforme a la ley, observen las reglas que ellos mismos han instituido. Si falta lo que los americanos llaman *due process of law*, el respeto de una honesta aplicación de la justicia y la idea misma del derecho pueden servir de cortina a los excesos de un poder arbitrario”<sup>16</sup>.

En suma, el verdadero significado del estándar que tratamos apunta, más que nada, hacia el modo con el cual debe hacerse funcionar el Derecho Procesal Penal. Y así, la garantía del “debido proceso (penal)” adquiere un importante papel, sobre todo en las instancias ordinarias, en las cuales el proceso correspondiente se “hace” en lo cotidiano.

Justamente, en tal quehacer cotidiano, el estándar se expresa en la directiva de una aplicación racional de la normativa procesal penal a las situaciones reales, excluyente de toda “ilogicidad” y de toda “arbitrariedad”.

## 3. Aspecto axiológico

Mas el estándar no conlleva sólo la impronta de un “deber ser” referido a la tramitación regular y legal del proceso penal; su alcance va más allá, anclando en lo axiológico, tal como lo señalara el antes recordado Perelman<sup>17</sup>.

En el precedente sentido, lo “debido” se desdobra de la siguiente manera:

a) se relaciona primordialmente con la aplicación “justa” de la norma procesal penal; y

b) derivado de ello, se conexas con la aplicación, también “justa”, de la ley de fondo.

Sintéticamente: la normativa procesal penal se convierte, por vía del “debido proceso”, en una “instrumentalidad justa” en tanto, a su vez, es un medio para la obtención de un fin preciso: la aplicación justa de una pena (o, en su caso, de una medida de seguridad).

<sup>15</sup> BERTOLINO, Pedro J., “Sobre el debido proceso en materia penal”, cit.

<sup>16</sup> PERELMAN, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979, traducción de Díez Picazo, p. 192.

<sup>17</sup> PERELMAN, Chaim, *La lógica jurídica...*, cit., *passim*.

## VI. EL DERECHO EN JUEGO

### 1. El derecho “a la jurisdicción”

Hace también a la técnica jurídica considerar el proceso “debido” desde la categoría específica del “derecho”, consideración que pasamos a efectuar a partir del derecho “a la jurisdicción”.

En esta línea de reflexión, enseñaba Germán Bidart Campos que está en la base del “debido proceso” un verdadero “derecho a la jurisdicción”<sup>18</sup>, criterio que comparte Héctor Daniel Rosatti quien considera importante ubicar al “debido proceso penal” “en el aspecto mayor del derecho a la jurisdicción, prerrogativa que subsume en su interior todas aquellas lícitas apetencias susceptibles de ser formuladas por el justiciable de cara al servicio de la Administración de Justicia y que operan como reaseguro en el reconocimiento de la eminente dignidad humana”<sup>19</sup>.

### 2. El “derecho al proceso”

Para avanzar sobre la especie “derecho”, cabe tener en cuenta lo ya dicho sobre una de las raíces atribuidas a la garantía del “debido proceso”, la del art. 33 de la Constitución Nacional, circunstancia que la coloca —precisamente en su ser de “instituto”— en un plano preferentemente institucional.

Pues bien, sin dejar de valorar los diversos enfoques, a nuestro entender, el “debido proceso (penal)”, visto como garantía, en cuanto tal, “garantiza” más puntualmente un verdadero y autónomo derecho “al proceso”.

Expresado de otra manera: será el “derecho al proceso” el que posibilitará, prácticamente, la efectividad de la garantía del “debido proceso (penal)”, tomando esta formulación como cierre del círculo hermenéutico implicado<sup>20</sup>.

### 3. Una noción comprensiva

Estimamos, entonces, que el Estado (gobernante) deberá reconocer al ciudadano (gobernado), inexcusablemente, y sin más un proceso, en nuestro caso penal, institucionalmente establecido.

Este reconocimiento constituye un verdadero “*prius*” (qué se debe); y recién luego, por consecuencia, se perfilará el “*posterius*” (cómo deberá regularse y actuarse ese proceso).

<sup>18</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, EDIAR, 1979, p. 413.

<sup>19</sup> ROSATTI, Héctor D., “El debido proceso legal”, en *JA* 1958-II-825, nro. 5415, 12/6/1985.

<sup>20</sup> Para esta temática nos remitimos a nuestro libro *El derecho al proceso judicial*, Temis, Bogotá, 2003, en especial en el capítulo sobre el derecho al proceso penal como derecho humano, ps. 45 y ss.

Es así como la conjunción de los susodichos elementos constituirá, en definitiva, la noción comprensiva de lo “debido” visto como propiedad adjudicada al “proceso” referenciado, mirado como supuesto de aquella propiedad.

## VII. TÉCNICA JURÍDICA Y HUMANISMO

### 1. Una mediación humana

Todo lo que hemos dicho hasta acá sobre las manifestaciones técnico-jurídicas del “debido proceso (penal)” en manera alguna significa expresar una concepción meramente “mecanicista” respecto del enjuiciamiento criminal.

Es que el proceso penal —visto en su riqueza funcional como “debido”— se constituye, en puridad, en una mediación entre el hecho delictivo y la pena. Y esta mediación es, en lo fundamental, una mediación humana, ya que se traduce, en su personalización centralmente última, en una relación entre el juez y el imputado.

Justamente, refiriéndose a esa relación entre juzgador y juzgado, pudo decir con plástica profundidad Francisco Carnelutti que sobre la escena “Sólo existen dos hombres: éste es el problema. Dos hermanos: ésta es la solución”<sup>21</sup>.

### 2. Función crítica del “bien común”

Este enfoque conecta con el bien común como valor crítico de conductas y normas. Y según este significado se lo puede vincular con la garantía del “debido proceso (penal)”, ya que hace al bien común la apelación a la “conciencia de la comunidad” que efectuó la Corte Nacional en el caso “Mozzatti”<sup>22</sup>.

En el “debido proceso (penal)”, según el paradigma del bien común, confluyen, por un lado, el *ius puniendi* del Estado y, por el otro, el *ius libertatis* del imputado. Y, en ese caso, la preeminencia (aunque sin el desconocimiento de los intereses sociales y públicos) —y en esto seguimos a Giuseppe Bettiol<sup>23</sup>— se debe dar al imputado, precisamente en razón del valor preeminente —la libertad— que se encuentra en juego.

Situados en estos parámetros, entendemos cobra su verdadera significación lo también expresado por la Corte Nacional en el caso “Mattei” en cuanto allí se dijo: “... la garantía del debido proceso legal ha sido arbitrada fundamentalmente en favor del acusado...”<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> La cita del maestro italiano se encuentra en SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, Ariel, 1969, p. 64.

<sup>22</sup> Corte Sup., Fallos 300:1102.

<sup>23</sup> BETTIOL, Giuseppe, *Instituciones de derecho penal y procesal*, Barcelona, Bosch, 1977, *passim*.

<sup>24</sup> Corte Sup., Fallos 272:188.

### 3. El “humanismo” como valor

Esta manera de ver el “debido proceso (penal)”, nos conduce hacia el valor humanismo, que constituye, según Miguel Ángel Ciuro Caldani, la base de todo régimen justo y en tanto allí se respeta la igualdad y unicidad de todos los hombres<sup>25</sup>.

De su lado, Werner Goldschmidt enseñaba que el principio supremo de justicia constituye una “síntesis entre el humanismo, el liberalismo, la democracia y la tolerancia”<sup>26</sup>; elementos que, de un modo u otro, pueden declinarse a la idea de un proceso penal “con todas las garantías” en orden a la salvaguarda de los “derechos humanos”, tanto para victimarios como para víctimas.

Concluyendo: es menester, a nuestro juicio, no perder nunca de vista que el proceso penal le es “debido” invariablemente al hombre —a cada hombre— de carne y hueso, para quien —por lo demás— su enjuiciamiento, por parte del Estado, es siempre un asunto “vital” y no simplemente “cotidiano”, como lo constituye, en cambio, para el ente estatal<sup>27</sup>. Estamos ciertos que así lo vio, y actuó en consecuencia, Andrés J. D’Alessio.

<sup>25</sup> CIURO CALDANI, Miguel Á., *Estudios de filosofía jurídica y filosofía política*, FIJ, Rosario, 1984, vol. II, p. 113.

<sup>26</sup> GOLDSCHMIDT, Werner. *El principio supremo de justicia*, de Belgrano, Buenos Aires, 1984, ps. 23/33.

<sup>27</sup> Para la diferencia entre asuntos “vitales” y “cotidianos” en el proceso penal, ver BERTOLINO, Pedro J., *El funcionamiento...*, cit., p. 132.

LA EXCARCELACIÓN EN LA LEY 24.767. RAZONES  
QUE JUSTIFICAN O IMPIDEN SU CONCESIÓN.  
¿ES INCONSTITUCIONAL EL TRATAMIENTO DADO  
POR LA LEY 24.767 A LA EXCARCELACIÓN EN EL  
PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE EXTRADICIÓN?

Por MÓNICA ANTONINI

*I. INTRODUCCIÓN. RAZONES QUE ME LLEVAN A ESCRIBIR  
Y METODOLOGÍA DE ESTE TRABAJO*

Me resulta especialmente difícil considerar la mera hipótesis de participar en un libro de homenaje a Andrés D'Alessio. Muchos son los recuerdos que pugnan por ganarse un lugar entre las letras de molde; la selección es difícil y hasta dolorosa, y eso hace que escribir, borrar y volver a empezar se convierta en un ejercicio apretado entre la nostalgia, el agradecimiento, el cariño y la memoria.

Atravesé, escuchando a Andrés, muchos años de mi vida, de continuo aprendizaje, enseñanza, estudio, discusión y por sobre todo, de admiración. Fue para mí un científico del derecho, un magistrado cabal, un maestro exigido y exigente y un sembrador de ejemplos irrepetible.

Andrés no sólo fue mi maestro; también fue quien protegió el camino que decidí emprender en la función judicial durante sus comienzos, me cuidó como un verdadero tutor y supo enseñarme valores de esta profesión que muchas veces parecen olvidados. Como tuve oportunidad de decirle y reconocer en un libro que tan afectuosamente me prologara, fue para mí como un segundo padre.

No creo que haga falta resaltar su incansable lucha por la vida y por la ley, como así tampoco su intachable trayectoria tanto dentro como fuera de la carrera judicial.

En la vida y en la obra de Andrés D'Alessio el Derecho Penal nunca separó su sendero de aquel que recorren las garantías constitucionales y mucho menos del que amojonan los derechos humanos.

Es justamente este perfil el que me convenció de la necesidad de escoger el tema del presente artículo, que a mi entender tiene que ver con una deuda que dejó para las páginas públicas, aunque no para quienes lo conversamos con él, cual es el de explicar y fundamentar la validez constitucional del art. 26

de la ley 24.767, tarea que intentaré saldar, aún a sabiendas de que su cercanía a mi cariño filial y mi lejanía a su brillantez, sólo podrán componer defectuosamente algunas de sus razones con aquellas que he podido reunir con mis criterios.

A fin de abordar la consigna propuesta de un modo que facilite la comprensión de los criterios que habrán de sostenerse, entiendo conveniente iniciar su desarrollo con la reproducción del texto legal juntamente con el de otros artículos que a mi juicio lo complementan, para repasar, más adelante, el concepto de extradición, haciendo hincapié en la naturaleza del instituto. Luego de ello, analizaré los fundamentos que justifican el instituto de la excarcelación en nuestro ordenamiento jurídico, para continuar con las razones que posibilitan o impiden su concesión en materia de extradición. Por último y con la perspectiva que brindarán estos presupuestos, ingresaré al núcleo del tema, intentando demostrar la validez constitucional de la norma, validez que postuló Andrés en mi presencia más de una vez, con una excelencia y concisión que seguramente estará ausente en este trabajo.

## II. EL TEXTO LEGAL

El art. 26 de la Ley 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal dispone que eliminar:

“Recibido el pedido de extradición, el juez librará orden de detención de la persona requerida, si es que ya no se encontrare privada de su libertad. En el trámite de extradición no son aplicables las normas referentes a la eximición de prisión o excarcelación, con excepción de los casos expresamente previstos en esta ley”.

Por su parte los arts. 29 y 33 establecen que

“Si el juez comprobare que la persona detenida no es la requerida, así lo declarará previa vista al fiscal. En tal caso ordenará la captura de la persona correcta, si tuviera datos que permitiesen la búsqueda. Esta resolución será susceptible del recurso de apelación ante la cámara federal que corresponda.

“El recurso tendrá efecto suspensivo, pero el detenido será excarcelado bajo caución<sup>1</sup> [*sic*], previa vista al fiscal. El juez ordenará entonces la prohibición de salida del país del reclamado.

Por su parte el art. 33 establece que “[l]a sentencia será susceptible del recurso de apelación ordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación previsto por el art. 24, inc. 6º b), del decreto-ley 1285/1958 ratificado por ley 14.467.

<sup>1</sup> N.E.: léase “caución”.

El recurso tendrá efecto suspensivo: pero si se hubiese denegado la extradición. El reclamado será excarcelado bajo fianza<sup>2</sup> [*sic*], previa vista al fiscal. El juez ordenará entonces la prohibición de salida del país del reclamado”.

La simple lectura del texto legal permite colegir que en materia de extradición, tal vez por características propias de la institución, o bien del procedimiento diseñado para su examen —entre ellas la de celeridad—, a las cuales me referiré posteriormente, el legislador ha optado por privilegiar una mayor sujeción del individuo al proceso, que lleva a disciplinar de un modo más estricto las cuestiones atinentes a la privación de la libertad ambulatoria del requerido.

### III. CONCEPTO DE EXTRADICIÓN

Soler<sup>3</sup> entendió la extradición como el acto por el cual un estado entrega un individuo a otro que lo reclama, con el objeto de someterlo a un juicio penal o a la ejecución de una pena, criterio que, con muy pocas variantes de redacción, comparten Fontán Balestra<sup>4</sup> y Jiménez de Asúa<sup>5</sup>.

Quintano Ripollés<sup>6</sup>, analizando las definiciones antes transcriptas, observa que carecen de la nota de juridicidad que precisamente sirve para distinguir al instituto jurídico de la extradición, de las demás arbitrarias y aún criminales prácticas político-policíacas. Por ello sugiere la adición del complemento “realizada conforme a normas preexistentes de validez interna o internacional”, criterio similar al sostenido por Gallino Yanzi<sup>7</sup>, quien también considera que en la definición de la extradición debe incluirse la existencia de una ley expresa (tratado o ley) como base para conceder la entrega.

En mi opinión, más allá de la ilustración que debe reconocerse a los autores de aquellas consideraciones doctrinarias, estimo que las referencias significantes de la extradición antes expuestas prescinden de la dimensión política del instituto.

Por cierto, la atribución de notas de juridicidad al concepto de extradición, que indudablemente son esenciales, no puede ser vehículo para justificar que se soslaye su condición de acto en el que, principalmente, se expresan y concretan las relaciones entre sujetos del derecho internacional público, gober-

<sup>2</sup> N.E.: Ídem

<sup>3</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. I, Buenos Aires, 1970, ps. 177 y ss.

<sup>4</sup> FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, p. 269 y ss.

<sup>5</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, t. I, 2ª ed., Buenos Aires, Losada, 1958, p. 894.

<sup>6</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, t. II, Madrid, 1957, ps. 196 y ss.

<sup>7</sup> GALLINO YANZI, Carlos, *Extradición de delinquentes*, Buenos Aires, Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XI, 1969, ps. 685/686.

nadas por decisiones de indudable contenido político. Es que la extradición no es tan sólo el procedimiento que se desarrolla para hacer legítima y posible la decisión de un Estado de entregar a otro a una persona que le es requerida por éste, también comprende a tal decisión, de naturaleza política y que muchas veces se rechaza por fundamentos que nada tienen que ver con los antecedentes jurídicos, y aún al propio acto de entrega, que pareciera acercarse a una condición administrativa.

No podría desconocerse que el más somero estudio de la ley 24.767 obliga a admitir que se reconoce al Poder Ejecutivo como sujeto con capacidad para decidir sobre la concesión final de la extradición.

La expresa declaración legal demuestra, a mi juicio, que el instituto de la extradición, aún en el contexto de una bienvenida profundización de la juridicidad en las relaciones de los ciudadanos con el poder, no es concebido simplemente como un acto de asistencia judicial que tiene como único límite el texto de la ley, pues también está calificado por la prudencia política en la decisión de ayuda<sup>8</sup>.

Corroborando este punto de vista, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha definido a la extradición como un acto de asistencia jurídica internacional cuyo fundamento radica en el interés común a todos los Estados de que los delincuentes sean juzgados y eventualmente castigados, por el país a cuya jurisdicción corresponde el conocimiento de los respectivos hechos delictuosos<sup>9</sup>.

Desde esta perspectiva, nuestro más alto Tribunal ha decidido que el criterio judicial, en el trámite de la extradición, debe ser favorable al propósito de beneficio universal que tiende a perseguir el juzgamiento de criminales o presuntos criminales, no admitiendo, por tal circunstancia, otros reparos que los derivados de la soberanía de la Nación requerida y de las condiciones fundamentales escritas en las leyes y en los tratados<sup>10</sup>.

Para caracterizar aún más el instituto, la Corte sostuvo que el procedimiento de extradición no constituye un verdadero juicio contra el reo cuya decisión cause estado e impida la apertura de una nueva instancia, pues no envuelve el conocimiento del proceso en el fondo, ni implica decisión alguna sobre la culpabilidad o inculpabilidad del individuo reclamado, en los hechos que dan lugar a la solicitud<sup>11</sup>.

Conforme fuera expresado más arriba, no puedo pasar por alto que la caracterización que nuestro más alto Tribunal ha hecho del derecho extraditorio ha tenido en cuenta el ingrediente político de la institución, pues se ha reconocido que además de tutelar los derechos de la persona requerida y perseguir

<sup>8</sup> ANTONINI, Mónica, *Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal. La extradición y la opción*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998, ps. 17 y ss.

<sup>9</sup> Fallos 308:887, consid. 2º y sus citas de Fallos 298:126 y 138.

<sup>10</sup> Fallos 156:169, 163:448, 178:81, 263:448, 304:1609 entre otros.

<sup>11</sup> Fallos 42:409, 97:39, 106:20, 117:137, 150:316, 166:173, 178:81, 262:409, 265:219, 289:126, 298:138, 304:160 entre otros.

el interés del estado de castigar el hecho cometido, se concreta en un acto que vincula el ejercicio de la soberanía de los estados.

#### *IV. LA EXCARCELACIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO*

Es sabido que la libertad corporal o ambulatoria se encuentra consagrada y garantizada en el art. 14 de nuestra Constitución Nacional, como así también a partir de la reforma constitucional de 1994, por los tratados internacionales sobre derechos humanos, que gozan de jerarquía constitucional, en atención a su incorporación a la Ley Fundamental, que dispusiera su actual art. 75, inc. 22 (v.gr. art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 1 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, art. 7 del Pacto de San José de Costa Rica; entre otros).

Con arreglo a aquellas normas constitucionales originarias y a la recepción del sistema internacional de los derechos humanos, debe aceptarse como principio que todo individuo tiene derecho a entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino. Pero es también de recibo que ese derecho no es absoluto, pues cuando haya razones para suponer que una persona imputada de delito eludirá la acción de la justicia si se lo pone en libertad, frustrando así el “juicio” del que habla el art. 18 de la Constitución Nacional, la propia ley justifica que se restrinja su derecho a la libertad.

En ese sentido es doctrina reiterada de nuestro más alto tribunal que si bien es dable reconocer raigambre constitucional al instituto de la excarcelación durante el proceso, no es menos cierto que también reviste ese origen su necesario presupuesto, o sea la prisión preventiva desde que el art. 18 de la Constitución Nacional autoriza el arresto en virtud de orden escrita de autoridad competente<sup>12</sup>.

Este cuadro queda reflejado tanto en los códigos procesales de las provincias, como en el propio Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) aplicable en el ámbito federal. Esos cuerpos normativos establecen, en general y como principio, que la libertad personal sólo puede ser restringida “(...) en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley” (art. 280, CPPN), reglamentando igualmente la procedencia de la excarcelación o exención de prisión, a través del establecimiento de pautas o criterios tanto de carácter objetivo como subjetivo.

La consideración de los motivos que justifican la limitación de la libertad ambulatoria es una materia propia de la competencia del legislador procesal, cuya decisión no puede ser sustituida por opiniones doctrinarias ni judiciales, cuando no fuera por imputarse a aquella decisión legislativa el vicio que la hace incompatible con la razonabilidad que exige la Ley Suprema a las reglamentaciones legislativas de los derechos constitucionales.

<sup>12</sup> Fallos 290:393; 302:345.

La regulación legal del instituto de la eximición de prisión o de la excarcelación contiene siempre la tensión evidente y típica entre autoridad y libertad y el deber del legislador consiste en analizar cuándo y cómo, de acuerdo a las normas constitucionales se puede restringir la libertad del imputado. En este sentido, el concepto de riesgo o peligrosidad procesal es normalmente el fundamento que autoriza acotar la permanencia en libertad de quien goza del estado de inocencia.

La doctrina se ha encargado de amojonar el camino de aquella necesaria razonabilidad en la ponderación legislativa de razones que justifiquen la limitación de la libertad ambulatoria del imputado. En el marco de estos conceptos, Maier señala que la peligrosidad procesal debe reunir los siguientes requisitos: a) no puede estar presumida en abstracto, b) debe ser comprobada en el caso concreto y c) debe resultar de pautas de orden subjetivo, esto es atinentes a la personalidad o situación del imputado como proclive a la evasión o la obstrucción del proceso<sup>13</sup>.

Ahora bien, aquella potestad legislativa originaria para regular la institución ha llevado a los legisladores a seguir caminos o modelos distintos para tener por acreditado el riesgo procesal que permita fundar el encarcelamiento preventivo. Así, podemos hablar de sistemas judicialistas, en los que la determinación de la peligrosidad procesal es apreciada por el juez en cada caso concreto sobre la base de su discrecionalidad racional, o los modelos legalistas, en los que el riesgo es tasado de alguna manera por el legislador<sup>14</sup>.

Dentro de esta última modalidad las pautas legales seleccionadas pueden estar definidas sólo como indicadores de riesgo, que el juez puede o no considerar relevantes para la solución del caso, o como mandato legal de acatamiento obligatorio para el magistrado, atribuyendo distinta aptitud a las pruebas que pudieran producirse en sentido contrario. Así, el modelo legislativo indicado en último término vendrá acompañado de presunciones de carácter absoluto e incontrovertibles (*iure et de iure*) u otras susceptibles de ser removidas por prueba en contrario (*iuris tantum*)<sup>15</sup>.

Al respecto Ferrajoli sostiene que “ en definitiva, en nombre de necesidades diversas y a veces invocadas cada una como exclusiva, sólo el peligro de fuga, sólo el riesgo de obstaculización de la prueba, ambos peligros a la vez, o la simple gravedad del delito imputado y la necesidad de prevención, o conjuntamente la necesidad de prevención de peligros de naturaleza procesal y los

<sup>13</sup> MAIER, Julio, *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal*, Buenos Aires, Lerner, 1981, p. 15.

<sup>14</sup> SOLIMINE, Marcelo, “La excarcelación de Chabán, episodio 3”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 4/2006, p. 661.

<sup>15</sup> SOLIMINE, Marcelo, “La excarcelación de Chabán...” , cit.

de naturaleza penal, la prisión provisional acabó siendo justificada por todo el pensamiento liberal clásico”<sup>16</sup>.

En palabras de Roxin, la prisión preventiva es la privación de libertad del imputado con el fin de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena. Ella tiene tres objetivos: 1. Asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal; 2. Garantizar una investigación de los hechos en debida forma por los órganos de la investigación penal; 3. Asegurar la ejecución penal. La prisión preventiva no persigue otros fines<sup>17</sup>.

#### V. LA EXCARCELACIÓN EN LA LEY 24.767. RAZONES DADAS PARA IMPEDIR SU CONCESIÓN

Pocos autores y magistrados se han pronunciado por la validez constitucional del art. 26 de la ley 24.767. Es posible que ello sea consecuencia de falta de conocimiento, más que de realidades, pues es notorio que las decisiones que rechazan los pedidos en tal sentido son menos “estridentes” y, por ende más ignotas, que las que declaran inconstitucionalidades.

Como no podría ser de otra manera, tanto Andrés D’Alessio como los otros coautores del proyecto que culminó en el dictado de la ley en análisis —los doctores De Paoli y Tamini—, al momento de explicar los fundamentos del entonces proyecto de ley y aún en oportunidad de efectuar un comentario de ella, destacan y postulan una limitación razonable de la aplicación del instituto de la excarcelación. A su entender, en todos los procesos de extradición existe un rasgo común, esto es, un individuo que no se encuentra a derecho en un proceso, que en palabras del propio Código Procesal Penal de la Nación “(...) se ha sustraído de la acción de la justicia del país extranjero, lo que haría aplicable la regla del art. 319 del Código Procesal Penal”<sup>18</sup>.

Los autores del proyecto que se transformara más tarde en la ley 24.767 mencionan que esa restricción a la libertad ambulatoria se ve morigerada o razonablemente balanceada con lo establecido en otras disposiciones presentes en el texto legal como ser:

a) Que el arrestado o detenido pueda dar su consentimiento al traslado, demostrando su intención de ponerse a disposición de la justicia que lo requiere y obligando así a una sentencia inmediata en el trámite de extradición (arts. 28 y 51).

<sup>16</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 553.

<sup>17</sup> ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, traducción de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Buenos Aires, Del Puerto, 2002, p. 257.

<sup>18</sup> D’ALESSIO, Andrés - DE PAOLI, Gustavo - TAMINI, Adolfo, “La nueva ley de extradición y cooperación en materia penal”, Buenos Aires, LL 1997-C, ps. 1175/1188.

b) Que aún cuando el requerido no diera su consentimiento el juicio se va a llevar a cabo prontamente y conforme al procedimiento correccional (art. 30, párr. 2°).

c) Que el tiempo de detención que sufra la persona requerida durante el proceso de extradición le deberá ser computado por el estado requirente (art. 11, inc. e).

Por su parte, al tratar el tema, Piombo sostiene que “la serie de actos concatenados, de orden administrativo y jurisdiccional, dirigidos a obtener la extradición de un procesado o condenado, también requiere medidas cautelares tendientes a evitar la frustración de su finalidad puesto que, la inmensa mayoría de los procedimientos se incoan contra personas que al procurar sustraerse a la justicia no han trepidado en huir del *locus delicti commissi*, dado que son obvia y potencialmente capaces de reiterar su actividad elusiva en cualquier otro país, (...) de ahí que todos los tratados y leyes contemporáneos vinculados con el procedimiento de extradición estatuyen alguna forma de tutela cautelar sobre la persona reclamada, que va desde la privación completa de la libertad hasta una restricción de la misma enmarcada por obligaciones como no ausentarse de su domicilio o la comparecencia periódica ante determinada autoridad policial o judicial”<sup>19</sup>.

Las razones que se exponen más arriba y alguna otra dada con motivo de la aplicación del texto de la ley por parte de los representantes del Ministerio Público en algunos casos, antes del dictamen de la Procuración General de la Nación en la causa “Gorostiza”, a la que se hará referencia posteriormente, fueron las que llevaron a postular la validez constitucional del precepto.

#### *VI. LA EXCARCELACIÓN EN LA LEY 24.767. RAZONES ESGRIMIDAS POR LA DOCTRINA PARA RECLAMAR COMO POSIBLE O NECESARIA SU CONCESIÓN*

Del otro lado, nos encontramos con un importante número de autores y de antecedentes jurisprudenciales que se han pronunciado por denunciar y declarar, respectivamente, la inconstitucionalidad de la norma en estudio.

Así Roberto Catinelli y Eduardo Fox señalan que “la normativa establece una presunción de fuga *iure et de iure*, que se contrapone con el derecho de defensa que asiste a toda persona y que reconoce raigambre constitucional”<sup>20</sup>.

En igual sentido, González Warcalde sostiene que “no resulta coherente adoptar como presunción *iure et de iure* que el requerido ya ha eludido y que eludirá la acción de la justicia, toda vez que la persona requerida puede ignorar

<sup>19</sup> PIOMBO, Horacio D., *Tratado de la extradición*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1999, ps. 166 y 213.

<sup>20</sup> CATINELLI, Rodolfo E. - FOX, Eduardo (h.), “Extradición. Art. 26 de la ley 24.767”, LL 2001-C-1378.

que se encuentra sometida a proceso en el extranjero o bien, que su ausencia puede responder a otros motivos distintos al de un propósito de rebeldía, con lo cual caería la presunción”<sup>21</sup>.

Por su parte, Fierro se extiende en el análisis y aclara que la cuestión excede a una mera restricción a la libertad de entrar, permanecer y salir del país que tutela el art. 14 de la Constitución, al tratarse de una concreta privación de la libertad física y locomotiva de la persona requerida, que atenta contra el principio de inocencia<sup>22</sup>.

Fortaleciendo su argumento inicial, Catinelli y Fox agregan que debe desecharse la postura de los redactores del proyecto de ley en cuanto postulan la constitucionalidad de la norma en el hecho de que el solicitado pueda brindar su conformidad para el traslado al país requirente y en el cómputo del plazo de detención, pues ello configuraría una forma de coacción en el primer supuesto y una reiteración de lo dispuesto en el art. 24 del Código Penal de la Nación. Expresan, además, que se produce una violación al principio de igualdad ante la ley, ya que un imputado de un delito cometido en el país puede gozar del beneficio de la excarcelación, que sería denegado a una persona involucrada en un ilícito sometido a proceso extraditorio, o que fuera requerida por un estado con el que existe tratado en el que se admite la concesión de la excarcelación.

#### *VII. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ART. 26 DE LA LEY 24.767 EN LA JURISPRUDENCIA*

Los fundamentos que han llevado a distintos tribunales federales a declarar la inconstitucionalidad del art. 26 de la ley 24.767 no son, en lo sustancial, distintos a los que desarrolla la doctrina y que han quedado reseñados en el apartado que precede.

Al respecto, más allá de la multiplicidad de precedentes jurisprudenciales que se han pronunciado por la inconstitucionalidad de la norma, me parece particularmente ilustrativo el dictamen del entonces Procurador General de la Nación, Dr. Nicolás Becerra, en la causa “Gorostiza”<sup>23</sup>. Ello así, porque si bien es el Ministerio Público el encargado de velar por el trámite de las extradiciones, conforme lo establece el art. 25 de la ley 24.767, fue este organismo quien postuló originariamente la inconstitucionalidad de la norma y no mantuvo los recursos interpuestos por los fiscales, circunstancia que imposibilitó un pronunciamiento sobre este tópico por parte del Alto Tribunal, que al menos hubiera permitido conocer el criterio de la Corte sobre la materia.

<sup>21</sup> GONZÁLEZ WARCALDE, Luis S. - DEL CARRIL, Enrique H., *La extradición*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, ps. 193/194.

<sup>22</sup> FIERRO, Guillermo, *La Ley Penal y el derecho internacional*, 2° ed., Buenos Aires, Tea, 1997, ps. 839/840.

<sup>23</sup> Fallos 323:176.

En esa ocasión la Procuración General de la Nación, entre otras manifestaciones sostuvo que “admitida entonces la vigencia de nuestro derecho interno para regular la cuestión, se advierte la objeción constitucional que cabe formular al art. 26 de la ley 24.767, pues representa una barrera indiscriminada a la posibilidad de aplicar el régimen de los arts. 316 a 333 del Código Procesal Penal de la Nación a las personas requeridas de extradición. En efecto, impide la libertad provisoria sin dejar margen para evaluar cada caso concreto (v.gr. delito imputado, pena aplicable, situación de arraigo, sometimiento a la acción de la justicia, conocimiento de la existencia del proceso seguido en el extranjero), pudiendo generarse así situaciones manifiestamente injustas”.

Agregó entonces que “este cuadro no se modifica por los supuestos de excarcelación que reconocen sus arts. 29 y 33, que por tratarse de excepciones no hacen más que confirmar que la regla es la del objetado art. 26”.

También se indicó que “la privación de libertad que de modo genérico impone la ley 24.767, es capaz de afectar el principio de igualdad frente a casos que, de hallarse exclusivamente regidos por nuestro derecho interno, podrían admitir la soltura provisoria, pues excluye del régimen general del código procesal a las personas reclamadas en un juicio de extradición con exclusivo fundamento en esa circunstancia”.

Además se afirmó entonces que “aun de admitirse que esa distinción se justificara por tratarse de personas reclamadas por autoridades judiciales de Estados extranjeros, la eventual aplicación de las reglas de exención de prisión y de excarcelación habrá de depender del país de donde provenga el pedido. En consecuencia, la restricción de la libertad que impone la ley 24.767 resulta arbitraria, pues inclusive dentro de la categoría de procesos de extradición se presentan situaciones de desigualdad sin que corresponda continuar admitiendo excepciones dentro de ella por tratarse de un campo de por sí restringido, como es el de la privación de ese derecho fundamental”.

Como remate a estos argumentos, se sostuvo que “los reparos que presenta la norma analizada, no se desvirtúan con las previsiones de los arts. 11, inc. e), 28, 30, segundo párrafo, y 51 de la ley, pues ni el eventual cómputo del tiempo de detención sufrido durante el trámite del juicio de extradición, ni la posibilidad de allanarse el requerido a la solicitud de traslado, ni la supuesta celeridad del juicio respectivo, representan razones válidas para comprometer los derechos a la libertad e igualdad reconocidos en la Ley Suprema y en los tratados de derechos humanos incorporados (art. 75, inc. 22)”.

### *VIII. HECHOS NUEVOS*

El análisis de los argumentos transcritos más arriba no consultaría la integralidad de la situación jurídica existente sobre la materia si se prescindiera del criterio innovador expuesto en nuevos antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios, como así también los informes elaborados por tribunales inter-

nacionales que, desde el dictado de la ley 24.767 (año 1997) hasta la fecha, han modificado sustancialmente algunos aspectos esenciales en los principios interpretativos que deben sostenerse acerca de la prisión preventiva.

Como muestra de ello, y a modo de ejemplo, podemos citar el fallo “Díaz Bessone, Ramón Genaro”, de la Cámara Nacional de Casación Penal, en pleno (nro. 13), del 30 de octubre del 2008, y el Informe nro. 35/07 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Peirano Basso”.

En el fallo mencionado se resolvió, como doctrina plenaria, que “no basta en materia de excarcelación o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317, CPPN), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319 del ordenamiento ritual a los fines de determinar la existencia de riesgo procesal”.

Por su parte, en el Informe del caso “Peirano Basso”, se dejan de lado los criterios mantenidos en los Informes 12/96 y 2/97 que rechazaran la admisión de criterios normativos excluyentes para arribar a la conclusión sobre la peligrosidad procesal, afirmándose que “se deben desechar los esfuerzos por fundamentar la prisión durante el proceso basados por ejemplo en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho (...)”, para más adelante agregar que “(...) el riesgo procesal de fuga o frustración de la investigación debe estar fundado en circunstancias objetivas. La mera alegación sin consideración del caso concreto no satisface este requisito. Por ello las legislaciones sólo pueden establecer presunciones *iuris tantum* sobre este peligro, basadas en circunstancias de hecho que, de ser comprobadas en el caso concreto, podrán ser tomadas en consideración por el juzgador para determinar si se dan en el caso las condiciones de excepción que permitan fundamentar la prisión preventiva. De lo contrario, perdería sentido el peligro procesal como fundamento de la prisión preventiva” (el resaltado y la cursiva no están en el original).

A partir de estos dos precedentes, que no son aislados pues resumen toda una corriente que podría entenderse iniciada en el fallo “Barbará”<sup>24</sup> hacia 2003, ha de concluirse que se ha instalado un nuevo principio interpretativo en el ámbito de los institutos de la excarcelación y eximición de prisión, que modifica en gran medida los criterios de apreciación de la libertad en el proceso, pues se descarta de plano la postura que entiende que los parámetros de los arts. 316 y 317 constituyen una presunción *iure et de iure*, centrando el análisis en el punto nuclear de la cuestión, esto es la peligrosidad procesal, y en el caso en análisis, la fuga o el peligro de fuga que, al decir de Roxin<sup>25</sup>, comprende tanto la

<sup>24</sup> EDWARDS, Carlos E., “Improcedencia de la exención de prisión o de la excarcelación y la peligrosidad procesal”, Buenos Aires, LL 2004-A-672.

<sup>25</sup> ROXIN, Claus, *Dercho procesal penal*, cit.

situación de cuando el imputado está prófugo como cuando se mantiene oculto, para adscribir a una posición que los admite como presunciones *iuris tantum*.

No parece dudoso que tal conclusión debe trasladarse al ámbito de la interpretación del art. 26 de la ley 24.767, con el propósito evidente de enriquecer el debate originario, mediante nuevos puntos de vista que deberían tenerse en cuenta.

### IX. TÉRMINOS GENERALES Y PARTICULARES PARA EL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Los planteos que se describen en los apartados precedentes exponen, del modo más sintético posible, las razones que se han brindado a favor y en contra de la constitucionalidad del art. 26 de la ley 24.767.

Integrarse en ese debate exige, de modo previo, considerar los términos en que puede concretarse el control de constitucionalidad por los magistrados en el sistema jurídico de la República Argentina, para examinar después cómo impacta ese presupuesto en la respuesta que podría darse al núcleo de la cuestión en debate.

#### 1. *¿Hasta dónde puede llegar el control de constitucionalidad por parte de los jueces?*

Un pronunciamiento judicial sobre la compatibilidad o incompatibilidad de una ley con los textos constitucionales y, más precisamente, con los derechos reconocidos por la Ley Suprema, implica en definitiva, la formulación de un juicio de valor acerca de la distribución de poder republicano, el modo de concretar la jerarquía normativa del sistema jurídico y de respaldar la atribución de potestades constitucionales.

Desde tal perspectiva, ha afirmado nuestro más alto tribunal desde antiguo que “es principio del ordenamiento jurídico vigente en la República que tanto la organización social como política y económica del país reposan en la ley. Y si bien la exégesis de este concepto no ha de caracterizarlo como una expresión exclusivamente formal, no lo es menos que debe estimarla como excluyente de la creación *ex nihilo* de la norma legal por parte de los órganos específicos de su aplicación: los jueces en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales”<sup>26</sup>.

En el mismo precedente afirmó la Corte que “no es lícito que los magistrados judiciales argentinos procedan con olvido de su carácter de órganos de aplicación del derecho ‘vigente’ ni que se atribuyan, así sea por invocación de supuestas razones de ‘emergencia’ o gravedad del interés público comprometido, potestades legislativas de las que carecen”.

<sup>26</sup> Fallos 308:1848.

En una oportunidad anterior, el mismo Tribunal había afirmado que “el ingente papel que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces —comprensivo de la determinación de su conformidad con los principios y garantías de la Ley Fundamental— así como en la interpretación y sistematización de las normas infraconstitucionales y la suplencia de sus lagunas (art. 16 del Código Civil) no incluye, obviamente, la facultad de instituir la ley misma”<sup>27</sup>.

En un pronunciamiento reciente<sup>28</sup>, en la causa “Massolo, Alberto José v. Transporte del Tejar SA” reiteró la Corte Suprema de Justicia de la Nación su inveterada doctrina según la cual “(...) la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto y sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional (conf. Fallos 256:602; 258:255; 302:166; 316:188, 1718 y 2624; 319:3148; 321:441 y 1888; 322:842 y 919; 324:920; 325:1922 y 330:855 y 5345, entre muchos otros) (...)”, y que “la ventaja, acierto o desacierto de la medida legislativa (...) escapa al control de constitucionalidad pues la conveniencia del criterio elegido por el legislador no está sujeta a revisión judicial”<sup>29</sup>.

Estos pronunciamientos reiterados de la jurisdicción obligan a concluir que el control de constitucionalidad no ha sido instituido para que los magistrados sustituyan al legislador en las técnicas de apreciación de los fines que ha de procurar una determinada regulación legal, ni sobre los medios elegidos para la consecución de tales fines, en la medida en que uno y otro extremo no impliquen una violación o cercenamiento de las disposiciones constitucionales y de los derechos humanos reconocidos en la Ley Fundamental y los Tratados Internacionales incorporados a ella.

A partir de los criterios que orientaran la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en estos precedentes, en su vinculación con la cuestión que ahora nos ocupa, parece necesario considerar hasta qué punto puede sustituirse el criterio del legislador para establecer presunciones en materia de peligrosidad procesal, sobre la base de atribuir a tales caracterizaciones incompatibilidad con algunos principios constitucionales y, más profundamente, si puede sostenerse a ultranza tal incompatibilidad.

Para considerar tal aspecto, todavía cabría recordar que “(...) el control de constitucionalidad involucra problemas fácticos, concernientes a la realidad social o ámbito de las conductas; y también, desde luego, a problemas axiológicos, esto es, conflictos de valores jurídico-políticos que el operador intérprete de la Constitución, conscientemente o no, asume y decide. La admisión de la

<sup>27</sup> Fallos 178:355 y 234:82.

<sup>28</sup> Sentencia del 20/4/2010.

<sup>29</sup> Fallos 290:245; 306:1964; 323:2409; 324:3345; 325:2600; 27:5614; 328:2567; 329:385 y 4032 y 330:3109.

existencia del valor previsibilidad en el mundo jurídico-político, obliga a tenerlo presente en el proceso de funcionamiento de la norma. La interpretación de ésta, para ser axiológicamente correcta, debe por tanto ser “previsora” y no imprevisora, temeraria o imprudente. Tiene que auscultar las consecuencias y resultados de la interpretación, tanto para el caso concreto como para el medio social (...) Y esto cuenta también para el juez que realiza el control de constitucionalidad”<sup>30</sup>.

En este sentido, debería tenerse en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido, de modo pacífico que “la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo a los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia. Únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (...)”<sup>31</sup> y la incompatibilidad inconciliable y cuando no exista la posibilidad de otorgarle una interpretación que se compadezca con los principios y garantías de la Constitución Nacional es factible su dictado”<sup>32</sup>.

Conforme lo señala Gullco<sup>33</sup>, similar interpretación podemos encontrar en la jurisprudencia estadounidense como por ejemplo en el caso del voto en disidencia del juez Brennan en el caso “NLRB v. Catholic Bishops” (440 U.S. 490, de 1979) , quien citó la tradicional jurisprudencia del Tribunal sobre la cuestión “(...) una ley no puede ser sustituida mediante su interpretación y un tribunal no está facultado a ejercer funciones legislativas para salvar a una ley de un conflicto con una limitación constitucional (...) Cuando se cuestiona la validez de una ley del Congreso, y aún cuando se planteen serias dudas acerca de su constitucionalidad, es un principio central que esta Corte determinará primero si es razonablemente posible una interpretación de la ley mediante la cual se pueda eludir dicha cuestión (...) la citada limitación a interpretaciones que sean ‘razonablemente posibles’ y ‘razonables’ (...) actúan como un freno respecto de la destrucción lisa y llana de la ley por parte de los jueces. Restringe al poder judicial a su rol específico de interpretar la ley, que consiste en hacer cumplir con la intención del Congreso (...)”.

Esta interpretación parte del hecho evidente de que la declaración de inconstitucionalidad es un acto fuertemente perturbador del sistema democrático en tanto supone aceptar que un órgano, que carece de legitimidad popular directa (el poder judicial), invalide las normas generales emanadas de los órganos elegidos directamente por el pueblo, como lo son los poderes ejecutivo y

<sup>30</sup> SAGUÉS, Néstor P., “Control judicial de constitucionalidad: legalidad versus previsibilidad”, Buenos Aires, ED 118, ps. 909 y ss.

<sup>31</sup> Fallos 248:73; 266:688; 300:241; 314:424; 319:178.

<sup>32</sup> Fallos 310:500; 310:1799; 315:1958, 322:842 y 322:919.

<sup>33</sup> Citado por GULLCO, Hernán, Buenos Aires, LL 2009-A-508.

legislativo. Sin embargo, también es evidente que los derechos reconocidos en la Constitución son, primordialmente, una protección de las minorías respecto de los abusos de las mayorías populares y que es muy poco verosímil que esas mayorías decidan voluntariamente proteger a las minorías. Por tal razón la existencia de un poder judicial, cuyos miembros estén protegidos de las presiones populares, parece muy importante para asegurar la supremacía de la Constitución y, especialmente, impedir los abusos del poder de las mayorías respecto de grupos minoritarios impopulares<sup>34</sup>.

Todavía debería recordarse alguna jurisprudencia que ha decidido que “(...) las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, es decir, dictadas de acuerdo a los mecanismos previstos por la CN, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable”<sup>35</sup>.

Estas pautas de interpretación permiten concluir, como lo hace Gullco<sup>36</sup>, que en todo sistema jurídico que tenga un sistema de control de constitucionalidad en manos de los jueces, antes de pronunciar la inconstitucionalidad de una norma, se debe realizar un serio esfuerzo interpretativo para tratar de hacer que su texto sea compatible con la Constitución.

## *2. Los fundamentos de la inconstitucionalidad en el caso en debate. Su consideración abstracta frente al deber de interpretar las leyes a favor de su constitucionalidad*

Entiendo que el cuestionamiento de constitucionalidad realizado sobre el art. 26 de la ley 24.767 sólo puede hacerse a partir de demostrar la imposibilidad de realizar una interpretación de su texto que haga compatibles sus previsiones con las cláusulas constitucionales, de la consideración de todos los fundamentos que sostienen la decisión legislativa y aún de realizar la crítica popperiana de la propia denuncia.

En tal sentido, debería admitirse que la impugnación del precepto del art. 26 de la ley 24.767 como agravante de la garantía de presunción de inocencia en modo alguno aparece justificado. Por cierto, se ha dicho ya que el procedimiento de extradición no constituye un juicio sobre el fondo de la cuestión o la situación jurídico penal del requerido en el país del requirente, sino un procedimiento tendiente a verificar la pertinencia o admisibilidad de un pedido de cooperación judicial formulado entre Estados. De allí que la eventual limitación a la libertad ambulatoria del requerido nada tiene que ver con su culpabilidad o inocencia, sino con la pertinencia de establecer una caución

<sup>34</sup> GULLCO, Hernán, Buenos Aires, LL 2002-C-425.

<sup>35</sup> C. Nac. Crim. y Correc., sala VI, 7/11/2003, *in re* “Acosta”; id. sala VI, 19/11/2002, *in re* “Satriano, Yamila”.

<sup>36</sup> GULLCO, Hernán, cit. nota 19.

personal que asegure la eficacia de la decisión final del Estado, respecto de una persona que es requerida por otro por eludir la acción de la justicia.

En este orden de ideas, no es posible dejar de considerar que el juicio de valor que realiza el Estado requerido debe apoyarse, en primer término, en la idea del respeto entre Estados, de modo que un principio elemental de deferencia, al menos inicial, obliga al país requerido a admitir que la sola circunstancia del pedido de extradición supone un juicio de valor de su par “requerente” sobre la elusión de la acción de la justicia por parte de la persona solicitada de extradición, pues de otro modo, el pedido se limitaría a postular la notificación de su citación para comparecer a derecho en los estrados de aquél país.

Así, la idea de la peligrosidad procesal contenida en el art. 26 de la ley 24.767 no resulta tan solo de la ley, sino más bien del principio de deferencia que subyace a la cooperación judicial internacional y que obliga a presumir que un pedido de extradición supone la emisión de un juicio de valor del Estado requerente sobre la peligrosidad procesal de la persona requerida.

Me apresuro a destacar que este principio de deferencia no implica postergar el deber del requerido de valorar las circunstancias que califican cada caso. Pero ello en modo alguno permite iniciar el análisis por el desprecio de la ponderación ya realizada por otro Estado al solicitar la extradición.

Tampoco es feliz, a mi criterio, la crítica vinculada con la existencia de casos en los que la persona requerida de extradición no ha eludido especialmente la acción de la justicia del país requirente, no sólo porque tales casos representan un porcentaje realmente minoritario, sino porque parece claro que si la intención de la persona es someterse a las autoridades que lo requieren, nada le impide solicitar en el país requirente la eximición de prisión, que le permitiría acudir a la citación sin necesidad de un procedimiento extraditorio.

Con iguales alcances, parece inadmisibles sostener que la detención del requerido operaría como “extorsión” para llevarlo a admitir un sometimiento a una jurisdicción parcial o indebida. A nadie se le oculta que uno de los capítulos más esenciales del trámite de extradición consiste, justamente, en el examen de nuestros jueces sobre la legalidad del proceso que se sigue a la persona requerida, la oportunidad otorgada para ejercer el derecho de defensa y la “comunidad” de criterios jurídico-penales de ambos estados.

Así, la Corte Suprema ha explicitado que “no se advierte lesión a la garantía del debido proceso cuando el requerido pudo oponer —en lo que constituye materia de agravio en la instancia— las defensas que hubiera tenido en cuanto a la procedencia del requerimiento”<sup>37</sup> y que “(...) la solución adoptada, lejos de atentar contra el principio de colaboración entre estados que es el criterio rector en los trámites de extradición, lo reafirma”<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Fallos 53:84; 71:182; 75:20, 76 y 447; 82:99; 90:337 y 409; 99:290; 102:334; 106:39; 109:214; 110:412; 114:265, 271, 387 y 395; 120:123; 129:34; 148:328; 153:343; 157:116; 158:250; 164:330 y 429; 166:23; 174:325; 178:81; 181:51; 217:340; 228:640 y 311:1925.

<sup>38</sup> Fallos 319:2557; 323:3356; 323:3749.

En ese contexto, indicar como principio que la sola detención supone una fuerza extorsiva para renunciar a las defensas no sólo no resiste el menor análisis, sino que es inadmisibile cuando se la compara con los efectos de una detención preventiva realizada en la República a raíz de la investigación de un delito, que mal podría catalogarse de extorsiva sobre el detenido para reconocer su autoría o responsabilidad.

Por otro lado, la pretensión de invocar un supuesto agravio a la garantía de igualdad ante la ley, derivada de comparar el tratamiento que podría corresponder a la persona requerida en el caso de haber cometido el mismo delito en nuestro país y ser sometida a proceso ante nuestros jueces, tampoco tiene mejor suerte. En primer término, porque no puede asimilarse la situación de quien delinque en el país respecto de quien infringe el orden jurídico penal de otro Estado, calificado por los principios jurídicos de este último, que se presume conoció. En segundo lugar, porque la situación debería asimilarse al caso de quien delinque en el país y no comparece a la citación judicial, casos en los que ordinariamente la detención preventiva se invoca como razonable, al menos hasta la instalación del proceso judicial y la identificación del imputado en su ámbito.

Lo expuesto, en mi opinión, demuestra que los argumentos rendidos a favor de la declaración de la inconstitucionalidad “*on its face*”<sup>39</sup>, criterio que debe desaconsejarse, en particular, cuando se advierte sobre la posibilidad de admitir una interpretación que concilie las facultades judiciales para ponderar las condiciones de excepción con el texto prudentemente interpretado de la norma, siguiendo el criterio interpretativo a favor de la validez jurídica, que es primera pauta de hermenéutica.

## X. CONCLUSIÓN

Hemos visto hasta aquí cuál es la caracterización que nuestro más Alto Tribunal ha hecho del instituto de la extradición.

Todavía se advirtió sobre los distintos modelos legislativos que a nivel doctrinario existen para tener por acreditado el riesgo procesal que permita fundar el encarcelamiento preventivo, concluyendo que nuestro código adjetivo adscribe al modelo legalista, en tanto el riesgo puede ser tasado de alguna manera por el legislador.

<sup>39</sup> La jurisprudencia de los Estados Unidos de América y sus autores de doctrina distinguen dos modos diversos de declaración de inconstitucionalidad. Por regla general, la inconstitucionalidad de una ley es declarada “*as applied*”, esto es: según las circunstancias del caso y con validez exclusiva para las partes del proceso. Pero existen algunos casos en que ese resultado es juzgado “*on its face*”, caso en que la inconstitucionalidad tiene efectos extra partes y, normalmente, concluye con la derogación de la ley o, a falta de ello, su inaplicación por los Tribunales como regla. BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Ábaco, 1992, ps. 152 y ss. y “Algunas reflexiones críticas sobre la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, Buenos Aires, ED 184, ps. 900 y ss.

Asimismo, se dijo que dentro de ese modelo los parámetros seleccionados por el legislador pueden estar definidos como meros indicadores de riesgo, “mandato legal” y, como “presunciones legales” que, a su vez, estas últimas pueden presentarse como presunciones absolutas e incontrovertibles —*iure et de iure*—, o como presunciones que pueden admitir prueba en contrario —*iuris tantum*—.

También se ha puesto de manifiesto que, conforme surge de la Constitución Nacional y de las últimas interpretaciones jurisprudenciales, en el proceso penal, la prisión preventiva debe estar fundada exclusivamente en la existencia de riesgo procesal: esto es peligro de fuga o entorpecimiento de la investigación, circunstancias que deben ser ponderadas por los jueces en los casos concretos y que convierte las declaraciones legislativas en presunciones *iuris tantum* que podrían ser trascendidas en caso de demostración de extremos contrarios, pero que tampoco podrían ser soslayadas abstractamente si no ocurriera aquella prueba específica.

Por otra parte, se estableció qué significa el dictado de la inconstitucionalidad de la norma por parte de los jueces.

Con estos antecedentes a la vista cabe entonces, a mi criterio, reformular la cuestión, y preguntarse: ¿Era necesaria y formalmente procedente la declaración de inconstitucionalidad del art. 26 de la ley 24.767? ¿No cabía la posibilidad de hacer una interpretación que mantuviera la constitucionalidad de la norma y postulara su inclusión dentro de las presunciones que admiten prueba en contrario?

Entiendo que la respuesta negativa a la primera pregunta es evidente, como lo es también la afirmativa a la segunda, pues la sola consideración de la presunción del precepto como *iuris tantum* permitiría conciliar acabadamente la regla con los mandatos constitucionales y del sistema de derechos humanos, mientras permite también preservar el grado de “deferencia” hacia otros Estados, que es propio de las relaciones diplomáticas internacionales, de las que la extradición participa en un nivel que no puede desconocerse.

En efecto, una interpretación que salvaguardara la validez constitucional del art. 26 de la ley 24.767 podría sustentarse en los siguientes órdenes de argumentos:

a) En que “las normas de extradición no son reglamentarias del art. 18 de la Constitución Nacional, sino de su art. 14, en tanto no es la finalidad de estos procedimientos la determinación de la culpabilidad del sujeto requerido por el hecho por el que se lo solicita, sino que importan excepciones a la libertad de entrar, permanecer, y salir del país, garantías respecto de las cuales ningún extranjero tiene derecho irrevocablemente adquirido”<sup>40</sup>, lo que permite concluir que no se encontraría comprometido el principio de inocencia, previsto en el art. 18 de la Constitución.

<sup>40</sup> Fallos 323:3749.

b) En que “el art. 16 de la Constitución Nacional no impone una uniformidad de tratamiento legislativo ni obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos, aunque su fundamento sea opinable<sup>41</sup> y que “...el principio constitucional de la igualdad ante la ley, no puede decirse de manera alguna, afectado por las concesiones y ventajas recíprocas de los tratados, desde que la misma Constitución prevé y autoriza la celebración de éstos<sup>42</sup>.

c) En que es criterio de hermenéutica reiterado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que las normas procesales dictadas por el Congreso de la Nación en materia de excarcelación son inmediatamente reglamentarias del derecho consagrado por el art. 18 de la Constitución Nacional<sup>43</sup> y que las razones de interés público que determinan al legislador ...a excluir determinadas conductas han surgido de la necesidad de armonizar las disposiciones del derecho interno con los compromisos internacionales asumidos por el país al aprobar diversos tratados...”<sup>44</sup>.

d) En que el criterio según el cual la peligrosidad procesal sea el obstáculo a la restricción de la libertad individual ya había encontrado respaldo, también en precedentes de nuestro Máximo Tribunal, al sostener que “el pronunciamiento que deniega la excarcelación por entender que ...se pueda intentar eludir la acción de la justicia y con ello impedir la concreción del derecho material, se ajusta a los requisitos fijados por el art. 7º, inc. 5º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”<sup>45</sup>. Jurisprudencia esta que también encuentra sustento en los arts. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 20 del Proyecto de Reglas de Mallorca, el art. 202 del Código Modelo para Iberoamérica y la Res. 17 del VII Congreso sobre prevención del Delito y Tratamiento del delincuente de la ONU.

Estas pautas de interpretación son, a mi entender, las razones que claramente conducen al rechazo de la tesis de la inconstitucionalidad del art. 26 por parte de los órganos jurisdiccionales y, más aún, de su postulación por parte del Ministerio Público Fiscal.

Vinculado con lo que viene desarrollándose resulta imposible dejar de resaltar cuál había sido la postura de la Procuración General de la Nación al momento de dictar la res. 31/1988, de fecha 28/10/1988, esto es nueve años antes del dictado de la ley en análisis, en la que, sin que se suscitara controversia alguna, precisamente se instruyó a los fiscales en el sentido de que “en todos

<sup>41</sup> Fallos 320:1396 (voto en disidencia de los Dres. Nazareno, Moliné O’Connor, Guillermo López y Adolfo Vázquez.

<sup>42</sup> Fallos 106:24.

<sup>43</sup> Fallos 316:1934.

<sup>44</sup> Fallos 318:2611.

<sup>45</sup> Fallos 310:1385 y 1476.

los casos en que deban dictaminar sobre la excarcelación de la persona requerida de extradición, consideren esa calidad como una de las características y condiciones previstas en el art. 380 del CPMP para presumir que ella intentará eludir la acción de la justicia, sin perjuicio de valorar otras que, excepcionalmente, conduzcan a desechar esa presunción”.

Entiendo que esta interpretación no deja de considerar que es difícil conciliar con las pautas constitucionales e internacionales vigentes una hermenéutica que postule la inclusión por éste de una presunción *iure et de iure*, olvidando una larga tradición de nuestro país que se opone a la caracterización de “delitos no excarcelables”.

Es que la postergación de la declaración de inconstitucionalidad, para mantenerla como última *ratio* del orden jurídico, debería haber obligado a plantear que, frente a casos como el presente, el análisis de las reglas acerca del encarcelamiento durante el trámite de la extradición debe ser cotejada con los elementos del caso, donde el riesgo de fuga es un elemento no sólo importante sino definitivo, pero que puede ser sujetado por la restante prueba a producirse.

Seguramente Andrés D’Alessio, como era habitual en él, hubiera defendido esta idea con una inteligencia y una vehemencia que hubiera generado más de un cruce de ideas con los autores que se han expedido sobre la materia y hasta provocado algún replanteo del caso por parte de los tribunales.

Es por ello que me permito concluir estas líneas con sus palabras, agradeciendo la suerte de haber podido transitar más de la mitad de mi vida jurídica de la mano de alguien tan digno.

“La extradición es un instituto en el que confluyen de modo simultáneo, consideraciones sobre garantías constitucionales de la persona requerida, de soberanía nacional y política exterior. Cuando privan indebidamente las últimas sobre las primeras se producen extradiciones *de facto* como la unánimemente repudiada de los Estados Unidos...; cuando ocurre lo contrario, los procesos se eternizan, como ha ocurrido tradicionalmente en la Argentina.

En la conjugación de esas consideraciones debe tenerse presente, por un lado, que la posibilidad real de juzgar y aplicar pena a un individuo rara vez constituye un interés vital para un Estado, del otro, que el requerido es, por definición, alguien que se está sustrayendo, deliberadamente, a una potestad jurisdiccional a la que por alguna circunstancia se encontró sometido”<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> ANTONINI, Mónica, *Ley de Cooperación...*, cit., ps. 9/11.

## SECCIÓN V

### TEMAS DE TEORÍA DEL DELITO



## EN TORNO DEL DELITO CULPOSO

Por JUAN JOSÉ ÁVILA

Entre las múltiples facetas que ostentaban la personalidad y formación de Andrés J. D'Alessio destaca su vocación docente, puesta de manifiesto no sólo en su brillante carrera —por todos conocida— sino principalmente en su trato cotidiano con el alumno y con el colega que iban en busca de su versación, claridad expositiva y generosa entrega, fruto de una comprensión profunda y una meditada sistematización de los temas que trataba. Esta colaboración a su libro de homenaje pretende seguir esa senda, intentando desbrozar algo del arduo camino hacia la comprensión y sistematización dogmática de los delitos ejecutados por culpa, lo que actualmente implica introducirse en la teoría de la imputación objetiva.

Uno de los puntos de partida de esta teoría se vincula con el insoslayable dato de la realidad de que el riesgo en la vida moderna se ha incrementado exponencialmente, lo que ha generado la necesidad de que el Derecho lo tome en cuenta. Ello ha determinado una propuesta que implica, en alguna medida, redefinir las acciones típicas, sean culposas o dolosas<sup>1</sup>. Pero para preservar el principio de legalidad (pues no parece lo mismo “matar” que “incrementar el riesgo de muerte que se realiza en el resultado”, según lo que podría ser aquella reformulación), se tienen que proponer interpretaciones estrictas, tanto para la consideración de la creación del riesgo desaprobado, como para explicar con qué criterio se ha de satisfacer la exigencia fundamental de la teoría según la

<sup>1</sup> El incremento del riesgo más allá de lo permitido se constituye en el núcleo de la teoría de la imputación objetiva. Parece imponerse la idea de que esta teoría vale tanto para los delitos cometidos por culpa, como para los ejecutados con dolo, aun cuando este criterio diste de ser unánime. En este trabajo se considera que la teoría es válida para ambas clases de delito, no por una cuestión de simetría casi estética, sino porque ésa parece ser la tendencia que permite mejor la integración del riesgo; no obstante, se reconoce que la teoría encuentra su campo más propicio en el ámbito de la culpa. Sobre aplicaciones de ella en delitos paradigmáticamente dolosos ver, p. ej. PASTOR MUÑOZ, Nuria, *La determinación del engaño típico en el delito de estafa*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

cual debe ser ese riesgo jurídicamente desaprobado<sup>2</sup>, y no otro, el que se haya realizado en el resultado.

Este trabajo, que no pretende antagonizar sino ordenar y aclarar algunas cuestiones de la teoría que se consideran relevantes —por cierto que de modo incompleto, pues se dejan de lado discusiones importantes y evita considerar las complejas distribuciones de responsabilidad que generalmente suscitan los estragos culposos complejos en los que juega un papel preponderante el principio de confianza —que aquí no se trata— comienza presentando unas “Generalidades introductorias” (I.); intenta luego resolver una carencia crucial (II.), que no obstante haber sido advertida por la doctrina, no parece haberla resuelto: la necesidad de fundamentar bajo qué condiciones y cumpliendo qué exigencias pueden resultar jurídicamente obligatorias, reglas que en rigor son sociológicas o técnico-fácticas, como por ejemplo, las que componen el rol, o muchas de las que pueblan la constelación normativa que es sustrato de los delitos culposos<sup>3</sup>. En efecto, autores han señalado las limitaciones que acarrea esa especie de vicio de origen, pero parecen haberse quedado ahí, en el mero señalamiento, sin proponer criterios de legitimación satisfactorios o al menos consistentes; y esto llevó a una digresión: bajo qué circunstancias, la posición de garante juega un papel en los delitos culposos. Finaliza (III.) con un intento de aclarar requisitos de la tipicidad objetiva en esta clase de delitos, concretamente, qué propuesta debería formular la imputación objetiva —como tesis causal moderna sucedánea de la causalidad natural— que sea apta para explicar la relación entre el riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado producido.

### I. GENERALIDADES INTRODUCTORIAS

1. Uno de los objetivos que comúnmente se le asigna al Derecho Penal, es el de prevenir que situaciones cotidianas crecientemente complejas lesionen o pongan en riesgo estados de cosas que la sociedad considera valiosos. Su estrategia específica es intentar conjurar contrafácticamente<sup>4</sup> esas situaciones

<sup>2</sup> La teoría parte de reconocer que es imprescindible permitir ciertos niveles de riesgo para no paralizar la vida social (riesgo permitido), por lo que resulta obvio que lo desaprobado es el exceso que se genere por sobre éste. Por eso se advertirá que a veces se utilizan estas expresiones (riesgo desaprobado; incremento de riesgo, etc.) como sinónimos intercambiables.

<sup>3</sup> En la semblanza de D'Alessio penalista, que se publicó en el ejemplar del mes de agosto de 2009 de la *Revista de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal* que él codirigía con el Dr. Pedro J. Bertolino, recordaba una de mis últimas conversaciones con Andrés, a propósito del amplio uso del vocablo “normativo” y la escasa fuerza explicativa que, por su excesiva amplitud, conlleva su mera invocación (p. ej. le cabe tanto a la religión como al lenguaje; a la ética como a la moda).

<sup>4</sup> Los condicionales contrafácticos como al que aquí se alude, tienen como antecedente un subjuntivo: “si cometiera... sería penado” y se diferencian de los condicionales indicativos en que éstos afirman la ocurrencia del antecedente: “si cometió, entonces pena” (conf. def. del prof. Michael Cohen en HONDERICH, Ted [editor], *Enciclopedia Oxford de filosofía*, Madrid, Tecnos, 2001, p. 191).

de riesgo mediante la amenaza de pena<sup>5</sup> y, si el riesgo se concreta, sancionarlo de acuerdo con criterios previsibles. Ello se complementa con el discurso justificatorio, aparentemente dominante hoy, según el cual la pena permitiría restaurar la confianza en la validez del Derecho como elemento fundamental de la integración social<sup>6</sup>, validez que ha sido comunicativamente violada por la comisión de un hecho calificable de delito y que la pena, al menos simbólicamente, volvería a restablecer<sup>7</sup>.

Esto implica sostener, de alguna manera fuerte, que el ser humano comunica desde que nace hasta que muere: el recién nacido, con su primer vagido, hace saber que respira; con el último estertor, se hace explícita la muerte<sup>8</sup>. Cómo y qué comunican esa sucesión de actos que pueden resultar indiscernibles y que constituyen la vida conlleva, entre otros complejos problemas, el de su discernimiento, el de su comprensión.

Esto tiene lugar cuando a un conjunto discreto de movimientos corporales de uno o varios individuos humanos (o a su ausencia), se les asigna sentido. Para ello se toman también en cuenta, obviamente, otros datos fácticos y normativos, lo que culmina con una cierta “relación del hecho”<sup>9</sup> que debe ser del interés para la disciplina en cuyo ámbito objetual debe ser practicada, en este

<sup>5</sup> Sobre su eficacia y las posibles alternativas, ver en especial los capítulos 1 y 2 de SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades pos industriales*, Cuadernos Civitas, Madrid, Civitas, 1999, donde plantea la paradoja de que se postule, por un lado, la vuelta a un Derecho Penal mínimo y, por otro, “(...) la ‘reinterpretación’ de las garantías clásicas del Derecho Penal sustantivo y del Derecho Procesal Penal. Creación de nuevos ‘bienes jurídico penales’, ampliación de los espacios de riesgos jurídico penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político criminales de garantía...”. El autor caracteriza a este proceso como “Expansión del Derecho Penal” y se mueve entre una legítima demanda social de mayor protección, pero que no debe canalizarse “en términos irracionales como demanda de punición”.

<sup>6</sup> Conf. entre otras muchas citas posibles HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 148.

<sup>7</sup> Mas allá de estos discursos justificatorios, me parece insoslayable incluir entre los componentes de la justificación de la pena, algo que se suele escabullir, disimular o negar: el sentimiento de venganza que anida en lo humano, al que se ha tratado de socializar o domesticar. Este fenómeno incluye desde la apropiación del monopolio de penar por parte del Estado, hasta la humanización de las formas de punir. Los avances culturales procuraron morigerar el sentimiento de venganza y sobre todo, separarlo de la idea de justicia, que hasta la Grecia homérica eran más o menos equivalentes (conf. voz “revancha” a la que remite “venganza” en Enciclopedia Oxford de Filosofía, citada en nota anterior, pág. 918). La justicia diferiría de la venganza porque se la debe ejercer observando estrictamente las reglas penales y procesales de garantía que son proyección de derechos humanos básicos; si no se hace así, se corre el grave riesgo de que aparezca la venganza y sus secuelas de irracionalidad y desintegración social.

<sup>8</sup> Conf. especialmente FOUCAULT, Michel, *El orden del discurso* y la exposición e interpretación que hacen DÍAZ, Esther - HELER, Mario, *El conocimiento científico. Hacia una visión crítica de la ciencia*, vol. 1, Manuales EUDEBA, Buenos Aires, EUDEBA, 1989, cap. 4, ps. 25 y ss.

<sup>9</sup> Por ejemplo arts. 83, inc. 2º; 176; 188, 3er. párr., inc. 2º; 298; 308; 347; 351; 399; 418, inc. 3º del CPPN. Algunos son más explícitos que otros en distinguir entre hecho y relación del hecho.

caso, el Derecho Penal. La asignación de sentido implica pues la interpretación de ese conjunto proteico de datos y su puesta en palabras<sup>10</sup> (o en imágenes mentales, si se mantiene reservada y no adquiere dimensión comunicacional).

