

# REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA

---

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •  
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •  
EJECUCIÓN DE LA PENA

## **DIRECTOR**

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

## **ÁREA PROCESAL**

MIGUEL A. ALMEYRA

## **COMITÉ ACADÉMICO**

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (ARGENTINA 1923-2011)

CARLOS JULIO LASCANO (ARGENTINA)

LOLA ANIYAR DE CASTRO (VENEZUELA)

LUIS ARROYO ZAPATERO (ESPAÑA)

DAVID BAIGÚN (ARGENTINA)

NILO BATISTA (BRASIL)

ROBERTO BERGALLI (ARGENTINA)

JORGE DE LA RUA (ARGENTINA)

EDGARDO ALBERTO DONNA (ARGENTINA)

LUIGI FERRAJOLI (ITALIA)

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)

JULIO B. J. MAIER (ARGENTINA)

SERGIO MOCCIA (ITALIA)

FRANCISCO MUÑOZ CONDE (ESPAÑA)

ESTEBAN RIGHI (ARGENTINA)

GLADYS ROMERO (ARGENTINA)

NORBERTO SPOLANSKY (ARGENTINA)

JUAREZ TAVARES (BRASIL)

JOHN VERVAELE (HOLANDA)

THOMSON REUTERS

**LA LEY**

## **COORDINADORES**

MATÍAS BAILONE

RODRIGO CODINO

## COMITÉ DE REDACCIÓN

GABRIEL IGNACIO ANITUA  
FERNANDO ARNEDE  
ALEJANDRO ALAGIA  
JAVIER IGNACIO BAÑOS  
RICARDO BASÍLICO  
MARÍA LAURA BÖHM  
MARIANO BORINSKY  
JOSÉ ANGEL BRANDARIZ GARCÍA  
SEBASTIÁN CABEZAS CHAMORRO  
ROBERTO MANUEL CARLÉS  
CARLOS CARAMUTI  
CARLOS CHIARA DÍAZ  
HORACIO DIAS  
JAVIER DE LA FUENTE  
DANIEL ERBETTA  
ADRIÁN FERNÁNDEZ  
RUBÉN E. FIGARI  
GABRIELA GUSIS  
MARIANO GUTIÉRREZ  
AGUSTINA IGLESIAS

JAVIER DE LUCA  
MANUEL MAROTO CALATAYUD  
JULIANA OLIVA  
GRACIELA OTANO  
JORGE PALADINES RODRÍGUEZ  
NELSON PESSOA  
GABRIEL PÉREZ BARBERÁ  
MARCELO RIQUERT  
GUIDO RISSO  
JOSÉ SAEZ CAPEL  
CRISTINA SÁNCHEZ HENRÍQUEZ  
MÁXIMO SOZZO  
SERGIO TORRES  
RENATO VANELLI  
FELIPE VILLAVICENCIO  
JULIO VIRGOLINI  
VERÓNICA YAMAMOTO  
MYRNA VILLEGAS DÍAZ  
ROMINA ZARATE  
DIEGO ZYSMAN QUIRÓS

### CON EL AUSPICIO DE

### ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA (ALPEC)

#### **Criterios uniformes para el envío de colaboraciones**

Los trabajos de doctrina y/o comentarios jurisprudenciales deben ser remitidos vía e-mail a [laley.penal@thomsonreuters.com](mailto:laley.penal@thomsonreuters.com) Los mismos deben ir acompañados del curriculum vitae del autor y sus datos de contacto.

ISSN: 0034-7914

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: 5074195

IMPRESO EN LA ARGENTINA - Propiedad de La Ley Sociedad Anónima - Tucumán 1471 - CP1050AAC - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina - Tel.: (005411) 4378-4841

**Nota de la Dirección:** las opiniones vertidas en los comentarios firmados son privativas de quienes las emiten.

### **3 AÑOS DE LA REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA (RDPyC)**

Con este número de la Revista de Derecho Penal y Criminología llegamos a los tres años de su nueva etapa, con periodicidad mensual, y a una cantidad muy importante de suscriptores. Ello da cuenta de la consolidación de un proyecto de carácter científico y humanístico sobre los alcances descriptivos y prescriptivos de las ciencias penales en Argentina y la región.

Es por ello que este festejo da cuenta de un innegable, y exitoso, presente, de cuya utilidad queremos decir algo. Pero, antes de ello, insistir que este presente sería imposible sin estar basado en un reconocimiento y memoria sobre el pasado.

Esa memoria nos es transmitida muy generosamente por quienes integran el comité académico, y de entre quienes hemos sufrido, en este plazo no tan largo, ya las lamentables pérdidas de Eduardo Aguirre Obarrio y Gladys Romero, entusiastas ambos de este proyecto editorial.

Proyecto que, además, se coloca en la senda de varios de los que lo precedieron. En particular aquel que hace 45 años se iniciaba bajo la misma editorial La Ley, por el profesor Don Luis Jiménez de Asúa. Esa publicación terminó abruptamente aunque, como todo lo que tiene que ver con la vida, más que terminar deberíamos decir que continuó de variadas formas y con suertes dispares, que en gran medida daban cuenta de las diferencias y problemas de la historia de nuestro país. Esas experiencias son las que sirvieron para nuestras distintas formaciones académicas y profesionales. De ellas aprendimos.

Con la intención de unir, dejar de lado o superar, esas diferentes sensibilidades, y recuperar a la vez esas tradiciones y sus producciones, nos propusimos construir este espacio que, ya con estos tres años, podemos decir que está consolidado.

Y es que, sin olvidar ese pasado, nuestras miras se focalizaban, y se focalizan, privilegiadamente en el futuro. Está pensando en los lectores, y en lo que pueden hacer ellos con los materiales aquí ofrecidos. En que también puedan apropiarse de este espacio: aprenderlo y aprender de él, haciéndolo suyo.

Esta revista responde a la preocupación constante de la Dirección, Coordinación y de los Comités Académicos y de Redacción, de poner en manos de estudiantes, docentes, funcionarios y abogados, herramientas útiles que les permitan contribuir, desde nuestros ámbitos del saber y del quehacer, para el desarrollo de una Argentina justa, igualitaria, y libre de violencia.

Pensamos este espacio como un lugar de encuentro, público, en el sentido de abierto a quienes quieran aprovecharlo. Pero no desde una perspectiva individualista o egoísta.

La información que aquí se brinda guarda un valor que es fundamental en la formación y actualización de los profesionales, pero ello no tendría sentido si no repercute en la solución a los problemas de la población, de todos los seres humanos de quienes deben garantizarse sus derechos.

Es por ello que este espacio abierto es también un lugar que se asume con intenciones, con propuestas. Con ideas que no pueden dejar de ser críticas. Críticas como forma de estudio y descripción de la realidad jurídico-penal. Pero también críticas para permitir su transformación cuando esas realidades vulneren los derechos humanos y convaliden abusos.

Celebramos, entonces, el presente del espacio que permite encontrarnos. Y agradecemos a los lectores que nos han acompañado hasta aquí, y al estar presentes son los que posibilitan su existencia y futuro. Agradecemos especialmente a los autores que participaron o van a participar en el futuro en esta publicación, sin los cuales esta empresa sería del todo imposible.

**El Comité de Redacción**

# SUMARIO

## **DERECHO PENAL**

---

### DOCTRINA

- ¿Derecho penal humano o inhumano?  
Por **Eugenio Raúl Zaffaroni** ..... 3
- Análisis causal y adscripciones de acción  
Por **Urs Kindhäuser** ..... 16
- Incumplimiento del deber alimentario e impedimento de contacto con los hijos menores como formas de violencia familiar  
Por **Carlos Julio Lascano** ..... 38

## **CRIMINOLOGÍA**

---

### DOCTRINA

- Gerencialismo y políticas penales  
Por **José Ángel Brandariz García** ..... 51
- Acusatorio y punitivismo: la triste historia de nuestras victorias garantistas (Parte 1)  
Por **Mariano H. Gutiérrez** ..... 70

## **ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL**

---

### DOCTRINA

- Los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social en el Anteproyecto de Código Penal de 2014  
Por **Marcelo A. Riquert** ..... 87

Teoría de la legislación y reforma de la ley penal  
Por **Sebastián Van Den Dooren**..... 98

Principio de culpabilidad e individualización de la pena: un ensayo sobre la lesividad del bien jurídico como pauta de perforación del mínimo de las escalas penales. ¿Es posible extender este criterio a los supuestos de extrema vulnerabilidad del agente?  
Por **León Gordon Avalos**..... 117

## **DERECHO PROCESAL**

### DOCTRINA

Víctimas y publicidad del juicio penal. Algunas reflexiones democráticas  
Por **Juan Carlos Rúa** ..... 135

## **POLÍTICA CRIMINAL**

### DOCTRINA

La prisionización bonaerense (1998-2013). (Primera parte)  
Por **Ricardo S. Favarotto**..... 153

Tomar partido: ¿control o libertad?  
Por **Julio E. S. Virgolini** ..... 168

## **PENAL ECONÓMICO**

### DOCTRINA

De la ética pública al *public compliance*. Sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas  
Por **Adán Nieto Martín** ..... 185

La reforma introducida por la ley 26.524 ¿solucionó los problemas dogmáticos que presentaban los arts. 200 y sigs. del CP vinculados con la responsabilidad penal por el producto?  
Por **Eugenio C. Sarrabayrouse** ..... 201

## **ANIVERSARIO**

### DOCTRINA

Las publicaciones periódicas de divulgación científica en nuestra materia: los tres años de la Revista de Derecho Penal y Criminología  
Por **Matías Bailone**..... 227

Adiós a las revistas jurídicas  
Por **Fred Rodell** ..... 229

El renacimiento de las revistas de Derecho Penal, Criminología y Ciencias Penales allende Los Andes  
Por **Jean Pierre Matus Acuña** ..... 233

## **BIBLIOGRAFÍA**

---

- Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social. Debates en Criminología crítica y Sociología jurídico-penal, por Autores Varios, dirigido por Iñaki Rivera Beiras. Comentado por **Matías Bailone** ..... 241
- Il principio di precauzione nel Diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale, por Emanuele Corn. Comentado por **José Luis Guzmán Dalbora** ..... 242



# DERECHO PENAL

---



## ¿Derecho penal humano o inhumano?

POR EUGENIO RAÚL ZAFFARONI (\*)

**Sumario:** 1. El programa único. — 2. Verificación histórica. — 3. El progreso de los límites al poder punitivo. — 4. La antropología constitucional. — 5. La diferencia con el derecho penal liberal. — 6. Los caracteres que señala el empirismo histórico. — 7. El realismo cognoscitivo. — 8. La realidad constitucional. — 9. El carácter político de la ciencia jurídica. — 10. Una ciencia jurídico-penal crítica y partisana. — 11. Constitucionalizar el derecho penal. — 12. Personalización del derecho penal. — 13. Intrascendencia y eticidad. — 14. Autonomía moral. — 15. No hay ciencia penal políticamente neutra. — 16. El peligro de disolución de la dogmática. — 17. El derecho penal humano como reacción. — 18. La pregunta prioritaria: ¿pena o contención? — 19. La capacidad de contención jurídica humana. — 20. La investigación del derecho penal inhumano. — 21. La dogmática políticamente neutra. — 22. La dogmática penal importada en su origen. — 23. Las pulsiones inhumanas y el poder planetario. — 24. Rasgos comunes de la actual pulsión inhumana. — 25. Los superiores e inferiores en la *globalización*. — 26. El marco general de la *globalización*. — 27. Conclusión abierta.

### 1. El programa único

La historia no se acaba ni se repite, aunque es posible verificar algunos elementos de permanencia. Entre los más notorios se cuentan los episodios de masacres estatales, genocidios u homicidios alevosos masivos cometidos por agencias del poder punitivo de los estados y que, pese a tener lugar en marcos culturales muy diferentes, respondieron siempre a una misma *estructura básica* de pensamiento, tanto para su previo condicionamiento como para su posterior legitimación. Esta afirmación es válida a condición de entender por *estructura básica* algo semejante a un programa de computación, que se puede alimentar con datos culturales muy diferentes, aunque el programa no varíe.

Este programa clasifica a los seres humanos en *propios* y *extraños*. En tanto que los *propios* están organizados en forma orgánica o sistémica (tiende a imaginarse como un panal de abejas o un hormiguero), los *extraños* son seres humanos inferiores (no personas) y en proporción creciente pasan a

ser directamente *enemigos* (naturales). Dentro del grupo propio también surgen *traidores*, que no aceptan ser abejas u hormigas y son considerados *parásitos* o *degenerados* a quienes también se los *declara enemigos* (*declarados*). Además, en el grupo de los propios surgen conflictos hegemónicos que tienen *ganadores* y *perdedores*; a estos últimos se los suele pasar a la categoría de *traidores*.

El poder punitivo que corresponde a este modelo tendrá por función eliminar a los enemigos, sean *naturales*, *declarados* o *perdedores*; su tarea de aniquilamiento concluirá en la masacre de estos *menos humanos* (o no personas) que desde fuera o desde dentro procuran destruir el supuesto orden orgánico *natural* del grupo de los propios. *Propios*, *extraños*, *enemigos*, *traidores* y *perdedores* son categorías comunes en toda masacre estatal desatada, como también en las ideologías que pretenden marchar hacia ella en forma preparatoria.

Cabe consignar que la *organicidad sistémica del grupo de los propios* siempre requiere un *elemento mítico-idolátrico* más o menos acentuado; contra el ídolo se alza el mal cósmico y el poder punitivo es el rayo de contención de la amenaza cósmica, que refleja la omnipotencia del ídolo y asume función mágica.

(\*) El presente texto corresponde a las notas de la conferencia pronunciada en junio de 2014 en el Max Planck Institut für ausländisches und Internationales Strafrecht, Freiburg i. Br., Alemania.

## 2. Verificación histórica

Todo esto es empíricamente verificable a lo largo de la historia:

(a) En la Roma imperial los *proprios* eran los ciudadanos del imperio, los *extraños* eran los bárbaros, los esclavos y los colonizados; los *enemigos*, los cristianos, los *traidores*, los conversos al cristianismo, y los *perdedores* los que fracasaban en sus tentativas de golpes de estado contra los sucesivos generales que se hacían llamar *emperadores*. El componente *mítico-idolátrico* era la religión (adoración del estado) y la divinidad del emperador.

(b) En la inquisición romana los *proprios* eran los fieles al Papa, los *extraños* eran un ejército heterogéneo: curanderos, curas que practicaban exorcismos sin permiso, simples magos, etc. Los *enemigos* eran los herejes, las brujas y todos los que desconocían la autoridad papal. *Perdedores* eran los nobles y los señores remisos o peleados con el papa; un buen ejemplo fueron los caballeros Templarios. El elemento *mítico* era *Satán* —que en hebreo significa *enemigo*— convertido en un ídolo negativo (un *anti-Dios* en visión maniquea) que obligaba a matar en nombre del *Dios bueno* que, sin embargo, había sido sacrificado por el propio poder punitivo.

(c) Para la inquisición ibérica, los *proprios* eran los cristianos viejos, *extraños* fueron los infieles colonizados y en escasa medida los islámicos conquistados; *enemigos* eran los judíos; *traidores*, los herejes, judaizantes y no delatores; *perdedores* fueron los que confrontaron con la autoridad real. El elemento *idolátrico* fue el mismo *Satán* en visión maniquea.

(d) El reduccionismo biologista neocolonizador reconoció como *proprios* a los blancos europeos de clase media y alta y a los de clase trabajadora europea sumisa; *extraños inferiores* eran los neocolonizados; *enemigos naturales* fueron las clases peligrosas urbanas, la Comuna de París, los anarquistas, los socialistas y los rebeldes coloniales; *traidores (enemigos declarados)* eran los blancos europeos socialistas y anarquistas; *perdedores* eran las clases urbanas envidiadas (antisemitismo, caso Dreyfus). El elemento *mítico-idolátrico* fue panteísta, con algunos curiosos desarrollos espiritualistas.

(e) Para el fascismo italiano los *proprios* eran los nacionalistas obedientes al estado y al Duce; *extraños* eran los colonizados; *enemigos*, los anarquistas, socialistas y comunistas; *traidores* los disidentes (liberales y republicanos) que no pertenecían a la categoría anterior; *perdedores* fueron algunos como el conde Ciano. El elemento *mítico-idolátrico* fue la renovación del culto al estado como restauración de la grandiosidad del imperio romano.

(f) Para el nacionalsocialismo los *proprios* eran los alemanes arios, los *extraños* los no arios y los arios no alemanes; los *enemigos*, los judíos, gitanos y homosexuales; los *traidores*, los alemanes arios anti-nazis (socialdemócratas, republicanos); *perdedores* fueron Röhm, los autores del atentado de 1944, Rommel, etc. Elemento *mítico-idolátrico* fue la *deificación* de la raza *superior* creada diferente por el propio Dios.

(g) Para el estalinismo los *proprios* eran los miembros del partido y los proletarios conscientes; los *extraños* eran los proletarios aún no conscientes; *enemigos* eran los burgueses, los campesinos resistentes y los nacionalistas; *traidores* fueron Trotsky y sus partidarios; *perdedores*, las víctimas de las purgas de 1936-1938. El elemento *mítico-idolátrico* era el mesianismo, el comienzo de la historia, la etapa superior del comunismo.

(h) En las dictaduras de seguridad nacional sudamericanas los *proprios* eran los occidentales y cristianos; *extraños*, los indiferentes; *traidores*, los críticos y los denunciadores de sus crímenes; *enemigos*, los subversivos; *perdedores*, algunas víctimas de la lucha hegemónica. El elemento *mítico-idolátrico* era su misión de cruzada cósmica contra el comunismo internacional en medio de una guerra universal.

## 3. El progreso de los límites al poder punitivo

El fatigoso avance de la contención del poder punitivo en forma de derecho penal de garantías no se desarrolló históricamente por maduración y reflexión, sino como resultado del pánico generado por las masacres. El derecho penal *liberal* de la modernidad como ideología y conjunto de principios nació del *miedo* y el horror ante los excesos del *antiguo régimen*. La Declaración Universal se adoptó tímidamente ante los escombros de Europa, los ataques nucleares y millones de cadáveres. La incorporación de los instrumentos de

Derechos Humanos en el inc. 22° del art. 75 de la Constitución argentina se impuso en 1994 bajo la impresión del horror de los desaparecidos, los ejecutados y los torturados de quince años antes.

#### 4. La antropología constitucional

El art. 1° de la Declaración Universal se sintetiza en el numeral 2° del art. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: *persona es todo ser humano*. De este modo, el derecho internacional y nuestro derecho constitucional se posicionaron contra la jerarquización de seres humanos, propia de todos los procesos históricos que culminaron en masacres ejecutadas por un poder punitivo destinado a aniquilar *inferiores, subhumanos, no humanos o no personas*. Se trata de una clara *definición antropológica*.

La norma *todo ser humano debe ser considerado y tratado como persona* impone el deber de considerar jurídicamente única a la especie humana. La falla biológica que nos hace nacer con el equipo instintivo mucho menos completo que el de los restantes animales nos ha obligado a declarar legislativamente la *especificidad humana*. La *conciencia de especificidad* fue promovida desde milenios, con frecuencia por las grandes y las pequeñas religiones, pero incluso éstas fueron manipuladas para retacearla o negarla, hasta que los horrores derivados de su negación provocaron su inclusión como norma fundamental del derecho constitucional e internacional.

Por consiguiente, la antropología constitucional (jurídica) argentina se deriva de las referidas normas y de las demás que la apuntalan desde el texto originario de 1853-1860, entre las que sobresale el art. 19°, CN. Este plexo normativo (originario e incorporado en 1994) manda establecer o interpretar el orden jurídico conforme a la premisa de que todo ser humano es una *persona*, en pie de igualdad en cuanto a *dignidad y derechos*, o sea que el derecho argentino *debe ser un derecho humano*. El derecho penal argentino, por lo tanto, por mandato constitucional debe ser un *derecho penal humano*.

Este mandato constitucional está dirigido tanto al legislador como al juez. En un estado constitucional de derecho con control difuso de constitucionalidad, es deber del juez interpretar las leyes penales conforme a la antropología constitucional y, en caso de incompatibilidad plena, declarar su

inconstitucionalidad. La ciencia jurídico-penal argentina tiene por misión proyectar sistemas de interpretación ofrecidos a los jueces para hacer previsibles sus decisiones, siempre en el marco del mandato supremo.

#### 5. La diferencia con el derecho penal liberal

Dado que el *derecho penal humano* incorpora todos los límites señalados por el llamado *liberal*, cabe preguntarse cuál es la diferencia entre una ciencia jurídica construida para el primero y la elaborada por los *padres liberales* del derecho penal de la modernidad y que se suele reiterar hasta el presente. Aunque el *derecho penal humano* requiere más contenidos que el *liberal*, lo cierto es que las disparidades no se hallan tanto en sus enunciados formales sino, ante todo, en cuanto (a) a su fuente y (b) a su naturaleza.

(a) Por lo general, los *padres fundadores*, ante la ausencia de constituciones o la precariedad de éstas, imaginaron un *estado liberal* teniendo como fuente la *filosofía* o la *razón*, y de allí dedujeron la función que *debe tener* la pena y, sobre la base de esta función deducida (imaginada), elaboraron los límites que impone su *derecho penal liberal*. Por ende, fueron *jusnaturalistas*, deduciendo los límites *humanos* del plano metajurídico o filosófico, del que antes habían partido para imaginar su modelo de estado.

La ciencia jurídico-penal, conforme al *derecho penal humano* de nuestros días, no tiene ninguna necesidad práctica de recurrir al plano metajurídico, pues el principio *humano* es parte y base fundamental de todo el derecho positivo. No cabe negar con esto la importancia de la discusión entre *jusnaturalistas* y *positivistas* en el plano filosófico-jurídico, pero, al menos mientras se conserven las vigentes leyes internacionales y constitucionales, el mandato de la antropología jurídica reduce la trascendencia práctica de otrora.

(b) Por otra parte, en cuanto a su naturaleza, la ciencia penal *humana* no puede proceder ahora por *deducción* de un modelo de estado, sino por vía de un *empirismo histórico*, dado que en la realidad histórica el *derecho penal humano* se ha formado —y sigue siendo la contratara— del *derecho penal inhumano* que conduce a un ilimitado ejercicio del poder punitivo que si no se detiene desemboca en masacre.

## 6. Los caracteres que señala el empirismo histórico

Desde este *empirismo histórico* se verifica que el *derecho penal inhumano* no está muerto, sino que goza de muy buena salud. Nuestros estados de derecho reales no son nunca del todo como *deben ser* conforme a las constituciones. En nuestras sociedades siguen conviviendo *pulsiones* inhumanas, pujando o resistiendo para que en el plano del *ser* no se realice, se detenga o se retrase su aproximación al *deber ser* constitucional.

Esto es así porque lo penal refleja una confrontación jurídica y política más amplia: la *pulsión inhumana* procura que todo el derecho ignore la estratificación y la exclusión social, que apunte a una distribución desigual de la renta y la acreciente y, para mantener el control de los excluidos, que ejerza un poder punitivo mayor en intensidad y selectividad, que desconozca la condición de persona de los desfavorecidos.

La pugna entre la contención humana del poder punitivo y su expansión inhumana (*derecho penal humano e inhumano*) no es más que la expresión penal del juego pulsional interno de todo estado real o histórico, que no puede evitarse, puesto que tiene por base óptica la siempre desigual distribución de la renta, dado que no hay sociedad que no sea en alguna medida estratificada.

La tendencia a conservar y aumentar los privilegios de los que se benefician con la distribución inequitativa de la renta, en perjuicio de las clases subalternas, hace que demanden siempre un mayor control de éstas, mediante la expansión del poder punitivo. Debido a la estratificación social nunca pueden desaparecer por completo las *pulsiones inhumanas*, porque siempre habrá privilegiados y desfavorecidos, alimentando *pulsiones* encontradas.

El estado es una arena política en la que luchan las *pulsiones* del *derecho humano* por contener las del *derecho inhumano*, ambas con sus correspondientes tendencias a la reducción y a la expansión del poder punitivo y de su selectividad. El mandato que surge de la antropología constitucional señala al intérprete jurídico el lugar que debe ocupar en este escenario, o sea, qué *pulsión* debe promover.

## 7. El realismo cognoscitivo

Otro inconveniente del procedimiento deductivo del *derecho penal liberal clásico* es que, al

menos tendencialmente, es refractario a una teoría del conocimiento realista. Se orienta de preferencia hacia el idealismo cognoscitivo pues, partiendo de la imagen del estado de derecho tal como *debe ser*, deduce cómo *debe ser* la pena o todo el poder punitivo de ese estado y, a partir de esas premisas, construye su sistema, quedándose siempre en el plano del *deber ser* del estado y de la pena (en cómo imagina el teórico que *debe ser* la pena conforme a su idea del Estado de derecho acorde a su cosmovisión), sin ocuparse para nada de lo que *la pena es conforme se lo muestra la ciencia social*.

Lo grave de esta metodología es que se la emplea para construir un sistema destinado a que los jueces apliquen penas que en la realidad nunca son como *deben ser* y lo hagan en nombre de un estado que tampoco es del todo como *debe ser*.

## 8. La realidad constitucional

Dado que el *derecho penal humano* confronta continuamente con el *inhumano*, nada es estático en este panorama, pues si bien existe una Constitución escrita (*Verfassung*) que establece normas y principios (un *deber ser constitucional*), hay una *realidad constitucional* (*Verfassungswirklichkeit*) que no es normativa sino sociológica, que muestra en qué medida esas normas (*deber ser*) se realizan en la realidad del *ser social*, lo que depende de la posición que en cada momento haya logrado cada una de las *pulsiones* (*humana e inhumana*) en permanente contradicción.

Cuando se desconoce que *Constitución, realidad constitucional y grado de realización constitucional* son diferentes niveles, se cae en extremos reduccionistas, ya sean *normativista* o *sociologista*, ninguno de los cuales es útil para los jueces cuya función es sentenciar, o sea, realizar actos de poder, de gobierno, políticos, conforme a los valores y a la antropología constitucional: la lógica no es ontológica, ni del *ser* sale el *deber ser*.

## 9. El carácter político de la ciencia jurídica

Si no se puede negar que las sentencias judiciales son por esencia actos de gobierno y, por ende, *políticos* (gobierno de la *polis*), tampoco podrá caber duda acerca de que la ciencia jurídico-penal también es política, pues aspira a proyectar actos judiciales. No es posible concebir la ciencia penal como *políticamente neutra*, cuando su misión

constitucional es precisamente la de confrontar con las pulsiones de resistencia o embates del *derecho penal inhumano*. No se trata de una opción libremente asumida y, por tanto, muy discutible, sino de un mandato constitucional que impone el deber de impulsar continuamente el estándar de *realización constitucional*.

### 10. Una ciencia jurídico-penal crítica y partisana

Pero, además, si el *derecho penal humano* debe promover la realización constitucional confrontando con las pulsiones inhumanas, se le impone evaluar permanentemente el grado de esta realización (*Verfassungsverwircklung*) en el plano del *ser social* y someterlo a crítica, o sea, que no puede ser sino un *derecho penal crítico*. Pero si debe *impulsar la realización constitucional* en pugna con las pulsiones inhumanas, este derecho penal crítico debe ser también *partisano*, activo, militante, no puede ser neutro ni estático entre poderes en pugna dinámica.

En síntesis: la ciencia jurídica que corresponde al *derecho penal humano* debe: (a) alimentarse del empirismo histórico, (b) moverse en un marco de realismo gnoseológico, (c) asumir el compromiso político que le asigna la Constitución, (d) ser un crítico atento del grado de realización constitucional y (e) ser partisano y dinámico frente a las pulsiones inhumanas.

¿Nos lleva esto a Carl Schmitt? Es un interrogante que se impone ante el carácter *partisano* del *derecho penal humano*, pero la respuesta debe ser rotundamente negativa.

En principio, para Schmitt el *derecho penal humano* (*liberal*, decía el *Kronjurist* del *Dritte Reich*) no existiría, el único poder político era el de elegir al *enemigo*, como condición de su esencia. Todo otro poder era negación de lo político. Al afirmar el carácter *crítico y partisano* del derecho penal *humano* no se elige un *enemigo*, sino que se afirma la presencia de una contrapulsión que enfrenta al que elige a un *enemigo*. Quienes impulsan un derecho penal *inhumano* (incluso los propios criminales masacradores) son personas, no son inferiores ni subhumanos, no son *enemigos*, sino sólo impulsores de una pulsión siempre presente en la historia. Nadie pretende aniquilarlos y ni siquiera vencer definitivamente una pulsión *in-*

*humana* pero hasta ahora inevitable; no se aspira a integrar ningún sistema ni organismo separado, coexiste con ellos en la misma sociedad y bajo la misma Constitución.

Tampoco se debe caer por ello en una lectura pesimista de la historia que la muestre como una ininterrumpida cadena de homicidios alevosos masivos. Ejercer partisanamente la contención de esta pulsión y permanecer crítico frente a sus signos no implica afiliarse a una antropología pesimista sino, en términos freudianos, ponerse del lado de Eros en contra de Tánatos.

### 11. Constitucionalizar el derecho penal

La ciencia jurídica propia del *derecho penal humano* no puede imponerse en nuestros días otra tarea que la de *profundizar e impulsar la constitucionalización del derecho penal conforme a su más elemental premisa antropológica*. Nadie debe interpretar una ley argentina considerando a alguien como *no persona* ni como *menos persona*. A primera vista parecería que esto es demasiado general y poco concreto, pero no es así ni requiere perderse en finas discusiones metajurídicas, sino mantenerse dentro de los términos del derecho positivo vigente, a condición de que no se lea la Constitución como un mero enunciado de algunas reglas limitativas expresas, sino entendiendo que *constitucionalización* significa *personalización* (toda norma debe entenderse conforme al marco general de que *todo ser humano es una persona*).

### 12. Personalización del derecho penal

El concepto de *persona* no es *normativizable* a gusto del intérprete, pues si lo fuese la Declaración Universal y la Constitución no serían normas sino fórmulas huecas e inservibles, dado que cada intérprete —y cada estado— podría declarar *personas* sólo a sus amigos y *no personas* a sus enemigos. Para eso debería declarar *no humanos* o *menos humanos* a sus enemigos, con lo que estaría desconociendo un dato óntico o *natural*, derivado de la biología y no manipulable a antojo.

Para considerar que las disposiciones constitucionales que prescriben que todo ser humano es persona encierran *materia* normativa y no meramente declamatoria (o sea que de su enunciado se derivan *deberes*), debe entenderse que tienen un *contenido*, cuya extensión puede ser más o menos amplia, siendo la más amplia la biológica,

que considera *ser humano* como sinónimo de *vida humana*. La interpretación conforme a este contenido se impone porque es la de máxima amplitud. No se trata de una decisión arbitraria ni deducida de fundamentos metajurídicos, sino que se impone por aplicación del propio derecho positivo, es decir, en función de la regla interpretativa legalmente impuesta en el derecho internacional de los derechos humanos: la llamada *cláusula pro homine*.

Toda posible discusión será respecto de los límites (cuándo comienza o termina el ser humano), pero no en cuanto al contenido, respecto del cual deberá considerarse que la *vida humana* es el sustrato óntico indispensable como proveedor de su alcance normativo.

Al margen de la racionalidad y la legalidad interpretativa antes señalada, median razones históricas que refuerzan el anclaje óntico-biológico del concepto de *ser humano* y, por transición, de *persona*, dado que es sabido que la Declaración Universal de 1948 se proclamó como un cambio de paradigma respecto del biologismo *jerarquizante*, que postuló la existencia de *vidas sin valor vital* o con menos valor que otras. A este *biologismo jerarquizante o discriminatorio* se le opuso el paradigma contrario: donde hay vida (biológica) hay un ser humano y, por ende, una persona que *debe ser tratada como tal en cuanto a dignidad y derechos*.

El concepto *humano* de la antropología constitucional argentina impone al Estado el montaje de un orden jurídico programado en función de la realización de la *persona*; el derecho argentino prohíbe que se use a una persona como instrumento o herramienta al servicio de ídolos que estén *más allá de la persona misma*. La antropología constitucional impone a todo el derecho argentino su *intrascendencia de la persona*.

### 13. Intrascendencia y eticidad

Si llamamos *derecho penal humano* al que se somete a la regla básica de la antropología constitucional y *derecho penal inhumano* al que la desconoce, por lógica el primero siempre es intrascendente y el segundo trascendente. Al rechazar el principio humano, el *derecho penal inhumano* considera que hay seres humanos que no son personas y, por ende, los pone al servicio

de los que considera personas, racionalizando esa subordinación jerárquica con la invocación de algún ídolo trascendente, como se ha demostrado antes.

Las cláusulas constitucionales no son ajenas a la ética: el tratamiento como *persona* tiene consecuencias éticas, el estado que no se esfuerza por realizar la Constitución en ese sentido está favoreciendo un trato inhumano no sólo jurídico sino también ético, pues proclama frontalmente una normatividad que no trata de llevar a la práctica, se convierte en un *estado Tartufo*. Por ende, el *derecho penal humano* es también ético, en el sentido de que debe atizar críticamente una exigencia de *etización del poder punitivo estatal*.

### 14. Autonomía moral

El *derecho humano* debe respetar la *autonomía moral* (conciencia de lo bueno y de lo malo) de la persona como dato inherente a su *condición desarrollada* y en la medida de este desarrollo, por mandato del art. 19° CN, que completa y armoniza con las disposiciones internacionales. El reconocimiento de la conciencia moral de todo ser humano es condición de su respeto como persona. El poder que invade el ámbito de la moral individual es profundamente inmoral, pues niega la posibilidad de la elección moral de la persona.

Pero esto no obsta a sostener firmemente que la *vida humana* (persona) existe aunque su completo desarrollo vital aún no se haya alcanzado, ni pueda alcanzarse o se haya perdido. Se trata de otro concepto *no arbitrariamente normativizable*, sino con un anclaje óntico de carácter bio-psíquico no susceptible de limitación política ni cultural.

El derecho argentino, como *derecho humano* por imposición constitucional, no puede admitir la *vida sin valor vital*, ni desconocer la condición de persona por no compartir la cultura, los valores dominantes, las ideologías políticas, las cosmovisiones, por no alcanzar su pleno desarrollo ni por ningún otro pretexto.

### 15. No hay ciencia penal políticamente neutra

Sin lugar a dudas, la función de la ciencia jurídico-penal conforme al *derecho penal humano* es claramente política, toda vez que los manda-

tos constitucionales tienen esa naturaleza, pues son parte del estatuto político de la República. La defensa de la persona y la resistencia a las pulsiones que pretenden negar esa condición a algunos seres humanos es claramente una tarea política, en la que al derecho penal le incumbe un rol fundamental.

La Constitución ordena un *deber ser que debe ser en la sociedad*, de modo que el derecho penal humano sólo puede ser realista y valerse críticamente de los datos de la realidad social, sin los cuales es imposible cualquier crítica en el auténtico sentido de la expresión. Los preceptos constitucionales no se sancionan para dejarlos navegando en el vacío social, sino para que se vayan realizando en la sociedad.

El objetivo político humano está claramente señalado en la ley constitucional y, conforme a la propia Constitución Nacional, no sería admisible en nuestro derecho positivo una ciencia jurídico-penal políticamente *neutral* o vacía de contenido político.

No obstante, bueno es señalar que esta *ciencia jurídico-penal neutral* tampoco puede existir, porque pretender que un programa político (dirigido a ser adoptado por un poder del Estado) sea políticamente *neutral* es una contradicción en los términos, como negación de su propia esencia. Poco importa que su naturaleza política sea o no reconocida por sus teóricos, pues esto no altera algo que está en la propia esencia de su función.

### 16. El peligro de disolución de la dogmática

Cuando se sostiene la viabilidad de esa supuesta *neutralidad*, lo que en verdad se hace es proponer programas políticos que pretenden prescindir de objetivos políticos. Como ningún programa político puede prescindir de esos objetivos, en la práctica terminan asumiendo esa función las meras reglas metodológicas.

Como es sabido, la ciencia penal latinoamericana es tributaria de la dogmática jurídico-penal europea continental y principalmente alemana. Cuando se adopta la dogmática jurídico-penal para construir sistemas interpretativos con pretensión de neutralidad, lo que en realidad se hace es dejar de lado o subestimar el mandato antropológico constitucional, pero como ese lugar no puede quedar vacío, pasan a primer término las

que no son más que meras reglas metodológicas. Al convertirse el método en ontología, es el camino y no el viajero quien fija el destino final: la construcción de un sistema, su completividad lógica (no contradicción), su capacidad para resolver casos y una cierta seguridad de respuesta dejan de ser condiciones del camino y pasan a ser metas internas del sistema mismo, es decir, la persecución de una coherencia por la coherencia misma.

Como todo universo admite una pluralidad de sistemas de comprensión que abarque todos sus elementos y no resulte contradictorio, la dogmática penal que eleva la metodología a ontología provoca un proceso de *disolución* que la lleva al fracaso en su función aseguradora (contribuir a la previsibilidad de las decisiones judiciales). Justamente por subestimar el objetivo político proveedor de sentido, la dogmática ofrece hoy una multiplicidad de sistemas técnicamente válidos, con lo que ha debilitado su capacidad de hacer previsibles las decisiones judiciales, para pasar a ofrecer a los jueces un número creciente de soluciones entre las que puede escoger casi a gusto. La dogmática penal parece convertirse en un recurso de la tópica.

Si bien la antropología constitucional orientadora de todo intento constructivo no excluye por completo la disparidad de respuestas, ésta será consecuencia de la dinámica propia de la confrontación pulsional, o sea, de diferentes soluciones que resultan de la mayor o menor *premura o velocidad* con que se quiera salvar la distancia que media entre la *normatividad* y la *realidad constitucional*, que es la lógica consecuencia de la dinámica de una jurisprudencia *progresiva* hacia la realización constitucional. Muy diferente es que un grupo de personas en un cruce de caminos decida separarse hacia los cuatro puntos cardinales, que si se mantiene unido hacia uno de ellos y sólo se separa porque unos se adelantan más que otros.

### 17. El derecho penal humano como reacción

Nuestro *derecho penal humano* debe partir de la antropología constitucional, pero las normas que la establecen no deben ser tomadas sólo como premisas para deducir consecuencias sistemáticas, sino también y principalmente consideradas como resultado de un proceso histórico. ¿A qué

necesidades respondió la sanción de esa norma básica? ¿Cómo se gestó en el tiempo?

Como se ha visto, al repasar la historia para responder esta pregunta, verificamos que hubo sucesivos *derechos inhumanos*, con su correspondiente ejercicio criminal del poder punitivo, en tanto que el *derecho penal humano* se fue configurando a su compás, acumulando experiencia de respuestas a los crímenes de su contrario. Sintéticamente se puede afirmar que el *derecho penal humano* es la respuesta a los millones de homicidios alevosos cometidos en el curso de la historia del ser humano sobre el planeta, por cierto que brevísima en relación con los tiempos biológicos y geológicos de éste.

No es posible ignorar que todos los homicidios alevosos masivos cometidos por los Estados fueron ejecutados materialmente por las agencias del poder punitivo, o sea, por policías o fuerzas armadas en función policial, con consentimiento, ausencia o impotencia de jueces. De esta manera, el poder punitivo y *el propio derecho penal se convirtieron en criminal*. El espanto que impulsó al derecho penal *humano* fue siempre causado por esta simbiosis del poder punitivo con el crimen. El derecho penal *humano se formó como respuesta a los crímenes del derecho penal inhumano*.

Como se ha visto, cuando Carl Schmitt afirmaba que la esencia de lo político se halla en la polarización *amigo-enemigo* y que *político* es sólo quien detenta el poder de elegir al *enemigo*, negaba al mismo tiempo toda entidad al liberalismo, el que consideraba como una incoherente sucesión de lo *no político*. Su concepto de lo *político* es inadmisibles, pues sólo son tales las manifestaciones de las pulsiones *inhumanas*, pero es históricamente correcto en cuanto a la formación de sus contrarios.

#### 18. La pregunta prioritaria: ¿pena o contención?

La verificación histórica de la génesis y la evolución del *derecho penal humano* nos indica que el camino metodológico no puede ser deductivo, o sea, que no cabe imaginar un estado de derecho perfecto y de allí deducir *cómo debe ser la pena en ese estado*, aunque quepa reconocer el valor heurístico de tales esfuerzos e investigaciones. Si conforme al empirismo histórico el *derecho*

*penal humano* se formó procurando contener el ejercicio del poder punitivo, no puede tener en él prioridad —y menos exclusividad— la pregunta sobre la hipotética función de la pena, sino que ésta pierde importancia y pasa al centro del escenario la cuestión de *cómo contener al poder punitivo*.

Además, si bien nunca quedó clara la función que cada autor asigna a la pena como *deber ser* para construir su sistema, menos aún se pueden reducir a una fórmula sus efectos y funciones que le descubre la sociología en la realidad social, lo que se acrecienta con la extraordinaria expansión y el uso prácticamente indiscriminado y casuístico de la legislación penal. El camino del liberalismo penal clásico y su confrontación ideológica con el derecho penal inhumano se centró en la pena, cuando la verdadera utilidad del primero fue la provisión de elementos argumentales de contención del poder punitivo.

#### 19. La capacidad de contención jurídica humana

Por cierto, la función de la dogmática penal es limitada: los crímenes del derecho penal inhumano no se contienen con la dogmática penal cuando se ha desatado la masacre, pues ésta opera sólo cuando hay jueces que contienen las pulsiones inhumanas, dado que es un programa dirigido a ellos. Cuando no hay o ha desaparecido la contención jurídica no hay espacio para una dogmática conforme al derecho penal humano, pues el poder punitivo arrasa todo, incluso a los jueces, como en el caso del Kmer Rojo camboyano.

Sin embargo, en algunos casos hay jueces, procedimientos más o menos complejos y dogmáticas o teorizaciones legitimantes de los crímenes del derecho penal inhumano y del poder punitivo descontrolado. Cuando en esos casos el nivel de elaboración discursiva es elevado, el derecho penal humano debe sacar partido de esas teorizaciones inhumanas para: a) individualizar los argumentos discursivos por donde penetra las defensas de su sistema; b) aprender a detectar esos argumentos como elementos negativos de las pulsiones inhumanas para valerse de los propios jueces, infiltrando la contención jurídica en la dinámica constante de los estados de derecho; c) perfeccionar su propio discurso de contención a

medida que descubre los puntos vulnerables de sus sistemas defensivos.

Teniendo en cuenta, pues, que el *derecho penal humano* se formó por reacción al *inhumano*, la dogmática penal políticamente orientada a la neutralización de las pulsiones inhumanas debe comenzar por profundizar el análisis de la que se desarrolló para racionalizar al derecho penal inhumano y no tanto, como en el liberalismo clásico, por imaginar un estado de derecho ideal, del cual deducir un *deber ser* de la pena, que nunca llega a ser en la realidad social. Las legitimaciones elaboradas del *derecho penal inhumano* son una fuente inagotable de experiencia para la permanente evolución de la dogmática penal *humana*.

## 20. La investigación del derecho penal inhumano

Con los objetivos señalados antes, es indispensable para el progreso del derecho penal *humano* profundizar la investigación del *inhumano*, pero con la advertencia de que esto tiene sentido, como se ha señalado, en la medida en que exista un espacio para que la dogmática jurídico-penal pueda ejercer su poder de contención jurídica.

No siempre que se ha desatado una masacre de múltiples homicidios alevosos estatales ésta ha sido precedida o legitimada con discursos jurídicos de cierto nivel de elaboración: no los necesitó el Kmer Rojo para fusilar a todos los jueces camboyanos, obviamente; tampoco parecen haber tenido mayor vuelo elaborativo los discursos de Vychinski. Esas masacres son de incuestionable interés histórico, pero su análisis no es útil a nuestros efectos, dada su pobreza discursiva en materia penal.

No obstante, hay dos momentos históricos en que las racionalizaciones legitimantes del derecho penal *inhumano* alcanzaron un altísimo nivel de elaboración teórica y que, por ende, son los que concentran nuestra atención: se trata de (a) la Inquisición (tanto romana como ibérica y, fundamentalmente de las teorías demonológicas y de la síntesis del *Malleus maleficarum*) y de (b) la dogmática penal alemana, especialmente entre 1933 y 1945. El material que ofrece la refinada elaboración del discurso jurídico de estos dos momentos, como legitimación de masacres y aberraciones,

no puede ser ignorado a la hora de construir las defensas del *derecho penal humano*.

Dado el considerable material que requiere tratar estos temas, no es posible resumir en este espacio las investigaciones a su respecto. No obstante, resulta importante al menos hacer una referencia a la dogmática penal alemana, por ser la fuente comparada más inmediata de la ciencia penal local y regional.