2. La teoría de la imputación procura suministrar criterios para ordenar esa interpretación, tanto de los datos fácticos (incluidos los movimientos corporales que a veces son causales<sup>11</sup>), los que al ser susceptibles de percibirse por terceros observadores, se dice que son ontológica y epistémicamente objetivos; en cambio, de los datos normativos —cuya violación también puede causar<sup>12</sup>— se predica validez, y su objetividad se afirma en procedimientos discursivos. Todos ellos constituyen la materia de la tipicidad objetiva, y al ser interpretados, al asignárseles sentido, componen el contenido proposicional de la imputación objetiva<sup>13</sup>.

En cambio los datos subjetivos (como el conocer y el querer clásicos del dolo), se alojan en la caja cerrada del cerebro del autor, al que sólo éste tiene acceso privilegiado. Son, pues, por su lugar de emplazamiento y por la forma de acceder a su conocimiento, ontológica y epistémicamente subjetivos. No obstante, permiten su objetivización —en el ya expuesto sentido de “susceptibles de ser percibidos por un tercer observador”— pues generalmente se manifiestan por actos externos que los denotan o los expresan. Constituyen el contenido proposicional de la imputación subjetiva<sup>14</sup>.

3. El anotado incremento exponencial de la complejidad en la vida moderna parece estar en íntima relación con rasgos de lo humano, como la imaginación unida a la inteligencia, y la ambición (que lo que suele hacer es crear necesidades artificiales y razones que las justifiquen). El desarrollo tecnológico, subproducto de aquéllas, resulta generalmente digno, pero también de-

<sup>10</sup> La teoría de los actos de habla ha puesto de relieve cómo la interpretación lingüística porta en cada enunciado, pretensiones de verdad de los datos fácticos, de validez en los normativos y de sinceridad en los expresivos, que en el campo penal se dirimen en su verdad, validez y sinceridad, a lo largo y con las reglas del proceso. En el sistema continental europeo, la validez general encuentra su apoyatura en el conjunto de normas y proposiciones normativas de la dogmática penal.

<sup>11</sup> Quien corre o camina en realidad no causa nada, simplemente ejecuta movimientos peculiares a los que se clasifica bajo esas palabras-verbos. En cambio para matar, robar o estafar, sí hace falta causar.

<sup>12</sup> Aunque no de la misma manera que un movimiento corporal. Si se reservara el uso de “causar” sólo a lo que importa aplicación de energía, puede sustituirse el verbo usado en el texto por otro, p. ej., “determinar”. Más compleja resulta la discusión sobre si los estados mentales “causan”.

<sup>13</sup> Su sentido ilocucionario (en términos de teoría de los actos de habla) es eminentemente institucional. Idéntico contenido proposicional, pero fuera del contexto de un proceso penal podrá ser informativo (como cuando un abogado explica a su cliente, en su oficina, qué se le hará saber como “hecho” en el acto de indagatoria), pero esa información no se puede calificar como “imputación”.

<sup>14</sup> Sobre la clasificación en ontológica y epistémicamente objetivo y subjetivo ver SEARLE, John, *La construcción de la realidad social*, Barcelona-Buenos Aires, Paidós Básica, 1995, ps. 25 y ss.

leznable: basta pensar en los “progresos” de la maquinaria bélica en todos los tiempos, o en el uso perverso de la tecnología puesta al servicio de la vesania nazi-fascista, de derecha o de izquierda<sup>15</sup>.

Ese incremento del mal y del riesgo no suele estar acompañado de los instrumentos que permitan erradicar al primero y mantener dentro de límites tolerables al segundo, o de juzgarlos con cartabones adecuados: generalmente el conjunto de palabras que componen un texto jurídico ha ido a la zaga de esos incrementos desbordantes; o padecen los efectos de una deficiente factura.

4. La difusión del discurso sobre los derechos humanos y su concreción en derecho positivo, legalizó progresivamente la ponderación de valores<sup>16</sup> como una estructura argumentativa eficaz para superar las aporías que suele presentar el mal<sup>17</sup>.

La dogmática ha recibido esa influencia: basta citar el ejemplo del delito de lesa humanidad como respuesta al mal absoluto, con el que ha atemperado la rigidez de alguno de los corolarios tradicionales del principio de legalidad penal; y también ha redoblado esfuerzos argumentativos para suministrar a quien juzga, razones consistentes que permitan salvar, frente al caso complejo o novedoso, el hiato entre la seguridad y la justicia<sup>18</sup>. Ahí es donde ha hecho sus mejores aportes como hermenéutica de la ley y guiando la interpretación de los datos fácticos y normativos que, transformados en relatos<sup>19</sup>, reciben el aporte de sus construcciones. De ese modo ha mediado permanentemente entre el conjunto de palabras que componen el texto de la ley, y la justificación de su aplicación a la narración del hecho que se juzga, pues tanto las palabras de la ley como las de la relación del hecho resultan moldeadas por la dogmática: el

<sup>15</sup> Como ejemplos paradigmáticos, pero lamentablemente no únicos: de derecha, la *shoa*; de izquierda, el *gulag* o las atrocidades del llamado “*kmer rouge*”.

<sup>16</sup> Esta palabra, al parecer, proveniente de la economía, resulta de uso insoslayable, lo que no significa abrir juicio acerca de los múltiples problemas que éstos conllevan (ver, sin ir más lejos, el capítulo introductorio a ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989).

<sup>17</sup> Me refiero aquí a esas ofensas masivas contra la dignidad humana a las que Carlos Nino caracterizó como “mal absoluto” (Conf. NINO, Carlos, *Juicio al mal absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las juntas del proceso*, Buenos Aires, Emecé, 1997). Lamentablemente, también se advierten excesos de signo contrario, frutos perversos de la venganza y no del anhelo de justicia. Debemos a Andrés D’Alessio una lúcida reflexión, insoslayable, sobre el tema en D’ALESSIO, Andrés, *Los delitos de lesa humanidad*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2008.

<sup>18</sup> Es conveniente destacar que esas dos palabras expresan situaciones que suelen entrar en contradicción. Su uso en el texto no pretende atribuirles otro sentido que el de servir de etiqueta a problemas que no hace falta siquiera recordar al lector.

<sup>19</sup> Jorge Luis Borges utiliza, por lo menos en dos de sus cuentos (“El Congreso” y “El Aleph”) una bella definición de lo que significan las palabras, como “...símbolos que postulan una memoria compartida” y el lenguaje como “... un alfabeto de signos cuyo ejercicio presupone un pasado que los interlocutores comparten”.

Derecho Penal se ocupa de la realidad bajo una cierta relación —la que es afín a sus prohibiciones y mandatos— no bajo cualquier relación<sup>20</sup>.

5. La consistencia argumentativa de sus propuestas se ha impuesto, como se acaba de decir, para fundamentar la solución de situaciones y estados de cosas que el legislador no previó ni pudo prever, como el apuntado incremento del riesgo en la vida moderna y su decidida irrupción en nuestra cotidianidad, lo que terminó repercutiendo en la disciplina penal que, de alguna manera, hubo de procesarlo. El Derecho —especialmente el Penal— que ya se había visto beneficiado con la autonomía metodológica y filosófica que le suministró el reconocimiento de las llamadas ciencias del espíritu, pudo encontrar su propio camino de reconocimiento, apropiándose del sentido<sup>21</sup> como instrumento para forjar su nuevo derrotero.

De ese modo —y en el particular ámbito de la explicación de la causa y el efecto— pudo desprenderse de las propuestas llamadas causal-naturalistas y sus inconvenientes, e introducir sin contradicción consideraciones valorativas que ampliaron, adecuaron y revitalizaron su horizonte, legalizando la imputación como eje de la tipicidad, sucedáneo de aquella “causalidad natural”.

Esa adecuación ha hecho explícitos unos presupuestos que quisiera destacar a esta altura del trabajo: (i) la imprescindible necesidad de tolerar niveles de riesgo para no paralizar toda actividad; (ii) que se evite extender indiscrimi-

<sup>20</sup> Ver artículos del CPPN citados en nota 9. Si lo que aquí se dice resulta plausible, una relación del hecho debe ser previa a la teoría (aunque no ajena a ella, sino que será guiada por ella). Si es así, esa relación sólo excepcionalmente podrá prescindir de referencias subjetivas (es decir, de estados mentales del agente) pero ello por exigencias de la clasificación bajo palabras que importa toda comunicación que usa lenguaje (sobre todo, habiendo tipos dolosos y culposos, además de situaciones fortuitas). No hay nada óntico u ontológico en ello. Por eso he sostenido que la división en tipo objetivo y subjetivo es sólo analítica, agregando ahora que carece de sentido discutir si es una inconsecuencia que la teoría de la imputación objetiva eche mano, en ciertos casos, de estados subjetivos (como el dudoso enunciado disposicional de la previsibilidad). Lo que sí, esto debe hacerse una vez agotado el análisis objetivo.

<sup>21</sup> Conf. HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos. Primera lección*, Madrid, Cátedra, 1994. El sentido, como estrategia de abordaje al objeto de estudio de las Ciencias Sociales, se ha trasladado al Derecho Penal. Se vincula con la comunicación lingüística que caracteriza el ámbito objetual de la Sociología, y en lo que aquí parece relevante, a la comprensión de los movimientos corporales como integrantes el mundo social de la vida, permitiéndonos distinguir a aquéllos (los movimientos corporales) de las acciones (“Las acciones no puedo observarlas exclusivamente como comportamiento por (...) que para poder describir un comportamiento dado como acción tengo que referir determinadas notas de ese comportamiento a reglas subyacentes y entender el sentido de esas reglas” para lo que deben ser éstas —las reglas y normas— intersubjetivamente detectadas y compartidas. Id. p. 22 (“Ver’ u ‘observar’ o ‘percibir’ una acción implica siempre la comprensión de una norma (o de la correspondiente intención del agente) y la interpretación de movimientos (o estados) a la luz de una regla de acción (o intención) entendida”). Veo una bandada de pájaros volar hacia el norte en cierta época del año y digo (o pienso) “están migrando”. Veo a mi vecino acercarse a su casa a cierta hora, con cierto atuendo y con aspecto agitado: “vuelve de hacer gimnasia”; el peatón que cruzó mal la calle advierte la presencia de mi coche: interpreto su intención de detenerse para que yo lo esquive, o de echar a correr para esquivar él mi coche; siempre son reglas subyacentes en nuestro mundo de la vida las que le dan sentido a esos movimientos. Ver también VIVES ANTÓN, Tomás S., *Fundamentos del sistema penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

nadamente las consecuencias penales a todo incremento de éste, sin distinguir de entre ellos al que efectivamente creó el que se quería conjurar, e incidió efectivamente en el resultado; (iii) la seguridad de que ciertos criterios normativos protegerían de la punición al que se mantuvo dentro de los límites de ese riesgo tolerado o que confió en que los otros —o la propia víctima— no los sobrepasarían.

6. A esta altura parece procedente advertir (i) que cuando se afinan las definiciones de lo que en el punto anterior se han llamado “presupuestos”, se producen solapamientos entre ellos; (ii) que como suele ocurrir, inclusive la existencia de acuerdos sobre los alcances de las palabras que definen esos presupuestos (sobre su connotación o intensión), no puede evitar que se produzcan discrepancias sobre si ciertos hechos o estados de cosas de la vida real (que hasta pueden haber sido relatados de modo coincidente) se puedan encontrar —o no— abarcados por esas palabras definitorias (su denotación o extensión); y (iii) que eso produce una cierta decepción que induce a pensar si no se está intentando resolver con instrumentos exclusivamente conceptuales, cuestiones que ofrecen perfiles fuertemente valorativos<sup>22</sup>.

7. Es probable que sea en la evolución del tratamiento doctrinal del delito culposo donde pueda observarse con mayor claridad esa tarea de adecuación de los textos a la cambiante realidad, la que se vio forzada por el incremento en la disponibilidad de energía que se fue poniendo en manos del hombre; y con el auxilio insoslayable de la ponderación —que frecuentemente aparece encubierta o disimulada bajo la apelación a instancias difusas como la intuición, la política criminal o inclusive, el a veces despreciado uso del lenguaje<sup>23</sup>— ha auxiliado en esa tarea de adecuación de la ley al crecimiento operado, poniendo a prueba instrumentos generalmente ingeniosos, pero cuyo uso suele no respetar los límites que imponen la libertad y la seguridad jurídica<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Es frecuente observar cómo se rechazan propuestas conceptuales sobre la base de que generan soluciones insatisfactorias del punto de vista valorativo (es frecuente advertirlo, por ejemplo, en REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1996).

<sup>23</sup> Los ejemplos de esto último también abundan, pero sólo presentaré “un botón”: Wolfgang Frisch dice, al considerar la cuestión que plantea el comportamiento que ha reducido pero no evitado la producción de algún resultado lesivo “¿puede uno hablar ya en tal caso de comportamiento prohibido típico?”.

<sup>24</sup> Por ejemplo en los hechos culposos, la tendencia a imputar de modo indiscriminado a todo el que violó algún deber de cuidado, sin tener en cuenta que, en esta clase de delitos, la condena suele ser más el proceso que la sentencia: así, en la investigación del accidente del avión de LAPA se indagó y embargó por suma millonaria a los síndicos societarios, titulares y *suplentes*, cuyos deberes legales nada tienen que ver con el control de la gestión (aunque luego se los sobreseyó).

## II. EL MARCO NORMATIVO EN LOS DELITOS CULPOSOS LA SUPERACIÓN DE UNA HIPOTÉTICA OBJECCIÓN FORMAL<sup>25</sup>. ASPECTOS DE LA IMPUTACIÓN DEL COMPORTAMIENTO

### I. Generalidades

Es sabido que en nuestro Código Penal, la regla es que los tipos penales refieran conductas en las que lo realizado por el autor, coincida con el estado intencional<sup>26</sup> que éste se propuso concretar. Esta grosera caracterización de los tipos dolosos, sólo tiene por objeto contrastarlos con la excepcionalidad con que se consagran las puciones debidas a “imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o deberes de su cargo (...)” (art. 84, CP)<sup>27</sup>. Se trata de una distinción que proviene de la ley, por lo que el intérprete ha debido hacerse cargo de ella procurando afinarla con apoyo en textos legales y razones lógicas y valorativas.

Aquella generosa fórmula legal tal vez haya sido la más difundida en nuestro medio científico para caracterizar al delito por culpa<sup>28</sup>, hasta que fue paulatinamente reemplazada por la más escueta de “infracción al deber de cui-

<sup>25</sup> Ella me salió al cruce leyendo el excelente trabajo de Andrea Fernández próximo a aparecer “Estafa e imputación objetiva. En busca de criterios normativos para delimitar el ámbito de imputación a la víctima”.

<sup>26</sup> Sé que las modernas disquisiciones sobre la tipicidad subjetiva resistirían reconocer algo así como la existencia de “estados mentales”, basándose en la reivindicación normativa de conceptos de raíz psicológica. Sin embargo, me parece que esta reivindicación y consiguiente negación confunde dos planos: el ontológico, que creo que no puede privarse de sus vínculos con lo psicológico —al menos con una psicología de sentido común (al respecto, ver GIANELLA, A. - GONZÁLEZ, M. C. - STIGOL, N. [comp.], *Pensamiento, representaciones, conciencia*, Buenos Aires, Alianza, 2008, en especial, el trabajo introductorio de RABOSI, E., “Acerca del sentido común, la filosofía y la psicología”, especialmente ps. 35/37). Creo que la teoría y práctica penales son fuertemente tributarias tanto de la psicología de sentido común (ver en ob. cit. el último párrafo del punto 6.3, p. 43) como de lo jurídico-valorativo que exige, para satisfacer criterios de justicia, ampliar el concepto de lo intencional para captar como tal, conductas límites.

<sup>27</sup> Arts. 84 y 94 del Código Penal; otros: arts. 189; 196 y 203, sustituyen “deberes” por “ordenanzas”.

<sup>28</sup> Ver ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 524, quienes afirman que proviene del Código Zanardelli y del Derecho romano.

dado en el tráfico”<sup>29</sup> que proviene del Derecho Civil alemán<sup>30</sup> y que ingresó aquí de la mano del finalismo; pero terminó siendo adoptada por nuestra doctrina y jurisprudencia dominantes ya que, en definitiva, no es difícil ni impropio reconducir a esta escueta fórmula, las diversas maneras que empleó nuestro legislador para caracterizar la tipicidad culposa.

Pero como quiera que sea, siempre queda abierto el problema de suministrar validez jurídica a muchos de los deberes concretos que se consideran violados, pues como se dijo al comienzo, no siempre cuentan con ella *ab initio*. En efecto, ellas surgen de reglas sociológicas o técnico-fácticas que son fruto de la experiencia, del ensayo y error, de la investigación empírica, del sentido común o de costumbres sociales, pero no de fuentes jurídicas de validez inobjetable. No obstante, aspiran a integrar el universo proteico del rol o de la buena y mala praxis. Y esto vale tanto para la formulación casuística de nuestro Código Penal, como para la definición más general que proviene del Derecho alemán.

## 2. *Los problemas del origen en la pretensión de validez de las reglas que cierran el tipo*

a) El ejercicio imperito del arte o de la profesión, o la no observancia de los reglamentos, deberes u ordenanzas que conlleva el ejercicio de cualquier actividad —en suma, su manejo falto de cuidado— se puede calificar, sin esfuerzo, como negligente o imprudente. Si esto es así, la definición casuística del art. 84 se puede proyectar a la totalidad de las que utiliza el Código Penal en otros delitos culposos bajo diversa relación típica<sup>31</sup>.

Pero además, suministra una base legal para que la dogmática del delito culposo, cumplidas ciertas condiciones, pueda introducir en el tipo a esas reglas sociológicas o técnico-fácticas que apoyan expectativas normativas, sin forzar el principio de legalidad penal.

<sup>29</sup> Que puede considerarse que resume a la formulación más casuística que es común que empleen los tipos culposos del Código penal argentino (“[...] imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo [...]” dice el art. 84 del Cód. Penal). Diluir esas exigencias del tipo en criterios de imputación —como lo propone G. Jakobs y parece ver bien Bacigalupo (BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 661), creo que implica eludir la fundamentación de aspectos relevantes de la tipicidad objetiva y confundir, precisamente, esa tipicidad, con los criterios para la adecuación. O, para decirlo con palabras de Silva Sánchez en la presentación del libro de HRUSCHKA, Joachim, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Aranzadi SA, Navarra, 2005, entre “reglas de comportamiento” que tienen una función de configuración de la realidad y “reglas de imputación”, como baremo de análisis de la conducta ya producida en la aplicación de la ley al hecho. Véase también la cita de Habermas en la nota 6.

<sup>30</sup> Parágrafo 276 BGB (Conf. WELZEL, Hans, *Derecho Penal alemán. Parte general*, 11ª ed. traducida por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, p. 187).

<sup>31</sup> Como por ejemplo, arts. 223; 254, 3º párrafo, y 255, 2º párrafo, que sólo exigen “imprudencia o negligencia”.

Es el problema que plantea G. Jakobs cuando dice: “Junto a las regulaciones legales de ámbitos vitales peligrosos<sup>32</sup> aparecen las reglas del arte, las normas técnicas y otros sistemas de regulación no formales. Lo prohibido por estas normas no es más que indicio de la naturaleza no permitida de un riesgo, pues el consenso de una asociación de expertos ciertamente es ‘experiencia acendrada’, pero al contrario que la ley, no contiene valoración vinculante alguna”. Lo que no se advierte en el planteo de Jakobs es la solución, pues si esas normas no contienen valoración vinculante, no se entiende cómo pueden sustentar expectativas normativas cuyo incumplimiento puede habilitar la aplicación de sanciones penales; en otras palabras, cómo ese “indicio” de norma se transforma en norma obligatoria. Otro tanto ocurre con Claus Roxin<sup>33</sup> cuando dice que “en la práctica se alude también con frecuencia a la infracción de tales normas de tráfico (se refiere a las “reglamentaciones creadas por asociaciones o consorcios de intereses”) para fundamentar la imprudencia. Sin embargo, no se puede atribuir a estos preceptos la misma trascendencia que a las prohibiciones de puestas en peligro abstractas del legislador”.

Se trata entonces de suministrar a estas reglas la legitimidad que su origen no les brinda, pues no hay dudas de que contienen decisivas pretensiones de verdad fáctica<sup>34</sup> o, inclusive, pretensiones de validez normativa<sup>35</sup>; unas y otras aspiran a recibir el apoyo argumentativo que necesitan las expectativas de comportamiento para constituirse en el sustrato jurídico de las infracciones al deber de cuidado.

## b) Validez formal

Entiendo que la buena praxis, el ejercicio del rol (que como se dijo, en muchos casos se agota en una preceptiva técnico-fáctica), se puede transformar formalmente en preceptiva jurídica —y por ende, en obligatoria— por la inclusión explícita del deber de ejecutar las actividades que se emprendan con prudencia y pericia y observando los reglamentos u ordenanzas que le correspondan, tal como lo incluyó explícitamente el legislador en su caracterización del delito culposo.

<sup>32</sup> Conf. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 249. En nuestro Derecho, compárense este tipo de reglas con las que regulan el tránsito vehicular o los múltiples riesgos del trabajo, que generan deberes sobre la base de leyes en sentido formal.

<sup>33</sup> ROXIN, Claus, *Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1997, p. 1003.

<sup>34</sup> Las de contenido fáctico conllevan pretensiones de verdad de las que sólo se puede predicar verdad o falsedad; y como lo ha expresado Carlos Nino en el contexto de esta plurisecular problemática, “(...) los hechos no configuran razones suficientes u operativas para justificar una acción o decisión. Un razonamiento práctico es necesariamente inconcluyente si sólo se funda en premisas fácticas (...)”. Es el salto del ser al deber ser. Conf. NINO, Carlos S., *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 63.

<sup>35</sup> Ver nota 22.

Pero esta homologación de simples directivas técnicas a reglas jurídicas que integran tipos penales constituye un procedimiento de equiparación valorativa que no puede ser automático, ni puede satisfacerse con una cobertura meramente formal. Su legitimidad debe satisfacer ciertas exigencias de fondo: la acreditación de la facticidad es condición necesaria, pero no suficiente, de la legitimidad<sup>36</sup>.

### 3. La legitimidad de las reglas que cierran el tipo

#### a) Validación material

No basta, pues, con salvar la objeción formal. Para que se acepten su verdad fáctica y su validez normativa —en suma, su legitimidad como integradoras del tipo— requieren que se la someta al insoslayable escrutinio del discurso práctico institucionalizado. Y éste, por la índole de las reglas a legitimar, sólo puede tener lugar en el ámbito limitado del procedimiento judicial<sup>37</sup>; en él se

<sup>36</sup> Conf. TUORI, Kaarlo, “Ética discursiva y legitimidad del Derecho”, en *Doxa*, nro. 5, Valencia, p. 49 “(...) la aceptación social *de facto* (legitimidad empírica) de las normas jurídicas no nos permite sacar conclusiones definitivas acerca de su validez, esto es, acerca de su legitimidad normativa”.

<sup>37</sup> Conf. HABERMAS, Jürgen, “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, en *Doxa*, nro. 5, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante. En la p. 38 dice: “(...) la fuerza legitimadora la tienen los procedimientos que institucionalizan exigencias y requisitos de fundamentación y justificación y la vía por la que se procede al desempeño argumentativo de tales exigencias y requisitos”. Más adelante agrega: “Todo participante en una práctica argumentativa tiene que suponer pragmáticamente que en principio todos cuantos pudieran verse afectados podrían participar como iguales y libres en una búsqueda cooperativa de la verdad en la que la única coerción que puede hacerse es la coerción sin coerciones que ejercen los buenos argumentos”. En concreta referencia al procedimiento judicial afirma K. Tuori (TUORI, Kaarlo, “Ética discursiva...”, cit., p. 60) “Habermas ha argumentado que también el procedimiento judicial puede entenderse como un discurso práctico institucionalizado”. Estas afirmaciones vienen sólidamente basadas en la pragmática del lenguaje que se ejercita con las pretensiones de verdad, validez y sinceridad que conllevan los actos de habla de nuestra comunicación cotidiana, cuando se despliegan en el ámbito institucionalizado del proceso. Robert Alexy, por su parte, propone examinar el sistema jurídico “principalmente como un sistema de procedimientos, esto es, no sólo como un sistema de normas” (citado también por TUORI, Kaarlo, “Ética discursiva...”, cit., p. 48). Urs Kindhäuser, en una clase que dio en la Universidad Austral sobre “Complicidad mediante el actuar profesional” (cuya traducción hecha por la prof. Nuria Pastor Muñoz se distribuyó entre los asistentes), propuso redefinir el concepto de rol utilizado por Jakobs y llevarlo al cumplimiento de expectativas jurídicas y no las sociológicas que atribuía al rol. Se preguntaba cómo se debe asignar significado a una conducta concreta, ¿desde el rol o desde las expectativas normativas? Postulaba, fiel a su adscripción al pensamiento de J. Habermas, que la expectativa normativa tenía que derivar de un procedimiento discursivo integral en la creación de la norma. Sin embargo, éste podría ser un desiderátum, pero no una exigencia *sine qua non*, pues no hay duda de que las reglas técnicas que se deben tener en cuenta para “cerrar los tipos” culposos son tan numerosas y variadas que es imposible someterlas a ese procedimiento exhaustivo de validación. Por eso, creo que también con apego al pensamiento de Habermas, lo mínimo que se debe exigir para admitir el tránsito de la validez técnica a la jurídica es el respeto irrestricto al principio del discurso: aceptar en el ámbito limitado pero institucional del proceso, la coacción sin coerción del mejor argumento.

requiere satisfacer, al menos, dos importantes condiciones, complementarias entre sí:

Se debe fundamentar materialmente la existencia de la regla de que se trate y la expectativa normativa que genere: para ello deben suministrarse razones argumentativas consistentes que abonen la pretensión de verdad que conlleva la afirmación de su vigencia fáctica, y someterla al examen de su contrastación discursiva en el seno del procedimiento judicial. Esta es la primera condición a satisfacer para aceptar su validez como norma de buena praxis asimilable a una norma jurídica.

Su cumplimiento, generador de una regla que “cierra el tipo”, hace insuficiente el solo recurso a la intuición; a una costumbre social o de buena educación; y mucho menos al mero parecer, aun cuando pueda provenir de una corporación<sup>38</sup>. Tampoco basta la afirmación de un perito, ni que se encuentre formulada bajo un uso directivo del lenguaje. Sólo vale la presentación de las razones que apoyen su vigencia fáctica o su débil validez normativa; y la consiguiente posibilidad de rebatirlas y contrastarlas de modo amplio e irrestricto —nunca de manera dogmática<sup>39</sup>— aunque sea en el universo limitado del debate judicial. Ese ejercicio de contrastación resulta decisivo e ineludible a la hora de aceptar una pretensión que al legitimarse cerrará el tipo.

Además —y al menos en principio— la regla que genera la expectativa normativa y cuya homologación como jurídica se pretende, debe haber sido apta para disminuir o conjurar el riesgo creado. Obviamente, carece de sentido discutir la equiparación de reglas que nada tienen que ver con el riesgo creado.

Si esto es así —como postula la fórmula básica más aceptada de la teoría— debe haber una correlación entre (i) el exceso prohibido en el riesgo creado, (ii) la finalidad de la norma transgredida de disminuir o mantener contrafácticamente ese riesgo dentro de lo tolerado y (iii) su realización, verificada *ex post*, en el fenómeno jurídicamente disvalioso que resultó efecto de ese incremento prohibido: la teoría no postula prohibir cualquier incremento de riesgo sino aquel que *ex ante* se presenta propicio para producir el resultado (y sobre el que no se adoptan medidas aptas para conjurarlo).

Que *ex post*, éste se haya producido, constituye la confirmación de que ese incremento resultó apto para producir el resultado perjudicial, o que las medidas tomadas para conjurarlo o disminuirlo a niveles tolerables resultaron insuficientes. Así, quien infringe una regla sobre estacionamiento haciéndolo en un lugar expresamente prohibido, no puede ser imputado si su vehículo mal estacionado, al ser chocado desde atrás por otro que también estaciona mal, empuja al primero de modo que por el impulso, éste lesiona a un peatón: la regla sobre prohibición de estacionamiento, no tiene por fin conjurar esta clase de riesgos.

Desde otro punto de vista: si la consideración del incremento del riesgo en el tipo apunta a su disminución o supresión, las normas técnicas que se pretendan

<sup>38</sup> Por ejemplo no parece que merezca la categoría de regla técnica —y mucho menos, generadora de un deber jurídico— la visita que hace el cirujano al paciente cuando éste es trasladado a la habitación. Distinto sería el caso si la omisión incluyera efectuar curaciones o indicaciones terapéuticas, si esa ausencia se realizara en un daño a la salud.

<sup>39</sup> Curioso destino el de la palabra “dogmática”, que sirve para expresar tanto la absoluta falta de razones, como una estrategia hermenéutica que suministra razones. Obviamente, en esa frase se la usa en el primer sentido.

aplicar equiparándolas a normas jurídicas, y éstas mismas, deben resultar *per se* y *ex ante*, dirigidas a ese objetivo y no a otro. Por eso, la ponderación de si una norma vinculada con la seguridad o con la estética, (siguiendo ejemplos que se exponen más abajo) merece ser homologable, ello debe hacerse con independencia del daño comprobado; esa es otra etapa, que depende de otros criterios.

Sólo de este modo se puede apreciar si se cumple la exigencia de la fórmula canónica común de la imputación objetiva de conformidad con la cual el riesgo que se realizó en el resultado debe ser el riesgo que se ha querido conjurar mediante la ejecución correcta de la regla jurídica o legitimada como jurídica.

La exigencia presentada en este apartado se limita a llamar la atención sobre qué merece ser discutido para su homologación: sólo aquella pretensión de validez que *ex ante* se vincula íntimamente con lo que ésta se propone proteger. El fin de protección de la norma juega entonces, sólo para la elección y fundamentación como jurídica de aquella norma que se pretende aplicar, no para constituirse en la clave, para resolver si fue ese riesgo el que se realizó en el resultado.

Expongo aquí los ejemplos a que me refiriera antes: uno, de Reyes Alvarado<sup>40</sup>, sería el siguiente: el padre, dueño de un comercio de pirotecnia, lo deja durante unos momentos a cargo de su pequeño hijo. Un comprador se lesiona al usar un artefacto vendido por el menor. Vale entonces discutir si con ello se incrementó el riesgo, lo que merece una respuesta afirmativa; pero eso no importa la automática imputación al padre de las lesiones si se acreditó que el menor, al efectuar la venta, le había instruido sobre el buen uso del artefacto, y aquél lo desoyó. La infracción del padre no fue la que se realizó en el resultado, aunque en principio podría parecer que sí.

Por el contrario, no parece tener sentido discutir si una herida fue bien o mal suturada desde el punto de vista estético, si el paciente sufrió una complicación lesiva que en nada se vincula con una probable impericia estética.

En suma, el fin de protección de la norma se relaciona con la selección de la regla o reglas a aplicar y su ponderación como apoyo de expectativas de comportamiento normativas, pero en esta instancia, es independiente de si la violación de éstas se realizó o no en el resultado.

## b) Digresión, ubicación y advertencia sobre la posición de garante

Es sabido que las distinciones legales entre tipos dolosos y culposos y de comisión y omisión es complementada por otra que tiene su origen en la doctrina y jurisprudencia —aunque con apoyatura en tipos penales aislados (por ejemplo art. 248 del Código Penal)<sup>41</sup>— que haciéndose cargo de atendibles consideraciones valorativas introdujo la categoría de la comisión por omisión, más tarde omisión impropia<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, cit., p. 195.

<sup>41</sup> Es sabido que códigos de otros países —p. ej., Alemania y España— han sancionado reglas de equivalencia entre la acción y la omisión de evitar la consumación. Nuestro código carece de ella.

<sup>42</sup> Conf. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal...*, cit., p. 225.

En los últimos tiempos parece imponerse una tendencia que tiende a diluir, por una parte, la distinción entre omitir y actuar y por el otro, a ampliar, a través del concepto de competencia, el ámbito de la omisión impropia<sup>43</sup>. Esta tesis sostiene que el delito se produce por defectos en la organización de la propia actuación, que perjudica a una organización ajena (competencia por organización); o por la inobservancia de las normas que estructuran determinada institución (competencia institucional). Esa exorbitancia al ejercer la propia competencia —por defectuosa organización o por desconocer normas institucionales— viola deberes de garante que se deben respetar frente a los terceros, como contrapartida de la libertad de llevar adelante lo que podría ser el plan de vida<sup>44</sup> de cada uno, respetando el de los demás.

Esta tesis, que a través del reconocimiento de competencias, generaliza la garantía de que éstas se han de ejercer en el marco de las que corresponden a esas competencias evitando lesionar planes de vida ajenos, creo que ha producido, especialmente en el ámbito de los delitos culposos, cierta confusión —o tal vez, cierto solapamiento conceptual— entre infracción al deber de cuidado y posición de garante.

Así, si se piensa que en definitiva todo resultado disvalioso para el Derecho Penal es producto de la violación de los deberes que conlleva la ejecución incorrecta de la competencia, pareciera que todos nos encontramos frente a todos en posición de garante ante las organizaciones ajenas: en esa comprensión, la violación del deber no es más que el ejercicio indebido de la posición de garante, es decir, serían las dos caras de la misma moneda. No obstante, debe advertirse que aun para esta tesis amplia, no a todo el que se encuentra en posición de garante se le puede imputar el resultado: durante una intervención quirúrgica, el cirujano, el anestesista, el cardiólogo etc. se encuentran en esa posición, pero no se imputa a todos sino sólo al que haya infringido su deber e incrementado el riesgo que se realizó en el resultado.

Por otra parte, aun si se acepta la universalización en la posición de garante, no por eso se debe obviar la fundamentación del deber de cuidado supuestamente infringido. De otro modo, carecería en absoluto de sentido que el propio Jakobs, en el párrafo transcrito en el punto II.2.a) de éste advirtiera sobre la calidad de “indiciaria” de los “sistemas de regulación no formales”. En efecto, la regla que describe el rol y cuyo incumplimiento emplaza al infractor en garante, debe ser previamente legitimada de acuerdo al procedimiento de validación aquí propuesto, pues de otro modo seguiría siendo un mero indicio. Sólo después de ello y de comprobada la infracción de la norma validada, se podrá

<sup>43</sup> En definitiva, el principio *neminem laederer* es plenamente válido, pero también demasiado amplio para determinar si “la omisión corresponde a la realización del tipo a través de un hacer” (parág. 13 del Código Penal alemán).

<sup>44</sup> Prefiero, aun a riesgo de desvirtuar el sentido originario de palabras como “competencia” y “organización” o de sintagmas como “competencia por organización”, utilizar expresiones menos despersonalizadas —o que tal vez me sean más familiares— como “plan de vida”.

afirmar que hubo exceso al ejercer la competencia y se es, por tanto, garante. No al revés, es decir, nunca afirmar (dogmáticamente) que se es garante y suponer por eso que se excedió la competencia (generalmente, por organización).

Pero si se piensa que sigue siendo válida la distinción entre delito culposo de comisión y delito culposo en omisión impropia, la posición de garante seguirá teniendo sentido como instancia previa que determina la equivalencia entre una infracción de deber activa y otra omisiva.

Un ejemplo —espero— aclarará esto: un estudiante de medicina que presencia una operación quirúrgica desde un balcón elevado respecto del lugar en que se practica la cirugía, deja caer por descuido un objeto que produce daños en un aparato<sup>45</sup>. Este daño agrava la situación del paciente, pues obliga a realizar otras incisiones y maniobras en su cuerpo que le ocasionan nuevas lesiones además de las que debía producir la cirugía originaria. Para la primera tesis, la sola presencia del estudiante en el quirófano, ya lo coloca en posición de garante al obligarle a administrar esa presencia de modo de no causar daño en la organización ajena constituida por el paciente y los médicos. Para la otra posición —que llamaré tradicional— resulta innecesario sostener que el estudiante se encontraba en posición de garante, pues se trata de un delito de comisión: con su “dejar caer” descuidado incrementó el riesgo de lesión, y éste se realizó en el resultado. Como puede advertirse, según la tesis que se adopte —amplia o tradicional— la posición de garante puede o no cumplir alguna función en delitos de comisión culposa (siempre la cumple en delitos de omisión impropia).

Lo que no puede hacerse es utilizar la posición de garante para obviar la fundamentación de la infracción de deber<sup>46</sup>, sea que se la utilice para fijar los límites del actuar correcto —como postula la posición amplia— sea para sustentar la equivalencia entre acción y omisión, si se defiende la tesis tradicional.

Una consecuencia crítica de la tesis amplia, es que hace de cada organización una fuente potencial de peligro para las otras organizaciones, fuente de peligro que hay que conjurar. Esto es coherente con una concepción de la sociedad que la concibe como un campo de interacción de sistemas cerrados

<sup>45</sup> Este caso, describible sin esfuerzo como “dejar caer” —comisión— no requiere que se invoque ninguna regla diversa o adicional a la propia norma que castiga la negligencia culposa (conf. NINO, Carlos, “¿Da lo mismo omitir que actuar?”) del mismo modo que no hace falta ninguna regla adicional a la del art. 79 para castigar a quien dispara contra otro matándolo. Si esto es así, pareciera que la distinción entre delito culposo de comisión y de omisión impropia no depende tanto de su forma de ejecución, sino más bien, de la necesidad de fundamentar especialmente la regla que homologa una omisión a la acción.

<sup>46</sup> Conf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Ensayos penales*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 199 que sostiene que el disparo certero que impactó en otro ha causado científico-naturalmente su muerte por acción, pues ha implicado el despliegue de energía; en tanto que quien no ha impedido esa muerte no la ha causado pues no ha desplegado energía alguna. Evidentemente, en ese caso el criterio propuesto funcionó. Sin embargo, nadie diría que la omisión de cerrar una llave que hubiera impedido el paso de aire (que contiene oxígeno) a un recinto en el que se llevaba a cabo un experimento que exigía su ausencia bajo riesgo de explosión por combustión, no lo ha causado al omitir cerrar la llave.

que, con la pretensión de reducir la complejidad general, comunican emitiendo *inputs* y *outputs*. En esa constelación de sistemas se produce una deshumanización que además de transformar a cada individuo en un haz de roles, postula que éstos se deben cumplir puntualmente para conjurar los riesgos que importa la interacción entre ellos<sup>47</sup>; y en esa interacción sólo se admiten respuestas binarias: correcto/incorrecto.

Esa concepción de la comunicación —que no legaliza mecanismos que habiliten el cambio social sino sólo intercambios de roles estereotipados con una única respuesta: correcto/incorrecto— contrasta con la que postula que las personas emiten cotidianamente acciones con sentido comunicativo (que pueden o no ser habladas) que conllevan pretensiones de verdad, validez y sinceridad que al ser cuestionadas movilizan el mecanismo del discurso destinado a resolver ese cuestionamiento mediante acuerdos racionales en los que triunfe la coerción sin coacción del mejor argumento. De ello se nutre el mundo de la vida.

Es esa fundamentación deshumanizada, casi mecánica —que como se vio, se halla enraizada en la concepción de la sociedad como sistema que no da espacio a la interacción consensuada del mundo de la vida— la que genera la molestia que produce la solución remisoria propuesta en el caso del estudiante de biología que sirve el plato con el hongo que reconoce venenoso, o del ingeniero mecánico que devuelve el auto alquilado que constata que pierde líquido de freno, sin advertir de ello a la locadora que lo vuelve a entregar a un cliente. No obstante, podría reconocerse su validez si se apelara a razones (p. ej. consecuencialistas, como la seguridad jurídica u otras); es decir, siempre que se las considere no como el resultado de la aplicación mecánica de ciertos presupuestos (el cumplimiento del rol), sino como una pretensión de verdad y validez que resulta argumentativamente sustentable.

Pero lo que en todo caso se debe evitar es que, apoyándose en el principio *neminem laedere*, que se extrae de aquella parte del tipo penal que circunscribe el resultado, se deduzca un deber general con el que, si el resultado se produce, se obvia la consideración de él o de los concretos deberes violados, sean éstos negativos o positivos. Esto implicaría ampliar en exceso las normas de la imputación objetiva, pues no tiene en cuenta que es precisamente la infracción de estos concretos deberes y no la de un deber general derivada de la producción del resultado lo que da la estimativa de la infracción que constituye la base de la tipicidad objetiva en esta clase de delitos<sup>48</sup>.

De ahí se pueden propiciar deslizamientos de deberes morales hacia deberes jurídicos, generando posiciones de garante (o equivalencias entre acción

<sup>47</sup> Es lo que denomino con el neologismo des-antropologización.

<sup>48</sup> Conf. WELZEL, Hans, “El resultado ha de ser la realización de la lesión del cuidado”, cita extraída del art. citado en la nota 5 *in fine*, lo que autoriza a sostener que para este autor, la lesión del cuidado tiene que ser autónoma respecto del resultado y no se puede fundamentar en un deber que derive sólo de su producción.

y omisión) que terminen diluyendo fronteras vinculadas con el principio de legalidad; o imponer arquetipos conceptuales (el buen cumplidor del rol) con regusto perfeccionista; o incurrir en variantes del *versari in re illicita*: no hay que olvidar que “deber” es una palabra ambigua que requiere, entre otras cosas, de complementos que determinen su naturaleza, pues se aplica tanto a los deberes jurídicos como a los morales, entre los que se cuenta nada menos que el de solidaridad; y aunque no está dicha la última palabra sobre las consecuencias penales que produce esa falta —y no hay duda de que es preferible vivir en un mundo en el que impere la solidaridad entre los hombres— sí es harto dudoso que esa solidaridad se deba imponer haciendo uso de la sanción penal.

### *III. La realización en el resultado, del riesgo que excedió lo permitido*

#### *1. Generalidades. La llamada causalidad natural*

A partir de que se exigiera para todos los delitos llamados de resultado, que se acredite consistentemente la relación entre éste y la acción —exigencia que antes parece haber estado acotada a ciertos delitos como el homicidio— la interpretación de los tipos penales sufrió una modificación significativa. Esa exigencia abrió paso a la discusión de lo que se sigue llamando “relación de causalidad”, que aun sirve para determinar, de manera primaria si se quiere, los límites del tipo.

Pero las dos teorías que fueron monopolizando la problemática causal, la de la equivalencia de las condiciones y la de la causalidad adecuada, presentaron objeciones que obligaron, desde un principio, a tomar en cuenta correctivos de índole subjetiva y normativa para evitar excesos y defectos por todos conocidos. La aplicación de esos correctivos —en especial, para quienes defendían una policausalidad equivalente que identificaban como lo ajustado a las ciencias naturales— no se condecía con la objetividad que proclamaban para esta exigencia. Quienes sustentaban la posición contraria podían permitirse, sin contradicción, incluir criterios de ponderación, como los que proponía la teoría de la relevancia típica, pero eran insuficientes e imprecisos, y no se prestaban a su sistematización, que recién se intentó, como es sabido, cuando los criterios normativos de la teoría de la imputación objetiva se fueron imponiendo.

Por eso esta teoría es usualmente presentada como proveniente de teorías causales que arrancan, generalmente, con la teoría de la equivalencia de las condiciones, pasa por la teoría de la adecuación, se detiene en la de la relevancia típica, y va adquiriendo perfil propio a partir del trabajo de Richard Honig (1930) “Causalidad e imputación objetiva”<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> Publicado en AA.VV., *Causalidad, riesgo e imputación. 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*, Presentación y traducciones de Marcelo A. Sancinetti con la colaboración de Marcelo D. Lerman y Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

No obstante esa evolución esquemática, aun ahora se afirma comúnmente que el punto de partida de la imputación objetiva remite a la causalidad natural<sup>50</sup>. Los juristas, sin dejar de reconocer las dificultades a que se han visto enfrentados tanto los científicos como los filósofos de la ciencia para precisar que sea eso de la causalidad natural, generalmente han terminado repitiendo, de manera poco crítica, que aquélla se identifica con la posición que reconoce como causal a todas y cualquier condición del resultado, y que ese universo plural permite la habilitación como causa de aquella que, eliminada mentalmente (hipotéticamente), elimina —también mentalmente (hipotéticamente)— el resultado.

En rigor, parece que lo que importa de esta concepción es el punto de partida, esto es, el universo parificado de las condiciones. No obstante, la tesis debe reconocer que ese universo sólo comprende las condiciones conocidas: las que se ignoran no pueden, lógicamente, integrarlo, con lo que peca claramente por defecto. Pero además, peca también por exceso, porque o lo extiende a una ploideterminación ilimitada, o bien tiene que apelar a una limitación más o menos arbitraria del universo de partida.

## 2. *La causalidad natural: lejos de la claridad conceptual que se le asigna*

De ninguna manera resulta claro qué significa esa remisión a la supuesta causalidad natural. Dejando de lado la multiseccular discusión de si se trata de una cuestión ontológica (perteneciente al ser) o de una categoría de nuestro intelecto, filósofos de la ciencia como Mario Bunge, ya en el prefacio de su clásica obra sobre el tema<sup>51</sup> afirma: “(...) el principio de causalidad no constituye ni una panacea ni una superstición; (que) la ley de causación es una hipótesis filosófica que se utiliza en la ciencia y que tiene validez aproximada en ciertos terrenos donde compite con otros principios de determinación”<sup>52</sup>. A esta afirmación la ha complementado, de alguna manera, Carlos Nino quien advierte sobre las dificultades que ofrece tener que definir el mismo punto de partida de la causalidad: el estatus lógico del enunciado según el cual “todo evento, incluso las acciones humanas, tiene una causa”<sup>53</sup>. Como respuesta identifica tres posiciones principales: (i) la que lo concibe como un postulado perteneciente a nuestro esquema conceptual que nos permite entender el mundo; (ii) como una hipótesis empírica universal contrastable por la experiencia, pero que por esta característica, imposibilita saber qué enunciados la falsarían (pues siempre

<sup>50</sup> Conf. BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal...*, cit., p. 271.

<sup>51</sup> BUNGE, Mario, *Causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*, Buenos Aires, Eudeba, 1965, p. 15.

<sup>52</sup> Vale la pena el análisis que hace al respecto Enrique Bacigalupo, como ponente en la sentencia del Tribunal Supremo Español del 23/4/1992 (sobre el caso del aceite de colza), que reproduce parcialmente en el libro citado en nota 38, ps. 260 y ss.

<sup>53</sup> Conf. NINO, Carlos S., *Los escritos*, vol. 3, Buenos Aires, Gedisa, 2007, p. 108.

cabría sostener de aquel que lo haga, que aun no se encontró la causa) o (iii) como un principio regulador de la investigación que insta a los científicos, para que busquen la causa de todo evento.

### 3. *Búsqueda y fundamentación de límites en el tipo objetivo de los delitos culposos*

a) Como se dijo, la dogmática no incluyó el riesgo en su problemática conforme éste fue incrementándose —pese a que se trata de un componente básico e insoslayable de la moderna vida social con clara tendencia a aumentar<sup>54</sup>—, sino que irrumpió en ella tardíamente; y también que esa inclusión del riesgo provocó una sutil redefinición en los tipos penales, que incidió especialmente en los verbos que describen las acciones típicas. En ella influyó también la trascendencia asignada al desvalor de acción, y la progresiva autonomía que fueron adquiriendo las palabras con que se construyen los tipos penales frente al uso en otras disciplinas o, inclusive, frente al propio lenguaje ordinario. Este proceso, que se suele denominar con el impreciso nombre de “normativización”, se afianza apelando a la constelación de deberes —a veces dudosamente válidos<sup>55</sup> y escasamente explícitos—, que subyacen en las acciones que prohíben y ordenan cumplir las normas penales<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Incluyo aquí dos citas que me parecen ilustrativas de este fenómeno y que parecen complementarse: dice Bauman, Zygmunt, *Mundo consumo*, Buenos Aires, Paidós, 2010, p. 33, “la incertidumbre es el hábitat natural de la vida humana, pero es la esperanza de huir de la incertidumbre la que constituye el auténtico motor de nuestros empeños”; y JAKOBS, G., *Derecho penal...*, cit., p. 963, sostiene “el concepto de riesgo es hijo de la incertidumbre y la incertidumbre es hija de los límites del conocimiento (...)”.

<sup>55</sup> Como el deber de verdad que se suele sostener que debe cumplirse ante el fisco, y que no encuentra correlato ni en la ley ni en otras situaciones —como p. ej., derivadas del derecho alimentario entre familiares directos— en que no conozco que se postule la existencia de un deber irrestricto de decir verdad, como ocurre con respecto al fisco.

<sup>56</sup> Según Klaus Günther, ha generado “una pluralidad de deberes indeterminados de organizar el uso de una libertad llena de riesgos, de modo tal que se eviten puestas en peligro y lesiones de bienes jurídicos” Conf. GÜNTHER, Klaus, “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber ¿un cambio de paradigma en el derecho penal?”, en *Estudios de derecho penal*, Granada, Comares, 2000, ps. 489 y ss. “(...) para soportar la carga de fundamentación del cambio de paradigma dogmático... [cambio al que alude el título del trabajo y que resulta contrario a] (...) ceñirse a lesiones o puestas en peligro concretas del objeto de protección (aparecen) infracciones de deberes de profesión, función u oficio, vulneración de los compromisos que se derivan de la familia o el matrimonio, incumplimiento de obligaciones asumidas en negocios jurídicos (deslealtad), así como ‘la lesión de deberes generales que se derivan de la posición del autor como miembro o huésped de la comunidad del pueblo alemán’ (deber de denuncia de delitos, deber de defensa, de prestación de socorro, alta traición). Si se manejan estos delitos como centro sistemático, aparece como factor común de todos los delitos la infracción de deberes comunitarios primarios”. Y agrega a continuación: “Esto se muestra de modo especialmente claro en el prominente grupo de los delitos de comisión por omisión, los cuales, como consecuencia de la definición del delito como la vulneración de un deber pierden su posición excepcional y se convierten en un factor integrante, ejemplar para la dogmática de las restantes clases de delito” (con cita de Schaffstein). Debe señalarse que el trabajo adopta un tono más

b) Sobre estas bases se operó cierto cambio en el fiel de las definiciones de los verbos típicos, al advertirse que lo que se debía conjurar era el riesgo de que se produjeran resultados disvaliosos, no ya —o no sólo— los resultados en sí<sup>57</sup>. De ese modo “matar”<sup>58</sup>, por ejemplo, definido como “quitar la vida”<sup>59</sup> —acción que se representa fuertemente en el imaginario corriente por una persona muerta más que por el riesgo de que se conduzca hacia la muerte— por efecto de la inclusión del riesgo junto al resultado, ha derivado sutilmente su significado hacia “evitar que se eleve un riesgo (el de muerte u otro) por encima de lo permitido”. Lo mismo podría afirmarse de otros delitos de resultado o de peligro concreto<sup>60</sup>.

En este trabajo sólo se trata esta cuestión con relación a los delitos cometidos por culpa, que es en los que más parecen advertirse las modificaciones resultantes de la inclusión del riesgo en las acciones típicas<sup>61</sup>.

c) Esa inclusión conlleva el riesgo de una mayor amplitud e indeterminación en las acciones típicas, ya que puede implicar una expansión del sentido de lo que éstas connotan, consecuencia de considerar el incremento del riesgo y no sólo el resultado. Así, las prohibiciones concretas resultantes de verbos de acción como matar, lesionar, estragar (“cometer estrago”) etc., que poseen un significado compartido por siglos<sup>62</sup>, podrían transformarse en las formula-

---

bien descriptivo que crítico; sin embargo, es imposible no advertir el énfasis puesto en vincular a integrantes de la Escuela de Kiel con la creación indeterminada de deberes.

<sup>57</sup> Lo expone así, Y. Reyes Alvarado “(...) si (...) se entiende correctamente a la imputación objetiva como la teoría que permite establecer lo que para el Derecho Penal es una conducta lesiva de los intereses sociales, es decir, como el núcleo de la acción penalmente relevante de la cual forma parte no sólo un resultado sino además el imprescindible aspecto de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (...)” (REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, cit., p. 78).

<sup>58</sup> Como ha hecho notar Carlos Nino, “matar”, como muchas de las acciones típicas, se describen en términos de efectos causales y no abre juicio sobre si se mató fortuitamente, con dolo o culpa. (conf. NINO, Carlos, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, Eudeba 1ª, p. 58).

<sup>59</sup> DRAE, 22ª ed. p. 1466.

<sup>60</sup> No parece que los de peligro abstracto, como riesgos tipificados que son, puedan plantear problemas de esta índole.

<sup>61</sup> Así p. ej. en el prolijo fallo del Tribunal Oral N° 1 en que se juzgó la muerte de una menor acaecida en un natatorio (fallo “Storchi, Fernando M. y otros s/homicidio culposo”), me vi obligado a sostener críticamente que “(...) el razonamiento del fallo podría reconstruirse conceptualmente de la siguiente forma: ‘todo garante que no realiza algo de lo mandado para disminuir el riesgo que conlleva una fuente de peligro al nivel tolerado, es penalmente responsable si se concreta algún resultado prohibido, aun cuando la producción de éste se impute a las infracciones de deberes de otros garantes que de modo directo e inmediato debían conjurar —no ya disminuir— esas fuentes de riesgo’.

<sup>62</sup> Ver cita de Borges en nota 19. No obstante sentirme fuertemente identificado con la bella definición borgeana y con la cita de la minoría de la CS en “Valerga” sobre palabras e interpretación que parcialmente transcribo: “[q]ue dentro del alcance semántico de las palabras empleadas por el legislador para elaborar una disposición legal puede haber un sentido que extienda el ámbito de lo prohibido junto a otro que lo limite o restrinja, quedando en consecuencia a merced del intérprete la elección de alguno de ellos....Que en materia penal la efectiva opera-

ciones necesariamente más laxas de la imputación objetiva, sea como “prohibiciones de incrementar el riesgo de (...), o como deberes de evitar el riesgo de (...)”. Debe tenerse en cuenta que esto no es el producto de ponderaciones legitimadas por el poder constitucional competente, sino consecuencia de una progresiva, constante y coherente redefinición de las palabras de la ley, elaborada por la doctrina y aceptada por la jurisprudencia, especialmente alemanas.

d) Esa posible expansión conceptual de lo connotado —fruto de la inclusión del riesgo— no debe proyectarse más de lo debido a aquello a lo que el término se aplica<sup>63</sup>, a lo denotado, porque eso importaría incurrir, en caso de que se lo hiciera, en una interpretación extensiva contraria al principio de legalidad penal.

Por eso se debe ser muy estricto exigiendo, en lo que constituye una suerte de conclusión del presente trabajo que no dudo que Andrés D’Alessio suscribiría:

i) que la desaprobación que incrementa el riesgo por encima de lo permitido, sea una verdadera desaprobación jurídica u homologable a tal por procedimientos discursivos, y no una mera desaprobación fáctico-técnica o social;

ii) que la finalidad de ésta sea, precisamente, la de disminuir o impedir el riesgo de lesión de ese bien y no de uno diverso<sup>64</sup>;

iii) se debe ser especialmente riguroso en exigir que se impute a quienes hayan efectivamente creado el riesgo desaprobado que se realizó en el resultado y no a cualquier otro;

iv) en especial, no se tiene que incurrir en la atribución de deberes genéricos, imprecisos o ambiguos, tales como “(...) evitar cualquier peligro que pudiera acrecentar el riesgo (...)”, que terminen conduciendo a una noción extensiva de la autoría, rechazada de antiguo para el delito doloso o imputar autoría sobre la base de afirmaciones genéricas del estilo de que se tiene así como “(...) la posibilidad y el deber, en virtud de la responsabilidad institucional, de instrumentar las medidas y (...) cumplir con la obligación de seguridad... y de ese

---

tividad del principio de legalidad impone la necesidad de practicar una hermenéutica que, basada en las palabras utilizadas para la elaboración del tipo penal, resuelva las dudas interpretativas en la forma más limitativa de la criminalización. En consecuencia, la opción en favor de una exégesis que amplifique el ámbito de la prohibición penal compromete ciertamente la garantía que implica el *nullum crimen sine lege* y, por ello, resulta preferible la elección de la interpretación más restrictiva de la punición en la medida en que, además, no provoca en el caso una consecuencia ridícula o absurda”, no se me escapa que esa posición puede resultar anacrónica a la luz de los tiempos que corren, producto de la mayor complejidad social e inventiva humanas.

<sup>63</sup> Conf. WOLFRAM, Sybil, “Sobre denotación y connotación”, en HONDERICH, Ted (editor), *Enciclopedia Oxford de filosofía*, cit., p. 242, que atribuye la distinción a MILL, J. S., *A system of logic*, Londres, 1843.

<sup>64</sup> La desaprobación jurídica —o equiparable por procedimientos que aseguren desarrollos argumentativos en lo fáctico y lo normativo— es la única que puede generar deberes que completen el tipo.

modo conjurar los peligros que podían originarse (...) por el incumplimiento de dichas reglas de cuidado”<sup>65</sup>.

e) Si se considera que el principio de legalidad penal debe preservarse en el ámbito de la imputación objetiva, no debería imputarse a todo el que infringió un deber de cuidado e incrementó el riesgo, sino estrictamente a aquél o a aquéllos que crearon el riesgo que se realizó en el resultado.

Para eso, la primera y fundamental pregunta que debe responder una teoría que pretenda vincular un fenómeno acaecido con las circunstancias humanas que intervinieron en su producción, es determinar por qué se produjo éste.

En nuestra cultura, que ha desterrado oficialmente el pensamiento mágico<sup>66</sup>, lo que debe buscarse es una explicación<sup>67</sup> que permita dar cuenta racional de los datos fácticos y normativos que sirven de antecedente al fenómeno acaecido: la propia teoría guía la selección de esos datos fácticos y normativos, y sus pretensiones de verdad y validez<sup>68</sup> se deberán acreditar en el curso del proceso judicial.

Esos datos, a su vez, deben subsumirse bajo ciertas leyes o hipótesis legaliformes provenientes de disciplinas naturales o humanas, que son las que suministran racionalidad a la conclusión explicativa a que se arribe<sup>69</sup>. Y a ellas no son ajenas otras tomas de posición que sustentan principios como los de última ratio y derecho penal mínimo.

f) No hay duda de que en casos complejos, en los que intervienen diversos infractores, se presentan dudas acerca de a quién o a quiénes de los vinculados se debe imputar el acontecimiento. He partido de una posición restrictiva que aún me sigue pareciendo valorativamente más racional: el deterioro cultural y humanístico que se observa no puede paliarse o sustituirse con incrementos indiscriminados de punición, sino todo lo contrario: sólo deberá ser imputado aquél o aquéllos cuya intervención sea indispensable para obtener una explicación exhaustiva y concluyente del resultado acaecido de modo que una vez

<sup>65</sup> Estos párrafos están tomados de la fundamentación que utilizó el Tribunal Oral nro. 1 para condenar al presidente de la “red Megatlón” y a su colaborador Giraldi en la causa “Storchi y otros s/homicidio culposo de la menor FAMR”.

<sup>66</sup> Para comprender modelos de pensamiento mágico ver, p. ej. el clásico libro de FRASER, *La rama dorada*, México, Fondo de Cultura Económica, Décima reimpresión, 1991.

<sup>67</sup> Conf. G. Jakobs (JAKOBS, Günther, *Derecho penal...*, cit. 7/78, p. 273). Reyes Alvarado cita expresamente a Jakobs en nota 275. Como ya se dijo, en la traducción de Jakobs al castellano se dice: “aclarar el daño”, y no “explicar el daño”. La identidad de significados entre aclarar y explicar, además de surgir del contexto, se hace más evidente cuando dice: “si no se necesita uno de estos datos (para aclarar el daño), no se ha realizado la relación no permitida”.

<sup>68</sup> La pretensión de sinceridad refiere un dato subjetivo. Las manifestaciones objetivas que puedan revelarla (por ejemplo, el acto de habla que exprese ausencia o imposibilidad de conocimiento) no es objeto de análisis en esta instancia.

<sup>69</sup> Creo que G. Jakobs se remite a ella cuando dice: “Importa sólo saber si un comportamiento ha condicionado un resultado (conforme a una ley causal), lo que ha de juzgarse con ayuda de la experiencia general o de expertos” Conf. JAKOBS, Günther, *Derecho penal...*, cit., p. 229.

explicado se transforme en algo que debió haber ocurrido así y no de otra manera<sup>70</sup>. Por eso en un trabajo anterior, ya citado, proponía un complemento de la tesis de Günther Jakobs sobre el punto, y que Yesid Reyes Alvarado reinterpreta con singular claridad, ampliándola con aportes de la epistemología en ciencias naturales afirmaba que se debía imputar el hecho o estado de cosas que se considere concreción del resultado, sólo a aquél —o aquéllos— sujetos cuya actuación violatoria del deber que generó el riesgo desaprobado sea la que permita explicar y fundamentar el resultado concreto acaecido. La explicación se fundamenta, cuando además de hacerse explícitos los datos empíricos y normativos que son sus antecedentes singulares relevantes —se agregan las regularidades legaliformes, teóricas y de experiencia, que bajo la forma de explicaciones sobre el funcionamiento del universo o de un sector de la realidad, permiten unir deductivamente los enunciados singulares del caso concreto<sup>71</sup> bajo la racionalidad, precisamente, de esa regularidad legaliforme. De este modo se logra una explicación “suficientemente corroborada”<sup>72</sup>. Y agregaba que si el hecho fue correctamente explicado, se advierte que resulta reversible: el mismo conjunto de datos relevantes y regularidades legaliformes que lo explican, también permiten predecir que si concurren los datos relevantes y las regularidades que los unen y racionalizan<sup>73</sup>, éste resultado se producirá: la explicación, la fundamentación y la predicción se cierran en una relación compleja que incluye lo que hay que incluir y excluye lo que hay que excluir para explicar el caso de modo que resulte suficientemente corroborado. En suma, no se trata aquí más que de adaptar y proyectar las reglas del modelo de explicación nomológico deductivo aceptado en ciencias, no sólo a la causalidad, sino también a la imputación jurídica objetiva.

<sup>70</sup> Creo que Yesid Reyes Alvarado propone esta solución, pero por la negativa, a partir de la supresión hipotética del riesgo desaprobado; entonces, esa supresión impide explicar el resultado. Dice así: “Cuando sin la conducta generadora de un riesgo desaprobado es imposible explicar el resultado penalmente relevante, estaremos en presencia de un comportamiento que, habiendo producido un riesgo jurídicamente desaprobado, se realizó en el resultado”.

<sup>71</sup> Klimovsky (cit., p. 251) lo completa y expone de este modo: “no se pueden explicar sucesos describiendo meramente enunciados singulares. El que explica, explícita o implícitamente, tiene que hacer referencia a conocimiento teórico, ya sea porque éste implique regularidades, ya sea porque construya un modelo general del funcionamiento del universo o de un sector de la realidad”. Este modelo, enunciado como de Hospers, Hempel y Popper —aunque se lo conoce más como hempeliano— presupone: “a) que una explicación es siempre una deducción; b) que lo que se deduce es la proposición que expresa el hecho que se quiere explicar; c) que entre las premisas empleadas para la deducción deben figurar leyes” (en el sentido, más bien, de regularidades legaliformes). (cit., p. 247)”.

<sup>72</sup> Respecto del modo que reformula esta exigencia, ver Klimovsky (cit., p. 245).

<sup>73</sup> Conf. KLIMOVSKY, cit., p. 255. Jakobs (JAKOBS, Günther, *Derecho penal...*, cit., p. 274) dice: “Se trata de invertir el proceso que se sigue en la formación de riesgos (no permitidos)... de acuerdo con la experiencia, de un complejo de condiciones conduce a definir las prospectivamente como un riesgo, en la realización del riesgo se aclara el resultado retrospectivamente con la concurrencia del riesgo”.



## EL DELITO IMPRUDENTE DESDE LA PERSPECTIVA DE LA IMPUTACIÓN A LA LIBERTAD\*

Por EDGARDO ALBERTO DONNA

### INTRODUCCIÓN

Participar en el homenaje al Profesor Andrés D'Alessio es, sin duda para quien esto escribe, un acto de gratitud. Andrés fue quien con su conducta como Decano de la Facultad de Derecho posibilitó mi llegada a Catedrático como profesor de la Universidad de Buenos Aires. Además siempre lo consideré un amigo y creo no equivocarme, él también. Juntos participamos en comisiones de reformas con el encanto de creer en ellas, y tuve el honor de haber sido el último de los profesores que le honró en vida presentando su último libro. Si alguien merecía un homenaje ese es Andrés, por eso este libro es un acto justo.

### I. LA FUNDAMENTACIÓN DE LA PUNICIÓN DEL DELITO IMPRUDENTE. LA NORMA, DEBERES OBLIGACIÓN (INCUMBENCIA)

Kant decía: “una transgresión realizada sin dolo, que no obstante puede ser imputada, se llama simple culpa”<sup>1</sup>. Para ello se sigue el mismo camino de la acción libre, pero en la causa.

\* Además de la bibliografía general que se cita en el texto, se ha tenido en cuenta: DUTTE, Gunnar, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001; DÄBRITZ, Jessica, *Die Bestimmung strafbaren fahrlässigen Verhaltens in der Forschung am Beispiel ärztlicher Humanerprobung*, Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 2004; HAFT, Fritjof, *Strafrecht AT 8*, Auflage C.H. Verlag Beckm, Munich, 2008, ps. 160 y ss; NOLL, Peter - TRECHSEL, Stefb, *Swezerig die Strafrecht AT*, 2ª ed., Schutthess Olygraphischer Verlag, Zurich, 1998, p. 222; WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, traducción de 11ª ed. alemana, 4ª ed. castellana, por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Jurídica de Chile, Santiago, 1993, ps. 157-8; KAUFMANN, Armin, “El delito culposo”, traducción de Moisés Moreno H., en *Nuevo pensamiento penal*, Depalma, Buenos Aires, año 5, 1976, p. 467; ROMEO CASABONA, Carlos M., “El tipo de lo injusto del delito de acción imprudente”, en *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*, Coyoacán, 2007; CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, t. II, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2006.

<sup>1</sup> KANT, MdS,AA,VI, p. 224, citado por SÁNCHEZ OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2009, p. 535.

Existen deberes que tienen que ver con el imperativo categórico y obligaciones que tienen relación con el imperativo hipotético. Ahora bien la obligación surgía del mandato, contenido en la norma. Cuando existe un mandato normativo que prohíbe algo, como por ejemplo el “no debes matar”, que prohíbe acciones u omisiones de manera incondicionada dirigidas a la muerte de otro ser humano. Pero este mandato tiene además la finalidad de impedir que se quite la vida de otra persona aunque no sean acciones dolosas, siempre y cuando ello pueda ser evitado. Hruschka deduce de la llamada norma primaria de conducta, una norma secundaria que conlleva el aumento del ámbito de lo prohibido y de lo que se manda<sup>2</sup>.

Además, existen las llamadas definiciones nominales sintéticas, de las cuales se afirma que “las distintas obligaciones se comprenden en relación con la posibilidad de una unión con un fundamento sintético, esto es, con los mandatos y las prohibiciones primarios. O más sintéticamente las llamadas obligaciones pueden ser deducidas de manera sintética de los deberes jurídicos. Y también es bueno recordar el ejemplo del bañero. Éste tiene el mandato primario de sacar del agua al bañista que se está ahogando. Pero también y en relación con ello, debe estar atento al peligro que amenaza a otras personas que se bañan. Hruschka decía que este segundo mandato no está implícito en el primer mandato —salvar vidas— de modo que no puede sacarse a través de un puro juicio analítico. La unión se da en este caso a través del juicio sintético que no sólo se muestra como plausible, sino como fundante.

La prohibición y el mandato tienen como directa la prohibición expresa de realizar conductas que lleven a la lesión de determinados bienes jurídicos. Se trata de la norma primaria y es sin duda un imperativo categórico. De este imperativo categórico surge pues un deber que es el que fundamenta los delitos dolosos.

Junto con este deber se deducen una serie de mandatos: a) el de poder mantener las alternativas a la acción prohibida, b) el mandato de no realizar las alternativas posibles, que llevarían a que un acontecimiento constituya un actuar prohibido<sup>3</sup>. De cada uno de los mandatos se puede deducir: a) La prohibición de provocar la imposibilidad de cumplir el mandato, b) el mandato de conservar, en caso de peligro, la posibilidad de cumplir con el mandato, c) el mandato de mantener la posibilidad de realización del mandato, en tanto esa posibilidad subsista. Se trata en el caso de los mandatos de la llamada imputación extraordinaria.

La distinción entre deber y obligación posibilita fundamentar la responsabilidad a título del delito imprudente. El ejemplo traído es el del médico, que ha cometido un error inconsciente, que ha llevado a la muerte del

<sup>2</sup> HRUSCHKA, Fest, *Bockelman*, citado por JUBERT, Ujala J., *La doctrina de la actio liberae in causa en derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 139

<sup>3</sup> JUBERT, Ujala J., *La doctrina...*, cit., p. 141; HRUSCHKA, Fest, *Bockelman*, cit., ps. 398/399

paciente. La muerte sólo le podrá ser imputada al médico, si conocía realmente la situación de peligro que su conducta implicaba para la víctima (infracción de deber). Si no conocía tal peligro no se le podrá imputar aquel resultado. “Cabría según esta posición, una segunda posibilidad para fundamentar la responsabilidad de este médico. En efecto, la incapacidad del médico podría ser fruto de la lesión imputable de una obligación: todo médico al cual se le solicitan sus servicios está obligado a tener unos conocimientos actualizados en medicina, por lo menos en su ámbito de actuación. Si ha infringido esta obligación de forma imputable, entonces no habrá ningún problema para imputarle la lesión de la “obligación de conocer”, y, en consecuencia, por medio de una imputación extraordinaria, de hacerle responsable de alguna forma del resultado producido”<sup>4</sup>.

Existe una obligación que es la de mantenerse actualizado en su ciencia, de modo que si ha violado esta obligación de manera que le sea imputable, la muerte será responsabilidad suya, pero por la imputación extraordinaria. Volvamos al ejemplo del bañero. Este realiza el tipo de homicidio imprudente ya que infringe el imperativo de salvar vidas y no se le castiga por el descuido o falta de atención. No hay en la ley penal ningún precepto que penalice la falta de atención<sup>5</sup>.

Es que en el tipo imprudente la llamada infracción del deber de cuidado, “que se basa en la falta de atención o distracción no contiene infracción de deber alguno (es decir no infringe ninguna norma primaria o imperativo categórico), sino que debe interpretarse como lesión de una obligación (en otras palabras, infracción de una norma secundaria o de un imperativo hipotético). Hruschka entiende que técnicamente, es incorrecto decir que al bañero se le castiga por haber infringido el deber de prestar atención”<sup>6</sup>.

Estas ideas son retomadas, ahora, por Sánchez Ostiz, que a lo que se ha venido llamando obligaciones, las titula como “incumbencia” (*Obliegenheit*), que es un sucedáneo (*Surrogat*) de la imputación ordinaria, ya que ella no es posible por no darse los requisitos. Dice Sánchez Ostiz que la “incumbencia”, “viene a designar, no un deber —que de existir, fundamentaría la imputación ordinaria—, sino una condición para el cumplimiento de prohibiciones y prescripciones. La traducción castellana menos inidónea que propongo es la de incumbencia. Dicha expresión posee en castellano cierta tradición, y abarca un campo semántico próximo al de deber, sin identificarse con él. Aunque en ocasiones se ofrece como traducción la de obligación, conviene diferenciar incumbencia y deber”<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> JUBERT, Ujala J., *La doctrina...*, cit., p. 142

<sup>5</sup> JUBERT, ibídem; HRUSCHKA, Fest, *Bockelman*, cit., p. 325

<sup>6</sup> JUBERT, Ujala J., *La doctrina...*, cit., ps. 144/145

<sup>7</sup> SÁNCHEZ OSTIZ, *Imputación...*, cit., ps. 535/536

Pues bien la incumbencia no se trata de un deber que exige el dolo en el actuar del agente. El destinatario de la norma debe adecuar su acción a la regla específica para no realizar actos dolosos, pero además debe mantenerse en condiciones de cumplir con lo prescripto o prohibido en la regla en cuestión. Luego, existen contenidos secundarios de la norma cuyos fines no son otros que hacer posible el cumplimiento de los deberes primarios. Por eso se afirma que se trata de “normas” jurídicas, que al ser violadas traen como consecuencia la imposibilidad de cumplir en momento oportuno el deber. De allí la sanción por su incumplimiento. “Las incumbencias tendrían por función no la de impedir primaria y directamente la infracción de una regla de conducta, sino la de asegurar la capacidad de evitar que se precise en cada caso para impedir la infracción de la respectiva regla. Que ello esté previsto por el ordenamiento jurídico como delito imprudente, con o sin atenuación de la pena, es otra cuestión”<sup>8</sup>.

Aparece pues el problema del deber de cuidado. La crítica a esta formulación, la sostenía Sánchez Ostiz: “se ha hecho común referirse a la imputación de responsabilidad penal en casos de imprudencia como supuestos de infracción del deber de cuidado. De esta manera se identifica una fuente de responsabilidad propia y a veces autónoma, el deber de cuidado. Sin embargo, esta solución, aún siendo gráfica puede incurrir en un defecto de argumentación”. Se trata entonces de una imputación extraordinaria en dos aspectos. Sucede en casos no ordinarios y tiene su base en requisitos comunes, por una parte, es una excepción a la imputación por dolo. “Operaría como regla-excepción”<sup>9</sup>. Para poder garantizar esta violación con penas, se requiere que se actúe en condiciones fácticas y jurídicas. “Con otras palabras, hay que asegurar que el agente conozca los datos de los hechos y la norma en cuestión, así como pueda actuar y actuar conforme a la norma”<sup>10</sup>. Esto lleva a que aparezcan incumbencias que hagan desaparecer la imputación, como el error vencible de tipo y sobre la antijuridicidad y la *actio libera in causa*. Lo que se busca es que se respete la posibilidad de tener su libertad de acción siempre que llegado el momento de cumplir el deber esté en condiciones de hacerlo. La incumbencia pertenece al ámbito de las reglas de conducta y no al de las reglas de imputación. De este modo el ciudadano cuenta con la libertad de acción siempre que no se ponga en condiciones de cumplir con el deber o de afectar a terceros de manera inimputable<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> SÁNCHEZ OSTIZ, *Imputación...*, cit., ps. 540/542

<sup>9</sup> SÁNCHEZ OSTIZ, *Imputación...*, cit., p. 544

<sup>10</sup> SÁNCHEZ OSTIZ, *Imputación...*, cit., p. 551

<sup>11</sup> ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlín, 1930, ps. 280/281, citado por SÁNCHEZ OSTIZ, *Imputación...*, cit., p. 552

## 2. *El concepto de acción*

Debemos insistir en que en la estructura de la norma, el concepto de acción que se utiliza tanto para el tipo doloso, como para el imprudente es igual: se trata de la acción libre del sujeto<sup>12</sup>. En este aspecto, ha sido importante la concepción del injusto, que dejó de lado la consideración meramente objetiva del injusto imprudente, que se basaba en la sola causación naturalística del resultado por parte del autor<sup>13</sup>. Con ello, el injusto personal entra a tener decisiva importancia. El resultado tendrá que ver con el autor, como una obra propia. La norma se dirige, como hemos visto, a evitar la lesión al bien jurídico, que en este caso se realiza mediante una acción imprudente<sup>14</sup>.

La acción en el hecho imprudente debe ser entendida como una conducta libre, que puede dominar la causalidad, pero cuyo fin no tiene por objetivo la realización de un hecho típico, el que solo tiene lugar en caso de que se viole el deber de cuidado objetivo. En consecuencia no hay posibilidad de la existencia lógica de un doble concepto de acción. Así, por ejemplo, la dirección final —que, en el caso del médico, es curar al paciente—; el problema está, entonces, en los medios elegidos para llegar al fin que se proponía. La necesidad de apreciar el curso total de la acción es de aplicación a las diversas formas de aparición del hecho punible.

El delito imprudente se trata esencialmente de una acción final libre de la que sólo un segmento adquiere relevancia para el Derecho penal, fracción para cuya trascendencia normativa-penal deberá indagarse primariamente en el contenido de la voluntad del agente, sin la cual es imposible determinar, ya en el tipo penal la posibilidad de imputar el resultado. En tanto la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigirlo, consiguientemente, al logro de un objetivo conforme a un plan, el eje central de la acción final es la voluntad consciente del fin, rectora del acontecer causal<sup>15</sup>. Debe quedar perfectamente claro: el abordaje en uno y otro tipo de lo injusto es realizado desde perspectivas diferentes; en lo ilícito doloso la óptica analítica se centra en el fin en cuanto tal, mientras en el ámbito de la imprudencia lo relevante se asienta en la ejecución final concreta.

La cuestión es sencilla de explicar, y creemos que ya lo hemos hecho, especialmente en el Tº I de nuestra parte general, especialmente en la idea de la imputación a la acción libre, en donde es claro nos hemos separado de la

<sup>12</sup> Véase DONNA, *Derecho penal. Parte general*, t. I, ps. 29 y ss., y t. II, ps. 164 y ss., especialmente ps. 172 y ss.

<sup>13</sup> WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Walter Gruyter, Berlín, 1969, ps. 127 y ss.

<sup>14</sup> SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José L., *Teoría del delito imprudente*, Civitas, Madrid, 1991, ps. 169 y ss.

<sup>15</sup> WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2001, ps. 41-42;

posición de Welzel. Si el sujeto dirige la causalidad hacia un fin, es obvio que esa dirección debe ser hecha cuidando los bienes jurídicos, de allí que en el delito imprudente se analice esa parte de la conducta del sujeto, que como se dijo viene al violar una obligación —incumbencia— y que le coloca en situación de no poder comportarse de acuerdo a lo que se exige. De allí que nada se puede decir jurídicamente de un mero proceso causal, es más el proceso causal, como bien se explica, es una forma de imputación débil, sin consecuencias jurídicas. “La voluntad de la acción, esto es, la ‘finalidad’, tiene aquí incluso una gran importancia práctica, porque sólo a través de la misma es posible, en suma, determinar la acción respecto a la cual debe examinarse la infracción del cuidado debido. Precisamente debe siempre aclararse qué comportamiento voluntario del autor debería no haber tenido lugar, y el contenido de la voluntad influye en el grado del desvalor de acción”<sup>16</sup>. Sin la finalidad no se daría suceso alguno dominado por la voluntad, y sin el contenido de la voluntad no podría determinarse en absoluto qué debe ser objeto de análisis de la contrariedad al cuidado debido<sup>17</sup>.

Entonces es obvio que la voluntad del autor debe jugar algún papel ya en el tipo penal. Si hay tipo objetivo, debe haber en el delito imprudente un tipo subjetivo. La cuestión está en determinar cuál es su contenido<sup>18</sup>.

### 3. Análisis introductorio del tipo imprudente

Köhler conceptúa al delito imprudente afirmando: “El tipo del delito imprudente comprende los elementos generales y especiales de la infracción al

<sup>16</sup> HIRSCH, “Sobre el injusto en el delito imprudente”, en RDPC, 16, 2005; “La antijuridicidad en el delito culposo”, en DONNA, Edgardo (dir.), *Revista de derecho penal*, 2002-2, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 65; GIL GIL, *El delito imprudente*, Barcelona, Atelier, 2007, p. 27 se muestra en desacuerdo con la idea de reclamar relevancia de una parte de la finalidad, lo que por otra parte considera insuficiente, pues en su opinión se dejarían fuera los casos en que el medio descuidado o la forma descuidada de utilización del medio, no haya sido elegida conscientemente (determinados supuestos de imprudencia inconsciente); y, por ello, concluye, no pertenecen a la finalidad. Al respecto, Cerezo explica que en los tipos de los delitos imprudentes se compara la dirección finalista real con la dirección finalista exigida por el derecho. Si se parte del concepto finalista de la acción y se lo considera imprescindible para conocer cuál es la acción realizada por el sujeto y para identificar la norma de cuidado aplicable —a partir de lo cual se construye el tipo imprudente—, entonces no puede “negarse, sin embargo, la relevancia de la finalidad para el tipo de los delitos imprudentes, aunque dicha relevancia sea concebida de un modo diferente”; CEREZO MIR, José, “Prólogo”, en GIL GIL, *El delito imprudente*, cit., p. 15.

<sup>17</sup> HIRSCH, “La disputa sobre la teoría de la acción y de lo injusto”, especialmente en su reflejo en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, en HIRSCH, *Obras completas*, t. II, Rubinzal Culzoni, 2000, p. 115.

<sup>18</sup> No es este el lugar de tratar el tema. Véase DONNA, *Derecho penal...*, cit., t. V, en prensa.

deber de cuidado objetivo y la conciencia subjetiva de la acción peligrosa de la cual resulta la lesión típica (el peligro) no dolosa<sup>19</sup>.

Con ello tenemos todos los elementos del tipo imprudente sobre el cual hemos de trabajar, esto es con un tipo objetivo, por una parte, y con un tipo subjetivo por la otra, de manera que hemos de diferenciar metodológicamente ambos temas, haciendo una construcción del tipo imprudente análoga al del delito doloso.

En igual sentido Gössel nos va a decir que “la conducta humana dirijible, constitutiva del objeto de la norma, contiene elementos objetivos y subjetivos”<sup>20</sup>. La distinción entre el hecho doloso y el imprudente, se encuentra en el ámbito de tipicidad<sup>21</sup>. La autonomía con relación a los delitos dolosos, se muestra en la infracción a la norma, y por ello en el ámbito del tipo penal<sup>22</sup>. Partiendo de la acción como hecho del hombre, no existe en este aspecto diferencia alguna con el concepto de acción en los delitos dolosos. Las diferencias, sostiene Maurach-Gössel, deben orientarse a la evitabilidad de los perjuicios de bienes jurídicos provocados por las acciones. De esta forma el hecho punible imprudente es una conducta dirigida a un fin y dominada por la voluntad dirigente<sup>23</sup>.

El tipo imprudente contiene pues elementos objetivos y subjetivos. De allí que deba hacerse una distinción entre los elementos propiamente dichos de la infracción normativa, y los presupuestos individuales de la obediencia a la norma. Acá podemos decir, provisionalmente que la previsión o la reconocibilidad del perjuicio al bien jurídico es un elemento subjetivo del tipo, y la capacidad individual de evitar dicha conducta es un elemento integrante de la culpabilidad<sup>24</sup>.

Viene a cuento lo dicho por Hirsch —aunque éste no reconoce el tipo subjetivo—, pero que nos sirve en cuanto a la forma de imputación que se debe exigir del delito imprudente: “Por otra parte, —afirma— no debe perderse de vista el punto de partida teórico de la teoría de lo injusto personal. Por sí mismo afirma, únicamente, que la acción prohibida no tiene que ser reducida a un curso causal meramente voluntario, producido por un impulso arbitrario de la voluntad, como sostuvo la teoría causal de lo injusto, sino que el contenido de la voluntad de la acción debe tenerse en consideración en la determinación

<sup>19</sup> KÖHLER, *Starfrecht Allgemeines Teil*, Springer, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 1996, ps. 171/172.

<sup>20</sup> MAURACH - GÖSSEL - ZIPF, *Derecho penal. Parte general*, t. II, 7ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, § 43, I, B, nm 5.

<sup>21</sup> SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Anh zu, Metzner Verlag, Frankfurt, 1986, § 16, n. 6, p. 123, citado por ROMEO CASABONA, *El tipo de lo injusto...*, cit., p. 24.

<sup>22</sup> MAURACH - GÖSSEL - ZIPF, *Derecho penal...*, cit., § 43, III

<sup>23</sup> MAURACH - GÖSSEL - ZIPF, *Derecho penal...*, cit., párr. 42, p. 122.

<sup>24</sup> MAURACH - GÖSSEL - ZIPF, *Derecho penal...*, cit., § 43,

de la acción prohibida. Mientras que esta concreta voluntad de la acción en el delito doloso es idéntica al dolo dirigido a la realización de los elementos objetivos del tipo, en la acción imprudente se trata de la consideración de la concreta voluntad de acción individual de la acción que tiene que ser valorada como contraria al cuidado<sup>25</sup>.

Hay casi unanimidad en que, como bien lo afirma Roxin, la imprudencia ya es un problema del tipo, y en ese nivel debe diferenciarse del dolo. Un comportamiento imprudente puede ser en el caso concreto justificado o regido bajo las eximentes de la culpabilidad; pero si es o no imprudente propiamente tal, se decide en el tipo<sup>26</sup>. El ejemplo que trae es muy claro: si un joven cita a su novia en un lugar determinado, en el que ésta casualmente es alcanzada por un meteorito que la mata, según la antigua teoría se debía apreciar la producción de una muerte típica y antijurídica, impune por ausencia de culpabilidad; con arreglo a la concepción que ve en la imprudencia un asunto de tipicidad, se tratará de una conducta inobjetable del causante de la muerte que ni siquiera realiza el tipo imprudente del homicidio<sup>27</sup>.

En síntesis, y como ha mostrado Gössel, el tipo imprudente tiene dos clases de elementos. Los que describen el perjuicio al bien jurídico, y aquellos elementos no escritos que tienen relación con la evitabilidad. Y ambos, al igual que los tipos dolosos, se subdividen en elementos objetivos y subjetivos<sup>28</sup>.

## II. EL TIPO OBJETIVO DEL DELITO IMPRUDENTE

### 1. La evitabilidad del perjuicio al bien jurídico

Se podría dar como base para analizar el tema del tipo penal imprudente, el siguiente postulado: “Los perjuicios a bienes jurídicos solo son evitables cuando la acción que los provoca puede ser dirigida de manera diferente a lo objetivamente acontecido, mediante una dirección subjetiva distinta”<sup>29</sup>. De este modo, el elemento de la evitabilidad objetiva, es reconocido como integrante de la infracción normativa, y como tal, es un elemento del tipo objetivo.

La evitabilidad toma significación propia dentro del tipo objetivo. Solo es posible evitar el daño al bien jurídico protegido, mediante otra conducta, con una distinta dirección final, que sea cuidadosa del bien jurídico, debido a que

<sup>25</sup> HIRSCH, “La disputa sobre...”, cit., p. 157

<sup>26</sup> ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, t. I, § 24, A, nm 3; *Política criminal y estructura del delito, elementos del delito en base a la política criminal*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias SA, colección IURA-3, 1ª ed., 1992, p. 89.

<sup>27</sup> ROXIN, *Derecho penal...*, cit., § 24, 24, A, nm 3. Lo ilustrativo del ejemplo es también señalado por BACIGALUPO, Enrique, *Principios de derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Madrid, Akal, 1997, p. 246.

<sup>28</sup> MAURACH - GÖSSEL - ZIPF, *Derecho penal...*, cit., § 43, II, 7.

<sup>29</sup> MAURACH - GÖSSEL - ZIPF, *Derecho penal...*, cit., § 43, III, 17.

se toman las precauciones necesarias para evitar el daño al bien jurídico. El autor utiliza el cuidado objetivo que es necesario para poder proteger al bien jurídico. De lo cual se deduce que el perjuicio podía ser evitado<sup>30</sup>. Con esta argumentación, se debe afirmar que el tipo objetivo del hecho imprudente, incluye la acción descuidada referida el bien jurídico dañado. Esto es, se incluye dentro del tipo penal la infracción del deber de cuidado<sup>31</sup>.

En la imputación del delito imprudente hemos avanzado un paso más. Ahora tenemos la acción libre del sujeto que se coloca en una situación en la cual no podrá evitar el daño al bien jurídico. En este punto no hay duda que ese perjuicio del bien jurídico, al ser descuidado es evitable y previsible. Acción evitable, previsibilidad, y el resultado, unidos por la violación del deber objetivo de cuidado, aparecen pues como los elementos de la imputación del resultado dañoso.

Queda entonces analizar el problema del deber objetivo de cuidado en el ámbito de relación y su contenido.

## 2. La infracción del deber de cuidado y su determinación

### a) Análisis general

Bajo la denominación “determinación del cuidado objetivamente debido” se agrupan los criterios orientadores, suministrados por la doctrina, para el establecimiento de la concreta regla de conducta que regía en el caso para, posteriormente, precisar si ésta fue infringida por el autor mediante el comportamiento efectivamente realizado<sup>32</sup>. Pero este proceso de concreción del cuidado objetivamente debido suele ofrecer serias dificultades, dada la enorme variedad y complejidad que revisten las conductas que son sometidas a valoración<sup>33</sup>.

Esta tarea de individualizar la regla de cuidado en concreto y su infracción requiere de la construcción previa de un modelo conceptual. Se trata, sin duda alguna, del proceso intelectual más complejo dentro del tratamiento de la imprudencia<sup>34</sup>.

El tema tiene suma relevancia porque el contenido decisivo de lo injusto consiste, precisamente, en la divergencia entre la acción realmente emprendida

<sup>30</sup> MAURACH - GÖSSEL - ZIPF, *Derecho penal...*, cit., § 43, III.

<sup>31</sup> MAURACH - GÖSSEL - ZIPF, *Derecho penal...*, cit., § 43, III.

<sup>32</sup> ROMEO CASABONA, Carlos M., “Los delitos culposos en la reforma penal”, en *Conducta peligrosa...*, cit., p. 36; HAVA GARCÍA, Esther, *La imprudencia inconsciente*, Granada, Comares, 2002, p. 142.

<sup>33</sup> ROMEO CASABONA, Carlos M., “La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional”, en *Revista de derecho penal. Delitos culposos-II*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002-2, p. 24.

<sup>34</sup> Coincide expresamente con lo relevante de la temática, FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo J., *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, Zaragoza, Edijus, 1999, p. 187.

y la que debía haber realizado el sujeto en virtud del cuidado necesario en el tráfico<sup>35</sup>.

b) Los criterios para la determinación del cuidado debido

Se sostiene que los baremos construidos doctrinariamente para la determinación del cuidado objetivamente debido son en general cuatro: el hombre medio empírico, las pautas sociales de conducta, el hombre inteligente y sensato y la posición ocupada en el tráfico jurídico.

i) El hombre medio empírico

Según la posición que utiliza al hombre medio empírico como modelo de conducta, el Ordenamiento jurídico sólo puede exigir al ciudadano aquello que se sitúa dentro de las capacidades poseídas usualmente por un hombre medio<sup>36</sup>. Con arreglo a esta línea de pensamiento, obra con imprudencia aquel sujeto que no imprimió a su acción la dirección final que es capaz de emplear, ordinariamente, el hombre común<sup>37</sup>. Cury Urzua construye la posición sobre la base del art. 44 del Código Civil de Chile, precepto que exige, por regla general, la medida de cuidado y diligencia que “los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios<sup>38</sup>.

ii) El hombre inteligente y sensato

Una segunda posición afirma que el modelo es la utilización del parámetro del hombre inteligente y sensato. En ese sentido se afirma que la diligencia a prestar por la persona en el desarrollo de una actividad debe determinarse conforme a dos puntos de vista, en los que el segundo resulta complementario del primero: un criterio intelectual y uno normativo; así, la conducta del autor responderá al cuidado debido objetivamente si considera razonablemente los efectos de la acción planteada que sean cognoscibles en un juicio inteligente, y tras ello si el comportamiento desarrollado coincide con la conducta que hubiera seguido un hombre inteligente y prudente en la situación del autor<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, versión castellana de la 4ª ed. alemana y notas por José Cerezo Mir, Ariel, Barcelona, 1964, p. 69; de acuerdo con ello, MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed. revisada y puesta al día, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 322.

<sup>36</sup> CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed. actualizada, Jurídica de Chile, Santiago, 1992, ps. 327-8.

<sup>37</sup> CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal...*, cit., p. 328.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> WELZEL, Hans, *El nuevo sistema...*, cit., p. 71; CERESO MIR, *Curso de derecho...*, cit., p. 167.

### iii) La posición (rol) en el tráfico jurídico

Según esta idea que se refiere a la posición (rol) en el tráfico jurídico, es posible reconocer una serie de posiciones normativamente caracterizadas, en mérito a los deberes y facultades atribuidos por el mismo ordenamiento, dentro de la realidad social contemplada desde una perspectiva jurídica; posiciones éstas singularizadas socialmente por desempeñar un determinado papel (rol) dentro del sistema, en cuyo desarrollo se afectan, necesaria o potencialmente, determinados bienes jurídicos protegidos penalmente<sup>40</sup>. En este papel (rol), en esta posición jurídica dentro del tráfico, es que los partidarios de este modelo hallan el contenido del deber de conducta, entendiendo que para cada situación jurídica existe un determinado grado de diligencia que el sujeto ha de ejercitar en cumplimiento de dicho deber<sup>41</sup>.

### iv) El criterio de las reglas sociales

Afirma Gössel que “el criterio del actuar cuidadoso no es, por tanto, el hombre consciente y ponderado perteneciente al círculo respectivo, sino principalmente el conjunto de reglas sociales generalmente extrajurídicas, desarrolladas para la actuación en el ámbito social respectivamente afectado; por ejemplo el tránsito, la medicina, la industria química etc. En lo sucesivo, entonces el mal médico rural ya no será comparado con el médico rural consciente y ponderado, sino conforme a reglas de vigencia general de la ciencia médica, las que si bien, por razones materiales, establecerán mayores exigencias para los especialistas, no distinguirán entre médicos de ciudad y médicos rurales”. Este ha sido el criterio del BGB (20, 315, 319 y 239)<sup>42</sup>.

El punto primordial de referencia es el de las reglas sociales desarrolladas para la actuación en el ámbito social afectado, cuyo contenido es generalmente extrajurídico<sup>43</sup>. Desde este ángulo se argumenta que la conducta humana lleva aparejada el peligro de dañar intereses jurídicamente protegidos, inclusive aquellos beneficiados por protección penal, peligro potencial que se ve usualmente incrementado cuando dicho comportamiento sirve al progreso técnico, médico, social, etc.; así, pues, dada esta amenaza tácita, ínsita en la genérica acción del hombre, todos los círculos de actuación social ostentan reglas sociales especiales diseñadas con el propósito de reducir al mínimo posible esta clase de riesgos, tanto mediante precauciones como medios especiales (y citan como ejemplo que en Alemania ha sido desarrollado un instituto especializa-

<sup>40</sup> PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, p. 341.

<sup>41</sup> PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, cit., p. 341.

<sup>42</sup> MAURACH - GÖSSEL - ZIPF, *Derecho penal...*, cit., § 43, III, nm 36

<sup>43</sup> MAURACH - GÖSSEL - ZIPF, *Derecho penal...*, cit., § 43, 36, p. 146. La posición puede ser también consultada en GÖSSEL, Karl H., “Viejos y nuevos caminos de la teoría de la imprudencia”, en *Revista de derecho penal. Delitos culposos-I*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni 2002-1, p. 19 y ss.

do en la comunicación y aprendizaje de reglas en el seno de la capacitación profesional)<sup>44</sup>.

v) A modo de síntesis

1) La posición del hombre medio empírico debe descartarse. Dotar de eficacia jurídica directa a las costumbres socialmente imperantes conllevaría la permisión de conductas usuales dentro de la vida en sociedad cuya práctica bien puede presentarse digna de prohibición más que de aprobación; ello, con el consecuente resentimiento en la protección de bienes jurídicos. El punto de partida tomado en cuenta por esta posición para la determinación del cuidado debido implicaría, sin más, la transformación de una prognosis estadística en juicio de valor; de tal modo, la adopción de esta tesitura conllevaría privar al Derecho de una de sus más vitales funciones, cuál es la valoración de conductas. Kaufmann es de la opinión que no resulta posible transformar a priori, sin modificaciones, pronósticos intelectuales de hechos en conclusiones axiológicas<sup>45</sup>. En igual sentido Paredes Castañón quien señala que para determinar cuáles son los usos sociales imperantes que han de convertirse en criterio de juicio es necesaria la existencia de un método establecido y verificable de conocimiento, punto de difícil alcance válido, en tanto impone la realización de un brinco instrumental de la pura frecuencia estadística a un juicio de valor susceptible de convertirlo en imperante o dominante; agrega el autor, con buen criterio, que ello supone un grave defecto metodológico, al pretender convertir en juicios de valor lo que son puros datos fácticos, sin previa explicación de los criterios utilizados para el logro de dicha conclusión valorativa<sup>46</sup>.

En síntesis sigue vigente el principio de que del ser no debe deducirse el deber ser.

2) En cuanto a la posición que tiende a reconocer en el papel o la función (rol) desempeñado en el tráfico jurídico la pauta central de determinación del deber de cuidado no debe ser aceptada. Estas funciones (roles) no siempre gozan de gran precisión normativa, ni es tan nítido en la realidad, a lo que debe sumarse que la responsabilidad del ciudadano en la protección de bienes jurídicos no puede verse encasillada en una mera función que convierta a su titular en un autómatas.

La posición es puramente formal y descriptiva, y, en definitiva, solo sirve para aclarar los efectos empíricos del Derecho Penal —incluso, de la pena—; y en el ámbito normativo, los conceptos jurídicos no deben basarse exclusivamente en elementos descriptivos, porque se confunde el ser con el deber ser. Al respecto, se ha enfatizado en lo inconveniente de buscar soluciones en el ámbito puramente sociológico, dado que las ciencias sociales no se agotan en la

<sup>44</sup> MAURACH - GÖSSEL - ZIPF, *Derecho penal...*, cit., § 43, 36, p. 146.

<sup>45</sup> KAUFMANN, Armin, “El delito culposos”, cit., p. 479,

<sup>46</sup> PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, cit., p. 319

naciente empírica de los procesos acaecidos en el seno social, sino que también contienen una propuesta valorativa acerca de la desviación y de los sistemas para su control, usualmente alternativos del Derecho Penal. Sobre estas ideas ya nos hemos explayado anteriormente.

3) Existe una posición seguida en general por los autores más cercanos a la teoría final de la acción que va a sostener que hay que analizar la relación entre la acción imprudente y el resultado, en cuanto “el núcleo del tipo de injusto del delito imprudente consiste en la divergencia entre la acción realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que, objetivamente, era necesario realizar”<sup>47</sup>. Por consiguiente el tipo objetivo del hecho punible imprudente incluye una acción descuidada referida al bien jurídico perjudicado<sup>48</sup>. En palabras de Romeo Casabona, “habrá de tomarse en consideración como punto de partida todos los elementos fácticos que concurren en el caso concreto utilizando para ello un criterio intelectual (el de la previsibilidad objetiva, es decir, que el resultado sea objetivamente previsible en un juicio *ex ante*) y otro normativo, que restringe o limita al anterior: el del comportamiento que tendría un hombre sensato y prudente puesto en la situación del autor; pues de lo contrario, infinidad de acciones peligrosas para los bienes jurídicos, de las que es objetivamente previsible que se produzca un resultado, no podrían realizarse sin incurrir en el tipo imprudente, lo que explica también la razón de ser del riesgo permitido”<sup>49</sup>. Las reglas de cuidado —necesarias para completar el tipo de injusto— resultan un indicador, aunque no el único, al igual que la previsibilidad, para brindar al intérprete las herramientas básicas para completar el tipo. Por ejemplo, el comportamiento de un conductor experimentado, las reglas de comportamiento en actividades profesionalmente regladas (médico, enfermero, ingeniero, etc. ) permiten establecer el cuidado objetivo que en el caso concreto deberá guiar al autor en miras a la evitación del resultado lesivo al bien jurídico.

Entre la acción contraria al deber de cuidado y el resultado debe verificarse una relación causal, actualmente se habla de imputación objetiva, que establezca que el resultado es el producto de la acción misma. De forma tal no basta con que la acción sea contraria al deber de cuidado exigido —ya sea por normas implícitas o explícitas— y que haya producido un resultado dañoso, lesivo al bien jurídico, sino que debe mediar entre ambas una relación causal. Remarcan en este aspecto algunos autores que si el resultado de todas maneras se hubiese causado por la acción, no existe relación entre la inobservancia del cuidado requerido y el resultado y, por lo tanto, no se da lo injusto del delito imprudente. Se cita en este punto como ejemplo el caso del suicida que es

<sup>47</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco - GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal...*, cit., p. 74.

<sup>48</sup> MAURACH - GÖSSEL - ZIPF, *Derecho penal...*, cit., párr. 43 III, p. 139.

<sup>49</sup> ROMEO CASABONA, Carlos M., *Conducta peligrosa...*, cit., ps. 36 y ss.

arrollado por un imprudente conductor y que igualmente hubiese causado la muerte del suicida de ser prudente.

4) Para los seguidores de un enfoque metodológico más de la doctrina finalista tradicional, sin pérdida de vista del contexto social en que la acción tiene lugar y, por tanto, encuentra un ámbito de por sí regulado extra jurídicamente. Entonces, para la concreción del deber de cuidado debe utilizarse una fórmula asentada sobre el reconocimiento razonable de peligros y la actuación atinada frente a ellos. De tal modo, se evidencia la necesidad inicial de un juicio de previsibilidad objetiva, que quedará integrado de la siguiente forma: se situará a un observador externo en el momento de comenzar la acción, y tendrá en cuenta las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente, más las conocidas por el autor (saber ontológico) junto a la experiencia general de la época sobre cursos causales y al saber experimental excepcional del autor (saber nomológico). De ello surgirá si el resultado aparecía como una consecuencia absolutamente improbable de la acción. Si así hubiera sido, el resultado era objetivamente imprevisible. Ante ello no cabe plantear la adopción de recaudo alguno. Únicamente cuando la producción del resultado fuera objetivamente previsible —esto es, cuando surgiera *ex ante* como una consecuencia no absolutamente improbable de la acción será factible considerar la presencia del marco inicial de una infracción al deber objetivo de cuidado.

La búsqueda conceptual se dirige a la construcción de una herramienta útil para determinar cuándo las consecuencias que no integran la voluntad de realización del agente son relevantes para el Derecho Penal, y a su turno, si le son imputables. Por ello es muy adecuada y útil la referencia a un hombre inteligente y sensato del círculo del autor en cuanto autor de la acción modelo, ya que si se hiciera referencia a un hombre prudente o respetuoso del Derecho, tal como efectúan una serie de autores, se caería en una repetición de principios, desde que podría alegarse que puede verse en la prudencia una alusión al cuidado debido, y con ello se estaría razonando en círculo: respetaría el cuidado debido un hombre prudente, cuya caracterización de prudente respondería, precisamente, a la observancia del cuidado debido. Es por ello que el sector de la doctrina propulsor de este modelo ha encontrado un criterio fundamental delimitado por estas dos pautas, que son la inteligencia y la sensatez.

Estos dos conceptos están librados de tener sobre sí un juicio de valor que prejuzgue sobre la licitud o ilicitud, o sobre la “bondad” o “maldad” del contenido de la voluntad de realización de la acción del sujeto. Debe insistirse en ello: que la acción ejecutada por el autor sea, en su caso, típicamente dolosa y antijurídica no implica que estas dos nociones, la inteligencia y la sensatez, integradas en la figura modelo, sean incompatibles con el concepto de una finalidad desvalorada en sí misma<sup>50</sup>.

<sup>50</sup> ABRALDES, *Tesis doctoral sobre el principio de confianza* (en prensa), p. 126 y ss.

De lo que se trata es de construir una herramienta útil para determinar cuándo la ejecución modal de la acción resulta relevante para el Derecho Penal por tratarse de una acción descuidada con respecto a bienes jurídicos ajenos. En otras palabras, será perfectamente útil la construcción intelectual del hombre inteligente y sensato aún para los casos en los que el sujeto se proponga, por ejemplo, y ejecute un disparo con arma de fuego a su más odiado enemigo y descuidadamente dé muerte a un ocasional transeúnte; o bien, en la respuesta, para repeler a la agresión ilegítima de su más odiado enemigo, provoque la muerte de este ocasional transeúnte.

La cuestión quedará reducida a constatar si un hombre inteligente y sensato del círculo del autor hubiera procedido como lo hizo el agente en concreto, en el sentido de sí, conforme al fin propuesto, la consideración de efectos concomitantes necesarios y posibles con cuya producción contaba, y previa previsibilidad objetiva del resultado, hubiera disparado, por ejemplo, en un lugar donde había mucha gente concentrada, con escasa visibilidad, etc.; incluso más, no ya si hubiera disparado, sino si lo hubiera hecho como el actor lo hizo<sup>51</sup>.

De todos modos, tal cual están planteadas las cosas desde la crítica efectuada, parecería que existe en la posición cierta confusión de los planos de la tipicidad y de la antijuridicidad. Bien podría ocurrir que un sujeto quisiera matar a otro, y en la ejecución de tal acción ocasione una muerte no buscada por él. Puede ocurrir que este individuo, por ejemplo, actúe inicialmente bajo los presupuestos objetivos y subjetivos de una legítima defensa y, con ello, quedaría relativizada, incluso descartada, la idea según la cual el hombre inteligente y sensato resulta incompatible con una actuación dolosa que, a primera y parcial vista (matar a otro), se presenta inconsecuente con el respeto al orden jurídico.

En síntesis, si se trata de la indagación por un baremo apto para determinar la tipicidad de lo injusto imprudente, en dicha sede nada tienen que hacer consideraciones relativas a la antijuridicidad de la conducta<sup>52</sup>.

### *3. Intento de una solución dentro de la racionalidad de la imputación a la libertad*

Nuestra posición había sido fijada en varias oportunidades y en principio y como punto de partida se debe aceptar la idea del conjunto de reglas jurídi-

<sup>51</sup> Abalde afirma que por estas razones es acertada la opinión de María Ángeles Rueda Martín (RUEDA MARTÍN, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción (Una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en el ámbito de lo injusto)*, Bogotá, Temis-Bosch, 2002, p. 304), en cuanto señala: “las normas de determinación que prescriben el mencionado límite social por el que ha de discurrir la acción necesaria para conseguir la utilidad social de ciertas actividades y evitar así unos perjuicios innecesarios en el bien jurídico involucrado en la ponderación o en otros bienes jurídicos, son las normas objetivas de cuidado”.

<sup>52</sup> ABRALDES, *Tesis doctoral...*, cit., p. 128.

co-sociales desarrolladas en el ámbito de actuación del afectado<sup>53</sup>. Bien dice Gössel que para que se tipifique el delito imprudente es necesario que exista una conducta socialmente inadecuada, esta conducta debe ser descripta como necesaria, pero no es sólo ella suficiente a los efectos del tipo imprudente. En principio, pues ello debe ser aceptado, pero, a nuestro criterio no alcanza y existe sin duda un campo que no es posible cubrir, en desmedro de la seguridad jurídica. De allí que este criterio debe ser completado de alguna manera con elementos subjetivos.

Vamos a explicar primero el criterio y luego veremos algunos problemas.

a) Análisis general del sistema de reglas sociales a los efectos de determinar el deber de cuidado

Referente al criterio normativo social, esto es, el atinente a las pautas sociales de conducta, cumple señalar que se mostraría insuficiente para la determinación del cuidado exigido y, por tanto, se encuentra necesitado de un criterio normativo de naturaleza jurídica, susceptible de establecer la inobservancia de aquél<sup>54</sup>.

Antes de seguir con esta explicación, debemos adelantar que esto requiere un tipo subjetivo, que conozca de estas reglas.

Ahora bien estas reglas, tienen una ventaja frente al hombre medio ideal, que es una especie de quimera que nadie sabe bien qué es y lo más grave depende del juzgador y su idea de hombre “normal”.

El criterio ahora debe pasar por un conjunto de reglas independientes de ese sujeto normal. Lo importante es que en estas reglas juega un punto importante la ciencia. Es decir, esas reglas no deben ser irracionales, sino que deben tener un mínimo de base en las leyes científicas, con las que se le da racionalidad al sistema.

No cualquier comportamiento socialmente inadecuado es suficientemente grave para ser prohibido; incluso más, lo socialmente inadecuado puede responder, incluso, al cuidado objetivamente debido. Además, también resulta concebible que la tarea legislativa pretenda eliminar una adecuación social existente hasta el momento.

Ahora bien, estas reglas han sido en parte dadas por el legislador y en parte dadas por la costumbre social.

i)

En el caso de reglas que el propio legislador ha decidido cuáles son las normas que son violatorias *per se* del deber de cuidado. Sobre esto hay que recurrir a distintos ámbitos del Derecho en donde se encuentran esas normas.

<sup>53</sup> DONNA, *Derecho penal...*, cit., t. I, 2ª ed.

<sup>54</sup> CEREZO MIR, *Curso de derecho...*, cit., p. 98.

Como ejemplo puede citarse las leyes de tránsito, las leyes que se dictan para evitar contagios, las leyes de medio ambiente, entre otras. Pero queda claro que con ello no se ha dado el delito imprudente sino que deben darse todos los elementos del tipo penal. La sola violación de alguna disposición de las leyes de tráfico, no decide sobre la responsabilidad penal del sujeto<sup>55</sup>.

- ii) El problema se encuentra en otro tipo de reglas, las cuales no están escritas

“El contrapunto de las reglas jurídicamente fijadas acerca del cuidado, a las que recién (...) está en aquellos casos en los cuales la costumbre social constituye meramente un conglomerado de reglas puramente fácticas y seguidas como socialmente correctas, pero que carecen de una consagración escrita completa, con una pretensión —siquiera social— de vigencia. Cabe contar dentro de éstas a las reglas acerca de la ciencia médica, pero también al uso del “buen montero” y el ejercicio artesanal, como también al cuidado de un hombre de negocios ordenado”<sup>56</sup>. En este sentido no infringe el deber de cuidado el médico que se atenga a la *lex artis*, aunque no logre el objetivo de sanar al enfermo. Estas normas, que se verán *ut infra*, son claras en el sentido de que existe un protocolo médico que se debe seguir. Ejemplo: frente a un dolor de pecho fuerte, el protocolo médico indica la internación y no el recetar un medicamento. Pero que no se siga ese protocolo no implica que se de el delito imprudente, porque el enfermo, por ejemplo puede morir por otra causa o probarse que igual iba a fallecer. Es decir, es un indicio.

En todos estos casos, como la cuestión se remite a la ciencia en particular que rige el caso, debe exigirse la opinión del perito en el ámbito que se discute el tema.

Bien dice Gössel que estas reglas han sido establecidas por expertos, ya sea las escritas como las no escritas, en algunos casos, a los efectos de evitar daños a los bienes jurídicos. Las reglas de protección de accidentes de trabajo, reglas deportivas.

Lo importante es que a diferencia de las reglas escritas y con validez jurídica, éstas no pueden ser reconocidas *per se* como opuestas al deber de cuidado. “No obstante, conjunto de reglas extrajurídicas pueden proporcionar importantes puntos de referencia para juzgar una conducta dañosa del bien jurídico como socialmente adecuada —conforme al deber de cuidado o como socialmente inadecuada— contraria a dicho deber (Bohnert, JR 82, 6)”<sup>57</sup>. Ahora bien este efecto indiciario descansa sobre la idea de que si se siguen estas reglas de seguridad, se protege al bien jurídico y es una forma de previsión de futuros peligros que están basados en la experiencia y en la razón, por eso la

<sup>55</sup> MAURACH - GÖSSEL - ZIPF, *Derecho penal...*, cit., § 43, III, nm 48 y ss.

<sup>56</sup> *Ibidem*, nm 51.

<sup>57</sup> MAURACH - GÖSSEL - ZIPF, *Derecho penal...*, cit., nm 54.

exigencia de que tengan cierto carácter científico. Pero sólo es un indicio y así deben ser tomados<sup>58</sup>. Por ello, puede ser que estas normas no alcancen y en el caso particular se exijan conductas adicionales, ya que la idea es la protección del bien jurídico.

Maurach-Gössel terminan sosteniendo: “Consecuentemente es posible extraer la siguiente conclusión: el perjuicio de un bien jurídico sólo puede ser realizado en forma socialmente inadecuada y evitable cuando hayan sido infringidas reglas legales establecidas respecto de la ejecución cuidadosa (las infracciones al deber de cuidado *per se*) de esta clase de acciones, o cuando las mismas acciones hayan sido ejecutadas en forma descuidada, según la regla social respectiva. Otros eventuales conjuntos de reglas acerca de la conducta cuidadosa en el campo social respectivamente afectado constituyen importantes puntos de referencia para la investigación de la regla social (...); no obstante ello, no pueden ser consideradas como reglas con vigencia inmediata acerca de la existencia de una conducta cuidadosa o inevitablemente descuidada en sentido penal”<sup>59</sup>.

b) Los problemas de un mero criterio objetivo. Los elementos subjetivos que complementan las reglas objetivas

Pero el problema, no termina acá, por las razones antedichas de que hay zonas no normadas, de modo que vale repetir con Frisch que “sin embargo en todo lo anterior se está presuponiendo siempre una cosa: que existan estándares normativos para los ámbitos en cuestión. Cuando no sea éste el caso, la cuestión dependerá del conocimiento y del deber de conocimiento individual de las circunstancias que fundamentan el riesgo. Pero tampoco entonces se está excluyendo completamente una circunstancia objetiva. Lo que sucede es que entonces esta perspectiva objetiva cumple otra función: es tan solo un indicio para aquello subjetivo que debe admitirse normalmente, pero carece de un significado normativo propio. En este sentido, la construcción de la norma conforme a criterios generales de la fundamentación del injusto depende del conocimiento individual, de modo que el recurso a lo subjetivo puede ser necesario en gran medida. Sin embargo, en una sociedad compleja y altamente normativizada muy raramente deberían darse casos en los que faltaran tales estándares”<sup>60</sup>.

Como podrá ver el lector la cuestión en este punto se torna compleja. Burkhardt había dicho: “Si es que no todo nos engaña, el recurso al hombre razonable en la posición del autor (también en relación con el juicio de peligro) se construye actualmente, al igual que en el pasado, según exigencias

<sup>58</sup> Ibidem, nm 55.

<sup>59</sup> Ibidem, nm 58.

<sup>60</sup> FRISCH, “Delito y sistema de delito”, en WOLTER - FREUND, *Sistema integral del derecho penal*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 261.

de generalización, estandarización, tipificación, construcción de la norma e interiorización de la misma (...)”<sup>61</sup>. Estas exigencias no solo se abandonan (supuestamente) cuando se centra la atención únicamente en los conocimientos del autor como fundamentos del juicio, sino que, además, el juicio de peligro pierde (supuestamente) su significado generalizador cuando las bases del juicio se extienden “hasta lo pronosticable en general por una persona cualquiera, por tanto, hasta la inclusión de todo lo subjetivo”<sup>62</sup>. Y agrega que el propio Frisch es escéptico en cuanto a la exigencia de estándares, pero agrega que —según el autor ahora analizado— si se toma solo el fragmento conocido por el autor ello significa abandonar y de manera no justificada “las exigencias de construcción de la norma y, por tanto, también las de internalización de las normas de conducta”<sup>63</sup>.

Es que las construcciones de este tipo son vulnerables, porque “efectivamente no hay que discutir que realmente existen, con determinado alcance, exigencias de generalización y construcción de la norma. Sin embargo, lo cuestionable es si el juicio de peligro *ex ante* sobre la base del conocimiento de la realidad de una persona modelo es, en general, adecuado para contribuir a la construcción de la norma”<sup>64</sup>. Además su necesidad también es dudosa. Habría que negarla si las exigencias de construcción de la norma pudieran ser tomadas (mejor) en consideración de otra manera y en otro contexto<sup>65</sup>.

Por eso es acertada la reflexión de Kindhäuser cuando expresaba: “una sustitución del autor concreto por una figura estándar no sólo no es posible, sino que tampoco es jurídico-penalmente interesante. Que una persona distinta del autor se hubiera comportado de un modo diferente a éste, no podría jamás fundamentar el reproche de que el autor se ha comportado incorrectamente. Pues el autor podría con razón aducir que él es no idéntico a la persona en cuestión y que sus disposiciones son, en variados órdenes, distintas; los seres humanos son, ciertamente, diferentes entre sí”<sup>66</sup>. Entonces lo que debe probarse “es cómo habría podido y tenido que comportarse alguien, provisto de los conocimientos del autor, de haberse atendido, con eficacia para la acción, a los estándares de un participante cuidadoso en el tráfico”. En consecuencia, la imprudencia siempre presupone, ciertamente, una figura estándar, pero sólo en cuanto a las exigencias normativas dirigidas al comportamiento del autor. En

<sup>61</sup> BURKHARDT, “Conducta típica y perspectiva *ex ante*. A la vez una aportación contra la confusión entre lo subjetivo y lo objetivo”, en WOLTER - FREUND, *Sistema integral...*, cit., p. 162 y ss.

<sup>62</sup> BURKHARDT, “Conducta típica...”, cit., p. 163.

<sup>63</sup> FRISCH, *Vorsatz und risiko*, citada ahora por BURKHARDT, “Conducta típica...”, cit., p. 163.

<sup>64</sup> BURKHARDT, “Conducta típica...”, cit., p. 164.

<sup>65</sup> BURKHARDT, “Conducta típica...”, cit., p. 164.

<sup>66</sup> KINDHÄUSER, “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, en *In Dret, Revista para el análisis jurídico*, en [www.indret.com](http://www.indret.com), 4/2008.

cambio, el conocimiento al cual se encuentran referidas estas exigencias sólo puede ser el conocimiento del cual efectivamente dispone el agente individual. La imprudencia es, en otras palabras, un uso deficitario de la concreta capacidad intelectual de evitación del autor individual que se valora como descuidado según estándares objetivos”<sup>67</sup>.

Y entonces, surge el problema que las teorías del modelo objetivo no han logrado solucionar. “Que la imputación jurídico-penal sólo fundamenta responsabilidad, en términos de consecuencias jurídicas, sobre la base del uso defectuoso de conocimiento propio, también se muestra en que ya no puede hablarse de un comportamiento imprudente si el autor dispone de conocimientos que con seguridad excluyen un resultado como posible efecto de su comportamiento. Así por ejemplo, si un investigador sabe que un determinado material no puede explotar bajo condiciones que en general, sin embargo, se consideran como altamente explosivas, entonces el ocasionar la presencia de estas condiciones no es descuidado, incluso si todos los demás expertos sostuvieran lo contrario. Lo mismo tiene que valer en el caso en que para el autor sean conocidas circunstancias que exigen medidas de precaución específicas, y ya con independencia de si estos conocimientos se corresponden o no con el conjunto de la experiencia promedio de participantes duchos en el tráfico. Con ello también desaparecen las intensas dificultades con las cuales tiene que lidiar el modelo predominante de un injusto de la acción de la imprudencia fundado de modo puramente objetivo, en los casos en que no puede excluirse que también la víctima haya contribuido a la producción del resultado mediante un comportamiento descuidado”<sup>68</sup>.

Esto quiere decir, en breves palabras, que si bien existen normas de cuidado, que en general deben ser aceptadas, habida cuenta de la protección al bien jurídico, es difícil encontrar un marco normativo completo que pueda solucionar el problema del deber de cuidado, por una parte, y por otra que al ser la imputación al sujeto concreto, no es posible trabajar sólo con elementos objetivos —de dudosa construcción— sin recurrir ya en el tipo penal a los conocimientos del autor, que son relevantes, sin duda, a los efectos de poderle imputar el resultado típico. En otras palabras: la violación del cuidado debido es inicialmente una acción que aumenta el peligro al bien jurídico, según objetivos conocimientos experimentales, de acuerdo a la situación de la acción, esto es, la previsibilidad, en base a una medida determinada de carácter general. Como injusto penal debe llevar al aumento del peligro típico, a causa de la falta del cuidado debido<sup>69</sup>. Este deber general de cuidado, deducido de

<sup>67</sup> Ibidem.

<sup>68</sup> Ibidem.

<sup>69</sup> KÖHLER, *Starfrecht...*, cit., p. 183; del mismo autor: *Die bewusste Fahrlässigkeit*, Winter Universitätsverlag, Heidelberg, ps. 334 y ss. y 412/413.

la norma de prohibición, exige un efecto racional y entendible que debe estar unido a la acción externa.

Pero correlativamente se exige, además del tipo objetivo, sólo puede el autor comprender de acuerdo a su capacidad subjetiva, que ese tipo objetivo comprenda algunas condiciones generales<sup>70</sup>. No aceptar estas cuestiones —pura lógica— es romper el esquema de tipo objetivo-tipo subjetivo que debe regir en toda la estructura del delito.

<sup>70</sup> KÖHLER, *Starfrecht...*, cit., p. 184.



## ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL DOLO EVENTUAL EN HECHOS DE TRÁFICO AUTOMOTOR

Por SANTIAGO VISMARA

### *I. INTRODUCCIÓN*

No me resulta nada fácil participar en un libro de homenaje a Andrés D'Alessio, en particular, porque él ha estado muy presente en mi vida, ya sea en el ámbito académico, en el laboral y en el familiar. Si bien ya ha pasado más de un año desde su fallecimiento, todavía hoy siento con mucha tristeza su ausencia en todos esos lugares comunes que hemos compartido.

Andrés fue un hombre estudioso, apasionado y de fuertes convicciones. He tenido la suerte de escucharlo y aprender de él tanto en la cátedra a su cargo como en la labor que, gracias a su generosa invitación, llevamos a cabo durante algunos años en su estudio jurídico. Así, pudimos tener largas charlas en forma casi cotidiana y, en lo personal, las ideas que allí me transmitió fueron muy enriquecedoras.

Una de las cuestiones que más había despertado su interés en los últimos años fue la impiadosa manipulación de la que ha sido víctima el Código Penal desde 1999 a la actualidad. Criticaba duramente ese “alud de leyes destinadas a aumentar la amenaza penal, tanto en el monto de las penas, cuanto en otras circunstancias”<sup>1</sup> por las cuales el órgano legislativo procuró dar respuesta a una buena parte de la opinión pública que exigía —mediante campañas de ley y orden— un mayor rigor punitivo ante un supuesto incremento de la frecuencia de los delitos graves. Advertía, con razón, que las consecuencias serían graves: en primer lugar, una nueva desilusión para quienes —por temor o desconocimiento— albergan esperanzas de que con esas novedosas normas, el número de delitos se fuera a reducir; y en segundo lugar, la posible contradicción de las leyes así sancionadas con la Carta Magna, lo que llevaría según su parecer a que los jueces deban —en algunos casos— declararlas inconstitucionales, aun en contra de esa opinión pública.

<sup>1</sup> Así las llamó en su trabajo: D'ALESSIO, Andrés (dir.), “La política criminal en la Argentina. Entre la razón y el miedo”, en *Revista de derecho penal y procesal penal*, LexisNexis, agosto de 2004, ps. 3/19.

Otra de sus preocupaciones, íntimamente relacionada con la de la inflación legislativa, era “la inclinación de ciertos magistrados a incrementar la punición por el riesgoso camino de utilizar, frecuente y promiscuamente, categorías de la teoría del delito que deberían ser objeto de un uso muy prudente por parte de los jueces”<sup>2</sup>.

Uno de esos conceptos dogmáticos que suele elastizarse a fin de agravar la punición es el del dolo eventual, en particular, en hechos ocurridos como consecuencia del tráfico vehicular. Trataré entonces, en este trabajo, de formular algunas aclaraciones al respecto, que contribuyan a prevenir esa suerte de esnobismo penal que asoma en algunos fallos<sup>3</sup>.

Encontrar una definición apropiada del concepto jurídico-penal de dolo fue y es una tarea en la que se han embarcado casi todos los juristas de la materia. Las discusiones al respecto, y las teorías que se han desarrollado, reflejan la dificultad de la problemática, la que se agiganta cuando se trata de trazar la frontera o límite entre el llamado dolo eventual y la imprudencia consciente.

El debate acerca de la posición sistemática del dolo en la teoría del delito, ya no tiene cabida en la doctrina. Casi nadie postula en nuestros días que estamos ante un problema de culpabilidad, sino que existe consenso en tratar al dolo y a la imprudencia como aspectos específicos del ámbito de la tipicidad.

En efecto, se ha dejado de lado la definición causalista clásica del dolo, que lo concebía como *dolus malus*, requiriendo para su configuración el conocimiento y voluntad de los hechos, y la conciencia de su significación antijurídica (conocimiento del derecho)<sup>4</sup>.

El finalismo redefinió el concepto, concibiendo al dolo en forma más restringida, como dolo natural, el cual consiste en el conocer y querer la realización del tipo objetivo, sin necesidad de que se requiera la conciencia de la antijuridicidad (requisito que es menester analizar recién en el plano de la culpabilidad).

Este dolo, entendido como conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo, se ha distinguido tradicionalmente de la imprudencia, caracterizada por la infracción a un deber de cuidado que, en una situación determinada, es necesario observar.

Asimismo, suelen diferenciarse tres formas de dolo:

<sup>2</sup> Con estas palabras aludió a este problema en la Introducción a D’ALESSIO, Andrés (dir.), *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*, 1ª ed., La Ley, 2004.

<sup>3</sup> Varias de las ideas plasmadas en este trabajo provienen del comentario que efectuara hace algunos años al fallo “Cabello”, publicado en D’ALESSIO, Andrés (dir.), *Colección de análisis jurisprudencial. Elementos de derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires, La Ley, 2005, ps. 65/73.

<sup>4</sup> MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1996, p. 238.

— El dolo directo o inmediato o de primer grado o intención, en el que las consecuencias de la conducta, además de conocidas por el autor, constituyen su meta. El agente las quiere como consecuencias principales de su acto;

— El dolo indirecto o mediato o de segundo grado, en el que el resultado es una consecuencia necesaria del medio elegido por el autor;

— El dolo eventual o condicionado, que se configura cuando el autor se representa el resultado como probable e incluye esa probabilidad en su voluntad realizadora.

Estos conceptos se encuentran en la actualidad sometidos a fuertes críticas y objeciones. La práctica judicial ha demostrado que no resulta tan sencillo distinguir, en los casos concretos, si el agente ha obrado —o no— con conocimiento y voluntad, abarcando los elementos del tipo objetivo.

Existen, además, problemas en la delimitación del dolo eventual y la imprudencia consciente (que es aquélla en la que, si bien el sujeto activo se representa al resultado como probable, confía en que éste no ha de producirse). Ambos conceptos parten de una estructura común que dificulta su comprobación en la práctica: en los dos hay representación del resultado por parte del agente, y en ninguno se desea que aquel se produzca.

La importancia de la distinción no es sólo dogmática, sino que además existe una enorme diferencia en el monto de las penas que las leyes fijan, según se trate de un obrar doloso o imprudente<sup>5</sup>.

Para sortear esta problemática, los juristas han elaborado numerosas teorías y fórmulas, intentando así delimitar los conceptos y lograr soluciones pacíficas de los casos.

En los últimos tiempos, puede advertirse un avance de la postura que afirma que, para la configuración del dolo, tiene preponderancia el elemento cognitivo, dejando de esa forma relegado al volitivo. Si el autor se representó el resultado como posible y, pese a ello, no desistió de su acto, habrá obrado en forma dolosa. Alcanza con la representación del resultado, siendo indiferente si el agente confiaba o no en que el mismo no se produciría.

Por otro lado, se ha buscado con énfasis un concepto unitario de dolo, que permita resolver los casos que se encuentran en la “zona gris”, en el límite entre el dolo más bajo (el eventual) y la imprudencia más alta (la consciente)<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> “Resulta de extrema dificultad desentrañar, en cada caso, si hubo culpa consciente o dolo eventual. No sólo por la diferencia enorme que significa la aplicación de una u otra pena, sino más bien por encontrarse enfrentados los extremos de la intención y de la imprudencia” (C. Nac. Crim. y Correc., sala V, 13/1/1997, c. 33.993, “Alamo, S. P.”, *JPBA*, tomo 96, fallo 448).

<sup>6</sup> DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 17.

## II. EL DOLO, EL DOLO EVENTUAL Y LAS DIVERSAS TEORÍAS

### 1. El concepto de dolo

Como ya se dijo en la introducción, el concepto finalista clásico de dolo lo definía como el conocimiento y la voluntad de realización de los elementos del tipo objetivo<sup>7</sup>.

El Código Penal argentino no contiene una definición de dolo, lo que llevó en su momento a Sebastián Soler a calificar esta carencia como una “laguna de nuestra legislación”. Entendía este autor que la necesidad de una solución legislativa era ineludible. El mismo Soler, en el Proyecto de 1960, había ensayado una definición: “Obra con dolo el que quiso de modo directo el hecho ilícito y también aquel que asintió a su producción eventual por no desistir de su acción”<sup>8</sup>.

Ante esa “laguna legislativa”, Soler extraía el concepto de dolo del art. 34, inc. 1º, del Código Penal (en adelante CP) Entendía que dos son las condiciones que el sujeto debe reunir para ser imputable: a) la capacidad de comprender la criminalidad del acto, y b) la capacidad de dirigir las acciones. Concluía entonces que si la ley requiere esas dos capacidades para considerar punible a un sujeto, la culpabilidad dolosa estará constituida por cualquier forma que asuma la actualización de esas capacidades<sup>9</sup>.

El desarrollo posterior de la doctrina nacional ha demostrado que el inc. 1º del art. 34 del CP sintetiza todo el aspecto cognoscitivo del delito, por lo que la fórmula “comprender la criminalidad del acto” resulta mucho más amplia que la pretendida por Soler. Por otro lado, como ya hemos visto, el finalismo ha quitado del dolo el requisito del conocimiento de la antijuridicidad, el que sólo será relevante en el estrato de la culpabilidad. Se puede decir, entonces, que una definición de dolo en nuestro Código Penal no es indispensable, ya que es tarea de la dogmática y del intérprete concebirla en función de los preceptos legales vigentes.

Zaffaroni extrae el concepto del dolo de la fórmula de la tentativa en tanto ya nadie discute que ésta requiere dolo. Así, afirma que el dolo (inclusive el eventual) tiene lugar en “el fin de cometer un delito determinado” que menciona el art. 42 del CP<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, cit., p. 16.

<sup>8</sup> Ya se había intentado una definición en el Proyecto Tejedor, recogida luego por el Código Penal de 1887, en su art. 7º, donde se sostenía que “Cuando una persona sea convicta de haber cometido con intención un acto, que según las nociones de la experiencia general acostumbra producir inmediata y necesariamente un resultado criminal determinado, se tendrá como cierto que este resultado entró en las previsiones del culpable, a no ser que justifique lo contrario con pruebas manifiestas”.

<sup>9</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. II, Tea, Buenos Aires, 1992, ps. 125/132.

<sup>10</sup> ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. III, Buenos Aires, Ediar, 1999, p. 309. Del mismo modo se lo define en ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA,

Asimismo, dentro del concepto de dolo se distinguen dos aspectos o momentos: a) el cognitivo o intelectual, y b) el volitivo o conativo.

El primero implica que el sujeto debe tener un conocimiento efectivo de los elementos requeridos por el tipo objetivo, bastando para ello el conocimiento normativo del común de la gente (lo que Mezger llamaba la “valoración paralela en la esfera del profano”).

El aspecto volitivo está dado por la voluntad realizadora, que abarca tanto el fin propuesto por el sujeto como los medios elegidos. Aquí es donde pueden distinguirse las tres clases distintas de dolo ya señaladas: 1) el dolo directo o inmediato o de primer grado, cuando el resultado inmediatamente querido es el fin del agente; 2) el dolo indirecto o mediato o de segundo grado, cuando el resultado es una consecuencia de los medios elegidos; y 3) el dolo eventual o condicionado, que será tratado a continuación.

## 2. *El dolo eventual*

Se afirma la presencia de dolo eventual cuando el sujeto se representa el resultado como relativamente probable e incluye esa probabilidad (no el resultado a secas sino la probabilidad de resultado) en su voluntad realizadora<sup>11</sup>.

En cambio, actúa con imprudencia consciente quien advierte la posibilidad de producción del resultado, pero no se la toma en serio y tampoco se resigna a ella, sino que, negligentemente, confía en la no realización del tipo<sup>12</sup>.

Sin embargo, en la práctica se ha evidenciado que no resulta tarea sencilla la de delimitar, en ciertos casos, la culpa consciente del dolo eventual. Esta problemática (que acertadamente se afirma es más procesal que dogmática) resulta de una enorme trascendencia ya que, como afirma Díaz Pita, no sólo se trata de conseguir una definición más operativa de ambas figuras, sino también de dilucidar la imposición o no de una pena o la gravedad de la misma. La definición tradicional del dolo empieza, entonces, a ser cuestionada, fundamentalmente por las dificultades que plantean los casos de dolo eventual. En éste, “la constatación de la concurrencia tanto del elemento cognitivo como, y sobre todo, del elemento volitivo, no resulta tan sencilla como pudiera parecer a simple vista”<sup>13</sup>.

---

Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 495.

<sup>11</sup> ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal....*, cit., ps. 354/355.

<sup>12</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, t. I, Madrid, Civitas, 1997, p. 427.

<sup>13</sup> DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, cit., p. 21.

### 3. *Las distintas teorías*

Las teorías que se han elaborado para distinguir al dolo de la imprudencia son numerosas —casi no hay jurista que no haya caído en la tentación de formular una propia—, las que en algunos casos han resultado novedosas aunque, en la mayor parte, sólo han llevado a una discusión que parece más terminológica que dogmática. No pretendo explicar todas y cada una de ellas sino que, a los fines de este trabajo, sólo se hará mención de las más relevantes.

En la doctrina clásica solían distinguirse dos teorías básicas:

— La teoría de la voluntad, cuyo más remoto sostenedor fue Carrara<sup>14</sup>. Para sus partidarios, la esencia del dolo reside en la voluntad de realizar el acto. No alcanza con la mera representación del resultado; éste tiene también que ser querido por el agente<sup>15</sup>. Una de sus variantes (que proviene de una de las “fórmulas” de Frank) es la que considera al dolo eventual como una suerte de dolo directo hipotético: debe preguntarse cómo habría actuado el sujeto si hubiera tenido la certeza desde un principio de la producción del resultado.

Si se afirma que habría actuado de todas maneras, cabe concluir que ha obrado en forma dolosa. La segunda fórmula consiste en afirmar el dolo si el sujeto se dice: “Pase lo que pase, yo actúo igual”.

— La teoría de la representación, defendida en su época por von Liszt. Esta teoría se conforma con la previsión del resultado para afirmar la existencia de dolo. Alcanza con comprobar el elemento intelectual, dejando a un costado la presencia o no del aspecto volitivo. Esta teoría lleva a afirmar el dolo en aquellos casos en los que el sujeto se representa la posibilidad del resultado, pero confía en que el mismo no se producirá. Incluso habría que afirmarlo en los supuestos en que el agente intente evitarlo de manera objetiva, siempre que previamente se lo haya representado como probable.

Estas dos posturas tradicionales han dado lugar a otras, hijas de aquéllas, que han pretendido resolver la cuestión:

— La teoría de la aprobación o consentimiento, que deriva de la teoría de la voluntad, exige, junto a la previsión del resultado, una aprobación interior por parte del sujeto. Tomada literalmente, ésta llevaría a la punición dolosa solamente de aquellos casos en que al agente le agrada el resultado, lo que restringiría arbitrariamente el concepto de dolo. Es por ello que se habla de una aprobación en sentido jurídico, que se satisface con que el sujeto incluya en su plan el resultado y con que lo haya “querido” en el sentido de una decisión en contra del bien jurídico<sup>16</sup>. Luzón Peña, uno de sus partidarios, sostiene que

<sup>14</sup> “Cuando el hombre que ejecutó un hecho del cual resultó la ofensa a la ley, no quiso ni previó aquella consecuencia, sino que previó y quiso solamente el antecedente, no hay dolo respecto a la consecuencia” (CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal*, vol. I, Buenos Aires, Depalma, 1944, § 78).

<sup>15</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, cit., p. 125.

<sup>16</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 431.

“el dolo eventual requiere el elemento volitivo en forma de aceptación o consentimiento (o fórmulas similares) de la eventual producción del hecho”. Esta aceptación o consentimiento sólo se excluye por “una confianza mínimamente fundada objetivamente, aunque errónea, en que no se produzca el hecho”<sup>17</sup>.

— La teoría de la indiferencia, que también se relaciona con la teoría de la voluntad, y según la cual el dolo eventual revela un grado mayor de desprecio o indiferencia por el bien jurídico que la imprudencia consciente. Esta postura es criticada porque no es cierto que la falta de indiferencia excluya categóricamente al dolo. Sin embargo, Roxin la considera valiosa porque la indiferencia es un indicio seguro de que el sujeto se ha representado el resultado y por tanto obrado en forma dolosa<sup>18</sup>.

— La teoría de la posibilidad, que proviene de la teoría de la representación, sostiene que la sola representación del resultado como posible fundamenta ya el dolo eventual, sin que haga falta siquiera comprobar elemento volitivo alguno. Esta postura es criticada por Roxin, con toda razón, porque reducir el dolo exclusivamente al componente del saber es demasiado intelectualista<sup>19</sup>.

— La teoría de la probabilidad, hija también de la teoría de la representación, y defendida en su momento por Mayer, sostiene que probabilidad significa más que una mera posibilidad. A esta parece acercarse la tesis de Zaffaroni, en cuanto afirma el dolo eventual en aquellos casos en que el sujeto se representa al resultado como relativamente probable, incluyendo esa probabilidad (no el resultado sino la probabilidad de que acontezca) en la voluntad realizadora<sup>20</sup>. La jurisprudencia nacional ha adoptado esta teoría en numerosos fallos, con formulaciones tales como que el sujeto debe haberse representado el resultado “como probable y coadyuvó a él con indiferencia y temeridad como aportes subjetivos incidentes, es decir que actuó con dolo eventual, porque sin intención directa o indirecta de delinquir, tomó a su cargo lo que, por representársele como probable en su conciencia, podía eventualmente ocurrir”<sup>21</sup>.