En varias ocasiones se ha hecho notar que, con demasiada frecuencia, en América Latina (a) hemos importado la dogmática penal alemana sin tener en cuenta su contexto sociopolítico, como si se tratara de sucesivos modelos en los que el más reciente supera al anterior. Desde el propio país de origen nos llegaba la pretensión del supuesto carácter *apolítico* de la dogmática penal, sobre lo que no hemos reflexionado mucho; y (b) tampoco se ha reparado muy profundamente entre nosotros sobre lo sucedido en la ciencia penal alemana entre 1933 y 1945, por lo que predomina la sensación de que se trata de una irrupción que no tiene contacto con las etapas precedentes ni posteriores, lo que hoy se cuestiona fuertemente en Alemania.

## 21. La dogmática políticamente neutra

La pretensión de neutralidad política de alguna dogmática alemana no es antojadiza, sino que responde a factores históricos de tres órdenes, pero que poco o nada tienen que ver con nuestra experiencia local y regional.

(a) En primer lugar, buena parte de la dogmática alemana se elaboró en condiciones políticas muy negativas, en las cuales esgrimir el argumento de la *cientificidad política aséptica* era casi una legítima defensa.

(b) En Alemania no puede subestimarse el peso de los dramáticos cambios de regímenes políticos y modelos de estado por los que ese país pasó en poco más de setenta años (imperio, revolución, república, totalitarismo, ocupación, República Federal enfrentada a la Democrática, reunificación). Si en ese tembladeral se pretende mantener la continuidad de la doctrina jurídico-penal, no queda otro recurso que proclamar su independencia de la política.

(c) En tercer lugar, fue la llamada *escuela de Kiel* la que sostuvo que la dogmática debía responder al modelo de estado por su inextricable vinculación con la política, lo que si bien es muy cierto, no es el mejor recuerdo para la penalismo alemán.

Ninguna de estas circunstancias se ha dado en el penalismo latinoamericano, donde más bien pesa en este aspecto la doctrina importada. Si bien se sufrieron múltiples accidentes políticos (intervenciones extranjeras abiertas o encubiertas, dictaduras, falsas democracias con proscripciones, etc.), casi siempre se presentaron como *restauraciones* del republicanismo o de la democracia, sin pretender erigir modelos de estado diferentes.

Mientras que en Alemania cada modelo se presentó con su propio rostro jurídico, en América Latina los más dispares modelos reales usaron la máscara jurídica —a veces la careta— de la República y de la democracia. Esto siempre puso muy en evidencia que el plano del *deber ser* constitucional distaba de la realización social y política de ese programa. No sería posible negar en la región la contradicción entre el *deber ser* de la Constitución y el *ser* (realidad constitucional), que en ocasiones llegó a distanciarse en forma tan abismal que cualquier opinión en contrario sólo podía ser irónica o hipócrita. Por supuesto, menos aún hemos tenido una experiencia como la llamada *escuela de Kiel*.

## 22. La dogmática penal importada en su origen

Una tarea impostergable es la de analizar políticamente el material que hemos importado, que es un aspecto que casi siempre hemos ignorado, deslumbrados por la lógica (no siempre tan perfecta) de los sistemas.

Cuando la región superó el grosero positivismo *peligrosista* y racista del neocolonialismo, traducido penalmente en una alianza de médicos legistas y policías, la dogmática alemana recién importada impresionó tanto que sin más se dio por descontado que era una garantía de *liberalismo*.

Lo primero que llegó fue la dogmática de Franz von Liszt y de inmediato la poco comprensible elaboración última de Ernst von Beling y, con gran éxito, el neokantismo penal de Mezger, con algún espolvoreo de la teoría culturalista de Max Ernst Mayer.

Hoy los más renombrados historiadores del derecho penal alemán tienen claro que Binding y von Liszt no sustentaban un derecho penal *liberal*. El positivismo jurídico de Binding era el propio de los tiempos de Bismarck y sus acentos son análogos a los del posterior fascismo italiano, en tanto que von Liszt —con la doble vía— dio origen a la pena indeterminada para *habituales*, finalmente consagrada legislativamente por el nazismo en 1933. Más bien la caracterización de la dogmática penal alemana anterior al nazismo como *liberal* es obra de sus enemigos.

Tampoco el neokantismo que nos llegó era *liberal*. Entre 1933 y 1945 se desató una polémica entre los neokantianos que sostenían que su *asepsia política*, lo que le permitía servir muy bien al nazismo (Schwinge, Zimmerl, Mezger, Sauer, etc.) como a cualquier otro modelo de Estado, y quienes proponían una dogmática políticamente comprometida con el nazismo (Dahm y Schaffstein). Estos últimos autores demolieron la sistemática neokantiana (aprovechando con inteligencia las contradicciones internas del sistema) y elaboraron una nueva dogmática conforme a un modelo sistémico; su sistema era la famosa *comunidad del pueblo nazi* (*Volksgemeinschaft*), orgánicamente configurada como un panal de abejas.

Terminada la Segunda Guerra mundial, el finalismo de Hans Welzel recogió los restos del edificio demolido por los de Kiel y se hizo cargo de las contradicciones neokantianas que había detectado hábilmente éstos, recompuso un sistema que dio lugar a un penalismo de corte conservador, propio de los tiempos de Adenauer, pero que tuvo el gran mérito de introducir una teoría del conocimiento realista con su tesis más general de las estructuras lógico-reales (*sachlogischen Strukturen*). Como era natural, no se animó a llevarlas a la teoría de la pena.

Nuevamente, la importación de esta sistemática dio lugar a un equívoco sin precedentes, pues los que inexplicablemente veían el neokantismo que había legitimado la legislación nazista como la única garantía de *liberalismo* penal la tildaron de autoritaria y hasta no faltó quien en tiempos de *seguridad nacional* afirmara que abría el camino al marxismo.

Hoy en la manualística alemana predomina una vuelta al neokantismo (sin mucho eco en su

país de origen, también una renovación del pensamiento sistémico). En general, parece seguir dominando la idea de que la dogmática penal es una *ciencia* independiente de la política, que *evoluciona* por impulso interno propio. Se resiste a incorporar los datos de la realidad social, lo que genera un abismo con las ciencias sociales, que parece recordar el solipsismo de los viejos *prácticos* del siglo XVIII. En nuestra región la importamos alegremente, en medio de realidades que son dramáticas. Seguimos especulando sobre el *deber ser* de la pena, para decirles a nuestros jueces cómo deben imponer penas *imaginadas*, cuando la pena más usada es la prisión preventiva procesal.

### 23. Las pulsiones inhumanas y el poder planetario

Las pulsiones inhumanas y sus masacres no son para nada ajenas al largo proceso de extensión del poder planetario que pasó por el colonialismo y el neocolonialismo hasta llegar a la actual *globalización*, pero en este breve espacio no sería posible analizar esta relación. No obstante cabe advertir que las pulsiones inhumanas descontroladas y sus muchos millones de muertos no son retazos aislados de historias barriales.

A partir del ocaso y la clausura del neocolonialismo y de la llamada *revolución tecnológica* que provocó un fortísimo salto cualitativo en las comunicaciones, se abrió la actual etapa de poder planetario o *globalización*. Dada la enorme facilidad de comunicación y de control electrónico, el poder estatal y el de las corporaciones transnacionales disponen hoy de una capacidad de creación de realidad y de control de conducta de magnitud nunca antes conocida.

En cuanto a la creación de realidad, la potencia del formidable aparato capaz de provocar pánico está fuera de duda. La elección de riesgos reales que maximizar depende de la región y de las modalidades coyunturales: desde el 11 de setiembre del 2001 el *terrorismo* es una de las fuentes preferidas, porque proporciona una inmejorable coartada para establecer controles violatorios de la privacidad de toda la población, incluyendo la de los máximos políticos mundiales.

En las regiones donde no existe esta fuente de riesgo, se apela a la *criminalidad organizada*,

que presenta manifestaciones llamativamente beneficiosas para las corporaciones de países hegemónicos y ciertas funcionalidades financieras, sin que quede muy clara tampoco la función anticíclica que cumple la enorme masa de dinero que se recicla constantemente.

Cuando ni siquiera existe un mínimo de realidad que permita crear ninguno de los anteriores peligros *cósmicos*, se apela a la magnificación de los peligros de la delincuencia común, llevándola a límites increíbles, incluso en países que registran índices relativamente bajos de homicidios.

### 24. Rasgos comunes de la actual pulsión inhumana

En líneas generales y pese a que las pulsiones inhumanas se manifiestan de forma diferente en cada región e incluso con variables dentro de una misma región, podemos señalar algunos rasgos y tendencias que tienden a generalizarse.

En principio, el poder punitivo va perdiendo todo límite respecto del control electrónico de la conducta de toda la población (almacenamientos de datos, escuchas, registros, cruzamientos, penetración de la privacidad, extorsiones, etc.). Si bien no renuncia a intensificar el poder punitivo represivo, su aspecto controlador adquiere un desarrollo predominante, tendiendo a configurar un *estado vigilantista omnividente*.

El estado *policía, guarda nocturno, gendarme, mínimo*, del fundamentalismo de mercado (llamado *liberalismo económico*), pasa a ser un *estado máximo policíaco omnividente*, aunque paralelamente va diluyendo su poder político y generando un caos anárquico en el peor sentido del término, porque justo es advertir que este poder no se agota en las agencias estatales, dado que también disponen de él corporaciones transnacionales (las agencias estatales autonomizadas alquilan o venden sus datos), en el marco de un claro retroceso del poder político ante los grupos del poder financiero.

Este modelo *policial omnividente* no deja de matar a *enemigos naturales*, pero no necesita ya matar brutalmente a los *traidores* y a los *perdedores*, pues le basta con eliminarlos mediante extorsión mediática. No es posible predecir el efecto último de esta modalidad de neutralización: quizá llegue un momento en que pierda eficacia, porque se haga

común la divulgación de los actos más íntimos de las personas, o sea, que todos se habitúen al estado *omnividente* y a nadie le importe su divulgación. Sin duda que sería un cambio cultural enorme, con resultados inimaginables, si bien hoy relativamente lejano, de modo que la eficacia de la *eliminación mediática* tiene garantizado un buen tiempo de vigencia.

Otra perspectiva del control electrónico es la posibilidad de eliminación o reducción al mínimo de la prisión, tal como la conocemos en la actualidad: las rejas serían reemplazadas por *chips*. La actual marcada tendencia a aumentar la prisionización, aun por hechos de escasa gravedad tiene límites, puesto que la prisión, incluso en condiciones deplorables, tiene costos muy altos (y aun mucho mayores cuando se privatizan sus servicios), lo que de alguna manera (por cierto, no la más racional) pone un límite al crecimiento de la población prisionizada, en tanto que el control electrónico podría llegar a ser muy barato y extenderse a un número ilimitado de personas. Esto puede tener lugar en un futuro no muy lejano, lo que dependerá del poder de *lobby* de los fabricantes de prisiones.

### 25. Los superiores e inferiores en la *globalización*

Se perfilan en esta pulsión hacia el *derecho penal inhumano* también algunas tendencias claras. Los *superiores* son los del intra-grupo de las clases medias urbanas (*incluidos*), en tanto que los *extraños inferiores* son todos los *excluidos*, como los inmigrantes del mundo hambriento (fenómeno que favorece la tecnología de transporte y da lugar a otra *criminalidad organizada*), los desocupados y empleados temporarios (legión favorecida por la *crisis del trabajo* y la precarización laboral) o directamente los adolescentes de barrios y asentamientos precarios (buena parte de la población mundial vive hoy en *slums* y tiende a aumentar). Todo esto proporciona una materia prima prácticamente inagotable para la trasferencia de la categoría de *extraños* a la de *enemigos naturales*.

*Traidores* tienden a ser todos los del intra-grupo de clase media urbana que denuncian y critican la arbitrariedad de la situación o que reclaman espacios de protesta y, por descontado, los jueces y juristas que pretendan poner límites al ejercicio

del poder punitivo. Todos estos y algunos otros van integrando la categoría de *enemigos declarados*.

Los *perdedores* son de diversa naturaleza: los *eliminados por descalificación política*, o sea algunos que son víctimas de las nuevas técnicas mediáticas de eliminación (aunque sean jefes del FMI), como también los que pierden en el mundo financiero o se exceden en su poder lesionando a otros poderosos y quedan sin cobertura de impunidad.

### 26. El marco general de la *globalización*

El poder punitivo de la *globalización* responde a una confrontación clara entre dos modelos de sociedad, o sea, entre las dos pulsiones tradicionales que pugnan en todo el derecho: por un lado la *humana*, que procura configurar modelos de sociedades *incluyentes*, que reduzcan la estratificación mediante cierto grado de redistribución de la renta y aumentando la base de ciudadanía real, en tanto que, por otro lado, la *inhumana* está dominada por el poder financiero, que procura reforzar y aumentar la posición de quienes llevan la mejor parte en la distribución y mueven poderosos factores de poder hacia un *derecho inhumano*. A la pulsión redistributiva corresponde el modelo de un *ciudadano medio trabajador*, en tanto que su contraria construye la imagen de un *ciudadano medio víctima del delito*.

A la creciente concentración de riqueza (unas sesenta personas poseen el equivalente de lo que poseído por los tres mil millones de habitantes más pobres del planeta), que postula una completa libertad para el accionar de las corporaciones trasnacionales cuyo poder va superando al de los estados nacionales o comprando su política, se opone un modelo de estado que intervenga para contener y revertir el fenómeno.

La creciente concentración de riqueza produce una paralela exclusión social, que se procura controlar para evitar que se coaligue y desestabilice el sistema, por lo cual este modelo de predominio hegemónico de corporaciones requiere un poder punitivo en expansión, que bien puede legitimarse nuevamente por vía de una ciencia penal políticamente *neutra* o con un planteo *sistémico* u *organicista*, como sucedió siempre en la historia de las masacres.

De lo anterior no cabe deducir que en el seno de los propios estados que procuran una mayor

distribución de la riqueza desaparecen las pulsiones inhumanas, pues éstas siguen confrontando en todos los estados y sociedades. La disminución de la violencia social por efecto de una mejor distribución de la renta no es automática. Los oligopolios de medios de comunicación responden a corporaciones y juegan a favor del *derecho inhumano*, jaquean a esos estados mediante su construcción de realidad y determinan reacciones represivas que, como defensa primaria (en ocasiones peligrosamente ingenua) ensayan sus propios dirigentes ante la extorsión mediática.

## 27. Conclusión abierta

El *punitivismo* de nuestro tiempo de *globalización*, es decir, el actual avance del *derecho penal inhumano*, demanda una respuesta dogmática que provea a los jueces (que aunque amenazados aún disponen de un espacio de poder jurídico de contención) de un sistema interpretativo de *derecho penal humano*, que ya no puede ser deducido de concepciones ideológicas imaginadas, pues la Constitución obliga a verificar la *realidad constitucional* para impulsar el avance de su *realización* y contener las pulsiones que procuran revertirlo, lo que demanda la incorporación de los datos de la realidad social, saldando la tradicional distancia entre el derecho penal y la sociología y evitando al mismo tiempo tanto los reduccionismos de un realismo excesivamente *sociologizante* como los defensivos encastillamientos *normativizantes*.

El procedimiento empírico histórico de una dogmática penal que aprenda sus lecciones de la experiencia de los discursos legitimantes de los crímenes de las pulsiones *inhumanas* descontroladas debe traducirse en un *derecho penal humano* mucho más eficaz en la contención del impulso genocida, en razón de la decidida asunción de su función política que le manda la Constitución, como también por la mayor ductilidad que le proporciona el *realismo* cognoscitivo ante un panorama de lucha de poder que, por ser esencialmente dinámico, no puede ser confrontado con idealismos estáticos.

Es menester avanzar con urgencia un paso más allá de la tradicional confrontación entre *derecho penal liberal y autoritario*, que hoy pierde peligrosamente claridad en la doctrina y en la jurisprudencia. Es necesario explorar la hipótesis de la mayor utilidad contentora del poder punitivo mediante su reemplazo por la antítesis entre *derecho penal humano e inhumano*, que importaría pasar de lo relativamente estático a lo eminentemente dinámico, de la realidad a su superación, de lo deducido de modelos ideales a lo inducido de la racionalización de experiencias criminales, de lo opinable a lo impuesto por la Constitución, de la pretensión perfeccionista a la realización de lo más humano (o de lo menos inhumano) posible, y de una dinámica ideológica y casi siempre idealista a una confrontación de fuerzas necesariamente realista. ♦

.....

## Análisis causal y adscripciones de acción (\*)

POR URS KINDHÄUSER (\*\*)

**Sumario: I. El problema. — II. Fundamentos de la explicación científica. — III. Condiciones necesarias y suficientes. — IV. Causalidad y acción. — V. La estructura de las adscripciones de acción. — VI. Recapitulación. — VII. Bibliografía.**

Resumen: la teoría de la ciencia y la filosofía analítica se esforzaron con intensidad a partir de la segunda mitad del siglo XX por aclarar la relación entre acción y causalidad. En las líneas que siguen se presentan algunos resultados de esa discusión, con especial referencia a la pregunta por el rol del análisis causal en el contexto de la imputación jurídico-penal del resultado.

Zusammenfassung: Wissenschaftstheorie und analytische Philosophie haben sich ab der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts intensiv um eine Klärung des Verhältnisses von Handlung und Kausalität bemüht. Einige Ergebnisse dieser Diskussion werden in den nachfolgenden Ausführungen vorgestellt, und zwar bezogen auf die Frage nach der Rolle der Kausalanalyse im Rahmen der strafrechtlichen Erfolgsgzurechnung.

### I. El problema

De la mano de la más nueva teoría de la imputación objetiva (1)-la cual gana influencia de forma continuada- pierden paulatinamente su significado las posiciones involucradas en la discusión, antaño llevada a cabo con vehemencia, acerca del contenido conceptual de la causalidad en derecho penal. Si se sigue el camino trazado por *Honig* (2)

(\*) Traducción del alemán por Orlando Humberto De La Vega Martinis.

(\*\*) Director del Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Bonn (Alemania), profesor de la materia.

(1) Véase Jakobs, ZStW 89 (1977), p. 1 ss.; Kahrs, Das Vermeidbarkeitsprinzip, passim; Larenz, Zurechnungslehre, passim; Otto, FS-Maurach, p. 91 ss.; el mismo, NJW 1980, p. 417 ss.; Roxin, FS-Honig, p. 132 ss.; Rudolph, JuS 1969, p. 549 ss.; Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, passim; Schaffstein, FS-Honig, p. 169 ss.; Schmidhäuser, AT2 8/47 ss.; Ulsenheimer, JZ 1969, p. 364 ss.

(2) FS-Frank I, p. 175 ss., especialmente 184 ss.

y se equipara al juicio causal, como correctivo, un juicio normativo de imputación, entonces el análisis causal no requerirá de más restricciones inmanentes de la forma en que aún las preveían la teoría de la adecuación (3) y la teoría de la relevancia. (4) Este desarrollo ofrece, de una parte, la posibilidad de liberar a la doctrina causal de aquella exigencia consistente en tomar postura previa respecto de la pregunta por la responsabilidad, y de aproximarla de nuevo a la comprensión de la causalidad propia de las ciencias naturales. (5) De otra parte, solo un análisis de la imputación que esté separado de la problemática de la causalidad es capaz de descubrir adecuadamente las complejas estructuras modales, deónticas y normativas de la imputación.

Entretanto, tal y como lo demostró *Hruschka* (6), entender el concepto de imputación simplemente como el medio de conexión entre un hecho y un resultado constituye una reducción de dicho concepto de imputación. Antes bien, sin el concepto de imputación ni siquiera son concebibles los conceptos de acción, resultado y culpabilidad. Con el concepto de imputación se expresa, entonces, una acción mental, un acto, cuyo objeto es la formación de un juicio. Este juicio recorre, de acuerdo con la complejidad de su naturaleza, una serie de pasos. Así, a título de ejemplo, antes de que se pueda identificar una acción como an-

(3) Véase von Kries, Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung, p. 75 ss.; Bockelmann, AT2 p. 66 s.; Maurach, GA 1960, p. 97 ss.

(4) Véase Mezger, Strafrecht, p. 122 ss.

(5) Un intento de aproximación tal es necesario, en todo caso, para las tesis que, también tratándose de derecho penal, entienden por causalidad la existencia de asociaciones regulares; así Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, p. 21 ss.; Jescheck, AT3 p. 227.

(6) Strukturen der Zurechnung, p. 2 s. y passim.

tijurídica debe, primero, haberle sido imputado a un sujeto un suceso como acción. (7)

Las reflexiones que siguen abordan la problemática de la imputación en el nivel primario y se ocupan de la pregunta por los presupuestos bajo los cuales puede adscribirse a un sujeto, a título de acción, transformaciones en el mundo. En particular resulta aquí de importancia determinar la relación entre adscripciones de acción y análisis causal. El lado dogmático de los problemas discutidos debe, no obstante, permanecer al margen. Por el contrario, en primer plano se tiene como propósito resaltar algunos resultados de la discusión que tiene lugar en teoría de la ciencia respecto de la acción y la causalidad y que son de interés para el derecho penal.

## II. Fundamentos de la explicación científica

Al despuntar el siglo XX parecía que la causalidad -la oveja negra de la teoría del conocimiento y de la teoría de la ciencia desde *Hume* (8)- había perdido importancia en el discurso científico. En su sensacional escrito "On the Notion of Cause" (9) *Russell* calificó el principio causal como una reliquia de tiempos inmemoriales que solo habría sobrevivido precisamente porque, al igual que la monarquía, sería considerado inofensivo. (10) Al mismo tiempo propuso abandonar los conceptos de causa y efecto en favor de funciones. (11)

Y si bien el principio causal no juega ya, en efecto, ningún papel en la teoría de la ciencia actual (12),

(7) Véase Hruschka, *Strukturen der Zurechnung*, p. 34 s.

(8) Así von Wright, *Explanation and Understanding*, p. 43: "Since Hume, causation has been something of a problem child of epistemology and the philosophy of science" [= "Desde Hume la causación ha sido algo así como la oveja negra de la epistemología y de la filosofía de la ciencia". En inglés en el original (N. del T.)].

(9) *Proceedings of the Aristotelian Society* 13 (1912-1913), p. 1 ss.

(10) Véase *Russell*, *Proceedings of the Aristotelian Society* 13 (1912-1913), p. 1.

(11) Véase *Russell*, *Proceedings of the Aristotelian Society* 13 (1912-1913), passim; véase también Engisch, *Vom Weltbild des Juristen*, p. 116 ss.

(12) Véase Gasking, *Mind* 1955, p. 486 s; Nagel, *Types of Causal Explanation in Science*, p. 12; Pap, *Analytische Erkenntnistheorie*, p. 137 ss; Stegmüller, *Aufsätze zur Wissenschaftstheorie*, p. 1 ss; von Wright, *Explanation and Understanding*, p. 35 s.

otra cosa ocurre, sin embargo, con el interés que despierta la relación entre causa y efecto. Así, refiriéndose al trabajo de *Russell* citado en el párrafo anterior, afirma irónicamente *Suppes*: "Perhaps the most amusing thing about this passage from Russell is that its claim about the use of the word 'cause' in physics no longer holds. Contrary to the days when Russell wrote this essay, the words 'causality' and 'cause' are commonly and widely used by physicists in their most advanced work". (13) En efecto, para los investigadores del área ciencias naturales mencionados por *Suppes* el análisis del concepto de causa puede ser valioso, entre otras, precisamente porque él, tal como *Nagel* hizo notar (14), sirve para la presentación de procesos de laboratorio. Por su parte, para el teórico de la ciencia la causalidad se encuentra en el punto de intersección de diferentes áreas de investigación, entre las que cabe mencionar, a título de ejemplo, la teoría de la explicación y de las probabilidades (15) y la lógica modal (16), y asimismo se encuentra en el punto de intersección de problemas propios de áreas tan disímiles como el de las proposiciones condicionales irreales (17) y el de la teoría analítica de la acción. (18) De igual forma, en las ciencias

(13) *Suppes*, *A Probabilistic Theory of Causality*, p. 5. "Quizás lo más gracioso respecto de este pasaje de Russell sea que su pretensión acerca del uso de la palabra 'causa' ya no se sostiene en física. Contrario al tiempo en que Russell escribió ese ensayo, las palabras 'causalidad' y 'causa' son frecuentemente usadas por la mayoría de los físicos en sus trabajos de más alto nivel". En inglés en el original (N. del T.).

(14) Véase Nagel, *Types of Causal Explanation in Science*, p. 12.

(15) Véase Stegmüller, *Wissenschaftstheorie und Analytische Philosophie I*, passim; el mismo, *Wissenschaftstheorie und Analytische Philosophie IV 2*, passim; *Suppes*, *A Probabilistic Theory of Causality*, passim.

(16) Véase Carnap, *Bedeutung und Notwendigkeit*, passim; Hintikka, *Models for Modalities*, passim; Hughes / Cresswell, *An Introduction to Modal Logic*, passim; Plantinga, *The Nature of Necessity*, passim; Quine, *Word and Object*, passim; Snyder, *Modal Logic and its Application*, passim; Zeman, *Modal Logic*, passim; véase también los artículos de von Wright recopilados en *Handlung, Norm und Intention*.

(17) Véase, en particular, Goodman, *Fact, Fiction, and Forecast*, passim; Stegmüller, *Wissenschaftstheorie und Analytische Philosophie I*, p. 273 ss.

(18) Véase *Anscombe*, *Intention*, passim; D'Arcy, *Human Acts*, passim; Bernstein, *Praxis and Action*, passim; Brown, *Action*, passim; Geach, *Mental Acts*, passim; Goldman, *A Theory of Human Action*, passim; Hampshire,

sociales la causalidad juega un rol decisivo en la, antaño y hogaño, discutida pregunta acerca de la posibilidad de explicar causalmente o, en su defecto, solo mediante la indicación de razones los sucesos individuales y sociales. (19) En resumidas cuentas, la problemática de la causalidad continúa siendo también hoy en día -al contrario de la profecía de *Russell*- una parte importante de la teoría científica y de las disciplinas científicas particulares. (20)

Ahora bien, las investigaciones que en teoría de la ciencia se ocupan de los problemas originados en el ámbito de la causalidad (21) no tienen como punto de partida el concepto de causa sino el concepto de explicación causal. (22) Es decir, partiendo del estudio general del modelo de explicación causal o, respectivamente, científico se intenta definir los conceptos restantes.

Con algunas limitaciones bien puede decirse que la moderna teoría de la explicación se remonta al análisis de las regularidades de *Hume*. (23) Este análisis está cimentado en su denodado esfuerzo por deslindar el ámbito de la lógica del ámbito de lo empírico. (24) Así, en *Hume* la causalidad es interpretada como concurrencia universal accidental, libre de necesidad lógica. En "An Inquiry Concerning Human Understanding" se esboza la

Thought and Action, passim; Kenny, Action, Emotion and Will, passim; Peters, The Concept of Motivation, passim; Taylor, The Explanation of Behaviour, passim; White, The Philosophy of Mind, passim; Winch, Ethics and Action, passim.

(19) Jarvie, Die Logik der Gesellschaft, passim; Roche, Phenomenology, Language and the Social Sciences, passim; Ryan, The Philosophy of Social Sciences, passim; Winch, The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy, passim; von Wright, Explanation and Understanding, passim.

(20) Véanse las indicaciones de von Wright, Explanation and Understanding, p. 34 ss.

(21) Respecto de los distintos problemas (principio causal, explicación causal, ley causal) véase Stegmüller, Wissenschaftstheorie und Analytische Philosophie I, p. 428 ss.

(22) Véase Stegmüller, Aufsätze zur Wissenschaftstheorie, p. 7.

(23) Véase Danto, Analytical Philosophy of Action, p. 82 ss.; Stegmüller, Wissenschaftstheorie und Analytische Philosophie I, pág. 433 ss.; von Wright, Explanation and Understanding, p. 34 ss.

(24) Véase Basson, David Hume, passim.

tesis de la regularidad con las siguientes palabras: "... we may define a cause to be an object followed by another, and where all the objects, similar to the first, are followed by objects similar to the second" (25). Ahora bien, mientras *Hume* solo aplicó su tesis a oraciones causales singulares, *Mill* amplió esta idea hasta la explicación de eventos mediante leyes generales: "An individual fact is said to be explained, by pointing out its cause, that is, by stating the law or laws of causation, of which its production is an instance". (26). Y a *Hempel* le correspondió integrar el planteamiento humeano en un esquema de explicación que por casi dos décadas mantuvo una pretensión de validez general. (27)

En efecto, según *Hempel* (28) una explicación científica tiene el carácter de una deducción lógica. Para responder la pregunta acerca de por qué en una situación determinada espacial y temporalmente sucede un evento (29) descrito como *E* se recurre, a título explicativo, a una serie de eventos distintos *C1*,... *Cm* y a una o más series de leyes generales *G1*,... *Gn*. Cuando el evento que se pretende explicar *E* (Explanandum) se sigue lógicamente de la conexión regular de *E* y los eventos que le preceden *C1*,... *Cm* (condiciones antecedentes) bajo las leyes *G1*,... *Gn*, entonces el Explanandum vale como explicado cuando las leyes son válidas y los datos antecedentes existen de hecho. En consecuencia, el modelo de *Hempel* tiene la forma de la siguiente conclusión nomológica deductiva (30):

(25) Hume, Enquiries, p. 76. "Nosotros podemos definir la causa como un objeto que es seguido por otro y donde todos los objetos similares al primero son seguidos por objetos similares al segundo". En inglés en el original (N. del T.).

(26) Mill, A System of Logic, p. 271. "Un hecho individual se tiene por explicado cuando se revela su causa, es decir, cuando se determina la ley o las leyes causales bajo las cuales su producción es un caso particular".

(27) En un primer momento en The Journal of Philosophy 39 (1942), p. 35 ss.

(28) The Journal of Philosophy 39 (1942), p. 35 ss.; el mismo / Oppenheim, Studies in the Logic of Explanation, p. 245 ss.

(29) Las letras E, C y G se entenderán en lo sucesivo como proposiciones referidas a fenómenos y no como el fenómeno mismo; al respecto véase Hempel / Oppenheim, Studies in the Logic of Explanation, p. 247.

(30) Véase Hempel / Oppenheim, Studies in the Logic of Explanation, p. 249. Este tipo de conclusión se denominará en lo sucesivo modelo ND.

Explanans: C1,... Cm (condiciones antecedentes)

G1,... Gn (leyes generales)

Explanandum: E

El modelo ND puede, de esta manera, ser visto como un esquema de explicaciones causales siempre que las leyes generales tengan el carácter de leyes causales. Ahora bien, no está claro si para una explicación causal solo se puede recurrir a leyes deterministas o si también, además, puede recurrirse a leyes estadísticas. Las leyes deterministas se refieren a la explicación o al pronóstico exacto de un evento particular. Por el contrario, las leyes estadísticas autorizan el pronóstico de eventos solo con una cierta probabilidad. (31)

Una serie de autores, entre ellos *Stegmüller* (32), no solo rechazan el empleo de leyes estadísticas en las explicaciones causales, sino que además consideran que el Explanans está necesitado de complemento en lo que tiene que ver con la determinación de los datos antecedentes. *Stegmüller* señala -entre otras cosas- que el Explanans no debe, de ninguna manera, conformarse con meros fundamentos racionales sino, exclusivamente, con fundamentos reales. (33) Como fundamento real solo entran en consideración aquellos eventos que tuvieron lugar y que, de hecho, provocaron el Explanandum. (34) Dichos fundamentos reales también pueden, de conformidad con el uso habitual del lenguaje, ser señalados como causas. Por el contrario, los fundamentos racionales son eventos (indicadores, síntomas) que indican la presencia o la entrada de otro evento, pero que no lo causan. Así, por ejemplo, el sarampión va acompañado de una erupción cutánea y un descenso en el barómetro indica la inminencia de una tormenta. Síntomas de esa clase permiten la predicción razonable de un evento determinado, pero no pueden servir como explicación de su

(31) Véase *Stegmüller*, *Aufsätze zur Wissenschaftstheorie*, p. 9.

(32) *Wissenschaftstheorie und Analytische Philosophie I*, p. 152 ss., con ulteriores referencias.

(33) Véase *Stegmüller*, *Wissenschaftstheorie und Analytische Philosophie I*, p. 171.

(34) Véase *Stegmüller*, *Wissenschaftstheorie und Analytische Philosophie I*, p. 171.

acaecimiento. (35) A ellos les falta la relevancia causal.

Pero también a los así denominados fundamentos reales puede faltarles la relevancia causal en determinados casos y, con ello, el poder explicativo. Para aclarar lo anterior contémplese la siguiente conclusión:

(A) 1) N fue golpeado con un tubo metálico en la cabeza y las condiciones T1,... Tm estaban dadas.

2) Quien sea golpeado con un tubo metálico en la cabeza bajo las condiciones T1,... Tm sufrirá lesiones mortales.

3) N murió.

De momento esta conclusión puede, sin más, aceptarse como explicación causal de la muerte de N pues sus condiciones antecedentes son fundamentos reales y la ley tiene carácter determinista. Ahora bien, (A) no seguirá siendo apropiada para la explicación del Explanandum cuando el caso tenga lugar de forma tal que, si bien N recibió un golpe en la cabeza con un tubo metálico y bajo las circunstancias dadas su muerte se habría presentado en el momento t, inmediatamente después del golpe es apuñalado y su muerte se presenta en el momento t' previo a t. En ese caso el golpe pierde su relevancia causal o, con otras palabras, es "opacado" (36) en su relevancia causal por la acuchillada. Este opacamiento tiene lugar solo respecto del momento t mas no respecto de la muerte de N, pues referidas a ella no hay ya ninguna diferencia entre las causas.

En el -perfectamente posible- caso en el que la acuchillada y el golpe, con total independencia entre sí, causaran la muerte justo en el mismo momento, entonces se presentaría un opacamiento recíproco que, no obstante, no significaría la parálisis común de los eventos. Por el contrario, habría un exceso de relevancia causal. (37) De

(35) Véase *Stegmüller*, *Wissenschaftstheorie und Analytische Philosophie I*, p. 171 ss.; el mismo, *Wissenschaftstheorie und Analytische Philosophie IV 2*, p. 330 ss.

(36) Así *Reichenbach*, *The Direction of Time*, capítulos III y IV; *Salmon*, *Statistical Explanation and Statistical Relevance*, p. 44 ss.

(37) Véase *Stegmüller*, *Wissenschaftstheorie und Analytische Philosophie IV 2*, p. 337.

conformidad con lo anterior, cuando dos datos antecedentes se opaquen mutuamente y, de esa forma, se muestren como candidatos con igual relevancia causal, entonces se podrá hablar, respectivamente, de dos causas.

Si se sigue esta posición circunscrita a leyes deterministas se obtiene, entonces, un concepto estricto de causa, el cual, en cierto modo, exige la prueba de la *eficacia real* del evento designado como causa. Pero antes de que pueda contestarse el interrogante de cómo puede introducirse dicha prueba debe, primero, bosquejarse brevemente la posición que pretende hacer uso de leyes estadísticas para las explicaciones causales.

*Salmon* (38) y *Suppes* (39) no solo aprueban el uso de leyes estadísticas en el ámbito del modelo ND sino que, además, pretenden conocer las condiciones antecedentes seleccionándolas de conformidad con puntos de vista estadísticos. Según esta interpretación, entonces, un evento solo tendrá cabida en el Explanans cuando sea estadísticamente relevante para el Explanandum o, dicho de otra forma, cuando la probabilidad de relación entre los eventos sea mayor que la probabilidad de desenlace del evento por explicar. (40) Lo anterior es demostrado con la siguiente conclusión:

(B) 1) El señor M toma regularmente pastillas anticonceptivas.

2) El consumo de pastillas anticonceptivas impide con alta probabilidad la entrada del embarazo.

3) El señor M no está embarazado.

Porque si bien esta conclusión es correcta, no es posible explicar con ella la ausencia de embarazo en el señor M. En efecto, falta la relevancia causal de 1) respecto de 3) pues el consumo de la píldora solo es significativo para la clase de seres humanos que exhiben la propiedad de ser mujer. Así, la probabilidad que tiene un hombre de no quedar embarazado no es menor a la probabilidad de no quedar embarazado mediante el consumo

(38) *Statistical Explanation and Statistical Relevance*, pp. 29-87.

(39) *A Probabilistic Theory of Causality*, p. 5.

(40) Véase *Salmon, Statistical Explanation and Statistical Relevance*, p. 36 ss.; *Suppes, A Probabilistic Theory of Causality*, p. 11 ss.

de pastillas anticonceptivas. (41) En ese caso, entonces, el consumo de la píldora es opacado en su relevancia causal para la entrada del embarazo en tanto que se neutraliza su referencia al Explanandum, perdiendo así su poder explicativo.

Pero si se sustituye en (B) al señor M por la señora F podría decirse que, en ese caso, el consumo de la píldora puede verse *prima facie* como la causa de la ausencia de embarazo. En efecto, con la ayuda de una estadística podría mostrarse que las mujeres que consumen la píldora no quedan embarazadas en una proporción ostensiblemente mayor que aquellas que no recurren a ningún anticonceptivo. (42) De conformidad con lo anterior *Suppes* asume que en el uso cotidiano del lenguaje se entiende por causa aquellos datos antecedentes que por su relevancia estadística elevan la probabilidad del Explanandum, y les asigna a dichos datos el nombre de causas *prima facie*. (43)

Sin embargo, el consumo de la píldora impedirá la entrada del embarazo con una probabilidad mucho mayor a la probabilidad de desenlace solo tratándose de mujeres de la edad apropiada. Pues a partir de cierta edad los indicadores de probabilidad volverán a ser iguales. En la medida en que por razones de edad el consumo de la píldora sea opacado (neutralizado) en su relevancia causal para la entrada del embarazo, dicho consumo perderá su carácter como causa *prima facie* y se convertirá en una causa *prima facie* aparente o, más exactamente, en una causa aparente. En este sentido *Suppes* define una causa (auténtica) como una causa *prima facie* que no es una causa aparente. (44) Como en esta definición se tiene en cuenta de forma explícita la relevancia estadística de un evento para la entrada de otro evento, entonces puede decirse lo siguiente: un dato antecedente A será la causa del Explanandum E, si la entrada de A hizo probable el acaecimiento de E. (45) En

(41) En lo sucesivo se renunciará al aparato formal de la teoría de la probabilidad; al respecto véase *Suppes, A Probabilistic Theory of Causality*, p. 96 ss.

(42) Véase el correspondiente "ejemplo del cólera" en *Suppes, A Probabilistic Theory of Causality*, p. 12 s.

(43) Véase *Suppes, A Probabilistic Theory of Causality*, p. 12 ss.

(44) Véase *Suppes, A Probabilistic Theory of Causality*, p. 25.

(45) Esta definición solo repite el sentido general de la mucho más exacta definición de *Suppes*. Sobre la definición

contraste con un concepto de causa fijado en términos determinísticos, aquí podría hablarse de una *causa probabilística*.

Lo insatisfactorio de una teoría de la causalidad de la forma descrita es, a primera vista, la gran diversidad de los posibles candidatos a causa. En efecto, cuando en un caso concreto la probabilidad de desenlace de un evento E sea muy baja (por ejemplo  $p(E) = 0,1$ ) y la probabilidad de relación entre la entrada de otro evento A y E sea, por el contrario, muy alta (por ejemplo  $p(E/A) = 0,8$ ), entonces habrá buenas razones para designar a A -también de conformidad con las representaciones habituales- como la causa de E. Pero cuando las probabilidades solo difieran mínimamente, entonces una explicación causal probabilística será vista con malos ojos, principalmente en aquellas disciplinas científicas que asocien con el concepto de causa un alto grado de precisión y rigurosidad en la explicación.

Ahora bien, el verdadero problema de la explicación probabilística radica en la explicación de casos particulares. (46) Por ejemplo, mientras que estadísticamente se puede comprobar que el número de fumadores que se enferman de cáncer de pulmón es significativamente mayor al número de enfermos de cáncer de pulmón entre los no fumadores y, así, el fumar puede ser visto *generalmente* como causa del cáncer de pulmón, la correspondiente deducción frente al caso particular no reviste por sí sola de la misma firmeza. Pues el fumador compulsivo F también podría enfermarse de esta clase de cáncer como consecuencia de una disposición hereditaria. Esta inseguridad aparejada al uso de causas probabilísticas se pone de manifiesto en un ejemplo de *Beckermann*. (47) Supóngase que bajo condiciones de laboratorio se generan rayos catódicos, manipulables de la siguiente forma: si se introduce un campo magnético determinado (A), entonces el 75% de los electrones se dirigirán hacia arriba y el 25% restante hacia abajo. Y si A no tiene lugar, entonces solo el 25% de los electrones se dirigirán hacia arriba y el 75% restante hacia abajo. En con-

secuencia, si se pregunta si A puede ser vista como la causa de que un electrón determinado se haya dirigido hacia arriba, la respuesta podrá emitirse afirmativamente pues a favor de dicha opción habla la más alta probabilidad. Sin embargo, existe la concreta posibilidad de que el electrón se hubiera dirigido hacia arriba también sin la presencia de A. De allí que, como acertadamente pone de presente *Beckermann*, resulte sensato afirmar que habría sido *menos probable* que el electrón se hubiera dirigido hacia arriba sin la presencia de A, mientras que no tendrá ningún sentido afirmar que habría sido *menos posible*. (48)

El punto abordado por *Beckermann* parece ser de mucha importancia para la constatación de la relevancia causal de un evento respecto de otro. En efecto, quien pregunte por la relevancia causal del evento A para la entrada de E querrá saber, en primer lugar, si E también habría sido posible sin la presencia de A, mientras que tendrá poco interés en saber si la entrada de E solo habría sido más improbable en ausencia de A. La respuesta a la pregunta de si E habría tenido lugar incluso en ausencia de A es también, al mismo tiempo, una respuesta a la pregunta de si A puede o no ser visto como fundamento real o, más exactamente, como causa de E. En todo caso, resulta posible constatar que tratándose del análisis de casos particulares el planteamiento determinista tiene un contenido informativo mucho mayor y ofrece fundamentos más convincentes que el planteamiento probabilístico. Y si bien es cierto que la designación de una causa probabilística como causa *auténtica* podría ser en lo esencial un asunto de terminología y, con ello, relativo a las convenciones científicas (49), aún así resulta mucho más adecuado apoyarse exclusivamente en causas deterministas al momento de ofrecer una explicación causal.

Ahora bien, preguntas de la forma “¿también habría tenido lugar E si A no hubiera estado presente?” se dejan contestar mediante relaciones condicionales. Por esa razón se le debe echar un vistazo en la siguiente sección a la lógica de las relaciones condicionales.

de Suppes véase también *Beckermann*, *Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie* 6 (1975), pp. 292-310.

(46) Véase Donagan, *Neue Überlegungen zur Popper-Hempel Theorie*, p. 179; Scriven, *Science* 1959, p. 477 ss.

(47) *Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie* 6 (1975), p. 309 s.

(48) Véase *Beckermann*, *Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie* 6 (1975), p. 310.

(49) Véase *Kindhäuser*, *Rechtstheorie* 12 (1981), p. 228 ss.

### III. Condiciones necesarias y suficientes

Las condiciones necesarias y suficientes se destacan, entre las distintas clases de condiciones, como particularmente apropiadas para el análisis de los cursos causales. (50) En efecto, si se sitúa la entrada de fenómenos genéricos (51) en una relación causal, entonces un fenómeno condicionará suficientemente a otro cuando sea válida la oración: siempre que  $p$ , entonces  $q$ . O, dicho de otra forma: si sucede  $p$ , entonces también entra  $q$ . Y un fenómeno genérico  $p$  puede, además, caracterizarse como condición necesaria del fenómeno  $q$  cuando sea válida la oración: siempre que  $q$ , entonces  $p$ . O, con otras palabras: siempre que  $q$  entre, entonces también sucedió  $p$ . En consecuencia, de la posibilidad de creación o destrucción de  $p$  se derivará lo siguiente: de una parte, que mediante la creación de  $p$  pueda permitirse la entrada de aquellos fenómenos cuyo acaecimiento sea suficientemente condicionado por  $p$  y, de otra parte, que mediante la destrucción de  $p$  puedan evitarse aquellos fenómenos que  $p$  condiciona necesariamente.

Y así como un fenómeno genérico puede tener muchas condiciones suficientes y/o necesarias, así también puede condicionar suficiente y/o necesariamente otros fenómenos. Ahora bien, las condiciones pueden ser complejas. La presencia de una condición suficiente compleja significa que existe una conjunción de fenómenos genéricos, por ejemplo cuando solo  $a$  y  $b$ , en conjunto, aseguran la entrada de  $c$ . Por el contrario, la presencia de una condición necesaria compleja significa que existe una disyunción de fenómenos genéricos, por ejemplo cuando la entrada de  $c$  no exige únicamente la existencia de  $a$  y, tampoco, únicamente la existencia de  $b$ , pero sí que  $a$  o  $b$  acontezcan.

Una disyunción de condiciones suficientes puede disolverse en condiciones suficientes parti-

(50) Acerca de otros tipos de condición véase von Wright, *Explanation and Understanding*, p. 38, con ulteriores referencias.

(51) Por razones de exactitud resulta necesario hablar en este contexto de fenómenos. Con "fenómeno" se hace alusión por igual a eventos y estados. "Genérico" significa que los fenómenos en cuestión pueden ocurrir o pueden no ocurrir en situaciones determinadas, es decir, que ellos son básicamente repetibles. Al respecto véase von Wright, *Explanation and Understanding*, p. 43.

culares. Si por ejemplo  $a$  o  $b$  aseguran, respectivamente, la entrada de  $c$ , entonces también bastará con la sola entrada de  $a$  o  $b$ , respectivamente, para lograr que  $c$  tenga lugar. Por su parte, una conjunción de condiciones necesarias puede disolverse en condiciones necesarias particulares. Así, si  $c$  tiene lugar sólo cuando  $a$  y  $b$  están presentes, entonces  $a$  y  $b$  también serán, cada uno por su cuenta, necesarios para la entrada de  $c$ .

Las condiciones suficientes y necesarias se comportan entre sí de forma simétrica. En efecto,  $p$  será una condición suficiente de  $q$ , si y solo si  $q$  es una condición necesaria de  $p$ . (52) Por ejemplo, si el encendido de una lámpara es una condición suficiente para que el bombillo alumbre, entonces que el bombillo alumbre es una condición necesaria del encendido de la lámpara. Vale anotar, sin embargo, que esta simetría no se deja trasladar a contextos causales sin que se llegue a resultados absurdos. Es decir, aun cuando en el ejemplo citado se observe el encendido de la lámpara como la causa de la luz en el bombillo, aún así resultará imposible decir, invirtiendo los términos, que la luz en el bombillo es una causa del encendido de la lámpara. Pues a los cursos causales les es propia una asimetría específica entre causa y efecto. (53) Pero antes de abordar en detalle esta asimetría se tratará primero de ilustrar, con base en un ejemplo cotidiano, la forma en que estas condiciones se entrelazan unas con otras.

Supóngase que un perito afirma en relación con el incendio de una casa que un cortocircuito en el conducto eléctrico fue *causal* para el inicio de las llamas. (54) ¿Qué se quiere decir con ello? En primer lugar, esta afirmación no puede entenderse como apuntando a que el cortocircuito fue una condición necesaria del incendio. Pues también un sobrecalentamiento de la estufa o un cigarrillo encendido en la alfombra habrían podido desatar el incendio. En segundo lugar, esta afirmación tampoco significa que el cortocircuito fue una

(52) Véase Taylor, *The Monist* 47 (1962/1963), p. 300; el mismo, *Action and Purpose*, p. 26 ss.; von Wright, *Explanation and Understanding*, p. 41 ss.

(53) Véase Chisholm, *On the Logic of Intentional Action*, pp. 38 ss., 65 s.; von Wright, *Explanation and Understanding*, p. 41 ss.

(54) Ejemplo tomado de Mackie, *American Philosophical Quarterly* 1965, p. 245 ss.

condición suficiente de la conflagración. Pues sin oxígeno en el entorno o sin material inflamable en las cercanías del cortocircuito nunca se habría desatado incendio alguno.

Evidentemente, en el caso ejemplificado sucede que hay una secuencia de condiciones necesarias para el incendio (oxígeno, material inflamable, etc.), las que, no obstante, no desatan aún por sí mismas el fuego. O, dicho de otra forma: hay un conjunto de condiciones necesarias que no condiciona suficientemente el incendio. Solo la entrada de una condición adicional (el cortocircuito) convierte el conjunto de condiciones necesarias en una condición suficiente. Es decir, la condición entrante no es ni suficiente ni necesaria para el incendio, pero es indispensable para que del complejo de condiciones necesarias se llegue en concreto a una condición suficiente del incendio. Dado que la condición entrante fue, en concreto, indispensable para convertir las condiciones necesarias en una suficiente, pero en general también otros eventos pueden mostrar esa particularidad, entonces la condición entrante no es, en estricto sentido, una condición necesaria para la configuración del complejo de condiciones necesarias como una condición suficiente. Dicha condición entrante podría, por esta razón, denominarse como *condición contingentemente necesaria*. (55) Pues bien, en el uso cotidiano del lenguaje se entiende en un gran número de casos bajo el término causa precisamente una condición entrante como la mencionada. Por lo tanto una causa puede, en este sentido, ser definida como una parte contingentemente necesaria de un complejo de condiciones suficiente.

Por supuesto que también es posible designar como causa a otras partes del complejo de condiciones necesarias. En el caso ejemplificado podría, por ejemplo, destacarse como causa el estado del conducto eléctrico, el cual posibilitó en primer lugar el corto circuito. Tratándose de un accidente de tránsito podrían nombrarse como causas, respectivamente, una calle mal construida, una autopista mojada por la lluvia, el sobrepaso de la velocidad máxima y el consecuente desacato de la correspondiente señal de tránsito, la incapacidad

(55) Véase Nagel, *Types of Causal Explanation in Science*, p. 19 ss.; Mackie, *American Philosophical Quarterly* 1965, p. 245 ss.

de maniobra generada por el alcohol, etc. Dicho brevemente, cada condición antecedente de una explicación causal puede ser vista como la causa del evento por explicar. (56)

#### IV. Causalidad y acción

Con la equiparación entre causas y fundamentos reales se halla unida la tesis según la cual solo aquellas situaciones realmente dadas, es decir los hechos, tienen relevancia causal. Esta tesis es tan común en la teoría científica que no requiere aquí de ninguna explicación adicional. Ella se fundamenta en una reflexión básica de *Hume*: "All the objects of human reason or enquiry may naturally be divided into two kinds, to wit, Relations of Ideas, and Matters of Fact". (57) Las relaciones conceptuales y lógicas, por ejemplo la conexión entre razón y conclusión, deben por esa razón separarse estrictamente de las relaciones entre hechos. (58) Y dado que justamente en derecho penal las adscripciones de acción suelen ubicarse en una estrecha relación con acontecimientos causales (59), resulta entonces necesario abordar en las líneas que siguen la pregunta por el posible carácter fáctico de las acciones y, de ser ese el caso, su posible inclusión en relaciones causales.

(56) Cuando en lo sucesivo se hable de condiciones se hará referencia solo a aquellas condiciones que tengan el carácter de datos antecedentes. En este punto puede encontrarse una importante diferencia frente a la teoría causal de la *conditio sine qua non* defendida en derecho penal.

(57) Hume, *Enquiries*, p. 25. "Todos los objetos de la razón e investigación humana pueden, naturalmente, ser divididos en dos clases, a saber, relaciones de ideas y cuestiones de hecho". En inglés en el original (N. del T.).

(58) La mezcolanza entre relaciones lógicas (razón-conclusión) y empíricas (causa-efecto) puede verse a menudo en la ciencia jurídica; véase por ejemplo Otto, *FS-Maurach*, p. 92; Proebsting, *ZStW* 44 (1932), p. 740; Spindel, *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte*, p. 91; Welzel, *StrafR* 10, p. 40; véase también Fabricius, *GK-BetrVG*, 33 respecto de § 1 12 y 25 respecto de § 1 13.

(59) Para la doctrina causal así como para la doctrina final de la acción la causalidad es, por igual, un componente esencial de la acción. Las diferencias surgen solo respecto de la determinación del sentido correspondiente a la voluntad. Al respecto véase Mezger, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, passim; Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, passim; Welzel, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, pp. 7-22.

De la división humeana se sigue que un evento solo podrá condicionar causalmente a otro evento cuando los respectivos eventos sean lógicamente independientes entre sí, es decir, cuando aparte de tener ocurrencia empírica separada, puedan también ser identificados separadamente unos de otros. (60) De allí que causa y efecto deban comportarse entre sí de manera contingente y que no resulte lícito asociar conceptualmente (lógicamente) las unas a los otros. Por lo tanto, si una acción va a ser tenida ya en consideración como causa de otro evento -o de otra acción-, entonces las acciones deben tener el carácter de eventos y debe ser posible su identificación con *independencia* del efecto correspondiente.

Obsérvese el siguiente ejemplo. A levanta una piedra, toma impulso con el brazo, arroja la piedra hacia adelante, la piedra rompe el cristal de una ventana e impacta la cabeza de B, quien se encontraba sentado al lado de la ventana. Si ahora se dejan de lado las intenciones conscientes de A y se asume el rol de un observador neutral, entonces se pueden constatar una serie de acciones diferentes: A levantó una piedra, la arrojó, rompió el cristal de una ventana, lesionó a B, etc. Es decir, el curso de los eventos se puede subdividir en una multitud de segmentos. Por lo demás, del ejemplo se puede deducir que cada segmento sirve de base del segmento siguiente. Así, por ejemplo, mediante el lanzamiento de la piedra A rompió el cristal de la ventana, o mediante dicho lanzamiento lesionó a B. Aquellas acciones que en este sentido preceden a otras acciones pueden acreditarse como *acciones básicas*. (61)

(60) Esta idea, también conocida como logical connection argument, es de central importancia en la teoría analítica de la acción; al respecto véase Cohen, *Australasian Journal of Philosophy* 42 (1964), pp. 322-334; Anscombe, *Intention*, p. 19; Daveney, *Mind* 1964, pp. 515-526; el mismo, *Analysis* 1966, pp. 23-28; Melden, *Free Action*, p. 53; el mismo, *Willing*, pp. 70-78; Kenny, *Action, Emotion and Will*, passim; Taylor, *Inquiry* 1970, pp. 54-89; White, *The Philosophy of Mind*, p. 147; Wittgenstein, *Zettel*, §§ 53-60; von Wright, *Explanation and Understanding*, p. 94.

(61) Véase Kindhäuser, *Rechtstheorie* 11 (1980), pp. 479-495; acerca de la extensa discusión sobre el concepto de acciones básicas véase Danto / Morgenbesser, *The Journal of Philosophy* 60 (1963), pp. 435-445; Danto, *American Philosophical Quarterly* 1965, pp. 141-148; el mismo, *Freedom and Forbearance*, pp. 45-63; el mismo, *Analytical Philosophy of Knowledge*, passim; el mismo, *Neue Hefte für Philosophie*, pp. 1-16; el mismo, *Analytical Philosophy*

Ahora, un análisis de las acciones en particular muestra que ellas están, respectivamente, referidas a *un* evento del suceso total, y además que lo están de forma tal que ese evento deviene en el resultado-de-la-acción (o el desenlace de la acción). El resultado-de-la-acción del lanzamiento de la piedra es que la piedra vuela. El resultado-de-la-acción de la destrucción del cristal de la ventana es que el cristal se rompió. La entrada en el mundo de un evento concreto es, en consecuencia, la condición de *ejecución* de una acción con ese evento como resultado-de-la-acción. Esta correlación entre resultado-de-la-acción y acción ejecutada no es, sin embargo, empíricamente necesaria, sino lógicamente necesaria. Pues es cierto que es materia de verificación empírica si un evento que se encuentra incorporado en una acción como resultado-de-la-acción también tuvo ocurrencia fáctica, pero la relación entre la entrada del evento y el resultado-de-la-acción es de naturaleza lógica.

La consecuencia, quizás inesperada, de este punto de vista indica que las acciones no pueden causar el resultado-de-la-acción dado que el resultado-de-la-acción y la ejecución de la acción están, unas y otras, indisolublemente unidas. Los eventos particulares del suceso causal mencionado son, respectivamente, contingentes y lógicamente independientes entre sí. Pero tan pronto como uno de dichos eventos entra en la acción como resultado-de-la-acción, la entrada de

of Action, passim; Baier, *American Philosophical Quarterly* 1971, pp. 161-170; Brand, *Nous* 1968, pp. 187-190; Chisholm, *The Journal of Philosophy* 61 (1964), pp. 613-624; el mismo, *Freedom and Action*, pp. 11-14; Martin, *American Philosophical Quarterly* 1972, pp. 59-68; Melden, *Free Action*, passim; Stoutland, *The Journal of Philosophy* 65 (1968), pp. 467-475; Taylor, *Action and Purpose*, pp. 117-119; von Wright, *Explanation and Understanding*, p. 34 ss. En contra de Danto (véase supra) yo defiendo (véase supra) la opinión según la cual las acciones básicas no son, per se, acciones simples. Las acciones básicas son, más bien, solo relativamente simples en relación con las acciones que mediante dichas acciones básicas deben ser causadas. Acertadamente escribe Stoutland (véase supra, p. 467): "The distinction itself is simple — a nonbasic action of M is an action M performs by performing some other action; a basic action of M is an action M does not perform by performing some other action" [= "La distinción, en sí misma, es sencilla. Una acción no-básica de M es una acción que M ejecuta mediante la ejecución de alguna otra acción; una acción básica de M es una acción que M no ejecuta mediante la ejecución de alguna otra acción". En inglés en el original (N. del T.).]

ese evento deviene en conceptualmente necesaria para poder señalar a la correspondiente acción como ejecutada. (62)

Si las acciones no pueden causar eventos, entonces ellas mismas tampoco son eventos. Por ello resulta correcta la siguiente afirmación de Stoutland: "Actions are different from events". (63) Las acciones son, por el contrario, relaciones conceptuales que están referidas a eventos en el mundo. Para explicar esta relación conceptual vale la pena volver a la ya mencionada asimetría entre las relaciones causales. (64) En efecto, ya se vio cómo la simetría entre condiciones suficientes y necesarias no puede, sin consecuencias absurdas, trasladarse a los cursos causales. Ahora, lo particularmente extraño de dicho traslado radica sólo superficialmente en el factor temporal, es decir, en la suposición de que una causa debería anteceder en el tiempo a su efecto. Así, en la discusión de teoría de la ciencia han sido expuestas constelaciones del todo plausibles que permiten concluir la posibilidad de una causalidad retroactiva. (65) Aquí solo puede remitirse a esos aportes. Por el contrario, lo decisivo es -y el punto ha sido puesto de presente principalmente por Gasking (66) y von Wright (67)- que las representaciones causales están agencialmente impregnadas. El hombre observa, de una parte, el transcurrir del mundo y también, de otra parte, interviene activamente en el mismo. De esa forma aprende a diferenciar si un evento entra *por sí mismo* o si él debe hacer algo para dejar que el evento ocurra. Intervención activa y observación pasiva son para el hombre, entonces, los fundamentos para la explicación del curso del mundo. De esta forma el hombre puede conceptualmente aislar segmentos de una se-

cuencia causal o, dicho con otras palabras, puede formar sistemas (68) susceptibles de ser explicados mediante relaciones causa-efecto.

Aquellas acciones en las que otras acciones se basan fueron ya denominadas acciones básicas. La acción básica puede definirse como el hacer algo para lograr algo distinto. Con esta idea de acción básica puede presentarse la relación entre causa y efecto de la siguiente forma. El evento A podrá verse como la causa del evento B solo si -por lo menos en el marco de un modelo conceptual- mediante la ejecución de A puede asegurarse la entrada de B. Pues es cierto que resulta imposible demostrar qué hubiera ocurrido si A, que de hecho no estuvo presente, hubiera tenido lugar -aquí se presenta, hogaño como antaño, irresoluto el problema humeano de la inducción-. Pero con fundamento en la posibilidad de generar B con la ayuda de A, de una parte, y de la observación de que B no tiene lugar sin A, de otra parte, bien puede hacerse valer la presencia de A y B como la confirmación de la proposición condicional irreal según la cual B no habría entrado si A no hubiera tenido lugar. (69) La suposición según la cual entre dos eventos existiría una relación causa-efecto se debe, de conformidad con esta interpretación, a la representación agencial o intervencionista de que mediante la ejecución o evitación de un evento es posible crear o contener otro evento, respectivamente. (70) Con ello tendría también que quedar satisfactoriamente contestada la pregunta de por qué no se ve el efecto como la condición de la causa.

En este contexto debe aún precisarse mejor la tesis según la cual las acciones son relaciones conceptuales referidas a eventos en el mundo. Así, el resultado-de-la-acción solo puede ser aquel evento que no habría tenido lugar sin una intervención del hombre. Es decir, un evento en el mundo cuya existencia sea imaginable sin la mediación de un actor no puede ser interpretado como resultado-de-la-acción. En consecuencia, suponer la presencia de una acción significa que

(62) Véase Kindhäuser, *Rechtstheorie* 11 (1980), p. 487; Stoutland, *The Journal of Philosophy* 65 (1968), p. 470; von Wright, *Explanation and Understanding*, p. 86 ss.

(63) Stoutland, *The Journal of Philosophy* 65 (1968), p. 470. "Las acciones son diferentes de los eventos". En inglés en el original (N. del T.).

(64) Véase supra el texto del pie de p. 53.

(65) Véase Chisholm, *Freedom and Action*, pp. 11-14; Kindhäuser, *Rechtstheorie* 11 (1980), p. 486; von Wright, *Explanation and Understanding*, p. 74 ss y anotación 43 con ulteriores referencias.

(66) *Mind* 1955, p. 486 s.

(67) *Explanation and Understanding*, p. 69 ss; acerca de la teoría de von Wright véase también Tuomela, *Human Action and its Explanation*, *passim*.

(68) Acerca del concepto de sistema causal véase von Wright, *Explanation and Understanding*, p. 60 ss.

(69) Véase von Wright, *Explanation and Understanding*, p. 69 ss.

(70) Acerca de las repercusiones de esta teoría en el determinismo véase von Wright, *Explanation and Understanding*, p. 81 s.

un evento concreto, a saber, el resultado-de-la-acción, no habría entrado si el actor no lo hubiera provocado mediante un hacer. Lo mismo puede decirse respecto de la ausencia de un evento cuando su entrada fue impedida por un actor mediante la contención de otro evento. De esta forma el concepto de acción está referido a un evento *fáctico* del mundo y a un evento *contrafáctico*, es decir a un evento que habría tenido lugar si el actor no hubiera intervenido en el curso del mundo. (71)

La estructura de una acción puede, de conformidad con lo anterior, describirse de la siguiente forma: una acción no es un evento. Ella es, por el contrario, la referencia conceptual a una relación entre un evento fáctico y un evento contrafáctico. La piedra angular de toda acción es la acción básica. Estas últimas implican el hacer algo para que otra cosa tenga lugar. Bajo la expresión “hacer algo” puede entenderse tanto la actividad como la pasividad humana. Así, mediante su hacer el hombre puede activamente provocar o evitar algo, pero él también puede soportar pasivamente que algo ocurra o que algo no ocurra. (72) Es decir, activa o pasivamente puede el hombre comportarse, respectivamente, productiva o preventivamente, de forma tal que sus acciones se dejan subdividir en cuatro tipos de acción elemental. (73)

Las omisiones pueden ser admitidas en la estructura del comportamiento pasivo, pero con la siguiente particularidad: las omisiones no son un simple no-hacer, una inactividad, y tampoco un mero permitir. Así, las oraciones “Pilar permite que la ventana esté abierta” y “Pilar omite cerrar la ventana” se diferencian en un punto decisivo. Pues el resultado-de-la-acción en la primera frase es un evento (la ventana abierta), mientras que en la segunda frase el resultado-de-la-acción es una acción (el cerrar la ventana). Los resultados de las omisiones son, en consecuencia, acciones o, más exactamente, justo aquellas acciones que

se esperan del actor. (74) Dicha expectativa puede fundamentarse, de una parte, en que por lo general el actor ejecute la acción omitida y, de otra parte, en que el actor tenga que comportarse con arreglo a una norma social. (75)

Así vistas, las omisiones son acciones de segundo orden, siendo una acción de segundo orden aquella basada en una acción simple, siempre que esta última tenga un evento como resultado-de-la-acción. O, formulado de otra forma, omisiones son relaciones entre una acción de primer orden fáctica y una acción de primer orden contrafáctica. (76)

Un problema de gran envergadura en la teoría de la acción es el relativo a la identidad de las acciones. (77) La equiparación entre acción y curso causal viene prohibida por la estructura lógica de las acciones y de allí que la acción no pueda ser idéntica al curso causal. Ahora bien, las acciones están referidas a transformaciones causales en el mundo, y estas transformaciones no solo tienen ocurrencia lineal, sino que también se pueden

(74) D'Arcy (Human Acts, p. 41) escribe al respecto: “A person is said to have omitted X if, and only if, (1) he did not do X, and (2) X was in some way expected of him” [= “De una persona se dice que omitió X si, y solo si, (1) él no hizo X y (2) en cierta forma X se esperaba de él”. En inglés en el original (N. del T.); véase también Brennenstuhl, *Handlungstheorie und Handlungslogik*, pág. 263; Fitzgerald, *Analysis* 1967, pp. 133, 138 s.; el mismo, *Voluntary and Involuntary Acts*, pp. 122, 142 s.

(75) Véase D'Arcy, *Human Acts*, p. 42 s.; Brennenstuhl, *Handlungstheorie und Handlungslogik*, p. 263; Schönke/Schröder/Stree, *Strafgesetzbuch*, 139 vor § 13.

(76) Véase Brennenstuhl, *Handlungstheorie und Handlungslogik*, p. 264 ss.

(77) Al respecto véase Anscombe, *Intention*, p. 28 s., 37 ss.; la misma, *The Intentionality of Sensation: A Grammatical Feature*, p. 159; d'Arcy, *Human Acts*, p. 10; Broadie, *Analysis* 1968, p. 27; Cornman, *Comments*, p. 27; Bennett, *The Journal of Philosophy* 62 (1965), p. 86; Davidson, *The Journal of Philosophy* 60 (1963), p. 686; el mismo, *The Logical Form of Action Sentences*, p. 84; el mismo, *Agency*, pp. 16, 19; Feinberg, *Action and Responsibility*, p. 146; Fitzgerald, *Analysis* 1967, p. 127; Ferguson, *Austin's Philosophy of Action*, p. 127, en especial 140; Hare, *Practical Inferences*, p. 59; Ladd, *The Journal of Philosophy* 62 (1965), pp. 633, 643; Melden, *Free Action*, p. 87 ss.; Schnelle, *Sprachphilosophie und Linguistik*, p. 247 ss.; Thalberg, *Enigmas of Agency*, p. 50; White, *The Philosophy of Mind*, p. 144 s.; von Wright, *The Varieties of Goodness*, p. 123 s.; el mismo, *Explanation and Understanding*, p. 86 ss.; Yolton, *American Philosophical Quarterly* 1966, pp. 14, 17.

(71) Véase von Wright, *Acta Philosophica Fennica* 21 (1968), p. 44; véase también Brennenstuhl, *Handlungstheorie und Handlungslogik*, *passim*.

(72) Véase von Wright, *The Logic of Action*, p. 121 s.

(73) Las cuatro clases fundamentales de acción pueden denominarse creación, contención, destrucción y conservación; von Wright, *The Logic of Action*, p. 121; el mismo, *Norm and Action*, p. 42 ss.

“ramificar”. Si, continuando con el ejemplo mencionado arriba, B se desplomara al ser impactado por la piedra, su esposa E allí presente podría desmayarse o el durmiente niño N podría despertarse por el ruido. De esta forma pueden construirse innumerables núcleos de acción, los cuales tienen su respectiva raíz en una acción básica. (78) Pero si la acción fuera idéntica a cada uno de los eventos desencadenados por la acción básica, entonces el concepto de acción sería equiparable a una fórmula vacía.

Dejando de lado esta diferencia en la estructura lógica, el curso causal tampoco puede ser idéntico a la acción precisamente porque su descripción siempre tiene lugar desde un punto de vista diferente. Así, en el nivel de la observación causal solo son de interés las transformaciones fácticas. Por el contrario, la descripción de una acción pertenece al nivel de la comunicación e interacción humana. (79) En este nivel hechos idénticos pueden ser descritos de forma diferente y, de esa forma, pueden cambiar por completo su sentido. Por ejemplo una oración, una blasfemia, una mentira o un elogio pueden basarse en idénticos movimientos de las cuerdas vocales. (80) Las acciones -así puede concluirse de las reflexiones

(78) Acerca de los núcleos topológicos de acción y de la generación escalonada de acciones véase, especialmente, Goldman, *A Theory of Human Action*, passim; el mismo, *The Journal of Philosophy* 68 (1971), pp. 761-774.

(79) Al respecto véase también, aparte de los autores mencionados en el pie de p. 60, principalmente Adams, *Mind* 1966, pp. 552-563; Anscombe, *Analysis* 1958, pp. 69-72; la misma / Morgenbesser, *The Journal of Philosophy* 60 (1963), pp. 393-401; Baier, *The Monist* 49 (1965), pp. 183-195; Dray, *Laws and Explanation in History*, passim; Ehman, *Ratio* 9 (1967), pp. 140-154; MacMurray, *Proceedings of the Aristotelian Society. Supplementary Volumes* 17 (1938), pp. 69-85; Fain, *Mind* 1958, pp. 366-378; Gardiner, *The Nature of Historical Explanation*, passim; Habermas, *Sprachspiel, Intention und Bedeutung*, pp. 319-340; Hampshire, *Freedom of Mind*, passim; el mismo / Hart, *Mind* 1958, pp. 1-12; Hare, *Freedom and Reason*, passim; Hartnack, *Man and World* 2 (1968), pp. 267-277; Hruschka, *Strukturen der Zurechnung*, p. 2 s. y passim; Madell, *Mind* 1967, pp. 34-48; Malcolm, *The Philosophical Review* 1967, pp. 97-104; el mismo, *The Philosophical Review* 1968, pp. 45-72; Nowell-Smith, *Analysis* 1958, pp. 63-69; Peters, *Analysis* 1950, pp. 103-109; Skjervheim, *Objectivism and the Study of Man*, passim; Taylor, *The Review of Metaphysics* 1971, pp. 3-51; Thalberg, *Analysis* 1967, pp. 196-201; Waismann, *Language Strata*, pp. 11-31.

(80) Véase d'Arcy, *Human Acts*, p. 18; Melden, *Free Action*, p. 91; Dias, *Jurisprudence*, p. 250; Hamlyn, *Philosophy*

precedentes- no son eventos en el mundo, y su interpretación pertenece a un nivel diferente del de la constatación y explicación de las transformaciones causales. (81)

## V. La estructura de las adscripciones de acción

Si las acciones no son eventos, sino solo relaciones referidas a transformaciones en el mundo, entonces cabe preguntarse cómo tiene lugar dicha referencia. Al respecto, el elemento descriptivo en las oraciones de acción no puede resolver esta tarea por sí solo. Así, por ejemplo, la oración “¡tú derribaste el florero!” no sólo tiene como sentido describir que el florero ya no está en su antigua ubicación. Lo decisivo es, por el contrario, que la oración tiene un sentido adscriptivo. (82) Aquel a quien va dirigido el “tú” se le adscribe la transformación, es decir, la caída del florero. O, con otras palabras, la persona en cuestión es hecha *responsable* por la transformación. (83) Las oraciones de

1953, p. 135; White, *The Philosophy of Action*, p. 9; véase también Hampshire / Hart, *Mind* 1958, p. 9.

(81) No obstante, ambos niveles de explicación son compatibles entre sí; véase Kindhäuser, *Intentionale Handlung*, p. 129 ss., con ulteriores referencias.

(82) La versión “en bruto” de esta tesis procede de Hart, *Proceedings of the Aristotelian Society* 49 (1948-1949), pp. 171-194. Hart después rechazaría parcialmente (en la introducción a su libro *Punishment and Responsibility*, de 1968), como efecto de la crítica de Geach (*The Philosophical Review* 1960, pp. 221-225), este primer trabajo suyo. Acerca de esta discusión véase, entre otros, Brown, *Action*, p. 115; Feinberg, *Action and Responsibility*, p. 146; Goldman, *A Theory of Human Action*, p. 25; Ladd, *The Journal of Philosophy* 62 (1965), p. 635; Pennock, *The Problem of Responsibility*, p. 27; Pitcher, *The Philosophical Review* 1960, pp. 226-235; Winch, *Ethics and Action*, p. 135 s.; White, *The Philosophy of Action*, p. 4. En mi opinión, el error de la tesis original de Hart estriba en que una persona no se hace responsable por una conducta, sino por un evento, el cual, de esa forma, le es adscrito como resultado-de-lacción; véase Kindhäuser, *Intentionale Handlung*, p. 164 ss. Además, resulta razonable entender la adscripción no en términos normativos, sino más bien como una interpretación hipotética de la autoría.

(83) Hart apoya su tesis del modo adscriptivo de las acciones de acción en la función de los conceptos jurídicos “ascriptiveness” (imputación, reproche, hacer-responsable) y “defeasibility” (refutación, anulación, atenuamiento). Para escapar de las dificultades semánticas de una adscripción normativa -al respecto véase la crítica de Geach, *The Philosophical Review* 1960, pp. 221-225- se debería mejor entender el hacer-responsable como una construcción hipotética de autoría. De allí que el punto de partida de Lenk

acción tienen, entonces, la particularidad lógica de que ellas indican transformaciones en el mundo y, al mismo tiempo, nombran al responsable de dichas transformaciones.

En el ejemplo mencionado en el párrafo anterior el inculpaado puede admitir en toda su extensión el reproche, pero puede también defenderse. Él podría decir, por ejemplo, que al florero lo echó por tierra una ráfaga de viento, o que la persona que se encontraba a su lado lo empujó y que por eso no pudo impedir la desgracia. En la reacción del inculpaado frente a los argumentos defensivos puede leerse, por su parte, qué alegatos exculpan al inculpaado en su totalidad, solo en parte, o absolutamente nada. (84) De allí se puede concluir que la totalidad de los elementos cuya negación le permite al inculpaado eliminar el reproche consistente en, simple y llanamente, haber actuado tienen que ser componentes esenciales y necesarios del concepto de acción empleado en la situación concreta.

Pues bien, en la explicación del concepto jurídico-penal de acción puede también procederse de la misma forma. Así, un concepto jurídico-penal de acción debe ser de tal índole que él pueda abrazar todos los elementos que fundamentan un reproche de culpabilidad, y que le falten todos los elementos que, como tal, excluyen ya la posición del actor (en sentido jurídico-penal). Dado que una explicación exhaustiva del concepto de acción de la mano de un modelo de reproche e impugnación basado en actos de habla ya fue desarrollada en otro lugar (85), puede aquí simplemente remitirse a su resultado. Un inculpaado solo tendrá éxito en su intento por apartar completamente de sí la responsabilidad por un evento, cuando la

(Handlung als Interpretationskonstrukt, p. 279 ss., principalmente 314 ss.) sea más convincente que el de Hart.

(84) Una presentación de este tipo de situaciones inculpantes puede verse en Brennenstuhl, *Handlungstheorie und Handlungslogik*, passim; Rehbein, *Entschuldigungen und Rechtfertigungen*, pp. 288-317.

(85) Véase Kindhäuser, *Intentionale Handlung*, p. 169 ss. La idea de una explicación de acción de este tipo procede de Austin, *Proceedings of the Aristotelian Society* 57 (1956-1957), pp. 1-30; el mismo, *The Philosophical Review* 1966, pp. 427-440; véase también Rayfield, *Nous* 1968, pp. 131-145; Brennenstuhl, *Handlungstheorie und Handlungslogik*, passim; Rehbein, *Entschuldigungen und Rechtfertigungen*, pp. 288-317.

entrada del evento en cuestión haya estado por fuera de su control.

Ahora, respecto de la posibilidad de control es necesario diferenciar si ella se refiere a la piedra angular de la acción, es decir a la acción básica, o si ella se refiere a la consecuencia adscrita con la acción. En constelaciones constituidas de forma sencilla las posibilidades de control de ambas acciones pueden ser idénticas. Así, en el caso ejemplificado la constatación de que la acción básica -es decir, el movimiento del brazo- fue ejecutada de forma controlada también incluye, simultáneamente, que el resultado-de-la-acción -el derribamiento del florero- fue ocasionado de forma controlada. Esto puede expresarse idiomáticamente mediante el empleo del adverbio de control (86) "intencional". Pero la situación se mostrará diferente cuando el resultado-de-la-acción de la acción básica condicione una consecuencia-de-la-acción que solo tiene lugar después de un tiempo prolongado. Piénsese, a título de ejemplo, en el caso de manual de la siembra de una belladona (acción básica) con la que, veinte años después, un niño se envenena. (87)

Lo que distingue a la posibilidad de controlar una acción básica es la posibilidad de decisión. Pues solo está sujeto al control de un actor aquel hacer por el cual uno puede decidirse. De allí que no se tengan en cuenta como acciones básicas aquellas formas de comportamiento humano por las que uno no puede decidirse, como es el caso tratándose de un estornudo, de la digestión o de un traspie. (88) Ahora, mientras que la demanda por dirigibilidad de la acción básica se encuentra asegurada -pues se trata, sencillamente, de la capacidad básica de comportamiento humano (89)-, la valoración respecto de la controlabilidad de aquella acción que tenga como resultado-de-la-acción la consecuencia-de-la-acción relevante es dependiente o de datos subjetivos o de estándares sociales.

(86) Acerca del concepto de adverbio de control véase Austin, *Proceedings of the Aristotelian Society* 57 (1956-1957), p. 5; Brennenstuhl, *Handlungstheorie und Handlungslogik*, p. 69 ss.; Thalberg, *Enigmas of Agency*, p. 52 ss.

(87) Véase Otto, *FS-Maurach*, p. 97.

(88) Véase Kindhäuser, *Intentionale Handlung*, p. 170 s.

(89) Véase Danto, *Analytical Philosophy of Action*, p. 174 ss.

Los datos subjetivos desempeñan un papel relevante en las acciones intencionales porque en ellas lo importante es la capacidad del actor de ocasionar realmente la consecuencia-de-la-acción. Tratándose de eventos no intencionales el lugar de los cálculos subjetivos es asumido por estándares sociales cuya tarea es “intermediar” entre el curso objetivo del suceso y las posibilidades del actor. Los resultados diferirán de conformidad con el valor que se le asigne a la posibilidad del actor de influir en el suceso. Así, si se permite que entre el resultado-de-la-acción de una acción básica y la consecuencia-de-la-acción baste la existencia de un mera relación causal, entonces también se podrá adscribir como resultado-de-la-acción cualquier evento que, al aplicársele un estándar que exija una dirigibilidad concreta del suceso, se encuentre justo por fuera de la mencionada relevancia. (90)

Ahora bien, si de lo que se trata es de la adscripción de una consecuencia-de-la-acción que ya entró, ¿qué punto de conexión debe plantearse en este contexto? Está claro que en el nivel de la causalidad no puede encontrarse una respuesta, ni siquiera una provisional, a este interrogante. En primer lugar, porque no todas, sino solo aquellas condiciones de la consecuencia-de-la-acción con significado teórico para la acción resultan de importancia y, en segundo lugar, porque la relevancia causal de las omisiones no resulta obvia mediante un simple análisis objetivo del suceso. La respuesta debe, entonces, buscarse contrafácticamente: ¿quién habría tenido la posibilidad de guiar contrafácticamente el curso causal? De esta forma queda delimitado el círculo de actores potenciales. Por su parte, la posibilidad de considerar a los actores potenciales también como actores actuales dependerá de una respuesta positiva al siguiente par de preguntas: a) ¿son las condiciones relevantes el resultado-de-la-acción de acciones básicas respecto de las cuales es posible tomar una

decisión?, y b) ¿se corresponden las relaciones entre las condiciones y la consecuencia-de-la-acción con las exigencias del estándar empleado para la controlabilidad?

Solo si se formula la pregunta por la contrafactividad surge el problema de la causalidad. Qué rol juegan en el análisis causal las distintas relaciones entre las condiciones se pondrá de manifiesto con el siguiente caso. El niño de cinco años N chupetea unas pastillas de dedalera que él confunde con dulces. El medicamento había sido previamente dejado por su madre M en la mesa de la cocina a una altura al alcance de la mano. El médico A, informado del asunto inmediatamente después del suceso, se niega, sin ninguna razón de peso, a efectuar una visita a casa de N. El médico B, quien finalmente se hace presente, le administra a N un medicamento que incrementa aún más el efecto de la dedalera. N muere de inmediato. Durante la investigación de la fiscalía se demuestra que la muerte de N, aun cuando en un momento posterior, habría ocurrido con seguridad por las pastillas de dedalera. Mientras que A, a causa de su experiencia y pericia, quizás habría podido, sin más, salvar la vida de N si él hubiera llegado de inmediato. M y B pueden, en esta constelación, ser los posibles autores de una acción (imprudente). No obstante, ellos pusieron condiciones diferentes para la muerte de N. El haber dejado las pastillas a una altura al alcance de N fue necesario, antes que nada, para que N chupeteara los supuestos dulces. Pero esa condición no fue suficiente para la causación de la muerte en el momento concreto. De igual forma la condición puesta por B, a saber, la indicación del medicamento equivocado, no habría sido suficiente para la muerte de N, pero tampoco necesaria. Más bien, en este caso se trata de una -así denominada- condición necesaria contingente, la cual, añadida a las condiciones necesarias dadas, las convierte en una condición suficiente para la muerte en el momento concreto. Es decir, entre las condiciones puestas por M y B (que se denominarán condición-M y condición-B en lo sucesivo) puede diferenciarse como sigue. La condición-M es una condición necesaria, pero no suficiente. Ella deja abierto el curso concreto del suceso. La condición-B es una condición necesaria contingente. Y dado que es justamente ella la que resulta decisiva para la consecuencia-de-la-acción en el momento concreto, es ella, al mismo tiempo, la condición “guía”. Debido a lo diferente de sus respectivas influencias sobre la

(90) Como criterios de influencia en el curso causal son mencionados, entre otros, “dominabilidad” -véase Eser, Strafrecht 2 I Nr. 4 A 16 ss.-, “funcionalidad determinada desde el resultado” -véase Honig, FS-Frank I, p. 188-, “planeabilidad objetiva” -véase Oehler, Das objektive Zweckmoment, p. 72-, o “dirigibilidad del suceso” -véase Otto, FS-Maurach, passim-. Dado que el desarrollo de criterios de imputación solo puede razonablemente tener éxito si se consideran puntos de vista dogmáticos, entonces las reflexiones que siguen se limitarán solo al aspecto causal de las adscripciones de acción.

consecuencia-de-la-acción se podría denominar a la condición-M también como *condición marco* y a la condición-B como *condición de la consecuencia-de-la-acción*. (91)

Por su parte, la acción omisiva de A no se refiere a un evento que, en términos causales, hubiese tenido lugar inmediatamente. Esto se desprende de la estructura misma de las omisiones, la cual no presenta ninguna contrafactividad de eventos, sino una contrafactividad de acciones. No obstante ello es perfectamente posible preguntar si la acción contrafáctica, es decir la acción omitida, habría provocado una transformación contrafáctica. Con otras palabras, ¿no se habría llegado hasta la entrada de la consecuencia-de-la-acción en caso de ejecución de la acción omitida? Evidentemente esta pregunta no se deja contestar con ayuda de condiciones necesarias (92), sino solo de la mano de un complejo de condiciones suficientes. Es decir, debe preguntarse si es posible pensar en una condición que, como el resultado-de-la-acción de una acción básica del potencial autor omisivo, hubiese bastado, bajo las condiciones marco dadas, para evitar la consecuencia-de-la-acción. (93) Dado que dicha condición entrante debería, respecto del curso causal *contrafáctico*, ser vista como una condición necesaria contingente, entonces ella podría, referida a la consecuencia-de-la-acción *concreta*, ser denominada como *condición contrafáctica de la consecuencia-de-la-acción*. De conformidad con las premisas del ejemplo, A tuvo la posibilidad de evitar la muerte de N. De allí que también la condición adscrita a él, es decir la

(91) Con la condición-M se pone de manifiesto que una adscripción que se construya solo con apoyo en el nexo causal es insatisfactoria. De la mano del más amplio criterio de adscripciones de acción, por el contrario, debe explicarse por qué precisó esta se tiene por relevante de entre la incalculable cantidad de condiciones marco. La elaboración en el contexto jurídico de un criterio tal no podrá llegar a feliz puerto sin la consideración de elementos del deber objetivos. Esto parece ser también aplicable respecto de la, por lo demás “unproblemática”, condición-B, cuando se tiene en mente una comprensión adecuada de los casos de la, así denominada, conducta alternativa conforme a deber.

(92) Por esa razón, el mero empleo de la fórmula de la *conditio sine qua non* es insuficiente; véase también Hart / Honoré, *Causation in the Law*, passim; Honoré, *ZStW* 69 (1957), p. 98 ss.

(93) Los restantes presupuestos de un delito (impropio) de omisión no son de relevancia para el objeto del presente artículo.

condición-A, pueda ser vista como causal frente a la consecuencia-de-la-acción. (94)

Del ejemplo puede extraerse que, tratándose del análisis causal en el marco de la adscripción de una acción, tres clases de constelaciones de condiciones pueden ser de importancia: condiciones marco, condiciones de la consecuencia-de-la-acción y condiciones contrafácticas de la consecuencia-de-la-acción. Ellas encuentran su fundamento en el enlace entre condiciones necesarias, condiciones suficientes y condiciones necesarias contingentes, respectivamente.

## VI. Recapitulación

En la exposición anterior fue usado el concepto de adscripción en lugar del concepto de imputación. La razón de ello estriba, en primer lugar, en que dicho proceder se corresponde con la terminología de la teoría lingüístico-analítica de la acción. En segundo lugar, porque el concepto de adscripción está en gran parte libre de ciertos contenidos asociados al concepto de imputación. Ahora, si se subdivide estructuralmente la imputación en varios niveles, tal como es defendido por *Hruschka* (95), entonces no habrá ningún reparo en equiparar la adscripción de acción con el primer nivel de la imputación.

El concepto de acción concierne -así fue expuesto- a un hacer respecto del cual es posible tomar una decisión (acción básica), a través del cual puede ocasionarse un evento (resultado-de-la-acción o consecuencia-de-la-acción). El concepto de “ocasionar”, a su vez, remite a estándares de adscripción, los cuales exigen como posibilidad mínima de control una conexión causal entre el resultado-de-la-acción de una acción básica y la consecuencia-de-la-acción. (96) La relación causal puede ser analizada con la ayuda de condiciones suficientes, necesarias y contingentes necesarias.

(94) De una condición-A se puede hablar, entonces, como de una causa, cuando ella tiene relevancia causal, esto es, cuando puede servir en un modelo ND como la premisa de un pronóstico (determinista). Acerca de las condiciones “negativas” véase también Mackie, *American Philosophical Quarterly* 1965, p. 245 ss.

(95) *Strukturen der Zurechnung*, p. 2 s. y passim.

(96) La acción básica asume en este modelo el lugar asignado en otras teorías de la acción al concepto de acto de voluntad; véase al respecto Kindhäuser, *Rechtstheorie* 11 (1980), p. 491 ss.

Para que las condiciones de que se trate puedan ser vistas como causas, ellas deben mostrar relevancia causal. Ellas deben ser apropiadas para desempeñar en el modelo ND el rol de datos antecedentes con miras a ofrecer una explicación (comisión) o un pronóstico (omisión).

## VII. Bibliografía

- Adams, E.M.:
- "Mental Causality" en: *Mind*, 1966.
- Anscombe, G.E.M.:
- *Intention*, Basil Blackwell, Oxford, 1957.
  - "On Brute Facts" en: *Analysis*, 1958.
  - "The Intentionality of Sensation: a Grammatical Feature" en: Butler (Coord.), *Analytical Philosophy*, 2. Ed., Basil Blackwell, Oxford, 1968.
- Anscombe, G.E.M. / Morgenbesser, Sidney:
- "The Two Kinds of Error in Action" en: *The Journal of Philosophy* 60 (1963).
- Austin, J.L.:
- "A Plea for Excuses" en: *Proceedings of the Aristotelian Society* 57 (1956-1957).
  - "Three Ways of Spilling Ink" en: *The Philosophical Review*, 1966.
- Basson, H.A.:
- *David Hume*, Penguin Books, London, 1958.
- Baier, Annette:
- "The Search for Basic Actions" en: *American Philosophical Quarterly*, 1971.
- Baier, Kurt:
- "Action and Agent" en: *The Monist* 49 (1965).
- Beckermann, Ansgar:
- "Einige Bemerkungen zur statistischen Kausalitätstheorie von P. Suppes" en: *Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie* 6 (1975).
- Bennett, Daniel:
- "Action, Reason, and Purpose" en: *The Journal of Philosophy* 62 (1965).
- Bernstein, Richard J.:
- *Praxis and Action*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1971.
- Bockelmann, Paul:
- *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2. Ed., C.H. Beck, München, 1975.
- Brand, Myles:
- "Danto on Basic Actions" en: *Nous*, 1968.
- Brennenstuhl, Waltraud:
- *Handlungstheorie und Handlungslogik*, Scriptor, Kronbert, 1975.
- Broadie, Alexander:
- "The Practical Syllogism" en: *Analysis*, 1968.
- Brown, Donald G.:
- *Action*, University of Toronto Press, London, 1968.
- Carnap, Rudolf:
- *Bedeutung und Notwendigkeit*, Springer Verlag, Viena, 1972.
- Chisholm, Roderick M.:
- "The Descriptive Element in the Concept of Action" en: *The Journal of Philosophy* 61 (1964).
  - "Freedom and Action" en: Lehrer (Coord.), *Freedom and Determinism*, Random House, New York, 1966.
  - "On the Logic of Intentional Action" en: Binkley, Bronaugh y Marras (Coord.), *Agent, Action, and Reason*, Basil Blackwell, Oxford, 1971.
- Cohen, Mendel F.:
- "Motives, Causal Necessity and Moral Accountability" en: *Australasian Journal of Philosophy* 42 (1964).
- Cornman, James:
- "Comments" en: Binkley, Bronaugh y Marras (Coord.), *Agent, Action, and Reason*, Basil Blackwell, Oxford, 1971.