La crítica más fuerte a la que se hace acreedora esta teoría es la de trazar un límite poco preciso entre el dolo y la imprudencia, esto es, cuándo debe considerarse que el resultado era o no probable desde la perspectiva del autor.

— La teoría de la no puesta en práctica de la voluntad de evitación, desarrollada por Armin Kaufmann. Según éste, cuando hay representación de la posibilidad del resultado, sólo puede descartarse el dolo eventual si la voluntad conductora del sujeto está dirigida a evitar el resultado. Habrá imprudencia consciente en los supuestos en que, pese a haberse representado el resultado, el

<sup>17</sup> LUZÓN PEÑA, Diego M., *Curso de derecho penal. Parte general*, t. I, Madrid, Universitat, 1995, ps. 426/427.

<sup>18</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 432.

<sup>19</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 434.

<sup>20</sup> ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de derecho penal...*, cit., p. 355.

<sup>21</sup> C. Nac. Crim. y Correc., sala IV, 16/2/1995, causa “Olivera”, JPBA, tomo 90, fallo 33.

agente manifieste en forma objetiva su voluntad de evitar la lesión al bien jurídico ajeno. La crítica tradicional que suele formularse es la de no advertir que en muchos supuestos puede faltar la voluntad de evitación por haber confiado el sujeto en que el resultado no se produciría. Pese a ello, es revalorizada por Zaffaroni, quien entiende que “la teoría de Kaufmann puede tener interesante valor en el derecho procesal, siendo una hipótesis digna de transitar más detenidamente en ese campo, que es al que se nos ocurre que se van derivando las mayores dificultades del dolo eventual”<sup>22</sup>. Roxin, por su parte, la considera un importante indicio para la determinación del dolo<sup>23</sup>.

— La teoría del peligro no cubierto, propiciada por Rolf D. Herzberg, quien sostiene que la solución al problema del dolo no sólo debe estar en función de las representaciones del sujeto, sino también de la calidad objetiva del riesgo creado. El dolo no depende de que el autor haya tomado en serio un peligro reconocido, sino de que haya reconocido un peligro a tomar en serio. Para esto distingue dos modalidades de riesgos no permitidos: los peligros cubiertos (que se dan cuando existen circunstancias que permiten confiar objetivamente en que el tipo no va a realizarse, es decir, cuando el sujeto puede reconocerlas y evitar el resultado prestando atención, o cuando se confía fundamentalmente en controlar el riesgo que se crea) y los peligros descubiertos (aquellos casos en que no existen datos objetivos para la confianza racional en la no realización del tipo, y que el autor debe tomar en serio). El conocimiento por parte del sujeto de un peligro cubierto sólo fundamenta una imprudencia, mientras que si lo que se conoce es un peligro descubierto, se estará ante un hecho doloso. La crítica que se le efectúa a su postura radica, principalmente, en la dificultad de establecer cuándo se está ante un peligro cubierto y cuándo no<sup>24</sup>.

Como puede advertirse, ninguna de las teorías está exenta de críticas y objeciones, lo que dificulta la solución pacífica de los casos y el optar por una de ellas. Partidarios de unas y otras siguen alimentando una discusión que parece no acabar nunca.

Pero aún siendo conscientes de esta dificultad, y de los problemas que surgen de casi todas las teorías en danza, se hace necesario agudizar la búsqueda a fin de conseguir un concepto de dolo que esté expuesto a menos objeciones que el tradicional.

Un buen comienzo podría estar dado por tomar de la definición de Roxin la idea de que la “realización del plan” constituye la esencia del dolo. “Un resultado ha de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corres-

<sup>22</sup> ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de derecho penal...*, cit., p. 354.

<sup>23</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 437.

<sup>24</sup> Un desarrollo más amplio de esta teoría y de sus críticas puede verse en el artículo de RAGUÉS, Ramón, “Tres propuestas recientes en la histórica discusión sobre el dolo”, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año V, nro. 9 “A”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, ps. 465 y ss.

ponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva”, distinguiéndolo de la imprudencia, caracterizada por “negligencia o ligereza”.

A fin de limitar el dolo eventual de la imprudencia consciente, Roxin sostiene que “quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida como posible, sin que la misma la disuada de su plan, se ha decidido conscientemente —aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus esperanzas de evitarlo— en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo. Esta ‘decisión por la posible lesión de bienes jurídicos’ es la que diferencia al dolo eventual en su contenido de desvalor de la imprudencia consciente”<sup>25</sup>.

Esta definición puede dejar menos margen para la crítica, en cuanto brinda un límite más preciso para distinguir los casos que se ubican en la “zona gris”. Si bien el mismo autor reconoce la dificultad de reproducir lingüísticamente de manera adecuada un fenómeno psicológicamente muy sutil, agrega que “hay que afirmar el dolo eventual cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así —de buena o mala gana— a la eventual realización de un delito, se conforma con ella”<sup>26</sup>.

El sujeto que actúa con imprudencia consciente es aquel que advierte la posibilidad de producción del resultado, pero no se la toma en serio y en consecuencia tampoco se resigna a ella en caso necesario, sino que negligentemente confía en la no realización del tipo.

Resulta fundamental, entonces, distinguir la “confianza” de la “esperanza”, a los fines de delimitar el dolo de la culpa. Habrá confianza cuando el sujeto no tome en serio la posibilidad del resultado típico (a veces por una sobrevaloración de su propia capacidad para controlar la situación), en tanto habrá solo una esperanza cuando el autor tome en serio la posibilidad de un resultado delictivo y no confíe en que las cosas saldrán bien, teniendo sólo la esperanza de que ello ocurra. En este último caso habría que afirmar el dolo si el sujeto (habiendo tomado en cuenta al posible resultado típico) deja que las cosas sigan su curso.

De esta forma, algunas de las teorías que se han comentado más arriba, pueden ser de gran utilidad a fin de determinar si hubo o no en el caso una decisión en contra del bien jurídico. El mismo Roxin intenta demostrar que, en la práctica, todas estas teorías no difieren demasiado en los resultados a los que llegan, y que en realidad se trata de una discusión más terminológica que dogmática. La teoría de la probabilidad, la no puesta en práctica de la voluntad de evitación de Kaufmann y la teoría de la indiferencia, constituyen ejemplos de creaciones dogmáticas que pueden servir de indicios en la verificación del dolo o de la imprudencia.

<sup>25</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., ps. 416 y ss.

<sup>26</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 427.

En términos bastante similares se expresa Díaz Pita, cuando concibe al dolo como “decisión contraria al bien jurídico protegido en lugar de considerarlo como conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo”. Según esta autora, un concepto de esta naturaleza “elimina dificultades tales como la investigación, vedada en realidad al jurista, de datos ontológicos situados en la esfera psicológica del sujeto que actúa; o intentar encajar en el concepto de ‘voluntad’ interpretaciones cada vez más alejadas del verdadero significado del término voluntad<sup>27</sup>”.

De esta forma, entiendo que se llega a un concepto de dolo más concreto y práctico, en el que el dato a buscar es la decisión del autor en contra del bien jurídico que resulta afectado. Esta definición no descarta ni al elemento cognitivo ni al volitivo, ya que ambos siguen teniendo cabida en el dolo. Para decirse en contra de algo, será necesario conocerlo previamente, y por otro lado, la decisión implicará que el autor debe integrarla a su plan y, de esa forma, “quererla”. Conceptos como “tomarse en serio” o “resignarse a”, tal y como se emplean, no son definiciones de dolo eventual sino indicios con capacidad expresiva de su concurrencia, datos de los que se puede deducir la posible decisión en contra del bien jurídico que resulta afectado<sup>28</sup>.

#### 4. *El avance del aspecto cognitivo o intelectual*

En la actualidad puede observarse una gran tendencia a reducir al máximo (digamos casi a excluir) al elemento volitivo del dolo. Uno de los sostenedores de esta postura es Enrique Bacigalupo, que define al dolo como “conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, de los elementos que caracterizan la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido”. De esta forma “quien conoce el peligro concreto generado por su acción riesgosa para otra persona, obra con dolo, pues sabe lo que hace<sup>29</sup>”.

Como resulta obvio, una definición de este tipo prácticamente acaba con la existencia de la imprudencia consciente. El mismo Bacigalupo lo manifiesta en estos términos: “A partir de la concepción del dolo eventual como conocimiento de que el resultado no es improbable, sólo cabe admitir como culpa la inconsciente, es decir, aquélla en la que el autor no tuvo ese conocimiento<sup>30</sup>”.

Estas afirmaciones de Bacigalupo se encuentran influenciadas por la tesis de Jakobs, quien sostiene que para el dolo eventual lo que importa es el cono-

<sup>27</sup> DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, cit., ps. 349/350.

<sup>28</sup> Mir Puig afirma que quien “toma en serio” la probabilidad del delito, en el sentido de que no la descarta, ha de aceptar necesariamente dicha probabilidad si decide realizar la conducta peligrosa (MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal...*, cit., p. 248).

<sup>29</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, ps. 316/317.

<sup>30</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal...*, cit., p. 324.

cimiento de que no es improbable la realización del tipo<sup>31</sup>. Como ejemplo, dice que está abarcado por el dolo el fallo de una intervención quirúrgica cognosciblemente arriesgada.

Incluso Jakobs sostiene que quien a ciegas cruza un semáforo en rojo, tiene dolo de lesión<sup>32</sup>. Soluciones como éstas otorgan al dolo —a mi entender— un margen arbitrariamente excesivo.

Hace décadas, al referirse a las teorías de la representación, Soler decía que éstas parecen sacar del dolo el ámbito de la voluntad para transformarlo en algo meramente intelectual, “tesis esta que nunca ha sido postulada por nadie”<sup>33</sup>.

Roxin es contundente al señalar que “los empeños en suprimir totalmente el elemento volitivo-emocional están condenados al fracaso”, ya que “no se puede anular el elemento ‘pronóstico-irracional’ que se integra en la decisión por la posible lesión del bien jurídico y que distingue mediante el ‘tomarse en serio’ el peligro o la ‘confianza’ en un desenlace airoso”<sup>34</sup>.

En un sentido similar se expresa Stratenwerth, al decir que la sola conciencia de la posibilidad real de la producción del resultado no es suficiente para fundamentar el dolo. Entiende que el autor que obra con dolo se decide por la lesión del bien jurídico, mientras que el que lo hace con culpa, no, y esta oposición es básica para determinar, en principio, la mayor gravedad del obrar doloso entre las formas del hecho punible. Por eso es imprescindible separar dos aspectos: al dolo corresponden no solamente determinados presupuestos cognitivos, sino también una determinada actitud interna del autor<sup>35</sup>.

Pareciera, en definitiva, que resulta sumamente difícil distinguir las conductas dolosas de las imprudentes sin considerar siquiera el elemento volitivo. Y como ya se ha dicho, la cuestión no es menor, toda vez que existen enormes diferencias en las penas que prevén las leyes, según se trate de un hecho cometido con dolo o por imprudencia. La dogmática no debería resignarse a la simplificación del concepto de dolo, sino que por el contrario, tendría que ahondar en la búsqueda de criterios diferenciadores, ya que el reproche jurídico-penal no puede ser igual para aquél que se decidió en contra del bien jurídico, que para aquel que confío en evitar el resultado disvalioso o que hizo esfuerzos para impedirlo.

<sup>31</sup> “Concurrirá, pues, dolo eventual cuando en el momento de la acción el autor juzgue que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa acción” (JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas SA, 1995, p. 327).

<sup>32</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho penal...*, cit., p. 335.

<sup>33</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, cit., p. 125.

<sup>34</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 446.

<sup>35</sup> STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal. Parte general*, t. I, El hecho punible, Buenos Aires, Fabián J. Di Plácidos, 1999, ps. 94 y ss.

### III. El dolo eventual en los hechos de tráfico automotor

La afirmación de que una persona ha obrado con dolo eventual en un hecho en el que otra u otras hayan resultado lesionadas, o fallecidas, como consecuencia de la colisión provocada por un vehículo automotor, ha generado enormes discusiones.

Si bien tradicionalmente esta clase de sucesos fueron calificados por la jurisprudencia nacional como delitos imprudentes, en los últimos años se advierte cierta tendencia a sostener —en algunos casos— que se trata de supuestos dolosos.

Así, a modo de ejemplo, se sostuvo que había cometido un homicidio simple con dolo eventual, y no uno culposo, el imputado que atropelló a cuatro personas en la calle con su auto y le produjo la muerte a una de ellas, si condujo su automóvil a ciegas, a alta velocidad, por un lugar densamente poblado y una calle habitualmente transitada por peatones, de noche y con abundante lluvia, pues no sólo sabía que podía matar, sino que también mostró un desprecio por la vida ajena que explica su indiferencia ante la posibilidad de ocasionar un resultado como la muerte<sup>36</sup>.

A mi modo de ver, la solución correcta dependerá, en cada caso, de si es posible afirmar que el agente tuvo, o no, una decisión en contra del bien jurídico en los términos antes explicados.

Y esa decisión, que llevaría a afirmar un obrar doloso, debiera ser descartada cuando existan datos o elementos que permitan inferir que el resultado lesivo no era aceptado por el autor.

Así, no cabría imputar el resultado a título de dolo eventual si el conductor del rodado, antes de chocar con el auto de la víctima, intentó frenar el suyo (en algunos casos, la existencia de huellas en el asfalto —por ejemplo— pueden ser demostrativas del intento de evitar la colisión), ya que dicha circunstancia constituye una manifestación objetiva de su voluntad de evitar el resultado.

Además, en casos donde el vehículo en el que circulaba el imputado haya resultado seriamente dañado, o cuando aquel haya también padecido lesiones, afirmar que obró dolosamente implicaría admitir que se trata de un suicida al que poco le importaba su propia vida. Así ocurriría, por ejemplo, si se sostuviese que actúa con dolo eventual el chofer de un colectivo que cruza con su unidad una vía con la barrera baja y es embestido por un tren, lo que le provoca lesiones al propio conductor y a algunos pasajeros. No parece posible sostener, en este supuesto, que el agente se “resigna así —de buena o mala gana— a la eventual realización de un delito, se conforma con ella”<sup>37</sup>.

En nuestra jurisprudencia pueden encontrarse casos de procesamiento —con o sin prisión preventiva— por homicidio simple a título de dolo eventual

<sup>36</sup> Cámara de Garantías en lo Penal de Quilmes, sala I, 26/6/2001, “Soto, Diego G.”, LLBA 2002-119.

<sup>37</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 427.

y, luego, condena por homicidio imprudente<sup>38</sup>. Resultado: en muchos casos, la privación de la libertad del imputado durante la tramitación del proceso.

Un caso que resultó paradigmático fue el de Sebastián Cabello, a quien se lo juzgó por haber causado la muerte de una madre y su hija, que circulaban en su auto. En lo que aquí importa, se tuvo por probado que el 30 de agosto de 1999, aproximadamente a las 2 hs. de la madrugada, Cabello corría en una “picada callejera” con su “Honda Civic”, junto con al menos otro vehículo por la Av. Cantillo a velocidad antirreglamentaria. En ese contexto, luego de efectuar una abrupta maniobra hacia la derecha (“volantazo”) embistió por atrás al “Renault 6” en el que circulaban las víctimas, quienes murieron por carbonización a raíz del rápido incendio que produjo el impacto.

El Tribunal Oral en lo Criminal N° 30 condenó al acusado a la pena de doce años de prisión e inhabilitación absoluta por igual tiempo al de la condena e inhabilitación especial para conducir automotores por el tiempo máximo previsto por la ley de fondo, por entender que resultaba autor material del delito de doble homicidio cometido con dolo eventual<sup>39</sup>.

Sin embargo, casi dos años después, la Cámara Nacional de Casación Penal entendió que Cabello había cometido el delito de homicidio culposo. Allí se afirmó que “... la mera circunstancia de circular a una alta velocidad violando conscientemente el deber de cuidado, confiando en su habilidad o destreza como conductor no resulta *per se* determinante de la existencia de dolo eventual, pues debe demostrarse que el autor fue consciente del riesgo, lo asumió y no tuvo una verdadera renuncia en la evitación del resultado, extremos que por cierto, no han sido acreditados...”. Además se sostuvo que “actuó... con un alto grado de imprudencia, con extrema inobservancia de las normas que debía cumplir al mando de un rodado, pero descartamos que haya habido de su parte intención de dañarse a sí mismo o a terceros... no se advierte... que... había previamente conocido y aceptado que iba a embestir a otro rodado, provocando la muerte de seres humanos...<sup>40</sup>”.

Tal vez se deba concluir que resulta sumamente difícil (o a veces imposible) afirmar el dolo eventual en hechos de tránsito vehicular como el recién mencionado. El famoso caso de la “correa de cuero”<sup>41</sup>, en el que la doctrina es

<sup>38</sup> Valga como ejemplo el caso “Olivera” ya citado, en el que la sala IV de la Cámara del Crimen porteña había establecido que el imputado había causado el accidente fatal con dolo eventual. Luego, el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 24 condenó a Olivera por homicidio imprudente, causado con imprudencia inconsciente.

<sup>39</sup> Tribunal Oral en lo Criminal nro. 30, 21/11/2003, “Cabello, Sebastián”, en LL Online.

<sup>40</sup> C. Nac. de Casación Penal, sala III, 2/9/2005, “Cabello, Sebastián”, LL 2005-E-342. Cabe señalar que tanto la querrela como el Ministerio Público Fiscal, dedujeron sendos recursos extraordinarios, pero la Corte Suprema rechazó ambos remedios federales por considerar que se referían exclusivamente a cuestiones ajenas a dicho remedio (Corte Sup., 14/11/2006, “Cabello, Sebastián s/rec. de casación”, LL 2007-B-42).

<sup>41</sup> K y J querían robar a M. Decidieron estrangularlo con una correa de cuero hasta que perdiera el conocimiento y sustraerle así sus pertenencias. Como se pecataron de que el estran-

casi unánime en afirmar la presencia de dolo eventual, permite comprobar la presencia de cierto elemento volitivo, de esa decisión contraria al bien jurídico (aun cuando los autores no deseaban el resultado ni les resultaba agradable), que es casi imposible advertir en casos como el de Cabello.

Y no es casual que esta realidad se haya reflejado en una reforma legislativa. En efecto, meses después de ocurrido el caso Cabello, el Congreso sancionó la ley 25.189<sup>42</sup>, que elevó la escala penal de los delitos de homicidio y lesiones imprudentes (CP, arts. 84 y 94, respectivamente), con una agravante para los casos cometidos por la conducción imprudente, negligente, inexperta o antirreglamentaria de un vehículo automotor<sup>43</sup>. Si la categoría del dolo eventual permitiera resolver con facilidad muchos de los miles de casos de accidentes vehiculares, ninguna necesidad de reforma hubiese existido.

#### IV. CONCLUSIÓN

La dificultad de delimitar en algunos casos el dolo eventual de la imprudencia consciente ha quedado evidenciada a lo largo de esta exposición. La búsqueda de un concepto de dolo menos vulnerable a las críticas es una tarea que, pese a los años de debate doctrinario, no ha perdido vigencia.

El dolo como decisión por la posible lesión de bienes jurídicos elimina varias de las dificultades que presenta la concepción tradicional de considerarlo como conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo, como la dificultosa constatación de datos ontológicos situados en la esfera psicológica del sujeto, o el intentar concebir como “voluntad” algo que se aleja bastante del significado de ese término<sup>44</sup>.

Sin embargo, estoy convencido de que las dudas y las dificultades seguirán apareciendo. Es imposible establecer parámetros matemáticos en cuestiones dogmáticas, y ello no solo es así en el tema aquí tratado, sino que acontece en todos los estratos analíticos de la teoría del delito.

---

gulumiento podría concluir en la muerte de M, que querían evitar, optaron por golpearlo con un saco de arena hasta que perdiera el conocimiento. Durante la ejecución del hecho, el saco de arena se reventó y se produjo una pelea con M. Entonces K y J recurrieron a la correa de cuero que habían llevado por si acaso. Hicieron un lazo en torno al cuello de M y tiraron de ambos extremos hasta que M dejó de moverse. Se apoderaron de sus pertenencias, y como tuvieron dudas sobre si M estaría aún vivo, realizaron intentos de reanimación, los que resultaron inútiles (ROXIN, Claus, *Derecho penal...*, cit., p. 424).

<sup>42</sup> BO 28/10/1999.

<sup>43</sup> El homicidio imprudente (CP, art. 84), según el texto legal anterior, tenía prevista una pena de prisión de seis meses a tres años, lo que permitía que, en la mayoría de los casos, la condena fuese dejada en suspenso. Con la sanción de la ley 25.189, la escala es ahora de seis meses a cinco años de prisión, elevándose el mínimo a dos años si fueren más de una las víctimas fatales o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta o antirreglamentaria de un vehículo automotor. Este cambio legislativo reafirma, en cierta medida, la tesis que se sostiene en este trabajo.

<sup>44</sup> DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, cit., p. 350.

La opinión pública, guiada por los trágicos “resultados estadísticos” que arrojan los accidentes de tránsito, seguirá reclamando la aplicación de penas más severas para los autores de estos delitos. Pero esto no debiera conmover ni influir a los jueces, quienes cumplirán sus obligaciones aplicando correctamente la ley, sin hacerse eco de reclamos populares.

Por eso es que la búsqueda de conceptos más precisos seguirá ocupando a los expertos en la materia, en aras de la seguridad jurídica, y a fin de brindarles a los magistrados herramientas útiles que puedan ser aplicadas en la resolución de los casos concretos.



## SECCIÓN VI

### TEMAS DE DELITOS EN PARTICULAR



BUEN GOBIERNO EMPRESARIAL Y LÍMITES DEL DERECHO PENAL  
(LA PENALIZACIÓN DE LA DESLEALTAD  
DE LOS ADMINISTRADORES EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA)

Por ENRIQUE BACIGALUPO

Conocí a Andrés D'Alessio cuando éramos estudiantes, probablemente en 1959. Entonces yo era Ayudante de Docencia en el Instituto de Derecho Penal y Criminología que dirigía D. Luis Jiménez de Asúa. Andrés comenzó a frecuentar el Instituto junto con Enrique Paixao. Nuestros encuentros cotidianos, de los que también participaba el otro Ayudante de Docencia, Leopoldo Schiffrin, se convirtieron en un seminario permanente en el que todos los temas del Derecho Penal, especialmente los de la parte general, eran objeto de nuestras permanentes discusiones. Eran los tiempos en los que comenzaba en Argentina la controversia entre finalismo y causalismo. Poco después los cuatro y Norberto Spolansky comenzamos a reunirnos semanalmente en el despacho de D. Eduardo Marquardt en la Procuración General de la Nación, para continuar allí las discusiones que nos ocupaban en el Instituto. Afortunadamente para ambos no coincidimos respecto de la teoría finalista de la acción. Porque, gracias a esa discrepancia, comenzamos juntos el aprendizaje de la argumentación dogmática y fuimos construyendo también una amistad duradera. Recuerdo la última vez que nos vimos, cuando, ya muy afectada su salud, asistió a una conferencia que di en nuestra Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires sobre la famosa lección inaugural de Jiménez de Asúa, relativa a la "Teoría Jurídica del Delito", de 1931. En el debate posterior demostró una vez más sus conocimientos y su agudeza. No suponía que no volveríamos a vernos.

*I*

La seguridad jurídica en materia económica y empresarial puede ser vista desde dos diferentes ángulos de mira: el del inversor y el del administrador. En ambos casos el derecho penal tiene reconocido un papel en el orden jurídico actual. Desde el punto de vista del inversor la seguridad depende de que se le garantice lealtad en la administración de sus inversiones. Desde el punto de

vista de los administradores se trata de la necesidad de límites precisos de la legalidad.

La preocupación por los límites del Derecho Penal en el ámbito de la actividad empresarial no tiene su origen en la existencia del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de 2006, sino en la fuerte tendencia que se observa a una progresiva criminalización de comportamientos mercantiles en nuestro Derecho Penal. Legislativamente este fenómeno presenta tipos penales de límites imprecisos y ello genera el riesgo de criminalizar cualquier conducta que, de una u otra manera, choque con alguna recomendación de los Códigos de Buen Gobierno. Por ello es preciso advertir desde el comienzo que sería erróneo entender las recomendaciones del Código como un complemento normativo de tipos penales carentes de certeza.

Tanto el Código de Buen Gobierno como el Código Penal dedican especial atención a la lealtad de los administradores respecto de los accionistas o de los socios de una sociedad. Se trata de un punto central de cualquier buena administración. Las leyes mercantiles establecen, aunque de manera poco sistemática, el deber de lealtad de los administradores. El Código Penal penaliza ciertas infracciones de ese deber.

La LSA eleva la lealtad de los administradores a deber jurídico, pero no lo desarrolla; sólo dice en su art. 127.1: “los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal”. Otras disposiciones aisladas concretan aspectos parciales del deber de lealtad. El art. 132.2 señala el supuesto especial de incompatibilidades por “intereses contrapuestos” y el art. 133.1 precisa que el deber de lealtad se extiende también a la protección de las expectativas normativas de la sociedad de que sus administradores respetarán las leyes y los estatutos. El Código de Buen Gobierno, por su parte, desarrolla en algunas de sus recomendaciones el deber de lealtad de la LSA, por ejemplo en la 7ª, en la que implícitamente vincula la lealtad al actuar con el propósito de la defensa del “interés de la compañía”, entendido como el interés del accionista común. Esta recomendación completa conceptualmente, además, la idea del art. 127.1, LSA, que impone al administrador actuar con la “diligencia de un ordenado empresario”. También es una manifestación concreta del deber de lealtad la recomendación 8ª, c), relacionada con las incompatibilidades que pueden surgir en las “operaciones vinculadas”. Una serie de deberes de información contenidos en el Código de Buen Gobierno son asimismo una consecuencia del deber de lealtad de los administradores.

El deber de lealtad en las sociedades por acciones es un elemento particularmente importante de la protección de los accionistas. Constituye la contrapartida de los amplios poderes de representación que la ley otorga a los administradores: el art. 129, LSA, determina que la sociedad quedará obligada frente a terceros “aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social” y que

“cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros” (art. 129, LSA). La primera razón que ha justificado históricamente el aseguramiento penal de la actuación leal de los administradores, ciertamente dentro de límites y de manera fragmentaria, por lo tanto, es la fuerza obligante hacia terceros que los actos del administrador generan a la sociedad, aunque tales actos sean consecuencia de la deslealtad del mismo respecto de las decisiones que internamente hubieran limitado sus poderes. Pero, el deber de lealtad no sólo es relevante en el ámbito de los poderes de obligación externa que tiene el administrador. También tiene efectos hacia el interior de la sociedad, particularmente en lo concerniente a la información leal de los administradores a los accionistas respecto de la marcha de los negocios, lo que se manifiesta especialmente en la transparencia contable de la gestión administrativa.

## II

La experiencia reciente de la justicia penal en distintos países (EE.UU., Alemania, Italia y España) muestra que hay prácticas que se desarrollan en los límites del deber de lealtad que pueden tener relevancia penal. La determinación precisa de los casos en los que esas prácticas adquieren tal significación es actualmente un imperativo de la garantía de la seguridad jurídica.

La premisa dogmática de la que se debería partir podría ser formulada de la siguiente manera: no toda infracción de un deber del administrador debería ser considerada como una deslealtad y, en todo caso, no siempre tendría relevancia penal. Este problema es conocido desde antiguo en todos los delitos que conforman este ámbito. La circunstancia de que la lealtad sea también un valor ético individual y no sólo un deber jurídico puede favorecer inadecuadas respuestas penales moralizantes. Pero, en el Derecho Penal moderno el radio de acción de la ética y del Derecho Penal no se superponen totalmente. Naturalmente no se trata de reducir los niveles de exigencia ética de la vida mercantil, sino de utilizar el Derecho Penal básicamente en relación a los comportamientos con contenido criminal. La ética tiene una significativa función en el ámbito de las empresas y los mecanismos de selección cuidadosa de personal (*integrity tests*), de prevención interna contra la deslealtad (*whistle-blowers*) o de creación de vínculos estrechos del directivo con la empresa (*corporate identity*) son manifestaciones de técnicas de autorregulación en el ámbito de la ética de los negocios<sup>1</sup>. Pero el campo del Derecho Penal es otro.

<sup>1</sup> Confr. PASTOR MUÑOZ, N., en InDret 380, octubre 2006 ([www.indret.com](http://www.indret.com)).

### III

Las respuestas técnico-jurídicas para la delimitación del contenido del Derecho Penal en esta materia no siempre han sido acertadas, lo que se explica por las dificultades que entrañan. En el siglo XIX la jurisprudencia francesa de la Cour de Cassation trataba, en verdad infructuosamente, de distinguir entre las infracciones meramente civiles y las de contenido penal en el ámbito del delito de las defraudaciones. La jurisprudencia española, que siguió el mismo camino, no tuvo más fortuna en semejante tarea. En la doctrina alemana se ha tratado de caracterizar el contenido criminal de una infracción del deber de lealtad refiriendo la cuestión a la gravedad de la infracción de los deberes del administrador, pero la jurisprudencia del BGH ha rechazado recientemente tal punto de vista.

El Código Penal vigente ha recurrido a veces a criterios discutibles. No es objetable que haya criminalizado la infracción del deber de lealtad en el delito de administración desleal (arts. 252 y 295, CP), aunque su técnica sea totalmente deficiente y aunque, como se verá, el Proyecto del Poder Ejecutivo agrave seriamente la situación de inseguridad. Lo verdaderamente problemático son otras figuras penales en las que el deber de lealtad es relevante.

En efecto, el Código Penal considera como un primer criterio de criminalización de la deslealtad de los administradores el abuso del derecho. El art. 291, CP, impone una pena de tres años de prisión o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido a los que “prevaliéndose de su situación [debería decir: posición] mayoritaria en la junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, con perjuicio de los demás socios y sin que reporten beneficios a la misma”. La pena prevista para este delito puede ir acompañada de la inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o el comercio (art. 56.3, CP).

Como se ve la ley penaliza como deslealtad de los administradores actos que formalmente considerados consisten en el ejercicio del derecho de la mayoría que establece el art. 140.1, LSA. El tipo penal no se refiere sólo a los acuerdos impugnables del art. 115, LSA, es decir, contrarios a la ley, a los estatutos o a los intereses sociales. El texto legal alcanza también a los cometidos con abuso del derecho, reemplazando el procedimiento mercantil previsto para esos casos por la criminalización de la conducta. El legislador penal ha entendido que la norma del art. 140.1, LSA, según el cual los acuerdos del Consejo de Administración se adoptarán por mayoría absoluta, no puede operar sin más como una causa de justificación en el sentido del art. 20.7ª. CP. El abuso de ese derecho, por el contrario, será subsumible bajo el tipo del art. 291, CP, y, además, antijurídico. Esta extensión del art. 291, CP es sorprendente, dado que no parece que la limitación del campo de ejercicio del derecho de la mayoría sea una exigencia del deber de lealtad empresarial. Es posible comprobar que

en la amplia caracterización del deber de lealtad contenida en el Informe Aldama (2002), no aparece una limitación semejante. Por otra parte, no se conoce paralelo alguno de un tipo penal como éste en el Derecho europeo.

La aplicación del art. 291, CP, será particularmente dificultosa. La noción de abuso del derecho, en general, ha sido tradicionalmente tratada y desarrollada en Francia<sup>2</sup>. La doctrina francesa ha señalado el problema: “El núcleo de la cuestión es la determinación de los elementos que permitan fijar dónde comienza el abuso en el cumplimiento de actos correspondientes al ejercicio de un derecho; [...] Si la controversia puede ser prolongada es sin duda porque la jurisprudencia es muy difícil de interpretar”<sup>3</sup>. La imprecisión del concepto condujo a parte de la doctrina al rechazo de la noción de abuso de derecho y a considerar que “los derechos son en principio absolutos y que el abuso del derecho es una atemperación de orden moral”. Planiol ha negado, en este sentido, la posibilidad de un control del ejercicio de los derechos de estas características. No obstante los tribunales civiles franceses utilizan el criterio del abuso del derecho en diversas relaciones privadas contractuales o familiares a la vez que han rechazado definir un concepto general de abuso del derecho, entendiéndolo como “una consideración de equidad y de política jurídica”<sup>4</sup>. Los civilistas modernos coinciden en que “La preocupación por moralizar el ejercicio de los derechos [...] tiene una posición importante en el razonamiento de los jueces”<sup>5</sup>. La jurisprudencia ha considerado la cuestión especialmente en el marco del art. 1338 del C. Civil, es decir en el ámbito de los delitos y cuasidelitos civiles, sosteniendo que “el ejercicio de un derecho puede constituir culpa cuando el titular del mismo lo ejerce con el designio de lesionar haciendo un uso perjudicial a otro”<sup>6</sup>. Sin embargo entre las numerosas infracciones penales de las leyes francesas sobre sociedades no se encuentra un tipo penal semejante al del art. 291, CP.

Nuestro Código Civil vigente receptó la idea de la jurisprudencia francesa y desde la reforma de su Título Preliminar introducida por el dec. 1836/1974 prevé el abuso del derecho en el art. 7.2. La Exposición de Motivos sólo dice que “la licitud carece de validez absoluta”. El concepto es oscuro. De la dudosa redacción del artículo, sería posible deducir un deber de compensar equitativamente las consecuencias extraordinariamente gravosas que tenga que sufrir un tercero por el ejercicio del derecho, pero ello no debería determinar necesariamente la antijuricidad ni la nulidad jurídica del acto. La jurisprudencia del

<sup>2</sup> JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Universidad Nacional de Bogotá, 1940.

<sup>3</sup> GHESTIN, J. - GOUBEAUX, G. - FABRE MAGNAN, M., *Traité de droit civil. Introduction*, Paris, LGDJ, 1993, 2ª ed.

<sup>4</sup> GHESTIN, J. - GOUBEAUX, G. - FABRE MAGNAN, M., *Traité de droit civil...*, cit., p. 790.

<sup>5</sup> GHESTIN, J. - GOUBEAUX, G. - FABRE MAGNAN, M., *Traité de droit civil...*, cit., p. 791.

<sup>6</sup> Chambre Civil, 2ª, 26/11/1953.

Tribunal Supremo (sala de lo Civil), sin embargo, tiende a identificar abuso del derecho y antijuricidad.

La solución civil del conflicto, de todos modos, no es lo que está en cuestión. Lo problemático es su criminalización en el marco del derecho de las sociedades. Desde este punto de vista parece necesario distinguir entre obligar a compensar civilmente, a costa del que ejerce el derecho, al que se vea obligado a soportar las consecuencias del ejercicio del mismo, y convertir al que ejerce el derecho en autor de un delito.

A mi modo de ver la criminalización del abuso del derecho de la mayoría ofrece dificultades técnicas que impiden la estructuración de un tipo penal de este contenido. El problema radica en el grado de seguridad jurídica que exige el Derecho Penal. La noción de abuso del derecho, no es teóricamente pacífica, pero, en todo caso, es entendida en el Derecho Privado como un correctivo necesariamente limitado, dado el carácter vago de la equidad y la política jurídica que la inspira, y es considerada como fuente de inseguridad. Por lo tanto, la cuestión que plantea el art. 291, CP, es si el legislador está constitucionalmente habilitado para estructurar un tipo penal con apoyo en el abuso del derecho de las mayorías en el ámbito de la administración de sociedades. Dado que el principio de legalidad del art. 25, CE, exige que los tipos penales sean precisamente determinados (*lex certa*), la respuesta no requiere largas cadenas argumentales. La descripción de una conducta mediante una noción vaga, imprecisa y basada exclusivamente en la equidad no puede cumplir con las exigencias constitucionales de seguridad y precisión del Derecho Penal.

Sería erróneo suponer que la precisión necesaria surge de los otros elementos que establece el art. 291, CP: el ánimo de lucro, el perjuicio para los socios y la ausencia de beneficio para la sociedad. Pienso que no es así. El ánimo de lucro, como motivación de la conducta no es razón para convertir un acto basado en el ejercicio de un derecho en un delito; no se debería confundir el ánimo de lucro con el propósito de obtener beneficios antijurídicamente. También el daño a los socios es un concepto vago. Los beneficios de una decisión pueden no manifestarse inmediatamente, por lo tanto, el daño será en un número importante de casos sólo un pronóstico a largo, mediano o corto plazo. En suma: relativizar el concepto de antijuricidad convirtiéndolo en un juicio de equidad y remitir a definiciones imprecisas de las consecuencias del acto no se ajusta, sin duda alguna a la exigencia de certeza de la ley penal.

No existe hasta ahora –al menos no es conocida– aplicación jurisprudencial de esta disposición. La inseguridad se agrava porque se trata además de un delito que en nuestro sistema de recursos carece de acceso al Tribunal Supremo. Probablemente lo recomendable es que los jueces, antes de aplicarla, plantearan la cuestión de inconstitucionalidad en los términos del art. 35, LOTC. Hasta ahora el Tribunal Constitucional, sin embargo, ha sido extremadamente tolerante con las inconsecuencias del legislador en relación al art. 25.1, CE. La solución más segura sería, por lo tanto, la derogación de esta figura penal.

## IV

El deber de lealtad también se manifiesta en la obligación de informar a los accionistas de la gestión del negocio. Desde el punto de vista de los accionistas se trata de la transparencia de la administración. El art. 171, C. Comercio, impone a los administradores la obligación de presentar las cuentas anuales, el informe de gestión y una propuesta de aplicación del resultado. En su caso, las cuentas y el informe de gestión deben ser consolidados, es decir, deben integrar en el balance de la matriz total o parcialmente los resultados de las filiales. Los arts. 290 y 293, CP, establecen los tipos penales que describen las conductas punibles por la infracción de los deberes de información leal que surgen de la ley mercantil.

El deber de información leal tiene también destinatarios distintos de los accionistas. Los partícipes del mercado también tienen un derecho a la información sobre la situación jurídica de la empresa como eventuales inversores, en la medida en la que son posibles adquirentes de acciones o de participaciones en la sociedad.

Estas ilicitudes son las que han caracterizado casos tan resonantes en los últimos tiempos como el caso Enron (desde 1997), en el que se transferían a *special purpose entities* todo cuanto no interesaba hacer aparecer en las cuentas de aquella, o el caso Worldcom (2002), en el que se contabilizaron gastos corrientes como si fueran inversiones y se comprobaron pérdidas por más de 7.500 millones de dólares.

Es necesario ante todo advertir sobre el error de suponer que el delito del art. 290, CP, es una variedad de los delitos de falsedad documental. En realidad nada tienen que ver con la falsedad documental aunque el legislador haya descrito el hecho punible como “falsear” las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. No se trata de alterar o destruir medios de prueba documental, sino de proporcionar informaciones inveraces o incompletas a quienes tienen derecho a conocer la “situación jurídica o económica de la entidad”, en los términos del art. 290, CP.

La comisión de este delito se relaciona especialmente con las llamadas técnicas de cosmética contable, que no se refieren tanto a las tergiversaciones formales de las normas sobre balances del C. de Comercio (arts. 175 y ss.), como a las valoraciones desviadas, dentro de un cierto ámbito de apreciación técnico-contable, previsto en las reglas de valoración de los arts. 193 y ss., LSA.

Sin duda equivalente a la desfiguración de las cuentas presentadas es la conducta sancionada por el art. 293, CP, consistente en negar información o en impedir al socio el ejercicio del derecho de información. Negar información es una forma de incumplir el deber de informar y, por lo tanto, es un acto de deslealtad que no se manifiesta expuesto en el balance, sino en la práctica cotidiana de la gestión. El texto legal es redundante, dado que no sólo se refiere

a la información, sino también al control de la actividad social. Es evidente que se trata de lo mismo, toda vez que el control social se ejerce mediante la información.

Especial relevancia tiene en este ámbito la verificación de las cuentas anuales por los auditores de cuentas (art. 203, C. Comercio). En el derecho vigente su eventual responsabilidad se debe enjuiciar según las reglas de la participación de los arts. 27 y ss., CP. Se trata de una materia en la que los delitos de omisión (art. 11, CP) pueden tener especial relevancia y en la que, por lo tanto, se debe analizar con el máximo de cuidado la cuestión del alcance de la posición de garante de los auditores.

El Proyecto de Reformas propone un tipo especial que responsabilice directamente a los auditores. Es decir que, en lugar de su eventual consideración como partícipe del delito de los administradores la nueva redacción propone un tipo penal especial para los “auditores o cualquier otro profesional que incumpliendo su deber legal hubiera aprobado balances o informes contables falsos”. El art. 1 de la Ley 19/1988 dispone que la actividad del auditor “consistirá en verificar y dictaminar si dichas cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la empresa o autoridad auditada”. Por lo tanto, carece de sentido hablar de la aprobación de los balances o informes contables por parte del auditor. El delito del auditor, en todo caso, debería consistir en verificar en forma incompleta o en dictaminar favorablemente sobre cuentas que, sin embargo, no reflejan la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera de la empresa o entidad auditada (art. 2.2.a) Ley 19/1988).

Como ocurre en todos estos delitos siempre se presentarán alternativas a favor de una autorregulación, basada en la suposición de que los auditores dependen sustancialmente de un “capital reputacional” que no querrán poner en juego cometiendo irregularidades. Sin embargo, los grandes escándalos en los que últimamente se han visto envueltas firmas de auditores de gran capital reputacional demuestra que probablemente el temor a sanciones sociales informales no es suficientemente preventivo. Por otra parte, en la ponderación de intereses en juego es preciso tener también en consideración el daño, no sólo económico, sino también institucional que los ilícitos penalmente relevantes de los auditores pueden generar.

También se postulará una fuerte actividad policial de los órganos reguladores de los mercados de valores con la correspondiente competencia sancionadora. La eficacia de este procedimiento preventivo aumentará seguramente la seguridad. Pero, sin embargo, no se debería renunciar al Derecho Penal en los casos graves. Probablemente no sería aconsejable la introducción de un tipo penal especial, pero no cabe tampoco renunciar a la punibilidad del auditor como partícipe en el delito de los administradores cuando sea el caso.

## V

La punibilidad de la deslealtad, por el contrario, no ofrece ninguna duda en el caso del delito de administración desleal. Este delito describe la conducta del administrador que causa un perjuicio infringiendo los deberes que le incumben.

La relación de la administración desleal con las previsiones del Código de Buen Gobierno está fuera de toda duda, si se admite que “las recomendaciones de los códigos de buen gobierno se dedican, sobre todo, a la vigilancia de los ejecutivos de las empresas para que éstos no se excedan de sus atribuciones”<sup>7</sup>. Sin embargo, también aquí es necesario advertir que ello no significa que toda infracción de algún deber contenido en el Código de Buen Gobierno deba ser considerada un delito de administración desleal.

En este sentido tiene especial relevancia el modelo legislativo sobre el cual se hayan definido las conductas de la administración desleal.

La comparación jurídica demuestra que se trata de un delito que pertenece al Derecho Penal europeo, aunque entre una y otras legislaciones existan divergencias que condicionan la extensión de la punibilidad. Los derechos alemán, austriaco, suizo, portugués o del Reino Unido han legislado sobre este delito<sup>8</sup>.

El Derecho Penal español desconocía el delito de administración desleal hasta 1995. Desde entonces su historia en España ha sido todo menos sencilla. El legislador de entonces lo incluyó en el art. 295 del nuevo CP, bajo la rúbrica de los “delitos societarios”, un capítulo inspirado en el libro V, título XI del Código Civil italiano (arts. 2621/2641) o, quizás, en la legislación francesa sobre sociedades. La decisión legislativa se basó en un entendimiento muy discutible del problema, pues se apoyaba en la creencia de que la administración desleal sólo era relevante en el ámbito de la administración de sociedades. Cabría suponer que el legislador se dejó influir por un modelo normativo propuesto en Alemania, que entendió equivocadamente. En efecto: en el Proyecto Alternativo alemán referente a los hechos punibles contra la economía (1977) se propuso penalizar graves excesos de los administradores en el ejercicio de sus facultades, como un delito de peligro, es decir, que no requiere la producción real de daño patrimonial<sup>9</sup>. Pero, esta disposición, que nunca se incorporó al Derecho alemán, presuponía que, fuera del ámbito de las sociedades, existía un delito genérico de lesión patrimonial real para todo administrador desleal (§ 266, StGB), una figura que, lamentablemente, no se incluyó en el Código de 1995. Por lo tanto, el delito del art. 295, CP, entendido como un delito especí-

<sup>7</sup> CALZADA TERRADOS, Blas - CALZADA TORRES, Juan Pablo, *El buen gobierno en España: un análisis crítico*, Madrid, Instituto de estudios económicos, 2006, p. 20.

<sup>8</sup> Confr. BACIGALUPO, E., *Falsedad documental, estafa y administración desleal*, en prensa.

<sup>9</sup> LAMPE, J. - LENCKNER, T. - STREE, W. - TIEDEMANN, K. - WEBER, U., *A-E eines StGB, Straftaten gegen Wirtschaft*, 1977, p. 61.

ficamente societario, resultó una pieza extraña dentro del sistema del Código Penal, alejada además del supuesto modelo originario porque fue concebido como un delito que requería daño patrimonial y no sólo peligro de daño, que es lo que explicaba que en el *Alternativ-Entwurf* tuviera menor pena que las defraudaciones genéricas del Código Penal.

La nueva legislación, por lo demás, no modificó el contenido del art. 535 CP 1973 y lo mantuvo en lo esencial en el texto del art. 252 del nuevo CP. Dado que, sobre todo desde principios de 1994<sup>10</sup>, el Tribunal Supremo venía entendiendo, de manera expresa, que la distracción de dinero prevista en el art. 535, CP 1973, constituía una hipótesis típica de la administración desleal, el resultado no podía sino sorprender: en el nuevo Código se preveían dos hipótesis de administración desleal, la genérica del art. 252 y la societaria del art. 295, sustancialmente igual y, sin embargo, menos punible.

El mayor desarrollo práctico del delito de administración desleal ha tenido lugar en Alemania, donde se perfilaron tres nociones sobre la esencia del delito que determinaron la definición del delito en otros países europeos: (a) la que lo entiende como un abuso de los poderes de disposición acordados sobre el patrimonio administrado en relaciones jurídicas con terceros; (b) la que concibe el delito como la lesión de un deber jurídico de cuidado del patrimonio ajeno; (c) la que lo interpreta como la lesión de una relación de confianza, tenga ésta base jurídica o no. A partir de aquí se consideró que cabían dos posibilidades legislativas: el llamado tipo del abuso, estructurado sobre el ejercicio excesivo de poderes de administración conferidos, y el tipo de la infidelidad, que no requería una relación legal formal y que se manifiesta en la infracción del deber de custodiar intereses patrimoniales ajenos (*Vermögensbetreuungspflicht*). En el marco del tipo de la infidelidad la doctrina discute si la deslealtad del administrador puede ser fundamentada en actos contrarios a la moral que falsean una finalidad del Derecho<sup>11</sup>.

La difusión legislativa de estos modelos en Europa no ha sido uniforme. El Derecho alemán (desde 1933), en el § 266, DStGB, y el portugués vigente en el art. 224, CP, han codificado la administración desleal sintetizando en una disposición el tipo del abuso y el de la infidelidad. Por el contrario, el Derecho austriaco (§ 153, ÖStGB) y el derecho suizo (art. 159, CP) han limitado el delito a la hipótesis del abuso de poderes legales o contractuales. Es probable que la sección 4 de la *Fraud Act* del Reino Unido, de 8/11/2006, que pone el acento en la simple “deshonestidad” del administrador se oriente sólo al tipo de la infidelidad. El art. 295 de nuestro CP, no responde a un modelo concreto, tiene una cierta similitud con la ley francesa de sociedades por acciones de 1966; define la conducta, con dudosa técnica, como la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad o como la de contraer obligaciones a cargo de la

<sup>10</sup> SSTs de 7/3/1994 y 14/3/1994.

<sup>11</sup> Confr. KINDHÄUSER, U., *StGB*, 3ª ed., 2006, p. 936, con indicaciones bibliográficas.

sociedad (es de suponer que abusivamente, dado que la ley no lo dice). Esta doble configuración de la acción permitió inicialmente suponer que el CP se había orientado según el modelo sintético del DStGB.

Es interesante señalar que el llamado tipo de la infidelidad del Derecho alemán y portugués (probablemente también del Derecho del RU), que alcanza, como se vio, un catálogo de comportamientos mucho más amplios que el abuso de poderes legales o contractuales (incluidos los estatutarios en el caso de los administradores de sociedades) ha sido y es sometido a no pocas críticas de la doctrina por su amplitud y su discutible cumplimiento de la exigencia de determinación precisa de la conducta punible (*lex certa*).

La doctrina alemana admite que, por su mayor amplitud, el tipo de la infidelidad tiene una relación de subsidiaridad con el tipo del abuso y que de esta manera pueden entrar en consideración en su ámbito inclusive actos contrarios a los fines jurídicos o morales; tesis sólo defendida minoritariamente, o la infracción de deberes de cuidado del patrimonio ajeno que acuerdan al administrador un cierto margen para decisiones. La determinación de los deberes del administrador cuya infracción puede dar lugar a un acto de infidelidad punible es extraordinariamente casuística en la jurisprudencia.

En este sentido la jurisprudencia reciente del BGHSt ha considerado que incurre en el delito el gerente de una sucursal bancaria que dispone el otorgamiento de un crédito incumpliendo, de manera grave, sus deberes habituales de información y comprobación (BGHSt 46, 30 [2000] y 47, 148 [2001]). También ha establecido que las disposiciones de fondos imputados al presupuesto social destinado a la “promoción del arte, la ciencia, los deportes y la sociedad” pueden constituir un delito de administración desleal, cuando dichas disposiciones carecen de vinculación con el objeto social, se realizan sin la necesaria transparencia, persiguiendo preferencias personales o son inadecuadas a la situación productiva y patrimonial de la empresa (BGHSt 47, 188 [2001]). Especial repercusión ha tenido en este contexto la sentencia del caso Mannesmann (BGHSt 21/12/2005) en el que se dispuso que “es de apreciar un perjuicio del patrimonio confiado a los administradores, si el consejo de vigilancia de una sociedad por acciones otorga a un miembro del consejo de dirección un pago especial (reconocimiento de premios sin compensación), no previsto en el contrato de servicios por una prestación cumplida y debida según dicho contrato de servicios y que sólo tiene carácter retributivo que no reportará beneficios futuros a la empresa”. En esta sentencia el BGH precisó que en la de 47, 148 (otorgamiento de créditos), cuando se había referido al carácter grave, de la infracción del deber no había mencionado el deber de cuidado del patrimonio, sino el deber de información y de comprobación que incumbía al administrador.

En España la cuestión tiene otras características. La jurisprudencia ha definido la administración desleal limitándose a la hipótesis más reducida del tipo del abuso. Como hemos dicho, la jurisprudencia ha entendido que junto al

delito de apropiación indebida, el art. 252, CP, contiene un auténtico supuesto de administración desleal consistente en la distracción de dinero administrado. También ha estimado que este tipo es aplicable con preferencia sobre el tipo del art. 295, CP, tal como lo dispone el art. 8.3, CP. La relación establecida por la jurisprudencia entre ambos tipos penales es discutible, aunque en los resultados es correcta. Los elementos del tipo de la administración desleal del art. 252, CP, han sido inferidos por la jurisprudencia del texto legal de ese artículo.

El Tribunal Supremo había enunciado este punto de vista ya en sus SSTS de 7/3/1994, 14/3/1994 y 30/10/1997. La doctrina se consolidó en la STS 1489/1997 y en la 224/1998. En una primera etapa los casos presentados consistían en pagos de contraprestaciones simuladas, desviadas luego a otros destinatarios de ignorada identidad y carentes de todo crédito frente a la empresa. La STS 224/1998, estableció una aparente amplitud del tipo, luego convenientemente precisada. En efecto: la sentencia dice que los supuestos pagos por contraprestaciones simuladas “es uno de los más característicos de la forma de administración desleal que la doctrina más reciente denomina ‘tipo de la infidelidad’”, con lo cual parecía aceptar el correspondiente concepto del Derecho alemán. La doctrina de esta sentencia se reiteró en las de 3/4/1998, 12/5/2000, 21/11/2000, 16/2/2001, 29/5/2001, 7/11/2002, 26/11/2002 y 16/9/2003.

En la STS 71/2004 sobre la base de la misma doctrina se mantuvo la condena del consejero delegado que “intervino como otorgante de un contrato simulado en el que se pactaba la retribución de un servicio inexistente a favor de otra sociedad carente de infraestructura para prestarlo y que efectivamente no lo prestó”. Y en la STS 37/2006 se casó la sentencia absolutoria y se condenó al abogado que había intervenido en la ejecución del contrato objeto de la sentencia anteriormente reseñada. Parece discutible que en el mismo caso se haya mantenido la absolución del director financiero y de un apoderado, pero ello se explica porque se estimó que éstos habían actuado sin dolo.

Hay una segunda fase de los casos resueltos por nuestra jurisprudencia, que pueden ser caracterizados como “supuestos de vaciamiento patrimonial de la sociedad”, realizados mediante enajenaciones ficticias. La STS 843/2006 aplicó el art. 252, CP, y estimó que incurrían en administración desleal los administradores mayoritarios que enajenaban bienes, que ellos mismos adquirían mediante sociedades que les pertenecían, por un precio muy inferior al real y luego los vendían por el precio real, quedándose con la diferencia.

El tercer grupo de casos presenta “supuestos de remuneraciones gratificantes y pensiones para miembros de Consejos de Administración”. Las SSTS 841/2006 y 1114/2006 han precisado de una manera adecuada la extensión del tipo penal respecto de la STS 224/1998. En la primera se señala el carácter subsidiario del Derecho Penal. En la segunda fijó la jurisprudencia estableciendo que el delito se comete cuando el administrador abusa de los poderes

que le fueron conferidos: es decir limita la administración desleal al tipo, más restringido, del abuso de poderes.

Se podría pensar que las sentencias de 2006 han rectificado la de 1998, que habló de un tipo de la infidelidad, conceptualmente mucho más amplio. Sin embargo, no es así. El caso de disposición de dinero social para el supuesto pago de deudas ficticias, que motivó la STS 224/1998, es ante todo un supuesto de abuso de los poderes expresamente acordados al administrador. La mención del tipo de la infidelidad no fue, por lo tanto, la *ratio decisionis* de aquella sentencia.

## VI

El Proyecto de Reforma del Código Penal aprobado por el Consejo de Ministros el 23/11/2006 da un giro legislativo importante en la materia de la administración desleal. En efecto, el Proyecto adopta finalmente el criterio correcto de regular este delito fuera del ámbito de los delitos societarios y lo prevé como un delito patrimonial que puede perjudicar tanto a personas naturales como a sociedades, introduciendo un nuevo art. 254 bis bajo la rúbrica “De la Administración fraudulenta”.

Se ignora por qué, pero el legislador pretende ampliar muy considerablemente el alcance que la jurisprudencia ha dado al delito de administración desleal, introduciendo un tipo de infidelidad seriamente impreciso. El texto es el siguiente:

“El administrador de hecho o de derecho de una persona o de una sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes cuya administración le estuviere encomendada, contraiga obligaciones a cargo de su principal o de la sociedad, oculte beneficios obtenidos con ocasión del desempeño de su gestión o realice cualquier acto que implique deslealtad con aquéllos, causando directamente un perjuicio o frustrando un beneficio legítimo que exceda de 400 euros a su principal, si se tratare de una persona física o a los socios, si se tratare de una sociedad o bien, en este último caso, a los depositantes, cuenta partícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administrare, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de dos a seis años para el ejercicio de industria y comercio”.

La estructura del tipo prevista en el proyectado art. 254 bis no sólo es defectuosa. Incluso se puede dudar seriamente de que un tipo que describa la acción típica como “cualquier otro acto que implique deslealtad” cumpla con

la exigencia constitucional de *lex certa*<sup>12</sup>. Se trata de una definición del tipo de la infidelidad mucho más amplia que la del Código Penal alemán, que como se dijo antes, está cuestionada por su dudosa compatibilidad con el principio de legalidad. Mediante esta definición el “abuso de funciones del cargo” queda reducido, en realidad, a un tipo meramente complementario y, además, innecesario para la caracterización del delito.

La compatibilidad con el principio de legalidad resulta aun más cuestionable si se considera que el texto proyectado no señala las fuentes de las que debe surgir el deber de lealtad o el cargo cuyas funciones pueden generar deberes relevantes de lealtad y dar lugar a la acción típica. En efecto, se debería haber establecido que los deberes de lealtad relevantes deben provenir de la ley, de una comisión de la autoridad o de un negocio jurídico, como lo especifican el Código Penal alemán (DStGB, § 266), el austriaco (ÖStGB, § 153), el portugués (art. 224) o el suizo (art. 159). En lugar de adoptar modelos que tienen una larga legitimación histórica, el legislador ha preferido definir el sujeto con el impreciso concepto de “administrador de hecho”, lo que produce una definición del delito carente absolutamente de contornos, pues, en verdad, lo que se viene a decir, eliminando la innecesaria hojarasca de la redacción, es que la administración fraudulenta consiste en que “un administrador de hecho se comporte deslealmente”.

Sin perjuicio de ello es preciso señalar, además, la defectuosa sistematización de la materia. La acción punible se superpone de una manera notoria con el nuevo texto previsto para el delito del art. 295. La diferencia que el legislador ha pretendido encontrar para distinguir ambos textos se relaciona en primer lugar con el sujeto: en la administración desleal del art. 254 bis el sujeto activo es el administrador, mientras en el art. 295 son los socios. Pero, esa diferencia es sólo aparente: un socio que dispone de bienes sociales o contrae deudas a cargo de la sociedad, es decir que realiza las acciones previstas en el proyectado art. 295, es, en realidad, un administrador. En todo caso, si tiene esas facultades, tendrá el mismo deber de lealtad que un administrador.

Por otra parte, no se justifica que en el caso del “socio administrador” del art. 295 proyectado, el mínimo de la pena sea menor que la del “administrador” del art. 254 bis, ni se explica que en el primer caso se haya previsto una pena de multa como pena alternativa a la de prisión, pero no se la haya previsto en el segundo.

También es errónea la fórmula proyectada en lo concerniente al sujeto pasivo. El Proyecto reitera en este punto el error ya cometido en 1995. En efecto, en el caso de la administración del patrimonio de una sociedad el daño sólo puede ser “directo”, como requiere el tipo, respecto del patrimonio social administrado. Los socios siempre serán indirectamente perjudicados. Dicho de

<sup>12</sup> § 266, DStGB: (...) el que “lesiona el deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos que le incumba por fuerza de la ley, por comisión de la autoridad, negocio jurídico o relación de confianza”

otra manera: el sujeto pasivo de la administración desleal de una sociedad es la sociedad misma.

Todo esto justifica una pregunta: ¿qué problema quiso resolver el Proyecto? El problema existente en el Derecho vigente, además, nada tenía que ver con la distinción entre el administrador y el socio administrador que ahora introduce el Proyecto. Esa cuestión nunca se presentó y, probablemente, es ajena a la realidad. En la práctica la cuestión a resolver era la presentada por un tipo de distracción de dinero del art. 252, CP, desarrollado durante más de una década por el Tribunal Supremo, y el tipo del art. 295, CP, que prevé una administración desleal societaria con una pena de prisión menor, injustificada en relación a la pena de la distracción de dinero del art. 252, CP, y una pena de multa alternativa a la de prisión. Al introducir una nueva figura de administración desleal en el art. 254 bis, manteniendo la distracción de dinero y la administración desleal del socio administrador, todos con distintas penas, el Proyecto agrava seriamente la situación, pues ya no habrá sólo dos tipos superpuestos, sino tres y con distintas penas.



## EL CASO ESPECIAL DE LA DEFENSA MEDIANTE INSTALACIONES AUTOMÁTICAS\*

Por IVANA BLOCH

### *I. INTRODUCCIÓN. EL CASO DE LA BOTELLA DE VINO*

El presente trabajo procura un acercamiento al estudio del supuesto conocido como “defensa mediante la utilización de instalaciones automáticas” —tales como abrojos, dispositivos de disparo automático, pozos para provocar caídas, etc.—, habitualmente tratado por la dogmática moderna como un supuesto de legítima defensa.

Fue el examen de un caso particular —el “caso de la botella de vino” y su posible tratamiento como supuesto de autopuesta en peligro de la víctima— el que me hizo formular una pregunta, cuya respuesta se intentará encontrar en los próximos acápitales: la posibilidad de tratar los casos de defensa automatizada, como casos de acción a propio riesgo.

Si bien el estudio del caso mencionado excede el objeto de este escrito, se expondrán algunas de las reflexiones planteadas en uno anterior<sup>1</sup>, a fin de comprender cuál es aquí el punto de partida. Se trata del caso en el que el propietario de una vivienda guarda en su sótano una sustancia tóxica dentro de una botella de vino, de la que un intruso bebe, y le causa daños en su salud. A

\* Uno de los aportes más significativos que ha hecho Andrés D'Alessio en su trabajo de cátedra ha sido el de fomentar y alentar la discusión de cualquiera de los temas que se relacione con el Derecho Penal y Procesal Penal. Hemos recurrido a él y siempre ha sido muy generoso con su tiempo y su interés. Es por ello que como homenaje he pensado en desarrollar el planteo de uno de los tantos temas de dogmática penal sobre el que le he consultado. Sólo resta transmitir a nuestros alumnos, el mismo tesón y la misma pasión que él tenía por todo lo que hacía.

<sup>1</sup> Se trató de la elaboración de un *Referat* para el seminario sobre Legítima Defensa dirigido por el Prof. Dr. Heiko Lesch en la Facultad de Derecho de la Universidad de Würzburg (Alemania), que luego formó parte de mi trabajo de Maestría —*Magisterarbeit*— en esa misma Facultad como becaria de la Fundación Konrad Adenauer. Fue precisamente una pregunta planteada por dicho Profesor, la que motivó parte de las consideraciones que aquí se esbozan. Agradezco profundamente también a los Profs. Dres. Manuel Cancio Meliá y Ulrich Sieber la consideración tan positiva de mi trabajo. Por último quiero agradecer a mi colaboradora Sofia Chiambretto y a mi colega Natalia Birreci por la lectura de los borradores con gran espíritu crítico.

su vez, el hecho de dejar una botella que contiene una sustancia tóxica ha sido considerado por algunos autores como un caso más de protección por medios automáticos<sup>2</sup> y es por ello que aquí se lo relacionará con el tema principal de este escrito.

Cancio Meliá sostuvo que el caso debía ser tratado como un supuesto de prohibición de regreso<sup>3</sup>. Sabido es que la prohibición de regreso en su concepción actual<sup>4</sup> implica que una conducta previa estereotipadamente inocua no fundamenta ninguna responsabilidad si se dan posteriores vuelcos hacia lo delictivo<sup>5</sup>. La institución de la prohibición de regreso se aplica también a la posterior conducta de la víctima: no hay una conducta típica cuando el autor hace un aporte que luego vira a un daño a la víctima por su propia obra<sup>6</sup>. A su vez, sostiene el profesor Cancio Meliá que en primer lugar debe tratarse la exclusión de la imputación por aplicación de la “prohibición de regreso” y luego —si no se está ante un contexto inocuo— el filtro de “imputación a la víctima”<sup>7</sup>.

Mas, cabe poner en duda la consideración del fallo de la “botella de vino” como un caso de prohibición de regreso. En efecto, uno de los ejemplos más conocidos de “prohibición de regreso” es aquel en el que el panadero, al vender el panecillo, sabe que el comprador envenenará el producto y luego lo servirá a sus invitados<sup>8</sup> (negocios comunes de intercambio de la vida cotidiana). Este ejemplo se aplica también a la conducta posterior de la víctima. Ello por cuanto las constelaciones de casos en cuestión también pueden darse con relación a la conducta posterior de un sujeto que anuda a un determinado comportamiento del autor una acción que puede ser lesiva para sus propios bienes (es decir, si el

<sup>2</sup> La han tratado de ese modo autores como BEKKER, Ernst I., *Theorie des heutigen deutschen Strafrechts*, t. I, suplemento II, Leipzig, Ghirzel, 1859, p. 605 y KÖHNEN, Klaus, *Antizipierte Notwehr (Ein Beitrag zur Frage der Verteidigung durch selbstwirkende Schutzmittel)*, Múnich, München, Jurf. Diss., 16 sept. 1950, p. 7.

<sup>3</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel - BARREIRO, Agustín J., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho Penal: estudio sobre ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, José M. Bosch, 1998, p. 327.

<sup>4</sup> Aquí, por ahora, no se hará referencia a la definición tradicional de la prohibición de regreso —es decir: a la interrupción de la relación causal cuando con posterioridad a una conducta imprudente de un primer sujeto le sigue el comportamiento doloso y culpable de un segundo, lo que exime de responsabilidad a aquél— sino a la concepción introducida por Jakobs.

<sup>5</sup> Así citó Cancio Meliá a Jakobs (CANCIO MELIÁ, Manuel, “Opferverhalten und objektive Zurechnung”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft ZStW 111 (1999)*, p. 28). Para ser más precisos, dice JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en el derecho penal* (traducido por M. Cancio Meliá), Madrid, 1996, p. 107: “una conducta estereotipadamente inofensiva no puede fundamentar una participación en una organización no permitida”.

<sup>6</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel, “Opferverhalten...”, cit., p. 29.

<sup>7</sup> La explicación de este orden de prelación excede el presente trabajo. Ver CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima...*, cit., ps. 326 y ss.

<sup>8</sup> El ejemplo es de JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlín y Nueva York, 1991, ps. 24/17; también en JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva...*, cit., p. 107.

panadero sabe que el mismo comprador comerá el pan que previamente envenenará). En ambas situaciones el panadero no responde por participación en el homicidio. Por supuesto, no puede dudarse de que ese caso debe ser calificado como un supuesto de prohibición de regreso, pues para la configuración de ese filtro lo decisivo es que la conducta pueda definirse como inofensiva.

Junto con el caso del panadero Cancio Meliá menciona el ejemplo del vino envenenado<sup>9</sup>. Así sostiene que la conducta del autor no tiene significado delictivo si éste guarda en un recipiente de apariencia inocua, un líquido venenoso en circunstancias también aparentemente inocuas —por ejemplo en la heladera— y la víctima, quien penetra de modo no autorizado en la vivienda, ingiere el líquido y sufre lesiones.

Sin embargo, cabría preguntarse si tanto Cancio Meliá como Derksen<sup>10</sup> no estarían confundiendo una “conducta estereotipadamente inocua” con una conducta que “parece” inocua. En efecto, bien podría sostenerse que la conservación de una botella de vino llena de una sustancia tóxica no tiene un significado claramente inocuo como sí lo tiene la venta de pan<sup>11</sup>. Y, justamente, dado que el contexto no puede definirse como inofensivo sino como riesgoso, podríamos avanzar hacia el segundo filtro de la imputación de la conducta: la acción a propio riesgo o imputación a la víctima.

Para ello, en primer lugar debe acreditarse que se cumplan las condiciones que estos mismos autores proponen. Si quisiéramos definir la interacción entre el propietario de la casa y el intruso, no podríamos decir de ninguna manera que ese contacto —visto objetivamente— resulta inofensivo para la víctima. Esta conducta puede ser vista tan riesgosa como el conocido caso de la “relación sexual sin protección”, al que también Cancio Meliá hace referencia. Es por ello que, en principio, el intruso ha actuado a propio riesgo dada su responsabilidad preeminente en la organización conjunta<sup>12</sup>. Sin embargo, tal

<sup>9</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima...*, cit., ps. 326 y ss.

<sup>10</sup> DERKSEN, Roland, *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlín, Dunker & Humblot, 1992, p. 198 y ss., sostiene también que este ejemplo corresponde al grupo de casos de la prohibición de regreso y lo considera un falso caso de acción a propio riesgo.

<sup>11</sup> El mismo Cancio Meliá duda sobre lo inofensivo de esa conducta, pero a pesar de eso no la trata como problemática de imputación a la víctima.