Danto, Arthur C.:

- "Basic Actions" en: *American Philosophical Quarterly*, 1965.

- "Freedom and Forbearance" en: Lehrer (Coord.), *Freedom and Determinism*, Random House, New York, 1966.

- *Analytical Philosophy of Knowledge*, Cambridge University Press, Cambridge, 1968.

- *Analytical Philosophy of Action*, Cambridge University Press, Cambridge, 1973.

- "Vorstellungselemente in menschlichen Handlungen" en: *Neue Hefte für Philosophie* 9 (1976) (traducción del inglés al alemán por Hans-Peter Schütt).

Danto, Arthur C. / Morgenbesser, Sidney:

- "What We Can Do" en: *The Journal of Philosophy* 60 (1963).

D'Arcy, Eric:

- *Human Acts. An Essay in their Moral Evaluation*, Oxford University Press, Oxford, 1963.

Daveney, T.F.:

- "Choosing" en: *Mind*, 1964.

- "Intention and Causes" en: *Analysis*, 1966.

Davidson, Donald:

- "Actions, Reasons, and Causes" en: *The Journal of Philosophy* 60 (1963).

- "The Logical Form of Action Sentences" en: Rescher (Coord.), *The Logic of Decision and Action*, Pittsburgh University Press, Pittsburgh, 1966.

- "Agency" en: Binkley, Bronaugh y Marras (Coord.), *Agent, Action, and Reason*, Basil Blackwell, Oxford, 1971.

Dias, R.W.M.:

- *Jurisprudence*, 2. Ed., Butterworths, London, 1964.

Donogan, Alan:

- "Neue Überlegungen zur Popper-Hempel Theorie" en: Baumgartner y Rüsen (Comp.), Ge-

schichte und Theorie, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1979.

Dray, William H.:

- *Laws and Explanation in History*, Oxford University Press, London, 1957.

Ehman, Robert R.

- "Causality and Agency" en: *Ratio* 9 (1967).

Engisch, Karl:

- *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1931.

- *Vom Weltbild des Juristen*, 2. Ed., Carl Winter Universitätsverlag, Heidelberg, 1965.

Eser, Albin:

- *Juristischer Studienkurs. Strafrecht*, t. I, 2. Ed., C.H. Beck, München, 1976.

Fabricius, Fritz / Kraft, Alfons / Wiese, G:

- *Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, Luchterhand, Neuwied.

Fain, Haskell:

- "Prediction and Constraint" en: *Mind*, 1958.

Feinberg, Joel:

- "Action and Responsibility" en: Black (Coord.), *Philosophy in America*, Cornell University Press, London, 1965.

Fitzgerald, P.J.:

- "Acting and Refraining" en: *Analysis*, 1967.

- "Voluntary and Involuntary Acts" en: White (Coord.), *The Philosophy of Action*, Oxford University Press, Oxford, 1968.

Forguson, L.W.:

- "Austin's Philosophy of Action" en: Fann (Coord.), *Symposium on J.L. Austin*, Routledge & Kegan Paul, London, 1969.

Gardiner, Patrick:

- *The Nature of Historical Explanation*, Oxford University Press, Oxford, 1952.

- Gasking, Douglas:  
 -"Causation and Recipes" en: *Mind* 64 (1955).
- Geach, P.T.:  
 -"Ascriptivism" en: *The Philosophical Review*, 1960.  
 -*Mental Acts. Their Content and their Objects*, Routledge & Kegan Paul, London, 1971.
- Goldman, Alvin I:  
 -*A Theory of Human Actions*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1970.  
 -"The Individuation of Action" en: *The Journal of Philosophy* 68 (1971).
- Goodman, Nelson:  
 -*Fact, Fiction, and Forecast*, 2. Ed., Bobbs-Merril, Indianapolis, 1965.
- Habermas, Jürgen:  
 -"Sprachspiel, Intention und Bedeutung. Zu Motiven bei Sellars und Wittgenstein" en: *Wiggerhaus (Coord.), Sprachanalyse und Soziologie*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1975.
- Hamlyn, D.W.:  
 -"Behavior" en: *Philosophy*, 1953.
- Hampshire, Stuart:  
 -*Thought and Action*, Chatto and Windus, London, 1959.  
 -*Freedom of Mind. And other Essays*, Oxford University Press, London, 1972.
- Hampshire, Stuart / Hart, H.L.A.:  
 -"Decision, Intention, and Certainty" en: *Mind*, 1958.
- Hare, R.M.:  
 -*Freedom and Reason*, Oxford University Press, London, 1963.  
 -*Practical Inferences*, University of California Press, Berkeley, 1971.
- Hart, H.L.A.:  
 -"The Ascription of Responsibility and Rights" en: *Proceedings of the Aristotelian Society* 49 (1948-1949).  
 -*Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, London, 1968.
- Hart, H.L.A. / Honoré, Tony:  
 -*Causation in the Law*, Oxford University Press, London, 1959.
- Hartnack, Justus:  
 -"The Concept of Act and Behavior" en: *Man and World* 2 (1968).
- Hempel, Carl G.:  
 -"The Function of General Laws in History" en: *The Journal of Philosophy* 39 (1942).
- Hempel, Carl / Oppenheim, Paul:  
 -"Studies in the logic of Explanation" en: *Hempel (Coord.), Aspects of Scientific Explanations and other Essays in the Philosophy of Science*, Free Press, New York, 1965.
- Hintikka, Jaakko:  
 -*Models for Modalities. Selected Essays*, D. Reidel, Dordrecht, 1969.
- Honig, Richard:  
 -"Kausalität und objektive Zurechnung" en: *A. Hegler (Coord.), Frank-FS, t. I*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1930.
- Honoré, Tony:  
 -"Die Kausalitätslehre im anglo-amerikanischen Recht im Vergleich zum deutschen Recht" en: *ZStW* 69 (1957) (traducción del inglés al alemán por Hans Heinz Heldmann).
- Hruschka, Joachim:  
 -*Strukturen der Zurechnung*, Walter de Gruyter, Berlin, 1976.
- Hughes, George Edward / Cresswell, M.J.

-An Introduction to Modal Logic, Methuen, London, 1968.

Hume, David:

-Enquiries Concerning the Human Understanding and Concerning the Principles of Morals, Oxford University Press, London, 1951 (año original de edición: 1751) [citado: Enquiries].

Jakobs, Günther:

-"Regreßverbot beim Erfolgsdelikt" en: ZStW 89 (1977).

Jarvie, Ian C.:

-Die Logik der Gesellschaft (traducción del inglés al alemán por Wilhelm Höck), List, München, 1974.

Jescheck, Hans-Heinrich:

-Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 3. Ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1978 [citado: AT3].

Kahrs, Hans Jürgen:

-Das Vermeidbarkeitsprinzip und die conditione-qua-non-Formel im Strafrecht, Cram de Gruyter & Co., Hamburg, 1968.

Kenny, Anthony John Patrick:

-Action, Emotion and Will, Routledge & Kegan Paul, London, 1963.

Kindhäuser, Urs:

-"Basis-Handlungen" en: Rechtstheorie 11 (1980).

-Intentionale Handlung, Duncker & Humblot, Berlin, 1980.

-"Zur Definition qualitativer und komparativer Begriffe. Eine Entgegnung auf Herschels Typologie im Arbeitsrecht" en: Rechtstheorie 12 (1981).

Ladd, John:

-"The Ethical Dimensions of the Concept of Action" en: The Journal of Philosophy 62 (1965).

Larenz, Karl:

-Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, Deichert, Leipzig, 1927.

Lenk, Hans:

-"Handlung als Interpretationskonstrukt" en: Lenk (Coord.), Handlungstheorien-interdisziplinär, t. II, vol. 1, Wilhelm Fink, München, 1978.

Mackie, J.L.:

-"Causes and Conditions" en: American Philosophical Quarterly, 1965.

MacMurray, J. / Ewing, A.C. / Franks, O.S.:

-"Symposium: What is Action?" en: Proceedings of the Aristotelian Society. Supplementary Volumes 17 (1938).

Madell, Geoffrey:

-"Action and Causal Explanation" en: Mind, 1967.

Malcolm, Norman:

-"Explaining Behavior" en: The Philosophical Review, 1967.

-"The Conceivability of Mechanism" en: The Philosophical Review, 1968.

Martin, Jane R.:

-"Basic-Actions and Simple Actions" en: American Philosophical Quarterly, 1972.

Maurach, Reinhart:

-"Adäquanz der Verursachung oder Fahrlässigkeit?" en: GA 1960.

Melden, Abraham I.:

-Free Action, Routledge & Kegan Paul, London, 1961.

-"Willing" en: White (Coord.), The Philosophy of Action, Oxford University Press, Oxford, 1968.

Mezger, Edmund:

-Strafrecht, 3. Ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1949.

-Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, Duncker & Humblot, Berlin, 1950.

- Mill, John Stuart:  
-A System of Logic, Harper & Brothers, New York, 1846.
- Nagel, Ernest:  
-"Types of Causal Explanation in Science" en: Lerner (Comp.), Cause and Effect, Free Press, New York, 1965.
- Nowell-Smith, P.H.  
-"Choosing, Deciding and Doing" en: Analysis, 1958.
- Oehler, Dietrich:  
-Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, Duncker & Humblot, Berlin, 1959.
- Otto, Harro:  
-"Kausaldiagnose und Erfolgzurechnung im Strafrecht" en: Schroeder y Zipf (Coord.), FS-Maurach, C.F. Müller, Karlsruhe, 1972.
- "Risikoerhöhungsprinzip statt Kausalitätsgrundsatz als Zurechnungskriterium bei Erfolgsdelikten" en: NJW 1980.
- Pap, Arthur:  
-Analytische Erkenntnistheorie, Springer Verlag, Viena, 1955.
- Pennock, Roland:  
-"The Problem of Responsibility" en: Friedrich (Coord.), Liberal Arts Press, New York, 1960.
- Peters, Richard Stanley:  
-"Cure, Cause and Motive" en: Analysis, 1950.
- The Concept of Motivation, Routledge & Kegan Paul, London, 1958.
- Pitcher, George:  
-"Hart on Action and Responsibility" en: The Philosophical Review, 1960.
- Plantinga, Alvin:  
-The Nature of Necessity, Oxford University Press, Oxford, 1974.
- Quine, W.V.O.:  
-Word and Object, The Technology Press of The Massachusetts Institute of Technology, Massachusetts, 1960.
- Radbruch, Gustav:  
-Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, Guttentag, Berlin, 1904.
- Rayfield, David:  
-"Action" en: Nous, 1968.
- Rehbein, Jochen:  
-"Entschuldigungen und Rechtfertigungen" en: Wunderlich (Coord.), Linguistische Pragmatik, 2. Ed., Athenäum, Frankfurt am Main, 1975.
- Reichenbach, Hans:  
-The Direction of Time, University of California Press, Berkeley, 1956.
- Roche, Maurice:  
-Phenomenology, Language and the Social Sciences, Routledge & Kegan Paul, London, 1973.
- Roxin, Claus:  
-"Gedanken zur Problematik der Zurechnung" en: FS-Honig, Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1970.
- Rudolphi, Hans-Joachim:  
-"Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre" en: JuS 1969.
- Russell, Bertrand:  
-"On the Notion of Cause" en: Proceedings of the Aristotelian Society 13 (1912-1913).
- Ryan, Alan:  
-The Philosophy of Social Sciences, Pantheon Books, London, 1970.
- Salmon, Wesley C.:  
-Statistical Explanation and Statistical Relevance, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, 1971.

Samson, Erich:

-Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, A. Metzner, Frankfurt am Main, 1972.

Schaffstein, Friedrich:

-"Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe" en: FS-Honig, Otto Schwartz & Co., Gotinga, 1970.

Schmidhäuser, Eberhard:

-Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 2. Ed., 1970, Tübingen, 1975 [citado: AT2].

Schnelle, Helmut:

-Sprachphilosophie und Linguistik. Prinzipien der Sprachanalyse a priori und a posteriori, Rohwolt, Hamburg, 1973.

Schönke, Adolf / Schröder, Horst:

-Strafgesetzbuch. Kommentar, 20. Ed., C.H. Beck, München, 1980.

Scriven, Michael:

-"Explanation and Prediction in Evolutionary Theory" en: Science, 1959.

Skjervheim, Hans:

-Objectivism and the Study of Man, Universitetsforlaget, Oslo, 1959.

Snyder, Paul:

-Modal Logic and its Application, Van Nostrand Reinhold, New York, 1971.

Spendel, Günther:

-Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte. Eine kritische Untersuchung der Conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht, J.M. Beck, Herborn, 1948.

Stegmüller, Wolfgang:

-Aufsätze zur Wissenschaftstheorie, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1974.

-Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie, t. I, Wissenschaftliche Erklärung und Begründung, Springer Verlag, Berlin, 1974 [citado: Wissenschaftstheorie und Analytische Philosophie I]

-Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie, t. IV vol. 2, Personelle und statistischen Wahrscheinlichkeit, Springer Verlag, Berlin, 1973 [citado: Wissenschaftstheorie und Analytische Philosophie IV 2].

Stoutland, Frederick:

-"Basic Actions and Causality" en: The Journal of Philosophy 65 (1968).

Suppes, Patrick:

-A Probabilistic Theory of Causality, North-Holland Pub. Co., Amsterdam, 1970.

Taylor, Charles:

-The Explanation of Behaviour, Routledge & Kegan Paul, London, 1964.

-"Explaining Action" en: Inquiry, 1970.

-"Interpretation and the Sciences of Man" en: The Review of Metaphysics, 1971.

Taylor, Richard:

-"Causation" en: The Monist 47 (1963).

-Action and Purpose, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1966.

Thalberg, Irving:

-"Do We Cause Our Own Actions?" en: Analysis, 1967.

-Enigmas of Agency, George Allen & Unwin Ltd, London, 1972.

Tuomela, Raimo:

-Human Action and its Explanation, Institute of Philosophy University of Helsinki, Helsinki, 1974.

Ulsenheimer, Klaus:

-"Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte" JZ 1969.

von Kries, Johannes:

-Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung. Eine logische Untersuchung, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1886.

von Wright, Georg Henrik:

-Norm and Action. A Logical Enquiry, Routledge & Kegan Paul, London, 1963.

-The Varieties of Goodness, Routledge & Kegan Paul, London, 1963.

-"The Logic of Action. A Sketch" en: Rescher (Coord.), The Logic of Decision and Action, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, 1966.

-Explanation and Understanding, Cornell University Press, Ithaca, 1971.

-"An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action" en: Acta Philosophica Fennica, 21 (1968).

-Handlung, Norm und Intention (traducción del inglés al alemán por D. Wenzel y H. Poser), Walter de Gruyter, Berlin, 1977.

Waisamnn, Friedrich:

-"Language Strata" en: Flew (Coord.), Logic and Language, Basil Blackwell, Oxford, 1953.

Welzel, Hans:

-Das deutsche Strafrecht. Eine Systematische Darstellung, 10. Ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1967.

-Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Walter de Gruyter, Berlin, 1975.

White, Alan R.:

-The Philosophy of Mind, Random House, New York, 1967.

-The Philosophy of Action, Oxford University Press, London, 1968.

Winch, Peter:

-The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy, Routledge & Kegan Paul, London, 1958.

-Ethics and Action, Routledge & Kegan Paul, London, 1972.

Wittgenstein, Ludwig:

-Schriften V: Das Blaue Buch, Eine Philosophische Betrachtung, Zettel, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1970.

Yolton, John W.:

-"Agent Causality" en: American Philosophical Quarterly, 1966.

Zeman, Joseph Jay:

-Modal Logic. The Lewis-Modal Systems, Oxford University Press, Oxford, 1973.

.....

# Incumplimiento del deber alimentario e impedimento de contacto con los hijos menores como formas de violencia familiar

POR CARLOS JULIO LASCANO

**Sumario: I. Introducción. — II. La ley 13.944 y el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. — III. La ley 24.270 y el delito de impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes. — IV. Conclusiones.**

## I. Introducción

En el pasado mes de julio se cumplieron veinte años desde que publicamos con María de las Mercedes Suárez un pequeño libro sobre el nuevo delito de impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes, introducido por la ley 24.270. (1) En la nota del editor, Marcos Lerner, se dijo del suscripto que era hijo del profesor homónimo, autor de *“La Ley 13.944 y el estado actual de la Jurisprudencia”*, *“enjundiosa tesis doctoral que ilustró la difícil problemática durante treinta años y que hoy retoma su hijo, para confrontarla con la realidad de nuestro tiempo”*. Esto revela que ya en aquel momento se advertía que los tipos delictivos incorporados en 1993 por una ley complementaria del Código Penal, tenían una indudable y próxima vinculación con el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, que había sido creado en 1950 por otra ley de esa naturaleza.

Por ello, no es una casualidad que ahora me ocupe de abordar en forma conjunta los delitos regulados por ambas leyes complementarias del Código Penal, pues aquellos comportamientos desviados suelen expresar distintas modalidades de violencia familiar, como si fueran dos caras de una misma moneda. Creo que es una buena oportunidad para hacer un balance del impacto que la intervención del Derecho Penal ha ejercido respecto de los conflictos familiares que buscó solucionar.

(1) B.O. 23/11/93.

## II. La ley 13.944 y el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar

### II.1. Bien jurídico protegido

Hasta la sanción de la ley 13.944, la familia no había sido objeto de una protección especial en el Derecho Penal argentino, pues nuestro Código -a diferencia de los de otros países- no tiene un título o capítulo que la tutele bajo amenaza de pena.

La mencionada ley resguarda penalmente el cumplimiento del deber de asistencia económica emergente del núcleo familiar compuesto por padres e hijos matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos, aunque no habiten bajo el mismo techo, ampliado al núcleo cuasi familiar formado por las personas ligadas por una relación de tutela, curatela o guarda, según enseña Ricardo Núñez. (2)

En esa línea de pensamiento podemos decir que el bien jurídico protegido es la familia, pero es más propio restringirlo a la *“... subsistencia material de los individuos en cuanto son miembros de la comunidad familiar”* (3), pues es sólo este aspecto el que la ley contempla. Lo que se tutela, entonces, es la satisfacción de las necesidades familiares en lo económico, dejando fuera del ámbito delictivo la asistencia moral que, si bien es obligatoria para determinadas personas en virtud de la ley civil,

(2) Derecho Penal Argentino, t. VI, Lerner, Buenos Aires, 1971, p. 22 y ss.

(3) LASCANO, Carlos J., *La Ley 13.944 y el estado actual de la Jurisprudencia*, Lerner, Córdoba, 1964, p. 11.

no tiene su correlativo en la ley penal, como lo sostiene Mónica Traballini. (4)

La reforma introducida al Código Civil por la ley 23.364, ha consagrado normativamente el concepto de unidad de la familia, sustituyendo las disposiciones de aquel código que determinan los parientes que se deben alimentos entre sí, por consanguinidad (art. 368) o por afinidad (art. 368), sin las discriminaciones hasta entonces existentes entre legítimos e ilegítimos, al haber introducido la equiparación de ambas filiaciones. Es precisamente el parentesco, como vínculo existente entre las personas en virtud de la consanguinidad, la afinidad o la adopción, el que, de acuerdo a los grados y con la extensión establecidos en los citados artículos del Código Civil, determina la obligación alimentaria recíproca.

La Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3º, 4º, 24 incs. a, b, c, d y e, y 27), a la que nuestro país había adherido en 1990 en virtud de la ley 23.849 de 1990, fue dotada de jerarquía constitucional por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional reformada en 1994, mediante la cual se obliga a los Estados partes a asegurar la protección y el cuidado necesarios para el bienestar del menor mediante la protección de la familia y el cumplimiento de los deberes de los padres, las institucionales asistenciales y demás responsables de los menores; la adopción de medidas legislativas y administrativas necesarias dentro del marco de la cooperación internacional.

## II.2. Análisis de los distintos tipos delictivos de omisión de asistencia familiar

No podremos ocuparnos en esta ocasión del tipo delictivo de insolvencia alimentaria fraudulenta, incorporado por la ley 24.029 (5) que agregó a la ley 13.944 el art. 2º bis.

Centraremos nuestra atención en los dos primeros artículos de la ley 13.944.

El art. 1º conmina las penas alternativas de prisión de un mes a dos años o multa de setecientos cincuenta a veinticinco mil pesos “a los padres

(4) Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (Ley 13.944), en “Estudios de las figuras delictivas”, Tomo I, Director Daniel P. Carrera, Advocatus, Córdoba, 1994, pp. 334 y 335.

(5) B.O. 18/12/91.

*que, aún sin mediar sentencia civil, se sustrajeren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido”.*

A su vez, el art. 2º dispone: “En las mismas penas del artículo anterior incurrirán, en caso de sustraerse a prestar los medios indispensables para la subsistencia, aún sin mediar sentencia civil: a) el hijo, con respecto a los padres impedidos; b) el adoptante, con respecto al adoptado menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido; y el adoptado con respecto al adoptante impedido; c) el tutor, guardador o curador, con respecto al menor de dieciocho años o de más si estuviera impedido, o al incapaz, que se hallaren bajo su tutela, guarda o curatela; d) el cónyuge, con respecto al otro no separado legalmente por su culpa”.

### II.2.1. Tipo objetivo

La conducta típica consiste en sustraerse a prestar los medios indispensables para la subsistencia, o sea, no brindar los medios económicos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas del sujeto pasivo (alimentación, vestimenta, vivienda y asistencia médica). Es un delito de omisión simple, de peligro abstracto y permanente.

Cabe preguntarse: ¿coincide este deber de proveer a las exigencias de subsistencia de otra persona con la obligación alimentaria que la ley civil impone en virtud del parentesco?

Doctrina y jurisprudencia son contestes en señalar que de la ley 13.944 surge una obligación autónoma de la civil, con la cual presenta una serie de diferencias ya sea en su fundamento (en la ley penal el criterio básico es el de lo indispensable para subsistir, lo que no ocurre en la ley civil), como asimismo en los sujetos obligados, en las circunstancias que la hacen exigible, etc.

La mencionada ley regula un tipo de omisión simple que -por lo general- requiere la infracción de un deber jurídico extrapenal, consistente en un deber de dar: proporcionar al alimentado los medios económicos para su subsistencia. Una obligación de esta índole, para otros fines, surge de la ley civil, como en los casos de los cónyuges, padres, hijos, ascendientes y hermanos; ello también ocurre con el adoptante -pleno o simple- en virtud de los arts. 323 y 329 del C. Civil, según ley

24.779. En cambio, emana sólo de la ley penal en los casos del tutor, curador o guardador (art 2º, ley 13.944).

Se sustrae a prestar los medios indispensables para la subsistencia quien omite hacerlo. No basta una sola omisión o un incumplimiento aislado, pues es necesario que se llegue a una situación de inasistencia, característica a apreciar según las circunstancias del caso concreto.

Por otra parte, como el Derecho no puede imponer obligaciones de cumplimiento imposible, se debe entender que el sujeto activo debe estar en condiciones económicas de hacerlo. Quien no afronta sus deberes de asistencia alimentaria por carecer de recursos materiales no es responsable en los términos de la ley 13.944.

Sin embargo, no basta que medie el deber jurídico de proporcionar los medios indispensables para la subsistencia y que se disponga de ellos, bases de aquella omisión punible, sino que es menester que dicha abstención del sujeto activo esté ligada a la medida en que la prestación de aquellos medios sea necesaria para salvar una situación de subsistencia del protegido, con independencia de la producción de un efectivo estado de necesidad o de peligro concreto de que éste ocurra. (6) Por ello, se dice que no es un delito de resultado, sino de peligro abstracto.

Los medios a través de los cuales el autor satisface su obligación alimentaria pueden consistir en prestaciones dinerarias o en especie. Puede incluso hacerlo en forma indirecta (v.gr. contratando con un tercero para que éste se encargue de efectivizar la asistencia debida).

Este tipo delictivo constituye un delito permanente, ya que *“la consumación de la ofensa penal... supone un cierto estado y no sólo un acto”*. (7) No se sustrae puniblemente quien omite proporcionar los medios económicos para la subsistencia en una sola oportunidad, pues es indispensable que dicha omisión se prolongue en el tiempo y se

mantenga en este estado antijurídico, que importa no cumplir con el deber de actuar. (8)

### II.2.2. Tipo subjetivo

La omisión del autor debe ser dolosa, a conciencia de la obligación que pesa sobre él y con la intención de sustraerse de su prestación. En caso de falta de poder económico del sujeto activo, éste no debe haber provocado dicha situación disminuyendo maliciosamente su patrimonio para evadir su responsabilidad, ya que de ser así su conducta podría encuadrar en la insolencia alimentaria fraudulenta, tipificada por el art. 2º bis de la ley 13.944. La negligencia o imprudencia en el manejo de la propia fortuna y negocios, que acarrearán una insuficiencia patrimonial en el obligado, no son punibles según los arts. 1º y 2º de aquella ley, que requiere un tipo subjetivo doloso. Resulta difícil admitir el dolo eventual, *“aunque no se exija ninguna intención o ánimo especial en el obrar del agente”*. (9)

### II.2.3. Sujetos activos

Se trata de un delito especial, pues sólo puede ser cometido por alguna de las personas que expresamente mencionan los arts. 1º y 2º de la ley 13.944, a saber:

a) los padres, con respecto al hijo (matrimonial o extramatrimonial) menores de dieciocho años o mayor pero impedido; la responsabilidad de ambos es concurrente pero autónoma; cesa cuando la víctima cumple esa edad o cuando desaparece el impedimento.

Los padres extramatrimoniales deben haber reconocido al hijo: en el caso de la madre, será necesario que la maternidad haya quedado establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido (ley 24.540); en lo concerniente al padre, esta obligación se origina a partir de la sentencia dictada en juicio de filiación que declara la paternidad (art. 247 C. Civil, según ley 23.264), según enseña Donna. (10)

(8) LASCANO, Carlos J., op. cit., p. 67.

(9) DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal. Parte Especial, Tomo II-A, segunda edición actualizada y reestructurada, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires-Santa Fe, 2011, p. 497.

(10) Op. cit., p. 498.

(6) LASCANO, Carlos J., op. cit., pp. 21 y 31.

(7) NÚÑEZ, Ricardo C., Derecho Penal argentino. Parte General, vol. I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1964, p. 254.

Este mismo autor (11) afirma que ni la separación personal (art. 201 ley 23.515) ni la disolución del vínculo matrimonial (arts. 206 y 207 de la mencionada ley) “*liberan a los progenitores de cumplir con las obligaciones alimentarias respecto de sus vástagos*”.

b) el hijo (matrimonial o extramatrimonial), con respecto a los padres impedidos: a falta de toda referencia a la edad del hijo -como sujeto activo- sólo cabe exigir que sea imputable.

c) el adoptante, con respecto al adoptado menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido. Remitimos a lo explicado en el apartado “a”, agregando la nulidad como causa que extingue la obligación. La revocación de la adopción simple también libera de responsabilidad penal. En esta clase de adopción subsiste -a la par- el vínculo del adoptado con su familia de sangre, por lo que entre el adoptado y sus consanguíneos rigen las reglas de los apartados “a” y “b” precedentes.

d) el adoptado, con respecto al adoptante impedido: rigen las mismas reglas de los apartados “b” y “c”.

e) el tutor, con respecto al menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido, que se hallare bajo su tutela: su obligación alimentaria tiene su fuente exclusiva en la ley 13.944 y es independiente de los demás aspectos que hacen al desempeño de su cargo; cesa por la extinción del carácter de tutor por decisión judicial.

f) el curador, con respecto al incapaz que se hallare bajo su curatela; son aplicables las consideraciones efectuadas en el párrafo precedente.

g) el guardador, con respecto al menor de dieciocho años o de más edad si estuviere impedido, o al incapaz, que se hallare bajo su guarda: la figura del guardador no está contemplada en la legislación civil, pero sí aparece en repetidas ocasiones en el Código Penal. Es guardador quien, en virtud de una situación de hecho, tiene a su cargo la protección, dirección y cuidado material y moral de un incapaz.

h) el cónyuge; en el supuesto de nulidad del matrimonio, debe distinguirse: antes de la sentencia civil se deben asistencia, pero luego de la declaración de nulidad nada se deben, ni siquiera el que

actuó de mala fe al contrayente inocente, puesto que a partir de la sentencia ya no son más “cónyuges”, y por lo tanto, la omisión de prestar los medios para la subsistencia del otro es atípica. (12)

En el caso del divorcio la situación es idéntica. El deber alimentario persiste hasta el dictado de la sentencia de divorcio. Si ésta declara la culpa de uno de los cónyuges, el otro tiene derecho a esa prestación alimentaria, siempre y cuando carezca de capacidad económica para proporcionársela. (13)

La obligación de prestar los medios indispensables para la subsistencia subsiste también en el caso de la separación de hecho. (14)

#### II.2.4. Consumación. Perseguibilidad

El delito que comentamos, por ser de omisión simple, se consume en el momento mismo en que el sujeto activo omite proporcionar los medios indispensables para la subsistencia del alimentado, no siendo necesaria una intimación previa de asistencia por parte de éste.

La consumación de este delito se produce aún con el pago parcial de las obligaciones alimentarias ya que se reputa como suficiente que las sumas abonadas en dicho concepto no sean suficientes para lograr la adecuada manutención de la víctima y, en consecuencia, la puesta en peligro abstracto de dicha salvaguarda. (15)

Por el carácter de delito de omisión simple, este delito no admite tentativa.

Es un delito de acción pública, salvo en el caso del cónyuge, que es de acción privada (art. 4° ley 13.944).

### III. La ley 24.270 y el delito de impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes

#### III.1. Bien jurídico protegido

Hasta el año 1975 nuestra legislación careció de disposiciones que consagraran en forma expresa un régimen de visitas en virtud del parentesco.

(12) TRABALLINI, op. cit., p. 342.

(13) HENDLER, Edmundo, El delito de incumplimiento de asistencia familiar y el divorcio, en E.D., 49-590.

(14) DONNA, op. cit., p. 499.

(15) DONNA, op. cit., p. 500.

(11) Op. y loc. cits.

La ley 21.040 agregó al Código Civil el art. 376 bis, el cual estableció la obligación legal, a cargo de los padres, tutores o curadores de los menores e incapaces o de quienes tengan a su cuidado personas mayores de edad enfermas o imposibilitadas, de *“permitir las visitas de los parientes que conforme a las disposiciones del presente capítulo, se deban recíprocamente alimentos”*. Tales normas son las contenidas en los arts. 367 y 368 C. Civil.

De tal modo, quedó incorporado a nuestro Derecho positivo el derecho subjetivo de visitas a favor de los parientes unidos por vínculos alimentarios recíprocos, que no requiere una resolución judicial para su operatividad ni para la correlativa exigibilidad de la obligación de permitir tales visitas a cargo de las personas enumeradas en el art. 376 bis C. Civil, en cuyo último párrafo se preveía como excepción la oposición fundada en posibles perjuicios a la salud moral o física de los interesados, que debía ser resuelta judicialmente en trámite sumario, *“estableciendo en su caso el régimen de visitas más conveniente de acuerdo a las circunstancias del caso”*.

La violación por parte de las personas obligadas, de permitir el ejercicio del tal derecho subjetivo a visitar, era una conducta antijurídica que, por lo general, carecía de repercusión en el campo represivo, pues no estaba tipificada en la ley penal. Sólo cuando mediaba el incumplimiento de un régimen de visitas establecidos judicialmente, que implicara el no acatamiento a la orden impartida por una autoridad pública a una persona determinada, que no tuviera prevista una sanción específica, podría encuadrar en el delito de desobediencia a la autoridad (art. 239 C.P.).

El art. 264 del C. Civil, modificado por la ley 23.364, en su inciso 2° según la reforma de la ley 23515, dejó a salvo el derecho del progenitor que no ejerce la tenencia o guarda de su hijo menor de edad no emancipado, de *“tener adecuada comunicación con éste”* y de *“supervisar su educación”*, en los casos de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad de matrimonio. Dicho régimen de visitas constituye un derecho-deber emergente de la patria potestad de los padres sobre sus hijos menores de edad no emancipados, en cuyo ejercicio debe tener primacía el más conveniente interés de éstos por sobre la mayor comodidad de sus progenitores.

A ese enfoque desde el punto de vista del hijo menor de edad apunta la ley 23.849, que aprobó la Convención sobre los derechos del niño, pues esa normativa internacional -a la que la reforma de 1994 otorgó rango constitucional- dispone en su art. 3° que los Estados Contratantes se obligaron a respetar el derecho del niño *“que está separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contra el interés superior del niño”*. Dicha convención define como “niño” al menor de dieciocho años.

El bien jurídico tutelado por la ley 24.270 no es el derecho de visita genérico cuyos titulares son los parientes relacionados recíprocamente por la obligación alimentaria, derivado del art. 376 bis C. Civil, sino el específico derecho-deber de los padres no convivientes de visitar a sus hijos de edad no emancipados, para tener una adecuada comunicación con éstos y posibilitar la supervisión de su educación, que surge del ejercicio de la patria potestad compartida, regulado por el art. 264 inc. 2° C. Civil, según la ley 23515. (16)

Al ser el bien jurídico protegido un derecho-deber propio de la patria potestad, *“los interesados en que se consolide no son sólo los padres no convivientes sino también los hijos. Entonces, creemos que esta ley presenta la particularidad de tener como sujetos pasivos de los delitos que tipifica tanto al o a los padres no convivientes cuanto a los hijos de ambos”*. (17)

Pero, como se verá, la descripción de las conductas descritas en los tipos básicos y agravados de la ley 24.270, no se adecua exactamente a la disposición del C. Civil indicada en último término, sino que ha sido formulada de modo autónomo, pudiendo también resguardar -en ciertos casos- el derecho de visita del padre privado de la patria potestad sobre sus hijos o cuyo ejercicio se encuentra suspendido.

(16) SUÁREZ, María de las Mercedes — LASCANO (h.), Carlos Julio, El impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes, *Advocatus*, Córdoba, 1994, p. 51.

(17) CARRANZA TAGLE, Horacio A., Ley 24.270. Impedimento de contacto de menores con sus padres no convivientes, en *“Estudios de la figuras delictivas”*, Tomo I, Director Daniel P. Carrera, *Advocatus*, Córdoba, 1994, pp. 443 y 444.

El concepto limitadísimo de la familia, protegida por la ley 24.270, emergente de la ley 23.515 modificatoria del inc. 2º, art. 264 C. Civil, se acerca bastante al tipo de familia que en la actualidad se ha dado en llamar “monoparental” (“single parentfamily”) modalidad ya aceptada en los países anglosajones), caracterizada por la ausencia de unión entre ambos padres, determinante de una especie de relación fragmentaria entre uno sólo de los progenitores y los hijos, con exclusión del otro progenitor no conviviente, cuyo derecho-deber de visita a sus hijos menores se trata de preservar penalmente, en beneficio del equilibrio psicofísico del niño. (18)

Es que -especialmente en niños de corta edad- el rol de ambos progenitores es fundamental y la ausencia del vínculo con uno de ellos podrá provocar daños irreparables. (19)

El psiquiatra de niños y psicoanalista Richard A. Gardner (20) describe el “Síndrome de Alienación Parental” como un disturbio que afecta al menor. El niño se obsesiona por “desaprobar y criticar” a uno de sus progenitores, con más frecuencia al padre que no conviva con la madre. Cree que éste no hace nada bien. Lo que el chico expresa es invariablemente exagerado, y por lo mismo, injustificado.

Agrega que el concepto de SAP “*procede de una combinación del lavado de cerebro de los progenitores y de la propia contribución del niño*”. Este demuestra su obsesión en un rumbo que puede expresarse como “odio” al padre. Utiliza todos los vericuetos del lenguaje para expresar su enfermedad, “sin sentir culpa o vergüenza”.

Señala Mariano Castex (21) que los menores presentan una patología psíquica que los perturba

(18) SUÁREZ-LASCANO (h.), op. cit., p. 53.

(19) MANOSELLAS, Graciela Nora, La responsabilidad penal del padre obstaculizador, publicado en El Dial.com del 23/5/06. Puede consultarse, de la misma autora, el libro La responsabilidad penal del padre obstaculizador. Ley 24.270. Síndrome de Alienación Parental (SAP), Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

(20) Legal and Psychotherapeutic approaches to the three types of parental syndrome families, Court Review, vol. 28, n° 1, 1991, citado por Manosellas, op. cit., p. 4, nota 2.

(21) Doctor en Medicina, especialista en Psiquiatría y Psicología médica; Licenciado en Filosofía y Licenciado en Teología, citado por Manosellas, op. cit., p. 4, nota 3.

produciendo en forma continuada una conducta que los autores anglosajones denominan “Male-Parentectomy”, cuyo objetivo final es la erradicación del cónyuge varón (en la mayoría de los casos) y su eventual sustitución o no por otra figura parental de sexo homónimo, siendo más graves los casos donde la madre pretende asumir dichos roles. Se produce un daño psíquico importante, sumamente grave por tratarse de un daño que se introduce de modo continuado por parte de quien cohabita con el menor.

### III.2. Análisis de los distintos tipos delictivos de la ley 24.270

Los arts. 1º y 2º de la ley 24270 describen los siguientes tipos delictivos, algunos básicos y otros agravados.

III.2.1. Impedimento u obstrucción de contacto de los menores de edad con sus padres no convivientes

#### III.2.1.1. Tipo básico (art. 1º, párrafo 1º)

El art. 1º de la mencionada ley reprime con prisión de un mes a un año “al padre o tercero que, ilegalmente, impidiere u obstruyere el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes”.

#### III.2.1.1.1. Tipo objetivo

La conducta típica consiste en impedir u obstruir el contacto de menores de edad con sus padres no convivientes.

Impedir, en el sentido de dicho texto legal y de varias disposiciones del Código Penal, significa, con arreglo a la acepción gramatical del término, imposibilitar o estorbar la ejecución de una acción. La voz obstruir, por su parte, no ha sido utilizada en el Código y tiene tres acepciones principales: a) Estorbar el paso, cerrar un conducto o camino; b) Impedir la acción; c) Impedir la operación de un agente, sea en lo físico sea en lo inmaterial. Como vemos, ambos verbos empleados alternativamente por el primer tipo básico de la ley 24.270 deben ser entendidos como sinónimos de imposibilitar o estorbar, y denotan la conducta opuesta a la de permitir. Por ende, debe tratarse de acciones u omisiones que alcancen el resultado efectivo de imposibilitar el contacto entre los menores de dieciocho

años (art. 126 C.Civil, según ley 26.579) (22), no emancipados por matrimonio, y sus padres no convivientes. Si tan sólo lo perturban, retardan o dificultan, no pueden ser incluidas en la descripción del tipo so pena de vulnerar el principio de reserva penal del art. 18 C.N.

Se puede incurrir en la conducta punible mediante cualquier acción u omisión -con la única excepción de la de mudar al menor de domicilio tipificada en forma autónoma por el art. 2° de la ley- que tenga como resultado efectivo la falta de contacto o comunicación entre los hijos menores de dieciocho años no emancipados y sus padres no convivientes. Dicha comunicación *“no debe realizarse necesariamente ni siquiera como regla general mediante la visita del padre al hijo, fuera de que el problema no concluye con el periódico contacto físico sino que se manifiesta en otros aspectos, como la vigilancia de la educación, el mantenimiento de correspondencia, etc.”* (23)

En tal sentido, aunque normalmente la conducta descrita por el tipo puede afectar la relación personal y directa entre ellos, también podría tratarse de la comunicación a través de conversaciones telefónicas, de intercambio epistolar o de otro medio que permita el diálogo íntimo y frecuente entre progenitores e hijos, cuando no es posible el contacto físico.

La extensión del derecho de visitas y sus circunstancias de modo, tiempo, frecuencia y lugar, en caso de no estar acordados entre los padres o fijados judicialmente, deberán ser juzgadas en cada caso concreto, teniendo en cuenta más que la comodidad de los progenitores, el mayor interés y conveniencia de los menores, consistente en fortalecer los lazos afectivos con el padre que no ejerce su tenencia, en beneficio de su integridad psico-física y de su educación y formación. A ellos apunta la posibilidad de compartir fines de semana o períodos de vacaciones.

La conducta exigida por el tipo objetivo no exige la violación de una sentencia dictada en sede civil que haya establecido un régimen de visitas. Tampoco se requiere la existencia previa de dicho régimen acordado por los padres. Ello se

desprende del art. 3°, inc. 2°, segundo supuesto, de la ley 24.270, que también contempla el caso de ausencia de dicho régimen.

El término “ilegalmente” es un elemento normativo del tipo objetivo, que hace que el hecho sea atípico cuando concurre alguna causa de justificación, es decir, las denominadas “genéricas” (art. 34 incs. 3 a 7 C.P.), pero principalmente se refiere a una causal específica, consistente en hacer cumplir los límites o la suspensión del régimen de visitas, dispuesto judicialmente para conveniencia del menor (art. 376 bis C. Civil). La jurisprudencia se inclina por la improcedencia de impedir el contacto con el padre que incumple la obligación alimentaria.

Se trata de un delito material porque queda consumado cuando el impedimento u obstrucción se efectivizan y alcanzan entidad suficiente para demostrar la inequívoca intención del autor.

Sin embargo, como dijimos en 1994 (24) su estructura se adecua a la de un tipo permanente, porque, por la naturaleza del bien ofendido, la consumación se prolonga en el tiempo hasta el momento en que se restablezca la comunicación entre padres e hijos, tal como dispone el inc. 1° del art. 3° de la ley en estudio.

En este sentido se ha pronunciado la Cámara de Acusación de Córdoba en el caso “Loutayf, Hilda Cristina - Impedimento de contacto” (A.I. n° 426 del 20/12/06), con el excelente primer voto de Gabriel Pérez Barberá, que constituye una verdadera bisagra en la interpretación de este delito. Vale la pena transcribir sus considerandos X) y XI): “De acuerdo con una hermenéutica respetuosa de la Constitución, que por lo tanto tome en serio al bien jurídico protegido como criterio orientador que posibilite una interpretación del tipo penal acorde con los principios propios de un Estado de derecho, es preciso distinguir entre el impedimento de contacto que pretende evitar la ley penal y meros incumplimientos a un régimen o acuerdo de visitas previamente establecido, lo cual en todo caso pretenderá evitar la ley civil. Debe entonces entenderse que los tipos penales establecidos por el art. 1° de la ley 24.270 sólo quedan objetivamente consumados si ha tenido lugar un auténtico impedimento de contacto del

(22) B.O. 22/12/09.

(23) BELLUSCIO, Augusto César, Manual de Derecho de Familia, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 265.

(24) SUÁREZ-LASCANO (h.), op. cit., p. 76.

menor con su padre no conviviente en el sentido o con el significado que la norma penal da a esta conducta, esto es: sólo habrá un impedimento de contacto penalmente relevante si resulta efectivamente afectado el ejercicio regular del derecho a una adecuada comunicación y a la supervisión de la educación del hijo por parte del padre no conviviente. Desde el punto de vista probatorio, huelga aclarar que la constatación empírica de estos requisitos está a cargo del persecutor penal, quien deberá ser extremadamente cuidadoso en la verificación correspondiente. En este sentido, dado que se exige una afectación efectiva de un derecho de ejercicio permanente, queda claro que meros incumplimientos aislados u ocasionales de acuerdos o regímenes preexistentes de visitas o encuentros no son suficientes para conformar la tipicidad penal de este delito. Por el contrario: tomándose siempre como referencia un lapso considerable en virtud de la permanencia en el tiempo que caracteriza al derecho que se protege penalmente, deberá constatarse una reiteración de tales incumplimientos suficientemente llamativa, tanto por su cantidad como por su modalidad, como para que pueda afirmarse la existencia de motivos bastantes que autoricen sostener que el conflicto en cuestión encuadra en alguno de los tipos penales del art. 1º de la ley 24.270 y que, por ello, corresponde una imputación al menos conforme a lo dispuesto por el art. 306 in fine del CPP. Ello es así, como se dijo, por la naturaleza propia del ejercicio del derecho que conforma el bien jurídico protegido, que se caracteriza entre otras cosas por su materialización durante el tiempo en que se prolonga la minoridad del hijo, así como por la característica definitoria de todo proceso comunicacional y educativo, también vinculado de modo preponderante al factor tiempo: sólo tomándose como referencia períodos prolongados de tiempo es posible detectar lagunas en un proceso comunicacional, educativo o formativo, que es precisamente -y también: únicamente- aquello que los tipos penales en cuestión pretenden evitar... XI) Así interpretado, el tipo penal en cuestión debe ser considerado, a los efectos procesales (CPP, art. 43) como delito permanente, característica ésta que también presenta desde el punto de vista sustantivo, puesto que *“la consumación de la ofensa penal... supone un cierto estado y no sólo un acto”* (Núñez, Ricardo, Derecho penal argentino, vol. I: Parte general, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires,

1964, p. 254; bastardilla en el original), al igual que el delito de incumplimiento a los deberes de asistencia familiar, de estructura similar al aquí analizado y cuyo carácter de permanente no se discute (cf. al respecto nuevamente Núñez, ibíd.; de acuerdo con la postura aquí sentada acerca del carácter permanente de este delito Suárez, María — Lascano [h.], Carlos, El impedimento de contacto de los hijos menores con padres no convivientes, Lerner, Córdoba, 1994, p. 76). En lo que respecta a la prescripción, precisamente por esta característica de permanente que define al delito es que éste debe considerarse consumado una vez que cesa su permanencia (CP, art. 63), por lo que el término a-quo de la prescripción debe contarse a partir de ese momento, cualquiera sea la causa que determine dicho cese”.

Dicho voto concluye correctamente: *“sólo cabrá dar trámite a la denuncia si el hecho en ella relacionado abarca un lapso de tiempo considerable y las frustraciones de encuentros entre hijos y padres no convivientes son, tanto por su cantidad como por su modalidad, suficientemente llamativas como para considerar que, prima facie, han provocado una afectación real al derecho del padre no conviviente a tener una comunicación adecuada con su hijo y a supervisar su educación. Es de hecho deseable que, en el futuro, no tenga el fuero penal que invertir tiempo y recursos en un expediente como el presente, de casi 600 fojas, para ocuparse de un problema que, por todo lo expuesto, no pertenece a su ámbito de actuación”*.

Tal criterio fue ratificado por el voto mayoritario de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (Dras. Aída Tarditti y Mercedes Blanc de Arabel), en auto n° 47 del 23/3/11, en la causa “Calos de Vit, Viviana Natacha p.s.a. impedimento de contacto - Recurso de Casación). El voto disidente de la vocal María Esther Cafure de Battistelli, basado en la opinión del Prof. Justo Laje Anaya, sostuvo que para realizar la acción típica *“basta un solo hecho de impedimento u obstrucción”*.

### III.2.1.1.2. Tipo subjetivo

El aspecto subjetivo del tipo básico exige el dolo directo, que consiste en la conciencia del sujeto activo que su conducta es arbitraria y en la intención de imposibilitar la comunicación paterno-filial. Dicho estado subjetivo es incompatible con la duda, en la cual el autor no conoce de manera

cierta que su acto es ilegal, pero no requiere malicia, premeditación ni motivación especial.

### III.2.1.1.3. Sujetos activo y pasivo

Sujeto activo de este delito puede ser el padre que ejerce la tenencia de los hijos que han sido fruto de un matrimonio disuelto por separación (legal o de hecho) o divorcio, o que ha sido anulado. En cuanto a la guarda, basta que se ejerza materialmente aunque no haya sido otorgada por vía judicial. También puede ser autor de este delito un tercero distinto del padre que ejerce la mencionada tenencia.

Los sujetos pasivos de este delito son tanto el padre no conviviente (separado, divorciado o cuyo matrimonio se ha anulado), cuanto el menor de dieciocho años (art. 126 C.Civil vigente). Respecto de este último, aunque literalmente la ley nada dice, la interpretación sistemática de la norma impone que debe tratarse de un menor no emancipado por matrimonio (arts. 128, 131 y 264, 1º párr. in fine, C.C.), porque en caso contrario habría cesado el ejercicio de la patria potestad y -por ende- ya no existiría el bien jurídico que aquí se protege.

### III.2.1.1.4. Consumación. Perseguibilidad. Medidas para restablecer el contacto

Es controvertido si es admisible o no la tentativa de este delito. En sentido afirmativo responde Carranza Tagle (25) para quien *“pueden darse actos demostrativos de la intención de impedir u obstruir dicho contacto, que no consuman este delito que no consuman el delito por circunstancias ajenas a la voluntad del autor...”*. De igual criterio es Donna. (26)

Por nuestra parte, no hemos considerado posible la tentativa en estos casos. Dicha interpretación ha sido seguida en el voto de Gabriel Pérez Barberá en la causa “Loutayf” ya mencionada: *“La tentativa, finalmente, no es posible, en virtud de la imposibilidad práctica de distinguir actos previos a la consumación que importen unívocamente un comienzo de ejecución de una acción de impedimento tal como aquí se la ha interpretado (algunos autores han expresado incluso sus dudas acerca de*

(25) Op. cit., p. 445.

(26) Op. cit., p. 327.

*la constitucionalidad de la tentativa en este delito en caso de que ella se tuviera por fácticamente posible, precisamente en virtud de la irreductible equivocidad de esos actos: así Suárez -Lascano [h], op. cit., pp. 76 y ss.)”*.

El art. 4º de la ley 24.270 incorpora como inciso 3º del art. 72 del Código Penal (delitos de acción dependiente de instancia privada) a todos los tipos delictivos de aquella ley, que comprende bajo la denominación común de *“Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes”*.

El art. 3º de la ley en cuestión establece que el tribunal que intervenga en el caso deberá disponer, en un plazo que no supere los diez días, los medios necesarios para restablecer el contacto del menor con sus padres, pudiendo determinar un régimen de visitas provisorio, cuyo término no podrá ser superior a los tres meses, o existiendo un régimen de la misma especie lo hará cumplir. En todos los casos se deberán remitir los antecedentes a la justicia civil.

### III.2.1.2. Tipo agravado (art. 1º, párrafo 2º)

La segunda parte del art. 1º de la ley 24270 reprime con prisión de seis meses a tres años a quien cometiera el delito que analizamos en relación a un menor de diez años o a un discapacitado. En ambos casos, la razón de la agravante se funda en que esta clase de hijos están más necesitados de la comunicación afectiva con ambos padres y, por ende, con su padre o padres no convivientes; y -además- en que aquéllos se encuentran en una relación de considerable dependencia con el padre que conserva la tenencia, lo que los hace más vulnerables al este delito. Con la expresión discapacitado se alude a quienes padecen anomalías, tanto físicas cuanto psíquicas.

### III.2.2. Cambio de domicilio para impedir el contacto

#### III.2.2.1. Tipo básico (art. 2º, párrafo 1º)

El mencionado dispositivo legal contiene un tipo básico autónomo del previsto en el artículo anterior, que reprime con esa misma pena -prisión de un mes a un año- al padre o tercero que *“para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente, lo mudare del domicilio sin autorización judicial”*.

### III.2.2.1.1. Tipo objetivo

La materialidad de delito consiste en mudar de domicilio, sin autorización judicial, al hijo menor de edad no emancipado. El verbo “mudar” empleado por el tipo, significa “*dejar la casa que se habita y pasar a vivir en otra*”.

El domicilio al que se refiere este tipo básico es el domicilio real del padre que ejerce la tenencia del menor, es decir, el lugar destinado al asiento principal de su residencia y negocios, en el que dicho padre desea permanecer por cierto tiempo.

Hasta la sanción de la ley en estudio no existía disposición legal alguna que expresamente requiriera a la persona que ejerce la tenencia de los hijos menores de edad no emancipados, obtener una autorización judicial previa al cambio de domicilio. El elemento normativo contenido en esta figura (“sin autorización judicial”) ha impuesto dicha exigencia, funcionando como regla genérica de antijuridicidad. El juez sólo podrá conceder dicha autorización si no está en juego el derecho-deber subjetivo familiar tutelado por el art. 264, inc. 2°, último párrafo, C.Civil.

Los sujetos activos y pasivos son los mismos que en el tipo básico del art. 1°, párrafo 1°, ley 24.270.

### III.2.2.1.2 Tipo subjetivo

El elemento subjetivo intencional (“*para impedir el contacto del menor con el padre no conviviente*”) especializa el dolo, ya que no basta que la persona que ejerce la tenencia del menor o un tercero lo mude de domicilio, sin autorización judicial, sino que además es necesario que dicha conducta sea el medio de que se vale el sujeto activo para el logro eventual de la finalidad de imposibilitar la comunicación paterno-filial, aunque no se concrete, bastando la demostración de tal intención por cualquier hecho que la exteriorice.

III.2.2.2. Tipo agravado del art. 2°, primer párrafo

La pena será de seis meses a tres años de prisión, cuando el padre o tercero, para impedir el contacto “de un menor de diez años o de un discapacitado” con su padre no conviviente, lo mudare de domicilio sin autorización judicial. Las razones de la agravación son las expresadas en el punto 2.1.2.

III.2.2.3. Tipos agravados del art. 2°, segundo párrafo

Las penas de prisión “se elevarán al doble del mínimo ya la mitad del máximo”, si “con la misma finalidad” (“impedir el contacto del menor con el padre no conviviente”), “*lo mudare al extranjero, sin autorización judicial o excediendo los límites de esta autorización*”.

La razón de la agravante común -determinada por el lugar donde se muda el domicilio del menor- es la mayor dificultad que representa para la comunicación del padre no conviviente con su hijo menor de edad, la circunstancia que su domicilio sea establecido fuera de las fronteras de nuestro país, por la lejanía y con la consiguiente sustracción del control del juez natural argentino -cuya autorización se omite o, en caso de existir, se extralimita- que implica una mayor desprotección del menor.

Los sujetos activos y pasivos del delito agravado son los mismos a los de los tipos anteriores.

Aquí también existe el mismo elemento normativo del tipo básico (“*sin autorización judicial*”), pero se agrega el supuesto del exceso en los límites impuestos por dicha autorización, por ejemplo, el que lleva al menor a Brasil, cuando el juez le había permitido -por razones de vacaciones- llevárselo a Corrientes; o si el juez lo hubiere autorizado a llevar el menor al exterior por un plazo máximo de duración, y sin motivo que lo justifique, extralimita irrazonablemente aquel término.

El dolo específico es idéntico al tipo básico de “*cambio de domicilio*”.

## IV. Conclusiones

Lamentablemente, la realidad confirmó nuestro escepticismo del año 1994 (27) acerca de la conveniencia de incorporar como delitos conductas que -como ocurría con el incumplimiento de los deberes alimentarios- están relacionados con el ámbito familiar.

Dijimos entonces que “*mantener la penalización de las conductas previstas en la Ley 24.270 significa aceptar para el delincuente la disminución de un bien jurídico, en este caso, la libertad. Y como toda*

(27) SUÁREZ-LASCANO (h.), op. cit., pp. 95 a 100.

*pena, debe responder al principio de la mínima suficiencia, es decir, que debe representar el máximo de eficiencia con el mínimo de lesión". (28)*

La incorporación en ese mismo año, con jerarquía constitucional de distintos tratados internacionales de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22 C.N.), implicó la consagración expresa de aquel postulado del Derecho Penal como ultima ratio, es decir, el principio de subsidiariedad, al igual que otros principios fundamentales que han sido claramente expuestos por Pérez Barberá en el precedente "Loutayf".

En la misma orientación, Donna (29) ha expresado con acierto: *"Lo que puede discutirse, y seriamente, es si era necesario, penalizar este tipo de conductas que, normalmente, se refieren a conflictos entre padres divorciados y separados, y entre los cuales es claro que la ley penal no los va a resolver, sino que va a profundizar los problemas, tal como hace siempre el Derecho Penal. Es más, la norma puede servir como norma extorsiva frente a conflictos que son, a veces, manifestación de serios problemas psicológicos. Otra vez el legislador, presionado por algún caso que ocupó los diarios y que*

(28) Op. cit., pp. 96 y 97.

(29) Op. cit., p. 324.

*podría haber sido resuelto por otros tipos penales, con una visión tan ingenua como parcial, creyó que estos temas se solucionaban con la pena. Es quizás la visión actual de política criminal. Se cree que los graves problemas sociales y psicológicos se solucionan con la pena. Es la vieja visión restauracionista e integrista que, frente a nuevos problemas, acude a la idea de viejos valores, que pretende imponer sin un análisis serio de la cuestión".*

La conclusión de Donna (30) -coincidente con la que expusimos hace veinte años- es la siguiente: *"En cuestiones de familia, como nunca, el Derecho Penal es ultima ratio. El Estado debe intentar solucionar los problemas de este tipo por otras vías, ya que se encuentra frente a problemas sociales, económicos y psicológicos que necesitan un tratamiento interdisciplinario que busque las razones de los problemas y lleven, mediante el diálogo, a una solución para todas las partes. La vía penal no es saludable para la familia, que necesita otro tipo de contención. Este tipo penal es anacrónico, porque ve a la institución de la familia de manera estructurada, propia de la Edad Media, a pesar de las buenas palabras, que disfrazan la solución como de avanzada". ♦*

(30) Op. cit., p. 325.

.....

# CRIMINOLOGÍA

---



# Gerencialismo y políticas penales

POR JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA (\*)

**Sumario:** 1. Introducción: un modelo penal de seguridad al margen de los derechos. — 2. La progresiva afirmación de la gestión de riesgos en el marco de una Política criminal compleja. — 3. Un sistema penal orientado a la gestión de riesgos: el actuarialismo punitivo. — 4. La afirmación del gerencialismo en las políticas públicas como estructura de oportunidad del actuarialismo penal. — 5. Elementos del actuarialismo penal. La reorganización de la Política criminal en función de la gestión de riesgos. — 6. Conclusión: hacia una crítica del actuarialismo y el gerencialismo en materia punitiva. — 7. Bibliografía.

## Abstract (1):

*Las relaciones -no siempre armónicas- entre seguridad y derechos en el ámbito de la Política criminal experimentan una redefinición con la progresiva penetración del gerencialismo y el actuarialismo en este campo de las políticas públicas. No en vano, tales racionalidades conforman modelos de garantía de la seguridad que operan con lenguajes ajenos y distantes al léxico de la libertad y los derechos. El presente texto analiza la progresiva penetración del gerencialismo y el actuarialismo en el ámbito de la Política criminal, abordando las circunstancias que han favorecido su difusión y los ámbitos en los que se encuentra hoy presente. Junto a ello, el texto reflexiona sobre cómo confrontar críticamente una racionalidad securitaria de estas características, frente a la cual el lenguaje de los derechos como límite del poder punitivo se muestra insuficiente.*

*The gradual penetration of managerial and actuarial rationales in the realm of penal policies reshapes the —frequently tense- relationship between safety and rights. Not in vain, those rationales shape patterns and lexicons of security which are fairly distant from the semantics of liberty and rights. The paper analyses the progressive introduction of managerialism and actuarialism in the realm of penal policies, focusing on the circumstances that facilitated their spread and on the penal domains where they are currently present. In addition to this, the paper reflects on how managerialism and actuarialism may be critically addressed, provided that the framework of rights appears to be unable to fulfill its traditional limiting function in regard to these securitarian rationales.*

**Palabras clave:** gerencialismo, actuarialismo, Política criminal, derechos, seguridad, eficiencia

**Keywords:** managerialism, actuarialism, penal policies, rights, safety, efficiency

## 1. Introducción: un modelo penal de seguridad al margen de los derechos

No parece en absoluto aventurado afirmar que las relaciones entre seguridad y derechos nunca han estado exentas de tensiones, tanto en términos generales cuanto, en particular, en el campo de lo punitivo. A pesar de estas dificultades y contradicciones, el paradigma de los derechos fundamentales ha logrado operar a lo largo de los dos últimos siglos -al menos formalmente- como límite frente a los excesos estatales en el diseño

(\*) Profesor de Criminología de la Universidad de la Coruña, España.

(1) El presente texto se ha realizado en el marco de los proyectos de investigación nº 10PXIB101082PR, subvencionado por la Consellería de Economía e Industria de la Xunta de Galicia, y nº DER2011-24030JURI, subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, así como de una ayuda para grupos con potencial de crecimiento, otorgada por la Consellería de Cultura, Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia, todas ellas atribuidas al grupo de investigación ECRIM de la Universidad de A Coruña ([www.ecrim.es](http://www.ecrim.es)).

y puesta en práctica de modelos de -sedicente-garantía de la seguridad. En el campo de las políticas penales, ese tipo de racionalidad ha servido para confrontar, con mayor o menor éxito, los diversos paradigmas excepcionalistas pensados para la prevención y castigo de la criminalidad, invariablemente sustentados en la garantía de la seguridad de la colectividad. En cierta medida, todo ello ha sido posible porque tradicionalmente incluso los modelos penales más excepcionalistas han admitido, al menos implícitamente, que su operatividad y su cuestionamiento se verificaban en el ámbito de lo jurídico, es decir, de la racionalidad y la gramática de los derechos.

La cuestión deviene más compleja cuando, como una suerte de expresión del *giro postmoderno* en las ciencias sociales y en las racionalidades públicas, se van afirmando modos gerencialistas de pensar la seguridad ante la delincuencia. Esas formas de replantear las políticas públicas, y entre ellas las penales, construyen un modelo de seguridad en el que el campo discursivo de lo jurídico deviene marginal. Sus lógicas de funcionamiento, sus parámetros de legitimación y sus criterios de validación se enmarcan en un lenguaje eficientista, de matriz esencialmente económica, que resulta ajeno a la racionalidad jurídica. Precisamente por ello, en esos modelos de seguridad los derechos se enfrentan a graves escollos para poder operar como límite de los excesos securitarios. Tan es así que, como se verá *infra*, la crítica propiamente jurídica, en clave de derechos, a tales modelos parece especialmente inane. En consecuencia, las racionalidades gerenciales y actuariales tienden a conformar paradigmas de seguridad al margen de la libertad y los derechos, lo que hace especialmente urgente una reflexión sobre ellos, a los efectos de pensar formas adecuadas de someterlos a crítica (Del Rosal Blasco, 2009, p. 476).

El presente texto se dedica a analizar la progresiva consolidación de lógicas gerenciales y actuariales en el ámbito de las políticas punitivas. Junto a ello, y tras detenerse en el estudio de la penetración de estas expresiones político-criminales en las diversas prácticas del sistema penal, el texto pretende contribuir al debate sobre las formas de someter a crítica estas orientaciones, desde y más allá de la tradicional racionalidad de la libertad y los derechos.

## 2. La progresiva afirmación de la gestión de riesgos en el marco de una Política criminal compleja

La afirmación del riesgo como criterio de comprensión de la vida colectiva y principio organizador básico de las políticas públicas, ha ido cobrando una innegable influencia en materia político-criminal. Sin duda, cualquier pretensión de caracterizar la Política criminal del presente en términos tendencialmente unidimensionales resulta quimérica. En efecto, si algo distingue las racionalidades que guían las actuales políticas punitivas es su heterogeneidad (Loader y Sparks, 2007, p. 81; O'Malley, 2006a, p. 141). Con todo, la lógica de gestión de riesgos ha ido consolidándose progresivamente como una guía mayor de la evolución político-criminal, introduciéndose en las concepciones sobre la pena justa, en las políticas penitenciarias y en el funcionamiento de las instancias policial y jurisdiccional, entre otros ámbitos (Hannah-Moffat *et al.*, 2009, pp. 391 ss.; Kemshall y Wood, 2008, pp. 612, 614).

Sin perjuicio de ello, la orientación de la Política criminal hacia la gestión de riesgos, a pesar de su relevancia, es una tendencia que aún debe negociar su implantación en tensión -cuando menos- con otras dos grandes líneas de evolución, tendencialmente diferentes de ella (Bottoms, 1995, pp. 18 ss.; O'Malley, 2010, pp. 30 ss.; Sparks, 2000, pp. 129 s., 133).

En primer lugar, si cabe entender que la lógica de gestión de riesgos es consonante con una cierta racionalidad *neoliberal* en la forma de afrontar las problemáticas de la criminalidad y la pena (Dean, 2010, p. 220; O'Malley, 2004, p. 12; Rigakos y Hadden, 2001, pp. 62 s., 74 s., 79), no deja de presentar fricciones con planteamientos más *neoconservadores*. Esta segunda orientación apunta fundamentalmente al reforzamiento de los poderes soberanos del Estado en la lucha contra la criminalidad y a la conformación de una suerte de "*justicia expresiva*" basada en la severidad de las penas, y capaz de gobernar la sensación social de inseguridad, así como de dar respuesta a sujetos caracterizados por la alteridad y la peligrosidad (Garland, 2005, pp. 231 ss.; Hudson, 2001, pp. 146 ss., 157 s.; Simon, 2001, pp. 125 ss.).

En segundo lugar, la afirmación de la gestión de riesgos no ha supuesto una superación completa

del paradigma reintegrador otrora hegemónico, sino una cierta convivencia entre ambos planteamientos. La racionalidad rehabilitadora se ha mostrado más resistente de lo que tal vez cabría esperar, por su asentamiento en la cultura y práctica penitenciarias y por su innegable capacidad de producir una narrativa de utilidad para el sistema penal, atractiva para el público y para los gestores políticos (Cliquennois, 2006, pp. 365 ss.; Hörnqvist, 2010, pp. 114 ss.). La resistencia de las diversas instancias del sistema a abandonar la lógica reintegradora y -en particular- sus rutinas profesionales ha venido siendo una razón básica de su pervivencia (Cheliotis, 2006, pp. 321 ss.; Lynch, 1998, pp. 844 ss.). Con todo, en particular en el ámbito penitenciario, se producen hibridaciones novedosas de la idea de rehabilitación con la racionalidad de riesgo, como en los esquemas de reclusos emprendedores o en el entendimiento de las necesidades de los presos como riesgos (Hörnqvist, 2010, pp. 67 ss.; Maurutto y Hannah-Moffat, 2006, pp. 438 ss., 449 ss.).

Por lo demás, no cabe perder de vista la literatura que ha enfatizado que la racionalidad de gestión de riesgos no es algo propiamente nuevo en materia político-criminal, del mismo modo que no lo es la preocupación por la peligrosidad de los infractores (Hudson, 2003, pp. 51 ss.; Pratt, 2000, pp. 35 ss.; Rigakos y Hadden, 2001, pp. 62 ss.). (2) Sin perjuicio del interés de este planteamiento, ha podido afirmarse con razón que el actuarialismo penal, en la medida en que incorpora elementos diferenciales en la gestión punitiva del riesgo en

(2) En esta línea resulta especialmente sugerente la crítica de las denominadas “criminologías de la catástrofe”, que consideran que hoy se produce una neta fractura histórica en la materia, sin cuestionar si la hegemonía de la rehabilitación en el pasado era realmente tal, y si en el presente el punitivismo no se ve acompañado por otras tendencias. En este sentido, se señala que todas las etapas han producido hibridaciones diversas entre reforma y castigo, de modo que es necesario prestar especial atención a las complejas relaciones de continuidad y discontinuidad (HUTCHINSON, 2006, pp. 444 ss., 459 s.; O’MALLEY, 2000, pp. 153 ss.). Más allá de este debate sobre lo novedoso en la gestión político-criminal de riesgos, es cierto que, al menos en el contexto estadounidense, existen claros antecedentes de uso de técnicas semejantes a las del actuarialismo penal del presente; no obstante, el empleo de tales técnicas era netamente diferente al que se verifica en la actualidad. Sobre ello, véase HARCOURT, 2013, pp. 41 ss., 54 ss.; O’MALLEY, 2006b: 44.

relación con aquellos antecedentes (3), supone la apertura de un tiempo postmoderno en materia político-criminal (Cheliotis, 2006, pp. 314 s.; Robinson, 2002, p. 7).

### 3. Un sistema penal orientado a la gestión de riesgos: el actuarialismo punitivo

Probablemente los límites de la penetración de la racionalidad de gestión de riesgos en la Política criminal contemporánea también son debidos a que dicha lógica no ha logrado conformar como tal una verdadera escuela teórica, ni una tecnología completamente articulada. En efecto, la teleología de gestión de riesgos aún un conjunto (solo) relativamente articulado de tendencias y prácticas (Anitua, 2005, p. 508; Rivera Beiras, 2004, p. 310; Simon y Feeley, 2003, p. 80); ese conglomerado conforma lo que ha venido conociéndose -entre otras denominaciones- como *actuarialismo penal*.

En consonancia con esa carencia de articulación, no es sencillo consensuar una definición del actuarialismo punitivo; con todo, una descripción asumible, más bien estricta, sería la expuesta por Harcourt (2007a, p. 1), para quien se trata de una tendencia caracterizada por “*el uso de métodos estadísticos, en vez de clínicos (4), consistentes en amplias bases de datos, para determinar los diferentes niveles de actuación criminal relacionados con uno o más rasgos grupales, a los efectos 1) de predecir la conducta criminal pasada, presente o futura, y 2) de administrar una solución político-criminal*”. Ese recurso a la metodología estadística para la realización de evaluaciones y predicciones de riesgo expresa un anhelo de certidumbre propio de un cierto neopositivismo penal (San Martín Segura, 2009, p. 58; Shichor, 1997, p. 474). En esa aspiración los métodos matemáticos se entienden superiores a los clínicos, en la medida en que facilitan las tareas y parecen garantizar la objetividad y la justificación de las decisiones tomadas, ofreciendo una nueva racionalidad a las tareas profesionales de las agencias punitivas (Hannah-

(3) Los perfiles diferenciales del actual tratamiento del riesgo están sustancialmente centrados en que se entiende como una realidad no susceptible de superación, sino solo de gestión, y como una característica grupal, no individual (véase O’MALLEY, 2004, pp. 11 s.; TUBEX, 2002, pp. 461 ss.).

(4) Sobre la sustitución de los métodos clínicos de estimación de riesgo por los actuariales, de base estadística, véase HARCOURT, 2007a, pp. 106 s.; SIMON, 2005, pp. 398 ss.

Moffat *et al.*, 2009, pp. 391, 395 ss.; Hörmqvist, 2010, pp. 19 s.; Whitty, 2011, pp. 126, 128).

Esa reorganización de la Política criminal a partir de la prioridad teleológica de la gestión de riesgos fue puesta de manifiesto de manera seminal por los trabajos de Feeley y Simon (1992, pp. 449 ss.; 1994, pp. 173 ss.) que en su momento la denominaron *Nueva Penología*. (5) Los autores realizaron el primer análisis teórico de lo que en los lustros siguientes se iría consolidando como Política criminal actuarial, examinándola desde una perspectiva netamente crítica. (6) Como es sabido, la designación como *actuarial* remite a la proximidad de esta orientación político-criminal con los procedimientos y lógicas propios de las empresas aseguradoras (De Giorgi, 2002, p. 133; O'Malley, 2006b, p. 48) (7), con las que comparte una específica filosofía de gestión del riesgo.

### 3.1. Características del concepto de riesgo y premisas político-criminales del actuarialismo

Antes de analizar, siquiera someramente, los elementos centrales de esa racionalidad de

(5) Los primeros analistas de la Nueva Penología destacaron que producía un cambio fundamental en los objetivos, estrategias y discursos del sistema penal, señalando, a estos efectos, tres líneas fundamentales de evolución. En primer lugar, se verifica un abandono de la prioridad del individuo en el sistema penal, en beneficio de los grupos y las categorías de sujetos. En segundo lugar, se produce una mutación de las narrativas de la penalidad, en la medida en que los individuos dejan de verse como necesitados que precisan un tratamiento, y pasan a entenderse como sujetos de riesgo que requieren gestión; esta idea se ve facilitada por la concentración de la atención en los procesos internos del sistema. En tercer lugar, se transforman las normas de evaluación y decisión, que en el presente se acomodan a formas tecnocráticas de saber, orientadas a los lenguajes de la probabilidad y el riesgo (véase FEELEY y SIMON, 1992, pp. 450 ss.; SIMON, 1998, pp. 453 s.).

(6) Los trabajos de Feeley y Simon no han dejado de destacar que el actuarialismo no es una dinámica completamente hegemónica, sino una orientación que se introduce de forma progresiva, y que convive en tensión con otras tendencias (véase FEELEY, 2004, pp. 71 ss.; SIMON, 1998, pp. 453 ss.; SIMON y FEELEY, 2003, pp. 76 s., 92 s., 101 ss.). Por lo demás, los autores han retornado en diversas ocasiones a su teoría, matizando algunas consideraciones en atención a las críticas recibidas (véase SIMON y FEELEY, 2003, pp. 76 ss.).

(7) No obstante, para una diferenciación entre la gestión de riesgos propia del ámbito de los seguros y la correspondiente al actuarialismo penal, véase O'MALLEY, 2004, pp. 21 s.; Re, 2006, pp. 91 s.

gestión, parece necesario detenerse en algunas características del riesgo que han sido advertidas por la literatura especializada, y que, sin embargo, suelen ser desatendidas por las tesis y prácticas del actuarialismo penal.

En primer lugar, cabe tener en cuenta que en el riesgo no hay nada de unidimensional, por mucho que se pretenda que aboca a organizar el control penal de determinadas maneras. Lejos de ello, el riesgo es un concepto radicalmente plural y heterogéneo, que puede conducir a entendimientos muy variados y a modos de gestión claramente diversos (Dean, 2010, pp. 211, 220; Garland, 2003, pp. 49 s.; Zedner, 2006b, pp. 424, 428 ss.). Un ejemplo especialmente significativo de esa desatención de la pluralidad es el entendimiento del riesgo en clave meramente negativa, como probabilidad de verificación futura de un evento lesivo. Frente a esta lectura unidimensional, prevalente en cierta literatura más o menos próxima a las teorizaciones de Beck, otro sector de especialistas ha destacado que también es posible una noción *positiva* o productiva de riesgo (Baker y Simon, 2002, pp. 20 s.; Douglas y Wildavsky, 1983, pp. 27 s.; Zedner, 2009, pp. 153 s.). Esta concepción permite percibir, entre otras cuestiones, que en el pensamiento neoliberal el riesgo también se presenta como oportunidad, al menos en dos sentidos. En primer lugar, el riesgo se entiende como ocasión para imprimir una dirección económicamente productiva a la gestión de la inseguridad ante el delito, haciendo de ella una potencial mercancía, con capacidad para activar un concreto sector empresarial y para garantizar que el mercado sea la principal instancia de regulación social (Bell, 2011, p. 207; Ericson, 2007, p. 5; O'Malley, 2004, pp. 3 s.). En segundo lugar, la gestión de riesgos se ve como oportunidad para conformar un determinado tipo de sujeto, activo, prudente y capaz de administrar la prevención de los peligros que le acechan; un modelo subjetivo, por lo demás, plenamente congruente con lo que demandan las tesis neoliberales de individualización de las responsabilidades y autogestión de la libertad (Garland, 2003, pp. 68 s.; O'Malley, 2004, pp. 9, 72 s., 76; Steele, 2004, pp. 29 s.).

En consonancia con todo ello, en segundo lugar, no cabe entender el riesgo como una noción neutra ni su gestión como una tecnología meramente objetiva (Bell, 2011, p. 179; Pitch, 2006, p. 77). El riesgo y su activación en clave de control social son construcciones colectivas, preñadas de elementos

culturales, morales y políticos, en los que operan de manera relevante consideraciones de género, etnia y clase (Ericson y Doyle, 2003, pp. 2 ss.; Hudson y Bramhall, 2005, pp. 736 ss.; Kemshall, 2006, pp. 83 ss.). En efecto, en este punto es imprescindible tomar decisiones normativas, relativas a qué debe ser valorado como riesgo, qué riesgos deben ser priorizados, qué ha de ser considerado como un nivel de riesgo admisible, qué se entiende por seguridad, o quién produce riesgos y quién ha de ser protegido frente a ellos (Douglas, 1992, pp. 34 ss.; O'Malley, 2008, p. 465). En consecuencia, el diseño del control penal en clave de administración de riesgos responde a elecciones y racionalidades netamente políticas, en las que está ausente cualquier idea de necesidad o determinismo causal (Douglas, 1992, pp. 12 ss., 44 ss.; Steele, 2004, pp. 20 s.; Zedner, 2006b, pp. 426 s., 430 s.).

En gran medida al margen de la conciencia de esas características del riesgo, las tendencias político-criminales que se articulan en torno al actuarialismo parten de una serie de premisas sobre el control del delito que se muestran consonantes con la racionalidad propia de la tecnología de seguros.

En primer lugar, el actuarialismo penal surge en un momento en el que la sensación de inseguridad y el riesgo tienden a afirmarse como rasgos fundamentales de comprensión de la vida colectiva (Díez Ripollés, 2007, pp. 73 ss.; Feeley, 2004, p. 70; Silva Sánchez, 2011, pp. 20 ss.). Junto a ello, la excedencia de determinados segmentos de la población tiende a asumirse como una realidad insuperable, de carácter estructural, que solo puede ser objeto de gestión (Feeley y Simon, 1992, pp. 467 ss.; Simon, 1998, p. 454). Esta aceptación de la exclusión incide también sobre el ámbito punitivo, favoreciendo la crisis de los discursos normalizadores y resocializadores, hoy vistos como quiméricos y disfuncionales para orientar el control social contemporáneo (Cliquennois, 2006, p. 356; Kemshall, 2006, p. 76; O'Malley, 2006b, pp. 43 s.). Más en concreto, decae una cierta preocupación por las causas del delito, analizadas a los efectos de planificar intervenciones rehabilitadoras (Díez Ripollés, 2007, pp. 96 ss.; Zedner, 2006a, pp. 147 ss.).

En segundo lugar, y en consonancia con todo ello, el objetivo político-criminal prioritario deja de ser la superación de la delincuencia, algo que

se estima como quimérico. No en vano, decae el entendimiento de la criminalidad como patología -individual o social-. En consecuencia, y en la medida en que el fenómeno se asume como un hecho social normal (Ericson y Haggerty, 1997, pp. 40, 448; Mary, 2001, pp. 40 s.), no cabe imaginar su desaparición o -incluso- su reducción sustancial (Garland, 2005, pp. 184 ss.; Simon y Feeley, 2003, p. 107). Por ello, la nueva finalidad político-criminal es la gestión eficiente de la criminalidad, pretendiendo la minimización -lo más económica posible- de sus efectos (Anitua, 2005, pp. 508 s.; Feeley y Simon, 1992, pp. 452, 455 s.; De Giorgi, 2000, pp. 39 ss.). En cierta medida, un análisis centrado exclusivamente en el delito tiende a dejar paso a una preocupación más general sobre la gobernanza de la seguridad (Johnston y Shearing, 2003, p. 82).

En consecuencia, las nuevas palabras de orden son *gestión* y *distribución* de unos riesgos que no pueden ser eficazmente conjurados. (8) Por lo demás, no cabe dejar de relacionar la afirmación de esa visión posibilista de la Política criminal con la creciente preocupación neoliberal por el gasto público, que ha determinado que los costes del sistema penal comiencen a aparecer como una variable capital en el diseño de las políticas de prevención y control (Crawford, 2007, p. 869).

#### 4. La afirmación del gerencialismo en las políticas públicas como estructura de oportunidad del actuarialismo penal

Sin perjuicio de estas características básicas del actuarialismo penal, no cabe perder de vista que tal tendencia político-criminal difícilmente podría haber logrado la difusión adquirida en los últimos lustros sin la concurrencia coetánea de una segunda evolución, de ámbito más general. Se trata de la progresiva emergencia de una innovadora racionalidad de gobierno de las políticas públicas, que podría calificarse como gerencial (Silva Sánchez, 2011, p. 74), y que remite fundamentalmente a la tesis del *New Public Management* (en adelante, NPM) o nueva gestión pública (Osborne y Gaebler, 1995; Clarke y Newman, 1997).

(8) Estas ideas se expresaban ya en los dos textos seminales de esta orientación en el ámbito de la Política criminal oficial británica: FLOUD y YOUNG, 1981; FLOUD, 1982.

Una razón de especial relevancia de la progresiva afirmación de esta racionalidad neoliberal de reorganización administrativa es la preocupación economicista por los costes de las políticas públicas y por la contención del gasto. De este modo, la constancia de los límites de los recursos públicos, promovida por la *doxa* neoliberal, conduce a una profunda mutación en la forma de pensar, organizar y poner en funcionamiento la Administración, en la que cobran preeminencia los principios de economización de recursos y de maximización de la relación coste-beneficio (Anitua, 2005, p. 509; Easton y Piper, 2008, p. 13; Garland, 2005, pp. 197 ss.). (9)

Esa lógica administrativa de carácter economicista viene a sustituir a otra racionalidad no menos sólida: la orientación *social* propia de la etapa *welfarista*, que legitimaba y orientaba las políticas públicas fundamentalmente desde la perspectiva de su utilidad para solucionar problemas sociales, lo que en el ámbito punitivo otorgaba prioridad a la atención a las causas colectivas de la criminalidad (Garland, 2005, pp. 278, 306 s.; Rivera Beiras y Nicolás Lazo, 2005, pp. 231 ss.; Zedner, 2006a, pp. 157 s.). Dicho de otro modo, el NPM atiende más a la eficiencia, esto es, a la manera de lograr los cometidos de la Administración, que a la eficacia, es decir, al contenido de sus funciones y a la consecución de fines externos (Vigour, 2006, pp. 428, 451). Por lo demás, la orientación gerencialista, como ya se ha sugerido, se muestra refractaria a las consideraciones relativas a derechos humanos (Bell, 2011, p. 179).

Esa racionalidad gerencial conduce a la implantación en el ámbito administrativo de todo un conjunto de prácticas que pretenden economizar los medios -humanos y financieros- disponibles, orientarlos eficientemente hacia objetivos definidos, y producir parámetros de evaluación periódica de los resultados obtenidos (Mucchielli, 2008, pp. 99 ss.; O'Malley, 2006a, pp. 108 ss., 132; Rose, 1999, pp. 150 ss.).

(9) Como parece evidente, esta circunstancia corrobora una vez más que el actuarialismo no es una tendencia político-criminal completamente hegemónica, ya que algunos fenómenos capitales de la evolución reciente de los sistemas penales no pueden ser explicados desde la lógica de economización de costes, como el sostenido crecimiento de las poblaciones penitenciarias antes del inicio de la recesión de 2008 (véase GARLAND, 2005, p. 59; DE GIORGI, 2000, pp. 82 s.; SIMON y FEELEY, 2003, p. 77).

Sin ánimo de exhaustividad, pueden mencionarse algunas de esas prácticas de naturaleza gerencial, implantadas en el ámbito administrativo de las políticas penales. En primer lugar, se pretende mejorar la coordinación entre las diferentes instancias de persecución punitiva y gestión del orden público, en línea con su entendimiento como partes integrantes de un sistema (Bottoms, 1995, pp. 24 s., 29 s.; Garland, 1997, p. 189; Painter, 2005, pp. 308 s.). Ello conduce, por otra parte, a desarrollar modos innovadores de colaboración entre instancias públicas y entidades privadas -empresariales, comunitarias, de usuarios- en el gobierno de la seguridad y la lucha contra el delito (Bell, 2011, p. 5; Raine y Willson, 1997, pp. 83, 85; Wood y Shearing, 2011, pp. 27 ss.).

En segundo lugar, se procede al diseño de planes estratégicos, que analicen medios disponibles y objetivos susceptibles de consecución, en aras de la economización de recursos y de la estandarización de los modos de funcionamiento (McLaughlin y Murji, 2001, p. 109; Wood y Shearing, 2011, pp. 157 s.). Ello se ve acompañado por un modo de funcionamiento prácticamente de mercado, que orienta el sistema en una clave de prestación de servicios y de mejora de la productividad de los operadores públicos (Deering, 2011, p. 19; Wood y Shearing, 2011, pp. 57 s., 155 s.).

En tercer lugar, se diseñan indicadores de evaluación interna y se comprueban de forma periódica los niveles de eficacia y eficiencia tanto de los aparatos administrativos en su conjunto (Garland, 2005, pp. 130, 197 s.; Mouhanna, 2008, pp. 85 ss.; Vigour, 2006, pp. 428 s.) como de cada uno de los operadores (Cheliotis, 2006, pp. 318 s.). Esa tendencia hacia la auditoría y la evaluación permanente supone la implantación de una cierta reflexividad de la actividad administrativa, condicionada tanto por la evidencia de sus fallos de funcionamiento, cuanto por la necesidad de garantizar su legitimidad en un tiempo de crisis de autoridad de las instituciones públicas (Kemshall y Maguire, 2001, pp. 256 s.; O'Malley, 2006a, p. 110).

En cuarto lugar, y más allá de los criterios de eficiencia útiles para la auditoría interna de las políticas punitivas, la racionalidad gerencial requiere construir nuevas referencias de éxito aptas para la valoración externa. El objetivo en este ámbito es generar una imagen de eficacia, a los efectos de

incentivar la confianza en el sistema y de contener el temor al delito (Mucchielli, 2008, p. 100).

En este campo de redefinición de los parámetros de valoración, la Política criminal actuarial se acomoda a lo que podría ser denominado como modelo *performativo* (Portilla Contreras, 2005, p. 61), o de preeminencia de los medios respecto de los fines. En efecto, los nuevos indicadores de éxito tienden a concentrarse más en rendimientos que en resultados, es decir, más en lo que las instancias del sistema penal hacen que en los beneficios sociales que producen -en términos de prevención del delito o de conformación de un modelo garantista- (Faulkner, 2000, pp. 82 s.; Feeley y Simon, 1992, p. 456). En efecto, se tiende a generar atención hacia indicadores relativos a rendimientos de las agencias del sistema, como número de personas detenidas, volumen de las plantillas policiales, número de infracciones llevadas ante la justicia o cantidad de condenas dictadas (Bell, 2011, pp. 84, 180; Sainati y Schalchli, 2007, pp. 25, 35). Frente a ello, se margina la consideración de resultados específicos, como la reducción de las tasas de delincuencia, el incremento de los índices de resolución de casos o el descenso de las cifras de reincidencia -como criterio de medición de los resultados resocializadores- (Zedner, 2000, pp. 209 s.).

Esta redefinición de los criterios de funcionamiento del sistema punitivo, en la línea de priorizar la eficiencia economicista frente a la eficacia en términos de prevención, merece alguna consideración adicional. En primer lugar, esta mutación facilita la evaluación positiva del funcionamiento del sistema, en la medida en que los parámetros tienden a acomodarse a las tareas que efectivamente pueden ser desarrolladas, y las agencias disfrutan de una cierta capacidad de control sobre los criterios de medición; todo ello dificulta, obviamente, el análisis y la crítica externos (Feeley y Simon, 1992, pp. 456 s.; Wood y Shearing, 2011, pp. 158 s.). En segundo lugar, y en consonancia con ello, la evaluación de acuerdo con rendimientos permite una cierta autovalidación del sistema, en la medida en que los fracasos pueden presentarse como insuficiencias en la operatividad del modelo, que deberían solucionarse mediante el incremento de recursos (Innes, 2003, p. 141). En tercer lugar, esa preocupación por los rendimientos resulta consonante con una Política criminal seguramente más centrada en contener

el temor a la criminalidad que en reducir las tasas de delincuencia (Garland, 2005, pp. 203 ss.). En este sentido, parece evidente que esa mutación de los modos de presentación y evaluación del funcionamiento del sistema dista de ser una mera cuestión comunicativa, supuestamente neutra en términos de prevención. Lejos de ello, tal evolución transforma las prioridades operativas en materia político-criminal, sobre todo cuando se ve reforzada por el empleo de incentivos a las distintas agencias y operadores (Bonelli, 2010, pp. 372 s.). En efecto, la lógica cuantitativa de rendimientos conduce a que dichas instancias se concentren en la persecución de hechos de fácil descubrimiento o prueba, en detrimento de otros ilícitos de mayor lesividad; del mismo modo, el modelo genera una cierta reincidencia, en la medida en que resulta más *eficiente* la persecución de infractores ya conocidos (Garland, 2005, pp. 58 s., 203; Mucchielli, 2008, pp. 102, 106 ss.; Sainati y Schalchli, 2007, pp. 32 ss.). (10)

En suma, la racionalidad gerencial del NPM, importada de los modos de funcionamiento de los entes privados de naturaleza empresarial (Garland, 1997, pp. 185 s.; Wood y Shearing, 2011, pp. 152 ss.), ha ido introduciéndose en las últimas décadas en un ámbito de políticas públicas que en principio parecería distante de esa lógica operativa, como es el sistema punitivo (Deering, 2011, pp. 19 ss.; Painter, 2005, pp. 307 ss.; Vigour, 2006, pp. 425 ss.). En ese punto la lógica gerencial ha logrado ir superando ciertos escollos, derivados de la particular posición soberana y jurídico-constitucional de los tribunales (Raine, 2005, pp. 291, 297; Vigour, 2006, pp. 427 ss.), de la centralidad de la lucha contra la delincuencia en el ámbito de las políticas estatales, o de la tradicional refractariedad de este sector de la actividad pública al control de costes (McLaughlin y Murji, 2001, pp. 110 s.).