<sup>12</sup> La idea de responsabilidad preeminente en Cancio Meliá excede el presente trabajo. A fin de facilitar la comprensión del concepto puede señalarse que este autor —lo que aquí se comparte— considera que el titular del bien jurídico tiene una posición especial frente a sus propios bienes. Cuando un tercero colabora con el titular, no puede hacérselo responsable por esa conducta. Lo contrario implicaría expropiarle al titular del bien jurídico su libertad de organización e imponerle al otro un deber de protección (ver EXNER, Franz, “Fahrlässiges Zusammenwirken”, en *Festgabe für Rür Reinhard von Frank I*, Tübingen, 1930, p. 590). Coincidentemente con esta interpretación hay, en mi opinión, dos aportes importantes que el autor realiza en relación con las visiones tradicionales: la crítica a la teoría de la puesta en peligro propia y ajena (irrelevancia de la estructuración fenomenológica de los aportes de autor y víctima desarrollada por Roxin —ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 3ª ed., München, München Beck, 1997, ps. 11/91 y ss.—, por ejemplo) y la crítica a la importancia de la representación subjetiva de los colaboradores (teoría del “consentimiento” y “fórmula del saber superior”).

como en ese caso, es aquí también necesario definir el contexto de la interacción. De ese modo se puede comprobar si la víctima ha sido instrumentalizada, es decir: si la víctima no debe ser responsable de la actividad riesgosa (así lo ha concluido, por ejemplo, Cancio Meliá respecto de quien mantiene relaciones sexuales sin protección estando casado, pues en ese caso —en resumidas cuentas— podría sostenerse que si el infectado sabe de su enfermedad y la oculta se ha configurado una instrumentalización de la víctima, toda vez que el contexto sí podría definirse como estereotipadamente inocuo. Si el propietario sabe que tiene vino envenenado en su casa, entonces también deberíamos observar el contexto. Así, por ejemplo, si un huésped se dirige a la cocina y toma lo que aparentemente es vino —tal como sucede en el conocido “caso del arsénico”<sup>13</sup>— se puede hablar también aquí de una instrumentalización. Puede verse, entonces, que el límite de la “organización conjunta” —que decae en caso de instrumentalización— puede ser la solución para estos casos. En efecto, en el caso del vino, la víctima (el huésped) puede —visto objetivamente— definir el contexto como inocuo. Por el contrario, el intruso, no; tal como aquél que mantiene relaciones sexuales sin protección con un desconocido y contrae una enfermedad de transmisión sexual.

El hecho de que al propietario de la casa no pueda imputársele la conservación de la botella de vino en el caso del intruso tiene su fundamento en el principio de autorresponsabilidad. Como señala Frisch casi intuitivamente: “(s)ería grotesco prohibirle al propietario la conservación de sustancias tóxicas, etc. en recipientes a la vista inofensivos en el sótano de su casa para que un intruso (...) u otra persona que sin autorización ponga mano a los objetos no sufra daños a causa de esa confusión”<sup>14</sup>. Para este autor falta ya aquí la creación del riesgo jurídicamente desaprobado<sup>15</sup>. Esto no es otra cosa que el corolario del principio de responsabilidad propia: uno no está obligado a considerar la conducta errada de otras personas.

Hasta ahora se ha intentado dejar en claro que la conducta del intruso ha cumplido con las condiciones de la “acción a propio riesgo”. Pues supongamos que el propietario ha dejado la botella de vino como medio de defensa. Él piensa que la botella podría atraer al intruso a que tome de ella y de esta forma podría evitar la comisión del delito. Si el intruso resulta entonces lesionado, este caso podría resolverse tradicionalmente con la institución de la legítima defensa. Sin embargo, quizás haya en esta solución un resto de subjetivismo, pues si se quiere ser consecuente con una concepción normativa, no podría decirse otra cosa que también en este caso se configura un supuesto de acción

<sup>13</sup> RGSt 1, 373. La imputada había dejado una botella de vino envenenada con arsénico en el alféizar de la ventana. Su marido tomó de ésta y murió.

<sup>14</sup> FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, p. 220. El autor nota que para determinadas relaciones es diferente (p. ej. si lo tomaran miembros de la familia).

<sup>15</sup> FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges...*, cit., p. 219.

a propio riesgo. En efecto, la imputación a la víctima no puede depender de los deseos internos del autor (como en la relación sexual sin protección entre desconocidos, donde debería ser indiferente considerar si el infectado quiere transmitir su enfermedad o no). No resulta razonable afirmar que existe una responsabilidad preeminente de la víctima por su acción, cuando el propietario de la casa dejó la botella por desidia (solución de la acción a propio riesgo) y que cuando aquél dejó la botella para dañar a eventuales intrusos, la víctima no actuó autorresponsablemente y el suceso es objetivamente imputable al autor (solución de la legítima defensa).

Ahora estamos en condiciones de introducir un nuevo elemento en nuestros hechos. Supongamos que la botella de vino envenenada es uno de varios medios de defensa “automáticos” instalados por el propietario de la casa<sup>16</sup>. Cabe aclarar, que se ha considerado el caso de la botella como tal, pues, al igual que otras “instalaciones”, no reaccionan contra un ataque concreto como los casos clásicos de legítima defensa, determinadamente esperado, sino que se toman en vista del peligro indeterminado de un posible ataque<sup>17</sup> (no producen sus efectos frente a un ataque individual sino que están ajustados a un determinado grupo de características exteriormente reconocibles)<sup>18</sup>.

Es así como con el caso de la botella de vino puede notarse que los supuestos de defensa automatizada podrían considerarse en realidad configurativos de acción a propio riesgo. Esta posición, su trasfondo histórico y los reparos que podría traer ese tipo de tratamiento serán el núcleo del presente trabajo. Desde ya, el examen que aquí se realiza no se circunscribe al estudio de esta cuestión ni justifica la utilización de estos medios de protección, sino que la toma como punto de partida para indagar acerca del distingo entre dos estratos de la teoría del delito: la tipicidad y la antijuricidad (y, más concretamente, la imputación objetiva y la justificación).

Para ello, en primer lugar, se detallará el tratamiento que históricamente se le ha dado a los casos de defensa por medios automáticos. En este cometido, puede afirmarse que observar la problemática de la defensa automatizada como un supuesto de acción a propio riesgo no es, contrariamente a lo que podría suponerse, una visión novedosa. También se intentará explicar por qué ha sido tratada en los últimos años como problemática de la legítima defensa.

<sup>16</sup> Si bien ya se ha adelantado que el caso de la botella de vino se ha considerado como de defensa automatizada, debe admitirse que los casos de dispositivos automáticos son incluso más simples de resolver que el de la “botella”. Ello por cuanto en el caso de quien toma el vino no está tan claro que este peligro sea un elemento “inherente” de la actividad elegida por la víctima.

<sup>17</sup> KUNZ, Karl-L., “Die automatisierte Gegenwehr”, *GA* 1984, p. 540.

<sup>18</sup> KUNZ, Karl-L., “Die automatisierte...”, cit., p. 545.

## *II. DESARROLLO HISTÓRICO DEL TRATAMIENTO DE LA “DEFENSA” POR MEDIOS AUTOMÁTICOS*

Ya en la segunda mitad del siglo XIX una innumerable cantidad de autores se había expresado en contra de la solución mediante la aplicación de legítima defensa en los casos de protección automatizada<sup>19</sup>. Sin embargo, dentro de esta propuesta de solución deben diferenciarse claramente dos grupos que se confunden con frecuencia.

En primer lugar puede ubicarse aquel grupo que considera no punible la lesión provocada por medios de protección automáticos, en virtud de puntos de partida distintos al derecho a la legítima defensa. Por el otro lado, aquel grupo en el cual sin abandonar el terreno de la legítima defensa, algunos autores manifiestan reparos acerca de si dichas medidas de protección cumplen con las características propias de esta causa de justificación.

El primer grupo es<sup>20</sup>, por supuesto, de especial importancia para el presente trabajo, pero no por ello se dejará de tratar la última posición nombrada. En efecto, la no utilización de la legítima defensa para los casos de protección por medios automáticos se fundamentó y fundamenta por lo general en la ausencia de actualidad en el ataque o en la falta de necesidad de la defensa (es decir, la fundamentación que ubicamos en el segundo grupo al que se hizo referencia)<sup>21</sup>. Sin embargo, aunque en menor medida, se ha negado ya la existencia de relación causal entre la acción del que se “defiende” y el resultado de lesión provocado: lo que aquí se ha denominado primer grupo y cuya versión un poco más moderna se describirá en la tercera parte del siguiente desarrollo<sup>22</sup>.

### *1. Primer grupo: no aceptación del derecho a la legítima defensa para el caso de protección por medios automáticos*

Se ha afirmado que el tratamiento de esta constelación de casos como problema de imputación<sup>23</sup> no constituye una novedad. Quizá lo novedoso del presente trabajo sea el “rescate” de esta antigua doctrina<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> Lo que motivó estos primeros escritos fue un fallo del Tribunal Superior en lo Criminal austriaco que se publicó en la revista *Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit*, t. II, 1826, p. 176 y que fue citado, entre otros, por V. BAR, Ludwig, *Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte*, Leipzig, 1871, p. 85. El tribunal austriaco consideró la protección por medios automáticos como un caso de legítima defensa. Esta causa concitó gran atención pública y abrió una discusión muy interesante (comparable con la que generó, años más tarde, el llamado caso de la jeringuilla de heroína).

<sup>20</sup> Ver más adelante el apart. II.1.

<sup>21</sup> Ver más adelante el apart. II.2.

<sup>22</sup> Ver más adelante el apart. II.3.

<sup>23</sup> Si se habla en términos actuales.

<sup>24</sup> Es llamativo que pese a la importancia del debate luego del pronunciamiento austriaco, la literatura moderna al ocuparse de la “acción a propio riesgo” no haga mención a esta vieja

Ernst Bekker fue en el año 1859 el primer autor que rechazó la utilización de la legítima defensa para la solución de estos casos y al mismo tiempo se ocupó de responder la cuestión acerca de si en la defensa con medios automáticos “la lesión producida (puede) imputársele a aquel del cual partió, a título de dolo jurídicamente punible o culpa”<sup>25</sup>. Bekker respondió la pregunta sirviéndose de la teoría de las condiciones imposibles. La fundamentación fue la siguiente: si el organizador de dispositivos de protección ve que el daño sólo alcanzará al que cometa un delito, entonces se comporta sin culpa porque la posibilidad de que un tercero cometa un delito no necesita ser prevista por él<sup>26</sup> (la comisión de un delito es una condición con la cual uno nunca debe contar). La inculpabilidad sería la consecuencia de la carencia de una “porción esencial de la tipicidad interna”<sup>27</sup>. Según la opinión de Bekker, su solución encontraría aplicación sólo allí “donde quien es afectado por el daño se lo ocasiona él mismo mediante su propio delito”<sup>28</sup>.

Esta posición fue criticada por muchos autores. Algunos por su imprecisión o insuficiencia<sup>29</sup> y otros porque esta tesis permitiría excluir la punición también en casos de defensa no necesaria<sup>30</sup>.

Como valor negativo de su explicación puede observarse también que su fundamento no se apoya en el principio de autorresponsabilidad, sino en una forma de inadmisibles *versari in re illicita*, pues sólo quien comete un delito debería cargar con las costas de su actuación. De su lado, y aunque la pregunta acerca de —en ese entonces— la culpabilidad, no haya sido el punto de partida más propicio, este autor contribuyó con dos aportes importantes para la problemática aquí tratada. Primero, el hecho de que en su trabajo ya se reconoce un intento por delimitar ámbitos de responsabilidad. Segundo, que —tal como se adelantó— se plantea por primera vez la pregunta acerca de la no punibilidad en estos casos desde un punto de vista distinto al de la legítima defensa.

---

concepción dogmática que criticaba el fallo. En ninguno de los textos modernos hay alusión alguna a esta jurisprudencia ni a sus críticos.

<sup>25</sup> BEKKER, Ernst I., *Theorie des...*, cit., p. 606. Sobre ese tema hubo ya antes de su escrito una discusión interesante entre Passy y Von Metzburg pero sobre la base de la legítima defensa —el primero la acepta, el segundo no— (en detalle V. SOMMERLAD, “Über die Ausübung des Notwehrrechts durch Veranstaltung von Sondervorrichtungen”, *GS 39 (2887)*, p. 364).

<sup>26</sup> BEKKER, Ernst I., *Theorie des...*, cit., p. 607.

<sup>27</sup> BEKKER, Ernst I., *Theorie des...*, cit., p. 608.

<sup>28</sup> BEKKER, Ernst I., *Theorie des...*, cit., p. 608. Énfasis agregado.

<sup>29</sup> Entre otros y desde posturas totalmente distintas: BÖHLAU, Hugo, “Occidere und causam mortis praestare (Eine Antwort auf eine Frage)”, *GA XIII (1865)*, p. 472; V. SOMMERLAD, “Über die Ausübung...”, cit., p. 367.

<sup>30</sup> V. SOMMERLAD, “Über die Ausübung...”, cit., p. 367 n.p. 1; LANGENBACH, Paul, *Die Vorbereitung und Ausübung der Notwehr durch Schutzmaßregeln*, Disertación, Giessen, 1907, p. 6; KÖHNEN, Klaus, *Antizipierte Notwehr...*, cit., p. 22.

Es el propio autor, quien admite que su cometido fue solamente plantear esa cuestión<sup>31</sup>.

Hugo Böhlau también intentó responder la pregunta formulada por Bekker, pero tomando como punto de partida la diferenciación realizada por el derecho romano entre *occidere* y *causam mortis praestare* (causar y dar ocasión). Luego subsumió el problema aquí tratado bajo el último concepto mencionado<sup>32</sup>: “(...) en los casos en cuestión falta el nexo causal necesario entre acción y muerte. Con esta respuesta toda referencia a la legítima defensa resulta prescindible”<sup>33</sup>.

En la tesis de Böhlau resulta decisiva la existencia de una acción ajena, ilegítima y arbitraria del intruso. Dicha acción hace imposible el nexo causal entre la organización de los medios materiales de protección y la lesión acaecida<sup>34</sup>. Si el ladrón se acerca al dispositivo de tiro automático y se encuentra con él “se pone él mismo en peligro”<sup>35</sup>, él se mata con *culpa dolo determinata* y se cumple por libre voluntad la aplicación de la *mortis causa* en el *occidendus*<sup>36</sup>. El instalador “dio ocasión a esa muerte” pero “no la causó”.

Aunque también aquí se esconde un resto de *versari in re illicita*, pueden encontrarse en la posición de Böhlau enunciados significativos. Ante todo el hecho de que la problemática de la defensa automatizada fue considerada por primera vez como una pura cuestión de causalidad. Como ya se señaló arriba, Böhlau diferenció en el examen de la cuestión, entre causa y condición y no desconoció la importancia que tiene para esta diferenciación la libre intervención del lesionado. La crítica negativa de distintos autores a la concepción de Böhlau se dirige, ante todo, contra esta clasificación y proviene naturalmente de representantes de la teoría de la equivalencia<sup>37</sup>. Esto será tratado en detalle más adelante.

Algunas de estas críticas resultan entendibles, pues se formularon en una época en la que la conducta de la víctima no tenía relevancia alguna para la ciencia del Derecho Penal, p. ej. en Sommerlad: “(p)or lo demás no surge, en mi opinión, de ninguna de las definiciones del concepto de causa (...) hasta ahora expuestas, que el lesionado se haya causado a sí mismo su lesión”<sup>38</sup>. Más

<sup>31</sup> BEKKER, Ernst I., *Theorie des...*, cit., p. 608.

<sup>32</sup> Resulta interesante que el autor ya consideraba el conocido “caso de la tormenta” —que tanto ocupó luego a los representantes de las distintas teorías de la causalidad como también a los de la teoría de la imputación objetiva— como un supuesto en el que “se da ocasión” (Veranlassung), p. 472.

<sup>33</sup> BÖHLAU, Hugo, “Occidere...”, cit., p. 474.

<sup>34</sup> BÖHLAU, Hugo, “Occidere...”, cit., p. 474.

<sup>35</sup> BÖHLAU, Hugo, “Occidere...”, cit., p. 473. Énfasis agregado.

<sup>36</sup> BÖHLAU, Hugo, “Occidere...”, cit., p. 473.

<sup>37</sup> Entre otros v. SOMMERLAD, “Über die Ausübung...”, cit., p. 371; KÖHNEN, Klaus, *Antizipierte Notwehr...*, cit., p. 23; véase también v. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., p. 87.

<sup>38</sup> v. SOMMERLAD, “Über die Ausübung...”, cit., p. 372, n.p. 2.

adelante se examinará si las críticas a la posición de Böhlau —quizás comprensibles en aquella época— pueden ser defendidas aún hoy, a la luz de la teoría de la imputación objetiva.

Luego de Bekker y Böhlau resulta también muy interesante observar la posición de Ludwig von Bar, quien ya en el título que dio a su trabajo sitúa la problemática de la defensa automatizada en el terreno de la conducta de la víctima y no en el de la legítima defensa. El título reza: “Lesiones que son ocasionadas por eventos que suponen una actividad propia del lesionado mismo”<sup>39</sup>. El autor critica allí la posición de Böhlau, dado que para él no hay ninguna duda de que existe relación causal entre acción y resultado<sup>40</sup>, salvo “cuando realmente se configure la propia imprudencia del lesionado, cuando el ladrón en efecto sepa que en el lugar en cuestión se encuentra p. ej. un dispositivo de disparo automático, pero sin embargo elija entrar a ese lugar”<sup>41</sup> (lo que no resulta claro en su escrito es si por consiguiente se interrumpe la relación causal).

Tal como sus predecesores Bekker y Böhlau, tampoco von Bar trata estos supuestos desde el punto de vista de la legítima defensa. Para fundamentar la impunidad de los casos en cuestión parte del principio no muy desarrollado de la “regla de la vida”: “aquí aparece otra vez el enunciado, según el cual quien se comporta de acuerdo a la regla de la vida no actúa ni dolosa ni culposamente. En el caso de un evento [la instalación del medio automático] que se corresponde con esa regla, es únicamente el ladrón o, en su caso, el imprudente quien provoca la lesión en cuestión”<sup>42</sup>. Resulta interesante en su posición, que el “lesionado” no necesariamente debe ser un ladrón (a diferencia de lo sostenido por Böhlau y Bekker). De ese modo se aproxima más al concepto moderno de víctima.

Como ejemplo de dispositivos que se corresponden con la regla de la vida, von Bar menciona, entre otros, los siguientes: un muro que tiene en su parte superior pedazos de vidrio, una fosa honda detrás de un muro y hasta una puerta que se deja abierta y que conduce a un sótano profundo, agregando que “quizás incluso se ha mandado a hacer la puerta intencionalmente para protección contra ladrones”<sup>43</sup>. Con este último ejemplo también puede notarse que para este autor resulta irrelevante si la puerta-trampa fue dejada abierta con fin de defensa o por descuido, pues “el propietario no está obligado a cambiar un dispositivo que se corresponde con la regla de la vida sólo porque piense que

<sup>39</sup> V. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., p. 85.

<sup>40</sup> V. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., p. 87. Esto no debería llamar la atención si pensamos que algunos años más tarde es Von Bar quien diferenciará entre los niveles de causalidad e imputación, V. BAR, Ludwig, *Gesetz und Schuld II*, t. II, Berlín, 1907, ps. 579 y ss.; 594 y ss.; 617.

<sup>41</sup> V. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., p. 87, nota al pie. Énfasis agregado.

<sup>42</sup> V. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., p. 88. Énfasis agregado.

<sup>43</sup> V. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., p. 88.

un semejante o visitante descuidado podría lesionarse<sup>44</sup>; incluso si él deseara tal lesión y esta se concretara, tampoco sería responsable<sup>45</sup> (tal como en la posición de Cancio Meliá a la que se hizo referencia, el deseo del autor es indiferente)<sup>46</sup>.

Si el dispositivo se condice con la regla de la vida, según von Bar, resulta lo siguiente: “el ladrón o bien aquel que por la noche se introduzca en una casa puede atenerse a todas esas cosas y debe por eso atribuirse a sí mismo lo que surja de dicha situación”<sup>47</sup>. Por el contrario, en el caso de “instalaciones totalmente exorbitantes responderá [el instalador] por culpa y posiblemente a título

<sup>44</sup> V. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., p. 89, luego FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges...*, cit., p. 220.

<sup>45</sup> V. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., p. 89.

<sup>46</sup> El mero deseo del autor de que la víctima se lesione, no alcanza para determinar su responsabilidad. El desarrollo de esta cuestión también excede el presente trabajo, pero puede al menos señalarse que la concepción normativa que defiende Cancio Meliá —y que en este aspecto también comparto— no contiene una consideración de las representaciones internas. El mero deseo del autor de que la víctima sea lesionada o su saber superior no alcanzan para determinar su responsabilidad. Asimismo, el mero desconocimiento por parte de la víctima de algunos elementos del riesgo no puede ser el motivo para la responsabilidad del autor. Por eso, en el ejemplo ya mencionado, en el cual se tienen relaciones sexuales sin protección con un desconocido (una actividad riesgosa objetiva), es irrelevante —como persona autorresponsable que organiza su propio ámbito de vida— si ésta conoce la enfermedad de la otra o no. También es indiferente si la persona infectada desea transmitir esta enfermedad o no. La pregunta, entonces, como afirma Jakobs y comparte Cancio Meliá, no es quién sabe (hecho psíquico), sino quién es competente (criterio normativo), es decir: cuándo el suceso es imputable al ámbito de responsabilidad de la víctima. Lo dicho no significa que la diferencia entre conocimientos no tenga relevancia, pero resulta decisiva la definición objetiva de la situación riesgosa. La imputación objetiva no puede efectuarse si desde la perspectiva objetivada (es decir: no fáctica) de la víctima, el suceso se comprueba como no perjudicial para sus bienes. En el caso de una instrumentalización no hay —naturalmente— ninguna organización conjunta verdadera, sino una organización del autor ¿Y cuándo no hay organización conjunta? Resulta decisivo si el contacto de la víctima, —pero objetivo— puede ser definido como inocuo. En el marco de la imputación del injusto no depende de lo que el autor fácticamente quiera, sino si aquello que él quiere corresponde con lo que él —normativamente— debe querer; determinante es lo que el autor debe saber (esto debe valer también para la víctima como persona igualmente razonable). Utilizamos nuevamente el caso del SIDA. Supongamos, entonces, que el infectado conoce su enfermedad. En este ejemplo es decisivo qué relación existe entre los compañeros. Así podemos determinar si ese contacto puede ser definido como objetivamente inocuo. En el caso de un matrimonio, como se dijo, podemos calificar ese contacto de no riesgoso. Por eso el autor, que conoce su enfermedad, está por encima de la víctima. Esto muestra que no son los datos subjetivos de una superioridad meramente fáctica sino la delimitación de los ámbitos de responsabilidad, que surgen de esta situación fáctica, lo que sirve para clasificar la responsabilidad. Por eso, cuando esa relación sexual sin protección se lleva a cabo entre desconocidos, tienen la víctima y el autor la misma responsabilidad y los mayores conocimientos del autor no traen consigo una superioridad, porque esa acción no puede ser calificada de inofensiva. Ésta es también una consecuencia de la autorresponsabilidad. No se puede ser responsable por el propio ámbito de vida y al mismo tiempo eximirse de responsabilidad por que el otro sabe más —en este caso de su enfermedad—. Igualmente irrelevante resulta si la víctima sabe o no que la relación sexual sin protección entre desconocidos es peligrosa. Es decisivo que esto objetivamente es así. El “saber” nada tiene que ver con problemas de imputación.

<sup>47</sup> V. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., p. 88.

doloso [es decir: en el caso de un] tipo de defensa que sobrepase todos los límites y que deba tener necesariamente como consecuencia muerte y lesiones”<sup>48</sup>.

Esta diferenciación que von Bar establece por medio del “concepto anodino”<sup>49</sup> de “regla de la vida” es comparable con la diferencia que, como vimos, años más tarde plantea Cancio Meliá entre un contexto que objetivamente puede definirse como inocuo y otro que resulte riesgoso para la víctima. Por eso von Bar no se ve obligado a recurrir al elemento de la “necesidad” de la legítima defensa, toda vez que para la decisión acerca de si un dispositivo de protección se corresponde en el caso concreto con la “regla de la vida” se requiere tomar en consideración circunstancias de lugar e incluso individuales, como por ejemplo, si el organizador del dispositivo vive en una ciudad o no, etc.<sup>50</sup>. Otro criterio para determinar si el dispositivo correspondiente coincide con la “regla de la vida” consiste en que el intruso conozca su existencia: si el instalador “había dado a conocer que instalaría un dispositivo de disparo automático y si, como no es improbable, el ladrón lo sabía, entonces cesaría ya por ese motivo toda responsabilidad del organizador ya que puede verse al ladrón mismo como una causa libre de su lesión”<sup>51</sup>.

Lo que no resulta claro en la postura de von Bar es, por un lado, cómo juegan los diferentes factores (locales e individuales) entre sí. Además, tampoco llega a comprenderse si lo decisivo es la simple advertencia o el conocimiento de hecho del intruso. La segunda posibilidad parece corresponderse más con su opinión. En este sentido debe aceptarse que dicha postura guarda más similitudes con la posición del consentimiento, pues para ésta el conocimiento de la víctima —y no la cognoscibilidad— resulta decisivo.

Por último, también Roterling adopta el concepto de “regla de la vida” para tratar este círculo de problemas<sup>52</sup>. Es por ello que sus críticos sostienen que su opinión no es otra cosa que una mera continuación de la tesis de von Bar. En parte tienen razón. En efecto, para Roterling también es de importancia el conocimiento del lesionado para fundamentar la no punibilidad del organizador del dispositivo. Además, este autor tampoco circunscribe la constelación de víctimas a los “delincuentes”, como lo demuestra claramente la siguiente frase: “[la cuestión es] si (...) él [el instalador] resulta responsable cuando el lesionado —sea un delincuente o un tercero inocente— cae en la trampa por su propia culpabilidad”<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> V. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., ps. 88 y ss.

<sup>49</sup> Con las palabras de KÖHNEN, Klaus, *Antizipierte Notwehr...*, cit., p. 25.

<sup>50</sup> V. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., p. 89.

<sup>51</sup> V. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., 89.

<sup>52</sup> ROTERLING, “Über die Verantwortlichkeit durch Aufstellung von Schutzmaßregeln”, *GA XXX (1882)*, p. 416.

<sup>53</sup> ROTERLING, “Über die...”, cit., p. 425.

A ello Rotering responde: “es indudable que cuando la víctima conocía el peligro, en *especial siempre que éste fue advertido*, el primero [el instalador] no puede responder, dado que en este caso su actividad no fue *causal*. En realidad, el organizador no precipitó al lesionado a un peligro, más bien éste se *causó* el daño a sí mismo mediante una acción libre y consciente. Él *tomó el riesgo* a sabiendas y con voluntad, por lo tanto debe *soportar él solo las consecuencias*”<sup>54</sup> (lo que no queda tan claro en Rotering es si ya la advertencia —cognoscibilidad— o recién el conocimiento positivo del intruso resulta decisivo).

Con este último enunciado ya pueden observarse algunos elementos que diferencian la postura de Rotering de la de von Bar (por ello las críticas a aquél por su falta de originalidad no son del todo justas). En primer lugar Rotering se manifiesta expresamente —como lo hacía Böhlau— a favor de la ausencia de causalidad en estos casos<sup>55</sup>. Por otra parte en el vocabulario que utiliza pueden reconocerse elementos que podrían acercarse más a la teoría actual de la “acción a propio riesgo”, si bien en otro sentido se podría encontrar a von Bar más próximo a este concepto, porque para Rotering sí es decisiva la representación interna del autor (lo que, como se vio, no debería tener incidencia en la configuración de la acción a propio riesgo o imputación a la víctima, por lo menos tal como la entiende Cancio Meliá y en este trabajo se comparte). En efecto, para Rotering la punibilidad no se excluye cuando “alguien se aprovecha de la ocasión que le proporciona el tercero mediante su delito o incluso la crea, con la intención de lesionar al delincuente mediante una medida de protección, o en especial de matarlo, presuntamente sin ser penado”<sup>56</sup>.

Por último, en el caso de que la víctima sea inculpable —como por ejemplo un niño— (problema que la literatura de hoy soluciona de un modo un tanto forzado desde el punto de vista de la “necesidad” de la legítima defensa) Rotering sostiene lo siguiente: “en el caso de un lesionado inimputable, un niño, por supuesto no puede decirse que se lesiona a sí mismo a sabiendas y con voluntad”<sup>57</sup> pues “lo que no puede quedar en el medio es sólo la libre acción del ser humano imputable”<sup>58</sup>.

## 2. Segundo grupo: la solución a partir de la legítima defensa y sus reparos

A las concepciones tratadas hasta aquí les siguió un período en el cual no se aceptó, en los casos de protección por medios automáticos, la falta de rela-

<sup>54</sup> ROTERING, “Über die...”, cit., p. 425. Énfasis agregado.

<sup>55</sup> En este sentido véase también ORTMANN, Rudolf, “Zur Lehre vom Kausalzusammenhang. Das Zusammentreffen mehrerer Handlungen zur Herbeiführung eines und desselben verbrecherischen Erfolgs”, *GA XXIII* (2875), p. 278.

<sup>56</sup> ROTERING, “Über die...”, cit., p. 426.

<sup>57</sup> ROTERING, “Über die...”, cit., p. 425.

<sup>58</sup> Aquí cita él una frase de V. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., p. 56.

ción causal. Afirmada la relación causal, fueron entonces examinados desde el punto de vista de la legítima defensa (con excepción de Karl Binding)<sup>59</sup>.

Uno de los representantes más importantes de esta postura fue el ya nombrado Sommerlad<sup>60</sup>. Con él comenzó una larga etapa en la cual la discusión de la problemática de la defensa automatizada se circunscribió a considerar si se presentaba el elemento “actualidad” de la legítima defensa. Sommerlad sostenía que los autores mencionados en el punto anterior habían recurrido a otros conceptos como la “condición imposible”, la “negación de la relación causal” o la “regla de la vida” porque todos ellos estaban de acuerdo con que la solución debía ser la impunidad del organizador del dispositivo de protección, pero no podían sostenerlo desde la legítima defensa porque tenían el problema de que la condición de la “actualidad” del ataque en estos casos nunca se cumplía. ¿Y cómo soluciona Sommerlad este supuesto problema? Muy simple: en tanto se considere cumplido el elemento actualidad<sup>61</sup> no hay ningún motivo más para apartarse de la solución de la legítima defensa. Según este autor la defensa mediante medidas de protección recién produce efectos en el momento del ataque; así se cumple la exigencia de la actualidad de la agresión<sup>62</sup>, y con ello —en caso de que también se configure el elemento “necesidad”— resulta la no punibilidad del organizador de ese dispositivo de seguridad.

La consideración de los casos de defensa automatizada sólo como una problemática acerca de la actualidad del ataque en la legítima defensa perdura hasta nuestros días. Esto se puede comprobar rápidamente cuando se lee algún comentario moderno, en los que la cuestión de la protección por medios automáticos sólo se trata en el capítulo que trata el requisito de aquella causa de justificación<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> Considera expresamente como correctas las posiciones de Bekker y Böhlau y critica, por consiguiente, las consideraciones de Sommerlad que se tratarán a continuación. Lamentablemente, sin una argumentación detallada. En este análisis, no resulta casual —como se describirá más adelante— que Binding haya sostenido la diferencia entre causa y condición en la relación causal y, por ello, haya rechazado la teoría de la equivalencia de las condiciones (BINDING, Karl, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, t. I, Besonderer Teil, Leipzig, 1902, p. 77).

<sup>60</sup> Con dos publicaciones sobre ese tema “Über die Strafflosigkeit der durch Selbstschüsse verursachten Rechtsgutverletzungen”, Giessen, 1883 y “Über die Ausübung des Notwehrrechts durch Veranstaltung von Schutzvorrichtungen”, *GS* 39, cit., ps. 359 y ss. Aquí se cita la segunda.

<sup>61</sup> V. SOMMERLAD, “Über die Ausübung...”, cit., p. 383. También Maximilian v. Buri parte del mismo punto, es decir: la pregunta acerca de si las medidas de protección ejercen una defensa contra una agresión actual. La diferencia es que él responde a esta pregunta de forma negativa (véase *Ueber Causalität und deren Verantwortung*, ps. 94 y ss.).

<sup>62</sup> V. SOMMERLAD, “Über die Ausübung...”, cit., ps. 383 y ss., 388 y 401. Luego también KUNZ, Karl-L., “Die automatisierte...”, cit., p. 540.

<sup>63</sup> Entre otros SPENDEL, Günter, *Kommentar zum § 32 en: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11ª ed., Berlín y Nueva York, 1992, § 32 no. marg. 114; LENCKNER, Theodor, *Kommentar zum § 32 in Schönke/Schröder StGB*, 25ª ed. München, 1997, §32, número marginal 18a; SAMSON, Erich, *Kommentar zum § 32 in Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*,

Sin embargo y con respecto al tema de interés para el presente trabajo —es decir: si ya la subsunción típica debería excluirse en estos casos—, puede observarse que Sommerlad realiza una mera aplicación de la fórmula de la *conditio sine qua non*: “piénsese por una vez en la condición puesta por el organizador, el tiro automático, omitiéndosela de la escena del acontecimiento trágico y rápidamente resultará bien claro entonces que la lesión del ladrón no hubiera sido posible”<sup>64</sup>.

Resulta también interesante que cuando Sommerlad objeta la posición de Böhlau sobre la ausencia de nexos causal, no critica justamente su fundamentación sino las consecuencias que esa postura conlleva (es decir: los, por él llamados, “resultados intolerables”, a los que conduce el no investigar acerca de la existencia de necesidad en la agresión<sup>65</sup>). Con respecto al tema de la necesidad, Sommerlad llega a la conclusión de que en el caso de lesiones infligidas por medios automáticos la mayoría de las veces aquéllas no resultan justificables por medio de la legítima defensa, sino que se configura un exceso, aunque la instalación de tales medidas esté, en principio, permitida<sup>66</sup>.

Luego, ya a comienzos del siglo XX, fue Langenbach quien criticó tanto la posición de Bekker como la réplica —dentro del mismo grupo— de Böhlau: “con la teoría de la causalidad dominante en el Derecho Penal, que ve a todas las condiciones como equivalentes y a cada una como causa, debemos considerar por consiguiente la lesión provocada por medidas de protección como causadas por su organizador”<sup>67</sup>. Aquí se ve nuevamente —como antes en Sommerlad— la aceptación expresa de que, con motivo de la teoría de la equivalencia, el comportamiento de la víctima no puede ser considerado. Mas Langenbach realiza una salvedad importante: “a no ser que el lesionado mismo haya actuado con dolo o dolo eventual”<sup>68</sup>. Y la víctima —aquí el intruso— actúa con “dolo”, según Langenbach, cuando aun teniendo conocimiento de la existencia del dispositivo de protección de todas maneras lo acciona. En este caso, la relación causal queda interrumpida por la actuación “dolosa” del intruso<sup>69</sup>. Es evidente que el autor realiza una aplicación analógica de la interrupción del nexo causal —luego conocida como prohibición de regreso<sup>70</sup>—, pero

5ª ed., 1992, § 32, no. marg. 29. Ver también, STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, Buenos Aires, 2005 (traducido por M. Cancio Meliá y M. Sancinetti), p. 231.

<sup>64</sup> V. SOMMERLAD, “Über die Ausübung...”, cit., p. 372.

<sup>65</sup> V. SOMMERLAD, “Über die Ausübung...”, cit., p. 373. Sobre esto se harán más referencias.

<sup>66</sup> V. SOMMERLAD, “Über die Ausübung...”, cit., ps. 394 y ss.

<sup>67</sup> LANGENBACH, Paul, *Die Vorbereitung...*, cit., p. 52.

<sup>68</sup> LANGENBACH, Paul, *Die Vorbereitung...*, cit., p. 52.

<sup>69</sup> LANGENBACH, Paul, *Die Vorbereitung...*, cit., p. 7, n.p. 1; 28 y 54.

<sup>70</sup> Acerca del aspecto terminológico: la expresión “prohibición de regreso” apareció recién en la 15ª ed. del FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 15ª ed.,

en la que en lugar de la intromisión dolosa de un tercero, es la misma víctima la que actúa con “dolo” e interrumpe la relación causal.

Más allá de la denominación inexacta —pues en realidad la víctima no puede actuar ni dolosa ni imprudentemente contra sus propios bienes<sup>71</sup>— ¿cuándo existiría “dolo” del lesionado para Langenbach? El autor lo explica así: “éste se alcanza sobre todo en la medida en que se colocan carteles llamativos de advertencia que anuncian la existencia de dispositivos de seguridad. Pues a quien, a pesar de tener conocimiento de esto, entra al área protegida, *debe atribuírsele la lesión a sí mismo*. A menudo un cartel de advertencia mantendrá a distancia también a aquel que tiene la intención de realizar un ataque antijurídico y su colocación ya estará permitida a fin de salvaguardar el cum-

---

Tubingen, 1924, ps. 15 y ss., (como lo muestra correctamente NAUCKE, Wolfgang, “Über das Regreßverbot im Strafrecht”, *ZStW* 76, 1964, y no recién en la 17ª edición, como lo cita BLOY, René, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin, 1895, p. 130). Pero el concepto “interrupción de la relación causal” para estos mismos casos ya fue usado en las primeras ediciones (véase 2ª ed., p. 13 de 1901). Frank designa con ambas expresiones la misma idea (véase FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch...*, cit., 18ª ed., Tubingen, 1931, p. 860). Mas ya en la 5ª/7ª edición (1908) nota que la expresión “interrupción de la relación causal” da una imagen errónea (p. 21). La nueva denominación se desplaza más hacia el aspecto normativo, si bien “la prohibición de regreso se enuncia desde el comienzo normativamente” (BLOY, René, *Die Beteiligungsform...*, cit., p. 130; énfasis agregado). Véase también JAKOBS, Günther, *Strafrecht...*, cit., ps. 7/27, n.p. 37. Todas estas ediciones de la obra de Frank se encuentran en la Biblioteca de la Universidad de Heidelberg.

<sup>71</sup> En este sentido, CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima...*, cit., p. 302. Allí afirma que para la introducción de la figura de la víctima en el sistema de imputación penal no debe perderse de vista que en el marco del ordenamiento penal no se trata de formular un reproche al titular del bien, sino de afirmar o excluir la tipicidad objetiva del autor. La conducta de la víctima sólo constituye un factor normativo en la delimitación de esferas de responsabilidad en el tipo objetivo. En la interpretación de Cancio Meliá, la imputación de la conducta (primer nivel de la imputación objetiva) es la ubicación sistemática idónea para la institución dogmática independiente “imputación a la víctima”. La explicación de que el suceso dañino es la consecuencia de una determinada estructuración independiente de la víctima, es uno de los factores normativos que pueden delimitar los ámbitos de responsabilidad en el tipo objetivo. La imputación a la víctima excluye la imputación objetiva. El significado objetivo común que víctima y autor han creado en su interacción, por su organización conjunta y la correspondiente imputación a la víctima, impide que el aporte del autor pueda tener un significado delictivo. Y esa exclusión de la imputación al autor es la consecuencia de la imputación de la conducta al ámbito de la víctima porque se imputa el contexto de interacción al preeminentemente responsable —no protegido—, y a su estructuración de vida. Entonces los costos y lesiones no pueden ser cosa de otros. Por eso la imputación a la víctima es una “concreción del (general, preeminente) principio de responsabilidad”. Todo lo que se ha dicho hasta aquí no significa que la víctima tenga deberes de autoprotección. Siempre debe recordarse que se analiza aquí la conducta del autor. Si se habla de la determinación del ámbito de responsabilidad del titular del bien jurídico no puede perderse de vista que al Derecho Penal no le incumbe pedirle cuentas al titular del bien. En el punto de partida siempre se trata de la exclusión de la imputación a favor del autor. No hay culpa de la víctima frente a sus propios bienes. El titular del bien jurídico no puede infringir ninguna norma. No hay una norma jurídico-penal que tipifique su conducta. El ingreso de la figura de la víctima en el sistema de imputación no significa que se eleve un reproche contra el titular de un bien jurídico. Se trata de la forma elegida por éste para estructurar su círculo vital y no de deberes de autoprotección. Un comportamiento, que en principio es típico, se vuelve no punible porque el otro colaborador guarda identidad con el portador del bien jurídico.

plimiento del requisito de la necesidad de la defensa”<sup>72</sup>. Esto significa que una situación que normalmente es considerada al tratar el requisito “necesidad” en la legítima defensa ya es examinada por Langenbach en el examen de la causalidad<sup>73</sup>.

En síntesis: para Langenbach los casos de defensa automatizada deben considerarse como supuestos de legítima defensa, a no ser que el lesionado tenga un conocimiento real acerca de la existencia de la medida de protección. Pero “si sucediera que el intruso no viera el cartel de advertencia e ingresara sin conocimiento de las medidas de protección y resultara lesionado, entonces no existiría interrupción de la relación causal según la teoría de la condición, dado que ésta sólo se produciría mediante la ocurrencia de un hecho doloso”<sup>74</sup>. Mas, la importancia que este autor asigna a la representación subjetiva de la víctima es, al mismo tiempo, el motivo de sus reparos: él ve la construcción de la interrupción de la relación causal como “forzada”, dado que “la negación o afirmación de la relación causal [dependería] exclusivamente de la circunstancia casual de que el intruso lea el cartel o no, un resultado que contradice la lógica”<sup>75</sup>.

Lo importante en la posición de Langenbach es, por un lado, justamente la sospecha de que el desconocimiento de la víctima no puede ser el motivo para afirmar la responsabilidad del autor. Por ello, en este sentido, puede asimilarse la opinión de Langenbach a la que presenta en la actualidad Cancio Meliá, quien afirma —como ya se adelantó— que “cuando se imputa penalmente, lo que debe determinarse es el ámbito de responsabilidad del autor y éste no puede depender simplemente de lo que la víctima fácticamente sabe o no sabe, desea o no desea”<sup>76</sup>.

Por el mismo motivo Langenbach advierte que el problema planteado por él no puede encontrar una solución en el plano de la causalidad y, por otro lado, reconoce que los casos de protección automatizada deben distinguirse de los casos típicos de legítima defensa, pues el lesionado desempeña un papel importante que no debe ser subestimado: “a diferencia de la defensa personal, la acción del lesionado mismo establece la mediación entre la colocación del dispositivo de protección y la lesión, que recién mediante ella se

<sup>72</sup> LANGENBACH, Paul, *Die Vorbereitung...*, cit., p. 54. Énfasis agregado.

<sup>73</sup> Sobre esto se volverá más adelante.

<sup>74</sup> LANGENBACH, Paul, *Die Vorbereitung...*, cit. Como lo expone correctamente NAUCKE, Wolfgang, “Über das...”, cit., p. 422 y ss. debe distinguirse entre dos tipos de fundamentación dogmática de la prohibición de regreso: una que aun basándose en la teoría de la equivalencia de las condiciones formula una excepción a favor de la prohibición de regreso y la segunda que rechaza la teoría de la equivalencia desde la teoría de la adecuación o las teorías causales individualizadoras. La posición de Langenbach se encuadra en la primera fundamentación dogmática.

<sup>75</sup> LANGENBACH, Paul, *Die Vorbereitung...*, cit., p. 54, nota al pie 2.

<sup>76</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel, “Opferverhalten...”, cit., p. 9.

hace posible”<sup>77</sup>. A pesar de eso, obviamente, todavía no había llegado la hora para que Langenbach pudiera encontrar una solución mediante la teoría de la imputación objetiva. Este autor resuelve ese problema como una cuestión de, en ese entonces, culpabilidad: “en este último caso, aun aceptando la existencia de relación causal entre la lesión y la afirmación de voluntad, podría negarse siempre la punición del sujeto que actúa primero, pues no tendría que negarse la culpabilidad y *hacer responsable al lesionado mismo*. De la misma forma en que no se piensa en hacer responsable al propietario del estanque por la muerte de aquel que se suicida ahogándose en él, tampoco puede hacerse responsable a aquel que ha puesto abrojos en su campo, por las lesiones de quien, a pesar de tener conocimiento de la existencia de aquellos, entra en el campo y siendo tan consciente de eso se precipita a su desgracia (...) quisimos señalar si no es posible llegar a los mismos resultados en los casos en los cuales por el momento se acepta una interrupción de la relación causal, pero afirmando dicha causalidad en la medida en que se responda a la cuestión de la culpabilidad”<sup>78</sup>. Si bien el autor advierte correctamente el problema al considerar que la cuestión poco tiene que ver con un problema de causalidad, lamentablemente no se puede “desligar de psicologismos”<sup>79</sup> al intentar resolverlo. Otro doctrinario para quien también resulta decisivo el hecho de que la víctima tenga conocimiento de la existencia de la medida de protección es Ernst Schwartz. Es claro cuando señala: “a quien ingresa en un inmueble en el cual, como le es conocido, se han tomado tales medidas, deben atribuírsele las lesiones que eventualmente se prodigara a sí mismo; por el contrario, si no lo sabe, el instalador debe responder por las eventuales lesiones según el derecho general”<sup>80</sup>.

También desde la perspectiva del autor la representación interna es decisiva para Langenbach, en tanto afirma: “cuando una medida a emplear como medio de protección no es utilizada en concreto como tal, es decir: no se usa con fines de defensa —alguien cava con fines de utilidad económica p. ej. una fosa en su campo— y se le causa una lesión a un tercero, el instalador nunca estaría protegido por la legítima defensa —ni aun cuando repeliera una agresión antijurídica—, pues no existe en absoluto una acción de defensa, toda vez que ésta es concebible, como se dijo, sólo como un actuar consciente con intención de protección”<sup>81</sup>. Queda claro, entonces, que desde la perspectiva de la legítima defensa no se tiene otra posibilidad que considerar los deseos del autor y la víctima<sup>82</sup>, lo que no ocurriría, naturalmente, bajo el prisma del “comportamiento a propio riesgo”.

<sup>77</sup> LANGENBACH, Paul, *Die Vorbereitung...*, cit., p. 54, nota al pie 2.

<sup>78</sup> LANGENBACH, Paul, *Die Vorbereitung...*, cit., p. 55, nota al pie 2. Énfasis agregado.

<sup>79</sup> Utilizando la terminología de Cancio Meliá.

<sup>80</sup> SCHWARTZ, Ernst, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlín, 1914, p. 171.

<sup>81</sup> LANGENBACH, Paul, *Die Vorbereitung...*, cit., p. 53.

<sup>82</sup> Por lo menos desde un punto de vista subjetivista.

Las posiciones de Sommerlad y Langenbach han sido frecuentemente equiparadas por otros autores porque los dos criticaban la opinión de Böhlau. A pesar de eso, la excepción que efectúa Langenbach aunque vista como un caso de interrupción es, a nuestro parecer, trascendente. No debe olvidarse que entre el escrito de Sommerlad y el de Langenbach se realizaron cada vez más intentos por superar la teoría de la equivalencia y ya se ha examinado, cómo por ejemplo las nuevas elaboraciones de Frank debieron tener influencia en la obra del último autor mencionado<sup>83</sup>.

En contra de la postura de Böhlau y sus sucesores también se ha expresado Friedrich Oetker. Para él, las discusiones sobre la cuestión de la causalidad deben ser dejadas de lado<sup>84</sup>. Como solución alternativa propone una aplicación analógica de la legítima defensa<sup>85</sup>.

Por último, mas como representante de los autores que rechazan la justificación por legítima defensa pero sobre su base —esta posición ya se esbozó al principio del presente trabajo— debe nombrarse a Alfred Seidel. Él descarta que la instalación de medidas de protección pueda subsumirse en el derecho de legítima defensa porque nunca estaría configurado el requisito de la necesidad<sup>86</sup>. Por ello sostiene que dichas instalaciones no tienen legitimidad para existir<sup>87</sup>. Como se ve, por una razón u otra a la doctrina no le ha resultado sencillo equiparar los casos de defensa automatizada a los de legítima defensa.

### 3. La discusión moderna acerca del tratamiento de la defensa automatizada<sup>88</sup>

Una suerte de continuación de las concepciones más antiguas pero por un camino totalmente distinto puede verse muchos años después —a partir de la década de los cuarenta— en la posición de Nagler<sup>89</sup>. Él también niega

<sup>83</sup> Frank ya habla sobre la interrupción de la relación causal en las primeras ediciones de su StGB (FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze: herausgegeben und erläutert von Reinhard Frank*, Tübingen, JCB, Mohr, 1908). Véase nota 70.

<sup>84</sup> OETKER, Friedrich, *Notwehr und Notstand in: Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts*, t. II, Berlin, Darstellung tergleicherde, desdeutschen und auslän dischor Strafrechts (A) Bd 2, Berlin Otto Liebmann, 1908, p. 276, n.p. 1.

<sup>85</sup> OETKER, Friedrich, *Notwehr und Notstand...*, cit., p. 275.

<sup>86</sup> SEIDEL, Alfred, *Die Verletzung Dritter in der Notwehr; Inaugural Dissertation... von Alfred Seidel*, Borna-Leipzig: R. Noske, 1931. Parecido también Sommerlad, que sostiene que la lesión por medida de protección la mayoría de las veces no puede justificarse por legítima defensa (véase arriba).

<sup>87</sup> SEIDEL, Alfred, *Die Verletzung...*, cit., p. 44.

<sup>88</sup> Aquí no se considerarán la mayoría de los comentarios en los que el problema de la defensa automatizada es examinado como una cuestión de “actualidad” y “necesidad” de la defensa.

<sup>89</sup> Sus explicaciones ya habían sido formuladas en 1944 (LK6). Las citas del presente trabajo provienen de la 7ª ed. del LK (1954), que fue publicado *post mortem*. Allí trata el pro-

como Böhlau —aunque sin hacer mención de este autor— la existencia de una relación causal entre la instalación de un medio de protección automático y la lesión producida por éste. La fundamentación es la siguiente: “desde el punto de vista de una teoría causal moderna se diluyen la mayoría de las cuestiones dudosas porque el que ha sido afectado por la medida *es el que se causa a sí mismo* la lesión”<sup>90</sup>.

Por ello resulta de importancia examinar qué entiende Nagler por una teoría de la causalidad “moderna”. En primer lugar, describe y critica las consecuencias que se derivan de la teoría de la condición o de la equivalencia aún reinante en aquel tiempo. Un reproche que formula y que puede resultar de interés para el presente trabajo es el siguiente<sup>91</sup>: para la teoría de la equivalencia “resulta indiferente (...) si entre la conducta y el resultado tiene lugar una acción del lesionado (la llamada consecuencia intermedia)...”<sup>92</sup>. Como ejemplos de esta situación menciona entre otros: la imprudencia del lesionado al beber un líquido tóxico que no fue preservado eficientemente<sup>93</sup> (el caso del arsénico ya nombrado arriba)<sup>94</sup> y la no curación de una herida que en sí no resultaba mortal y a consecuencia de la que el lesionado muere<sup>95</sup>.

En todos estos casos, continúa de modo crítico Nagler, para la teoría de la equivalencia “la imprudencia del lesionado está totalmente al mismo nivel que la acción imprudente de un tercero. Aun cuando sea la causa intermedia necesaria, no interrumpe el desarrollo causal impulsado (...) Incluso cuando el resultado haya sido provocado *dolosamente* o procurado dolosamente por quien interviene en forma posterior, la causación del primer actor queda indemne”<sup>96</sup> (si la causación del primer sujeto actuante permanece indemne aun en el caso

---

blema de la defensa automatizada en dos secciones: en el apéndice I “Die Verursachung” (la causación) y al tratar el §53 (aquí con Jagusch, aunque la interpretación le pertenece sólo a Nagler —como se verá más adelante— por eso sólo se cita a este último).

<sup>90</sup> NAGLER, Johannes L - EBERMAYER, Ludwig - JAGUSCH, Heinrich - LOBE, Adolf - MEZGER, Edmund, *Strafgesetzbuch: Leipzig r Kommentar: Grosskommentar; Grosskommentare der Praxis*, Berlín, W. de Gruyler & Co, 1954, p. 370. Énfasis agregado.

<sup>91</sup> Las otras son las objeciones usuales a la teoría de la equivalencia: como p. ej. la problemática del llamado desarrollo inadecuado del proceso causal, la aceleración de la producción del resultado o la cuestión del comportamiento alternativo adecuado a derecho, p. 18 y 25.

<sup>92</sup> NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, cit., p. 19, conclusión nro. 9.

<sup>93</sup> Este caso, como se dijo, ya fue utilizado por Frank cuando criticó la teoría de la equivalencia (FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch...*, cit., 18ª ed., p. 14).

<sup>94</sup> NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, cit., ps. 18 y ss.

<sup>95</sup> NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, cit., ps. 19, 26. En este problemático caso el resultado es la acumulación del riesgo no permitido creado inicialmente por el autor y su conducta de la víctima posterior contraria a la diligencia. También fue tratado por CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima...*, cit., p. 332 y ss., quien considera que si el objeto inicialmente afectado y el objeto lesionado son idénticos no se ha configurado para él una organización conjunta. La opinión mayoritaria sostiene que si la víctima no neutraliza el riesgo inicial, el resultado no puede imputársele al autor.

<sup>96</sup> NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, cit., p. 19.

de la acción dolosa de un tercero, con más razón permanecerá así en el caso de la actuación “culposa” de la víctima).

Luego de criticar en detalle la teoría de la equivalencia, Nagler describe su teoría causal *individualizadora*, cuando señala: “las condiciones particulares para el resultado tienen distinto *peso social*. Por ello debe continuar examinándose según estos principios cuál es el significado vital que tiene la contribución de cada actor a fin de investigar cuál es el sujeto causante”<sup>97</sup>. Por consiguiente, sólo es causa, aquella acción que —según su valoración social— dentro de ese fragmento de la vida, deba ser vista como determinante para el resultado”<sup>98</sup>.

Como consecuencia de ello, Nagler propone descartar al primer interviniente como sujeto causante en el caso de imprudencia del lesionado del mismo modo en el que lo haría si el trabajador cayera en el propulsor de una máquina —que ha quedado desprotegida por negligencia del empleador— siempre que el operario se haya subido a dicha máquina, v.gr. para acortar camino (señala que otra sería, naturalmente la solución si hubiese caído durante su trabajo normal)<sup>99</sup>. Nunca puede el primer actor considerarse causante cuando “alguien

<sup>97</sup> NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, cit., p. 26. Énfasis agregado. Véase también ps. 22 y ss. donde critica el juicio de probabilidad de la teoría de la adecuación.

<sup>98</sup> NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, cit., ps. 25, 54. Énfasis agregado.

<sup>99</sup> NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, cit., p. 26. Este caso fue examinado por Cancio Meliá, pero él considera que en ese supuesto el contexto normativo específico suprime el principio de autorresponsabilidad y sus consecuencias dogmáticas (CANCIO MELIÁ, Manuel, “Opferverhalten...”, cit., p. 24; *Conducta de la víctima*, cit., ps. 310 y ss.). Debe aclararse que no toda intervención de la víctima en una actividad riesgosa implica una organización conjunta. Eso depende de la definición del contexto. No hay organización conjunta cuando el contexto puede definirse como inofensivo (instrumentalización, riesgos estadísticos, meras intervenciones casuales de la víctima). Tampoco pueden imputarse los daños al ámbito de responsabilidad de la víctima cuando la organización conjunta de víctima y autor, justamente, también contiene el reparto de deberes de seguridad, y el desprecio de éstos por el autor ocasiona el daño. Aquí se trata de funciones de protección dada la especial estructuración de la interacción entre el autor y la víctima misma (así p. ej. los casos de los guías de montaña). Si no hubiera existido ese reparto de funciones de protección, pertenecerían esos deberes de cuidado al ámbito de responsabilidad de la víctima. Pero sin ese reparto de funciones de control no sería posible la cooperación en muchos ámbitos. Hay también deberes de protección especiales que no existen como consecuencia de la estructuración de una organización conjunta, sino porque el orden jurídico los establece (es decir: ámbitos normativos donde las reglas generales de la delimitación de los ámbitos de responsabilidad no pueden valer, porque el autor tiene un deber especial en relación a los bienes de la víctima). Normalmente, el sistema de imputación parte de relaciones entre sujetos semejantes que son autorresponsables: “imputable es una persona a la que define como semejante”. Hay ámbitos en los cuales, aunque todos los colaboradores sean sujetos responsables de sí mismos, el orden respectivo establece reglas especiales mediante las que surgen deberes especiales (p. ej. una posición de garante). El principio de autorresponsabilidad no rige aquí. Es el caso de una posición de garante en virtud de organización (o “deberes en virtud de competencia de organización para evitar autolesiones”). Los daños de una organización conjunta son imputables al ámbito de responsabilidad de la víctima dado que ésta tiene una relación especial con sus propios bienes, más estrecha que las relaciones con los bienes de toda otra persona. En la medida en que se comprueba que una persona no es responsable en el caso concreto, debe excluirse esa imputación a la víctima. Para esto existen límites normativos e inherentes. Cuando la conducta de la víctima ha sido instrumentalizada por el autor porque ésta carece de responsabilidad o de conocimientos, si por ejemplo el autor ha asumido un deber

—a la postre el lesionado— provoca el resultado por *propia y libre* decisión y de esa manera *actúa a propio riesgo...*<sup>100</sup>.

Pero aún más interesante resulta que Nagler, como se dijo, menciona como ejemplos de acción a propio riesgo —y esto es por primera vez<sup>101</sup>— tanto los casos en los cuales “un imputable bebe un líquido tóxico no guardado de modo eficiente”<sup>102</sup> (a diferencia de los autores anteriores, que a lo sumo consideraban “interruptora” de la relación causal a la acción “dolosa” de la víctima) como también aquellos “*daños que se inflige el lesionado al cometer un hecho punible*”<sup>103</sup>, por ejemplo, cuando “el intruso es mordido por el celoso perro guardián del granjero al penetrar en su finca cerrada o el ladrón se lesiona al pasar por encima de un muro protegido con trozos de vidrio o cae dentro de un predio cerrado en una trampa o a merced de un dispositivo de tiro automático...”<sup>104</sup>.

La afirmación de Nagler de que la lesión en el caso de utilización de medidas de protección debe clasificarse como acción a propio riesgo, no fue el único aporte nuevo que realizó. También pueden encontrarse otros interesantes y novedosos pensamientos en su posición. En primer lugar, como se vio, él no realiza ninguna diferencia basada en las representaciones subjetivas o internas del autor (como puede observarse en el mismo tratamiento que prodiga al caso del líquido tóxico dejado por descuido, en el que el autor no tiene voluntad de defenderse y a los casos del empleo de medidas de protección, en los que el autor tiene una intención clara de defensa). Tampoco realiza distingo alguno basado en la representación interna de la víctima (ella puede actuar “dolosa o culposamente”, con o sin conocimiento). Lo importante es que para Nagler todos estos ejemplos son abarcados por el concepto de “comportamiento a propio riesgo”.

Si el lesionado provoca el resultado por propia y libre decisión —es decir: autorresponsablemente y actúa por eso a propio riesgo— la conducta de la víctima es, según Nagler, socialmente predominante. Aunque este autor de alguna manera sigue atado a una visión causal-naturalista —aún habla de falta de causalidad—, puede observarse la aparición de un concepto según el cual se establece una suerte de preeminencia o preferencia del ámbito de responsa-

---

de protección en la organización conjunta o si un orden normativo transmite esos deberes especiales al autor, la víctima no debe ser considerada como responsable de sí misma, y por eso no existe imputación a la víctima.

<sup>100</sup> NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, cit., p. 26. Énfasis agregado.

<sup>101</sup> Al menos con esta terminología. Ya hemos visto que Von Bar fue realmente el primero que examinó los casos de defensa automatizada en el capítulo referido al comportamiento de la víctima.

<sup>102</sup> NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, cit., p. 26.

<sup>103</sup> NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, cit., p. 27. Similar en p. 370. Énfasis agregado.

<sup>104</sup> NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, cit.

bilidad de la víctima (comparable con la posición ulterior de Cancio Meliá)<sup>105</sup>. La interesante posición de Nagler no fue mantenida en las ediciones posteriores del *Leipziger Kommentar*. Ya en la siguiente edición —LK8-Jagusch—, la problemática de la defensa automatizada fue tratada bajo la consideración de los elementos actualidad y necesidad en la legítima defensa<sup>106</sup> (sin ninguna mención para estos casos del comportamiento a propio riesgo).

Las ideas de Nagler con relación a la defensa automatizada fueron criticadas por Köhnen en un trabajo monográfico escrito en 1950. Pero a poco que se observa qué es lo que este autor objetó exactamente, puede advertirse que no se trata de la negación que había realizado Nagler respecto de la causalidad en el caso de la utilización de mecanismos automáticos, sino de la teoría causal misma, que Nagler había propiciado<sup>107</sup>.

En efecto, Köhnen admite también que aquí el resultado sólo se produce porque entre medio intervino otra persona —el lesionado mismo<sup>108</sup>—, pero él parte de la base de que la teoría de la equivalencia es la teoría causal correcta y como consecuencia de ello debe negarse la interrupción de la relación causal<sup>109</sup>. Es aquí donde comienzan las diferencias. Lo decisivo para mantener su posición contraria ha sido el concepto de causalidad utilizado (mejor dicho: el criterio de imputación utilizado)<sup>110</sup>.

Para Köhnen “la instalación de esas medidas de seguridad en todos los casos de defensa con medios de protección automáticos es jurídico-penalmente la causa (...) de la lesión producida por ellas, pues si el granjero no hubiera colocado el dispositivo de tiro automático en el granero, el ladrón no hubiera resultado lesionado”<sup>111</sup> (nuevamente esto no es otra cosa que la aplicación de la fórmula de la *conditio sine qua non*). Nagler mismo ya había advertido con razón: “para los partidarios de una teoría causal considerada insuficiente como la de von Buri, el problema (del medio de defensa mecánico) queda sin resolver”<sup>112</sup>.

<sup>105</sup> Acerca de la preeminencia de la responsabilidad de la víctima véase nota 12.

<sup>106</sup> JAGUSCH, Heinrich, *Kommentar zum § 53 in Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8ª ed., Berlín, 1957, §53, p. 409.

<sup>107</sup> KÖHNEN, Klaus, *Antizipierte Notwehr...*, cit., ps. 27 y ss., 88 y ss.

<sup>108</sup> KÖHNEN, Klaus, *Antizipierte Notwehr...*, cit., p. 30.

<sup>109</sup> KÖHNEN, Klaus, *Antizipierte Notwehr...*, cit., ps. 23, 31.

<sup>110</sup> Se ha señalado más arriba que Nagler —como resulta comprensible en esa época— seguía ligado aún a una concepción naturalista del concepto causal. Pero es claro que puede ya encontrarse en dicho autor una aproximación a la teoría de la imputación objetiva. Se trató de un intento por diferenciar la causalidad de la causalidad objetivamente imputable: “la teoría de la causalidad debe determinar objetivamente la imputabilidad jurídica de las consecuencias de las acciones (...) Por ello deben dejarse de lado las meras intenciones y representaciones de los intervinientes (...)” (NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, cit., p. 16).

<sup>111</sup> KÖHNEN, Klaus, *Antizipierte Notwehr...*, cit., ps. 27 y ss., 88 y ss.

<sup>112</sup> NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, cit., p. 370.

Sentado lo anterior cabría plantearse la siguiente pregunta: si se dejaran de lado las críticas de Köhnen con base en la teoría de la equivalencia ¿Cómo puede fundamentarse que esos casos no deban ser tratados como supuestos de acción a propio riesgo? ¿Podrían analizarse esos casos de la mano de la teoría de la imputación objetiva de una forma distinta a la que lo ha hecho intuitivamente Nagler?

### III. LA PROTECCIÓN POR MEDIOS AUTOMÁTICOS, TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA Y PROHIBICIÓN DE REGRESO<sup>113</sup>

No resulta casual que la segunda etapa descripta (aquí segundo grupo), en la cual la protección por medios automáticos comenzó a identificarse como problema de la legítima defensa, coincida con la época —fines del siglo XIX— en la que la ciencia jurídico-penal había experimentado claramente las influencias del naturalismo<sup>114</sup>. Tampoco debe olvidarse que entre la primera etapa descripta —la de Bekker y von Böhlau— y la segunda —la de Sommerlad y Langenbach—, von Buri publicó la obra con la que se encendió la discusión sobre la causalidad por medio de la teoría de la equivalencia (con su famoso proceso de eliminación hipotética)<sup>115</sup>.

Resulta claro —o al menos el presente trabajo intenta establecerlo—, que esas nuevas tendencias para el tratamiento de la problemática de la defensa automatizada tienen como trasfondo el dominio de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Ya Sommerlad, el primer autor que —como se señaló— había examinado estos casos como supuestos de legítima defensa, citaba tanto a Glaser<sup>116</sup> como también a von Buri para fundamentar su posición<sup>117</sup>. Del mismo modo, puede observarse que desde Sommerlad en adelante —si bien con algunas excepcio-

<sup>113</sup> Aquí se hará referencia al antiguo concepto de prohibición de regreso: casos en los que con posterioridad a una conducta imprudente se produce un comportamiento doloso que interrumpe el curso causal, la que, como se dijo, prácticamente no tiene nada en común en cuanto a la formulación dogmática actual de la prohibición de regreso. Conforme esta última, un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida (imputación objetiva). En común sólo tienen la valoración positiva de los componentes normativos, más allá de las afirmaciones incorrectas en materia de causalidad implícitamente contenidas en la antigua teoría de la prohibición de regreso.

<sup>114</sup> Para una exposición detallada de ese período véase BLOY, René, *Die Beteiligungsform...*, cit., ps. 86 y ss.; véase también a NAUCKE, Wolfgang, “Über das...”, cit., ps. 414 y ss.; LESCH, Heiko H., *La función de la pena* (traducido por Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles), Madrid, 1999, p. 31. FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch...*, cit., p. 15 habla sobre un “causalismo natural” (*Naturkausalismus*).

<sup>115</sup> VON BURI, Maximilian, *Ueber Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig, J. H. Gebbort, 1873.

<sup>116</sup> Como es sabido, fue en realidad Glaser quien primero formuló la teoría de la equivalencia en *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*, 1857, p. 298.

<sup>117</sup> V. SOMMERLAD, “Über die Ausübung...”, cit., p. 371 n.p. 1.

nes— la fórmula de la *conditio sine qua non* ha sido y es el único motivo por el que realmente tuvo que clasificarse la protección automatizada como un caso de legítima defensa. Esta fundamentación prevaleció —lógicamente— tanto como lo hizo la teoría de la equivalencia<sup>118</sup>. En efecto, para esa teoría en su forma más ortodoxa no puede configurarse —obviamente— interrupción alguna de la relación causal: la teoría de la equivalencia imposibilita la prohibición de regreso<sup>119</sup>.

Tampoco resulta casual que todos los autores que han intentado defender teorías de la causalidad diferentes a la de la equivalencia, hayan resuelto los casos de defensa automatizada ya a nivel de causalidad. Como primer exponente debe mencionarse al ya recordado Böhlau. En este sentido resulta muy interesante observar que August Finger, al abordar el tema “causalidad” en su tratado, encontró en la concepción de Böhlau el primer intento en pos de distinguir entre causa y condición (diferenciación que —también para tener en cuenta— continuó Binding)<sup>120</sup>.

En mi opinión es aún más interesante que Böhlau haya realizado esta diferenciación justamente al escribir su trabajo sobre “defensa automatizada”. También se ha mencionado aquí que von Bar había rechazado una solución por la legítima defensa y no debe subestimarse que dicho profesor fue uno de los primeros representantes de la teoría de la adecuación<sup>121</sup>. Según ésta debe también hacerse una diferenciación entre las causas que son jurídicamente relevantes y las que no (por medio del juicio de probabilidad). Otro intento se pudo ver, en principio, también en Langenbach (empero sólo en el caso de conducta “dolosa” de la víctima).

<sup>118</sup> No hay que olvidar que en el año 1964 Naucke todavía considera la teoría de la equivalencia como dominante (NAUCKE, Wolfgang, “Über das...”, cit., p. 411).

<sup>119</sup> Esa imposibilidad conceptual fue pronunciada por primera vez por Oppenhof (1874) y por la jurisprudencia recién en el año 1924, RGSt. 58, 366 (ambas citas de NAUCKE, Wolfgang, “Über das...”, cit., p. 418 con n.p. 32 y 33).

<sup>120</sup> FINGER, August, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlín, C. Heymanns Verlag, 1904, p. 275 con n.p. 363.

<sup>121</sup> V. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., p. 11. Véase JAKOBS, Günther, *Strafrecht...*, cit., ps. 7/31 con n.p. 44. Resulta notable asimismo que Von Bar no se refiriera a la víctima sino al “damnificado”, p. 87. Comparte Cancio Meliá: dos personas que colaboran no son en principio ni víctima ni autor, sino dos sujetos similares y racionales, ambos dueños de un propio ámbito de organización (Conducta de la víctima, p. 278). La actividad riesgosa que conduce a dañar a uno de esos actores (víctima *ex post*) pero que contiene los aportes de ambos, debe ser imputada a la víctima, que tiene la responsabilidad preeminente. El injusto en hechos punibles contra las personas se compone de la usurpación del círculo de organización de otros, por lo tanto es imposible que exista un injusto cuando la persona competente en ese círculo de organización toma parte en esa organización: en este caso el otro participante no le usurpa nada; la acción a propio riesgo excluye el elemento de la usurpación por el autor. Ver notas 12 y 71.

Fundamentalmente —y como ya se adelantó— puede encontrarse en la teoría “social individualizadora”<sup>122</sup> de Nagler la posibilidad clara de tratar los casos de defensa automatizada como ejemplos de acción a propio riesgo.