A modo de complemento de lo ya avanzado, cabe revisar algunas de las mutaciones fundamentales de la penetración del NPM en el funcionamiento de las diversas instancias del sistema.

En el ámbito policial, la racionalidad gerencial ha supuesto la progresiva afirmación del fun-

(10) En consonancia con ello, FEELEY y SIMON, 1992, pp. 455 s.; MILLER, 2009, pp. 441 s., señalan que el descubrimiento de la reincidencia no es muestra de fracaso del sistema, sino un resultado positivo.

cionamiento por objetivos y del establecimiento de indicadores de rendimiento (Hughes, 1998, p. 80; Kemshall y Maguire, 2001, p. 244). Esto implica que la actividad policial tiende a evolucionar desde una perspectiva reactiva de investigación de delitos ya cometidos a otra proactiva, en la que se funciona de acuerdo con una previsión estratégica de los objetivos operativos (Mary, 2001, pp. 37 s.; Wood y Shearing, 2011, p. 55). Junto a ello, las fuerzas policiales públicas se han ido adaptando a modelos de colaboración y reparto de responsabilidades con servicios de seguridad privada (Painter, 2005, p. 308; Wood y Shearing, 2011, pp. 155 s.), y con estructuras organizadas de base comunitaria o vecinal (McLaughlin y Murji, 2001, p. 119). Este último marco de cooperación es consonante con la preocupación permanente por mejorar la imagen de las fuerzas policiales y aproximarlas a la población (Bonelli, 2010, pp. 371 s.). Por otro lado, ese ámbito de colaboración no solo facilita fórmulas de policía comunitaria o de proximidad, sino que tiende a atribuir a las fuerzas públicas la tarea prioritaria de acumular y distribuir información útil para la gestión, por su parte pero también por los individuos y agregaciones privadas, de los riesgos criminales (Ericson y Haggerty, 1997, pp. 41, 70; Mary, 2001, p. 37).

En el ámbito procesal, la racionalidad gerencial se halla en la base del recurso a fórmulas sumarias en los procedimientos y de la promoción de soluciones de justicia negociada, así como de la delegación de funciones jurisdiccionales a los empleados judiciales (Bell, 2011, pp. 5, 180; Silva Sánchez, 2011, pp. 74 ss.).

En el campo de la ejecución de penas, tanto carcelarias como no privativas de libertad, el gerencialismo ha contribuido a la difusión de modelos privatizadores, que han alcanzado diversos niveles en función de los países y de las diferentes sanciones a las que se aplican (Cheliotis, 2006, p. 319; Easton y Piper, 2008, p. 13).

### **5. Elementos del actuarialismo penal. La reorganización de la Política criminal en función de la gestión de riesgos**

Todo lo avanzado permite aproximarse a las principales mutaciones que ha generado la progresiva penetración de un modo actuarial de organización y gestión de la Política criminal, en

consonancia con una articulación gerencial de las políticas públicas.

No obstante, la trascendencia de la transformación actuarial requiere un análisis más detenido de algunas de sus principales innovaciones (Kemshall y Maguire, 2001, pp. 244 s.). En este sentido, es bien conocido que el componente más característico de la Política criminal actuarial es la elaboración, a partir de amplias bases estadísticas, de perfiles de infractores, que se entienden útiles para reorganizar la respuesta de control penal en las diversas instancias de persecución. Ésta no es, empero, la única línea básica de evolución que se desarrolla a partir de la lógica actuarial. Sin perjuicio de ella, es necesario hacer también referencia a otras grandes transformaciones que se ven impulsadas por el actuarialismo.

La primera de esas evoluciones básicas tiene que ver con las mutaciones subjetivas y espaciales en el gobierno de los riesgos delictivos. Ante todo, esta cuestión se relaciona con la atribución a individuos y agregaciones privadas de la responsabilidad de gestión de sus propios riesgos en materia delictiva (Díez Ripollés, 2007, pp. 93 ss.; Kemshall, 2006, p. 85; O'Malley, 2004, pp. 72 ss.; Pratt, 2000, p. 46).

En efecto, el actuarialismo, en línea con las premisas de la gubernamentalidad neoliberal que lo sustentan, incentiva la conformación de sujetos que se hagan responsables de su aseguramiento ante la criminalidad (O'Malley, 2004, pp. 72 s.; Parnaby, 2006, pp. 14 ss.). Ello supone que las políticas penales, y las agencias del sistema, contribuyen a conformar un tipo de sujeto -de comunidad- activo, no dependiente, con empresarialidad propia orientada a su autorrealización (Campesi, 2011, pp. 192 s.; Ericson y Haggerty, 1997, pp. 93 s.). Es un sujeto que aparece como apto para gobernar su propia vida de acuerdo con la libertad y la capacidad de elección; por tanto, se trata de un individuo definido por concretas consideraciones morales (O'Malley, 2004, pp. 175 ss.). (11) Este modelo subjetivo es el que ha sido denominado por diversos autores *prudencialismo privado*, una expresión que insinúa la renovación de esquemas

(11) Esas consideraciones morales conducen, como destacan ERICSON y DOYLE, 2003: 8; HUDSON, 2003: 59; PARNABY, 2006: 2, a que el sujeto individual pueda ser culpabilizado por no haber sabido gestionar su seguridad.

de sujeto prudencial del pasado (Dean, 2010, pp. 137, 220 s.; Parnaby, 2006, pp. 15 ss.; Rose, 2000, pp. 324, 327 ss.). (12)

En relación con ello, la tarea de las instancias de persecución penal, en particular la policial, se transforma en un doble sentido. Por una parte, estas agencias se ven parcialmente liberadas de su pasado monopolio en la gestión de la seguridad ante el delito, que ahora aparece como una tarea compartida (Parnaby, 2006, pp. 14 ss.). Por otra, dichas instancias se van acomodando progresivamente a una tarea nuclear de asesoramiento y organización de la creciente administración privada de riesgos (Ericson y Haggerty, 1997, pp. 41, 70; O'Malley, 2004, p. 175). En esa labor, las agencias del sistema penal no están solas, sino que se ven complementadas por un proliferante sector mercantil de la seguridad (Loader y Sparks, 2007, pp. 82 s.; Rose, 2000, pp. 324, 328).

En segundo lugar, la orientación actuarial facilita la adopción de una perspectiva político-criminal que transforma en profundidad el modo de afrontar la prevención criminal, haciendo perder centralidad a la fase reactiva al hecho delictivo (Jones, 2012, pp. 754 s.; Shearing y Johnston, 2005, pp. 30 ss.; Zedner, 2009, pp. 78 ss.). El objetivo es controlar riesgos, pero ante todo predecirlos, a los efectos de su gestión y de la minimización de sus efectos (Ericson y Haggerty, 1997, p. 66; Garland, 1997, pp. 181 s.). La concentración en la prevención de riesgos relega en cierta medida el momento de sanción penal, a partir de una visión amplia de la política de control del delito, en la que se asume que la punición no es en sí el componente de mayor utilidad preventiva (Easton y Piper, 2008, p. 143; Hughes, 1998, p. 80). De hecho, esta visión político-criminal facilita que el actuarialismo priorice una gestión propiamente administrativa -previa a la comisión de los hechos- de los riesgos en materia de criminalidad (Feeley, 2004, p. 71; Rivera Beiras, 2004, pp. 308 s.). (13)

(12) DOUGLAS, 1992, pp. 41 ss., 102, pone de relieve el sinsentido de ese postulado, cuando indica, de forma oportuna, que el ser humano no solo es un actor racional que calcula para evitar enfrentarse a riesgos, sino que también asume riesgos deliberadamente.

(13) FEELEY, 2006, p. 231, llega incluso a afirmar que uno de los posibles escenarios futuros del actuarialismo es convertir al sistema penal en un sistema administrativo.

Ese énfasis en una prevención centrada en la fase previa a la comisión conduce a otorgar una notable centralidad a la idea de vigilancia de -potenciales- infractores y de espacios, que es una tarea competencia tanto de la policía como de los sujetos privados (Ericson y Haggerty, 1997, pp. 18, 41; Kemshall y Maguire, 2001, p. 244), y que se ve impulsada por un significativo desarrollo tecnológico en la materia (Ericson, 2007, p. 53; Johnston y Shearing, 2003, pp. 84 ss.). En consonancia con una pérdida de protagonismo de las instituciones de castigo como lugares prioritarios de control, la vigilancia se disemina espacialmente (Davis, 2006, pp. 226 ss.). Por otra parte, esa lógica preventiva conduce a prestar atención a la idea de oportunidad de delinquir, lo que ha contribuido a la formidable difusión de la prevención situacional, una técnica de gestión de riesgos que desatiende al infractor individual, a las causas de su comportamiento y a su posibilidad de reintegración (O'Malley, 2006b, pp. 48 s.; Simon y Feeley, 2003, p. 99). (14) Del mismo modo, el pensamiento actuarial también facilita la difusión de las técnicas de prevención del delito mediante el diseño ambiental, que presentan una acusada proximidad con la perspectiva situacional (Parnaby, 2006, pp. 2 ss.; Simon y Feeley, 2003, pp. 99 s.).

Sin perjuicio de todo ello, el elemento sin duda más característico del actuarialismo penal es la preocupación por el cálculo de los riesgos que comportan los sujetos en cuanto infractores, basado en instrumentos estadísticos. (15) Como es evidente, ese tipo de cálculos requiere el desarrollo, mediante una importante acumulación de información, de saberes de carácter probabilístico-

(14) Para un análisis crítico de la prevención situacional, véase CRAWFORD, 2007, pp. 872 ss.; HUGHES, 1998, pp. 58 ss., quienes critican a dicha orientación político-criminal que desatienda buena parte de la criminalidad, que culpabilice a las víctimas por no haber sabido gestionar su seguridad, que desconsidere los derechos individuales y la igualdad, que facilite la segregación comunitaria, que no sea capaz de dar respuesta a la criminalidad no oportunista, y que solo produzca un desplazamiento espacial de la delincuencia.

(15) Los lustros transcurridos desde el inicio de la generalización del uso de instrumentos de medición de riesgo, particularmente en los países anglosajones, ha producido una evolución de tales métodos, cada vez más complejos. Sobre esa evolución, véase ANDREWS et al., 2006, pp. 7 ss.; NGUYEN et al., 2011, pp. 274 ss.; RAYNOR, 2010, pp. 675 s.

estadístico sobre las circunstancias demográficas, ambientales y de comportamiento que permiten predecir el riesgo criminal (De Giorgi, 2000, pp. 16 s., 36; Johnston y Shearing, 2003, pp. 89 s.; Garland, 1997, pp. 180 s.).

Esa tarea se desdobra en dos vertientes. En primer lugar, se trata de una estimación realizada en atención a grupos de sujetos, sustentada en rasgos como el historial delictivo o las características demográficas (Harcourt, 2007a, pp. 7 ss.; Innes, 2003, pp. 132 s., 144; Mary, 2001, pp. 37 s.). De acuerdo con su lógica operativa, es comprensible que así sea, ya que ciertas labores de prevención delictiva, como las policiales, solo pueden planificarse a partir de grupos de sujetos, no de individuos. No en vano, una Política criminal que parte de la economización de recursos escasos ha de ser capaz de elegir los grupos humanos que requieren un control prioritario (Harris, 2002, p. 11; Jones, 2012, p. 755). Por otra parte, las estimaciones estadísticas de riesgos solo pueden realizarse mediante la valoración de rasgos grupales. No obstante, este modo de organizar la prevención criminal implica que los sujetos son integrados en colectivos de riesgo con independencia de que no tengan historial delictivo (Hudson, 2003, pp. 46, 61; Innes, 2003, p. 133), lo que resulta preocupante desde una perspectiva garantista (Díez Ripollés, 2007, p. 165; Santoro, 2004, pp. 123 ss.; Zedner, 2009, pp. 147, 150).

No obstante, esa tarea de cálculo comporta una segunda vertiente. La mayor parte de las funciones que desarrollan las mediciones actuariales de riesgo requiere una aplicación estrictamente individualizada. Precisamente por ello, las estimaciones grupales son empleadas para cifrar los niveles de riesgo de infractores individuales (Harcourt, 2007a, p. 96; San Martín Segura, 2009, pp. 54 s.). (16) Ese es el modo de funcionamiento del *profiling*, o elaboración de perfiles de infractores, como expresión seguramente más conocida del actuarialismo penal (Harris, 2002, pp. 10 s.; Mary, 2001, p. 38).

(16) Referencias académicas relevantes de esta tarea en el contexto español son, entre otras, ANDRÉS-PUEYO y ECHEBURÚA, 2010, pp. 403 ss.; Andrés Pueyo et al., 2008, pp. 107 ss.; NGUYEN et al., 2011, pp. 273 ss.; PÉREZ RAMÍREZ et al., 2008, pp. 205 ss.

Esta dinámica de individualización permite reconsiderar la tesis según la cual el actuarialismo implica sustituir a los sujetos por los grupos en cuanto marco prioritario de referencia de la Política criminal (Feeley y Simon, 1992, pp. 450 ss.; Innes, 2003, pp. 107 s.). Si bien es cierto que esa atención a los grupos en cuanto agregados humanos caracterizados por determinados niveles de riesgo es un rasgo más bien novedoso, no cabe perder de vista que el actuarialismo es también una técnica innovadora de individualización de la respuesta punitiva. (17)

En relación con ello, procede revisar, siquiera de modo somero, los momentos en los que haya utilidad esa estimación, grupal e individualizada, de niveles de riesgo. En ellos se plasman las orientaciones del actuarialismo en materia de control.

En primer lugar, las mencionadas estimaciones condicionan cada vez más la labor policial, tendiendo a superar modelos previos, en los que las tareas proactivas y reactivas de prevención del delito se guiaban exclusivamente por saberes informales propios de su cultura profesional -es decir, por la experiencia-, y no por criterios estadísticos (Harcourt, 2007a, pp. 97, 103; Harris, 2002, pp. 26 ss.). Éste es seguramente el ámbito en el que la técnica del *profiling* ha cobrado mayor proyección. En efecto, la tarea policial tiende cada vez más a guiarse por perfiles grupales de infractores, entendiendo que ello permite incrementar el descubrimiento de delitos y, por lo tanto, la eficiencia y la productividad de tal labor (Harris, 2002, pp. 11 ss., 72 ss.).

En segundo lugar, los métodos actuariales de medición de riesgo han conocido una cierta penetración en la fase de persecución judicial, tanto a los efectos de imposición de medidas cautelares (Feeley, 2006, pp. 224 ss.; Simon, 2005, p. 407), como de determinación de la pena. No obstante, hasta donde se alcanza a ver, esta dinámica pare-

(17) Véase HARCOURT, 2013, pp. 50 ss., quien destaca que el actuarialismo surge del interés por lograr métodos de predicción del comportamiento humano a efectos de individualización de la respuesta punitiva, sin perjuicio de que también funcione como dispositivo de gubernamentalidad sobre las poblaciones. Por ello, el autor (pp. 93 s.), considera que criticar el actuarialismo señalando que no permite una individualización de la respuesta punitiva resulta simplista.

ce más bien privativa -hasta el momento- de los sistemas anglosajones (Feeley y Simon, 1992, p. 461; Harcourt, 2013, pp. 81 ss.), probablemente por dos razones. Por una parte, por la dificultad de superar la tradicional refractariedad de los jueces a restringir sus marcos de decisión o a cambiar su modo de operar en esos ámbitos (Wandall, 2010, pp. 336, 342). Por otra, por la mayor delimitación normativa de esa tarea jurisdiccional en países con tradición de *Civil Law*.

En tercer lugar, la lógica actuarial va introduciéndose progresivamente en el ámbito de la penalidad no privativa de libertad (18), en particular en el campo de la *probation* o libertad vigilada (Deering, 2011, pp. 34 ss.; Hannah-Moffat *et al.*, 2009, pp. 393 ss.; Hudson y Bramhall, 2005, pp. 721 ss.) (19), pero también en las medidas de control electrónico (Clear y Cadora, 2001, p. 59; Nellis, 2005, p. 180). En este marco sancionador, el pensamiento actuarial sustenta una mutación básica de la perspectiva punitiva, en el sentido de tender a sustituir la orientación rehabilitadora por la preocupación por el control del riesgo y la protección de la comunidad, entendiendo que ello hace más admisible la penalidad ambulatoria para el público (Bell, 2011, pp. 88 ss., 180; Deering, 2011, pp. 36, 46 ss., 56; Ugwu-dike, 2011, pp. 243 ss.). (20) Esta mayor preocupación por el control del riesgo que comportan los penados, así como el objetivo de economía de costes, ha conducido en muchos casos a articular marcos de cooperación con entidades privadas o comunitarias, a los efectos de que contribuyan a la vigilancia ambulatoria (Deering, 2011, p. 40; Kemshall y Maguire, 2001, p. 241). Junto a ello, los instrumentos actuariales de medición de riesgo condicionan la ejecución de las sanciones, centrándose menos en el hecho

cometido que en el perfil formalizado del infractor (Hudson, 2001, pp. 151 ss.), y modulando de acuerdo con ello el tipo de intervención, así como el grado de supervisión y control (Hannah-Moffat *et al.*, 2009, pp. 395 s., 407; Harcourt, 2013, pp. 69 ss.; Hudson y Bramhall, 2005, pp. 721 s.). A mayor abundamiento, la mutación teleológica determina la forma de afrontar los incumplimientos del condenado en el marco de la ejecución, en el sentido de endurecer la respuesta y facilitar el tránsito -o el retorno- a la prisión (Kemshall y Maguire, 2001, pp. 251 s.; Raynor, 2010, pp. 681 s.).

Junto a todo ello, la lógica actuarial condiciona de forma muy notable la evolución de las penas de prisión y de los modos de ejecución penitenciaria. Ante todo, la Política criminal de gestión de riesgos ha contribuido de manera relevante al relanzamiento de la neutralización como fin punitivo (Harcourt, 2013, pp. 72 ss.; Mary, 2001, pp. 38 s.; Simon y Feeley, 2003, p. 94). En concreto, la orientación político-criminal estudiada ha preconizado el empleo de la *neutralización selectiva*, modalidad en la que se pretende indagar qué grupos de infractores, por presentar elevados niveles de riesgo delictivo, han de recibir una penalidad excluyente (Anitua, 2005, p. 512; Díez Ripollés, 2007, p. 165; Zysman Quirós, 2004, pp. 269 ss.). De esta forma, ya desde el trabajo seminal de Greenwood (1982), se intenta discernir qué características grupales -de carácter demográfico, social o delictivo- permiten diseñar perfiles de riesgo, en aras de orientar la aplicación de sanciones neutralizadoras. El planteamiento subyacente es la convicción de que un restringido grupo de infractores protagoniza la mayor parte de la delincuencia existente en una sociedad (Broadhurst, 2000, p. 111). De acuerdo con ello, se formula un objetivo que habla el lenguaje de la eficacia y la eficiencia, con potencialidades para un fácil éxito político: la segregación de ese reducido segmento de infractores habituales permitiría una importante disminución de la criminalidad, sin necesidad de expansión penitenciaria, y con un limitado empleo de recursos públicos (Broadhurst, 2000, pp. 112, 118; Easton y Piper, 2008, pp. 147 s.; Shichor, 1997, pp. 476 s.).

Sin embargo, la teleología neutralizadora no es la única influencia del actuarialismo sobre el ámbito penitenciario. Los instrumentos de medición de riesgo, señaladamente el complejo LSI-R (*Level of Service Inventory-Revised*) -empleado en una

(18) Más allá de ello, en relación con la penetración de la racionalidad actuarial en el ámbito de la justicia penal de menores, véase GRAY, 2009, pp. 444 ss.; KEMPF-LEONARD y PETERSON, 2000, pp. 66 ss., 72 ss.

(19) No obstante, una extensa bibliografía ha puesto de relieve la resistencia de los servicios de probation en el contexto anglosajón frente a la mutación de sus funciones en una clave actuarial, y el mantenimiento de modos operativos sustentados en sus saberes profesionales (véase MCNEILL *et al.*, 2009, pp. 428 ss.; UGWUDIKE, 2011, pp. 248 ss.).

(20) Por lo demás, la aproximación del actuarialismo a la penalidad no privativa de libertad también se guía por la idea de economía de costes (véase FEELEY y SIMON, 1992, pp. 459, 461; UGWUDIKE, 2011, pp. 245 s.).

pluralidad de países- se introducen en diversos ámbitos básicos de la ejecución de las penas de prisión (Hörnqvist, 2010, pp. 67 ss., 117 ss.). Por una parte, esos modelos de cálculo condicionan cada vez más la clasificación penitenciaria (Harcourt, 2013, pp. 69 ss.; Simon, 2005, p. 407). Por otra, constituyen la base para la toma de decisiones en el terreno de la progresión en la ejecución, en materias como las salidas temporales de prisión y, sobre todo, la libertad condicional. En efecto, un ámbito tan sustentado en las predicciones de riesgo de reincidencia como la excarcelación anticipada se ha convertido en uno de los terrenos prioritarios de penetración de los instrumentos actuariales (Bell, 2011, pp. 35, 180; Hannah-Moffat y Yule, 2011, pp. 150 ss., 167 ss.; Harcourt, 2013, pp. 68 ss.).

Por último, la obsesión por el control del riesgo y la pérdida de legitimidad del ideal rehabilitador permiten que los métodos actuariales impulsen la creación de medidas punitivas posteriores al cumplimiento de la pena de prisión, entre ellas el control o la privación de libertad postpenitenciaria de duración indeterminada (Simon, 2005, pp. 399 s., 409 ss.). De hecho, sin la convicción de que se dispone de un método certero de cálculo del riesgo que representan los sujetos excarcelados, seguramente el control postpenitenciario no habría logrado gozar de la difusión que ha alcanzado el pasado más reciente.

## **6. Conclusión: hacia una crítica del actuarialismo y el gerencialismo en materia punitiva**

El tiempo transcurrido desde el inicio de la aplicación de prácticas gerenciales y actuariales ha permitido el desarrollo de una literatura crítica, que viene destacando los aspectos más disfuncionales de la Política criminal eficientista de gestión de riesgos. La consulta de esa literatura permite comenzar a imaginar una crítica de estas racionalidades securitarias que se desarrollan al margen de la consideración de la libertad y los derechos.

Esas críticas son de diverso género. En primer lugar, es necesario tener en cuenta las insuficiencias epistémicas del actuarialismo. En ese punto procede reiterar ideas que ya ha habido oportunidad de avanzar: el riesgo no es un concepto neutro o apolítico, ni una noción unidimensional. Por ello, las prácticas penales que se organizan en

función del riesgo no son producto de la necesidad, sino de la decisión política.

Junto a ello, es necesario añadir algo más en el ámbito de las dudas epistémicas, que resulta especialmente relevante, ante el aura de objetividad de que gozan estas prácticas político-criminales. El actuarialismo no puede evitar los problemas en materia de certeza que genera todo análisis de riesgo. En efecto, ese tipo de análisis procura un conocimiento incierto sobre eventos futuros contingentes, de modo que nunca puede superar un cierto margen de incertidumbre (Ericson, 2006, pp. 346 ss.). Por mucho que se quiera enfatizar la objetividad y el carácter científico de los métodos matemáticos que se emplean en el cálculo de riesgo, la imposibilidad de que la epistemología actuarial garantice la certeza se deriva de que aquellos métodos operan con variables selectivas, cuya elección es fuertemente subjetiva y valorativa (Ericson, 2006, p. 348).

Un segundo plano de críticas, no menos acertado que el anterior, es de carácter axiológico. En él se pone de relieve la incompatibilidad de la lógica actuarial con principios fundamentales de limitación de la potestad punitiva, así como con consideraciones básicas de justicia (Del Rosal Blasco, 2009, p. 497; Denney, 2005, p. 130; Hudson, 2001, pp. 144 ss.). (21) Se trata del tipo de críticas que continúan reclamando el papel de la libertad y de los derechos como límites a estos modos de garantía de la seguridad ante el delito.

En primer lugar, los métodos actuariales no superan el examen del principio de igualdad y no discriminación ante el castigo. El control de riesgo se organiza en función de variables grupales, en las cuales se desatiende el postulado de no discriminación por razón, v.gr., de etnia, color de piel, nacionalidad o género (Harris, 2002, pp. 12, 126; O'Malley, 2008, p. 452). Por lo demás, esa selección tiende a perpetuarse, ya que los recursos en materia de control se distribuyen fundamentalmente en función de los resultados estadísticos previos de la actividad de persecución, creando un círculo vicioso, una suerte de profecía que se autocumple en

(21) No en vano, HARCOURT, 2007b, p. 89, señala que en los métodos actuariales se aprecia una preeminencia de disciplinas como la Sociología, la Psicología o los Estudios de policía, que carecen de una referencia normativa sólida en relación con la legislación penal.

materia de perfiles de riesgo (Harris, 2002, pp. 224 ss.). (22) Ese modo de proceder no solo distorsiona progresivamente la composición de la población objeto de control, con un claro perjuicio para los sectores más desfavorecidos, sino que contribuye a reforzar su estigmatización y la correspondiente quiebra de la cohesión social (Harcourt, 2013, pp. 116 ss.; Harris, 2002, pp. 94 ss., 124 ss.). De este modo, se menoscaban de forma muy notable las condiciones de vida de determinados grupos poblacionales, y se restringen las posibilidades de reinserción de los individuos pertenecientes a ellos. Al mismo tiempo, este tipo de operatividad selectiva del control penal puede producir efectos perniciosos en materia preventiva, al generar -al menos entre esos grupos sociales- el descrédito del sistema punitivo (Harcourt, 2013, pp. 123 s.; Harris, 2002, pp. 117 ss., 126 ss.).

De este modo, el actuarialismo tiende a modificar las concepciones existentes sobre la pena justa, y ello al menos en tres planos. Por una parte, al fomentar la supuesta viabilidad de una neutralización selectiva regida por el riesgo, desatiende la finalidad rehabilitadora de la pena (Harcourt, 2007b, pp. 99 ss.). Por otra, sustenta un régimen punitivo que se distancia -como se ha visto- del principio de igualdad ante la ley penal, y de la proporcionalidad por el hecho, exacerbando las consecuencias de los antecedentes o de la probabilidad de reincidencia (Harcourt, 2013, pp. 124 ss.; Raynor, 2010, pp. 673 s.). Por lo demás, esa desconexión de la responsabilidad (personal) por el hecho se manifiesta en que el tipo de control penal que se proyecta sobre un sujeto está modulado por predicciones de riesgo construidas a partir de rasgos grupales (Sapir, 2008, pp. 258, 260).

A mayor abundamiento, se ha señalado que en la medida en que los métodos actuariales pretenden predecir el riesgo delictivo futuro, crean las condiciones para que el control punitivo desatienda por completo la comisión previa de un hecho criminal, y se aplique -de uno u otro modo- a sujetos que aún no han delinquido (Díez Ripollés, 2007, p. 165; Hudson, 2003, p. 67; Kems-hall y Maguire, 2001, p. 244). Esta circunstancia ha sido analizada por diversos autores destacando

(22) HARCOURT, 2003, pp. 145 s., indica con razón que, como es obvio, las instancias del sistema encuentran más delitos en los ámbitos en los que emplean mayores recursos de persecución.

la incompatibilidad entre el actuarialismo y la presunción de inocencia (Del Rosal Blasco, 2009, p. 497; Harris, 2002, p. 223).

Todo ello conduce a que la legitimidad de la Política criminal de corte actuarial solo pueda buscarse en el ámbito de su eficacia en términos de prevención delictiva, en el sentido de que permita disminuir las cifras de criminalidad (Clear y Cadora, 2001, pp. 55 ss.). Por ello es especialmente relevante un tercer conjunto de críticas, que socavan el sustento de esta legitimación utilitaria. En efecto, en la medida en que la lógica gerencial y actuarial construye su legitimación y sus potencialidades en un marco de sentido ajeno al pensamiento jurídico de la libertad y los derechos, resulta fundamental poder confrontarla en su propio plano de racionalidad.

En este punto destaca el trabajo de Harcourt (2013, 94 ss.), que ha demostrado, empleando el mismo tipo de métodos matemáticos que los defensores del cálculo de riesgos, la insostenibilidad de la capacidad predictiva del actuarialismo. El autor señala con razón que la legitimidad utilitaria de los métodos de predicción de riesgo no puede residir en su capacidad para incrementar el descubrimiento del delito, sino en su potencialidad preventiva, es decir, de reducción de la criminalidad (Harcourt, 2013, pp. 106 s.). Pues bien, para que la orientación de la actividad punitiva en función de perfiles de riesgo produzca ese efecto preventivo, es necesario que la elasticidad ante el control de los grupos objeto de persecución sea mayor que la elasticidad de los colectivos desatendidos (Harcourt, 2013, pp. 94 ss., 103 ss.). Teniendo en cuenta esta premisa, el problema reside en que los análisis actuariales no prestan atención a esas diferencias de elasticidad; más aún, hay buenas razones para pensar que los grupos desfavorecidos, que son destinatarios de los controles penales más intensos, presentan una escasa elasticidad relativa en su actividad criminal ante el incremento de la persecución (Harcourt, 2013, pp. 95, 111 ss.). Por ello, el empleo de métodos actuariales en Política criminal probablemente incrementa el volumen de la criminalidad (Harcourt, 2013, pp. 111 ss.).

Más allá de este complejo análisis, otros autores han destacado que los métodos de predicción de riesgos ni siquiera se muestran útiles a la hora de lograr un incremento de la tasa de descubrimiento de delitos (Harris, 2002, pp. 13 ss., 79 ss.), entre

otros motivos, porque operan a partir de estadísticas penales -que no reflejan la realidad de la criminalidad, sino los resultados de su persecución- y porque funcionan con rasgos grupales excesivamente inconcretos (Harris, 2002, pp. 75 ss., 106 s.).

A mayor abundamiento, esta literatura resalta una última disfunción utilitaria del actuarialismo penal: su desatención a los costes del sistema. En efecto, hay buenas razones para pensar que, frente a lo postulado por la orientación gerencial, el actuarialismo desconsidera los notables costes que supone una política penal de control del riesgo, claramente desproporcionados en relación con sus magros resultados (Ericson, 2006, pp. 354 s.; Harcourt, 2013, pp. 123 s.; Harris, 2002, pp. 87 ss.).

Todo ello evidencia que el modelo securitario sustentado en un paradigma eficientista, impulsado por el gerencialismo y el actuarialismo, dista de ser una realidad. Esta conclusión, con todo, no constituye más que un punto de partida para continuar el debate. Sin embargo, es la perspectiva que debe orientar las aproximaciones críticas en la materia. Los análisis sustentados sobre la libertad y los derechos como límites de la seguridad son necesarios, pero en este caso resultan insuficientes. El gerencialismo y el actuarialismo punitivos requieren -también- una confrontación en los campos de la objetividad, la eficiencia y la utilidad preventiva que supuestamente los fundamentan. Solo entonces podremos ver lo que haya de falaz en un modelo de seguridad postmoderno, que se construye tendencialmente al margen del marco analítico y axiológico de los derechos.

## 7. Bibliografía

- + Antonio Andrés-Pueyo y Enrique Echeburúa (2010), "Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación", *Psicothema*, Vol. 22, Fasc. 3, págs. 403-409.
- + Antonio Andrés Pueyo *et al.* (2008), "Valoración del riesgo de violencia contra la pareja por medio de la SARA", *Papeles del psicólogo*, Vol. 29, Fasc. 1, págs. 107-122.
- + Don A. Andrews *et al.* (2006), "The Recent Past and Near Future of Risk and/or Need Assessment", *Crime & Delinquency*, Vol. 52, Fasc. 1, págs. 7-27.
- + Gabriel Ignacio Anitua (2005), *Historias de los pensamientos criminológicos*, Del Puerto, Buenos Aires.
- + Tom Baker y Jonathan Simon (2002), "Embracing Risk", en Tom Baker y Jonathan Simon (eds.), *Embracing Risk. The Changing Culture of Insurance and Responsibility*, University of Chicago Press, Chicago, págs. 1-25.
- + Emma Bell (2011), *Criminal Justice and Neoliberalism*, Palgrave MacMillan, Basingstoke.
- + Laurent Bonelli (2010), *La France a peur*, La Découverte, Paris.
- + Anthony Bottoms (1995), "The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing", en Chris Clarkson y Rod Morgan (eds.), *The Politics of Sentencing Reform*, Clarendon Press, Oxford, págs. 17-49.
- + Roderic Broadhurst (2000), "Criminal careers, sex offending and dangerousness", en Mark Brown y John Pratt (eds.), *Dangerous offenders. Punishment and social order*, Routledge, London/New York, págs. 109-126.
- + Giuseppe Campesi (2011), *Soggetto, disciplina, governo*, Mimesis, Sesto San Giovanni.
- + Leonidas Cheliotis (2006), "How iron is the iron cage of new penology? The role of human agency in the implementation of criminal justice policy", *Punishment & Society*, Vol. 8, Fasc. 3, págs. 313-340.
- + John H. Clarke y Janet E. Newman (1997), *The Managerial State: Power, Politics and Ideology in the Remaking of Social Welfare*, Sage, London.
- + Todd R. Clear y Eric Cadora (2001), "Risk and correctional practices", en Kevin Stenson y Robert R. Sullivan (eds.), *Crime, Risk and Justice. The politics of crime control in liberal democracies*, Willan, Cullompton, págs. 51-67.
- + Gaëtan Cliquennois (2006), "Vers une gestion des risques légitimante dans les prisons françaises?", *Déviance et Société*, Vol. 30, Fasc. 3, págs. 355-371.
- + Adam Crawford (2007), "Crime prevention and community safety", en Mike Maguire *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford Univ. Press, Oxford/New York, 4ª ed., págs. 866-909.

- + Mike Davis (2006), *City of Quartz*, Verso, London, 2ª ed.
- + Mitchell Dean (2010), *Governmentality*, Sage, London, 2ª ed.
- + John Deering (2011), *Probation Practice and the New Penology. Practicioners Reflections*, Ashgate, Farnham/Burlington.
- + Alessandro De Giorgi (2000), *Zero Tolleranza*, DeriveApprodi, Roma.
- + Alessandro De Giorgi (2002), *Il governo dell'eccedenza. Postfordismo e controllo della moltitudine*, Ombre corte, Verona.
- + Bernardo "http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=45197" Del Rosal Blasco (2009), "La estrategia actuarial de control del riesgo en la política criminal y en el Derecho", en Juan Carlos HYPERLINK "http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=510444" Carbonell Mateu *et al.* (coords.), HYPERLINK "http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=398015" *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, vol. 1, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 473-498.
- + David Denney (2005), *Risk and Society*, Sage, London.
- + José Luis Díez Ripollés (2007), *La política criminal en la encrucijada*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires.
- + Mary Douglas (1992), *Risk and Blame. Essays in Cultural Theory*, Routledge, London.
- + Mary Douglas y Aaron Wildavsky (1983), *Risk and Culture*, University of California Press, Berkeley/Los Angeles/London.
- + Susan Easton y Christine Piper (2008), *Sentencing and Punishment. The Quest for Justice*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2ª ed.
- + Richard V. Ericson (2006), "Ten Uncertainties of Risk-Management Approaches to Security", *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, junio 2006, págs. 345-357.
- + Richard Ericson (2007), *Crime in an Insecure World*, Polity, Cambridge.
- + Richard V. Ericson y Aaron Doyle (2003), "Risk and Morality", en Richard V. Ericson y Aaron Doyle (eds.), *Risk and Morality*, Univ. of Toronto Press, Toronto, págs. 1-10.
- + Richard V. Ericson y Kevin D. Haggerty (1997), *Policing the Risk Society*, University of Toronto Press, Toronto/Buffalo.
- + David Faulkner (2000), "Policy and Practice in Modern Britain: Influences, Outcomes and Civil Society", en Penny Green y Andrew Rutherford (eds.), *Criminal Policy in Transition*, Hart Publishing, Oxford/Portland, págs. 79-90.
- + Malcolm M. Feeley (2004), "Actuarial justice and the modern state", en Gerben Bruinsma *et al.* (eds.), *Punishment, Places and Perpetrators. Developments in criminology and criminal justice research*, Willan, Cullompton, págs. 62-77.
- + Malcolm M. Feeley (2006), "Origins of Actuarial Justice", en Sarah Armstrong y Lesley McAra (eds.), *Perspectives on Punishment. The Contours of Control*, Oxford Univ. Press, Oxford/New York, págs. 217-231.
- + Malcolm Feeley y Jonathan Simon (1992), "The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Correction and its Implications", *Criminology*, Vol. 30, Fasc. 4, págs. 449-474.
- + Malcolm Feeley y Jonathan Simon (1994), "Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law", en David Nelken (ed.), *The Futures of Criminology*, Sage, London, págs. 173-201.
- + Jean Floud (1982), "Dangerousness and Criminal Justice", *The British Journal of Criminology*, Vol. 22, Fasc. 3, págs. 213-228.
- + Jean Floud y Warren Young (1981), *Dangerousness and Criminal Justice*, Heinemann, London.
- + David Garland (1997), "'Governmentality' and the problem of crime: Foucault, criminology, sociology", *Theoretical Criminology*, Vol. 1, Fasc. 2, págs. 173-214.
- + David Garland (2003), "The Rise of Risk", en Richard V. Ericson y Aaron Doyle (eds.), *Risk and Morality*, Univ. of Toronto Press, Toronto, págs. 48-86.

- + David Garland (2005), *La cultura del control*, Gedisa, Barcelona.
- + Patricia Gray (2009), "The political economy of risk and the new governance of youth crime", *Punishment & Society*, Vol. 11, Fasc. 4, págs. 443-458.
- + Peter W. Greenwood (1982), *Selective Incapacitation*, Rand Corp., Santa Monica.
- + Kelly Hannah-Moffat y Carolyn Yule, C. (2011), "Gaining insight, changing attitudes and 'managing' risk: Parole release decisions for women convicted of violent crimes", *Punishment & Society*, Vol. 13, Fasc. 2, págs. 149-175.
- + Kelly Hannah-Moffat *et al.* (2009), "Negotiated Risk: Actuarial Illusions and Discretion in Probation", *Canadian Journal of Law and Society*, Vol. 24, Fasc. 3, págs. 391-409.
- + Bernard E. Harcourt (2003), "HYPERLINK 'http://www.law.uchicago.edu/faculty/harcourt/resources/jlcp\_final.pdf' \t \"\_blank\" From the Ne'er-do-well to the Criminal History Category: The Refinement of the Actuarial Model in Criminal Law", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 66, Fasc. 3, págs. 99-150.
- + Bernard E. Harcourt (2007a), *Against Prediction*, Univ. of Chicago Press, Chicago.
- + Bernard E. Harcourt (2007b), "Sulla svolta attuariale in criminologia", *Conflitti Globali*, nº 5, págs. 87-102.
- + Bernard E. Harcourt (2013), *Política criminal y gestión de riesgos: Genealogía y crítica*, Ad-hoc, Buenos Aires.
- + David A. Harris (2002), *Profiles in Injustice. Why Racial Profiling Cannot Work*, The New Press, New York.
- + Magnus Hörnqvist (2010), *Risk, Power and the State. After Foucault*, Routledge, Abingdon/New York.
- + Barbara Hudson (2001), "Punishment, rights and difference: defending justice in the risk society", en Kevin Stenson y Robert R. Sullivan (eds.), *Crime, Risk and Justice. The politics of crime control in liberal democracies*, Willan, Cullompton, págs. 144-171.
- + Barbara Hudson (2003), *Justice in the Risk Society*, Sage, London/Thousand Oaks/New Delhi.
- + Barbara Hudson y Gaynor Bramhall (2005), "Assessing the 'Other'. Constructions of 'Asian-ness' in Risk Assessments by Probation Officers", *British Journal of Criminology*, Vol. 45, Fasc. 5, págs. 721-740.
- + Gordon Hughes (1998), *Understanding crime prevention. Social control, risk and late modernity*, Open Univ. Press, Buckingham.
- + Steven Hutchinson (2006), "Countering catastrophic criminology. Reform, punishment and the modern liberal compromise", *Punishment & Society*, Vol. 8, Fasc. 4, págs. 443-467.
- + Martin Innes (2003), *Understanding social control*, Open Univ. Press, Maidenhead.
- + Les Johnston y Clifford Shearing (2003), *Governing Security. Explorations in policing and justice*, Routledge, London/New York.
- + Trevor Jones (2012), "Governing security: pluralization, privatization, and polarization in crime control and policing", en Mike Maguire *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford University Press, Oxford/New York, 5ª ed., págs. 743-768.
- + Kimberly Kempf-Leonard y Elicka S.L. Peterson (2000), "Expanding realms of the new penology. The advent of actuarial justice for juveniles", *Punishment & Society*, Vol. 2, Fasc. 1, págs. 66-97.
- + Hazel Kemshall (2006), "Crime and Risk", en Peter Taylor-Gooby y Jenns Zinn (eds.), *Risk in social science*, Oxford Univ. Press, Oxford, págs. 76-93.
- + Hazel Kemshall y Mike Maguire (2001), "Public Protection, 'Partnership' and Risk Penalty", *Punishment & Society*, Vol. 3, Fasc. 2, págs. 237-264.
- + Hazel Kemshall y Jason Wood (2008), "Risk and Public Protection: Responding to Involuntary and 'Taboo' Risk", *Social Policy & Administration*, Vol. 42, Fasc. 6, págs. 611-629.
- + Ian Loader y Richard Sparks (2007) "Contemporary landscapes of crime, order and control: governance, risk, and globalization", en Mike Maguire

- et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford University Press, Oxford/New York, 4ª ed., págs. 78-101.
- + Mona Lynch (1998), "Waste Managers? The New Penology, Crime Fighting, and Parole Agent Identity", *Law & Society Review*, Vol. 32, Fasc. 4, págs. 839-869.
- + Philippe Mary (2001), "Pénalité et gestion des risques: vers une justice 'actuarielle' en Europe?", *Déviance et Société*, Vol. 25, Fasc. 1, págs. 33-51.
- + Paula Maurutto y Kelly Hannah-Moffat (2006), "Assembling risk and the restructuring of penal control", *British Journal of Criminology*, Vol. 46, Fasc. 3, págs. 438-454.
- + Eugene McLaughlin y Kareem Murji (2001), "Lost connections and new directions: neo-liberalism, new public managerialism and the 'modernization' of the British police", en Kevin Stenson y Robert R. Sullivan (eds.), *Crime, Risk and Justice. The politics of crime control in liberal democracies*, Willan, Cullompton, págs. 104-122.
- + Fergus McNeill *et al.* (2009), "Risk, responsibility and reconfiguration. Penal adaptation and misadaptation", *Punishment & Society*, Vol. 11, Fasc. 4, págs. 419-442.
- + Claude Mouhanna (2008), "Police: de la proximité au maintien de l'ordre généralisé?", en Laurent Mucchielli (dir.), *La frénésie sécuritaire*, La Découverte, Paris, págs. 77-87.
- + Laurent Mucchielli (2008), "Faire du chiffre: le 'nouveau management de la sécurité'", en Laurent Mucchielli (dir.), *La frénésie sécuritaire*, La Découverte, Paris, págs. 99-112.
- + Mike Nellis (2005), "Electronic monitoring, satellite tracking, and the new punitiveness in England and Wales", en John Pratt *et al.* (eds.), *The New Punitiveness. Trends, theories, perspectives*, Willan, Cullompton, págs. 167-185.
- + Thuy Nguyen *et al.* (2011), "Factores de riesgo de la reincidencia violenta en población penitenciaria", *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 6, págs. 273-294.
- + Pat O'Malley (2000), "Criminologies of Catastrophe? Understanding Criminal Justice on the Edge of the New Millennium", *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, Vol. 33, Fasc. 2, págs. 153-167.
- + Pat O'Malley (2004), *Risk, Uncertainty and Government*, Glasshouse Press, London.
- + Pat O'Malley (2006a), *Riesgo, neoliberalismo y justicia penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- + Pat O'Malley (2006b), "Criminology and risk", en Gaben Mythen y Sandra Walklate (eds.), *Beyond the Risk Society*, Open University Press, Maidenhead, págs. 43-59.
- + Pat O'Malley (2008), "Experiments in risk and criminal justice", *Theoretical Criminology*, Vol. 12, Fasc. 4, págs. 451-469.
- + Pat O'Malley (2010), *Crime and Risk*, Sage, London.
- + David Osborne y Ted Gaebler (1995), *La reinención del gobierno: la influencia del espíritu empresarial en el sector público*, Paidós, Barcelona.
- + Chris Painter (2005), "Managing Criminal Justice: Public Service Reform Writ Small?", *Public Money & Management*, octubre 2005, págs. 307-314.
- + Patrick F. Parnaby (2006), "Crime Prevention through Environmental Design: Discourses of Risk, Social Control, and a Neo-liberal Context", *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, enero 2006, págs. 1-29.
- + Meritzell Pérez Ramírez *et al.* (2008), "Predicción de riesgo de reincidencia en agresores sexuales", *Psicothema*, Vol. 20, Fasc. 2, págs. 205-210.
- + Tamar Pitch (2006), *La società della prevenzione*, Carocci, Roma.
- + Guillermo Portilla Contreras (2005), "Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho Penal", en Guillermo Portilla Contreras (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Univ. Internacional Andalucía/Akal, Madrid, págs. 57-85.
- + John Pratt (2000), "Dangerousness and modern society", en Mark Brown y John Pratt (eds.),

*Dangerous offenders. Punishment and social order*, Routledge, London/New York, págs. 35-48.