Como se observa, las teorías que rechazan la aplicación del derecho de la legítima defensa para la protección por medios automáticos coinciden con aquellas que, a su vez, acogen la prohibición de regreso. Cabe reiterar que existen dos formas diferentes de fundamentación dogmática de la prohibición de regreso<sup>123</sup>: la primera se aferra a la teoría de la equivalencia y formula una excepción en favor de la prohibición de regreso (posición de Langenbach); la segunda rechaza la teoría de la equivalencia y la reemplaza por la teoría de la adecuación u otras teorías causales individualizadoras (concepciones de von Bar o de Nagler). A pesar de las distintas fundamentaciones, lo importante es que arriban a la misma conclusión: la no punibilidad del primer interviniente<sup>124</sup> (introducimos sólo una diferencia: para el último grupo nombrado, la impunidad del primer sujeto también debe sostenerse cuando el que actúa posteriormente interviene de forma culposa).

Las teorías mencionadas que distinguen entre condiciones y causas, siempre toman en cuenta la conducta de la víctima<sup>125</sup>. Es claro que aún se encuentran influidas por elementos naturalistas y por eso la conducta de la víctima se introduce en el análisis causal, sin notar —con palabras de Jakobs y tal como lo esbozara v. Bar— que “no se trata de la interrupción de la relación causal, sino de la ausencia de una relación de imputación habiéndose dado la causalidad”<sup>126</sup>. No obstante, estas posturas reconocen la debilidad de la teoría de la equivalencia y muchos casos problemáticos se resuelven en forma satisfactoria. En efecto, ya hemos reconocido en estas teorías algunos elementos normativos (en este sentido ellas son reales precursoras de la teoría de la imputación objetiva). En síntesis: todas estas teorías tienen como común denominador el hecho de que examinan la relevancia jurídica de actos causales como lo hace la teoría de la imputación objetiva (aunque se refieren incorrectamente a actos no causales).

<sup>122</sup> Ella comparte con las teorías de la adecuación las diferenciación entre causa y condición (NAGLER, Johannes, *Kommentar zum...*, p. 24).

<sup>123</sup> NAUCKE, Wolfgang, “Über das...”, cit., p. 422 con n.p. 53. Véase antes al tratarse la posición de Langenbach.

<sup>124</sup> NAUCKE, Wolfgang, “Über das...”, cit., p. 423 con n.p. 53.

<sup>125</sup> En contra CANCIO MELIÁ, Manuel, “Opferverhalten...”, cit., p. 5. Allí subestima el valor de las teorías individualizadoras de la causalidad y de la interrupción de la relación causal para tratar correctamente la conducta de la víctima.

<sup>126</sup> JAKOBS, Günther, *Strafrecht...*, cit., ps. 7/27 (se refiere a la versión más antigua de la doctrina de la prohibición de regreso: la mediación de un sujeto que actúa dolosa y culpablemente interrumpe la relación causal). Tampoco es un problema de la causalidad para BLOY, René, *Die Beteiligungsform...*, cit., p. 94.

Especialmente Larenz, indica que la teoría de la adecuación encuentra anclaje en la teoría de la imputación objetiva<sup>127</sup>. También Jakobs observa en la teoría de la adecuación el intento histórico más significativo de limitar la causalidad a una causalidad imputable objetivamente<sup>128</sup>. Quizás esas teorías hayan sido en un sentido aún más avanzadas, pues por ejemplo Nagler ya había tratado a los casos de defensa automatizada como supuestos de acción a propio riesgo, mientras que en la actualidad pese al abandono de la teoría de la equivalencia se la sigue considerando un problema de la legítima defensa. Resulta paradójico que, en las primeras concepciones, el tratamiento de los casos de defensa automatizada resultaba el camino elegido para incluir la conducta de la víctima en la discusión jurídico-penal y hoy en día, aunque se acepte el filtro de la “acción a propio riesgo” o de la “competencia de la víctima”, dichos casos no son siquiera tratados como posibles supuestos a examinar dentro de ese estrato.

Mediante el proceso de eliminación hipotética se rechazó tanto la acción a propio riesgo como la prohibición de regreso<sup>129</sup>. Cuando Naucke criticó la posición que no permitía la prohibición de regreso aplicando la fórmula de la *conditio sine qua non*, afirmó que resultaba claro que “si qu(ería) decirse algo en contra de este razonamiento, ... (debía) decirse algo en contra de la teoría de la equivalencia<sup>130</sup>”. Esto no sólo fue afirmado por Naucke sino también por otros defensores de la teoría de la imputación objetiva que hoy es mayoritariamente aceptada.

La imputación objetiva sí armoniza tanto con la prohibición de regreso como con la acción a propio riesgo. No resulta casual que ambas sean categorías que están fundadas en el mismo principio: el de la autorresponsabilidad<sup>131</sup>.

<sup>127</sup> Citado por NAUCKE, Wolfgang, “Über das...”, cit., p. 427 FN 67. Se refiere aquí a la concepción más antigua de la imputación objetiva inspirada en los principios de Hegel.

<sup>128</sup> JAKOBS, Günther, *Strafrecht...*, cit., ps. 7/30

<sup>129</sup> La conducta del primer interviniente se consideraba una condición sin la cual no se hubiera producido el resultado p. ej. el homicidio doloso cometido por el segundo actuante, NAUCKE, Wolfgang, “Über das...”, cit., p. 412. Como se dijo, una exposición detallada de la historia de la prohibición de regreso puede verse en BLOY, René, *Die Beteiligungsform...*, cit., p. 126 y ss.

<sup>130</sup> NAUCKE, Wolfgang, “Über das...”, cit., p. 412.

<sup>131</sup> La acción libre de un tercero que interfiere no permite contemplar el suceso en toda su extensión como una expresión del libre desarrollo de la persona del primer interviniente. Sobre esto no me extenderé aquí. Para un mayor desarrollo del principio de autorresponsabilidad véase ZACZYC, Rainer, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg, 1993, ps. 18 y ss.; FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges...*, cit., p. 148 y ss.; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima...*, cit., p. 276 y ss.; WALTHER, Susanne, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und “Opfer” bei riskanten Zusammenwirken*, Friburgo, 1991, p. 45 y ss., 101 y ss., entre muchos otros (si bien arribando a conclusiones diferentes entre sí). Sintéticamente la posición de Cancio Meliá que es la que aquí en gran medida se sigue, tiene por base un principio de autorresponsabilidad normativamente fundado. Sostiene que el orden jurídico parte de que el hombre es capaz de libre autodeterminación y por eso debe responsabilizarse por

Ambas se esfuerzan por llevar a cabo una clara distribución de los ámbitos de responsabilidad de los sujetos intervinientes.

Llegados a este punto, cabe formular nuevamente la pregunta acerca de si —en tiempos de la imputación objetiva— puede sostenerse que los casos de protección por medios automáticos deben seguir siendo tratados como una problemática de la legítima defensa.

#### IV. LA DEFENSA AUTOMATIZADA Y LA NECESIDAD

Ahora bien, si considerásemos que los casos de defensa automatizada no han de analizarse desde la perspectiva del derecho de la legítima defensa sino del comportamiento a propio riesgo: ¿Qué sucedería con la “necesidad” que se exige como requisito de la legítima defensa? ¿Le estaría permitido “todo” al organizador de los medios materiales de protección para repeler un ataque?

En mi opinión fue el temor a una respuesta afirmativa lo que motivó que muchos autores se hubiesen visto obligados a considerar esa constelación de casos como de legítima defensa. Se pudo ver esto con claridad en la crítica que autores como Sommerlad<sup>132</sup>, Langenbach<sup>133</sup> o Köhnen<sup>134</sup> formularon contra las posturas que sostenían la —en ese entonces— ausencia de causalidad. Todos estos autores padecían también de una suerte de “obsesión positivista” por demostrar que los casos aquí tratados podían ser subsumidos en el §32<sup>135</sup> (o bien en el §53 antigua redacción). Tan así es, que ellos se han pronunciado expresamente acerca de este objetivo<sup>136</sup> y por eso luego se encontraron obligados a una fundamentación forzada (en especial en los aspectos de actualidad y necesidad).

Sin embargo, puede afirmarse que no existe desde la dogmática penal un motivo para no considerar esa constelación de casos como supuestos de “acción a propio riesgo”. Por otro lado, el tratamiento que los autores mencionados han elaborado respecto de la necesidad en los casos de defensa automa-

---

las consecuencias de su conducta. El sujeto sólo es responsable por su propio actuar y no por el actuar de otros. A causa del principio de autorresponsabilidad deben delimitarse los ámbitos de responsabilidad. Por eso el principio de autorresponsabilidad es el punto de partida que explica la solución en el caso de varios participantes (p. ej. en la prohibición de regreso o en el principio de confianza, entre otros). En todos estos casos se trata de que, como consecuencia del principio de autorresponsabilidad “no todo le concierne a cada uno”. Hasta aquí es claro que la autorresponsabilidad significa que cada persona tiene un propio ámbito de organización de su ámbito de vida (autonomía) y que ella en principio es responsable por los daños que causa esa propia organización (responsabilidad). El concepto de autorresponsabilidad contiene dos perspectivas: autonomía y responsabilidad.

<sup>132</sup> Sommerlad, véase antes (crítica a la opinión de Böhlau).

<sup>133</sup> LANGENBACH, Paul, *Die Vorbereitung...*, cit., p. 6.

<sup>134</sup> KÖHNEN, Klaus, *Antizipierte Notwehr...*, cit., p. 22.

<sup>135</sup> Parágrafo del StGB —Código Penal alemán— correspondiente a la legítima defensa.

<sup>136</sup> KÖHNEN, Klaus, *Antizipierte Notwehr...*, cit., *passim*.

tizada se ha evidenciado como muy discutido y confuso. En efecto, mientras algunos de estos juristas sostenían que ésta, en principio, siempre se cumplía, como por ejemplo Kunz: “una situación de defensa siempre se cumple en el desencadenamiento del mecanismo automático ... Un argumento a favor de la necesidad de la reacción de defensa automática es que en un ataque llevado a cabo en ausencia del defensor generalmente no se dispone *ad hoc* de otros medios de defensa menos lesivos”<sup>137</sup>, otros señalaban, por el contrario, que esta exigencia nunca se cumplía, así por ejemplo Seidel, tal como se consignó más arriba. Según otras opiniones y con base a criterios totalmente dispares<sup>138</sup> ésta se verificará en algunas ocasiones. Estas dificultades en la diferenciación práctica muestran —en mi opinión— que la exigencia de la “necesidad” de la defensa como tal, necesita de una nueva formulación, al menos en cuanto a la problemática aquí tratada.

Jakobs afirma que el “enjuiciamiento de la conformidad a Derecho de los dispositivos de protección automatizados” también debe llevarse a cabo según el principio de “necesidad”<sup>139</sup>. Luego agrega que “el tenedor del dispositivo soporta el riesgo de responsabilidad” en el caso de que la instalación se active por la acción de “personas cognosciblemente inculpables”, lesionando al agresor o cuando no se respete la solidaridad mínima ante ataques nimios (por ejemplo el borracho que se propone “dormirla” en el jardín ajeno)<sup>140</sup>.

En rigor de verdad no se habla aquí de la “necesidad” de la defensa (es decir, del mandato de la elección del medio idóneo más leve para desbaratar el ataque) sino de la solidaridad mínima (es decir, de la limitación social y ética de la legítima defensa en interés de la consideración del prójimo). En efecto, sabido es que el elemento “necesidad” no equivale en la legítima defensa al de proporcionalidad de los bienes en juego y que por ello, en caso de aplicación ilimitada de este concepto, se podría matar en un caso extremo para defender bienes de escaso valor.

Es por tal motivo que se ha construido la idea de la limitación por la garantía de la solidaridad mínima. Cuando Jakobs se refiere a ella, plantea la cuestión acerca de si sólo el agresor debe afrontar las consecuencias o si puede aún confiar en una mínima solidaridad<sup>141</sup>. Y él mismo responde que aunque la

<sup>137</sup> KUNZ, Karl-L., “Die automatisierte...”, cit., p. 539. Luego relativiza su posición y afirma que la necesidad debe ser juzgada pero en otro momento que “no (es) de ninguna manera el del comienzo del resultado de la defensa sino aquel en que se lleva a cabo la acción de defensa... (que ya empieza) con la colocación de la instalación de defensa por parte de quien la opera, no recién con su puesta en funcionamiento. Según esto resulta decisivo para el juzgamiento de la necesidad si el operador, al colocar el dispositivo, tenía a su disposición otros medios que ofrecieran suficientes chances de defensa con una menor intensidad” (*GA 1984*, p. 549).

<sup>138</sup> Véase antes, al tratar aquellos autores que propugnaban la aplicación de la legítima defensa.

<sup>139</sup> JAKOBS, Günther, *Strafrecht...*, cit., ps. 12/35.

<sup>140</sup> JAKOBS, Günther, *Strafrecht...*, cit., ps. 12/35.

<sup>141</sup> JAKOBS, Günther, *Strafrecht...*, cit., ps. 12/46.

solidaridad mínima no cesa completamente en ataques antijurídicos<sup>142</sup>, no se puede fundamentar un deber de consideración cuando “el agresor asume dolosa y culpablemente el riesgo de las consecuencias de la defensa (...) el agredido no tiene por qué preocuparse de aquello de lo que el agresor no se ha preocupado conscientemente de modo completamente imputable”<sup>143</sup>.

Cada vez que se trata el tema de la “necesidad” de la defensa en los casos de protección por medios automáticos, se presentan frecuentemente estas dos problemáticas distintas arriba nombradas (y algunas veces se las confunde). Por un lado, que las instalaciones para la defensa propia reaccionan algunas veces muy fuertemente ante el ataque y, por otro, que existe un peligro general de que por estas instalaciones sean lesionadas también personas incapaces de culpabilidad (inimputables) o no agresoras. Empero ya se dijo que lo que está en juego no es el elemento “necesidad” sino el requisito de solidaridad mínima (como limitativo del derecho a la legítima defensa). En efecto, “cuanto menos responsable sea el agresor por el caso conflictivo, antes le ampara la solidaridad mínima” y por “los mismos principios” se rige “el rechazo de aquellos ataques que se aproximan al comportamiento socialmente adecuado... Aquí sólo es adecuado el rechazo moderado, pero no el que ocasiona graves lesiones”<sup>144</sup>.

Mas esa limitación podría exigirse también desde la óptica de la “acción a propio riesgo”. Todo depende de la definición que se le dé al principio de autorresponsabilidad. En efecto, el postulado que reza que cada persona es responsable de sus propias acciones, pero no de las acciones de otros, tiene como ventaja y desventaja su generalidad<sup>145</sup>. Este principio no explica, p. ej. si *todas* las acciones de los otros no fundamentan ninguna responsabilidad para el individuo en cuestión. Si se responde que uno solamente “no está obligado a atender a la conducta ajena de personas que actúan *cuasi culpablemente*”<sup>146</sup> ya podemos encontrar en el filtro de la acción a propio riesgo o de la imputación a la víctima las limitaciones que son tradicionalmente analizadas en la legítima defensa en cuanto a —por ejemplo— los inimputables. De este modo, los criterios normativos de la imputación objetiva realizarían el ideal de equidad que Bekker exigía para los casos aquí tratados<sup>147</sup>.

En efecto, las situaciones en las que la garantía de la solidaridad mínima juega un rol significativo, ya podrían resolverse con los instrumentos que ofrece la institución “imputación a la víctima”. Así, una herramienta a utilizar podría

<sup>142</sup> JAKOBS, Günther, *Strafrecht...*, cit., ps. 12/46.

<sup>143</sup> JAKOBS, Günther, *Strafrecht...*, cit., p. 12/47.

<sup>144</sup> JAKOBS, Günther, *Strafrecht...*, cit., p. 12/48.

<sup>145</sup> REYES ALVARADO, Yesid, “Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung”, *ZStW 105 (1993)*, p. 109 y ss.

<sup>146</sup> LESCH, Heiko H., *Habilitationsarbeit*, 2º capítulo, IV, Das unerlaubte Risiko, p. 395 y ss. Publicado como *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln: Heymanns, 1999, p. 130. Énfasis agregado.

<sup>147</sup> BEKKER, Ernst I., *Theorie des...*, cit., p. 608.

ser el límite que se establece al concepto de “organización conjunta”<sup>148</sup>, cuya base es el principio de que no siempre la víctima debe cargar con los costos de su conducta<sup>149</sup> (por ej. en el caso de instrumentalización por carecer la víctima de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para ser considerada autorresponsable, así como toda otra causa que limite la autorresponsabilidad de la víctima). Para ello deben tomarse en consideración las circunstancias concretas de cada situación. Los casos en los que el intruso es inimputable pueden, justamente, solucionarse como supuestos de instrumentalización<sup>150</sup>, porque sólo existe una organización del autor.

Pero aún falta la constelación de casos de los ataques nimios (también un problema de solidaridad mínima)<sup>151</sup>. Aquí también puede emplearse el concepto de “organización conjunta” acuñado por el profesor Cancio Meliá. Un intruso en la noche —independientemente de si es un ladrón o no— no puede definir el contexto como inocuo<sup>152</sup>, tal como se señaló al tratar el caso de la “botella de vino”<sup>153</sup>. Por el contrario, si el conductor de una bicicleta la apoya, a fin de repararla, contra un alambre electricado y resulta lesionado<sup>154</sup> se configura una “instrumentalización” y no una “organización conjunta”, dado que este contexto —visto objetivamente— puede definirse como inofensivo o inocuo<sup>155</sup>.

De alguna manera en las soluciones que hacían depender la “necesidad” de la existencia de una advertencia ya escondían la cuestión normativa acerca de la responsabilidad propia de la víctima —autorresponsabilidad— (pero no aquellas que exigían un conocimiento fáctico de dicha advertencia). Según Kunz, p. ej.: “debe considerarse que el medio es el menos lesivo cuando el defensor indique *reconociblemente* la peligrosidad de la instalación al círculo de personas que toman contacto con ésta”<sup>156</sup> o para Spendel la necesidad de

<sup>148</sup> Naturalmente que este concepto debe ser trabajado aun más, pero parece ser el instrumento más apto y sistemáticamente idóneo para solucionar los problemas usuales de la necesidad.

<sup>149</sup> Como excepción al principio ya mencionado de responsabilidad preferente de la víctima (ver nota 12).

<sup>150</sup> Sobre el concepto de instrumentalización ver nota 46.

<sup>151</sup> Resulta muy interesante que von Bar utilizó su concepto de “regla de la vida” y no la legítima defensa en los casos de protección por medios automáticos, pues, precisamente, la legítima defensa tenía para él, el problema de que no era necesario que existiera proporcionalidad entre el bien jurídico preservado y el agredido, v. BAR, Ludwig, *Die Lehre...*, cit., p. 86 (debe notarse que en esa época no había sido desarrollado el límite de la solidaridad mínima).

<sup>152</sup> Así se afirma: “(d)el lado de la víctima puede haber incluso casos (...) en los cuales ésta ni siquiera conozca el riesgo al cual se expone, y a pesar de eso tenga lugar una imputación a su ámbito de responsabilidad (...) si esas actividades no pueden interpretarse de ninguna manera sin el riesgo de daños”, CANCIO MELIÁ, Manuel, “Opferverhalten...”, cit., p. 20 y ss.

<sup>153</sup> Ver CANCIO MELIÁ, Manuel, “Opferverhalten...”, cit., p. 3 y ss.

<sup>154</sup> El ejemplo es de KÖHNEN, Klaus, *Antizipierte Notwehr...*, cit., p. 18.

<sup>155</sup> Véase arriba el mismo tratamiento en el caso de la botella de vino.

<sup>156</sup> KUNZ, Karl-L., “Die automatisierte...”, cit., p. 551. Énfasis agregado.

la defensa debe afirmarse cuando los medios materiales de protección eran reconocibles para el agresor<sup>157</sup>. Este criterio también puede observarse en la jurisprudencia: finalmente el Tribunal Superior en lo Criminal austriaco reconoció en el caso ya mencionado, que el empleo de los medios materiales de protección se encontraba amparado por la legítima defensa, pues el dispositivo no había sido mantenido en forma secreta<sup>158</sup>. Mas, resulta claro que la existencia de alguna advertencia nada tiene que ver con la definición de “necesidad” a la que se recurre forzosamente<sup>159</sup>.

En cambio, dicha situación sí guarda también aquí más similitudes con la diferenciación que realiza Cancio Meliá entre un contacto “estereotipadamente inocuo” y uno “peligroso” a fin de determinar si debe o no excluirse la imputación del ámbito de responsabilidad de la víctima. Según esto podría afirmarse que si las advertencias existen, la víctima no puede objetivamente —es decir, independientemente de su conocimiento fáctico— definir el contexto como inofensivo. Por tal motivo existiría una “organización conjunta” y a consecuencia de ello la responsabilidad debería serle adjudicada a la víctima<sup>160</sup>, excluyéndose la imputación al autor. Por el contrario, cuando no existen tales carteles de advertencia, la víctima podría definir el contexto —objetivamente— como inocuo (en realidad esto dependerá de otros elementos del contexto) y, consecuentemente, el autor no podría ser exonerado de responsabilidad.

De este modo, los resultados injustos que la doctrina mayoritaria teme que podrían producirse sin una consideración de la “necesidad de la defensa” podrían evitarse bajo el filtro de la “acción a propio riesgo” (y aun con mayores posibilidades). Esto no debería sorprender, a poco que se note que la “legítima defensa” y la “acción a propio riesgo” se erigen sobre los mismos principios. En la legítima defensa, el motivo de la justificación se asienta en el “principio de la responsabilidad (...) por parte de la víctima de la intervención. Dicho motivo reside en que la víctima de la intervención tiene que responder por las consecuencias de su comportamiento de organización”<sup>161</sup> por cuanto “el atacante tiene él mismo la ‘culpa’ de su dilema, el conflicto se le adscribe a él mismo”<sup>162</sup>; el atacante resulta en todo caso totalmente competente de la situación de conflicto<sup>163</sup>. Esta fundamentación no se diferencia de aquella en

<sup>157</sup> SPENDEL, Günter, *Kommentar zum...*, cit., §32, n.p. 250. Énfasis agregado.

<sup>158</sup> *Zeitschrift für österreichische Rechtgelehrsamkeit*, t. II, 1826, p. 176 (citado por V. SOMMERLAD, “Über die Ausübung...”, cit., p. 363).

<sup>159</sup> Es decir, que no exista ninguna otra posibilidad manifiesta de defensa que sea más leve.

<sup>160</sup> Sobre la responsabilidad preferente de la víctima ver nota 12.

<sup>161</sup> JAKOBS, Günther, *Strafrecht...*, cit., ps. p. 11/3.

<sup>162</sup> JAKOBS, Günther, “Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich zur Begründung der strafrechtlichen Haftung bei Begehung”, *ZStW* 89 (2977), p. 22 n.p. 70; del mismo autor “La prohibición de regreso”, en *Estudios de derecho penal*, p. 259, n.p. 71.

<sup>163</sup> JAKOBS, Günther, *Strafrecht...*, cit., ps. 12/46.

la que se asienta la teoría de la “acción a propio riesgo”: la imputación del conflicto a la víctima por su competencia.

El proceso de normativización de la teoría del delito llevó a plantearse la cuestión acerca de la diferencia material entre el riesgo permitido (causa de atipicidad) y lo permitido excepcionalmente (causas de justificación). Así, cabe preguntarse ¿Por qué debe excluirse en el caso aquí examinado la tipicidad (imputación objetiva por acción a propio riesgo) y en otros la antijuridicidad (legítima defensa) si valoramos el mismo fenómeno? Quizás el fracaso de una diferenciación entre la acción a propio riesgo y la legítima defensa para estos supuestos indique que la diferenciación misma entre las causas de exclusión del tipo y las de justificación merece nuevamente un examen más profundo.

### BIBLIOGRAFÍA

- BAR, Ludwig, von, *Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechte*, Leipzig, 1871.
- *Gesetz und Schuld*, t. II, Berlín, 1907.
- BEKKER, Ernst I., *Theorie des heutigen deutschen Strafrechts*, t. I, suplemento II, Leipzig, 1859.
- BINDING, Karl, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, t. I, Leipzig, Besonderer Teil, 1902.
- BLOY, René, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlín, 1895.
- BÖHLAU, Hugo, “Occidere und causam mortis praestare (Eine Antwort auf eine Frage)”, *GA XIII (1865)*, ps. 472 y ss.
- BURI, Maximilian, *Ueber Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en el Derecho Penal*, Barcelona, 1998.
- “Opferverhalten und objektive Zurechnung”. La numeración de las páginas corresponde a un manuscrito del autor, luego publicado en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft ZStW III (1999)*, p. 357 a 387.
- DERKSEN, Roland, *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlín, 1992.
- EXNER, Franz, “Fahrlässiges Zusammenwirken”, en *Festgabe für Rür Reinhard von Frank I*, Tübingen, 1930, p. 569 y ss.
- FINGER, August, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlín, 1904.
- FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 2ª. ed., Leipzig, 1901; 5ª/7ª ed., Tübingen, 1908, 15ª ed., Tübingen, 1924; 18ª ed., Tübingen, 1931.
- FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988.
- HEGEL, Georg W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Moldenhauer-Markus, Francfort del Meno, 1993.

- JAGUSCH, Heinrich, *Kommentar zum § 53 in Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8ª ed., Berlín, 1957.
- JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlín y Nueva York, 1991.
- *La imputación objetiva en el derecho penal* (traducido por M. Cancio Meliá), Madrid, 1996 (citado: Imputación objetiva).
- “Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich zur Begründung der strafrechtlichen Haftung bei Begehung”, *ZStW* 89 (2977), p. 1 y ss. (*La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión*, traducido por M. Cancio Meliá en JAKOBS, Günther, *Estudios de derecho penal*. Madrid, 1977, p. 241 y ss.).
- KÖHNEN, Klaus, *Antizipierte Notwehr (Ein Beitrag zur Frage der Verteidigung durch selbstwirkende Schutzmittel)*, Disertación, Múnich, 1950.
- KUNZ, Karl-L., “Die automatisierte Gegenwehr”, *GA* 1984, p. 539 y ss.
- LANGENBACH, Paul, *Die Vorbereitung und Ausübung der Notwehr durch Schutzmaßregeln*, Disertación, Giessen, 1907.
- LENCKNER, Theodor, *Kommentar zum § 32 in Schönke/Schröder StGB*, 25ª ed. Múnich, 1997.
- LESCH, Heiko H., *Habilitationsarbeit*, 2º capítulo, IV, Das unerlaubte Risiko, p. 395 y ss. Publicado como *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln: Heymanns, 1999.
- *La función de la pena* (traducido por Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles), Madrid, 1999.
- NAGLER, Johannes, *Kommentar zum § 53 und Anhang I in Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7ª ed., Berlín, 1954.
- NAUCKE, Wolfgang, “Über das Regreßverbot im Strafrecht”, *ZStW* 76, 1964, p. 409 y ss.
- OETKER, Friedrich, *Notwehr und Notstand in: Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts*, t. II, Berlín, 1908.
- ORTMANN, Rudolf, “Zur Lehre vom Kausalzusammenhang. Das Zusammen treffen mehrerer Handlungen zur Herbeiführung eines und desselben verbrecherischen Erfolgs”, *GA XXIII* (2875), p. 268 y ss.
- REYES ALVARADO, Yesid, “Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung”, *ZStW* 105 (1993), p. 108 y ss.
- ROTHERING, “Über die Verantwortlichkeit durch Aufstellung von Schutzmaßregeln”, *GA XXX* (1882), p. 415 y ss.
- ROXIN, Klaus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 3ª ed., Múnich, 1997.
- SAMSON, Erich, *Kommentar zum § 32 in Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5ª ed., 1992.
- SCHWARTZ, Ernst, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlín 1914.
- SEIDEL, Alfred, *Die Verletzung Dritter in der Notwehr*, Disertación, Leipzig, 1931.

- SOMMERLAD, “Über die Ausübung des Notwehrrechts durch Veranstaltung von Sondervorrichtungen”, *GS 39 (2887)*, p. 359 y ss.
- SPENDEL, Günter, *Kommentar zum § 32 en: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11<sup>a</sup> ed., Berlín y Nueva York, 1992.
- STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, Buenos Aires, 2005 (traducido por M. Cancio Meliá y M. Sancinetti).
- WALTHER, Susanne, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und “Opfer“ bei riskanten Zusammenwirken*, Friburgo, 1991.
- ZACZYC, Rainer, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg, 1993.

## LAS PENAS DEL AMBIENTE: DE ÁRBOLES Y BOSQUES

Por MARIO GUSTAVO COSTA

### *I. JUSTIFICACIÓN*

Aunque con alguna frecuencia se lo soslaye, todos los elementos de una obra colectiva de esta índole deberían encolumnarse según la trayectoria del homenajeado, que por tanto determinará los límites de aquella en función de su alcance y complejidad. En el caso, ello me impone abonar las razones del tema escogido al tiempo que destacar someros trazos personales de quien celebramos en estas páginas.

Puedo precisar con certeza mi primera imagen de Andrés D'Alessio, me impresionó en una elocuente defensa del Prof. Luis Jiménez de Asúa al apartarse éste de la dirección del Instituto de Derecho Penal en la Facultad de Derecho (UBA), luego de la “Noche de los Bastones Largos”. A poco, volví a verlo entre el público habitual de las reuniones sobre temas penales a las que con timidez comenzaba a acercarme.

No demoró mucho para que lo conociese como abogado, cuando defendió ante el juzgado correccional en el que yo trabajaba una inusual querrela por injurias patrocinada por un colega de actitudes energuménicas que compartía sus mismas ideas políticas, circunstancia que Andrés aprovechó con sutileza para provocar una controversia procesal que descolocó a su adversario y puso fin al pleito. Aprecié entonces su agudo sentido del humor conjugado con una prosa segura, desprovista de adjetivos superfluos.

Los encuentros en actividades académicas fueron más frecuentes y a ello se sumó el descubrimiento de un interés común por la Naturaleza, con un foco especial en los bosques andinopatagónicos; de allí resultó que lo visitara varias veces, incluso con mis padres y algunos de mis hermanos, en la casita que había construido sobre una ladera cercana al Lago Meliquina (“Los Aguiluchos”). Con ello alcancé la frutilla del postre al abrimos a su familia, familión sería el término preciso, vivenciando una atmósfera de calidez que enlacé definitivamente a la esencia de nuestro personaje.

Eran años difíciles, con trato esporádico sin mengua de lo intenso, donde los debates amables discurrían por nuestros temas favoritos a la par de la competencia en la profusión verbal. Recobrado el orden constitucional, me honró al invitarme a integrar su cátedra, donde atizó un núcleo inquieto de colegas con diversidad generacional. Una reseña somera de esa etapa excedería el espacio del que dispongo; baste apuntar que todos recibimos su aliento para mejorar en nuestro servicio docente y los esfuerzos de investigación. En ese marco, respaldó sin retaceos mi oferta de una materia en la que volqué mis preocupaciones político-criminales asociadas a la protección ambiental. Esas inquietudes las volvimos a discutir durante su desempeño como Procurador General.

Durante sus decanatos, en los que ese influjo lo trasladó al conjunto de la comunidad universitaria sin que sus recurrentes problemas de salud lo hicieran cejar, tuve el privilegio de colaborar con él en variadas cuestiones, incluyendo la instrucción del seguramente más complejo sumario administrativo en la historia de la Facultad, donde demostró su independencia y autoridad. Decir que perdimos a Andrés tempranamente suena ya como un lugar común, pero entiendo que vale destacarlo por la proyección de su obra y los deberes que nos caben consecuentemente.

Desde estos apuntes surgió la idea de analizar aquí un fallo sobre un caso de depredación ambiental en el que una vez más, pero con nitidez destacable, quedaron a la vista las limitaciones de la persecución penal en esta materia y falencias varias de nuestras estructuras normativas. La pertinencia para incorporarlo a este libro no proviene sólo de aquellos intereses comunes desarrollados con D'Alessio, puesto que la sentencia inicial lleva la firma de su hija Ana María, entre sus otros hijos Santiago es un biólogo con meritorias actividades en el campo de la conservación ambiental y, además, varias de nuestras últimas conversaciones con el amigo desaparecido versaron sobre este asunto, habiéndole prometido desarrollar un análisis en profundidad. Intento aquí cumplir con mi palabra.

## II. EL CASO

A partir de una denuncia formulada en 1994 por el Intendente del Parque Nacional Tierra del Fuego, se imputó a seis personas —integrantes de la empresa “Counajen SRL”— el corte y extracción clandestina durante 1992/1993 de 747 ejemplares arbóreos de lenga (*Nothofagus pumilio*) propios de dicha área protegida (de dos sectores muy lejanos entre sí), que fueran utilizados para la construcción de un complejo turístico perteneciente a esa firma, ubicado a unos 10 kilómetros del límite Este del P. Nacional y sobre la margen Sur del Lago Fagnano, en el paraje Bahía Torito<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Tribunal Oral Federal de Tierra del Fuego, 26/5/2005, causa nro. 146 “J”, “Martínez, Esteban y otros”, (obtenible en LexisNexis Online, documento Lexis nro. 35001812), magistrados Spratt, D'Alessio y Puglisi.

Durante la instrucción, dos de los imputados fueron sobreseídos y los restantes cuatro fueron requeridos por el Ministerio Público Fiscal para la elevación a juicio, atribuyéndoseles el delito de robo en despoblado (art. 167, inc. 1º, del C. Penal). Radicada la causa ante el Tribunal Oral, se realizó una instrucción suplementaria previa a la sustanciación del debate.

### *1. Los elementos de prueba*

Para arribar a su decisión, el Tribunal recibió un variado aporte de testimoniales e incorporó por lectura extensas probanzas documentales. Buena parte de esos elementos de juicio consistieron en inspecciones y pericias, cuyos firmantes prestaron en su mayoría declaración en el debate, que por sus inusuales características merecen comentarios con algún detalle.

Resulta imprescindible situar los hechos en el marco físico en el que acaecieran. Se extrajeron enormes volúmenes de madera de un terreno caracterizado por importantes desniveles y vegetación densa, transportando los troncos (en gran parte aserrados *in situ* conforme al tipo de utilización que recibirían) hasta la costa del lago y a través de éste mediante jangadas al sitio donde se emplazaba el complejo turístico. Se trata de una región deshabitada, en la que el Parque Nacional linda con un área de bosques de explotación regulada por la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (conf. art. 124, CN).

Además, los empresarios imputados practicaron varias talas clandestinas en sectores del bosque provincial, en cuya consecuencia se retiraron otras importantes cantidades de material maderable, superiores a las determinadas como objeto de la causa que nos interesa. De allí la complejidad revestida por la actividad probatoria.

Así, previamente al inicio del sumario, una denuncia anónima había generado la intervención de la Dirección de Recursos Forestales de la provincia, verificándose mediante sobrevuelos e inspecciones que existían talas no autorizadas en, por lo menos, tres zonas boscosas (una en la costa Norte y dos en la costa Sur del Lago Fagnano, totalizando una afectación de 76,88 ha y un volumen de madera rolliza extraída de 1381,84 m<sup>3</sup>), cuyo producto fue trasladado al emprendimiento, por entonces parcialmente edificado<sup>2</sup>.

La actividad extractiva ilegal fue sancionada con multa y la prohibición “de reiniciar cualquier tarea de aprovechamiento, transporte o utilización de productos forestales” sin autorización administrativa, decisión que los interesados cuestionaron al tiempo que paradójicamente solicitaron regularizar su situación y un plan de financiamiento para el pago de multas y aforos. No obstante que la concesión de lo requerido mantuvo la prohibición reseñada hasta

<sup>2</sup> Expte. administrativo nro. 5758/93 de la Dirección General de Recursos Naturales (se le agregaron luego los nros. 6814/93, 9017/93 y 3384/95).

tanto se satisficieran una serie de requisitos, se verificó que el corte y transporte de material elaborado continuaba, ubicándose posteriormente en otra construcción que no había sido detectada, lo que generó la imposición de una nueva multa y la consecuente restricción<sup>3</sup>.

Pese a ello, ya en 1995, se constató que se había proseguido la construcción de dos grandes cabañas utilizándose el mismo tipo de material (estos inmuebles también habían sido ubicados, meses antes, al practicar la Gendarmería Nacional el allanamiento dispuesto en la causa penal).

De un lado, la tarea probatoria importaba discriminar entre árboles de la misma especie y cercenados de un mismo biotopo<sup>4</sup>, pero en áreas sometidas a distinta jurisdicción, con la necesidad de precisar tanto la época de los cortes cuanto el modo en que habrían sido trasladados al emprendimiento y los distintos volúmenes empleados, debiéndose anotar que existían diversas formas de aprovechamiento (como apunté, en parte se obtuvieron tablones en el lugar, mientras que muchos de los árboles apeados fueron transformados en los llamados postes telefónicos), que una cantidad significativa del material ya había sido empleada en las construcciones y, por fin, que algunas de las inspecciones debieron ser realizadas en épocas de inclemencia climática.

Pese a las ostensibles dificultades reseñadas los expertos, principalmente ingenieros forestales, pudieron determinar con certeza que en los distintos sectores afectados se habían practicado talas atribuibles en su totalidad a la empresa cuestionada, utilizando para concluir de esa manera una variedad de parámetros más que interesante; destaco que con la colaboración de los guardaparques del área protegida se pudieron encontrar incluso signos de la utilización de una práctica de extracción “extraña” para la región: el traslado hasta la costa del lago mediante arrastre aéreo con cableados, sin maquinarias ni uso de bueyes, técnica utilizada en Chiloé —de donde provenían los trabajadores ilegalmente contratados— y Colombia. También se valoró la coincidencia en la tala selectiva (floreo), el corte parigual de diámetros según las distancias a las que se debían mover los troncos, la forma de aserrado, etc. Remito a la detallada cita que obra en la sentencia.

Otro aspecto controvertido, el de la ubicación exacta de los lugares en los que se realizaron los derribos, fue superado por la actividad conjunta de profesionales del gobierno provincial y de la Administración de Parques Nacionales, mediante el empleo de sistemas satelitales de posicionamiento global (GPS), mapeos y tomas aéreas de vídeos que permitieron desechar cualquier duda, a tal punto que en la discusión final casi no hubo objeciones al respecto.

Por último, las estimaciones convergentes de un perito arquitecto y los especialistas forestales concluyeron, utilizando por lo menos dos metodologías distintas que arrojaron resultados virtualmente idénticos (menos de un 5% de

<sup>3</sup> Los importes de las multas fueron de \$ 22.743,42 y \$ 3.670,31, respectivamente.

<sup>4</sup> Espacio ocupado por una biocenosis o comunidad biótica, conf. OLIVIER, Santiago R., *Elementos de ecología*, Buenos Aires, Hemisferio Sur, 1971, p. 14.

diferencia), que la madera ilegalmente obtenida fue la empleada para las construcciones y que la procedente del bosque provincial resultaba insuficiente para desarrollarlas, concordando sin rechinar los volúmenes totales con la suma de lo talado en el Parque Nacional<sup>5</sup>.

De modo paralelo, la investigación demostró que las únicas fuentes posibles de obtención de los materiales eran las sospechadas, máxime cuando el único establecimiento afín ubicado en la zona había sido destruido por un incendio años antes de iniciarse el proyecto de los imputados.

## 2. *La sentencia*

### a) Cuestiones subjetivas y de autoría

Para pronunciarse<sup>6</sup>, el Tribunal Oral encontró mayores dificultades a la hora de sostener los aspectos típicos subjetivos; como cabía presumir, los encausados negaron haber incurrido en las conductas achacadas y adujeron, con matices diversos, que desconocían se hubiese afectado el bosque propio del Parque Nacional Tierra del Fuego.

Tales argumentaciones fueron descartadas con argumentos enraizados en circunstancias emergentes de los propios dichos vertidos por los acusados. Así, quedó claro que ninguno de los socios del emprendimiento tenía idea de los costos asumidos en la construcción del complejo más allá de las remuneraciones al personal (ilegalmente contratado, cabe recordar), que carecían de presupuestos y no tenían acceso a fuentes de financiación, por lo que la única manera de proveerse de los materiales necesarios era la tala efectuada. Ello, sin perder de vista que todas las tareas vinculadas con dicha obtención fueron clandestinas y hasta plagadas de contumacia, como se precisó.

En ese contexto, los jueces también fundaron su atribución en que al escudarse en que sólo habrían ordenado la tala en jurisdicción provincial, los imputados estaban admitiendo la ilícita apropiación de los árboles con la única salvedad de su ubicación concreta.

Con especial detenimiento se analizó lo atinente al dominio del hecho en relación a cada uno de los sujetos, que fueron catalogados como coautores sobre la base del criterio de división funcional entendido conforme tesis doctrinarias avanzadas; en tal aspecto, las declaraciones de varios de los laborantes por ellos contratados y diversos elementos documentales aportados resultaron decisivos. Procede citar, por su acierto y sin perjuicio de otras valoraciones que de allí fluyen, el tramo en el que se sostiene que la calidad de autor no

<sup>5</sup> En tales cálculos se tuvieron en cuenta, incluso, los porcentajes de desperdicio derivados de las técnicas de aserrado y construcción, concordantes con los promedios históricos de la región.

<sup>6</sup> Uno de los imputados recibió un pedido absolutorio en el alegato del Fiscal, por lo que la sentencia lo acogió sobre la base de la doctrina de la CSJN a partir del caso "Tarifeño", entre otros; de allí que se analice solamente lo resuelto respecto de los otros tres.

requiere la ejecución de propia mano del comportamiento que se reprochará, puesto que:

“Probado que la ejecución del hecho, el corte en el terreno, se hace mediante otra persona cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento o lo abarca en menor medida que el sujeto de detrás o es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaria de poder organizada (dominio de la voluntad) y presta en la fase ejecutiva una aportación al hecho funcionalmente significativa (dominio del hecho funcional), la responsabilidad penal en los acusados deviene ineludible... ante un concierto para la comisión de la infracción criminal, con común intervención de los distintos sujetos, cooperando todos al mismo fin, con proyectada participación plural en sus efectos y beneficios, el acto consumativo de cualquiera de sus intervinientes tiene virtud comunicativa y trascendente respecto de los restantes, cual corresponde a la dinámica y esencia de la coautoría, conllevando la plena realización del plan criminal trazado”<sup>7</sup>.

#### b) Significación jurídica

Al adentrarse en la calificación de las conductas puestas en cabeza de los acusados, el Tribunal dedicó densos párrafos al detrimento ambiental causado. Puso el acento, correctamente, en conclusiones no cuestionadas de la peritación producida por los expertos forestales —Ings. Urquía y Martínez Pastur— así sintetizada:

“Los cambios producidos en el bosque por consecuencia de la acción bajo enjuiciamiento son considerados irreversibles al menos en términos mayores de una vida humana y se caracterizan, según los peritos, en la pérdida de la cobertura forestal por ausencia de árboles, la pérdida de la especie misma<sup>8</sup> y de la calidad del suelo, que sufre un acelerado proceso de erosión por falta de ese techo vegetal”.

Ese tramo de la sentencia está robustecido por citas de especialistas en cuestiones ambientales, no sólo del ámbito jurídico, que conectan las verificaciones periciales a daños relevantes para el ecosistema en el que se produjeron las extracciones, no limitada a la mera saca de los árboles para el aprovechamiento de la madera. Luego de reseñar referencias a métodos racionales y los recaudos pertinentes, se condensan los perjuicios mayores irrogados por el quehacer ilícito. Así:

“Tales precauciones no han sido tomadas en este caso: el elemento natural, una vez talado, se sacaba del bosque mediante un equipo colgante que hacía de arrastre hasta el lago, causando daños adicionales a los propios de la tala. La cantidad de pistas de arrastre o picadas abiertas para trasladar los ár-

<sup>7</sup> Ver consid. VII *in fine*.

<sup>8</sup> Por espécimen o individuo (N. del A.).

boles una vez cortados y desramados a la costa, para así llevarlos por jangadas al lugar de construcción del complejo turístico, supone daños adicionales a los árboles restantes; además, los efectos de estos arrastres aumentan la erosión y degradación del suelo y retardan la regeneración de las especies”.

Y de seguido, los magistrados pasan a destacar que la inexistencia de autorizaciones administrativas para intervenir en el bosque (aluden allí al área provincial) reviste también importancia, atento que la decisión previa del organismo competente no importa meramente un paso burocrático más, “sino la determinación y selección en el lugar de los árboles a cortar con criterio no utilitario sino ecológico. Intervención previa que naturalmente no se ha concretado y que constituye un instrumento fundamental de tutela al medio ambiente”.

Dejaron en claro, así, que más allá de estar juzgando un delito contra la propiedad “no puede negarse la tutela del medio natural como implícito en ese derecho difuso que recepta la reforma constituyente en su art. 41”, abundando luego en disquisiciones —con apoyo de la doctrina— sobre la conveniencia o no de esa tutela de modo efectivo a través de legislación penal concreta<sup>9</sup>.

Los fundamentos siguientes discurrieron en torno al concepto de cosa mueble aplicado a los árboles, inclinándose por la tesis que amplía en materia penal las expresiones del Código Civil, yendo a la tradicional controversia que pasa por la fuerza que debe ser utilizada para encuadrar la acción de troncharlos. En ese marco, con recurso a criterios sentados en varios fallos, el Tribunal entendió que el *quid pluris* de fuerza con relación a la acción separativa que encuadraría el hecho en la figura del robo estaba dado por los medios utilizados tanto para cortar los árboles y la fuerza adicional resultante de las tareas realizadas “para facilitar su traslado y el aprovechamiento parcial del recurso natural, desechando la mayor parte en el lugar mismo”, adicionándole “los daños producidos en el bosque por el transporte desde el lugar de corte hasta la costa” apuntados.

En su consecuencia, se calificó a los tres acusados como coautores penalmente responsables del delito de robo agravado por haber sido cometido en despoblado (art. 167, inc. 1º, en función del art. 164 del CP), imponiéndoseles, en suspenso y conforme las reglas de conducta pertinentes (arts. 26, 27 y 27 bis del mismo código), el mínimo de la pena de prisión prevista (tres años), junto con una multa accesoria de \$ 30.000 fundada en la comisión con ánimo de lucro (art. 22 bis *idem*), ponderándose el perjuicio ambiental generado.

### c) Otras cuestiones relevantes

En sendos apartados, la sentencia analizó dos aspectos directamente relacionados con el detrimento que los comportamientos juzgados determinaron.

El primero, rechazando en conformidad con la norma del art. 29, inc. 2º, del CP, la pretensión de los inculpados de ser propietarios de madera prove-

<sup>9</sup> Las citas textuales de este apartado corresponden al consid. VIII.

niente de las talas referidas, no utilizada aun para las construcciones. No se trataba, a esta altura, de las cosas fungibles definidas por el art. 2324 del C. Civil puesto que fueron debidamente individualizadas, por lo que el planteo carecía de la más mínima base<sup>10</sup>. En mérito a la prueba pericial se fijó el volumen que debía reintegrarse a la Administración de Parques Nacionales y se difirió la forma de efectivizarlo a la ejecución del decisorio.

En coherencia con lo fallado, se dispuso el decomiso de los instrumentos utilizados para la comisión del delito que habían sido secuestrados<sup>11</sup>.

### 3. Los recursos

Como era previsible, los defensores de los condenados ocurrieron ante la Cámara Nacional de Casación Penal, iterando entre otros agravios ciertos argumentos vertidos durante el debate precedente. Cabe tocar aquí los más relevantes, resumiéndolos por separado y en consonancia con lo resuelto a su respecto<sup>12</sup>.

#### a) El ataque a los hechos

Desde varias perspectivas, las asistencias técnicas procuraron revertir la evaluación del cuadro probatorio; entre sus embates, destaca el centrado en que las talas en sectores de bosque provincial serían conocidas por las autoridades de aplicación respectiva y que, por ende, no se habría incurrido más que en transgresiones administrativas menores.

Por otra vertiente, se tildaron de arbitrarias las conclusiones en que recaló el Tribunal Oral, las que según esos enfoques se habrían basado en meras conjeturas alejadas de los elementos recogidos en el debate, incluyendo en esas críticas la referida a los cálculos efectuados por los peritos sobre la suficiencia de la madera extraída del área provincial para construir las instalaciones detectadas.

Con extensa reseña, acorde con las pautas fijadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Casal”<sup>13</sup>, el órgano casatorio mantuvo la totalidad de las conclusiones elaboradas en la sentencia, encontrando congruentes y sólidos los razonamientos que llevaron a sostener la ilegítima corta de gran cantidad de árboles organizada por los procesados, lo mismo que el destino dado a la madera que resultó de las actividades ilícitas referidas. Vale señalar que algunas de las defensas habían invocado supuestas inversiones del *onus probandi*, que

<sup>10</sup> Con acierto se citó a DE LUCA, Javier A., “El ladrón y su botín”, *Revista de la Asoc. de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, Buenos Aires, 1992, año V, nro. 8.

<sup>11</sup> Las dos cuestiones fueron analizadas en los consids. XII y XIII.

<sup>12</sup> C. Nac. Cas. Pen., sala I, 3/10/2006, causa nro. 6369, “Martínez, Esteban y otros”, registro nro. 9523, jueces Catucci, Madueño y Bisordi.

<sup>13</sup> Fallos 328:3399.

la Cámara descartó al convalidar que la prueba de aquellas acciones antijurídicas dejaba en vilo las excusas intentadas sin el menor atisbo de probatura en respaldo.

#### b) Encuadre típico

Es en esta materia donde, luego de la enunciación detenida de los fundamentos del fallo cuestionado, el recurso prosperó parcialmente al inclinarse el órgano revisor por una tesis tradicional en cuanto a los requisitos del elemento “fuerza en las cosas” que demanda el tipo penal del robo, así como en orden al concepto amplio de cosa mueble en materia penal.

La segunda de esas cuestiones fue resuelta en consonancia con el criterio del tribunal de juicio, desbaratándose de ese modo la pretensión de uno de los defensores de catalogar la conducta como daño (que consistiría en el derribo de los árboles), acogiéndose las citas que abonaron aquella decisión.

Discrepó en cambio la Cámara de Casación en el otro aspecto, al sostener escuetamente:

“Dadas las características del terreno, su lejanía y la cantidad de árboles que fueron extraídos, si su dueño los hubiese querido sacar tendría que haber desplegado la misma o, cuanto menos, similar actividad que los imputados... resulta erróneo razonar... que la fuerza en la cosa, además, se presenta por los cortes producidos en otros ejemplares del bosque para formar las picadas o vías que permitieron transportar los troncos hasta la costa del lago ya que, ese perjuicio, en todo caso, configuraría el delito de daño, más no la fuerza física ejercida sobre los ejemplares dañados”.

Sobre tales bases, se reformó la calificación adecuándola al delito de hurto cometido en concurso ideal con el de daño calificado (arts. 54, 162 y 184, incs. 4º y 5º, del C. Penal).

#### c) Conclusión del proceso

Atento el principio de la ley penal más benigna (art. 2, CP) y la reforma introducida por la Ley 25.990 al concepto de secuela de juicio (art. 67 *idem*), la Cámara tuvo en cuenta que, iniciada la causa el 29/8/1994, los encausados fueron llamados a prestar declaración indagatoria por primera vez el 28/4/1997 y la elevación a juicio fue requerida recién el 29/3/2004, por lo que el tiempo transcurrido entre los dos actos procesales citados excedía el máximo de la pena prevista para el delito más grave (daño calificado), declarándose extinta por prescripción la acción penal y sobreseyendo a los tres imputados.

### III. REFLEXIONES ACERCA DE LA CAUSA Y LO DECIDIDO

Hecha la necesaria, aunque extensa, síntesis de este asunto peculiar, caben ciertos apuntes respecto de su tramitación y final.

#### 1. El trámite

Que el caso exhibía características inusuales y complejas queda a la vista. También, que durante la instrucción la mayoría de los elementos de convicción fueron colectados mediante la eficaz y coordinada actuación de funcionarios pertenecientes a diversos organismos, de jurisdicciones distintas. Vale destacarlo, ante situaciones de signo contrario que cada tanto salen a la luz y opacan los empeños de colaboración que sobre todo en zonas tan alejadas e inhóspitas se suelen dar.

Pareciera, a estar a lo detallado en la sentencia, que el grueso de esa probatura fue reunido en tiempos razonablemente breves, por lo que la responsabilidad de la frustración de la persecución penal por la prescripción cabe colocarla, sin mayor dificultad, en inactividades recíprocamente alimentadas entre el magistrado instructor y el ministerio público fiscal. Recalco que pasaron ¡seis años y once meses! entre el llamado a indagatoria y la requisitoria de elevación, un plazo absurdo si lo cotejamos con la sustancia del asunto investigado. Más adelante me extenderé acerca de las consecuencias de esa incuria.

Nada puede criticarse, en cambio, a la diligencia del Tribunal Oral. En el curso de un año sus jueces llegaron al dictado de la sentencia, debiéndose recordar que ese lapso incluyó el cumplimiento de las medidas dispuestas como instrucción suplementaria. Desde otro ángulo, esa actuación resalta los deméritos señalados sobre la etapa precedente.

Más allá de ello y de la costumbre prevaleciente, cuando un órgano de la administración pública sufre detrimentos en los intereses confiados resulta saludable que participe del proceso como querellante, accionando en procura tanto de la elucidación de los hechos como de las eventuales reparaciones. En el caso, los perjuicios no fueron meramente materiales y es probable que, de haberse constituido como parte la Administración de Parques Nacionales, el impulso generado a la causa hubiese obrado a modo inercial contrarrestando la siesta prolongada a la que fue sometido el expediente.

Por de pronto, las representaciones legales (y en especial las asesorías jurídicas) de dichos organismos no deberían limitar su preocupación en esos entuertos a una razonable averiguación periódica sobre la marcha de la causa penal. Con más frecuencia de la deseable, los avatares de sumarios administrativos y otras actuaciones de esa órbita se supeditan de manera exclusiva a la conclusión del proceso sin que la vinculación entre ambos cursos lo determine fatalmente (aunque muchas veces resulte decisiva la resolución en sede penal). Una estadística sencilla demostraría que un número demasiado elevado

de obrados administrativos no llega a su debida culminación por erróneos enfoques de esta laya.

Como mínimo, la actividad de la administración —en cada uno de los estamentos involucrados— debería caracterizarse por modos de colaboración activa y continuada con el ministerio público, cualesquiera fuera la dependencia de éste que intervenga (fiscal competente, unidad especializada, Fiscalía de Investigaciones Administrativas), evitando rémoras cuya notoriedad me releva de extenderme. Lo dicho vale para las diversas estructuras jurisdiccionales, habida cuenta que situaciones semejantes tienen su paralelo en el orden provincial.

En materia de agresiones al ambiente, esa clase de cortocircuitos no sólo es frecuente, también potencia la lesión a los intereses que se intenta proteger. Demoras, actitudes de indiferencia hacia la responsabilidad consistente en la puesta en acto, un derecho constitucionalmente garantizado (art. 41, 1er. párr., CN), y hasta la total ausencia de compromiso de ciertos integrantes del funcionariado especializado con sus misiones, conspiran en tal sentido. Por cierto, esas funciones reclaman algo más que mera formación profesional o técnica, dado que su desempeño sin un grado importante de convicción emanada de cimientos vocacionales marca la sutil, pero decisiva, diferencia entre lo formal y lo profundo.

Un aspecto que a menudo se descuida y en el que la participación reclamada puede surtir diferencias significativas es el de las medidas cautelares, que desde ya no se limitan a lo estrictamente patrimonial. Hasta el menos avezado en estos asuntos reconocerá que la oportuna traba de aquellas redundará en balances finales con menores posibilidades de frustración.

Bienvenida debe ser, en el mismo marco, la creación de unidades especializadas dentro del ministerio público. Los asuntos ambientales, incluso por tratarse de cuestiones relativamente novedosas hasta en el plano universal<sup>14</sup>, son en su mayoría intrincados y el apoyo de quienes poseen mayor capacitación y cuya experiencia se nutre de casos semejantes no puede ser desdeñado. En el orden federal, la Unidad Fiscal para la Investigación de Delitos contra el Medio Ambiente (UFIMA), creada en el marco de un convenio de cooperación entre la Procuración General de la Nación y la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación<sup>15</sup>, configura un saludable avance en ese campo. Armonizar los esfuerzos y conocimientos, sin mengua de mantener las respectivas competencias e independencia funcional, aparece como una forma

<sup>14</sup> Recordar que aún no han transcurrido 40 años de la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Ambiente Humano (Estocolmo, 1972), con la que la crisis mundial del ambiente fue asumida como problema pero también con dudas o indiferencia de algunos y excesiva cautela por otros.

<sup>15</sup> Res. PGN 123/2006 del 13/9/2006; el convenio lleva la misma fecha.

auspiciosa de afrontar aquellos problemas. En el mismo marco deben computarse algunos ejemplos de orden provincial<sup>16</sup>.

## 2. *Sobre las sentencias*

### a) El fallo del Tribunal Oral

Tres únicos aspectos de la muy interesante sentencia suscitan comentarios dentro del esquema propuesto, enfocado hacia la relevancia ambiental del caso juzgado.

El primero, que en puridad el objeto procesal de la causa debería haber contemplado la comisión de por lo menos dos hechos independientes, atento que dentro del área natural protegida que motivó la sustanciación de ese proceso los imputados provocaron talas en dos sitios bien diferenciados, muy alejados entre sí. Dado que los cortes implicaban una organización logística compleja, al igual que el traslado del provecho ilícito al lugar donde se hacían las construcciones, se daban claramente los supuestos del concurso real (art. 55, CP). Cada uno de esos despliegues puede ser escindido sin mayor dificultad, más allá de que el apeo concreto de cada ejemplar caiga (la expresión no suena a redundancia, más bien refuerza lo que tratamos) en el concepto de delito continuado, en razón de las sucesivas apropiaciones dirigidas por una misma actividad final.

Ahora bien, intuyo que al encontrarse con un requerimiento de elevación a juicio que describió la plataforma fáctica de modo unificado, plausiblemente los magistrados prefirieron no incursionar en un cambio de encuadre típico que podría haber sido atacado por presunta vulneración del principio de congruencia.

Otro de los puntos a mencionar pasa por lo previsto en la legislación específica que regula el patrimonio natural saqueado. La Ley de Parques Nacionales 22.351 dispone en su art. 2º: “las tierras fiscales existentes en los Parques Nacionales y Monumentos Naturales son del dominio público nacional”, en tanto que la definición de ese tipo de áreas, contenida en el art. 4º, precisa:

“... que serán mantenidas sin otras alteraciones que las necesarias para asegurar su control, la atención del visitante y aquellas que correspondan a medidas de Defensa Nacional adoptadas para satisfacer necesidades de Seguridad Nacional. En ellos está prohibida toda explotación económica con excepción de la vinculada al turismo, que se ejercerá con sujeción a las reglamentaciones que dicte la autoridad de aplicación”.

A lo expresado se suma que el art. 5º añade a la prohibición general transcrita, la de “la explotación agropecuaria, forestal y cualquier tipo de aprovechamiento de los recursos naturales” (inc. d).

<sup>16</sup> Así, en algunos departamentos judiciales de la Pcia. de Buenos Aires (v.gr. Mar del Plata).

De haberse incorporado tales referencias al decisorio se hubiesen reforzado, estimo, los fundamentos relacionados con la titularidad del dominio y también, como se verá, el encuadre típico escogido por los sentenciantes.

Y también me parece oportuno, como argumento suplementario, aludir a la normativa que atiende a la situación de la fauna silvestre, cuya movilidad exige precisiones distintas a las de la flora, pero que en lo pertinente preceptúa de modo similar. El art. 9º, 1er. párr., de la ley establece: “La fauna silvestre autóctona, excluidos los peces y todas las demás especies que tienen su ciclo total de vida dentro del medio acuático, que se encuentren en las tierras de propiedad del Estado Nacional, dentro de los Parques Nacionales, Monumentos Naturales y Reservas Nacionales, pertenecen al dominio privado de aquel”, ratificando que la eventual apropiación ilegal configuraría un delito contra la propiedad<sup>17</sup>.

De otro costado, el muy prolijo basamento de los aspectos subjetivos de las conductas delictivas perpetradas trató las excusas que ensayaron los imputados, centradas en que sólo habrían autorizado talas en sectores de jurisdicción provincial y, al confutarlas, se inclinó por destacar extensamente cómo de igual modo se estaría produciendo el apoderamiento de cosas ajenas sometidas a un régimen especial de protección, que por tanto exigía cuanto menos un trámite inhabitual para obtener el permiso.

Apunto que en ese razonamiento subyace una atribución no puntualmente delimitada, que tanto podría ubicarse dentro de las reglas del dolo eventual cuanto en las del *dolus generalis*, aunque pareciera que los magistrados optaron por esta última hipótesis y no recibió críticas al sustanciarse el recurso de casación. Si el análisis hubiese discurrido también por la primera no hubiese sido, en mi opinión, superfluo.

Véase que si la existencia del Parque Nacional Tierra del Fuego, lindante con los bosques provinciales, era un hecho notorio que ni siquiera en sus intentos exculpatorios negaron los inculpados; cuando éstos machacaron que nunca dispusieron talas dentro de aquél pusieron en evidencia uno de los presupuestos generalmente aceptados del dolo eventual, la representación del resultado como posible. Y tal representación se dio englobada en una actividad desarrollada a lo largo de casi dos años, dirigida por ellos (lo que adujeron al respecto fue descabado sin remedio).

Dadas estas premisas, aun en el improbable y verdaderamente absurdo supuesto de que durante tan prolongada actividad nunca hubiesen verificado en qué sitios se cumplieran los trabajos que ordenaran, tal despreocupación con-

<sup>17</sup> La reciente Ley 26.447 ha robustecido ese criterio al dejar aclarada la vigencia de diversas normas de la Ley Nacional de Fauna Silvestre 22.421 en las áreas protegidas a cargo de la Administración de Parques Nacionales.

duciría a sostener el tipo subjetivo utilizando cualquiera de las teorías que la doctrina emplea para esa forma de atribución<sup>18</sup>.

El resto de los aspectos subjetivos pasa por alternativas de error, atento que la conciencia potencial de la antijuricidad como presupuesto genérico de la reprochabilidad no ofrecía el menor resquicio. Para admitir un error de tipo, que habría consistido en haber creído que los cortes se realizaban dentro del área provincial, se necesitaría al menos alguna referencia concreta que no se compadece con la absoluta despreocupación reseñada (insisto en que no nos hallamos ante un comportamiento instantáneo, ni siquiera uno desplegado en un corto lapso, sino todo lo contrario), por lo que su descarte se imponía. Todavía más debe serlo el presunto error de prohibición, que en la situación dada era muy fácilmente vencible.

#### b) Una casación tradicionalista

Si se analiza con detalle la resolución de los recursos incoados, surgen algunas cuestiones que merecen comentarios.

De una parte, el rechazo al encuadre típico escogido por el tribunal oral se funda virtualmente en una sola cita con la que se intenta resumir la mayoría de la doctrina (no mencionada, probablemente por hacer pie en las referencias que la sentencia impugnada traía)<sup>19</sup>, omitiendo toda alusión a las precisiones de fallos utilizados para sustentar el criterio adverso y cuya imbricación con las cuestiones de hecho estuvo correctamente explicitada<sup>20</sup>. Entiendo que las características de los hechos exigían algo más, máxime cuando uno de esos precedentes correspondía a otra sala del mismo cuerpo revisor.

También, aunque desde la óptica seguida por la Cámara es acertada la ubicación dentro del tipo del daño calificado (art. 184, CP) lo referente a los deterioros en el bosque, se advierte un déficit en el sustento respectivo, lo que vale ser subrayado por la enorme incidencia que fluye de las doctrinas sentadas. Adviértase, en cuanto al inc. 4º, que la agravante por la comisión en despojado no había menester fundamentarla por corresponderse con lo que surgía del fallo recurrido en paralelo con el delito de robo, pero no ocurría lo mismo respecto de la concurrencia del elemento banda, sobre el que nada expresa el fallo. Que en el caso hubiese suficiente andamiaje para catalogar así el concurso de personas (fueron por lo menos tres coautores, que se dividieron las tareas

<sup>18</sup> Por todos, WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, Santiago, Jurídica de Chile, 1970, p. 100 y JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 327.

<sup>19</sup> Desde los aspectos formales, más allá de lo que en este trabajo se critica, esa doctrina está adecuadamente resumida en D'ALESSIO, Andrés (Dir.) - DIVITO, Mauro (Coord.), *Código penal comentado y anotado - parte especial*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 402/403.

<sup>20</sup> El TOF invocó: CCC La Plata, sala 2ª, causa nro. 74.092, reg. 121/89 del 29/11/1989; CCC Cap., sala I, causa "Schnider, Jorge s/robo" del 7/5/1997 y C. Nac. Cas. Pen., sala III, 26/3/2002, causa nro. 3725, "Salinas, César W.", mencionándose que esta última sentencia se dictó "con cita de importante doctrina, como Núñez, Tozzini y Donna".

según una organización destinada a durar mientras la actividad antijurídica se cumplía), no relevaba de cumplir con el deber señalado.

Lo propio ocurrió con la otra calificante del daño, cometido sobre cosas de valor cultural, libradas a la confianza o ser “bienes de uso público” (resumen de la enumeración contenida en el inc. 5º), ciertamente presente cuando se lesionó gravemente un patrimonio natural que por decisión legislativa está ubicado en la máxima categoría de tutela de nuestro ordenamiento, pero cuya explicitación también resultaba necesaria por la escasez de asuntos similares que exhiben los repertorios jurisprudenciales.

De las críticas predominantemente formales paso a otras de mayor calado.

Si la modificación de la tipicidad aplicable se apoyó, de modo esencial, en que la misma fuerza empleada para la sustracción de las cosas hubiese sido la necesaria para su extracción ejecutada por el dueño, advierto que tan contundente afirmación de los casacionistas no atravesó la serie de preguntas que, a modo de filtros, reclamaban los hechos juzgados.

De inicio, ponderar quién era el titular del dominio, dónde se hallaban arraigadas estas cosas muebles (para el Derecho Penal) y qué talas podrían haberse realizado lícitamente. No creo equivocarme al sostener que las respuestas correctas determinarían alternativas sustanciales en el derrotero del caso. A ello tendían referencias vertidas más arriba<sup>21</sup>, que no sólo intentaban relacionar la cuestión con el patrimonio estatal y su régimen especial (conc. arts. 2339 y 2340 C. Civil).

Sintéticamente apunto: eran bienes del dominio público del Estado Nacional afectados por un conjunto de severísimas restricciones para ser conservados a perpetuidad sin alteraciones sustanciales, a punto tal que hasta el organismo de aplicación se halla alcanzado por las prohibiciones enumeradas en la Ley 22.351 y sus normas reglamentarias.

Ese nivel tuitivo, que para la época de inicio de la causa ya tenía respaldo constitucional en razón del principio de solidaridad intergeneracional empotrado en el art. 41, párr. 1º, de la Carta Magna<sup>22</sup>, implica que una intervención como la de marras está prohibida incluso para la Administración de Parques Nacionales. Baste el repaso a la normativa citada *supra* para colegir que en ningún caso el dueño de la cosa hubiese podido recurrir a la metodología empleada por los imputados y sus dependientes para apeaar árboles de los sectores afectados, porque al hacerlo hubiese violado igualmente la ley. Insisto en el argumento porque resulta dirimente y añadido, para mayor claridad, que ese recorrido por las normas ilustra sobre los distintos niveles de protección existentes en el marco del sistema de Parques Nacionales<sup>23</sup>, hallándose los sitios

<sup>21</sup> Ver ap. III.2.a), alusiones a la normativa que rige los Parques Nacionales.

<sup>22</sup> Anteriormente (época de los hechos) el principio ya tenía vigencia en nuestro ordenamiento, v.gr. a través de la “Convención para la protección de la flora, fauna y bellezas escénicas naturales de los países de América”, Washington 1940, de la que nuestro país es signatario.

<sup>23</sup> Cotejar los arts. 1º, 8º y 9º de la ley 22.351.

depredados dentro de la categoría que restringe más rigurosamente cualquier modificación por acción humana.

Sin perjuicio de que en la época inmediata anterior a los hechos que nos interesan esa normativa fue objeto de reglamentaciones más precisas, al definirse modalidades tendientes a permitir una mejor delimitación de las actividades permitidas o no, como lo es, entre otras, la de Reserva Natural Estricta para ciertas áreas protegidas de características especiales<sup>24</sup>, en lo que importa los sitios intervenidos ilegalmente se hallaban y se hallan protegidos con una intensidad tal que si la Administración de Parques Nacionales verificase la imposibilidad de atender adecuadamente las necesidades turísticas en áreas calificadas como Reserva Nacional (nivel tuitivo inferior y donde por regla deben ubicarse las instalaciones respectivas), debería fundamentar detenidamente dicha circunstancia y requerir al Poder Ejecutivo Nacional el dictado de un decreto especial que las autorice. Así lo prevé el art. 6° de la ley<sup>25</sup>.

Y atento que inclusive en esos casos excepcionales las obras deben limitarse “a lo indispensable para no alterar las condiciones del estado natural de éstos [los parques nacionales]”, cabe concluir que el propio dueño de la cosa estaba sometido a una serie de requisitos que le vedaban provocar deterioros si quiera parecidos a los que generaron el proceso analizado. No es ocioso señalar que para todos estos supuestos existen normas que puntualizan cómo y cuándo se pueden ejecutar tales trabajos, siempre bajo los parámetros de la imprescindible evaluación de impacto ambiental (EIA)<sup>26</sup>, por lo que fatalmente debe concluirse que si para construir cualquier instalación indispensable en las áreas afectadas la propia autoridad de aplicación debía supeditarse a semejantes formalidades (v.gr. para erigir un complejo parecido al de los acusados), el apeo de los árboles necesarios y su extracción no podría jamás haberse efectuado del modo salvaje que las probanzas de la causa acreditaron.

De lo dicho fluye, me parece, que en paralelo con las premisas habitualmente utilizadas para resolver casos en los que juega la llamada teoría del plan del autor, en nuestro asunto el juicio de tipicidad efectuado debería haber hecho

<sup>24</sup> Conforme el Dec. 2148/1990 “se designa con el título de Reserva Natural Estricta al tipo de área protegida que ofrezca las máximas garantías para la conservación de la diversidad biológica argentina, que así sea determinada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional”.

<sup>25</sup> Art. 6°: “La infraestructura destinada a la atención del visitante de los Parques Nacionales y Monumentos Naturales se ubicará en las Reservas Nacionales. De no ser posible prestar desde éstas una adecuada atención, la que se sitúe, con carácter de excepción, en los Parques Nacionales se limitará a lo indispensable para no alterar las condiciones del estado natural de éstos. A tales fines y siempre que resulte justificado en virtud de un interés general manifiesto, el Poder Ejecutivo Nacional a propuesta de la Administración de Parques Nacionales, que exprese que no significará una modificación substancial del ecosistema del lugar, podrá acordar, mediante decreto singular, autorización para construir edificios o instalaciones destinados a la actividad turística...”.

<sup>26</sup> Un amplio examen de estas cuestiones en el fallo de la C. Fed. San Martín, sala I, 18/11/2008, causa “Paraje Los Ciervos S.A. v. Estado Nacional (Administración de Parques Nacionales) s/sumarísimo”.

lo propio con lo que denominaré plan del dueño, esto es una formulación —hipotética, pero fundada en las circunstancias concretas de tiempo, modo, lugar y basamento jurídico— de las maniobras normales que el titular del dominio habría realizado para derribar y extraer árboles de los sectores intervenidos; *a posteriori*, comparar ese plan con las acciones perpetradas por los imputados. Una vez hecho ese contraste podría sostenerse o no la concurrencia de la figura del hurto o la del robo.

Para dilucidarlo creo también que esa reconstrucción imaginaria del comportamiento natural del propietario debería componerse con la totalidad de las bases fácticas del o los hechos a parangonar. Y en el caso, ubicarnos en el supuesto del apeo de más de 700 árboles, realizado de una manera que según las precisiones de los expertos nunca un dueño racional hubiese empleado; más aún, el retiro y traslado tanto de los rollizos cuanto de las maderas aserradas generó la pérdida de una cantidad apreciable de otros ejemplares, lo que tampoco hubiese estado en la planificación del más torpe de aquellos. Cae de su peso que menos todavía hubiese sido ese el modo seguido por la APN.

Conviene recordar que estamos ante una suerte de extracción de un recinto, para el caso un ambiente natural conservado en estado prístino. Juguemos con una comparación: unos ladrones ingresan a la habitación en la que hallan efectos pesados que pretenden sustraer, pero no pueden sacarlos por las aberturas existentes dado que llamarían la atención y serían descubiertos, por lo que arrancan la reja de una ventana trasera y utilizan una mesa —que para ello es destruida— como rampa hacia un vehículo estacionado debajo. ¿Dudaría alguien de la calificación? ... ¿Hubo mayor o menor fuerza física aplicada a la sustracción en ese suceso que en el analizado?

Por último, la crítica reclama insistir en las variables que contemplara el fallo “Salinas”, invocado en la sentencia del TOF e ignorado por la Cámara<sup>27</sup>.

### 3. Alternativas

Al margen de lo debatido en la causa, corresponde la exploración de otras soluciones no contempladas en ella. Encuentro al menos una que merece tal esfuerzo.

Bastan las reseñas de hecho en las que se basó la decisión de la causa para tener en claro que los comportamientos depredatorios alcanzaron una magnitud considerable, a tal punto que dentro del Parque Nacional Tierra del Fuego afectaron 15 has. en la costa Norte del Lago Fagnano y 1,5 has. en la costa Sur, siendo visibles desde el aire con facilidad los detrimentos irrogados. Éstos, ya se dijo, fueron de graves consecuencias mensurables en cuanto a su reversión en muchas décadas (Ver la síntesis del cap. II.1).

<sup>27</sup> Ver nota 20.

Ante ese panorama se desdibuja, en mi opinión, lo razonado sobre la significación jurídica de los hechos, en particular la solución cuasi formalista a la que arribara la CNCP. Cuando, fuere para concretar un apoderamiento o para cualquiera otra finalidad (incluso lícita), un sujeto recurre a medios que provoquen daños de enorme magnitud en bienes de terceros, el primer encuadre que se sugiere es ciertamente el del estrago (art. 186, inc. 2º, CP). No creo factible descartar a la ligera esa alternativa a luz de lo detallado en el párrafo anterior.

Común denominador de los delitos contra la seguridad pública (libro II, título VII, CP), es que a diferencia de los contemplados en el título anterior los titulares de los bienes sean en principio indeterminados y que la amenaza creada se extienda a una comunidad o colectividad, de allí que en puridad se trata de delitos contra la seguridad común. Sin embargo, debe precisarse que los comportamientos enumerados en el inc. 2º citado no delimitan figuras agravadas del tipo básico (inc. 1º) sino que alcanzan autonomía “ya que no se tiene en cuenta el peligro común de la destrucción o el incendio. Aquí, no se está protegiendo la seguridad común, sino la riqueza común”, habiendo fuertes argumentos para sostener que se trata de una modalidad especial del delito de daño<sup>28</sup>. En nuestro idioma, además, ‘estrago’ significa “ruina, daño, asolamiento”<sup>29</sup>.

Queda dicho que con cimientos de buena cosecha, el tribunal de juicio reflexionó acerca del daño ambiental provocado, aunque limitó su decisión a lo delineado por el acusador público. Sobre las mismas bases, que desde ya sería factible consolidar con muchísimas referencias provenientes del conocimiento biológico y también de la densa experiencia en materia de conservación de ambientes naturales, vertiente en la que lo jurídico aporta datos valiosos, no se advierte dificultad para sostener que se perpetró un delito contra la seguridad común. Apunto que en la tesis sugerida no existe óbice desde ninguno de los elementos típicos, atento que de un lado se afectaron bosques, formaciones vegetales expresamente previstas en el precepto legal y, también, el grado de menoscabo que se produjo encuadra con facilidad en el concepto de destrucción en el que radica la conducta antijurídica.

Nuestra doctrina no ha dedicado mucha extensión a lo relacionado con el alcance que debe revestir el daño para que se configure la destrucción exigida por el tipo, aunque esa parquedad no incluye opiniones según las cuales la cosa deba ser íntegramente devastada. De vuelta con las acepciones idiomáticas, advierto que se trata de “reducir a pedazos o a cenizas algo material u ocasionarle un grave daño”<sup>30</sup>, significado que a mi modo de ver se corresponde con

<sup>28</sup> Por todos D’ALESSIO, Andrés (Dir.) - DIVITO, Mauro (Coord.), *Código penal...*, cit., n. 19, ps. 580/1, con citas de Molinario, Donna y Creus.

<sup>29</sup> *Diccionario R.A.E.*, 20ª ed., t. I, Buenos Aires, Espasa Calpe, 2002, p. 1002.

<sup>30</sup> *Diccionario R.A.E.*, cit., n. 29, t. I, p. 806.

los datos de hecho examinados<sup>31</sup>. Remito, como tributo a la brevedad, a las referencias y transcripciones que constan al analizar el caso<sup>32</sup>.

La correlación anunciada la encuentro por haberse provocado lesiones al ambiente de tal entidad que su recuperación debe ser calculada en “términos superiores a una vida humana”, a lo que cabe añadir el efecto expansivo derivado de la pérdida de cobertura del suelo (aceleración de los procesos erosivos de especial gravedad en suelos, pérdida de la regeneración de ejemplares, etc.) y, asimismo, el peligro concreto que para las áreas naturales que se intentan conservar en su estado más cercano al originario representan las picadas o senderos anormalmente trazados, atento que son siempre vías de acceso que potencian los riesgos de deterioro en lugares despoblados donde la vigilancia permanente es imposible. Esos perjuicios, por lo demás, no suelen limitarse a la extracción ilícita de ejemplares de la fauna y flora<sup>33</sup>, puesto que también y de modo tal que resultan a veces aun más graves se transforman en el terreno propicio para que especies exóticas invadan sitios de los que por definición deben ser excluidas<sup>34</sup>. Tierra del Fuego tiene una historia lamentable en estos aspectos, no solamente por los dislates cometidos durante las décadas de 1940/50 con la introducción del castor, la rata almizclera y el conejo, entre otros mamíferos, sino también por su vulnerabilidad a las intrusiones, casuales o provocadas, de muchas especies vegetales<sup>35</sup>.

Sobre la importancia de la conservación de los bosques y su fragilidad la bibliografía es apabullante, por lo que envío a algunos trabajos accesibles que refuerzan el criterio que vengo sosteniendo y permiten eventualmente profundizar las búsquedas<sup>36</sup>. En suma, también el criterio de expandibilidad

<sup>31</sup> Por otra parte, estrago y destruir proceden de la misma raíz latina “*strägēs*”, conf. *Diccionario esencial latino-español*, Barcelona, Vox, 1998, p. 438.

<sup>32</sup> Ver ap. II.2.b).

<sup>33</sup> A ese tipo de penetración aludí al escribir mi primer trabajo sobre conservación de la Naturaleza: COSTA, M. G., “¿También debe morir el Impenetrable?”, en *Boletín Fundación Vida Silvestre Argentina* nro. 3-4, Buenos Aires, 11/1978, ps. 35/37.

<sup>34</sup> En esa materia, conf. obras clásicas como DRAKE, J. A. *et al*, *Biological invasions: a global perspective*, John Wiley, Chichester, 1989 o ELTON, C. S., *The ecology of invasions by animals and plants*, Londres, Methuen, 1958.

<sup>35</sup> Ver, v.gr., “Listado de las 100 especies invasoras [vegetales] en la Argentina”, documento de la Sec. de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, en [www.ambiente.gov.ar](http://www.ambiente.gov.ar); DI PAOLA, M. E. - KRAVETZ, D. G., *Invasive alien species: Argentine country report*, FARN, Buenos Aires, 1999 o la información que actualiza la Red Interamericana de Información sobre la Biodiversidad —Red de Información sobre Especies Invasoras (I3N, adm. por la UN del Sur, [www.inbiar.org.ar](http://www.inbiar.org.ar))—.

<sup>36</sup> Así, entre muchos otros: MACHAIN, Natalia, “La emergencia forestal y la competencia federal”, en *LL* Buenos Aires, Suplemento de Derecho Ambiental del 30/12/2005; VALLS, Mario, “La protección y el aprovechamiento de los bosques...”, en *El Dial.com* (elDial-DC 1022) o el interesantísimo artículo de MORELLO, J. H. - PENGUE, W., “Argentina: debate acerca de la Ley de Bosques”, en rev. *Noticias*, Buenos Aires, 17/9/2007 (la Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de Bosques Nativos es la 26.331).

de los perjuicios causados, propio de esta categoría de delitos, se encuentra presente<sup>37</sup>.

Con lo hasta aquí expresado creo bastante el respaldo a la calificación como estrago de los comportamientos examinados. En todo caso y como mínimo, las variables a las que he pasado revista, no exhaustiva por cierto, deberían ser cotejadas para la decisión de casos como éste.

No únicamente entre nosotros se suelen omitir esas consideraciones, como lo demuestra un fallo español en el que se sostuvo que la tala de 30 ejemplares de encinas y robles, así como la poda de otros 18 y la plantación de diversas especies “impropias de la zona” sin contar con permisos administrativos dentro del Parque Natural de Collserola, resultaba atípica en cotejo con el art. 330 del C. Penal Español de 1995<sup>38</sup>. El meollo de la decisión pasó por la supuesta ausencia de lesión grave al bien jurídico efectuándose un mero cálculo aritmético sobre el alcance de la conducta<sup>39</sup>, sin que los fundamentos vertidos por los magistrados valorasen adecuadamente el destino para el que fuera creada el área protegida, pese a la cita textual de las normas respectivas<sup>40</sup>.

#### IV. HACIA EL FUTURO

La experiencia que dimana de “Martínez, Esteban y otros” justifica recapacitar en torno a posibles enfilaciones que permitan resolver apropiadamente casos de esta ralea. El tema no es siquiera novedoso, ya los pretores romanos calificaban a este tipo de conductas como *furtim caesarum* y las penalidades agravaban las de las XII Tablas, que contemplaba la *actio de arboribus succis-sis*<sup>41</sup>. Preocupaciones convergentes, acerca de los incendios de montes empleados como técnica para el rebrote de los pastos, hicieron que Felipe II acogiera las insistentes peticiones de las Cortes de Valladolid y Toledo<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> Ver nota 28 y, desde la perspectiva técnica, COZZO, Domingo, *Las ciencias forestales y la conservación ambiental*, Facultad de Agronomía (UBA), Buenos Aires, 2001, esp. ps. 11/18 y 66/71.

<sup>38</sup> Art. 330, C. Pen. Esp.: “Quien, en un espacio natural protegido, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses”.

<sup>39</sup> Cálculo errado, sin base en prueba pericial, ya que generaliza sobre “los millones de ellos [ejemplares de esas especies]” que existirían en las 6.000 ha que por entonces tenía el área protegida, estimando una distribución uniforme que no se corresponde con la realidad (existen allí más de 30 comunidades vegetales) y sin distinguir sobre la función que los ejemplares talados podrían revestir según el sitio que fuera intervenido. Conf. S.A.P. Barcelona, sec. 5ª.,sentencia del 29/6/1999, en *Rev. Jurídica de Catalunya* 1999-IV-213.

<sup>40</sup> Se tomó en cuenta una referencia: que el parque sólo habría sido creado como área verde vecina a Barcelona, desconociéndose su enorme importancia como muestra representativa de los ecosistemas mediterráneos con una notable biodiversidad (ver [www.parcollserola.net](http://www.parcollserola.net)).

<sup>41</sup> GARCÍA GARRIDO, M. J., *Diccionario de jurisprudencia romana*, Madrid, Dikynson, 2006, ps. 8/9.

<sup>42</sup> Ley VII, Valladolid 1558, limitando los pastajes por cinco o seis años, “so grandes penas”.

Como primer paso, situar la cuestión resulta necesario, a poco se constata que la devastación de los bosques y selvas representa uno de los problemas ambientales de mayor gravedad en todo el mundo. Y puesto que un somero intento de repasar el tema con cierta profundidad importaría una extensión mayor a la disponible que va de la mano con mis propias limitaciones, entiendo que a las referencias ya efectuadas cabe imbricarlas con tres documentos de alcance universal que sucesivamente han jalonado aquella trascendencia. Ello, sin mengua de la abundantísima literatura específica.

Así, la “Estrategia Mundial para la Conservación”<sup>43</sup>, el primer conato de planificación integral ecuménica en esta materia, casi coetáneo con otro elaborado a instancias del mandatario norteamericano James Carter titulado “El Mundo en el Año 2000 —Informe al Presidente—”<sup>44</sup>, y el “Programa 21”<sup>45</sup>, lanzado luego de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Cumbre de Río de Janeiro 1992), cumplen sobradamente con la fundamentación requerida.

De tales presupuestos brota entonces la disquisición acerca de la conveniencia o no de recurrir a las reacciones propias del Derecho Penal como medio idóneo para cooperar en el conjunto de políticas y acciones tendientes a detener semejante proceso destructivo. Sin abandonar mi postura escéptica en general respecto a la aptitud del sistema penal para resolver los conflictos que se generan en el seno de las sociedades, punto de vista que desde hace tiempo precisé para las cuestiones ambientales<sup>46</sup>, entiendo que ciertos comportamientos especialmente graves pueden ser materia de sanción criminal. Siempre siguiendo la aguda reflexión de Zaffaroni, al decir: “lo que se pasa por alto es que también —y fundamentalmente— cumple función preventiva general cualquier sanción jurídica (civil, administrativa, laboral, etc.)... Es un narcisismo penalístico pretender que la prevención general es una exclusividad de la pena, por no decir un acto de soberbia inadmisibles que subestima al resto del orden jurídico”<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Elaborada por la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de los Recursos Naturales (UICN), con el apoyo y cooperación del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) y el Fondo Mundial para la Vida Silvestre (WWF), así como la colaboración de la FAO y la UNESCO (1980).

<sup>44</sup> Publicado bajo el título aclaratorio “En los albores del Siglo XXI”, Washington Government Printing Office, 1980, fue producido por el Consejo sobre la Calidad Ambiental y la Secretaría de Estado a partir de una Orden Ejecutiva del 23/5/1977, de su vol. I (síntesis) son valiosísimas las predicciones que obran en la p. 27.

<sup>45</sup> Más conocido como “Agenda 21”, Depto. de Información Pública de las Naciones Unidas, publ. S.93.I.11, ver especialmente ps. 96/106 y la “Declaración Autorizada” de principios sin fuerza obligatoria que cierra el documento y trata específicamente la problemática de los bosques, ps. 323/326.

<sup>46</sup> Ver COSTA, Mario G., “Ambiente, delito y proceso penal”, en *Simposio de jueces y fiscales de América Latina. Aplicación y cumplimiento de la normativa ambiental*, FARN, Buenos Aires, 2004, ps. 175/185.

<sup>47</sup> ZAFFARONI, E. R., “Reflexiones sobre el derecho penal ambiental”, en *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005, p. 148.

Las reflexiones que volcara al criticar la sentencia en la que centro este trabajo llevan a postular que los atentados contra la flora, sobre todo tratándose de especies amenazadas o integrantes de comunidades presentes en áreas protegidas, deberían ser amenazados con sanciones penales de cierta entidad cuando sus consecuencias no resulten insignificantes (materia propia de las infracciones administrativas, si cupieren). Viene a cuento, como cartabón, el conocido caso español “de la Manzanilla Real”, en el que se procesó a un pastor por la extracción de 190 gramos de esa planta tutelada (*Artemisia granatensis*), absuelto luego frente a la clara ignorancia de la situación legal probada incluso porque no se hallaban los ejemplares en un área protegida, ni siquiera cercada y su ganado se alimentaba de ellos —error de prohibición—, además de haber arrancado esa escasa cantidad para darles un uso medicinal arraigado en las costumbres<sup>48</sup>.

Va de suyo que la apreciación de la gravedad del daño o peligro para el bien jurídico tiene sus bemoles, que como en muchos otros temas afines resultará diferida al criterio judicial, tarea por cierto compleja pero que no exime de diseñar tipos suficientemente acotados para evitar los habituales conflictos con el principio de legalidad. Así, descartar las alusiones genéricas al “equilibrio ecológico” o fórmulas similares que aparecen a menudo en los textos legales o, en todo caso, procurar definiciones que faciliten la mensura del detrimento que legitima la punición.

Un recorrido parcial por la legislación comparada permite comparaciones útiles. A partir del juego de los § 329 —ap. 3º, incs. 5º, 6º y 7º— y 330 —ap. 1º, incs. 3º y 4º— del C. Penal Alemán exhibe una buena técnica aunque alguna de sus referencias (“un número”) acusan cierta vaguedad<sup>49</sup>.

El ordenamiento español, profuso en disposiciones contenidas en el título XVI de la Parte Especial, dedica el capítulo III a los “delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” (arts. 325 a 331) y de seguido (cap. IV, arts. 332 a 339) se ocupa de los relativos “a la protección de la flora, fauna y animales domésticos”; tal plétora y su distribución en acápite separados ha merecido críticas doctrinarias por ciertas incongruencias no sólo limitadas a esos tramos del Código, puesto que también podrían darse con ciertos casos

<sup>48</sup> Juzg. Penal nro. 3 de Granada, sentencia 510/2001, 16/11/2001.

<sup>49</sup> “& 329. Puesta en peligro de áreas necesitadas de protección... (3) Quien dentro de un área de protección de la naturaleza, o de un parque nacional, o de un área asegurada provisionalmente, en contra de disposición legal expedida para su protección o contra una prohibición ejecutiva...5. tale bosques, 6. mate, atrape, aceche animales de una especie protegida de manera especial en el sentido de la Ley Federal de Protección de la Naturaleza [*Bundesnaturschutzgesetz*] o distribuya o retire completa o parcialmente sus madrigueras, 7. dañe o retire plantas de una especie especialmente protegida en el sentido de la Ley Federal de protección de la Naturaleza”, “& 330. Caso especialmente grave de un hecho punible contra el medio ambiente. (1) En casos especialmente graves un hecho doloso según los §§ 324 hasta 329 será castigado con pena privativa de la libertad de seis meses hasta diez años. Un caso especialmente grave se presenta por regla general cuando el autor:... 3. perjudique de manera permanente un número de animales o plantas de las especies amenazadas por la extinción, o 4. actúe con ánimo de lucro”.

de incendios (arts. 352 y 353) cuando ocurrieren en estaciones naturales protegidas, quedando a la vista que no se trata de esparcir preceptos sino más bien de sistematizarlos coherentemente<sup>50</sup>. Los pronunciamientos judiciales han interpretado dichas cuestiones con criterios diversos, que aquí sería imposible detallar. Por su extraordinario interés vale citar un caso reciente de ese país, en el que el Tribunal Supremo validó condenas por deterioros provocados en un área natural protegida que no sólo incluyeron al principal responsable de la sociedad que —en algún modo similar a nuestro caso— produjo los aprovechamientos ilegales, sino también como autor de prevaricación (art. 404, CP) al Director-Conservador del Parque Natural de la Sierra de Baza (Granada) que autorizó intervenciones desmedidas y omitió supervisar las cortas y otros trabajos efectuados, al igual que mantuvo los resarcimientos fijados pero estimando el recurso interpuesto por una ONG conservacionista de modo tal que esa reparación incluyó costas que no se habían contemplado y la reparación fue adecuada al valor de la madera retirada<sup>51</sup>. Valga acotar que no se aplicó la figura de prevaricación ambiental y sí la genérica, por cuanto el tipo del art. 329 limita las conductas alcanzadas a las que enumeran los preceptos básicos de contaminación (art. 325 a 328).

Estructura plausible es la del Código Penal Federal de los EE.UU. Mexicanos, cuyos arts. 418 a 420 describen una gama de conductas escalonadas, con un aceptable y hasta exagerado nivel de precisión, que en todos los casos prevén agravantes si afectasen un área natural protegida o, en otros, se cometieren con fines comerciales. Cabría criticar que si bien la amplitud de las escalas punitivas es tal que permite a los jueces una graduación proporcionada a la entidad del injusto, algunos de los máximos resultan desmesurados. Las talas ilegales son, notoriamente, un gravísimo problema en México, lo cual es probable haya inspirado esos criterios draconianos, sin que obviamente de su amenaza se haya seguido un efecto disuasivo perceptible<sup>52</sup>. Varias sentencias han ido acotando la interpretación de los tipos previstos, tanto del Código Federal como de las legislaciones estatales<sup>53</sup>.

Un ejemplo reciente de adaptación normativa se dio en los EE.UU. de América el 22/5/2008, cuando el Congreso a instancias de congresistas del

<sup>50</sup> Ver, por todos y con su habitual concisión, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, ps. 133/139.

<sup>51</sup> STS, sala II de lo Penal, sentencia 1318/2005 de 17 de noviembre, ponente Perfecto Andrés Ibáñez. El fallo recurrido lo dictó la Aud. Provincial de Granada, sección 2ª, de 20/11/2003.

<sup>52</sup> En la prensa mexicana menudean referencias a esas depredaciones. V.gr. “Equiparan tala ilegal con narcotráfico”, Mural, Guadalajara, 14/12/2001; “La comunidad ejidal de Piélagos...[Durango] registró la extracción ilegal de 58 mil metros cúbicos de madera en rollos...”, Norte, Monterrey 19/4/2007 o “Devasta la tala ilegal una reserva de San Luis Potosí”, Reforma, México D.F. 29/12/2008.

<sup>53</sup> Entre otros, los fallos de la Suprema Corte de Justicia: Sentencia ejecutoria de 1ª sala, Contradicción de tesis 29/98, de 1/9/1999; *idem*, Contradicción de tesis 12/93, de 1/7/1994.

Estado de Oregon, grupos ambientalistas, industriales y sindicatos modificó la centenaria Ley Lacey (*Lacey Act*, de 1900), considerada el instrumento más importante para la defensa del patrimonio natural pero criticada durante décadas por falencias en lo referente a la flora. Con el pragmatismo que caracteriza a la legislación de ese país, se sostiene que marca una diferencia sólo formal con los criterios dominantes en la Unión Europea, al otorgar una cierta laxitud en cuanto a los requisitos documentales y aplicando un rigor extremado en los aspectos de fondo más variados que se relacionen con la utilización de maderas. Establece sanciones pecuniarias elevadas (de hasta US\$ 500.000 o el doble de la ganancia obtenida) y privativas de la libertad que llegan a los cinco años<sup>54</sup>.

Brasil, desde la sanción de la Lei dos Crimes Ambientais nro. 9605 (1998) ha incrementado la persecución penal de esta clase de delitos, que ya había sido considerada tal en alguna sentencia de años previos<sup>55</sup>. La jurisprudencia ha sido errática y oscila entre utilizar las figuras de aquella (arts. 38 a 53), que prevén penas de mediana cuantía, y las del C. Penal de 1940 tutelando la propiedad (hurto —art. 155—, usurpación —art. 161.II— y daño calificado —arts. 163.III y 165)<sup>56</sup>.

Cierro este paneo parcial con el ejemplo de Indonesia, nación cuyos riquísimos bosques y selvas son objeto de sistemático saqueo de montos, calculados desde una visión exclusivamente económica, que alcanzan los 2.000 millones de dólares anuales<sup>57</sup>. Una vez más el *desideratum* de las penalidades gravosas demuestra su ineficacia, advirtiéndose que en el maridaje entre una corrupción generalizada en los poderes públicos y la actividad empresarial, usufructuando la pobreza reinante en las comunidades rurales, radican las causas de tal asolamiento<sup>58</sup>.

A esta altura, los datos parecen suficientes para repensar nuestro propio ordenamiento y el punto de comparación más concreto es obviamente el Ante-

<sup>54</sup> Ver “La Ley Lacey —preguntas frecuentes...—”, en [www.eia-global.org](http://www.eia-global.org).; “Recent ammendments to the Lacey Act”, en [www.fs.fed.us/global](http://www.fs.fed.us/global); u “Hoja Técnica —TLTV— Enmiendas a la Ley Lacey (2008)”, en [www.forestry.sgs.com](http://www.forestry.sgs.com); “AHEC. Legislación sobre la tala ilegal”, en [www.americanhardwood.org/es](http://www.americanhardwood.org/es).

<sup>55</sup> V.gr. TFR, HC 6.859/PA del 17VI/87, en RTFR 150:299/300.

<sup>56</sup> Ver, entre otros, sentencia nro. 1997.36.00.005381-4, Trib. Regional Federal da 1a Região, 27/5/2008. Para profundizar el tema, ver PASSOS DE FREITAS, Vladimir y Gilberto, *Crimes contra a natureza*, 8ª ed., RT, Sao Paulo, 2006; PASSOS DE FREITAS, G., *Crimes ambientais, jurisprudência organizada*, Millenium, Sao Paulo, 2006; PASSOS DE FREITAS, V., “La contribución de la ley de los crímenes ambientales en la defensa del medio ambiente”, en *Criminogénesis*, México D.F., nro. 5 (10/2009), ps. 235/256; también es recomendable el sitio [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br)

<sup>57</sup> Ver “Indonesia suffers huge financial lost from illegal logging”, en [www.chinaview.cn](http://www.chinaview.cn) 1/12/2009; *idem* “Illegal logging and the illegal trade in timber and wood products”, en [www.eia-international.org](http://www.eia-international.org), entre otras fuentes.

<sup>58</sup> Ver, por todos, “Wild Money —The Human Rights Consequences of Illegal Logging and Corruption in Indonesia’s Forestry Sector—”, extenso informe reciente (12/2009), en [www.hrg.org](http://www.hrg.org) (hay gacetilla de prensa en español titulada “Dinero salvaje”).

proyecto de Reforma Integral del Código Penal de la Nación, elaborado por la comisión de expertos creada en 2004 por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, texto que fuera elevado el 31 de agosto de 2006<sup>59</sup>. En otros trabajos he aludido a la parálisis producida en la discusión pública de tan importante empeño<sup>60</sup>; limito aquí los comentarios a los tipos conectados con el caso que tomé como base.

Aciertan los redactores al proponer un agravante del hurto que con amplitud incluye “bienes de valor científico, cultural o religioso, los provenientes de yacimientos arqueológicos o paleontológicos, o pertenecientes al patrimonio histórico” (art. 168, inc. i), trasladable al robo (art. 170, inc. e) cuya forma básica extiende a todos los modos comisivos la configuración según los tramos ejecutivos clásicos (ver. art. 164 actual). Respecto del daño, se lo califica con otros términos pero de similar o mayor alcance (art. 188, inc. a), quedando en vilo la necesaria armonización con alguno de los supuestos diseñados por la Ley de Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico 25.743 (especialmente su art. 47 que menciona “pérdida irreparable”).

No innovan, en cambio, en lo atingente al estrago (art. 212, inc. a), salvo al disminuir notablemente las penalidades, punto abierto a la polémica si se repara en que la gran mayoría de las conductas previstas y en particular las que afectan el patrimonio natural, se perpetran en un marco de clandestinidad favorecido por la soledad dominante en esos parajes que se conjuga con los ya indicados escollos para una vigilancia efectiva, sin olvidar los frecuentes episodios de comisión en forma organizada. Entiendo necesario revisar ese aspecto y un detalle más preciso de los bienes incluidos en el precepto.

A su vez, tanto en materia de daño cuanto de estragos surge una necesidad de concertar sus previsiones con las del “daño en formaciones vegetales” (art. 210, ubicado en el título VIII de la Parte Especial “Delitos contra el Ambiente”), atento que aparecen incongruencias o al menos solapamientos que dificultan la interpretación.

El conjunto de las referencias normativas, fueren las que aquí analizamos o cualesquiera otras, penales o no, debería para estas materias desprenderse de rémoras que la moderna crisis ambiental ha puesto de manifiesto. Esto es que las cuestiones relativas a los ambientes naturales o a sus diversos componentes deben acometerse en clave integral, desterrando la clásica denominación de recursos naturales que preside la mayoría de esas regulaciones. En pleno siglo XXI, el deterioro del capital con que cuenta la biósfera es más que ostensible, resulta ominoso y demanda urgentes medidas de toda índole para cuanto menos paliarlo. De allí que un apropiado régimen legal sólo podrá avizorar éxito

<sup>59</sup> Utilizo la versión editada por la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal y EDIAR, Buenos Aires, 2007.

<sup>60</sup> Así, COSTA, Mario G. “El ambiente y sus penas”, en *Síntesis forense*, Col. Ab. de San Isidro, nro. 127 (4/2009), ps. 14/17 y COSTA, Mario G., “Ambiente, penas y recomposición: una relación compleja”, en *Informe ambiental anual 2010*, FARN, Buenos Aires, 2010, ps. 357/383.

si se lo concibe desde la plataforma tuitiva de la biodiversidad en todas sus formas y con respeto a los requerimientos que la dinámica de la Naturaleza nos impone día a día, al señalar los desaguisados que los humanos venimos iterando, desde hace demasiado tiempo pero con intensidad potenciada en estas últimas décadas<sup>61</sup>.

Por limitaciones de espacio, envío a otro trabajo en el que hemos intentado, junto con una especialista reconocida, analizar con tal óptica las regulaciones relacionadas con uno de esos mal llamados recursos<sup>62</sup>.

Queda claro que con la exégesis esbozada no se agotan las cuestiones a debatir con foco estrictamente penal o, si se quiere, político criminal. Señala con agudeza y sin rehuir la polémica una colega brasileña: “Distante, al Derecho Penal Ambiental sólo se dará eficacia a partir de la incorporación de una postura intrínsecamente relacionada a las estructuras que fundamentan los intereses a ser tutelados por el Derecho Ambiental, abandonando la postura clásica de neutralidad del Derecho Penal”<sup>63</sup>.

De seguido y sintéticamente procuraré delinear algunos otros afluentes de un tema que destaca por lo intrincado.

#### V. CONSECUENCIAS: TEORÍAS Y PRÁCTICA

El paradigma tradicional, que de un lado sostiene el parcelamiento con matices de estancamiento de las distintas ramas del sistema jurídico, favorece por cierto que en sus vericuetos las respuestas de éste a las agresiones ambientales se difuminen, no sólo las de carácter punitivo o sancionatorio de cualquier grado. A ello contribuye, también, una organización estatal basada en el reparto de incumbencias delimitadas conforme visiones de la realidad tiempo ha superadas. A partir del “descubrimiento” de lo ambiental y su problemática sigue siendo tarea ímproba —y de calado profundo en lo cultural— el reconocimiento de por lo menos dos premisas esenciales.

Una, que cualquier actividad humana, del color o intensidad que fuere, importa una afectación del entorno, esto es que tiene un costo ambiental, habitualmente no internalizado ni asumido, sobre todo al abordarse los emprendimientos de más drástica y perdurable incidencia. Las lúcidas advertencias pro-

<sup>61</sup> Es oportuno apuntar que este 2010 ha sido denominado por las Naciones Unidas como el Año Mundial de la Biodiversidad, a modo de recordatorio de tales urgencias.

<sup>62</sup> Ver COSTA, Mario G. - LICHTSCHEIN, Victoria, “Protección de la fauna silvestre en la Argentina”, *Revista de Derecho Público* —núm. Esp. de D. Ambiental—, Rubinzal Culzoni, Santa Fe-Buenos Aires, en prensa.

<sup>63</sup> RIBEIRO LEPRI MOREIRA, Luciana, “Tutela Penal Ambiental ¿mito o realidad?”, en *Criminogénesis*, México D.F., nro. 5 (10/2009), ps. 257/272.

venientes de escuelas económicas heterodoxas, abarcadas por el dudoso rótulo de “Economía Ecológica”, han demostrado con creces la validez del aserto<sup>64</sup>.

La otra, que si lo ambiental atraviesa todo lo que proyectamos y hacemos, generando consecuencias cada vez más gravosas, esa circunstancia debe presidir el trazado de las políticas generales de la comunidad, así como provocar una reconexión entre los departamentos del Estado que lo valore, al tiempo que otros lazos deben imbricarlos con el orden internacional y la sociedad civil. Estamos aun lejos, no sólo los argentinos, de ello.

Recién entonces podrá apostarse al diseño de una política criminal armonizada con los problemas ambientales que pueda tener pretensiones de eficacia<sup>65</sup>. Pero, como se ha venido machacando, ni las amenazas o reacciones penales constituyen el mecanismo principal de ese esquema (menos aun si respetamos el principio de ultima ratio), ni tampoco el ordenamiento jurídico conforma la única vía de control social, que se compone de una larga serie de otros elementos<sup>66</sup>. En la puesta en acto de lo estrictamente normativo hay, también, óbices que pasan por la señalada cuestión de los ámbitos estancos, mientras que otros asientan en cuestiones más de fondo (ejemplo típico: el *ne bis in idem* frente al sendero bifurcado de las sanciones administrativas y las criminales).

Por otro lado, también es una verdad retaceada en infinitas discusiones académicas que las causas penales (a menudo por el mero hecho de ser incoadas), se transforman en un obstáculo para el restablecimiento del derecho lesionado, léase indemnización o restauración. Cito a Roxin, que opina sobre la experiencia en Alemania:

“Si alguien quisiera de todo ello extraer la conclusión de que la reparación es un instituto vivo en nuestra práctica jurídica, como medio para componer conflictos relevantes desde el punto de vista jurídico penal, y fácilmente realizable en su construcción futura, por cierto se equivoca. Pues apenas se hace uso de las posibilidades que ya existen”<sup>67</sup>.

He tratado de demostrar, en otros empeños, que la directiva constitucional del art. 41 —pár. 1º *in fine*—, según la cual “el daño ambiental generará prio-

<sup>64</sup> Ver, por todos, GEORGESCU-ROEGEN, Nicholas, “Mitos de la economía y de la energía”, en DALY, Herman E. (comp.), *Economía, ecología, ética*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 89, libro recomendable en su totalidad y NAREDO, José M., *Raíces económicas del deterioro ecológico y social. Más allá de los dogmas*, Madrid, Siglo XXI, 2006.

<sup>65</sup> Envío al trabajo pionero de BAIGÚN, David, “Política criminal y tutela del medio ambiente en la República Argentina”, *Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1978, 1:1; ver también SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Política criminal y técnica legislativa en materia de delitos contra el medio ambiente”, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, nro. 4/5 (1997), ps. 121 y ss.

<sup>66</sup> Ver nota 47 y, de modo general HASSEMER, W., “Prevención general y aplicación de la pena”, en *Principales problemas de la prevención general*, Buenos Aires-Montevideo, BdeF, 2004, p. 80 (orig. alemán, Metzner, Frankfurt, 1979).

<sup>67</sup> ROXIN, C. “Fines de la Pena y reparación del Daño”, en MAIER, J. B. J. (comp.), *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, (1ª ed. 1992), p. 133; (1ª ed. alemana, W. Fink, Munich, 1987).

ritariamente la obligación de recomponer” debe tener su influjo sobre todo el ordenamiento, incluidas las normas penales, obligando a reformular vetustas concepciones basadas en el principio de legalidad<sup>68</sup>.

Ese conjunto de propuestas, que aquí no puede ser desplegado más extensamente, ambiciona desatar inquietudes más calificadas con miras a que las eventuales intervenciones del Derecho Penal en asuntos ambientales conlleven razonables posibilidades de incidir en resultados favorables a los bienes jurídicos en danza y no deriven en una suerte de medicamentos contraindicados<sup>69</sup>. Los planteos se integran, asimismo, con la necesidad de crear “puentes” procesales que faciliten la solución de cuestiones jurisdiccionales. Mientras esto escribo, el Ministro de Justicia y Seguridad de la Pcia. de Buenos Aires acaba de lanzar una interesante iniciativa de creación de tribunales ambientales cuyos detalles aún no se conocen suficientemente. Aguas más tranquilas, ya lo he apuntado, discurren respecto de los ministerios públicos, materia en la que cabe atender a la experiencia brasileña que atribuye a los fiscales potestad para actuar tanto en asuntos penales cuanto civiles o administrativos, siempre que se trate de intereses difusos<sup>70</sup>.

Y en tren de poner a prueba los criterios bosquejados, va siendo hora de volver al tema central de este trabajo. Sabemos que con el producto de la depredación de nuestro patrimonio natural, ilícito cuya impunidad obedece a causas analizadas, se construyó un complejo turístico. Hoy, al modo de las concesiones de peaje de los años 90 en las que el beneficiario recaudaba primero para luego hacer las obras con el lucro resultante, la Hostería Bahía Torito no sólo funciona sino que se interesa por las iniciativas promotoras de actividades turísticas generadas por la Secretaría de Turismo de la Nación, organismo del que depende... la Administración de Parques Nacionales<sup>71</sup>.

Andrés diría que sería oportuno poner el caballo delante del carro. Mantengo mi compromiso de bregar por ello.

<sup>68</sup> Remito a COSTA, Mario G., “Ambiente, penas...”, cit. nota 60 (hay ejemplos concretos de nuestra experiencia judicial) y a COSTA, Mario G., “Las penas del ambiente ¿superar el simbolismo?”, en *Criminogénesis*, nro. 5 (10/2009), México D.F., ps. 211/232, donde se trata con extensión lo postulado.

<sup>69</sup> Los días 5 y 6 de marzo de 2010 participamos con el Prof. Javier A. De Luca del Taller de Expertos sobre Crímenes Ambientales (Instituto Internacional de Estudios Superiores de Ciencias Criminales, Siracusa, Italia), elaborándose un documento presentado al XII Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Criminal (S. de Bahía, Brasil, 4/10), logrando se incorporasen al texto proposiciones concretas en este sentido (ver “The protection of the environment through criminal law”, p. 20, en [www.isisc.org](http://www.isisc.org), con reflejo en el pto. 14 de la “Declaración de Bahía”).

<sup>70</sup> Ver PASSOS DE FREITAS, V., “Control social y política criminal en el medio ambiente. La experiencia en Brasil”, Lexis Nexis, *JA* 2002-III, fasc. nro. 4, ps. 10/20; CAPELLI, Silvia, “Las fiscalías ambientales en Brasil”, en *Criminogénesis*, nro. 5 (10/2009), México D.F., ps. 127/153.

<sup>71</sup> Ver “Programa de Fortalecimiento y Estímulo a Destinos Turísticos Emergentes (PROFODE) Área Corazón de la Isla”, en [www.2016.turismo.gov.ar](http://www.2016.turismo.gov.ar), especialmente el listado de participantes de p. 23.

EL ULTRAJE A LOS SÍMBOLOS NACIONALES O PROVINCIALES  
(¿UN DELITO EN EL QUE LA VÍCTIMA ES  
LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?).  
COMENTARIO AL FALLO “FRÁVEGA, LUIS M. Y OTRO”  
DE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN  
LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL FEDERAL, SALA II\*

Por MAURO A. DIVITO

Cuando poco después de graduarme experimenté inquietudes por la carrera docente y me inscribí para ingresar a ella, Andrés —que casi no me conocía— me recibió en su cátedra muy generosamente, pese a que —en realidad— mi papel en el examen respectivo había sido flojo.

Años más tarde hubo de evaluarme nuevamente para decidir sobre una designación como adjunto interino. Luego de la exposición oral que hicimos los interesados, nos recordó cuán frecuentemente los jurados de un examen dicen que les resulta difícil elegir porque todos los participantes estuvieron muy bien... y enseguida nos aclaró que a él le ocurría precisamente eso —le costaba decidir— pero por razones exactamente opuestas a las habituales...

Esa fina ironía y la actitud posterior de Andrés contribuyeron a incentivar me para que estudiara los problemas de la teoría del delito —algunos bastante básicos— que, en el examen, no había sabido explicar satisfactoriamente. Además, varios años después me alentó muy afectuosamente cuando concursé —sin éxito— por un cargo de adjunto regular y, a fin de mejorar mis antecedentes académicos, me convenció primero para que escribiera una nota a fallo, luego para que me ocupara del trabajo de coordinación en la elaboración del Código Penal comentado que él dirigió y finalmente para que me incorporara al *staff* de redacción de la revista que también dirigió junto con el Dr. Pedro Bertolino.

Y si bien siempre se manejó con mucho respeto por mis propias decisiones, fue lo suficientemente insistente como para lograr —con una casi irresistible perseverancia— convencerme de que abordara distintas tareas que, en definitiva, significaron para mí un importante crecimiento profesional.

\* Dictado el 30/4/1987, LL 1987-D-481 - DJ 1988-1-218.

Con ello lo que quiero dejar en claro es que, pese a que no tuve la suerte de cursar ninguna materia de grado ni de posgrado con él, yo siento con orgullo que Andrés D'Alessio ha sido mi maestro.

### I. INTRODUCCIÓN

He querido recordar el fallo dictado en el año 1987 por la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal en el caso “Frávega”, mediante el que —en definitiva— el tribunal revocó la sentencia condenatoria dictada en primera instancia y absolvió a los imputados en orden al delito de ultraje de los símbolos patrios por el que habían sido acusados.

El motivo de esa elección radica en que la propuesta absolutoria fue desarrollada en un voto, precisamente, de Andrés D'Alessio —que lideró el acuerdo—, al que en esa ocasión adhirió el juez Horacio Cattani. Por su parte, el juez Jorge Valerga Aráoz, en disidencia, consideró que el fallo debía ser confirmado.

Los hechos juzgados, concretamente, fueron los siguientes: el 19 de junio de 1984, los procesados concurrieron al cine Alfa, sito en la calle Lavalle 830, a fin de ver la proyección de la película “Los valientes”, que comenzaba a las 23 horas, la que fue interrumpida a las 24, para emitir las estrofas del Himno Nacional con motivo del Día de la Bandera. Como es costumbre, el público presente se puso de pie, a excepción de los encausados, que permanecieron en sus butacas.

El aspecto en torno del cual —como se verá— se produjeron las principales discordancias estuvo referido a si la actitud descrita constituye el “ultraje” previsto en la ley penal.

Con el marco del caso reseñado me propongo, entonces, examinar los antecedentes del delito, su ubicación sistemática y bien jurídico, la estructura del tipo, su relación con otras figuras, algunos problemas que puede deparar su aplicación desde la perspectiva de la libertad de expresión, el criterio que prima para definir la competencia en su juzgamiento y —finalmente— formularé una propuesta de *lege ferenda*.

### II. LA FIGURA Y SUS ANTECEDENTES

El art. 222 del CP contempla —aparte de la revelación de secretos políticos o militares (párrafo 1º), su obtención (párrafo 2º) y una agravante para los militares en ejercicio de sus funciones (párrafo 3º)— el delito conocido como “ultraje a los símbolos nacionales o provinciales” (párrafo 4º), disponiendo: “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años el que públicamente ultrajare la Bandera, el Escudo o el Himno de la Nación o los emblemas de una provincia argentina”.

La figura fue incorporada al Código Penal —agregando un tercer párrafo al art. 222— por la ley 16.648 del año 1964, ya que no se encontraba prevista en el texto original (Ley 11.179). Poco después fue reemplazada —mediante la ley “*de facto*” 17.567 (1967)— por una disposición similar, plasmada en el art. 230 bis: “Será reprimido con prisión de un año a cuatro años, el que menospreciare públicamente los símbolos nacionales o provinciales argentinos”<sup>1</sup>. Luego de que mediante la Ley 20.509 (1973) y la ley “*de facto*” 21.338 (1976) sucesivamente se derogó y restableció dicha reforma, la Ley 23.077 (1984) dejó las cosas en su estado actual, es decir, conforme al texto transcrito al comienzo. Finalmente, como la Ley 26.394 (2008) intercaló una agravante para los militares que incurren en la revelación u obtención de secretos, el delito bajo estudio quedó en el párrafo cuarto.

### III. UBICACIÓN SISTEMÁTICA Y BIEN JURÍDICO

La ubicación poco propicia en que se encuentra el tipo legal ha sido objeto de críticas<sup>2</sup> pues —en definitiva— se halla incluido en el título IX del Libro Segundo del CP (Delitos contra la seguridad de la Nación), más específicamente en el capítulo II (Delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación), y —particularmente— al final del art. 222, que alude a la revelación de secretos.

Al respecto se ha señalado que la acción prohibida no interfiere de ninguna manera en la seguridad material externa del país pues “no atenta contra su incolumidad como ente internacional, ni pone en peligro su paz o su dignidad frente a otros Estados”<sup>3</sup>, sino que “lesiona el sentimiento de respeto de los argentinos por los símbolos y emblemas de la Nación o de las provincias y, así, el sentimiento nacional”<sup>4</sup>. Con independencia de esta última afirmación —sobre la que volveré más adelante—, cabe compartir que la conducta no resulta idónea para perjudicar la seguridad, la paz o la dignidad de la Nación.

### IV. PARTICULARIDADES DEL TIPO

En una primera aproximación corresponde destacar que, en general, la doctrina y la jurisprudencia —el fallo comentado se inscribe, precisamente,

<sup>1</sup> La misma ley incorporaba al CP el art. 221 bis, que imponía prisión de un mes a dos años “al que públicamente menospreciare los símbolos nacionales oficiales de una nación extranjera”.

<sup>2</sup> CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, t. 2, 3ª ed. actualizada, 1ª reimpresión, Astrea, 1991, p. 166; SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. V, Buenos Aires, Tea, 1992, p. 60.

<sup>3</sup> NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de derecho penal*, t. V, vol. I, Córdoba, Marcos Lerner, 1992, p. 331.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

en esta corriente— han asignado a la redacción actual de la figura estudiada un alcance más acotado que el que se le reconoció en otras épocas, circunstancia que en particular obedece —como se verá— al modo en que se encuentra descripta la acción típica. De todas maneras, antes de profundizar al respecto, conviene repasar la totalidad de los componentes típicos.

### *I. Aspecto objetivo*

a) En cuanto al sujeto activo, resulta claro que cualquier persona puede cometer este delito; en particular, corresponde dejar aclarado que el tipo incluye tanto a los nacionales como a los extranjeros. La figura no especifica, en cambio, un sujeto pasivo, ya que se entiende que la conducta afectaría a una generalidad de personas<sup>5</sup>.

b) Respecto de los objetos de la acción (la bandera<sup>6</sup>, el escudo<sup>7</sup> y el himno<sup>8</sup> de la Nación; y los emblemas de las provincias<sup>9</sup>), corresponde precisar que sólo quedan comprendidos los símbolos oficialmente declarados tales. Además, en tanto ellos se encuentren representados por cosas materiales y la acción recaiga sobre éstas, es indiferente que sean de propiedad oficial o particular<sup>10</sup>. Por otra parte, puesto que en el texto no han sido incluidos todos los símbolos tradicionalmente empleados, conviene tener presente que la enumeración resulta taxativa. En otras palabras, no es posible considerar que implícitamente han quedado abarcados los emblemas nacionales no especificados —p. ej., la escarapela o las marchas patrióticas— o los que corresponden a organizaciones

<sup>5</sup> Así lo indica la circunstancia de que el ultraje debe ser realizado “públicamente”. De todos modos, sobre la cuestión del sujeto pasivo —y sus implicancias con relación a la conveniencia de mantener la tipificación de este delito— volveré más adelante.

<sup>6</sup> La creación de la bandera nacional argentina se atribuye oficialmente al general Manuel Belgrano, quien el 27/2/1812 enarboló en las barrancas del río Paraná una enseña con los colores blanco y azul celeste, como los de “la escarapela nacional de las Provincias Unidas del Río de la Plata” aprobada por el Triunvirato. La insignia fue utilizada por el Ejército del Norte y paulatinamente sustituyó al pabellón real español. En 1985, con la Ley 23.208, promulgada por Decreto 1541 del 16 de agosto, la bandera quedó definida en tres franjas horizontales, la superior y la inferior de color azul celeste y la central blanca con un sol en el centro.

<sup>7</sup> Se afirma que el escudo nacional actual es prácticamente el mismo que creara la Asamblea de 1813 como símbolo de su soberanía en los territorios de las Provincias Unidas del Río de la Plata. Lo constituye un campo ovalado dividido en una franja superior azul y otra inferior blanca, con dos manos entrelazadas, símbolo de la unidad nacional, sosteniendo un gorro frigio que identifica la patria; dos ramas de laurel unidas por una cinta azul y blanca rodean el óvalo, en cuya parte superior asoma un sol figurado.

<sup>8</sup> El himno nacional fue compuesto —por encargo de la Asamblea General de 1813— por el poeta Vicente López y Planes y el músico Blas Parera. En 1848 y 1860, Juan Pedro Esnaola le introdujo ciertos arreglos musicales. La considerable extensión de su letra dio lugar a la versión oficial sintetizada que hoy conocemos.

<sup>9</sup> Por ejemplo, la bandera del Ejército de los Andes ha sido adoptada como bandera de la provincia de Mendoza —mediante la Ley 5930—.

<sup>10</sup> Obviamente, cuando la acción recae sobre cosas ajenas también pueden resultar aplicables otras figuras.

políticas distintas de la Nación y las Provincias —p. ej., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, municipios—. Por la misma razón se impone entender —además— que, cuando el tipo menciona de modo genérico “los emblemas” de las provincias, no queda incluido cualquier símbolo oficialmente adoptado por un estado provincial, sino solamente aquellos expresamente citados al describir el ultraje de símbolos nacionales. Es decir que, conforme a lo expresado, están comprendidos la bandera, el escudo y el himno de la provincia de que se trate, pero no —p. ej.— una escarapela reconocida como emblema provincial, pues considerarla abarcada en el tipo —cuando éste no incluye la escarapela nacional— resultaría contrario a una interpretación sistemática.

c) También cabe señalar que la figura contiene una referencia de modo, pues estipula que el ultraje debe ser realizado públicamente. La doctrina ha entendido que ello implica la posibilidad de que su comisión sea ostensible para una generalidad de personas<sup>11</sup>.

d) La acción típica, otrora descripta como “menospreciar”, aparece ahora definida mediante el verbo “ultrajar”<sup>12</sup>. El alcance que debe asignarse a esa diferencia terminológica es el punto que mayor atención despertó en la causa “Frávega”.

Cabe recordar que —según el diccionario de la Real Academia Española— la palabra “ultraje” alude a la “acción y efecto de ultrajar” y, a su vez, “ultrajar” significa “ajar<sup>13</sup> o injuriar<sup>14</sup>” o “despreciar o tratar con desvío a alguien”. Por otra parte el verbo “menospreciar” —empleado en el derogado art. 230 bis— es definido como “tener a alguien o algo en menos de lo que merece” o “despreciar”. Es decir que, desde un punto de vista estrictamente gramatical, no parece sencillo trazar una distinción clara entre el ultraje y el menosprecio. Este fue, en síntesis, el criterio que sostuvo el juez Valerga Aráoz, quien concluyó en que ambos vocablos tienen el mismo significado, luego de repasar distintas fuentes y opiniones, entre ellas las de Peco —quien los utilizaba como equivalentes— y Ure —quien se manifestaba de forma similar al comentar el menosprecio de símbolos extranjeros—.

Sin embargo, como ya se adelantó, en general la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias han coincidido en asignar al “menosprecio” un sentido más

<sup>11</sup> En este sentido, Núñez —comentando el viejo art. 221 bis y citando a Ure— añadía que el requisito se daría si el hecho se comete ante el público, o sólo en sitio público o abierto o expuesto al público (NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 246).

<sup>12</sup> La expresión no resulta ajena a la terminología del Código Penal, aunque en éste siempre había sido empleada en relación con delitos sexuales: así, el viejo art. 72 hacía referencia a los “ultrajes al pudor”, al igual que la denominación del capítulo III —según la Ley 23.487— (“Corrupción, abuso deshonesto y ultrajes al pudor”) del título III (delitos contra la honestidad) del Libro Segundo antes de la reforma operada por la Ley 25.087. En el ordenamiento vigente, aparece la alusión al abuso sexual gravemente ultrajante en el art. 119.

<sup>13</sup> Este verbo se define como “Maltratar, manosear, arrugar, marchitar” y “Tratar mal de palabra a alguien para humillar”.

<sup>14</sup> “Agraviar, ultrajar con obras o palabras”; “Dañar o menoscabar”.

amplio que al “ultraje”, concluyendo así en que el tipo legal vigente abarca un abanico de conductas menor que el que —en su momento— alcanzaba el ya citado art. 230 bis. Así, Soler señalaba que la expresión “menospreciar” tiene un sentido más amplio que “ultrajare”<sup>15</sup>; Fontán Balestra, luego de repasar otros verbos empleados en el derecho comparado, destacaba que “... menospreciar es probablemente el más amplio que pudo haberse elegido”<sup>16</sup>, precisando que “Menospreciar es más amplio que ultrajar”<sup>17</sup>; y Creus —por su parte— ha afirmado que “... el ultraje deja... fuera del tipo algunas conductas pasivas que, sin mayor esfuerzo, podrían considerarse como de menosprecio”<sup>18</sup>.

En esa misma línea, el juez D’Alessio sostuvo en “Frávega” que “el tipo penal de ultraje requiere para configurarse un plus sobre el mero menosprecio...”, señalando que aquél supone “una conducta que, mediante positivos y ostensibles actos de injuria, ofenda la dignidad de los símbolos...”, para lo cual —en particular— razonó de este modo: si “menospreciar” y “ultrajar” fuesen sinónimos —como lo había entendido el juez *a quo*— las reformas introducidas por el legislador “hubieran constituido actos sin sentido, lo que no cabe presumir”<sup>19</sup>.

Por lo demás, puede decirse que las expresiones en cuestión también han sido entendidas de modo similar en España. Allí, la doctrina observó que la modificación introducida en el Código Penal, conforme a la cual —en cuanto aquí interesa— se tipificaron “las ofensas o ultrajes”<sup>20</sup>, cuando anteriormente sólo se aludía a estos últimos, ha tornado más difícil la interpretación restrictiva que se proponía del término “ultrajes”, circunscribiéndolo a los actos especialmente graves<sup>21</sup>.

Según los lineamientos que anteceden —y en consonancia con la postura que conformó la mayoría en el fallo comentado— cabe estimar que, entre los múltiples comportamientos ofensivos que podrían imaginarse, sólo aquellos que importen una grave humillación merecerían ser calificados como “ultrajes”. Es evidente que este criterio no permite trazar una delimitación muy clara en torno de lo prohibido, pero brinda —al menos— una pauta de aproximación

<sup>15</sup> SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, cit., p. 107 —comentando el viejo art. 230 bis—.

<sup>16</sup> FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, t. VII, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1993, p. 72 —comentando el viejo art. 221 bis—.

<sup>17</sup> FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 126 —comentando el viejo art. 230 bis—.

<sup>18</sup> CREUS, Carlos, *Derecho penal...*, cit., p. 166.

<sup>19</sup> Cfr. su voto en el fallo en comentario.

<sup>20</sup> El actual art. 543 del CP español establece: “Las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa de siete a doce meses”. La regulación anterior, contenida en el art. 123 del CP (1973), sólo se refería a los ultrajes.

<sup>21</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.) - BARREIRO, Agustín J. (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Civitas SA, ps. 1336/1337.

que llevaría a desechar la tipicidad de simples ofensas (v.gr., realizar un gesto de desaprobación mientras se ejecuta el himno, reírse al paso de la bandera, etcétera).

Por último, es conveniente recordar que las acciones ultrajantes pueden ser realizadas de diferentes maneras, aunque —como se verá— en particular resulta importante, sobre todo por sus consecuencias a nivel de la antijuridicidad, tener presente la distinción entre aquellas cometidas por medio de palabras —de modo verbal o escrito— (p. ej., insultos al himno) y las exteriorizadas de otra manera (p. ej., arrojar desechos contra un escudo).

Sin embargo, acertadamente se ha entendido que no cualquier comportamiento bastaría para satisfacer la exigencia legal y —en tal sentido— se desestimó que una versión con instrumentos modernos de la canción patria resulte típica<sup>22</sup>.

e) En estrecha relación con las consideraciones efectuadas en el punto anterior, corresponde ahora examinar la posibilidad de que las omisiones sean encuadradas en esta figura. Por lo general han sido excluidas del tipo. Así, una parte de la doctrina observó que el término “ultrajar” deja fuera de sus alcances algunas conductas pasivas que podrían considerarse un menosprecio<sup>23</sup> y, en idéntico sentido, fue que se decidió absolver a los procesados en la causa aquí tratada pues —en palabras del juez D’Alessio— “resulta muy difícil imaginar que pueda ultrajarse de modo omisivo, aunque quepa así expresar menosprecio”<sup>24</sup>. Este criterio, de todos modos, no ha sido pacífico y, además, como puede advertirse en la opinión de Creus —precedentemente citada—, aparece fuertemente vinculado al significado del verbo típico hoy vigente, de modo que —al menos en principio— no resulta trasladable al texto anterior.

Para aclarar este punto conviene recordar la tradicional distinción entre omisiones propias e impropias<sup>25</sup>, pues los alcances de la prohibición podrían —ante unas u otras— ser entendidos de maneras diferentes.

<sup>22</sup> Juzg. Nac. Fed. Crim. y Correc. nro. 3, sec. nro. 8, 1/11/1990, c. 11414, “H., C. H.”, ED 140-212 —el fallo fue publicado con una nota de Germán Bidart Campos, quien, bajo el título “De símbolos patrios, escasez democrática y cursilerías sensibleras”, destacaba el acierto de aquél y criticaba la denuncia formulada—.

<sup>23</sup> Es la opinión —ya citada— de CREUS, Carlos, *Derecho penal...*, cit., p. 166.

<sup>24</sup> Cfr. su voto en el fallo en comentario.

<sup>25</sup> Aunque no es momento para profundizar sobre el punto, aclaro que el criterio que sigo para distinguir unas de otras es el sostenido por Zaffaroni, Alagia y Slokar: la omisión propia es aquella en la que “la estructura omisiva no se corresponde con una estructura activa, o sea que sólo aparece en forma tal que la norma deducida es siempre imperativa. Se trata de tipos en los que el autor es indiferenciado, o sea, puede ser cualquiera que se halle en la situación típica”, mientras que se considera impropia la que tiene “una estructura que se corresponde con otra activa con la que se equipara. Como consecuencia de que la estructura omisiva es aquí equiparada a una estructura activa, requiere una afectación del bien jurídico de la misma forma que en el caso de la estructura activa. Sus autores son siempre calificados, pues la ley no se limita a construir tipos enunciando la norma deducida de modo imperativo, sino que, debido a la mayor amplitud prohibitiva de esa formulación, limita el círculo de autores a quienes se hallan en una particular relación jurídica que se considera fuente de la obligación en la

Bajo la vigencia del texto legal que empleaba el verbo “menospreciar”, tal cuestión fue acertadamente señalada por Jaime Malamud Goti<sup>26</sup> quien, comentando precisamente un fallo del año 1970 en el que se condenó a quien —al igual que en los hechos juzgados en “Frávega”— no se puso de pie en un cine para escuchar el himno<sup>27</sup>, se inclinó decididamente por la atipicidad del hecho. En dicho trabajo, el autor destacó la inexistencia de reglas jurídicas que impongan el deber de rendir homenaje y —por ende— la imposibilidad de incluir en el tipo a quienes —sin encontrarse en la posición de garante que tendría, por ejemplo, un diplomático en determinadas ceremonias— sencillamente no manifiestan respeto o dejan de realizar actos de veneración<sup>28</sup>.

Conforme a tales observaciones, tanto la descripción típica del art. 222 *in fine* del CP como la de los viejos arts. 221 bis y 230 bis no abarcaría las llamadas omisiones propias. Este criterio, incluso, se compadece con las autorizadas opiniones que —en general— consideran inadmisibles exigir bajo amenaza de pena que se tribute reverencia a determinados símbolos<sup>29</sup>.

Un tratamiento distinto parece haberse postulado para las omisiones impropias —entendiendo por tales aquellas en que el autor se encuentra en la denominada “posición de garante” (p. ej., el militar que no saluda a la bandera)—, a las que la doctrina se inclinó por admitir como una posible modalidad típica del delito en cuestión<sup>30</sup>. Si bien es evidente que en tales supuestos puede resultar aceptable una normativa que consagre mayores exigencias de respeto, pienso que el argumento no basta —sin más— para la inclusión en el tipo de las omisiones impropias. Ello es así no sólo porque la admisión de las llamadas omisiones impropias “no escritas” —en general— afectaría el principio de

situación típica” (ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 575).

<sup>26</sup> MALAMUD GOTI, Jaime, “La omisión como forma del menosprecio punido en los arts. 221 bis y 230 bis del Código Penal”, publicado en *Nuevo pensamiento penal*, Depalma, año 1, 1972, p. 136.

<sup>27</sup> C. Nac. Fed., sala Criminal y Correccional, 23/10/1970, “López, Alberto”, ED 35-41.

<sup>28</sup> MALAMUD GOTI, Jaime, “La omisión...”, cit.

<sup>29</sup> ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, Madrid, Civitas, 1997 —trad. de la 2ª edición alemana por Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal—, p. 56. El autor destaca, recordando la legendaria historia sobre la desobediencia de Guillermo Tell a arrodillarse ante el sombrero del gobernador, que se trataría de una conminación penal arbitraria, que no protege bienes jurídicos.

<sup>30</sup> En este sentido, Malamud Goti examina las distintas hipótesis en que se presentarían omisiones impropias (MALAMUD GOTI, Jaime, “La omisión...”, cit., ps. 141/144); y ensaya también una clasificación —en tres grupos— de las fuentes del deber jurídico en que debería basarse la posición de garante, distinguiendo entre: a) la ley, reglamentos, etc. —casos en que existe un expreso mandato legal de rendir tributo, etc.—; b) ciertos hechos anteriores realizados por el omitente —ejemplifica con quien organiza un homenaje, de modo que su posterior reticencia resultaría contradictoria con la conducta anterior—; y c) determinada posición de representatividad que se ocupe en la sociedad —aquí se da el ejemplo del abanderado o el diplomático en ciertas ceremonias—.

legalidad<sup>31</sup>, sino porque en los casos examinados (o al menos en la mayoría de ellos) la eventual responsabilidad del autor —p. ej., el militar o el diplomático— podría ser perfectamente evaluada y juzgada como una infracción de orden administrativo, de modo que la conminación penal sería innecesaria, al menos para quienes aceptan la vigencia del principio de *ultima ratio*<sup>32</sup>.

## 2. Aspecto subjetivo

En el aspecto subjetivo se exige que el autor obre con dolo. Es obvio que la redacción de la figura legal no comprende los comportamientos sólo imprudentes, incompatibles por lo demás con la idea de ultraje que —por el contrario— parece requerir la presencia del llamado dolo directo<sup>33</sup>.

No se requieren elementos subjetivos distintos del dolo.

## V. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

El delito se consuma con la realización del acto de ultraje y admite la tentativa<sup>34</sup>. Esta se daría, por ejemplo, si se arrojara contra la bandera tinta o un líquido corrosivo que, por razones ajenas a la voluntad del autor, no llegara a destino<sup>35</sup>.

## VI. RELACIÓN CON OTRAS FIGURAS PENALES

Si bien los casos en que se aplica el art. 222 *in fine* —en la práctica tribunalicia— son pocos, suelen aparecer en ellos otras tipicidades, cuya relación con la aquí comentada corresponde precisar. En particular, pueden presentarse hipótesis en que la acción, al recaer sobre objetos ajenos al autor, implique algún delito contra la propiedad.

Al respecto, si el acto de ultraje consiste, p. ej., en dañar o apoderarse de una bandera que pertenece a un tercero, en el primer caso el delito aquí tratado desplazaría —conforme a las reglas del concurso aparente— al de daño (CP, art. 183, que contiene una cláusula residual: “... siempre que el hecho no cons-

<sup>31</sup> ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal...*, cit., p. 581.

<sup>32</sup> La aplicación de este principio en materia penal ha sido expresamente reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Acosta, Alejandro Esteban”, del 23/4/2008.

<sup>33</sup> DONNA, Edgardo, *Derecho penal. Parte especial*, t. II-C, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 408.

<sup>34</sup> CONTRERAS GÓMEZ, Carlos, “El delito de menosprecio de los símbolos nacionales o emblemas provinciales”, en *Revista de derecho penal y criminología*, nro. 4, 1969, p. 476.

<sup>35</sup> URE, Ernesto J., *Once nuevos delitos*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1970, p. 116 —comentando el viejo art. 221 bis—.

tituya un delito más severamente penado”) y concurriría en forma ideal, según corresponda, con el de hurto o robo —en el restante— (CP, arts. 54, 162 —o 164— y 222 *in fine*).

Esta misma relación concursal debería apreciarse si la acción hubiera recaído sobre un objeto del que el autor previamente se apoderó ilegítimamente (CP, arts. 162 y ss.)<sup>36</sup>; incluso si existiera alguna solución de continuidad entre el hurto —o robo— y el ultraje, pues —en definitiva— este último no podría considerarse como un hecho independiente del primero —en los términos del art. 55 del CP—.

### VII. ANTIJURIDICIDAD Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La mera lectura de la disposición del art. 222 *in fine* invita a reflexionar sobre las eventuales tensiones que podrían presentarse, en los casos concretos, entre la prohibición legal y el derecho constitucional a la libertad de expresión que, según se ha señalado, plantea serios problemas frente a figuras como la aquí estudiada<sup>37</sup>.

Como es sabido, la exteriorización de un comportamiento adecuado al tipo estudiado (CP, art. 222 *in fine*) no podría importar delito alguno si constituyera el ejercicio del apuntado derecho, pues éste —en tal caso— operaría como una causa de justificación y la acción —en definitiva— no sería antijurídica.