+ John W. Raine (2005), "Courts, Sentencing, and Justice in a Changing Political and Managerial Context", *Public Money & Management*, octubre 2005, págs. 291-298.

+ John W. Raine y Michael J. Willson (1997), "Beyond Managerialism in Criminal Justice", *The Howard Journal of Criminal Justice*, Vol. 36, Fasc. 1, págs. 80-95.

+ Peter Raynor (2010), "Usages et abus du risque dans la justice pénale britannique", *Déviance et société*, Vol. 34, Fasc. 4, págs. 671-687.

+ Lucia Re (2006), *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Laterza, Bari.

+ George S. Rigakos y Richard W. Hadden (2001), "Crime, capitalism and the 'risk society': Towards the same olde modernity?", *Theoretical Criminology*, Vol. 5, Fasc. 1, págs. 61-84.

+ Iñaki Rivera Beiras (2004), "Forma-Estado, Mercado de Trabajo y Sistema Penal ("nuevas" racionalidades punitivas y posibles escenarios penales)", en Iñaki Rivera Beiras (coord.), *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, Anthropos, Barcelona, págs. 287-326.

+ Iñaki Rivera Beiras y Gemma Nicolás Lazo (2005), "La crisis del welfare y sus repercusiones en la cultura política europea", en Iñaki Rivera Beiras (coord.), *Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, Barcelona, págs. 219-254.

+ Gwen Robinson (2002), "Exploring risk management in probation service. Contemporary developments in England and Wales", *Punishment & Society*, Vol. 4, Fasc. 1, págs. 5-25.

+ Nikolas Rose (1999), *Powers of Freedom*, Cambridge University Press, Cambridge.

+ Nikolas Rose (2000), "Government and Control", *The British Journal of Criminology*, Vol. 40, Fasc. 2, págs. 321-339.

+ Gilles Sainati y Ulrich Schalchli (2007), *La décadence sécuritaire*, La Fabrique, Paris.

+ David San Martín Segura (2009), "El riesgo como dispositivo de gobierno en la sociedad de control", en José Ángel Brandariz *et al.* (eds.) (2009), *La Globalización en crisis. Gubernamentalidad, control y política de movimiento*, ULEX/Universidade Invisibel, Málaga, págs. 51-68.

+ Emilio Santoro (2004), *Carcere e società liberale*, Giappichelli, Torino, 2ª ed.

+ Yoav Sapir (2008), "Against Prevention? A Response to Harcourt's *Against Prediction* on Actuarial and Clinical Predictions and the Faults of Incapacitation", *Law & Social Inquiry*, Vol. 33, Fasc. 1, págs. 253-264.

+ Clifford Shearing y Les Johnston (2005), "Justice in the Risk Society", *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, Vol. 38, Fasc. 1, págs. 25-38.

+ David Shichor (1997), "Three Strikes as a Public Policy: The Convergence of the New Penology and the McDonaldization of Punishment", *Crime & Delinquency*, Vol. 43, Fasc. 4, págs. 470-492.

+ Jesús M. Silva Sánchez (2011), *La expansión del Derecho Penal*, Edisofer/BdeF, Madrid/Montevideo/Buenos Aires, 3ª ed.

+ Jonathan Simon (1998), "Managing the Monstrous: Sex Offenders and the New Penology", *Psychology, Public Policy and Law*, Vol. 4, Fasc. 1-2, págs. 452-467.

+ Jonathan Simon (2001), "'Entitlement to cruelty': the end of welfare and the punitive mentality in the United States", en Kevin Stenson y Robert R. Sullivan (eds.), *Crime, Risk and Justice. The politics of crime control in liberal democracies*, Willan, Cullompton, págs. 125-143.

+ Jonathan Simon (2005), "Reversal of Fortune: The Resurgence of Individual Risk Assessment in Criminal Justice", *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 1, págs. 397-421.

+ Jonathan Simon y Malcolm M. Feeley (2003), "The Form and Limits of the New Penology", en Thomas G. Blomberg y Stanley Cohen (eds.), *Punishment and Social Control*, Aldine de Gruyter, New York, 2ª ed., págs. 76-116.



# Acusatorio y punitivismo: la triste historia de nuestras victorias garantistas (Parte 1)

POR MARIANO H. GUTIÉRREZ

## Parte 1

### Punitivismo, humanismo y liberalismo

Comencemos por una profecía apolítica: *“el derecho punitivo ha sido elevado a la categoría de octava maravilla del mundo (...) una lluvia de interpretaciones judiciales que extienden el ámbito de la responsabilidad penal más allá de lo razonable en el caso de tipos abiertos (característico: el delito imprudente, pero también los delitos dolosos de funcionarios). Hemos alcanzado el relajamiento de todos los límites y de todos los controles jurídicos en favor de la persecución y el castigo de los crímenes considerados más graves (derechos humanos, corrupción, terrorismo, drogas) y a una euforia de “lo penal” como “sanalotodo” social que no tiene precedentes (...) La actual situación del sistema punitivo se deja clasificar bajo la noción de neopunitivismo, entendido ello como corriente político-criminal que se caracteriza por la renovada creencia mesiánica de que el poder punitivo puede y debe llegar a todos los rincones de la vida social, hasta el punto de confundir por completo, como se verá más abajo, la protección civil y el amparo constitucional con el derecho penal mismo (...) el derecho penal actual (o “moderno” como suele denominárselo) constituye un nuevo derecho penal, contrailustrado, cuyas características deben ser estudiadas bajo la designación de neopunitivismo, en tanto que el rasgo distintivo de este estilo de derecho penal, que engloba todos sus componentes, es su marcada deshumanización y un recrudecimiento sancionador creciente.”*

Dos curiosidades sobre estas líneas. Fueron escritas, no como respuesta a la inflación penal y la expansión carcelaria, al aumento de las condiciones infrahumanas de detención, sino como respuesta a la discusión sobre la interpretación de ciertas garantías procesales en un juicio seguido a policías por detener ilegalmente -en una razzia, sin haber cometido delito alguno- y torturar a un joven que finalmente murió (el caso Bulacio) y

por casos de militares autores de delitos de lesa humanidad. En efecto, se trata del muy conocido artículo de Daniel Pastor “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos” (2005). Como veremos, no hay un resurgimiento antiilustrado o antihumanista, como supone Pastor, al contrario, los expertos que hoy son las figuras más relevantes en el campo de la política criminal, provienen de la tradición humanista, progresista y crítica del sistema penal, y esto tal vez sea un momento excepcional (pero en el sentido contrario al que él denuncia). Por otro lado, las mismas tendencias expansionistas del sistema penal hoy (que no son justamente las que Pastor denuncia) están inscriptas en el origen del saber penal liberal “ilustrado”, desde Beccaria en adelante (más garantías jurídicas, más humanidad en la pena, pero mucha más extensión y eficacia penal: todas las conductas deben ser vigiladas, todo delito debe ser castigado. Véase por ejemplo, los capítulos que a esto dedica Foucault, 2001), y no, en un movimiento “en contrario”.

En los últimos veinte años hay una tasa creciente de encarcelamiento, pero en el mismo período hubo un progresivo avance en el control judicial sobre las manifestaciones y prácticas del sistema penitenciario: las últimas décadas han mostrado un lento y errático, pero progresivo, avance de la figura de los Jueces de Ejecución por sobre las postestades penitenciarias-correccionalistas. Es decir, no en todas las dimensiones hay una pérdida de la lógica de las garantías, o de un presunto sentido “humanista” o del ideal correccional propio de la época anterior, y un avance de la crueldad y de los rasgos propios de la premodernidad penal. En algunas hay un avance o recuperación de ese discurso experto liberal-humanista, y en otras una relación de tensión. Aún en las instituciones que parecer ir hacia un lugar cada vez más “duro” -como la cárcel o la policía-, hay una complejidad de variables y de interrelaciones entre los actores

de esos procesos que deben ser analizadas para comprender si realmente ese proceso puede ser analizado dentro de un proceso generalizado de “punitivismo” o explicado como un “giro punitivo” de todo el sistema penal. Como diferencia fundamental con el mundo anglosajón, “mientras en nuestro continente se lucha para ajustar el derecho penal y procesal penal a los lineamientos constitucionales y al derecho internacional de los derechos humanos, en países que han ejercido influencia desde hace años en nuestras naciones, se experimenta con sistemas autoritarios”. (Aponte Cardona, 2007, p. 75).

La discusión nos obliga a centrarnos en datos concretos y en pensar en relaciones paradójicas entre el discurso liberal (o humanista o ilustrado, si se prefiere) y el contexto de encarcelamiento desde los años ochenta hasta la actualidad. Es decir, la pregunta para nosotros no debe ser por qué ha decaído el discurso penal liberal, sino cómo puede ser que su resurgimiento coincida con la expansión carcelaria, como ya veremos.

Encontraremos tres fenómenos comprobables que, estudiados en conjunto, nos advierten de diferencias cualitativas importantes tanto con la vulgata generalizada del “neopunitivismo” que antes criticamos, como con las lecturas anglosajonas del problema: 1) Aumento de las tasas de encarcelamiento e inflación legislativa penal, pero como dos fenómenos distintos y que no necesariamente se determinan mutuamente. 2) Desplazamientos en las representaciones, sensibilidades y discursos colectivos sobre el sentido del castigo-como-justicia al castigo-como-seguridad: desde la reivindicación de los derechos humanos contra la represión estatal, hasta la reivindicación de “la gente” contra “los delincuentes”. Dicho de otra manera, la emergencia de un discurso político de *la impunidad*, y luego, uno de *la inseguridad*, dos discursos en principio opuestos que luego se combinan y colusionan. 3) La reconstrucción de un campo “experto” que comienza en los años 80 (principalmente dominado por abogados críticos, demócratas y de izquierda liberal) que se encargará de los problemas de la justicia penal -aunque a través del saber técnico y formalista de la “ciencia” jurídica- cuya preocupación inaugural sobre la reducción del poder penal se verá complementada y desplazada, desde comienzos del siglo XXI, por el

problema de la eficiencia en la persecución penal y criterios economicistas de la eficacia penal. Dos discursos en apariencia también opuestos que, sin embargo, también se combinan y refuerzan.

### La (no tanta) influencia de la ley

Para comenzar a discutir sobre la inflación penal, entendida esta como la producción acelerada de legislación penal y procesal penal, y sus posibles efectos, debemos comenzar a distinguir distintas clases de leyes y tipos penales represivos, según su objetivo y aplicación político criminal. Hay leyes penales que sólo son sancionadas para cumplir una amenaza general ante el incumplimiento de una ley específica, por ejemplo, las cláusulas penales de una ley que regulan una cuestión administrativa, que escasamente se apliquen a la hora de llegar a un juzgado penal, salvo que exista un querellante muy activo e interesado. Otras leyes están dictadas para aplicarse, pero no cotidianamente, sino sólo en casos excepcionales, por ejemplo en casos en que políticamente una autoridad lo “necesite” (como la ley antiterrorista, o las penas a la sedición), como un reaseguro que sólo entrará en acción en casos muy puntuales, y muy ligadas a una coyuntura política. Otro tipo de leyes penales sirve para que dos partes en pugna refuercen el enfrentamiento jurídico o puedan conseguir soluciones más fuertes, más eficaces o más rápidas en una materia que en principio debería ser de otro fuero -principalmente civil- pero que no están destinadas a producir ni condenas ni encarcelamientos, si no a forzar una decisión en un conflicto (por ejemplo, los tipos penales de impedir el contacto de un niño con el otro padre, o de no pasar alimentos al padre que tiene la guarda, los tipos de calumnias o injurias, y muchos de defraudación). La suspensión del juicio a prueba abre esta función en muchos casos de delitos en que la disputa entre dos partes es más importante que la voluntad persecutoria del estado, y el conflicto puede resolverse mejor mediante algún tipo de compensación material o simbólica. Esta otra función del proceso penal funciona como una vía civil paralela, agravada o expedita. Finalmente hay muchos tipos penales que si generan procesos penales, con voluntad persecutoria, y que sí generan condenas, pero inciden poco en el encarcelamiento, por la levedad de los delitos (por ejemplo, lesiones culposas y, en general, homicidios culposos).

Así, hay una amplia gama de funciones que se requieren al sistema penal que tienen que ver con representar una amenaza general hasta gestionar conflictos entre partes, que no se derivan necesariamente en encarcelamiento. Y aunque nos olvidemos de estas funciones, cuantitativamente los casos en las que se aplican, no son en absoluto despreciables. Es decir, de la mera productividad legislativa no puede adivinarse el mayor encarcelamiento. El sistema penal, a través del tiempo, también puede experimentar desplazamientos y refuerzos entre estas otras lógicas y de estas funciones. Por ejemplo, que en un determinado momento histórico la función de resolver un conflicto privado adquiera, en términos relativos, mayor importancia que en épocas anteriores (típicamente, lo ocurre en las disputas alimentarias y de visitas entre padres separados). Podríamos cuestionarnos si a medida que las partes adquieren más relevancia y poder en la arquitectura procesal penal, aumenta el uso y la importancia de las funciones “paraciviles” que se le da al sistema penal. O si en casos de conflictos particulares se acude o se demanda más la intervención del sistema penal, sea por acción de las partes, sea por acción legislativa; porque está en crisis la justicia civil, por su lentitud, ineficiencia, etc.

Las distintas funciones de la intervención penal (como amenaza simbólica generalizada, la de *resolver* el conflicto entre partes y la función simbólica del castigo), se mezclan y a veces se potencian. Ignorar esta multiplicidad de funciones para suponer sin más que la creciente legislación penal represiva produce directamente privación de libertad, es, cuando menos, errado. Es cierto que, al menos desde los años 80 y hasta la fecha, la producción de normas penales registra una tendencia creciente. (1) Es decir que pareciera que sí, que cada vez se dictan más modificaciones a la

(1) En una investigación publicada en 2011 (“Trazos para delinear el populismo punitivo en el caso argentino”), y estableciendo un cierto filtro de relevancia mínima, encontramos desde 1983 hasta el 2011 un total de 106 modificaciones o complementos legislativos. Doce de estas reformas legislativas de las que han quedado registradas corresponden al período 1983-1989, por lo que la frecuencia de modificación legislativa fue de 2 por año. Y luego de él (desde 1990 hasta hoy) va aumentando entre 3,8 (1990) y 6,6 (2009) indicando una tendencia creciente, con alguna fluctuación.

ley penal. Sin embargo, no todas estas reformas legales han sido en dirección represiva.

Primero, siguiendo las advertencias anteriores, debemos identificar al menos tres categorías de estas reformas legislativas: 1) aquellas que operan apenas como amenaza simbólica: de prácticamente nula injerencia en el comportamiento del sistema penal; 2) aquellas que derivan el conflicto al sistema penal y provocan su intervención, en forma de condenas o no, pero que aún en el caso de resultar en condenas no provocan condenas de prisión estadísticamente relevantes (lesiones leves, hechos culposos, violencia intrafamiliar, etc.); 3) Finalmente, aquellas que provocan la intervención del sistema penal y esto puede traducirse en alguna medida en prisionización medible en términos estadísticos.

Durante el menemismo comenzó la nueva retórica bélica contra el delito y también emergió el concepto de “inseguridad”, sin embargo, en 1994 se introdujo la suspensión del juicio a prueba -ley 24.316-, la famosa “ley 2x1” -24.390- que establece el plazo razonable de dos años para la prisión preventiva, y la reforma constitucional, que dio nuevos bríos a los argumentos garantistas y reduccionistas. Salvo las mencionadas, las leyes durante la presidencia Carlos Menem son casi todas agravantes, pero de mera amenaza, de poca aplicación efectiva o de derivación de conflictos al Poder Judicial penal. (2)

(2) Sólo a modo de ejemplo, en los primeros 5 años se sancionaron leyes penales sobre: delitos ambientales, fraude con facturas conformadas, régimen penal y contractual deportivo, trasplante de órganos y tejidos, delitos contra la integración de fondos al sistema de jubilaciones y pensiones, impedimento de contacto con el padre no conviviente, abandono de personas y omisión de auxilio; crea nuevas figuras delictivas en lo atinente a delitos contra el estado civil; establece la pena para la sustracción, retención y ocultación de menores; amplía delitos de falsificación; sobre protección contra la violencia familiar, defraudaciones en la financiación de la vivienda y la construcción, régimen referido al pago con cheques sin provisión de fondos, violación de secretos y las multas por delitos contra la libertad de trabajo y asociación, usurpación, violación de patentes, transferencia de arma de fuego sin poseer la condición de legítimo usuario, usurpación de títulos u honores, delitos cometidos por empleadores autoasegurados y ART; e infracción a la ley de alcoholes. Una investigación detallada al respecto se encuentra en curso, coordinada por quien suscribe, en el Programa de Estudios de Control Social del Instituto de Investigaciones Gino Germani.

Pero, a pesar de que la ley y las funciones secundarias que se demandan al sistema penal puedan cambiar, tanto hace veinte, como hace diez años, como en la actualidad, los porcentajes de los encarcelados por delito son más o menos estables, y casi en su totalidad se reparten entre pocos tipos de conductas/tipificaciones. El robo y el hurto siempre están presentes en las causas de entre el 50% y el 60% de las menciones en las causas de los encarcelados. El homicidio está presente entre el 10 y el 15% de las causas de los encarcelados (y entre un 2% y 3% de tentativas de homicidio). Los otros delitos contra las personas juntos (incluidos homicidios culposos y lesiones), están presentes en el 10% de las causas. Los delitos contra la integridad sexual suman un 8 a 9% de menciones. Mismo porcentaje que los delitos relacionados con estupefacientes. (SNEEP, 2001, 2012). Una suba en la escala penal de estos delitos sí puede provocar subas visibles en el encarcelamiento general. La creación de un tipo penal para el padre egoísta con su hijo (delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar, ley 13.944) difícilmente tenga que ver con el aumento de la tasa de encarcelamiento, aunque probablemente ayude a varias madres a presionar a varios padres (con justicia o no, es otra cuestión).

Pero aun relevando modificaciones en los tipos penales que generan encarcelamiento, muchos otros factores también deberían investigarse para entender el aumento de la tasa de encarcelamiento en un contexto determinado. Factores, con nuestras herramientas estadísticas, casi inabordable: cambios en el comportamiento delictivo (más conductas, más reprochables, o más visibles); cambios en las fuerzas de seguridad (más cantidad, o más dotadas, o con un enfoque más duro en ciertos casos); cambios en la política de persecución policial y judicial de delitos (campana de persecución al robo de automóviles, por ejemplo); cambios el criterio judicial (sobre los criterios evaluadores de la gravedad del hecho). Y a su vez, todos estos cambios posibles, pueden estar acompañados de un cambio en el clima político-cultural, con la relación de las fuerzas de seguridad, relaciones entre las distintas agencias penales con prensa y la opinión pública, etc. Se pueden encontrar correlaciones temporales entre el aumento de tiempo de condenas y otras

variables. La explicación, sin embargo, de esa correlación, es materia más compleja.

A nivel penitenciario, podemos observar que desde el inicio de la democracia viene aumentando la tasa de prisionización, con una curva más acentuada entre los años 1998 a 2004, y estabilizándose del 2004 en adelante. En consonancia con la mayor parte del continente (véase Carranza, 2011).

Pero también debemos tomar en cuenta que desde el año 1991 hasta el año 2002 se ha registrado un aumento constante de los delitos conocidos oficialmente. Y esta curva se da de forma similar en casi toda la región latinoamericana. Un argumento contra la idea de la existencia del “giro punitivo” bien podría ser que simplemente han aumentado los presos porque ha aumentado el delito registrado oficialmente, sea porque está más dura la calle, sea porque se persigue más. Así, un aumento del delito registrado y conocido oficialmente tendería a provocar un aumento en el número de detenidos y de condenados.

Sin embargo estos datos también pueden llevar a engaño. Como se sabe, todos los otros delitos tienen una cifra negra fluctuante en la que pueden intervenir varios factores (la confianza en la policía, la especial sensibilidad del público a un cierto tipo de delitos en un determinado período, la necesidad o no de hacer la denuncia, frente a la incomodidad de hacerla, la decisión de dirigir a las agencias policiales contra un cierto tipo de delitos, el carácter manufacturado de las estadísticas que se presta a manipulaciones, etc., él único delito más o menos fiable para hacer comparaciones a lo largo del tiempo es el homicidio, porque es el que registra menos variabilidad en la recolección de datos ya no sobre conductas tipificadas como delictivas, sino sobre violencia interpersonal (y aún así es problemático, véase Sozzo, 2002; Mouzo, 2005).

El homicidio doloso permite hacer algunas comparaciones entre un posible aumento de la violencia interpersonal (cuestión directamente relacionada con la de la “inseguridad” tal como se presenta en los discursos mediáticos y legislativos) y la tasa de encarcelamiento. Según las estadísticas oficiales, el homicidio doloso no creció sino que se mantuvo levemente fluctuante. Las tasas de

condenas por homicidios dolosos denunciados o conocidos oficialmente es la más alta, rondando establemente el 48% o levemente menos durante todo el período (SNIC, 2001, 2008). En síntesis, a pesar de que la tasa de condena por homicidio se mantuvo constante y los homicidios no crecieron significativamente, sin embargo la tasa de encarcelamiento sí. (3)

Por otro lado, frente al incremento de denuncias y actuaciones policiales (y por tanto, de “causas” penales) ha bajado entre 1990 y 2004 su tasa de condenas, pero ha subido la de presos (SNIC 2004), lo que implica necesariamente más presos sin condena o que los nuevos presos se superponen con los más viejos, es decir, condenas a prisión más largas (como afirmaba el CELS, 2008).

En definitiva, la tasa de violencia letal interpersonal es estable, pero el sistema legislativo se encuentra en aceleración constante de la inflación penal. El sistema policial produce mayores cifras de criminalidad, pero esto no nos dice mucho de por sí sobre el delito. El sistema judicial penal ha bajado su tasa de condenas, pero aumentado el encarcelamiento. La población penal sí ha au-

(3) Esto sí puede ser interpretado como una prueba de que el sistema penal se ha “endurecido”, en el sentido de que la sociedad no se ha vuelto más conflictiva a nivel de enfrentamientos mortales (a nivel de los “crímenes”), sino menos o igual. En cambio el sistema penal sí se ha expandido en su faz penitenciaria. Su crecimiento desde 1990 no se condice con la tasa más o menos estable (y baja) de violencia interpersonal letal (homicidios registrados). Por otro lado, según el CELS para argumentar que las reformas legales represivas han tenido un efecto en el producto de la justicia penal: “Las estadísticas judiciales muestran que en los últimos años aumentó el número de condenas penales por mayor tiempo y que éstas son cada vez más de cumplimiento efectivo y menos de ejecución condicional. En 1998, se registraron 4.311 sentencias condenatorias en la provincia, mientras que en 2006 fueron 13.249. En estas sentencias, es cada vez mayor la proporción de condenas a prisión o reclusión por más de cinco años, que pasaron del 10,6% en 1998 al 18,1% en 2006. Como contrapartida, las sentencias a prisión o reclusión por menos tiempo (hasta tres años) se redujeron del 80% al 62,2% en el mismo período. Adicionalmente, las sentencias son, cada vez en mayor proporción, condenas de cumplimiento efectivo: en 1998 era el 40,2% del total de las condenas, mientras que en 2006 llegó al 63,4%.” (CELS, 2008, Cap. III, con datos de SNIC, 2006, y del SNEEP, 2006).

mentado, en su porcentaje, desde los años ochenta hasta la actualidad, pero sobre todo desde fines de la década del noventa.

Lo paradójico para las tomas de posición política en nuestra materia es que no podemos encontrar una correlación ideológica entre el discurso manifiesto de un gobierno y sus efectos en la legislación. Como hemos dicho, desde mediados de los años noventa, con la emergencia del discurso sobre la inseguridad y la promesa de mano dura, se acelera el dictado de leyes punitivas respecto del período que va desde los años 80 hasta el comienzo de los 90, y en general con dirección represiva, pero casi todas ellas de mínima incidencia a los efectos de la prisión.

Por otro lado, en la primera presidencia de Kirchner, régimen que hizo mucho hincapié en rescatar a nivel discursivo la vigencia de los derechos humanos (4), se producen en el año 2004 las reformas punitivas más relevantes a los efectos de prisionización: restringiendo la libertad condicional, agravando los delitos contra la integridad sexual y elevando el máximo de la pena por concurso de delitos (varios delitos evaluados en el mismo juicio) a 50 años (cuando la interpretación jurisprudencial de la ley anterior lo había establecido en 25 años). Todas estas reformas sin embargo, fueron provocadas o posibilitadas por el “efecto Blumberg”, capitalizado principalmente por sectores de derecha y opuestos al gobierno

(4) Y aunque a nivel de políticas criminales se ha mostrado algo ambigüo, los niveles directivos del Poder Ejecutivo y los niveles medios profesionales han sido predominantemente ocupados por profesionales progresistas y/o militantes populares con una orientación más bien garantista o antirrepresiva. Así, no sólo gran parte del Ministerio de Justicia (donde permanecen también muchas áreas a manos de conservadores), sino también a nivel del Ministerio de Educación (que ha avanzado con solidez desde el año 2006 en intervenir en la cuestión educativa en cárceles y contextos de encierro en general, formando profesionales, disputando la función educativa a los servicios penitenciarios, etc.), o del Ministerio de Desarrollo Social (trabajando junto con UNICEF en el ordenar y observar la normativa penal juvenil de todo el país, también formando profesionales, articulando y apoyado reformas a favor de la protección integral y por la derogación de los regímenes tutelares, etc.).

(nos remitimos al análisis de Calzado y Van den Dooren, 2009). (5) (6)

Como sea, hasta ahora parece que no podemos afirmar una correlación entre oleadas punitivas en gobiernos conservadores y estabilidad penal o leyes reductivas de la represión en gobiernos progresistas. (7)

(5) La conmoción pública por el secuestro y muerte de Axel Blumberg fue intentada capitalizar por distintas fuerzas políticas, incluido el gobierno. Finalmente, Juan Carlos Blumberg, padre del joven muerto y líder del movimiento de reacción, optó por rodearse de políticos ultraconservadores de la oposición y aliarse con los ideólogos con orientación claramente represiva sobre el sistema penal. El magnífico caudal de apoyo popular que logró se volcó en presión sobre el Congreso, quien finalmente aprobó las leyes ideadas (o rescatadas del olvido) por estos, también con aquiescencia o apoyo de muchos legisladores oficialistas, quienes cedieron ante la presión pública y mediática (o quisieron participar de la legitimidad social conseguida por el movimiento).

(6) Tanto en el caso de la reforma constitucional de 1994 como en el de la oleada represiva de 2004, la corriente garantista o punitivista parecía ir en contra de la dirección ideológica elegida en sus presentaciones públicas los gobiernos de turno, que además, mantenían el control partidario sobre el Congreso, la fábrica de leyes. Pero ocurre que tampoco hay épocas o años que podamos llamar simplemente “punitivos”. A fines del mismo año en que se dio la oleada represiva post-Blumberg, se aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes (Ley 25.923), el instrumento jurídico de mayor fuerza para controlar el uso de la fuerza por parte de la policía y el servicio penitenciario (aunque su aplicación efectiva sigue siendo una deuda). Y al año siguiente se sanciona la ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (Ley 26.061), que si bien no está directamente dirigida al sistema penal de adultos modifica o afecta la interpretación de muchos institutos del régimen penal juvenil, a favor de la protección de las garantías de los menores de edad, y ha servido como base para apoyar o provocar reformas legislativas en la mitad de las provincias del país con la misma orientación (véase SENNAF, 2008), hasta ahora en un sentido que se entiende más garantista que la ley anterior (y en un sentido inverso a muchos de los reclamos posteriores al de Blumberg). Sin contar las “reformas Blumberg”, el período de gobierno de Kirchner hubiera tenido una cantidad de reformas penales similar a la de los períodos precedentes.

(7) Por otro lado, hay varias leyes en los últimos dos períodos presidenciales que aunque resultan represivas en cuanto a su naturaleza penal, tienen una orientación “progresista” respecto de sus fundamentos o los actores que las promovieron, como la sanción de tipos penales específicos contra la trata de personas en 2009, pedido por varias organizaciones sociales y de género; o la de extracción compulsiva de ADN también de 2009, requerida especialmente por organizaciones de derechos humanos para

Sin embargo, la inflación penal, la inestabilidad de la legislación penal, la heterogeneidad de contenidos y mensajes políticos presentes en las leyes, y la permeabilidad del comportamiento legislativo-penal a las presiones “del público” (que detallaremos a continuación) atrás de muchas de estas reformas se tratan de fenómenos sostenidos que aparecen a partir de 1989/1990 (Gutiérrez, 2006; Calzado y Van den Dooren, 2009) (8), a diferencia de los años 80, en los que la materia era dominada por actores “expertos” con orientación reduccionista o de control del poder punitivo (Sozzo, 2011).

El auge de reclamos de castigo en nuestro país y su presión legislativa tienen más que ver con el reclamo de una lógica de “protección simbólica” (de la ley en general y del castigo en concreto, a favor de la víctima y los grupos reclamantes) y su recepción en (o *uso por*) las estructuras políticas (Gutiérrez, 2006, 2007; Calzado y Van den Dooren, 2009; Galar, 2011), que con la vuelta de los castigos premodernos ostensiblemente crueles o su exhibición pública (tal como indican sobre

facilitar la identificación de hijos de desaparecidos. Que el gobierno sea de izquierda o progresista en su discurso de los derechos humanos, no quiere decir que no eche mano, en una determinada dirección, de la herramienta represiva, aunque sea de la amenaza penal.

(8) En ambos casos, no podemos decir que en el Congreso haya habido una ideología dominante (garantista/minimalista, o represiva/punitiva) que se manifestara coherentemente en su producción legislativa, más allá de las manifestaciones públicas de sus cabezas visibles. Incluso los mismos legisladores pueden mostrarse con un discurso hiperrepresivo en el debate de una ley, y con discursos progresistas o minimalistas pocos meses después (o a la inversa). Esto se explica porque la ley penal, de alto valor simbólico, es usada como carta de cambio y negociación con la oposición en distintas coyunturas políticas o porque el gobierno hecha mano de la amenaza penal simbólica para “dar un mensaje” en un sentido u otro. En otros casos, habiendo una fuerte presión mediática y repercusión social, representantes de un gobierno progresista pueden tratar de capitalizar el apoyo público mostrándose “duros con el delito”, o un gobierno conservador tomar una iniciativa con resultados antirrepresivos porque presupuestariamente es necesaria (por ejemplo descomprimiendo la superpoblación carcelaria), porque permite ordenar el comportamiento del Poder Judicial penal, o descomprimir la presión de trabajo judicial-penitenciaria (así las reformas de 1994 para la probation, o el 2x1), apoyadas en un discurso de racionalidad técnica y buena administración. Esto hace que la legislación penal “populista” sea un fenómeno transversal: los actores de distintos partidos enfrentados suelen asociarse en su sanción.

el mundo anglosajón los autores que hablan de “punitivismo”, y como parece sugerir, por ejemplo, Pastor, al utilizar este vocabulario).

Finalmente, tomando en cuenta la estabilidad del perfil delictivo perseguido efectivamente, la profusión de leyes penales simbólicas y de derivación de conflictos que no producen prisionización, debemos pasar al reverso de la pregunta y preguntarnos si gran parte de la prisionización que pueda producir la inflación legislativa, no lo es, en realidad, por la inflación legislativa procesal.

Un caso paradigmático y central en el porcentaje de encarcelados del país es la Provincia de Buenos Aires. Dictó su nuevo Código Procesal en 1998 (Ley 11.922). Desde entonces ha sido modificado por más de treinta leyes. Las primeras modificaciones fuertes las introdujo el Gobernador Carlos Ruckauf, fiel exponente de un discurso demagógico y belicista sobre la guerra al delito, a partir del año 2000. Gran parte de estas modificaciones, fueron de tendencia represiva, por ejemplo limitando las posibilidades de las medidas alternativas a la prisión preventiva, o negando imperativamente la excarcelación en determinadas imputaciones (modificación que, sin embargo se ha vuelto cíclica y que reaparece en la propuesta legislativa con periodicidad en los gobiernos posteriores). Otras, más recientes, de tendencia “eficientista”, aceleran los tiempos procesales, introduciendo, por ejemplo, una vía rápida y expeditiva de proceso para los casos de flagrancia (ley 13.943). Muchos códigos procesales desde los años noventa hasta la fecha han recibido numerosas reformas, pero el caso de la Provincia de Buenos Aires es llamativo (un promedio de dos modificaciones por años), comparado, por ejemplo, el Código Procesal Penal de la Nación, desde su sanción en el año 1991, recibió aproximadamente “apenas” veinte reformas. Es que, como veremos, en los códigos reformados, la demanda incesante de los actores expertos por seguir “acusatorizando” los procesos nunca cesa. Más bien comienza con la primera reforma, y luego sumerge a los sistemas normativos en la inestabilidad permanente entre contrarreformas (adjudicadas a otros) y reformas de “profundización” (propias), que curiosamente terminan por coexistir y coincidir en sus resultados, aunque parezcan opuestas en sus presentaciones jurídicas.

La inestabilidad normativa constante de los sistemas procesales reformados tampoco nos explica el aumento de la tasa de encarcelamiento si no analizamos cómo fue aplicado, y la posible influencia de otros factores (la recepción jurisprudencial de las reformas en cada sistema, el cambio en el perfil de los magistrados que se gestó desde 2001, por ejemplo, en la Provincia de Buenos Aires, los intentos de cambio, intervención y ampliación de la policía -y de su labor persecutoria-, y los aumentos de la tasa de delitos registrados). El dato, sin embargo, nos habla de de la poca estabilidad legal, la flexibilidad que adquiere en estas épocas y en algunos casos, el instrumento normativo judicial, en contraste con los “viejos” sistemas procesales que no intentaron una reforma de paradigma definitiva hacia el acusatorio. Y sobre este fenómeno se pueden arrojar muchas hipótesis, que merecen otro tratamiento. Aun así, el dato nos sirve para contextualizar las intenciones del legislador, y entender un cierto “clima” institucional o gubernamental de hiperactividad, conflictos, propuestas y múltiples intervenciones a gran escala, a media y a pequeña escala, que desde al año 2000 gobierna la cuestión procesal y judicial penal en la Provincia de Buenos Aires, y que va a ser característico de muchos de estos sistemas “reformados”. (9)

#### **La anti-impunidad: por los derechos humanos o contra ellos**

No es cierto tampoco, que el punitivismo, la demanda social represiva y su uso político, sea una característica exclusiva de nuestro tiempo. Así lo advierte Matthews (Op. cit.) sobre el contexto anglosajón, y basta con bucear un poco en la historia para encontrarla presente en varias coyunturas históricas (por ejemplo, véase Caimari, 2007). Sin embargo, en el caso argentino, numerosos análisis coinciden en que la cuestión de la “seguridad/ inseguridad” como forma de conceptualizar la victimización frente al delito callejero comenzó a posicionarse en la disputa electoral y en el centro de los discursos políticos a mediados de los años

(9) Y entre otras cosas, esta inestabilidad probablemente esté relacionada con la inestabilidad política de los magistrados, en tanto han sido puestos en la escena política en distintas coyunturas de “crisis de la seguridad” como forma de desplazar a ellos la demanda pública por seguridad (DPLF-CELS, 2012, “Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú”).

noventa, coincidiendo además, en este y en otros contextos, con el desembarco finalmente exitoso del neoliberalismo (Ranguigni, 2010; Martínez, 2010; Sozzo, 2007).

Por otro lado, en paralelo, el uso del binomio conceptual impunidad/antiimpunidad en nuestro contexto tiene su origen en un uso muy preciso y muy distinto al actual: la lucha de las Madres y Abuelas de Plaza de Mayo contra la impunidad de los actores del régimen militar, de gran visibilidad y convocatoria en los años 80. El sentido que en ese discurso asume el castigo radica, principalmente en su función simbólica colectiva, y de allí, en una función política: el castigo de los represores y genocidas implica la aplicación de una etiqueta moralmente degradatoria homologada por el sello oficial, no sólo a los individuos, sino a lo que ellos representan: al sector social que representan, a la ideología política que representan, a su plan político de exterminio, etc. A la inversa, representan la reivindicación de la entidad, identidad y existencia de los muertos y, sobre todo, de los desaparecidos: son la reconstrucción simbólica del cuerpo ausente del desaparecido. (10) Luego de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, la necesidad de degradar el mensaje, el proyecto y el significado de la dictadura militar, y por tanto de reivindicar y reconstruir la subjetividad política opuesta, se expresará en otros casos, ya propios de la época democrática. Por ejemplo, en la “masacre de Ingeniero Budge” del año 1987, que analiza con detalle Gingold (1997), el movimiento barrial al que da lugar la masacre y que se manifiesta como un reclamo contra la complicidad de los Tribunales en el caso hay una búsqueda de los sectores empobrecidos y sometidos de construir visibilidad, de lograr reconocimiento de ciudadanía, subjetividad política y jurídica, una afirmación de entidad.

En esta época el discurso “antiimpunidad”, asociado a la presión comunitaria tienen un sentido decididamente democrático y de protección de derechos humanos en contra de una estructura burocrática estatal con prácticas oscuras, clasista y autoritaria. La “justicia” (punitiva) entonces, era defendida y reclamada en un sentido político muy específico, como la condición de la democracia y

(10) Sobre cómo la degradación simbólica del otro mediante el castigo es un mecanismo social de reivindicación propia: Gutiérrez, 2006.

los derechos humanos, representaba la oposición a la dictadura militar pero también, indirectamente, a los actores sociales identificados con ella, a la policía cómplice, a la oligarquía, a la cultura autoritaria, etc.

Durante los noventa, se acentúa el discurso que denuncia *la impunidad* como un privilegio del poder (es decir, sigue presentándose como un reclamo de abajo hacia arriba, del sometido contra el privilegiado), pero a la vez comienza a coincidir en la escena pública con el del reclamo por “seguridad”, que se dirige a la victimización delictiva callejera y violenta. Un bombardeo mediático alterna el discurso contra “la impunidad del poder” con la creciente alarma frente al delito. Los protagonistas del reclamo penal en los años 90 son movimientos de víctimas que se caracterizan como *víctimas del poder*, e incluían a víctimas de gatillo fácil y a víctimas de “hijos del poder”. (11) Las víctimas simbolizaban los buenos valores de la gente humilde y honesta, “laburantes” victimizados por las redes oscuras del poder y los privilegios. El discurso antiimpunidad “contra el poder” se extiende políticamente: contra mismo grupo gobernante de la época menemista y al giro cultural que motoriza y representa: el exitismo, el individualismo, la “apolítica”, la tecnocracia, la antisolidaridad, la competencia feroz, la destrucción del estado paternalista, de la cultura del trabajo, de los relatos de vida arraigados en certezas institucionales y laborales, etc. Aquí el uso de la palabra impunidad como denuncia, y la “antiimpunidad” como programa, tenía también un sentido muy específico, un contenido político muy claro.

Sobre el cambio de siglo, dejan de tener tanta relevancia pública este tipo de reclamos, y aparecen cada vez con mayor impacto público otros, que, al comienzo emparentándose con ellos, y tomando préstamos de su lenguaje y de su estrategia comienzan a combinar los reclamos de los años anteriores por *justicia* (antiimpunidad) con el de *seguridad* (contra el delito). Estos movimientos *convierten la lucha contra la impuni-*

(11) María Soledad Morales (1990) y José Luis Cabezas (1997), pero entre ellos también están Walter Bulacio (1991), Miguel Bru (1993); Sebastián Cabello (en este caso el nombre es el del autor, no el de la víctima: 1999); Mariano Witis (2000) y ya sobre el final del proceso, Natalia Melmann (2001), pero entre ellos muchos más.

dad en una lucha por seguridad, y desdibujan el antagonista colectivo en el delincuente común, y con él, primero a la “clase política”, luego a los jueces acusados de “garantistas”, suponiéndolos cómplices de la delincuencia. El cántico de “Justicia”, en las manifestaciones públicas, se mezcla y luego deja su lugar al de “Seguridad”. (12) Los más característicos de este desplazamiento son el caso Blumberg y el movimiento de las Madres del Dolor. En los primeros años del siglo XXI vemos desaparecer paulatinamente de la atención pública y a convocar cada vez menos apoyos los casos de “víctimas de poder” y del gatillo fácil (que, por supuesto, siguieron ocurriendo) y emerger con mayor peso político los casos de “víctimas de la inseguridad” y con él la extendida presencia de la promesa de la “seguridad” entre los actores de la política profesional. (13)

Ambos movimientos suponen ser un reclamo antiimpunidad, y muchas veces esto logra ciertos préstamos de legitimidad lingüística de unos a otros, sin embargo su contenido, su orientación ideológica y lo que reclaman de la policía y la justicia es totalmente distinto, incluso a veces, lo contrario. El movimiento antiimpunidad de las víctimas del poder reclamaba sobre la policía

(12) Sobre la continuidad y los desplazamientos ideológicos y discursivos entre los casos de “víctimas del poder” y “víctimas de la inseguridad”, Gutiérrez, 2011.

(13) En la primera década de este siglo en que la “inseguridad” comienza a ser la principal razón esgrimida en varios debates legislativos de reformas penales importantes, dejando en un segundo plano otros tipos de razonamientos. A mediados del año 2001 la “inseguridad” se instaló en la agenda mediática y política, las noticias y opiniones en la televisión arreciaban contra la llamada ley del 2x1 (24.390), afirmando que la ola delictiva obedecía a condenados o procesados que habían salido en libertad prematuramente. Así, en mayo de ese año (por ley 25.430) se deroga ese sistema (originalmente pensado para presionar a los jueces a ser más expeditivos). En agosto de 2002 se sanciona un aumento general de las penas de todos los delitos con armas (ley 25.297), invocando a la inseguridad. El 5 de abril del año 2002, en pleno colapso institucional del país, fue muerto en un robo el custodio personal del canciller Carlos Ruckauf (justamente aquel que había llegado a la gobernación de la Provincia de Buenos Aires en 1999 con la promesa de “meter bala a los delincuentes”, y se rodeó de los policías más cuestionados y los asesores más represivos en la cuestión), y en respuesta los legisladores agravaron con prisión perpetua el homicidio de personal de fuerzas de seguridad, retomando el problema de los reincidentes como forma de justificar la necesidad de aplicar la pena perpetua (ley 25.601).

más control, sobre los jueces la aceptación de que hay un contenido político en cada sentencia, y que ese contenido político debe revisarse para no dejar desprotegido a los menos poderosos, y para no encubrir a los poderosos. El movimiento antiimpunidad del siglo XXI desdibuja su politicidad, la oculta, el tanto se dice “apolítico”, se afirma como un reclamo moral universal. Todo victimario es el enemigo, pero a la hora de definirlo y de reaccionar, el victimario termina por constituirse siempre, en el delincuente común (el “pibe chorro” en sus distintas reconstrucciones: motochorro, menores asesinos, paqueros, “robarruedas”, etc.). Constituido el delincuente común como el antagonista del reclamo antiimpunidad, y el causante de la inseguridad, el reclamante se posiciona como representante de una clase sana y buena “laborante” y siempre honesta, siempre víctima y nunca victimaria, que reclama más fuerza para la policía (14) y a los jueces más dureza en sus condenas por delitos comunes.