Ahora bien, los alcances del derecho a la libre expresión no se encuentran claramente delimitados. En nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta la incorporación al texto constitucional —mediante la cláusula del art. 75, inc. 22— de diversos Tratados Internacionales, resulta particularmente ilustrativo recordar lo que establecen los arts. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El primero, bajo el título “Libertad de Pensamiento y de Expresión”, regula la cuestión en estos términos:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

<sup>36</sup> Así lo entendió el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, en la causa nro. 175, “Fleming, David Frederick James s/inf. arts. 164 y 222 del CP”, en la que —por mayoría— se condenó al imputado, que había arrancado una bandera argentina de su mástil en el exterior de un comercio —portándola luego sobre su cabeza—, como autor del delito de ultraje a los símbolos patrios y robo en concurso ideal.

<sup>37</sup> ZAFFARONI, Eugenio R. - ALAGIA, Alejandro - SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal...*, cit., p. 642.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inc. 2°.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

Y el segundo, por su parte, estipula que:

“1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párr. 2° de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

La transcripción completa de ambos artículos permite aproximarse al conocimiento de los alcances —y las limitaciones— que se asignan a la libertad de expresión.

Y aunque la doctrina ha entendido que ella protege “cualquier conducta expresiva” y que tiene múltiples especies (derecho de prensa, libertad de cultos, libertad de expresión artística y política)<sup>38</sup>, el estudio de la cuestión se ha centrado —mayoritariamente— en la libertad de prensa y los delitos contra el honor (CN, art. 14).

<sup>38</sup> SAGÜÉS, Néstor, *Elementos de derecho constitucional*, 2ª ed., t. 2, p. 343, Buenos Aires, Astrea, 1997.

Por ejemplo, en el conocido caso “Kimel” la Corte Interamericana de Derechos Humanos entendió que la condena impuesta, en orden al delito de calumnias, al periodista que publicó el libro titulado “La masacre de San Patricio” —en el que criticó la actuación de un juez penal en la causa donde se investigó el asesinato de cinco sacerdotes— había importado, en cuanto aquí interesa, una violación del citado art. 13<sup>39</sup>.

Pero la tensión entre libertad de expresión y el castigo de ciertos comportamientos como delictivos también puede presentarse en supuestos distintos al recién mencionado, focalizado —como se dijo— en los ya citados aspectos de aquella (libertad de prensa-delitos contra el honor).

Particularmente, en relación con la figura penal aquí tratada me parece que puede resultar interesante acudir a sendos precedentes de la Suprema Corte de los Estados Unidos en los que se juzgó a personas que habían quemado públicamente una bandera norteamericana.

### *I. El caso “Street v. New York”<sup>40</sup>*

Al resolver esta causa (21/04/1969) se esbozaron algunos criterios interesantes. Street había sido acusado y condenado penalmente porque, tras enterarse del asesinato de un líder de la lucha por los derechos civiles, había tomado una bandera norteamericana —de su propiedad— y la había quemado en la calle, mientras profería algunos agravios contra ella (“*we don’t need no damn flag*”)<sup>41</sup>.

Llegada la causa a la Suprema Corte, la mayoría —cfr. voto del juez Harlan— se inclinó por dejar sin efecto la condena, invocando la libertad de expresión consagrada en la Primera Enmienda<sup>42</sup>. Si bien de una lectura de la opinión mayoritaria se desprende que su argumento central residió en que el fallo “podría haberse basado” en las palabras —o en las palabras y los actos— del acusado, lo que sería contrario a esa cláusula constitucional, es evidente que el mensaje que la Corte estaba dando con esta decisión —en el particular contexto histórico de la época (plena guerra de Vietnam)— era, precisamente, que aún la quema de la bandera, como modo de protesta, quedaba amparada por las garantías constitucionales.

Así lo sugieren los votos de los jueces Warren, Black, White y Fortas —que conformaron la minoría—, quienes —en síntesis— destacaban que lo

<sup>39</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2/5/2008, “Kimel, Eduardo v. República Argentina”, publicado en SJA 10/9/2008; y JA 2008-III-237.

<sup>40</sup> 394 U.S. 576 (1969).

<sup>41</sup> La expresión podría traducirse como “no necesitamos ninguna maldita bandera”.

<sup>42</sup> “El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios”.

que había hecho la mayoría era esquivar la cuestión básica planteada en la causa: si era punible —o no— quemar la bandera norteamericana como un modo de protesta, cuestión respecto de la cual ellos se inclinaban por una respuesta afirmativa.

En mi opinión, si bien —efectivamente— la lectura del voto de la mayoría deja la impresión de que se prefirió evitar una decisión sobre esa cuestión puntual, existen en él —de todos modos— tres aspectos que —a los fines de este trabajo— resultan especialmente interesantes:

1) Ante todo, quedó bien en claro —aún en el voto de la minoría— que las ofensas verbales no podían ser penalizadas sin afectar el derecho a la libre expresión.

2) Por otro lado, se precisó que la libertad de expresión no puede ser restringida sobre la base de que las ideas manifestadas sean ofensivas para quienes las oyen, argumento que —además de clarificar los alcances de dicho principio constitucional— serviría para descartar las objeciones que se podrían hacer a la postura de que se trata de un delito sin víctimas, considerando como tales a las personas que, eventualmente, presenciaron los actos de ultraje.

3) Finalmente, la Corte destacó que la que llamó “libertad de diferir” no se encuentra limitada a las cosas poco importantes, señalando que, precisamente, debe abarcar aún “las cuestiones que tocan el corazón del orden existente”; en consecuencia, pese a expresar que los agravios a la bandera merecen ser deplorados, la mayoría resolvió que debe respetarse el derecho a expresar públicamente las propias opiniones sobre aquélla, incluso las que son despreciativas<sup>43</sup>.

## 2. El caso “*Texas v. Johnson*”<sup>44</sup>

En 1984 Gregory Lee Johnson había participado de una manifestación política de protesta contra la administración Reagan, en el marco de la cual —entre otras cosas— se cantaron consignas políticas y, finalmente, frente al edificio de la municipalidad de Dallas, aquél desplegó una bandera de los Estados Unidos, la roció con kerosene y la prendió fuego. Fue acusado por una infracción al Código Penal de Texas, consistente en la profanación de un objeto venerado, y condenado a un año de prisión y a pagar una multa.

La condena dictada en las instancias inferiores fue revocada por la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Texas. Este tribunal entendió que la conducta de Johnson era lenguaje simbólico amparado por la Primera Enmienda; afirmó además que los intereses alegados a favor de la penalización del nombrado,

<sup>43</sup> Se citó un precedente en el que se había considerado contrario a la 1ª enmienda obligar a los alumnos de una escuela a saludar la bandera —“*Board of Education v. Barnette*”, 319 U.S. 624 (1943)—.

<sup>44</sup> 109 US 2533 (1989) —para este trabajo he seguido la traducción de Alberto B. Bianchi publicada en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1990 II, ps. 149/184—.

que concretamente eran conservar la bandera como símbolo de unidad nacional y evitar quebrantamientos de la paz, no sustentaban tal pronunciamiento.

La Corte Suprema (21/6/1989) confirmó lo resuelto por la Cámara de Texas. Entre otras razones, se destacó que la acción de Johnson, al haber sido parte de una manifestación política y por las circunstancias en que tuvo lugar, estuvo suficientemente imbuida de elementos de comunicación como para ser considerada una conducta expresiva amparada por la Primera Enmienda.

Sobre esa base, se señaló que si bien generalmente la conducta expresiva admite restricciones mayores que la palabra escrita o hablada, una ley que las contemple debe justificarse mediante la demostración de su necesidad, de modo que —en el caso— lo que correspondía era examinar si el estado de Texas había alegado un interés que permitiera sustentar la condena. Se analizaron, entonces, los dos intereses ya citados:

1) En relación con el interés en evitar quebrantamientos de la paz, se señaló que no se habían producido perturbaciones ni amenazas en tal sentido; y se destacó que si bien varias personas testimoniaron que se habían sentido gravemente ofendidas, ello no implicaba una presunción de perturbaciones de la paz, máxime cuando —según los precedentes del tribunal— “una función principal de la libertad de palabra es invitar a la controversia”.

2) En cuanto al interés restante —preservar la bandera como símbolo de la independencia y unidad nacional—, la Corte afirmó que —en tanto perseguía restringir la expresión política— aquél debía ser sometido a “la más minuciosa inspección”<sup>45</sup>. Se recordó entonces que el gobierno no puede prohibir la expresión de una idea sencillamente porque la sociedad encuentre dicha idea ofensiva o desagradable, y que en definitiva nada sugiere que un estado pueda fomentar su propia opinión de la bandera prohibiendo la conducta expresiva con relación a la misma. La conclusión fue que la aceptación del interés gubernamental en alentar el tratamiento correcto de la bandera no implica que pueda pensarse a una persona por quemar una bandera como medio de protesta política<sup>46</sup>.

### 3. La libertad de expresión como precepto permisivo

A partir del relevamiento precedentemente realizado intentaré esbozar algunas pautas para la interpretación de la incidencia que podría tener el derecho a la libertad de expresión frente a las conductas típicas en los términos del art. 222 *in fine* del CP.

En este punto, por razones de claridad, conviene retomar la distinción —ya señalada— entre omisiones y acciones, y dentro de éstas diferenciar las

<sup>45</sup> Se citó el precedente “Boos v. Barry”, 485 U.S., en 321, 108 S. Ct. en 1164.

<sup>46</sup> En el voto de la mayoría —redactado por el juez Brennan— se afirmó “No consagramos a la bandera castigando a los que la profanan, ya que al hacerlo diluimos la libertad que su estimado emblema representa”.

cometidas mediante palabras —sea de modo verbal o escrito— de las exteriorizadas de otra manera.

Respecto de las omisiones, sean propias o impropias, la cuestión ahora tratada solamente resulta relevante si en el nivel de la tipicidad —contra lo sostenido en este trabajo— aquéllas han sido admitidas como posibles modalidades del ultraje. En este caso —sin perjuicio de lo ya explicitado en torno de la eventual responsabilidad administrativa de determinados funcionarios— corresponde tener principalmente en cuenta que, como parte de la libertad de expresión, la doctrina ha sabido reconocer un “derecho a no expresarse” que abarcaría las hipótesis tradicionalmente consideradas omisivas<sup>47</sup>. A título de ejemplo, se apuntó que ese derecho resultaría afectado si se pretendiera imponer el uso forzoso de distintivos, o de signos de duelo o de festejo, tal como —en ocasiones— se ha hecho en nuestro país<sup>48</sup>.

De tal modo, frente a comportamientos similares al —ya examinado— de no ponerse de pie en un cine durante la ejecución del himno nacional, el enfoque recién propuesto conduciría a la conclusión de que no constituyen un delito, pues aunque se afirmara su tipicidad correspondería considerarlos justificados.

En cuanto a las acciones, aquellas que se limiten al empleo de las palabras —sea de manera oral o escrita—, puesto que —al menos en nuestra cultura— ese es justamente el modo por antonomasia de exteriorizar el pensamiento, quedarán por regla justificadas en el marco del derecho de expresar las propias ideas, conforme a los lineamientos fijados en “Street vs. New York”. Es que desde una perspectiva democrática que les asigne algún valor a la discusión y el intercambio entre los ciudadanos, parece claro que resultaría altamente contraproducente admitir conminaciones penales que restrinjan nada menos que la posibilidad de manifestarse —en forma verbal o escrita— respecto de los símbolos patrios, ya que éstos pueden llegar a ser vistos —aún sin razón— como elementos representativos de instituciones o políticas a las que se pretende criticar.

Finalmente, resta examinar las conductas activas cuyas connotaciones exceden las tratadas en el párrafo anterior, es decir, aquellas que no se limitan a las palabras. Aquí quedan abarcadas, obviamente, acciones tales como la —ya señalada— de quemar la bandera y otras de similar tenor que impliquen manillar de hecho alguno de los símbolos incluidos en el tipo.

Es en este punto donde cobra toda su magnitud el enfoque antes esbozado que destaca la especial protección que merece el derecho a la libre expresión —en su eventual confrontación con otros derechos— en función de su centralidad para la vida democrática, carácter que a su vez impide que aquél sea

<sup>47</sup> SAGÜÉS, Néstor, *Elementos...*, cit., p. 345.

<sup>48</sup> SAGÜÉS, Néstor, *Elementos...*, cit., p. 345.

desplazado por necesidades coyunturales<sup>49</sup>. Es que, como señala Gargarella, se considera necesario —en primer lugar— que “todos los miembros de la comunidad puedan expresar sus puntos de vista” y —en segundo lugar— que “tales puntos de vista puedan ser confrontados unos con otros, en un proceso de deliberación colectiva”<sup>50</sup>. A partir de esa línea argumental, se advierte que si bien son muchas las opiniones que quieren expresarse, son escasas las oportunidades de hacerlo de modo efectivo<sup>51</sup>. Se concluye entonces en que la libertad de expresión merece una protección prioritaria, y que en lo que concierne a la crítica al gobierno y a las cuestiones de interés público le corresponde una protección especial dentro de esa área ya privilegiada<sup>52</sup>. Así, la vastedad que cabe reconocer a este derecho impide acotar sus alcances a las meras manifestaciones verbales e impone —por el contrario— considerar que asimismo ampara las formuladas de otras maneras, que también quedarán por regla justificadas.

Por lo demás, parece claro que las conclusiones de esa línea argumental coinciden, en lo sustancial, con el criterio del máximo tribunal norteamericano en “Texas v. Johnson”, según el cual se consideró que la libertad de expresión abarca la denominada “conducta expresiva”; y con la letra del art. 19, inc. 2°, del ya citado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto garantiza que toda persona pueda difundir “ideas de toda índole ... oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”, texto cuya amplitud no deja margen para demasiadas restricciones.

### VIII. COMPETENCIA

Puesto que, como se vio, la acción típica puede recaer tanto sobre símbolos nacionales como sobre símbolos provinciales, debe advertirse que la distinción entre éstos y aquéllos genera consecuencias al momento de definir qué tribunales resultan competentes en uno y otro caso.

Concretamente, si se trata de un agravio a símbolos nacionales se considera que debe intervenir la jurisdicción federal (CPPN, art. 33 inc. 1° c), mientras que en los casos restantes la competencia se atribuye a los tribunales locales.

Así, en un caso en que se había dañado la bandera nacional, la Corte Suprema decidió que correspondía entender a la justicia federal del lugar en que ocurrió el hecho<sup>53</sup>. En idéntico sentido se aprecia que la jurisprudencia referida

<sup>49</sup> GARGARELLA, Roberto, “Constitucionalismo y libertad de expresión”, en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, t. II, Derechos, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009, p. 744.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> GARGARELLA, Roberto, “Constitucionalismo...”, cit., p. 752.

<sup>52</sup> GARGARELLA, Roberto, “Constitucionalismo...”, cit., p. 770.

<sup>53</sup> Corte Sup, 15/3/1984, “Shuit, Carlos A.”, LL 1984-C-87 - JA 984-II: “Corresponde entender al Juez Federal de Azul en el proceso por daño y menosprecio público a un símbolo patrio, la bandera Nacional, que se encontraba en el local de un club, al cual se introdujo el

a símbolos nacionales —tal como la citada en este comentario— proviene invariablemente de tribunales federales.

### IX. SUGERENCIA FINAL

Luego de las reflexiones efectuadas, cabe preguntarse si —hoy en día— es razonable mantener la tipificación examinada.

El fallo anotado es claro al respecto, al consignar que “Los símbolos nacionales constituyen un bien de importancia suficiente para merecer protección penal, porque ellos resumen, del modo más eficaz, la totalidad de las vivencias, emociones e identidades que conforman el sentimiento de Patria”<sup>54</sup>.

Sin embargo, parte de la doctrina ha objetado la existencia de la figura<sup>55</sup>. En esta misma línea, pienso que la circunstancia —incuestionable— de que la bandera, el himno, etc., merezcan ser respetados por lo que simbolizan, no bastaría, sin más, para justificar la penalización de quienes los ofenden o humillan. Por el contrario, existen buenas razones para propiciar que esos hechos no conlleven un reproche penal.

Puntualmente, considero que hay tres órdenes de argumentos —a los que me voy a referir a continuación— que permiten sostener la conveniencia de derogar la figura.

#### 1. *Inexistencia de víctimas*

Ante todo, se trata de un delito en el que no hay víctimas. Tanto en las modalidades omisivas (no homenajear, por ejemplo, a la bandera) como en las activas (agraviar de hecho o de palabra a un escudo nacional) los hechos no pueden causar un daño relevante a ninguna persona. Es probable que puedan provocar, quizá, cierta incomodidad a quien los presencie, y hasta mortificar a todos los que comparten que los símbolos patrios merecen ser respetados, pero me parece que nadie sufriría un perjuicio real derivado de actos de esa índole.

Es decir que, si bien es cierto que podría verse afectado el “...sentimiento de respeto de los argentinos por los símbolos y emblemas de la Nación o de las provincias...”, que es aquello que la doctrina señala como el bien jurídico en

---

procesado con otras personas clandestinamente, en horas de la noche, cuando se encontraba cerrado, pues debe considerarse cumplido el requisito de publicidad exigido por el art. 230 bis del Cód. Penal, por cuanto las constancias del proceso, por el momento no permiten afirmar que quienes acompañaban al causante hayan tomado parte en el accionar sobre uno de los símbolos nacionales, y porque al haber dejado el hecho huellas materiales de su perpetración, tornó posible el conocimiento de terceros, extremo que el autor no podía ignorar en virtud de la naturaleza del sitio donde se cumplió”.

<sup>54</sup> Cfr. voto del juez D’Alessio.

<sup>55</sup> En tal sentido, Donna ha considerado que los símbolos enunciados no necesitan protección penal, aunque son merecedores de respeto (DONNA, Edgardo, *Derecho penal...*, cit., p. 407).

este delito<sup>56</sup>, no lo es menos que las acciones —u omisiones— en cuestión, en definitiva, serían evidentemente inocuas para los derechos de las personas<sup>57</sup>.

Indudablemente, razones de otro orden podrían justificar sanciones en el ámbito administrativo, pero parece claro que —a la luz del llamado principio de lesividad<sup>58</sup>— la inexistencia de víctimas constituye un motivo de importancia, desde el punto de vista político criminal, para prescindir de la legislación que pretende prohibir penalmente estas acciones.

## 2. Principio de autonomía vs. aspiraciones perfeccionistas

Por lo demás, me da la impresión de que la tipificación encierra una idea de corte perfeccionista —incompatible con el principio de autonomía<sup>59</sup>—, en cuanto parecería exigir que los habitantes se comporten de un modo que evidencie que son personas patriotas.

Y la idea, incluso, no es demasiado consistente: en efecto, resultaría posible (si bien no sería lo más frecuente) que alguien, pese a experimentar un sincero amor por nuestra patria, realizara acciones ostensiblemente ofensivas para los símbolos en cuestión, como una forma de demostrar que la veneración de éstos no tiene nada que ver con tal sentimiento, al constituir una especie de criticable práctica fetichista.

Evidentemente, pueden esgrimirse buenos motivos para pretender que ciertas personas, que desempeñan determinadas funciones (p. ej., los diplomáticos), se comporten exteriormente como patriotas, absteniéndose de actitudes semejantes, o —incluso— rindiendo homenaje a los símbolos en las ocasiones que corresponda.

Pero incluso en tales supuestos y con mayor razón respecto de los particulares, resulta claro que no deberían ser aceptadas en la legislación —y, en especial, en la legislación penal— las citadas pretensiones perfeccionistas, descalificadas tanto por la doctrina (ya citada) como por la jurisprudencia<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> Así, NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de derecho penal*, cit., p. 331.

<sup>57</sup> Destaca gráficamente Ferrajoli que “nuestro principio de lesividad permite considerar ‘bienes’ sólo a aquellos cuya lesión se concreta en un ataque lesivo a otras personas de carne y hueso” (FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 478).

<sup>58</sup> Derivado del art. 19 de la CN.

<sup>59</sup> En tal sentido: NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, 2ª reimpresión, Astrea, p. 307. El autor lo distingue del paternalismo, al que considera legítimo si tiende a ayudar a los individuos a que elijan libremente planes de vida, o materialicen el plan libremente elegido.

<sup>60</sup> Así, por ejemplo, en el fallo de la Corte Sup. “Bazterrica, Gustavo”, voto del juez Petracchi, consid. 24 (LL 1986-D-547).

### *3. Libertad de expresión*

Finalmente, y éste es —a mi juicio— el argumento de mayor peso, estimo que aunque la mayoría de los habitantes considerasen que los ultrajes comentados son algo malo, y lo mismo ocurriera desde el Estado, únicamente se podría justificar su prohibición —aunque no bajo una conminación penal— en ámbitos tales como p. ej., las Fuerzas Armadas, cuya naturaleza y funciones son, claramente, un motivo válido para exigir a quienes las integran, en el plano administrativo, un comportamiento particularmente respetuoso de los símbolos en cuestión.

Pero respecto del resto de la sociedad, considero que las autoridades deberían respetar sin limitaciones este género de manifestaciones agraviantes, en procura de resguardar la libertad de expresión.

Es decir que, aunque se trata de actos que pueden ser considerados disvaliosos, resulta preferible no amenazarlos con penas, pues la prohibición implicaría (o —al menos— estaría demasiado próxima a) una perturbación sobre el derecho de los habitantes a manifestarse libremente.

Es que la libertad de expresión sería una fórmula de muy poca utilidad, si sólo amparara actos más o menos inofensivos. Su importancia aparece, precisamente, cuando los comportamientos que se juzgan son de aquéllos que resultan molestos o desagradables para algunos sectores de la población, o —incluso— para su mayoría.

### *4. Conclusión*

No veo inconvenientes en que el respeto a los símbolos patrios se predique en las escuelas, se demuestre en los actos de los poderes públicos, y hasta se imponga, eventualmente, como obligatorio —bajo amenaza de sanciones administrativas— en ámbitos como el castrense.

Sin embargo, por las razones que intenté explicar en los párrafos precedentes, considero que no debería mantenerse la tipificación en el Código Penal de los actos que los agravian.



## ANEXO



## ANDRÉS JOSÉ D'ALESSIO - *CURRICULUM VITAE*

### *I. DATOS PERSONALES*

Argentino; casado; nacido en la Capital Federal el 17/4/1940.

### *II. ANTECEDENTES PROFESIONALES*

1. Egresó con el título de abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA) en 1968.
2. Entre 1968 y 1974, desempeñó la profesión de abogado.
3. A partir del 12/6/1974, fue subsecretario de la Procuración General de la Nación, de la que se lo designó, poco después, secretario letrado. Renunció a dicho cargo, para volver al ejercicio de la profesión, el 30/4/1977.
4. Durante el resto de 1977 y hasta el mes de junio de 1978, fue abogado asesor en el Departamento de Asuntos Jurídicos de la Administración Nacional de Aduanas.
5. A partir del 29/5/1980, fue designado secretario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Renunció al cargo a partir del 30/4/1982, fecha en que se reintegró al ejercicio profesional.
6. Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, entre el 13/2/1984 y el 17/11/1987.
7. A partir del 17/11/1987 y hasta el 31/8/1989, fue procurador general de la Nación.
8. Desde noviembre de 1989 hasta el 31/12/1993 ejerció su profesión.
9. Desde 1994, miembro del Tribunal de Arbitraje General y Mediación. (Facultad de Derecho y Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires).
10. Por acordada dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 12/5/1998 fue designado miembro suplente del Tribunal de Enjuiciamiento del Ministerio Público de la Nación.
11. Ha sido miembro del Consejo Asesor de Profesionales del Instituto Nacional Coordinador Único de Ablación e Implante (INCUCAI).
12. Ha sido miembro del Comité de Bioética de la Fundación Favaloro.
13. Fue reelecto por cuatro años en el cargo al que se refiere el punto 10.

14. Fue miembro de la Comisión de Bioética de la Facultad de Odontología de la Universidad de Buenos Aires (1996/2005).
15. A partir del 5/3/2002, reinició el ejercicio profesional.
16. Fue reelecto, esta vez como titular, para integrar el Tribunal de Enjuiciamiento del Ministerio Público de la Nación, en representación de la Corte Suprema de Justicia.
17. El 30/6/2005 dejó el ejercicio profesional.
18. Por Res. 415/2006 del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires fue designado miembro del Consejo Asesor Honorario del Plan Estratégico Trienal.
19. Miembro del Jurado del Concurso 204 llamado por el Consejo de la Magistratura de la Nación para designar a un vocal de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba.
20. Miembro del Jurado del Concurso 288/2002 llamado por el Consejo de la Magistratura de la Nación para designar a un vocal de la Cámara Federal de Apelaciones de Paraná.
21. Miembro del Jurado del Concurso 189 llamado por el Consejo de la Magistratura de la Nación para designar a cuatro jueces de Tribunal Oral en lo Criminal nros. 8, 16, 17 y 18 de la Capital Federal.
22. Miembro del Jurado del Concurso 179, destinado a cubrir un cargo de juez de cámara en el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Juan (Provincia del mismo nombre).
23. Miembro del Jurado del Concurso 5/1999 destinado a seleccionar jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

### *III. ANTECEDENTES ACADÉMICOS*

1. Entre los años 1959 y 1965, se desempeñó como auxiliar docente no diplomado en las cátedras de Derecho Penal a cargo de los Dres. Sebastián Soler y Eduardo H. Marquardt, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA).
2. Entre 1959 y 1966 ocupó el mismo cargo en el Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), bajo la dirección del Prof. Luis Jiménez de Asúa.
3. En 1968, fue jefe de trabajos prácticos en el Curso de Especialización en Derecho Penal dictado por el Prof. Luis Jiménez de Asúa en el Instituto de Cursos y Conferencias de la Asociación de Abogados de Buenos Aires.
4. Durante los años 1969 y 1970, cursó el Doctorado en Derecho Penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA).
5. En 1972, ingresó por concurso de oposición en la Carrera Docente en las cátedras de Derecho Penal a cargo de los profesores Jorge Frías Caballero y Eduardo H. Marquardt, en la misma Facultad.

6. En 1974, fue designado profesor adjunto de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Morón.
7. En ese año, se lo designa profesor adjunto interino de Derecho Penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), cargo en el que continuó hasta marzo de 1984.
8. Durante 1974 y 1975, fue jefe de investigación e información en el Instituto de Derecho Penal y Criminología de la misma Facultad.
9. Durante los años 1978 y 1979, se desempeñó como adjunto del Prof. Sebastián Soler en la materia Derecho Penal de los Negocios en el Curso de Especialización para Abogados de Empresa (Instituto de Coordinación Académica y Doctorado, F.D. y CC. SS., UBA). En 1980 sucedió al Prof. Soler en dicha cátedra.
10. Entre 1978 y 1982, fue profesor de Derecho Penal Económico en el curso que sobre esa materia, con orientación tributaria, se dictara en el Instituto de Finanzas Públicas de la misma Facultad.
11. Durante 1979 y 1980, fue profesor adjunto interino de Instituciones de Derecho Público en la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA.
12. Entre 1977 y 1980, fue profesor de Leyes Penales Especiales en el Doctorado en Derecho Penal y Criminología de la Universidad del Salvador.
13. En 1977, fue invitado a dictar un cursillo para graduados sobre Recurso Extraordinario Federal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Belgrano.
14. En 1980, organizó y dirigió un grupo de estudio sobre ese mismo tema en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA.
15. En 1980, integró la comisión formada por la Corte Suprema de Justicia para proyectar reformas a la ley que regula el ejercicio de la jurisdicción extraordinaria del alto tribunal.
16. Fue miembro de la Comisión Asesora Honoraria del Régimen de Dedicaciones Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), (19/1/1984).
17. Entre diciembre de 1985 y diciembre de 1987, fue evaluador externo de la Comisión de Derecho, Economía y Ciencias Sociales del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET).
18. Entre marzo de 1984 y marzo de 1986, fue titular interino de Derecho Penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA).
19. En marzo de 1986, accedió, por concurso de oposición, al cargo de profesor regular asociado en la misma materia y Facultad.
20. Por invitación del gobierno de los Estados Unidos realizó un viaje de intercambio cultural a ese país, durante febrero y marzo de 1986, en cuyo transcurso dictó clases en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nuevo México, Albuquerque, y en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Colorado, Boulder.

21. Entre el 1/5/1986 y el 31/7/1988, ocupó el cargo de director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA).
22. Fue presidente de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), durante los años 1986 y 1987.
23. Coordinador de la Comisión de Organización del Tribunal Penal Federal (asesoramiento legislativo) creada por la Secretaría de Justicia, el 24/6/1987, para estudiar los medios tendientes a la organización de dicho tribunal en el marco de la reforma de la legislación procesal penal.
24. Participante en el Seminario sobre “Control de Constitucionalidad” por el Método de Casos, dirigido por Jonathan Miller, organizado por el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA) y la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, entre el 5/5/1987 y el 8/7/1987.
25. Miembro suplente del jurado para el concurso para designar cincuenta y seis profesores adjuntos de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal y catorce profesores adjuntos de Derecho Penal I y Derecho Penal II, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), junio de 1987.
26. Profesor titular interino de la materia Derechos Humanos y Garantías, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), desde junio de 1987 hasta el 30/6/1990.
27. Instructor en la gira de estudio sobre el Procedimiento Penal organizada por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD) para magistrados de los tribunales superiores de los países centroamericanos (Buenos Aires, 1 al 14/11/1987).
28. Miembro del Comité de Redacción de Saber Abierto, revista de pedagogía universitaria de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (1986-1989).
29. Expositor en el Seminario sobre La represión de las violaciones de los derechos humanos en la Argentina 1976/1983, organizado por el Instituto Noruego de Derechos Humanos (Oslo, abril de 1988).
30. Miembro de la Comisión Técnica Jurídica creada por res. de fecha 1/6/1988, del Hon. Senado de la Nación, para asesorar a su Comisión de Legislación General en el análisis y evaluación de las modificaciones o sanción del Código Penal de la Nación.
31. Invitado especial al Seminario sobre el “Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, organizado por la Secretaría de Justicia de la Nación, en el que expusieron el Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga, ex Presidente de la Corte Internacional de Justicia; Rafael Nieto Navia, presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Héctor Gros Espiell, vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Edmundo Vargas Carreño, secretario ejecutivo de la Comisión Interameri-

- cana de Derechos Humanos y los Dres. Mónica Pinto, María Teresa Flores y Pablo Tonelli, asesores del Gobierno de la Nación en el tema (San Carlos de Bariloche, octubre de 1988).
32. Contratado como instructor en el Curso Regional Ministerio Público organizado en Lima, Perú, por el Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), entre el 3 y el 14/4/1989.
  33. Jurado titular en el concurso para designar profesores de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Comahue.
  34. Profesor invitado al Curso Regional sobre Protección Internacional de los Derechos Humanos, Tucumán, 2 al 6/10/1990, organizado por el Instituto Holandés de Derechos Humanos de la Universidad de Utrecht, IDELA (Instituto para la Integración y el Desarrollo Latinoamericano de la Universidad de Tucumán) y el Colegio de Abogados de Tucumán.
  35. Profesor invitado al Curso Regional sobre Protección Internacional de los Derechos Humanos, Buenos Aires, 8 al 12/10/1990, organizado por el Instituto Holandés de Derechos Humanos de la Universidad de Utrecht, IDELA (Instituto para la Integración y el Desarrollo Latinoamericano de la Universidad de Tucumán) y el Colegio Público de Abogados de Buenos Aires, con el apoyo de la Universidad de Belgrano.
  36. Jurado titular del concurso para seleccionar un profesor asociado de Derecho Penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.
  37. Invitado por la Oficina de las Naciones Unidas en el Paraguay, dirigió un seminario sobre Jurisprudencia en casos vinculados con los derechos humanos para jueces y fiscales de ese país, organizado por la Corte Suprema, la Fiscalía General de Estado y el Ministerio de Justicia y Trabajo (Asunción, 30/11 y 1/12/1990).
  38. Expositor en el Seminario sobre La violación de los derechos humanos en la Argentina durante el régimen militar de 1976—1983, organizado por el *Harry S. Truman Institute for the Advancement of Peace* y la Universidad Hebrea de Jerusalem (Jerusalén, 19 al 21/1/1992).
  39. Expositor en el panel acerca de “*Political Options on the Repression of Crimes against Human Rights*”, *John Jay Institute of Criminal Justice* (Nueva York, 10/3/1992).
  40. *Speaker* en la conferencia sobre “*Transition to Democracy in Latin America: the Role of the Judiciary*”, organizada por el Centro de Estudios Institucionales y University of Miami (Miami, 19 al 21/3/1992).
  41. Coautor del anteproyecto de Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, sancionado luego como Ley 24.767.
  42. Miembro de la Comisión sobre “Encuestas en Casos de Violación del Derecho Internacional Humanitario, Sanciones Penales”, en el Seminario sobre la Implantación del Derecho Internacional Humanitario en la Argen-

- tina, organizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja y el Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), en Buenos Aires, el 28/5/1992.
43. Miembro titular del Consejo Consultivo del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho (UBA) (1992-1994).
  44. Jurado titular del concurso para designar profesores de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad del Nordeste.
  45. Como expositor invitado, dictó una conferencia sobre “*The Independence of Argentine Judiciary*” en el curso para estudiantes de Derecho de los Estados Unidos y la Argentina organizado por *Southwestern University* juntamente con las Universidades de Buenos Aires y Belgrano. 16/6/1993.
  46. El 1/3/1994 fue electo Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires por el período 1994/1998.
  47. Jurado titular para la selección de dos profesores titulares de Derecho Penal I, un profesor titular de Derecho Penal II, un profesor adjunto de Derecho Penal I y un profesor adjunto de Derecho Penal II en la Universidad del Nordeste; 18/8/1994.
  48. Miembro del Cuerpo Académico, como profesor invitado, del Centro de Investigaciones del Ombudsman de la Ciudad de Buenos Aires.
  49. Invitado por la *Southwestern University*, Los Ángeles, EE. UU., dictó un ciclo de tres clases sobre criminalidad económica y de cuello blanco, 3/1995.
  50. Consultor de la Comisión Ejecutiva creada por res. 53/97 del procurador general de la Nación con el propósito de impulsar el estudio y la redacción de un sistema de investigación judicial federal y nacional.
  51. Consultor del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) en las disciplinas Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales (1998).
  52. El 1/3/1998 fue reelecto como decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires por el período 1998/2002.
  53. Miembro fundador del Foro Internacional para la Administración y Solución de Conflictos.
  54. Miembro del Consejo Directivo del Instituto de Política Criminal y Seguridad de la Provincia de Buenos Aires (1998/1999).
  55. Presidente del I Congreso Internacional de Administración de Conflictos.
  56. Miembro del Comité de Pares nro. 13 (Derecho Penal y Criminología) de la Coneau (Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria) para la calificación de posgrados universitarios (mayo de 1999).
  57. Miembro de la Comisión Redactora de Reformas al Código Penal, designada por res. 1/1999 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Gobierno de la Nación.
  58. Consultor principal en la reunión científica organizada por la Organización de Estados Americanos y la Oficina Anticorrupción de la República

- Argentina para analizar la adecuación de la legislación argentina a los requerimientos de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (Buenos Aires, 10 y 11/10/2000).
59. Miembro del Consejo Académico de Índice, Revista de Ciencias Sociales publicada por el Centro de Estudios Sociales de la DAIA (Delegación de Asociaciones Israelitas de la República Argentina).
  60. Miembro de la Comisión de Estudio para analizar y evaluar la adaptación de la legislación vigente al Estatuto de la Corte Penal Internacional, creada por res. conj. 930/2000 dictada el 29/9/2000 por los ministros de Relaciones Exteriores Comercio Internacional y Culto, de Justicia y Derechos Humanos y de Defensa.
  61. Miembro de la Comisión Interministerial de Estudio para analizar y evaluar la legislación en materia de financiación del terrorismo.
  62. Profesor en el Curso de Actualización en Derecho Constitucional, Departamento de Posgrado, Facultad de Derecho, UBA. septiembre/octubre de 2003.
  63. Desde agosto de 2004, director de la *Revista de derecho penal y procesal penal*, LexisNexis, Buenos Aires.
  64. Designado, en abril de 2005, profesor titular de Derecho Penal y Procesal Penal, en la Facultad de Derecho de la UBA.
  65. Miembro del Consejo Asesor de *Cuadernos de doctrina penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires.
  66. Designado miembro del jurado para designar un profesor de derecho penal en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán.
  67. El 12/9/2007, fue designado por el Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires profesor titular consulto de Derecho Penal en la Facultad de Derecho.
  68. Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires, designado por resolución del Consejo Superior de fecha 8/10/2008.

#### IV. CONFERENCIAS

1. “Autorización de actos indebidos”, Asociación de Abogados de Buenos Aires, 1977.
2. “Los delitos económicos previstos en la Ley 20.840”, Colegio de Abogados de San Martín, provincia de Buenos Aires, 1979.
3. “El recurso extraordinario federal”, Instituto de Derecho Procesal del Colegio de Abogados de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, 1981.
4. “El delito de contrabando”, Asociación de Abogados de Buenos Aires, 1981.
5. “Aspectos actuales del recurso extraordinario federal”, mesa redonda compartida con los Dres. Germán Bidart Campos, Genaro Carrió, Emilio Har-

- doy, Juan Francisco Linares, Lino Palacio y Jorge R. Vanossi, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, junio de 1981.
6. “La jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de garantías constitucionales del proceso penal”, ciclo desarrollado en las ciudades de Presidencia Roque Sáenz Peña y Resistencia, con el auspicio del Centro de Estudios Judiciales del Superior Tribunal de la Provincia del Chaco, 1982.
  7. “La exclusión de la prueba obtenida mediante apremios (comentario al fallo “Montenegro” de la Corte Suprema)”, Instituto Jurisprudencial y Bibliográfico de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, 25/4/1983.
  8. “El recurso extraordinario federal”, curso desarrollado en tres conferencias, Centro de Estudios Judiciales, Resistencia, Chaco, 1983.
  9. “La responsabilidad médica”, exposición en el curso de perfeccionamiento profesional para médicos organizado por el Dr. Antonio R. de los Santos, Auditorio Boehringer, 1983.
  10. “El recurso extraordinario: valuación funcional, actualidad y proyección futura”, mesa redonda compartida con los Dres. Genaro Carrió y Julio Oyhanarte, Universidad de Belgrano, 10/10/1983.
  11. “El recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia”, Centro de Estudios Judiciales, provincia del Chaco, 1984.
  12. “Autoría, participación y encubrimiento con particular referencia a la responsabilidad de los profesionales en ciencias económicas”, Consejo Profesional de Ciencias Económicas, 21/4/1984.
  13. “Garantías constitucionales del proceso penal”, Servicio Penitenciario Federal, 8/5/1984.
  14. “Situación actual de la jurisdicción extraordinaria de la Corte Suprema”, Asociación de Abogados de Buenos Aires, octubre de 1985.
  15. “*The Reform of the Military Code in Argentina*”, International Law Group, University of Denver, Colorado, febrero de 1986.
  16. “*The Case of the Former Commanders in Chief: the Questions at Issue*”, Association of the Bar of the City of New York, marzo de 1986.
  17. “*The Judgement of Human Rights Abuses in Argentina*”, Luncheon Seminar, New York University, School of Law, marzo de 1986.
  18. “*The Conviction of Former Military Leaders in Argentina. A View from the Bench*”, University of Columbia, School of Law, marzo de 1986.
  19. “La reforma del Código de Justicia Militar por la ley 23.049. Experiencias en su aplicación”, Sección Jurídica de IDEA (Instituto para el Desarrollo de Ejecutivos en la Argentina), mayo de 1986.
  20. “El recurso extraordinario como remedio a las violaciones del debido proceso”, Colegio de Abogados de Azul, provincia de Buenos Aires, 27/6/1986.
  21. “La Constitución de los Estados Unidos: la esencia de la democracia norteamericana y su significado global”. Conferencia internacional vía satélite, organizada por la Embajada de los Estados Unidos en la Argentina, con

- otros especialistas latinoamericanos y el juez federal del distrito de Texas, EE. UU., Filemón Vela, 1/6/1987.
22. "Derecho penal y criminología", exposición inicial de la Segunda Jornada Penitenciaria Nacional, 3/6/1987.
  23. "El sistema federal". Conferencia internacional vía satélite, organizada por la Embajada de los Estados Unidos en la Argentina, con los Dres. Carlos Nino y Mario Monteverde y el profesor Dr. Ellis Katz de la Universidad de Temple, 29/7/1987.
  24. "El control judicial de los actos legislativos en la práctica constitucional norteamericana y argentina", Centro Lincoln, 1/9/1987.
  25. "La jurisdicción extraordinaria de la Corte Suprema", ciclo de cuatro conferencias en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales organizadas por el Centro de Estudiantes, junio de 1988.
  26. "Esencia y evaluación del Ministerio Público", conferencia en el Curso Regional sobre Ministerio Público, organizado en Lima, Perú, por el Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), 3/4/1989.
  27. "Los modelos de Ministerio Público en la Argentina", exposición en mesa redonda, durante el mismo curso, 4/4/1989.
  28. "Composición del Ministerio Público", conferencia en el mismo curso, 5/4/1989.
  29. "Las exigencias al Ministerio Público en una sociedad democrática", exposición inaugural de las Jornadas Nacionales sobre el Ministerio Público, realizadas en Santa Fe, 7/4/1989.
  30. "El Ministerio Público Fiscal" en las Jornadas de Homenaje al quincuagésimo aniversario del Código de Procedimientos Penales de la Pcia. de Córdoba, organizadas por el Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 28/9/1989.
  31. "El juicio oral a los ex comandantes en jefe, cuatro años después" en las mismas Jornadas.
  32. "Los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y comunicación", Asociación de Abogados de Buenos Aires y Centro de Capitanes de la Marina Mercante, 29/8/1990.
  33. "Recurso extraordinario federal y garantías constitucionales del derecho penal", Instituto de Derecho Penal y Criminología del Colegio Público del Abogados de la Capital Federal, 17/10/1990.
  34. "El juicio a los ex comandantes en jefe, los riesgos de la transición democrática", Sociedad de Estudios "Calle Ancha", Córdoba, 18/10/1990.
  35. "El dolo, concepciones tradicional y moderna, consecuencias prácticas", exposición en el Seminario "Temas Básicos de Derecho Penal", Asociación de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, 13/11/1990.

36. “Aspectos jurídicos novedosos vinculados a la corrupción”, en el “Seminario: Lobbies, Grupos de información y de Presión”, organizado por la Asociación de Dirigentes de Empresa y el Club del Progreso, 20/11/1990.
37. “Control judicial de la justicia militar”, en el Seminario sobre “Estado de Derecho y Justicia Militar”, organizado por la Fundación Arturo Illia para la Democracia y la Paz, 29/11/1990.
38. “Proceso penal y derechos humanos en la Argentina actual”, exposición en mesa redonda sobre “Derechos humanos en la Argentina de hoy”, Fundación Ricardo Rojas, 23/7/1991.
39. “*The Role of the Prosecutors*”, exposición en la conferencia sobre “Transition to Democracy in Latin America: the Role of the Judiciary”, organizada por el Centro de Estudios Institucionales y *University of Miami*, Miami, 19 al 21/3/1992.
40. “La jurisdicción *per saltum* de la Corte Suprema”, en las II Jornadas Nacionales de Estudio de Derecho Procesal Argentino, organizadas por el Colegio de Abogados de Villa Mercedes, San Luis, 23/8/1991.
41. “La organización del trabajo en un tribunal de juicio oral”, exposición en la mesa redonda sobre “Enjuiciamiento penal oral, algunas experiencias en su aplicación” organizada por el Ministerio de Justicia de la Nación, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 26/6/1992.
42. “A nueve años de dictado el dec. 158/1983”, organización “Memoria”, 13/12/1992.
43. “Diez años desde la recuperación de la democracia, mirada retrospectiva sobre la justicia argentina”, Asociación Macabi, 31/3/1993.
44. “El Ministerio Público Fiscal en el Código Procesal Penal. Necesidad de una ley de organización. Pautas que deben incluirse en ella”, Instituto para la Enseñanza de la Praxis en Derecho Penal, 3/5/1993.
45. “La independencia del Poder Judicial”, exposición en mesa redonda organizada por el Centro de Estudiantes de Derecho, Facultad de Derecho (UBA).
46. “El rol del Ministerio Público”, conferencia en mesa redonda dentro del ciclo “Hacia una administración de justicia independiente”, organizada por el Centro de Estudios Institucionales, Buenos Aires, 29/7/1993.
47. “Sobre un proyecto moderno de Cooperación Internacional en Materia Penal”, en el Vº Congreso Universitario Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Tucumán, 29/5/1994.
48. “Reflexiones sobre la enseñanza del derecho”, Asociación Argentina de Derecho Comparado, 8/8/1994.
49. “Acotaciones sobre el caso Dreyfus, exposición en mesa redonda, Delegación de Asociaciones Israelitas en la Argentina, 5/8/1994.

50. "Formación jurídica y reforma procesal", Jornadas Preparatorias del IX Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Buenos Aires, 9/8/1994.
51. "Derecho y defensa nacional", en el Curso sobre La Defensa en el Año 2000, organizado por la Universidad de Buenos Aires y el Instituto Universitario de Estudios Navales y Marítimos (ARA), 16/8/1994.
52. "Punición y política criminal", Panel de Cierre del VIIº Congreso Universitario de Derecho Penal y Criminología, 21/8/1994.
53. "*A Factual Contribution About the Commanders State of Mind*", exposición en la "*Conference on Deliberative Democracy and Human Rights in remembrance of Carlos Nino*", Yale Law School, New Haven, 24/9/1994.
54. "*Combatting Corruption*", Seminario sobre "*The Americas Erradicating Transboundary Crime*", Southwestern University, Los Ángeles, EE. UU., marzo de 1995.
55. "¿Quién le tapa los ojos a la justicia?", exposición en panel, Feria del Libro, abril de 1995.
56. "El juicio a las juntas militares", Universidad de Luján, 13/5/1995.
57. "Reflexiones sobre la situación del ordenamiento jurídico argentino a partir de la reforma constitucional", Seminario con la participación de profesores españoles y argentinos, julio de 1996.
58. "Cooperación internacional en materia penal", conferencia en la sesión preparatoria de la Reunión de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Asunción, Paraguay, 1995.
59. "La obediencia debida", VII Congreso Español y I Congreso Iberoamericano de Estudiantes de Derecho Penal, Salamanca, febrero de 1996.
60. "*The trial of massive human rights violations in Democracies Succeding Military Dictatorships*", Centre Universitaire de Droit Comparé, Université Catholique de Louvaine, Louvaine la Neuf, Bélgica, 25/3/1996.
61. "Ética y derechos humanos", exposición en panel, Seminario Rabínico, 6/8/1996.
62. "Características de un Ministerio Público Fiscal eficaz", exposición en las III Jornadas Provinciales del Ministerio Público, Santa Fe, 17/10/1996.
63. Disertante en las Primeras Jornadas de Derechos Humanos y Garantías en el Mercosur, organizadas por el Congreso de la Nación, Buenos Aires, 27/3/1997.
64. "*Modernizing the Administration of Justice in Argentina*" exposición en el Seminario "*The Independence of the Judiciary in Argentina: Contemporary Issues in Reform*", organizado con expositores locales y extranjeros para jueces por el Woodrow Wilson Center, Buenos Aires, 28/5/1997.
65. "La nueva Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal" en la "Primera reunión anual del Ministerio Público Fiscal", Buenos Aires, 28/6/1997.

66. Palabras inaugurales del Congreso en Homenaje a los 75 años del Código Penal Argentino, Buenos Aires, Facultad de Derecho de la UBA, 1997.
67. “¿Qué suma y qué resta la agravación de las penas para la eficacia del sistema penal?”, en el Seminario sobre “Justicia y democracia”, Fundación Cívico Republicana, Buenos Aires, 18/7/1997.
68. “La significación de Luis Jiménez de Asúa para el derecho penal argentino”. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 28/4/1998.
69. “El juzgamiento de las violaciones masivas de derechos humanos en la transición argentina”, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 30/4/1998.
70. “Privacidad e impunidad”, en el ámbito del Seminario Latinoamericano sobre Teoría Legal y Política (SELA), organizado por la Universidad de Yale, con la colaboración de varias universidades europeas y latinoamericanas, Mar del Plata, 9/8/1998.
71. “El juicio por jurados en la Argentina: situación actual”, “*Law Week*”, organizada por el *British Council*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 7/9/1998.
72. “Derecho internacional penal y protección internacional de los derechos humanos”, Universidad de la República, Montevideo, 10/12/1998.
73. “Bases para un plan de estudios de la carrera de abogacía”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Tucumán, 9/9/1999.
74. “Cuestiones constitucionales del nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza”, Departamento de Posgrado de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 30/4/2000.
75. “La reciente nulidad de las llamadas leyes de perdón”, Facultad de Derecho, Universidad Austral, 8/10/2003.
76. “La política criminal en la Argentina de hoy. Entre la razón y el miedo”, Congreso Estudiantil de Derecho, Universidad de Tucumán, 2/09/2004.
77. “*Le Transformazione del Diritto Penale Internazionale e l’Argentina*”, *Facoltà di Giurisprudenza, Università di Napoli Federico II*, Italia, 6/10/2004.
78. “*L’Argentina e il nuovo diritto penale internazionale*”, *Università degli Studi di Urbino “Carlo Bo”, Facoltà di giurisprudenza, Istituto di Diritto Pubblico e Dottorato di Ricerca in Diritto Procesuale Penale Comparato e Internazionale*, Italia, 7/10/2004.
79. Presentación —junto con los profesores Luigi Ferrajoli y Alberto Filippi— del libro *La Corte Penal Internacional, Fundamentos y jurisdicción*, de Pablo Eiroa, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, realizada en la *Fondazione Internazionale Lelio Basso* y organizada por la *Università di Camerino Dipartimento di Scienze Giuridiche e Politiche*, Roma, 11/10/2004.
80. El perfil de Graciela Reiriz como Procuradora Fiscal de la Corte Suprema, en “Jornada de Homenaje a la Profesora Titular Consulta Graciela Reiriz”, Facultad de Derecho, Buenos Aires, 17/9/2007.

81. “Delitos de lesa humanidad”, VII° Encuentro organizado por la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Buenos Aires, 9/11/2007.
82. “El futuro del derecho procesal penal argentino luego del fallo ‘Casal’ de la Corte Suprema”, organizada por la *Revista de derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires, 26/11/2007.
83. “Reforma policial y política criminal”, presentación del libro de ARSLANIÁN, León C., *Un cambio posible*, Facultad de Derecho (UBA), 20/8/2008.
84. “El fundamento del derecho penal”, exposición en panel, Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la UBA, 4/9/2008.
85. “Represión ilegal, terrorismo, impunidad y consenso, presentación en el Senado de la Nación del libro de BERHONGARAY, Antonio, *El juicio a las juntas militares, un ejemplo para el mundo*, 21/10/2008.

#### V. ACTUACIÓN EN CONGRESOS Y SOCIEDADES CIENTÍFICAS

1. En 1960 participó en la organización de las “Jornadas de Derecho Penal en Adhesión al Sesquicentenario de la Revolución de Mayo”.
2. Intervino, por invitación de la Comisión de Legislación Penal de la H. Cámara de Diputados de la Nación, a propuesta del Prof. Sebastián Soler, en las “Jornadas sobre la Reforma Penal”, organizadas en, el mes de junio de 1961, por la Universidad Católica de Mar del Plata.
3. Fue miembro titular de las IV, VI, VII, VIII y IX Jornadas Nacionales de Derecho Penal.
4. En la última de esas reuniones, actuó como relator contradictor en el tema “Contrabando”.
5. Miembro titular del Instituto de Estudios Legislativos, en las secciones de Derecho Penal y Derecho Penal Económico. Secretario de la primera de ellas entre 1977 y 1980.
6. Miembro titular del V° Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional, Corrientes, 1982.
7. Miembro de la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico.
8. IX° Congreso Internacional de Defensa Social; Buenos Aires, 27/10 al 1/11/1986. Miembro del Comité de Admisión de Trabajos.
9. Congreso Internacional sobre Protección Penal de los Derechos Humanos, Buenos Aires, 13 al 15/4/1987; organizado por la Universidad de Buenos Aires, Fordham University y la Comisión Fullbright de la Argentina. Presidente de la Segunda Sesión: “Los derechos humanos: legislación y procedimiento penal”.
10. Miembro titular del Primer Congreso Nacional sobre Seguridad Urbana, Buenos Aires, 30/6 al 3/7/1987.
11. Jornadas de Derecho Procesal Constitucional, organizadas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario (Universidad Católica Argentina), panelista en la mesa redonda sobre recurso extraordinario e integra-

- ción de la Corte Suprema, junto con Augusto M. Morello, Alberto Spota, Néstor P. Sagüés, Julio Cueto Rúa y Horacio Lynch, Buenos Aires 15 y 16/10/1987.
12. Invitado especial a la Primera Conferencia Internacional sobre la Unificación del Derecho Privado en la Argentina, organizada por la Asociación Argentina de Derecho Comparado, San Miguel del Tucumán, 22 al 24/10/1987.
  13. Miembro de la Asociación Jurídica Argentino Germana.
  14. Panelista en las Jornadas sobre Derechos Humanos organizadas en Mendoza, los días 20, 21 y 22 de octubre de 1988, por la Universidad de Mendoza, la Fullbright Comission y la Fundación Educar.
  15. Miembro honorario del Centro de Estudios Institucionales.
  16. Invitado especial a las Jornadas Sobre Protección Jurídica de la Persona Humana, organizadas por la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio del Interior, la Comisión de Relaciones Exteriores y Culto de la Hon. Cámara de Diputados de la Nación, la Representación Regional del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y la Delegación Regional del Comité de la Cruz Roja; Buenos Aires, 5 y 6/7/1990.
  17. Participante en la sesión sobre “Niños víctimas de la violencia política”, en el Seminario sobre “Menores en circunstancias especialmente difíciles en la Argentina I Análisis de situación”, organizado por Unicef y Grupo Esquel, Buenos Aires, 8 y 9/8/1990.
  18. “II Jornadas de Estudio de Derecho Procesal Argentino”, organizadas por el Colegio de Abogados de Villa Mercedes, San Luis, 22, 23 y 24/8/1991, presidente de la Comisión de Derecho Procesal Constitucional.
  19. Panelista en el “Coloquio Internacional sobre el Ministerio Público” organizado por la Asociación de Magistrados del Paraguay, la Fiscalía General del Estado de Paraguay y el Instituto Argentino Paraguayo de Derecho Procesal, por invitación de la Oficina de las Naciones Unidas en Paraguay, Asunción, 10 y 11/10/1991.
  20. Miembro del Consejo Académico del Centro de Estudios Institucionales.
  21. Panelista en el tema “La instrucción preparatoria” en las Jornadas Interdisciplinarias sobre Juicio Oral, organizadas por el Ministerio de Justicia de la Nación, 1/7/1992, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.
  22. Coordinador de la comisión 20, “La prueba practicada en el sumario II La fase previa a la apertura del sumario”, en las “Jornadas Hispánicas sobre la Oralidad en el Proceso Penal”, organizadas por el Ministerio de Justicia con el apoyo del Consejo de la Magistratura del Reino de España, Buenos Aires, 6 al 17/7/1992.
  23. Panelista en el Seminario sobre Política de Defensa de la Competencia, organizado por el H. Senado de la Nación, Ministerio de RR. EE. y Culto, Ministerio de Economía y O. y S. Públicos, la Fundación Alemana para el

- Desarrollo Internacional (DSE) y la Conferencia de las NN. UU. sobre el Comercio y Desarrollo (UNCTAD), Buenos Aires, 16 al 19/11/1992.
24. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal.
  25. Expositor en la comisión sobre corrupción y control social en las “Primeras Jornadas de Política Social”, UCR, Buenos Aires, 20 y 21/11/1992.
  26. Expositor en el panel sobre “Dolo y dolo eventual”, en el I Congreso Interdisciplinario de la Mala Praxis Médica organizado por el Centro de Estudios Legales de la Mala Praxis Médica, Buenos Aires, 10 y 11/6/1993.
  27. Expositor en el Vº Congreso Universitario de Derecho Penal, Córdoba, septiembre de 1993.
  28. Expositor en el VIº Congreso Universitario Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Tucumán, mayo de 1994.
  29. Panelista de cierre en el VIIº Congreso Universitario de Derecho Penal, Buenos Aires, agosto de 1994.
  30. Expositor invitado a “*Conference on Deliberative Democracy and Human Rights in remembrance of Carlos Nino*”, Yale Law School, New Haven, 23 y 24/9/1994.
  31. “Encuentro Cubano Argentino de Rectores y Directivos de Educación Superior”, La Habana, Cuba, 18 al 25/11/1994.
  32. Primera Reunión del Seminario Latinoamericano sobre Teoría Legal y Política (SELA), organizado por la Universidad de Yale, con la colaboración de las Universidades de Chile y Diego Portales (Chile), Buenos Aires y Palermo. “*The Protection of Public Morality: what is the Role of the State?*”, Santiago de Chile, 18 al 20/8/1995.
  33. Expositor invitado al VII Congreso Español y I Congreso Iberoamericano de Estudiantes de Derecho Penal, Salamanca, febrero de 1996.
  34. Segunda reunión del Seminario Latinoamericano sobre Teoría Legal y Política (SELA), organizado por la Universidad de Yale, con la colaboración de las Universidades de Chile y Diego Portales (Chile), Buenos Aires y Palermo. “*The Responsibility of Citizens and Accountability of Officials in a Constitutional Democracy*”, Buenos Aires, agosto de 1996.
  35. Congreso de la Nación, Primeras Jornadas de Derechos Humanos y Garantías en el Mercosur, Buenos Aires, 27/3/1997
  36. Seminario “*The Independence of the Judiciary in Argentina: Contemporary Issues in Reform*”, organizado con expositores locales y extranjeros para jueces locales por el *Woodrow Wilson Center*, Buenos Aires, 27 y 28/5/1997.
  37. Ponente en la cuarta reunión del Seminario Latinoamericano sobre Teoría Legal y Política (SELA), organizado por la Universidad de Yale, con la colaboración de las Universidades de Chile y Diego Portales (Chile), Buenos Aires, Palermo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Católica del Paraguay, de Puerto Rico, São Paulo, y Pompeu Fabra y del Instituto

- Tecnológico de México. “La noción de la privacidad”, Mar del Plata, 6 al 9/8/1998. Ponencia: “Privacidad e impunidad”.
38. Presidente del I Congreso Internacional de Administración de Conflictos, Buenos Aires, 11 al 14/8/1998.
  39. Invitado al Workshop sobre “*Institutions and Collective Memory of the ‘Proceso’*”, *Latin American Centre*, Universidad de Oxford, 23/5/2000.
  40. Ponente en la Sexta Reunión del Seminario Latinoamericano sobre Teoría Legal y Política (SELA), organizado por la Universidad de Yale, con la colaboración de las Universidades de Chile y Diego Portales (Chile), Buenos Aires Palermo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Católica del Paraguay, de Puerto Rico, São Paulo, y Pompeu Fabra y del Instituto Tecnológico de México. “*Rule of Law*”, Cariló, 7 al 11/6/2000.
  41. Integrante de la Comisión Académica del II Congreso Internacional “Derechos y Garantías en el Siglo XXI”, organizado por la Asociación de Abogados de Buenos Aires, 25 al 27/4/2001.
  42. Séptima reunión del Seminario Latinoamericano sobre Teoría Legal y Política (SELA), sobre el tema “*Rule of Law*”, organizado por la Universidad de Yale, Iquique, Chile, junio de 2001.
  43. Octava Reunión del Seminario Latinoamericano sobre Teoría Legal y Política (SELA), organizado por la Universidad de Yale, Punta del Este, junio de 2002.
  44. “Jornada de homenaje a la profesora titular consulta Graciela Reiriz”, Facultad de Derecho, Buenos Aires, 17/9/2007.
  45. Séptimo Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Penal, Buenos Aires, 7 a 9/11/2007.
  46. Invitado por *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas* al simposio “*Abandoning the Inquisitor: Latin America’s Criminal Procedure Revolution*”, realizado el 25/1/2008 en Southwestern Law School, Los Angeles, EE. UU.
  47. Miembro de *The Federalist Society for Law and Public Policy Studies*, Washington DC, Estados Unidos.

## VI. PUBLICACIONES

1. “Archivio Penale, 1958”, revista de revistas, en *Estudios de derecho penal y criminología I*, 1961.
2. “El Proyecto de Código Penal de 1960”, en *Estudios de derecho penal y criminología II*, 1963.
3. “La teoría del delito en su momento actual de Wilhelm Gallas”, nota bibliográfica, en *Estudios de derecho penal y criminología III*, 1966.
4. “Análisis de la ley 21.898”, *Doctrina penal*, 1978.
5. “¿Para qué sirve la reserva del caso federal?”, LL, 1980.

6. “El primer fallo de la Corte Suprema sobre la tortura”, nota a la sentencia de la Corte Suprema *in re* “Montenegro, Luciano Bernardino s/robo con armas”, *Doctrina penal*, abril/junio de 1983.
7. “Culpa y error”, nota a fallo en *Doctrina penal*, noviembre/diciembre de 1983.
8. “Precisiones sobre la discrecionalidad acusatoria en el procedimiento nacional (reflexiones con motivo de la conferencia de Abraham Goldstein)”, en *Lecciones y ensayos*, nro. 49, 1988, p. 27.
9. “El rol del Ministerio Público en la democracia”, *Revista plural*, nro. 12, Buenos Aires, noviembre 1988.
10. “Pantallazo sobre la justicia en la Argentina”, artículo para ilustración de los participantes en la *Conferencia en la Argentina del World Business Council*, Buenos Aires, 22 al 29/10/1988.
11. “Constitución y Poder Político de Jonathan M. Miller, María Angélica Gelli y Susana Cayuso”, nota bibliográfica en *Saber abierto*, Revista de Pedagogía Jurídica, nro. 1, 1989.
12. “El Ministerio Fiscal como representante del pueblo”, *Revista Sentencia*, nro. 3, Buenos Aires, 1992.
13. “El caso Dreyfus”, *Revista Índice, para el análisis de nuestro tiempo*, número especial con motivo del sexagésimo aniversario de la fundación de la DAIA, p. 123,
14. “El derecho como componente de la defensa nacional”, en *La defensa nacional en el año 2000*, Universidad de Buenos Aires e Instituto Universitario de Estudios Marítimos y Navales, agosto de 1994.
15. “The Role of the prosecutor” en *Transition to democracy in Latin America: The role of the judiciary*, Irwin Stozky, Westview Press, Boulder, 1995.
16. “La violación masiva de los derechos humanos en Argentina (1976-1983)”, en SENKMAN, Leonardo - SZNAJDER, Mario (comps. eds.), *El legado del autoritarismo. Derechos humanos y antisemitismo en la Argentina contemporánea*, Nuevohacer, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1995.
17. “Reflexiones sobre el nuevo derecho”, en *La Constitución argentina de nuestro tiempo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996.
18. “La Ley de Extradición y Cooperación en Materia Penal”, en colaboración, LL del 21/5/1997.
19. Prólogo del libro *Temas actuales en el derecho penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1998.
20. “El juicio por la violación de los derechos en la transición argentina”, *Meridiano Ceri (Centro Español de Relaciones Internacionales)*, nro. 21, Madrid, junio de 1998.
21. “El Consejo de la Magistratura como punto principal de una agenda de reformas para la independencia del Poder Judicial”, en TULCHIN, Joseph. S - GARLAND, Allison. M. (eds.), *Modernización de la justicia en la Argentina*, The Woodrow Wilson Center, 1998.

22. “La justicia y la recuperación de la identidad”, en *Democratización y protección de la dignidad humana*, publicado por CODESEH (Comité para la Defensa de la Salud, la Ética y los Derechos Humanos), con el auspicio de las Naciones Unidas (Alto Comisionado para los Derechos Humanos y Fondo de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para las Víctimas de la Tortura) y la Comunidad Europea (Comisión Europea Derechos Humanos y Democratización).
23. “Privacidad e impunidad”, versión de la ponencia presentada en la cuarta reunión del SELA (ver Antecedentes s/ Actuación en Congresos y Sociedades Científicas, nro. 36), *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 1999.
24. “El acatamiento del derecho y el desarrollo de América latina” versión de la ponencia presentada en la quinta reunión del SELA (ver antecedentes s/ Actuación en Congresos y Sociedades Científicas, nro. 40), *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, del Puerto, 2000.
25. Nota sobre “Constitución, poder político y derechos humanos de Jonathan Miller, María Angélica Gelli y Susana Cayuso”, 2ª ed. a cargo de Hernán Gullco, Buenos Aires, LL, 2003.
26. “Los efectos de la interposición del recurso extraordinario”, nota a fallo, LexisNexis-JA del 16/4/2003.
27. “La jurisdicción extraordinaria discrecional y los derechos humanos”, LexisNexis-JA 2003-III-889.
28. Prólogo del libro EIROA, Pablo, *La Corte Penal Internacional. Fundamentos y jurisdicción*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004.
29. *Código Penal comentado y anotado. Parte especial*, en carácter de director de la obra, Buenos Aires, La Ley, 2004.
30. “La política criminal en la Argentina. Entre la razón y el miedo”, *Revista de derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires, LexisNexis, agosto 2004.
31. *Código Penal comentado y anotado. Parte general*, en carácter de director de la obra, Buenos Aires, La Ley, 2005.
32. *Análisis jurisprudencial. Elementos de derecho penal y procesal penal*, con múltiples colaboradores, Buenos Aires, La Ley, 2005.
33. “Origen, desarrollo, apogeo y desmadre del recurso extraordinario por sentencia arbitraria”, JA 2006-III-1378
34. “Nuevamente acerca de la criminalización de estupefacientes”, *Revista de derecho penal y procesal penal*, LexisNexis, 9/2006, p. 1726.
35. “En defensa de Paulo y del empirismo jurídico”, en *Fides, humanitas, ius. Studii in onore di L. Labruna*, vol. II, Scientífica SRL, Napoli, 2007, ps. 1257 a 1272.
36. “Privacidad y avance tecnológico”, en *Revista de derecho penal y criminología*, 2007, 7, p. 1067.
37. “Otra opinión sobre el caso ‘Mazzeo’”, en *Revista de derecho penal y criminología*, 2007, noviembre de 2007.

38. Prólogo del libro BIANCHI, Alberto B., *Una corte liberal. La corte de Alfonsín*, Buenos Aires, Ábaco, 2007.
39. *Los delitos de lesa humanidad*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008.
40. “Contenido de las garantías y supremacía constitucional (a propósito del fallo ‘Medellín v. Texas’)”, LL, Buenos Aires, 2/7/2008.
41. “La garantía de conservar los jueces naturales”, en SABSAY, Daniel (dir.) - MANILI, Pablo (coord.), *Constitución anotada*, (entregada y en vías de publicación).
42. “Graciela Reiriz, Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema”, en *Responsabilidad del Estado. Jornada de homenaje a la profesora titular consulta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Dra. María Graciela Reiriz*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho (UBA), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008.

## VII. TRADUCCIONES

### A. Del italiano

1. BETTIOL, Giuseppe, “Del derecho penal al derecho premial”, *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1964.
2. PETROCELLI, Biagio, “Delito y punibilidad”, *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1964.
3. PISAPIA, Gian D., “Reflexiones sobre la reincidencia”, *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1964.

### B. Del inglés

4. GOLDSTEIN, Abraham, “La discrecionalidad de la persecución penal en los Estados Unidos”, trabajo preparado por el profesor de la Universidad de Yale, EE. UU., para las conferencias que dictara el 4 y 5/6/1987, respectivamente, en la Secretaría de Estado de Justicia y en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, *Lecciones y ensayos*, nro. 49, 1988, p. 13 (en colaboración con Mónica A. Antonini).
5. Versión final de BURT, Robert, *Constitución y conflicto*, Buenos Aires, Eudeba y Departamento de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2000 (en colaboración con Mary Ana Beloff).
6. Sentencia de la Corte Federal de Apelaciones para el VIII° Circuito de los Estados Unidos en el caso “US v. García”, en *Revista de derecho penal y criminología*, 2007.

---

*VIII. DISTINCIONES*

1. Profesor honorario de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora.
2. Al cumplirse diez años de la sentencia dictada en la causa seguida contra los ex comandantes en jefe por las violaciones masivas de los derechos humanos durante el lapso 1976-1983, recibió —junto con sus cinco colegas que integraron la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal durante ese proceso— un homenaje unánime del Honorable Senado de la Nación.
3. Designado por decreto del Poder Ejecutivo nacional teniente auditor *honoris causa* del Ejército Argentino.
4. Miembro del Consejo Asesor Honorífico de Notables del Observatorio de la Democracia, Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Centro para la Participación y el Control Ciudadano).
5. Condecorado como Benemerito della Scienza e della Cultura por el Gobierno de Italia, por decreto del 8/3/2001.
6. Premio B'nai B'rith de Derechos Humanos, 15/10/2002.



Se terminó de imprimir en la 1ra quincena de octubre de 2012  
en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I. - Bernardino Rivadavia 130  
Avellaneda - Provincia de Buenos Aires - República Argentina