El cambio de siglo, es, como veremos, el mismo período en que ya hay un campo experto bien constituido sobre las políticas criminales, que se gestó en los años ochenta con pretensiones democráticas y de “derechos humanos”, y cuyos representantes hoy ocupan posiciones reconocidas y han creado escuela. Sin embargo, los debates parlamentarios de las leyes más relevantes (por sus efectos) del período, nos revela una muy notoria permeabilidad de la lógica legislativa a los hechos coyunturales y a las campañas de alarma (no importa si tienen su origen en una reacción popular espontánea o mediática), y la reproducción de impresiones de sentido común o de verdades mediáticas presentadas como “datos” científicos son un comportamiento legislativo constatable en este período de inflación penal, incluso ya antes del fenómeno Blumberg en el año 2004 (véase, por ejemplo Gutiérrez, 2006, 2009; Calzado y Van den Dooren, 2009).

(14) Aunque en algunos discursos sí hay una crítica a las fuerzas policiales, por inacción o por complicidad con la delincuencia, tratamos de definir aquí, no las declamaciones originales de sus protagonistas (por ejemplo, Juan Carlos Blumberg), sino como son reconstituidos esos discursos desde la política, cómo son traducidos desde el discurso mediático y la acción de gobierno, en qué se transforman una vez que se constituyen en representantes de una demanda colectiva más amplia.

Una porción central de ese campo de expertos en el siglo XXI, de origen garantista, buscará influenciar sobre la política criminal. Para ello, terminará por aceptar el avasallante impulso de los reclamos antiimpunidad, tal como se manifiestan en cada período, y los terminará aceptando como propios, sin advertir (al menos explícitamente) que con ellos compra también el discurso de la seguridad/inseguridad y todas sus concepciones implícitas.

Como veremos, los promotores de reformas “expertos” se sumarán a las voces que dirán que, en efecto *la impunidad es inseguridad*, y la inseguridad es un problema, y aportarán su saber para prometer un sistema penal más eficiente, que persiga mejor y a menos costo, como la solución a ese problema.

### Los revolucionarios y los vendedores de guillotinas

Como adelantamos, en el caso argentino, y conectado íntimamente con él, en la región latinoamericana en general, desde los años ochenta hemos vivido no la caída del discurso experto, sino, al contrario, su refundación. Esta refundación en el plano estrictamente jurídico tuvo tres temas centrales y un apoyo ideológico “extrajurídico” de la mano de la criminología crítica, emparentada con la sociología y el pensamiento político democrático o de izquierda. Los tres temas jurídicos colocados en el centro de las intervenciones académicas, que aún hoy persisten son:

1) Una dogmática penal que se suponía, debía renovar y entraba en colisión con las tradiciones anteriores, tildadas de causalistas. Nueva dogmática que se presentaba como más garantista por respetar en principio de “ontología de la acción” en tanto la anterior lo violentaba. En el centro de la escena de esta discusión académica, E. R. Zaffaroni. Si quisiésemos nombrar a sus continuadores, la lista sería demasiado extensa de reproducir, pero hoy encontramos numerosos titulares de cátedra en Buenos Aires y en todo el país (A. Alagia, A. Slokar, B. Sal Lluagués, L. Niño).

2) Un sistema procesal modelo, aplicable a todos los países de la región, basado en la estructura y lógica acusatoria o adversarial, que suponía ser más democrático y más respetuoso de los derechos humanos, y particularmente, romper con

los vínculos entre la norma procesal y el uso de la violencia policial, que, se presentaba como una característica del modelo inquisitivo. En el centro de la escena, y en el centro de toda la red de los reformista, J.B. Maier (y luego, como continuadores, en gran parte Alberto Binder, Alberto Bovino, entre muchos otros). Pero también en torno al mismo tema, E. Hendler, sólo por mencionar caprichosamente algunos.

3) Un sistema de protección integral de la niñez y la juventud, que implicaba desterrar el viejo régimen peligrorista de “menores” y en su fase sancionatoria reemplazarlo por un sistema penal juvenil, que también, suponía ser más justo y garantista. En el centro de esta campaña, casi como su fundador, Emilio García Méndez. Una joven continuadora de su pensamiento, por ejemplo, Mary Beloff.

En el espacio de la criminología crítica, los años ochenta ven un joven pero ya afamado e influyente E.R. Zaffaroni comenzar a participar de él, y llevar su influencia a sus propuestas jurídicas. Por otro lado, regresa del exilio un abogado de presos políticos, reconvertido en sociólogo crítico que pronto es nombrado titular de la carrera de sociología, Juan S. Pegoraro. Y paulatinamente Roberto Bergalli comienza a convertirse en el centro de un foco generador de criminólogos argentinos, desde la Universidad de Barcelona, donde se formarán decenas de penalistas y criminólogos críticos argentinos. Todos ellos formaban parte de una red que se reconocía a sí misma, como parte de un mismo grupo, junto con otros actores fundadores de la criminología crítica latinoamericana, como Lolita Aniyar de Castro. Todos ellos introdujeron y provocaron una fluente influencia en el campo jurídico de autores como Alessandro Baratta, o los abolicionistas Louk Hulsman y Nils Christie. (15)

En definitiva, constituyeron un campo de actores que se reconocían como valiosos entre sí, y cuyas discusiones giraban en torno a la unión de dos temas centrales: los límites legales o jurídicos al poder punitivo estatal (garantismo) y la deslegitimación, reducción o abolición de las

(15) Algunas de las figuras conocidas del campo hoy fueron sus alumnos o discípulos, por ejemplo, G.I. Anitua se formó con Bergalli, Pegoraro y Maier. Y un joven Luis Niño trabajaba en los primeros años ochenta con Zaffaroni. Alberto Binder con J.B. Maier. Máximo Sozzo con Pegoraro y Melossi.

formas estatales de violencia, particularmente la que se hallaba en el castigo (abolicionismo y pensamiento crítico).

Particularmente los juristas de este “campo crítico” tuvieron una incidencia política determinante más tarde o más temprano. Es innecesario enumerar la proyección regional e internacional de Zaffaroni y finalmente su llegada a la Corte Suprema del país. Maier y Binder lucharon por difundir el Código Procesal Modelo por todo el continente, finalmente, con enorme éxito como veremos. Emilio García Méndez se convirtió en asesor estable de UNICEF para toda la región, dirige una influyente fundación sobre políticas de la niñez (Fundación SUR), y fue diputado electo, desde todos estos espacios difunde su idea de un sistema penal juvenil que fue adoptado por varios países de América Latina y por muchas provincias argentinas. El campo de expertos que para esta misma época había caído en los contextos centrales, entonces, se encontraba aquí en plena refundación. Y ésta se producía alrededor de la preocupación por los derechos humanos y la crítica y contención de la violencia estatal. (16) De los juristas que conformaban este nuevo campo experto crítico, que había formulado estas tres banderas de reforma legal como claves -con apoyo ideológico de la criminología crítica-, nos centraremos en el procesal para este artículo, puesto que es, tal vez, el que encuentro más curioso y relevante para intentar comprender su paradójico devenir. Sobre los otros (la dogmática y la propuesta de sistema penal juvenil) ya he esbozado hipótesis (Gutiérrez 2005, 2009, 2011) que, espero, pronto serán desarrolladas.

Según Sozzo (2011) en los años 80 comenzó “un modo de construcción de la política penal que colocaban en el centro de la escena la voz del experto”.

(16) Pero el que haya emergido un campo de expertos progresistas y democráticos con mucha fuerza, no significa que hayan influenciado de la misma manera a las estructuras judiciales, que aún hoy permanecen profundamente conservadoras, tanto en su pensamiento como en sus prácticas. “La inexistencia de una formulación explícita de estrategias de aplicación de la ley penal en el dialogo entre políticos y expertos, no implicaba que las mismas no se desarrollaran en la práctica, siguiendo modos tradicionales de pensamiento y acción que eran reproducidos cotidianamente en las instituciones del sistema penal, con un fuerte legado del autoritarismo que las había atravesado a lo largo de su historia, especialmente enfatizado por las “colonizaciones” experimentadas por parte de las Fuerzas Armadas en las últimas dos dictaduras militares.” (SOZZO, 2012).

Y, aunque este autor trata específicamente del campo de expertos en materia procesal, lo siguiente vale también para la dogmática penal y para la cuestión de la niñez y la juventud: “Los productos de este modo de elaboración de la política penal, en cuanto a sus contenidos, se inscribieron globalmente en el marco de lo que podríamos llamar el “liberalismo penal” -en cierta consonancia con el programa político más amplio encarnado por el gobierno del Presidente Alfonsín-, definido como una racionalidad y programa penal que pone énfasis en la formación de límites al despliegue del poder de castigar, tratando de evitar el exceso o abuso... del poder estatal (...) Se trataba, como sostenía un partidario de este modo y participe activo en el apoyo a la fracasada reforma procesal penal antes mencionada, de “liberalizar el derecho penal”, rechazando el “autoritarismo” y “todo desborde o abuso de poder” (Sozzo, *Ibíd.* Con cita de Vázquez Rossi).

En 1993 Alberto Binder, discípulo de Maier y su colaborador durante los años ochenta en el diseño y difusión del Código Penal Modelo, figura central para entender las transformaciones de los sistemas procesales latinoamericanos hacia el modelo acusatorio, escribía en su *Introducción al Derecho Procesal Penal* una frase que dejaba clara la adhesión de su propuesta procesal a un plan crítico del sistema penal, deslegitimador, y finalmente abolicionista, del que participaba todo el espacio: “Este libro es una introducción al estudio de los mecanismos que utilizamos los seres humanos para encerrarnos los unos a otros dentro de las jaulas. Esta frase que me duele hasta escribir, es la más honesta... el gran peligro de todo aquel que se dedica al estudio del derecho penal o procesal penal es que le suceda lo que al fabricante de guillotinas: que se enamore del brillo de la madera del peso exacto y del pulido de la hoja mortal, del ajuste de los mecanismos, del susurro filosófico que precede a la muerte y finalmente olvide que alguien ha perdido su cabeza.” Y aclara que hace al libro con entusiasmo porque se ocupa “de los límites del poder penal y esos límites son un anticipo de su desaparición.”

Como dijimos, se suponía que la tortura por parte de la policía era un problema esencialmente del proceso inquisitivo. Pero la desconfianza en los males del sistema inquisitivo no partía sólo de estos particulares mitos jurídico-políticos o no se basaba sólo en el ataque simbólico de la autoridad judicial como “dueño” ilegítimo de los conflictos. Había

datos atrás de eso. El impactante informe de “El preso sin condena en América Latina y el Caribe” de 1983 (que firmaba entre otros, Zaffaroni, otro importante procesalista y reformista a nivel regional, el costarricense Mora Mora, y quien sigue hoy al frente del ILANUD, Elías Carranza) demostraba que en efecto el problema del preso sin condena afectaba directamente y mucho más a los países con sistemas inquisitivos y era mucho menor en los países de tradición acusatoria (Carranza *et al.*, 1983).

En la discusión, sin embargo, se omitía un dato que hoy sabemos que es de la máxima relevancia: Haciendo el mismo corte de ese informe, las Antillas menores y Belice, de tradición jurídica anglosajona y proceso acusatorio, aquellas que tienen un bajo porcentaje de presos sin condena, ostentaban sin excepción una tasa de encarcelamiento de más de 300 cada 100.000 (Belice tiene hoy nada menos que 482 presos cada 100.000 habitantes). Es decir, aunque tenían pocos presos sin condena en porcentaje, tenían el triple de presos per cápita que los países de tradición continental-latinoamericana (véase Carranza *et al.*, 1983, y Carranza, 2012).

Frente a esta situación, cabe preguntarse por la posibilidad de que el sistema acusatorio sea más garantista en lo formal y más represivo en términos cuantitativos (Gutiérrez, 2005). El Salvador, por ejemplo, fue uno de los casos de intervenciones “modelo” de la región. Durante los tres primeros años de su reforma (1997 a 2000) el sistema parecía ir como se había planeado: más mediaciones, más desestimaciones, más sobreseimientos. (17) Es interesante la experiencia salvadoreña para

(17) “En un estudio reciente sobre el nuevo Código Procesal Penal de El Salvador, se midieron las resoluciones dictadas en casos penales desde el 20 de abril de 1998 —fecha de entrada en vigencia del nuevo Código— hasta el 30 de junio de 2000. Los resultados llaman particularmente la atención. Del total de 51.719 causas resueltas en ese período de tiempo, el 32,21% —esto es, 19.447 causas— se clausuraron por conciliación entre imputado y víctima. Teniendo en cuenta que más del 45% de la causas resueltas terminaron en desestimaciones y sobreseimientos —esto es, 26.041 causas—, y que sólo un 3,32% terminaron en sentencia condenatoria, no se comprende cómo el porcentaje de casos que fueron cerrados por aplicación de criterios de oportunidad sólo alcanzó, para el mismo período, un 1,47% —esto es, 888 causas—.” Intervención de A. Bovino en el debate suscitado a partir del artículo “Nuestro extraño imaginario jurídico penal” (GUTIÉRREZ, 2005) en la revista *derechopenalonline.com*.

comprender los sinuosos caminos del optimismo del reformismo penal. Desde 1991 a 1997 la tasa de encarcelamiento del salvador manifestó un crecimiento sostenido, de 101 a 157. Con la sanción del nuevo código acusatorio en 1997 bajó abruptamente en dos años, hasta llegar a 112 en el año 1999. Pero ya en el 2000 la tasa de encarcelamiento de El Salvador era de 131 c/100.000 habitantes. En el año 2005 ya estaba a 207. En el 2009 se sancionaría un nuevo CPP, también acusatorio, pero marcadamente más represivo, para ese año la tasa ya llegaba a 359. En el 2012 llegó a 430. (18) Un record histórico. Por supuesto, en el medio, motines, muertes, masacres.

Pero aunque en los textos y en las academia de hacía carrera mezclando garantías y promesa abolicionista, en las fórmulas legales la preocupación por el delito y el castigo se abordaba con la lógica de la eficiencia y la celeridad, que se suponía, no era contradictoria con la reducción: un sistema más liviano, más reducido, es un sistema más rápido y más efectivo.

En los considerandos del CPP salvadoreño de 1997, se establecen como motivos “Que el actual Código Procesal Penal, mantiene normas de carácter inquisitivo que no facilitan una *pronta y efectiva* administración de justicia, haciéndose necesario un nuevo Código que, basado en normas de tendencia acusatoria, viabilicen la justicia penal; III. Que con el objeto de convertir el proceso penal en un proceso sencillo, con *celeridad* y respeto de las garantías constitucionales y de los principios procesales, es conveniente que se emita un nuevo Código Procesal Penal”. En la vigencia de este sistema procesal se dictó el plan “mano dura” en el año 2003 como promesa de terminar con las maras e implicaba, principalmente, aumentar las penas, darles más poder de detención a la policía y restringir las libertades durante el proceso. Pero, afortunadamente, sólo duró dos años. Entre el año 2004 fue reemplazado por el plan “super-mano dura” (fue su nombre real), que, con el argumento de hacer más *eficiente* la persecución, ahondó por la misma senda, pero apuntando a la investigación y persecución penal de los mismos presos, y

(18) Según Alertamerica. Según ILANUD, 320. La diferencia no está explicada y nos habla de lo precario que es el sistema de recolección de datos. Como sea, he tratado de señalar un fuerte aumento, y cualquiera de las dos cifras, en eso, coinciden.

construyendo más cárceles. Luego, en el año 2009, siguiendo con el plan “super mano dura” se dictó un segundo código, que reforzaba la estructura acusatoria pero con un objetivo mucho más represivo: “Que con el objeto de establecer nuevos instrumentos que permitan una administración de justicia *más rápida y efectiva*, por medio de la cual se tutelen de manera más *eficaz* los derechos de las víctimas en un justo equilibrio con los del imputado, y se potencie una mayor *efectividad* de las instituciones del sistema penal, es necesario se emita un nuevo Código Procesal Penal.”

Los mismos fundamentos (garantías para el imputado con eficacia, eficiencia y efectividad en la persecución, con sencillez y celeridad) se reproducen en todos los otros casos de la región. (19)

Luego de más de una década de reformas en los años 90, impulsada desde expertos de la periferia hacia la misma periferia (de varios países latinoamericanos, pero siendo Argentina, con Maier y Binder, un foco protagónico de generación de propuestas para toda la región), estas redes de expertos reformistas, dependientes del esfuerzo personal de sus protagonistas, fueron organizadas, institucionalizadas (y por tanto también parcialmente desplazadas) por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), organismo de la OEA, con sede en Santiago de Chile.

El CEJA marca el verdadero inicio de una nueva época de las reformas en las que, aunque se mantiene el discurso garantista, se desplaza el objetivo definitivamente hacia el de la eficiencia en la persecución. El CEJA se propone como la garantía para que no decaiga el impulso reformista, para dar inicio a una segunda oleada reformista. (20)

(19) Por ejemplo en República Dominicana (otro caso “modelo”), que también salió de un modelo inquisitivo a uno de rasgos acusatorios en 2002, y en sus considerando se lee: “Que este conjunto de normas viene a disciplinar la forma como se acusa, se defiende, se juzga y se ejecuta lo juzgado, de una manera sencilla, con celeridad y respeto de las garantías constitucionales...”

(20) “¿Qué es Ceja? es un organismo internacional, creado en 1999 por las instituciones del Sistema Interamericano. Su sede está en Santiago de Chile y sus miembros son todos los países integrantes activos de la Organización de Estados Americanos. CEJA nace en un contexto en que los países del continente, casi sin excepción, han impulsado durante los últimos veinte años, profundos programas de reforma a sus sistemas de justicia, donde las principales áreas abordadas han sido la justicia criminal, el gobierno, el acceso y la gestión

Y, en efecto, fue exitoso en sus objetivos políticos. El CEJA suele intervenir de distintas formas en todas las reformas procesales regionales y, junto con FORES y el INECIP, en las de nuestro país. Pero esta “organización” y nucleamiento a través del CEJA no fue inocua. Veremos, progresivamente, el desplazamiento ideológico cada vez más acentuado al problema de la “eficiencia”, la rapidez, y la lectura costo/beneficio en la intervención de los operadores penales.

El organismo por el que el CEJA construye y hace explícita su agenda de intervención es la “Revista Sistemas Judiciales” que comenzó en el año 2002, y que publica junto con el INECIP argentino. A diferencia de otras publicaciones sobre cuestiones jurídicas es generosa en estadísticas y números. Hay cuadros referidos a la aplicación de la prisión preventiva, a las tasas de condena, a las valoraciones sociales sobre la eficiencia del sistema de justicia, sobre la implementación de las nuevas tecnologías en los procesos penales, índices sobre acceso de información a través de internet; hay encuestas y gráficos sobre casi todos los temas que trata. Curiosamente, en sus numerosos años de existencia no hay un solo informe o referencia a las tasas de encarcelamiento en América Latina, sus transformaciones en los últimos años, las diferencias entre países, y mucho menos, sobre hacinamiento, superpoblación y denuncias contra el sistema carcelario. Hay un marcado acento en el problema de la eficiencia en la persecución y en el problema de la legitimidad social de la justicia, es decir, específicamente de su imagen frente al público. Hay artículos que proponen el análisis económico del derecho (“Reglas de costas y sanciones pecuniarias: un análisis económico para la reforma procesal civil en Chile” de José Huerta, Nro. 14), encontramos también el famoso proyecto de Quiroga Lavié, de introducir las normas ISO como forma de evaluar el desempeño de la justicia (Quiroga Lavié H. y Miró R.: “Un modelo y una mejora para los tiempos procesales de la Justicia Civil Argentina,”

del sistema. Sin embargo, existe una extendida percepción de que las reformas emprendidas no han dado todos los frutos esperados. Además, no hay evaluaciones sistemáticas y profundas de lo realizado hasta este minuto, por lo que el fuerte impulso inicial tiende a decaer... Ante tal situación, CEJA es creado para revertir ese diagnóstico y dar un nuevo impulso a la modernización de los sistemas de justicia en el continente.” De la página del CEJA [www.cejamerica.org](http://www.cejamerica.org)

nro. 3, año 2002); y la reseña de su libro “Gestión de calidad y justicia: las reglas ISO aplicadas al sistema judicial” (número 6, 2005). Y entrevistas a funcionarios que se enrolan en esa ideología de “gestión” de lo judicial (como Germán Garavano, ex Fiscal General de la Ciudad de Buenos Aires). Los artículos que reconocen que hay resultados deficientes en las reformas acusatorias de algunos países que el mismo CEJA impulsó, plantean como terapia, seguir aumentando el remedio: profundizar el sistema acusatorio (Riego C. y Santelices F. “Seguimiento de los Procesos de Reforma Judicial en América Latina. Segundo Informe Comparativo”, nro. 5, 2005). La “profundización” del acusatorio fue el argumento, por ejemplo, para el apoyo al sistema de flagrancia de la Provincia de Buenos Aires (cuyos orígenes nos cuenta, también con números “El Plan Piloto en Mar del Plata”, Errandonea, E. R., nro. 10, 2006).

La orientación economicista y, de gestión por objetivos de eficiencia como preocupación principal, que en el discurso del CEJA puede combinarse con el lenguaje garantista queda clara en el siguiente artículo: “En el caso chileno, quienes impulsaron el proceso de reforma esperaban que el nuevo sistema lograra niveles superiores de desempeño tanto en el respeto de las garantías y derechos de los intervinientes como en la disminución de la impunidad del delito. Si bien *a priori* estos no son objetivos contradictorios, ya que una persecución penal selectiva y racional, orientada a las conductas más graves y dañosas a la sociedad, puede contribuir a aumentar la eficacia del sistema, al disminuir los espacios de impunidad en un contexto democrático”, tras constatar el fracaso en esos objetivos, los autores aconsejan: “Tanto el diseño del nuevo modelo de enjuiciamiento criminal como del proceso de instalación del sistema se ven beneficiados de la incorporación de criterios económicos y administrativos” (Valdivia y Vargas, “Gestión en un Sistema de Administración de Justicia Criminal: la Experiencia de la Reforma Procesal Penal en Chile”, 5, 2005).

Su propuesta se resume en que mejores estándares de protección de derechos humanos a nivel jurídico y más eficiencia en la persecución penal (es decir más persecución, más efectiva y a menos costo), no son contradictorios, sino que por el contrario, se suponen mutuamente. Esta posición del CEJA es exactamente la que se refleja en las exposiciones de motivos de las leyes y pro-

yectos de leyes procesales acusatorias de todo el continente: más garantías formales, más eficiencia en la persecución. Y, aunque se lo mencione para justificar la mirada puesta en la antiimpunidad, el problema de la selectividad en la impunidad o en la persecución, no es nunca abordado ni recibe propuestas efectivas. Tampoco el aumento del encarcelamiento, la situación de los encarcelados, o la violencia institucional.

Las intervenciones del CEJA en su *campana permanente por la reforma procesal permanente* fueron acompañando o se dieron en períodos de aumentos de tasas de encarcelamiento. (21)

Volviendo al informe de “El preso sin condena...” de 1983 y a los nobles objetivos que lo inspiraban, poner el foco en las tasas comparativa de presos sin condena y presos condenados, sin tomar en cuenta la cantidad y la calidad de los encarcelados y perseguidos por el sistema penal, resultó una trampa trágica. Chile, otro de los casos “modelo” de esta nueva oleada de reformistas, multiplicó con asombrosa rapidez su tasa de encarcelamiento desde la reforma y aparecieron los atroces sufrimientos de la superpoblación carcelaria. Sin embargo, Chile es el sistema hoy considerado “modelo”, pues está en los mejores países de la región en relación a su tasa de presos sin condena, menos de un cuarto del total (lo cual en los términos del CEJA es un éxito). Esta ecuación (más presos totales, menos porcentaje de presos sin condena) sólo se explica en tanto se condene al preso con más rapidez (pasa menos tiempo en

(21) Por ejemplo, en república Dominicana, entre 1992 y 1999 la tasa de encarcelamiento pasó de 145 a 168. Luego no hay cifras hasta el año 2003. Desde ese año hasta 2011 creció de 189 a 212. Esto significó que su población carcelaria pasara del 138% de la capacidad del sistema en 2005/2007 al 178% en el 2011. Chile dictó su código procesal penal acusatorio en el año 2000. Entre 1995 y 2000 la tasa de encarcelamiento creció de 148 a 215 (45% en cinco años). Entre 2001 y 2005, los primeros años del CPP creció poco o se estancó, de 216 a 225 (4% en cinco años). Y luego comenzó a acelerarse nuevamente, saltando a 259 en el año 2006, y llegó a su pico en 2010 con 320/100.000 en 2010, según el ILANUD (y 351 según alertamerica.org) para bajar fuertemente en el año 2012 gracias a una ley de indulto como remedio para su crisis extrema de alojamiento penitenciario. Es que tanta persecución penal significó además una superpoblación brutal: en el período 2005/2007 tenía su población penal al 168% de la capacidad, y en el 2011 al 298% de su capacidad, es decir los presos efectivos triplicaban la capacidad penitenciaria establecida.

prisión preventiva); pero esto no quiere decir que se reduzcan los tiempos del encarcelamiento en general, y por el contrario, en general se extienden (por supuesto, tampoco cambia ni el perfil de los delitos o los autores perseguidos), y la cantidad total sube. En menor medida esto ocurrió en casi todos los países latinoamericanos que adoptaron las recetas reformistas (véase Carranza, 2012). Después de un par de décadas de reformas, otros países continentales de la zona con fuerte influencia norteamericana tuvieron el honor de alcanzar las cifras de encarcelamiento cercanas a los 300/00.000 que siempre tuvieron los países de tradición anglosajona de la región. Ya vimos el caso de El Salvador. Panamá tiene 378. Un poco más lejos, pero en ascendente carrera, Costa Rica ya está por llegar a los 300, y también crece fuerte República Dominicana que va por 241, igual que Colombia.

Pero no se trata de que la reforma al acusatorio genere encarcelamiento: en los distintos países latinoamericanos la reforma se dio al comienzo, luego de un par o luego de muchos años de aumento sostenido del encarcelamiento. Es decir, lo curioso entonces, es que siempre coincide con ella. La acompaña: la reforma ocurre cuando aumenta el encarcelamiento. Y tiene como efecto convertir a los presos sin condena en presos con condena.

Para comprender, sin embargo, la conexión entre las reformas y su contexto entre los años 90 y la primera década del siglo XXI. Debemos recordar nuestro breve esbozo de las campañas antiimpunidad y la relevancia política que comienzan a tener, es decir, como comienzan a ser agenciadas, recibidas y respondidas, por el ámbito político a través de la demanda y la promesa de “seguridad”. Langer menciona que la campaña de reforma en América Latina (entre los años 80 y 90) tuvo éxito político porque parecía poder servir para resolver varios problemas gubernamentales: 1) La transición a la democracia y la necesidad de demostrar ajuste a los estándares de derechos humanos; 2) crecientes tasas delictivas, reales o percibidas y el aumento de la preocupación pública sobre el delito desde los años 90; 3) creciente interés, desde los años 80 y 90 en los organismos internacionales en intervenir en el cruce de desarrollo económico y estado de derecho. Sobre estas demandas de la política nacional e internacional, los expertos activistas presentaron su propuesta como solución. La necesidad de demostrar mejores estándares de cumplimiento de los derechos humanos y *al mismo*

*tiempo* la creciente percepción y preocupación pública sobre el delito que “colocó a la eficiencia del sistema de justicia penal en la agenda de muchos gobiernos latinoamericanos y abrió ventanas para políticas públicas para reformadores proponiendo la adopción de códigos acusatorios” (Langer, 2009, p. 18). De tal manera, los expertos pudieron vencer a gobiernos tanto de derecha como de izquierda de la conveniencia de la reforma, con argumentos tanto de derecha como de izquierda.

Duce, Fuentes y Riego (2009) del CEJA reconocen que es típico de estas reformas -ha ocurrido en casi todos los casos- sufrir “contrarreformas” los años posteriores, que alteran sobre todo, al régimen puramente cautelar de las medidas de coerción, introduciendo criterios peligrosistas y estableciendo la inexcusabilidad de ciertos delitos. Estas contrarreformas, y el clima político de demanda antiimpunidad -que por supuesto critican-, unido a la mayor eficiencia y celeridad de los sistemas acusatorios, explicarían esta alza. Los autores del CEJA, cargan sus tintas contra estas contrarreformas y el clima punitivo contra la impunidad que las motivan, pero, en otros pasajes reconocen, sin embargo que el inicio de estos reclamos punitivos, facilitó y ayudó a generar el consenso político para lanzar las reformas en cada país. “Dentro de los elementos que permitieron generar consenso político por el cambio no sólo estuvo presente la idea de dar una mayor protección de los derechos fundamentales, sino que también producir una mejora en el funcionamiento y eficacia del sistema. A su vez esto generó expectativas de los ciudadanos respecto a sus resultados. En relación con esto es necesario indicar que desde finales de los años ochenta del siglo pasado la región se ha visto afectada por la percepción generalizada de que las tasas de criminalidad han sufrido un aumento sostenido en el tiempo y que el sistema de justicia criminal no ha entregado respuestas apropiadas. De hecho, esta percepción estuvo presente en los diversos procesos de reforma a la justicia, siendo uno de los fundamentos que legitimó la transformación de los sistemas inquisitivos a sistemas acusatorios” (Duce, Fuentes y Riego, 2009, p. 54).

En síntesis, de la misma historia que trazan sus propios protagonistas queda claro que el “contexto punitivo” no fue un mero accidente o una mera coincidencia en la historia de las reformas, sino que fue condición de posibilidad para su éxito político. ♦

# **ANÁLISIS DEL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO PENAL**

---



# Los delitos contra la hacienda pública y la seguridad sociales el Anteproyecto de Código Penal de 2014

POR MARCELO A. RIQUERT

**Sumario: 1. Introducción. — 2. Correlación con el Anteproyecto de 2006. — 3. Evasiones y otros fraudes. — 4. Otros delitos tributarios previsionales. — 5. Disposiciones comunes. — 6. Omisión de asistencia médica o farmacéutica y sanciones a personas jurídicas. — 7. Balance y aportes al Título IX del Anteproyecto de 2014.**

## 1. Introducción

En momentos en que se halla abierta a la discusión y aportes por parte de los claustros universitarios y asociaciones civiles vinculadas a la temática el texto del “Anteproyecto de Código Penal de la Nación” que fuera presentado a comienzos del año en curso (1), luce oportuno hacer una breve incursión parcial sobre sus previsiones vinculadas al segmento de delitos anunciados en el título de este trabajo que sólo pretende realizar un escueto comentario de ellas, cual marginal glosa (2), tendiente a verificar si se cumple la afirmación de la “Exposición de Motivos” (en adelante, EM) al anunciar que *“Se incorporan al texto proyectado los delitos previstos en la ley 24.769 (Régimen penal tributario), modificada por la ley 26.735. Se*

*ha reordenado la normativa, a efectos de simplificarla y dotarla de mejor técnica legislativa, sin alterar el alcance prohibitivo de los tipos vigentes”* (2014:229). (3)

La Comisión redactora, con ayuda de la Dirección Nacional de Relaciones con el Poder Legislativo, identificó un universo de 337 leyes especiales y decretos con relevancia penal y, en algunos casos, los tipos penales fueron incorporados con modificaciones al Libro Segundo: “De los delitos”. En el caso que ahora me ocupa se agrupan como Título IX “Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, integrado por cuatro artículos: 180 (Evasiones y otros fraudes), 181 (Otros delitos tributarios y previsionales), 182 (Disposiciones comunes a los artículos anteriores) y 183 (Omisión de asistencia médica o farmacéutica. Responsabilidad de las personas jurídicas en delitos contra la hacienda y la seguridad social).

Con relación a las disposiciones generales o de carácter procesal se indica que, en cambio, *“oportunamente deberán ser objeto de análisis y, eventualmente, de derogación o reforma, como también deberá hacerse con los tipos penales que la Comisión ha decidido no incorporar al texto del Anteproyecto”* (2014:24). Aplicado a lo específico de la Ley 24.769, el Título V “De los procedimientos administrativo y penal” -arts. 18/25- sería la parte que debería ser objeto de expresa consideración y análisis legislativo para su eventual modificación o derogación.

(1) Elaborado por la “Comisión para la elaboración del proyecto de Ley de reforma, actualización e integración del Código Penal de la Nación”, designada por Decreto del PEN 678/12. Presidida por E. Raúl Zaffaroni, se integró con los Dres. León Carlos Arslanián, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra y Federico Pinedo, actuando como coordinador Roberto M. Carlés. Todas las citas que se formularán de su texto a lo largo de este trabajo se hacen con referencia a la versión publicada en papel por “Infojus. Sistema Argentino de Información Jurídica”, 1ª edición, Bs. As., marzo de 2014. Hay una enorme cantidad de publicaciones digitales, entre las que puede consultarse la puesta a disposición en la página web de la “Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal” (<http://aapdp.com.ar>).

(2) El comentario integral más reciente de la normativa vigente lo he realizado en la obra “Régimen penal tributario y previsional. Ley 24.769 modificada por Ley 26.735. Comentada. Anotada”, prologado por el Dr. Juan María Terradillos Basoco (Universidad de Cádiz, España), Hammurabi, Bs. As., 2012, 360 p.; así como en el Tomo 13 de la obra colectiva “Código Penal y leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, dirigida por los Dres. Baigún y Zaffaroni, Ed. Hammurabi, Bs. As., 2013, pp. 289/648.

(3) La Ley 24.769 fue publicada en el B.O. del 15/1/1997, mientras que la modificatoria Ley 26.735 lo fue en el B.O. del 28/11/2011.

## 2. Correlación con el Anteproyecto de 2006

Al individualizar las correlaciones del Título, la EM sólo menciona al Proyecto de 2006 (4) que preveía sobre el particular también cuatro artículos (2007:181), a saber: 190° (defraudación tributaria (5)), 191° (defraudación previsional (6)), 192° (retención de tributos (7)) y 193° (retención de aporte o contribuciones (8)).

(4) El “Anteproyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal de la Nación” de 2006 fue producto de la labor de una “Comisión de Reformas” creada por Decreto 303 del 14 de diciembre de 2004 del Ministerio de Justicia de la Nación. Su coordinador fue Alejandro W. Slokar, por entonces secretario de Política Criminal y Asuntos Penitenciarios de la Nación, y estuvo integrada por los doctores Baigún (FACA), Chiara Díaz (JUFEJUS), Da Rocha, De Luca (AMFJN), Di Matteo, Erbetta (AAPDP), Ferreyra, Hendler (UBA), Ochoa (FACA) y Tizón. Participaron de las discusiones y fueron sustituidos los doctores Donna (UBA) y Yacobucci, ambos por renuncia, y el doctor García Vitor (AAPDP), por fallecimiento. Además de la publicación en papel de la AAPDP/EDIAR (Bs. As., 2007, con presentaciones de Luigi Ferrajoli y Daniel Erbetta, sin dudas, la más completa) -que con relación a la que se hacen las referencias en el texto principal-, en el medio virtual pueden citarse la oficial disponible en [http://www.jus.gov.ar/guia/content\\_codigo\\_penal.htm](http://www.jus.gov.ar/guia/content_codigo_penal.htm) y la de las revistas digitales “Pensamiento Penal” ([www.pensamientopenal.com.ar](http://www.pensamientopenal.com.ar)) y “Derecho Penal Online” ([www.derechopenalonline.com.ar](http://www.derechopenalonline.com.ar)), que elaboraron en su momento sendos foros de discusión al respecto con amplia concurrencia e interesantes observaciones.

(5) Decía: “Artículo 190. Defraudación tributaria. Se impondrá prisión de UN mes a SEIS años al que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, evadiere el pago de tributos, o aprovecharse indebidamente de subsidios, reintegros, recuperos, devoluciones, exenciones, desgravaciones o diferimientos de naturaleza tributaria”.

(6) Su texto: “Artículo 191. Defraudación previsional. Se impondrá prisión de UN mes a SEIS años al que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, evadiere el pago de aportes o contribuciones de naturaleza previsional o de obra social”.

(7) Su redacción: “Artículo 192. Retención de tributos. Se impondrá prisión de UN mes a SEIS años al que abusare de la obligación de retener o percibir tributos adeudados por otro, omitiendo entregarlos a la autoridad de recaudación en los plazos correspondientes”.

(8) El texto proyectado decía: “Artículo 193. Retención de aportes o contribuciones. Se impondrá prisión de UN mes a SEIS años al que abusare de la obligación de retener o percibir aportes o contribuciones de naturaleza previsional o de obra social, omitiendo entregarlos a la entidad de recaudación en los plazos correspondientes”.

La simple transcripción de los títulos, así como una rápida lectura de los textos que se han transcrito en nota al pie, permiten advertir que ha mediado apartamiento no sólo de la estructura sino del contenido que proponía el precedente que, en realidad, se trató también de un “Anteproyecto” que, lamentablemente, no llegó a tomar estado parlamentario.

Entre las diferencias más significativas merece destacarse singularmente dos:

a) que en el anterior Anteproyecto se había omitido expresamente la inclusión en los tipos de toda referencia de cuantía, ya se la llame elemento del tipo objetivo o condición objetiva de punibilidad, discusión que se declaraba en la EM se pretendía evitar (9);

b) que las penas proyectadas en 2006 tenían un mínimo sensiblemente menor -el máximo es igual al ahora postulado-, a partir de la decisión de equipararlas con las previstas para las estafas y otras defraudaciones en general, conforme del art. 172 del CP vigente.

Valoro positivamente ambos apartamientos.

2.1. El primero, porque la prescindencia de fijar un límite mínimo para habilitar la intervención penal, además de impedir una clara distinción con el simple ilícito tributario contravencional (con radicación en la Ley de Procedimiento Tributario N° 11.683 y sus modifs.), provocaría una mayor criminalización avanzando sobre casos de menor cuantía que difícilmente pudiera evitarse por la coetánea adopción del principio de insignificancia o de la bagatela en la parte general (art. 9°, 1° párrafo “in fine”; 2007:105) que, en este sentido, goza de su propio problema de falta de certeza determinativa. (10) De hecho, la EM (que

(9) Se afirmaba que “Se suprimen los condicionamientos objetivos por la cantidad adeudada que son inevitablemente heterodoxos en un sistema penal regido por el principio de culpabilidad” (2007:94).

(10) Para ser más claro, del mismo modo que es muy difícil establecer cuándo un hurto o un daño son bagatelares o insignificantes y cuándo no, hallando respuestas disímiles conforme el operador de turno al que corresponda responder, si lo pasamos a la evasión tributaria o previsional le pregunta sería bajo qué parámetro se establecería la importancia o no para generar interés penal.

denominaba “Fundamentos”) del Anteproyecto de 2006 reconocía que se asumía “un criterio más riguroso, ya que el castigo se impone cualquiera sea el monto”, aunque, de la mano, seguía aclarando “En compensación, se reduce la escala penal llevándola a los mismos límites que los previstos para la defraudación” (2007:94).

2.2. En cuanto al segundo apartamiento, lo comparto porque asumiendo el Anteproyecto de 2014 una escala respetuosa de la proporcionalidad, al centrarse en casos en que la afectación al bien jurídico es importante, mantener el mínimo de la estafa luciría manifiestamente inapropiado.

### 3. Evasiones y otros fraudes

Retomando la presentación de lo actualmente en discusión, el Título IX abre con el citado artículo 180, dedicado a la evasión y otros fraudes, que no merece en la EM otro comentario que el transcripto *supra* 1. Su extensa redacción, que recoge toda la propuesta típica del Anteproyecto de 2006 y varias de las figuras de la ley vigente, es la siguiente:

#### “ARTÍCULO 180º. Evasiones y otros fraudes

1. Será penado con prisión de DOS a SEIS años, el que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, en perjuicio del fisco:

a) Evadiere total o parcialmente el pago de tributos, cuando el monto evadido excediere la suma de ciento cuarenta salarios mínimos, vitales y móviles al tiempo de la comisión del hecho, por cada tributo y por cada ejercicio anual, aun cuando se tratase de un tributo instantáneo o de un período fiscal inferior a un año.

b) Se aprovechara indebidamente de reintegros, recuperos, devoluciones u otro subsidio de naturaleza tributaria, siempre que el monto aprovechado superare la suma de ciento cuarenta salarios mínimos, vitales y móviles en un ejercicio anual.

c) Evadiere total o parcialmente el pago de aportes o de contribuciones correspondientes al sistema de la seguridad social, siempre que el monto evadido excediere la suma equivalente a treinta salarios mínimos, vitales y móviles al tiempo de la comisión del hecho, por cada mes.

2. Las penas serán de TRES a NUEVE años de prisión cuando:

a) En el caso del apartado a) del inciso anterior, el monto evadido superare la suma total de mil cuatrocientos salarios mínimos, vitales y móviles; o en el caso del apartado c) del inciso anterior, la de ciento cuarenta de estos salarios.

b) Hubieren intervenido una o más personas interpuestas para ocultar la identidad del verdadero sujeto obligado y el monto evadido superare la suma equivalente a trescientos salarios mínimos, vitales y móviles en el caso del apartado a) del inciso anterior, o la de sesenta en el caso del apartado c) del inciso anterior.

c) En el caso del apartado b) del inciso anterior, el monto aprovechado superare la suma equivalente a trescientos salarios mínimos, vitales y móviles.

3. Será reprimido con prisión de DOS a SEIS años:

a) El agente de retención o percepción de tributos que no depositare, total o parcialmente, dentro de los diez días hábiles de vencido el plazo de ingreso, el o los tributos retenidos o percibidos, siempre que el monto no ingresado superare en total la suma equivalente a quince salarios mínimos, vitales y móviles.

b) El empleador que no depositare total o parcialmente dentro de los diez días hábiles de vencido el plazo de ingreso, el importe de los aportes retenidos a sus dependientes, y el agente de retención o percepción de los recursos de la seguridad social que no hiciera lo propio con el importe retenido o percibido. Estas penas se impondrán siempre que el monto no ingresado superare en total la suma mensual equivalente a diez salarios mínimos, vitales y móviles.

4. En los casos del apartado b) del inciso 1º y en el del apartado c) del inciso 2º, se impondrá también la pérdida del beneficio y de la posibilidad de obtener o de utilizar beneficios fiscales de cualquier tipo por el plazo de diez años.”

3.1. El párrafo 1, sobre la base en común de requerir que medien declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño en perjuicio del fisco, asigna idéntica pena -2 a 6 años-, a tres figuras: la evasión tributaria simple (inc. “a”, equivalente al vigente art. 1º de la

Ley 24.769 (11)), el aprovechamiento indebido de subsidios (inc. "b", sería el actual art. 3º de la LPT (12)) y la evasión previsional simple (inc. "c", hoy prevista en el art. 7º (13) de la ley citada).

3.1.a. Una primera lectura rápida podría llamar a engaño. Si se compara en forma directa con la normativa vigente, el Anteproyecto parece retomar parcialmente la vieja redacción de la Ley 23.771 del año 1990 y referirse lisa y llanamente a tributos y recursos de la seguridad social sin distinciones entre nacionales, provinciales y municipales -como el Anteproyecto de 2006-. No es así, porque lo que ha de entenderse en el Código por "fisco" y "seguridad social" se delimita en el art. 63 "Definiciones", del que desprende que no se ha modificado la extensión fijada por Ley 26.735 (a fines de 2011). Volvéré luego sobre esto.

3.1.b. En cuanto a la pena conminada en abstracto, se ha mantenido la misma que hoy rige en los arts. 1º y 7º mencionados, pero el Anteproyecto al equiparar prevé una pena menor a la escala actual del art. 3º (el aprovechamiento de

subsidios se pena con 3 años y 6 meses a 9 años de prisión), lo que soluciona y brinda adecuada proporción a una diferencia criticada del régimen vigente que, además, con su mínimo denunciaba que sólo se perseguía desfavorecer posibles excarcelaciones.

3.1.c. El cambio de metodología para fijar las condiciones objetivas de punibilidad, que pasarían a establecerse sobre la base de una determinada cantidad de "salarios mínimos, vitales y móviles" (en adelante, SMVM) al momento de la comisión del hecho en lugar de una suma fija de pesos, es una decisión de técnica legislativa superadora de los inconvenientes reiteradamente ofrecidos por la que se pretende suplantar. Se propone un parámetro que se actualiza cada vez que se cambia la base (el SMVM) en reemplazo del monto que constantemente se erosiona por el proceso inflacionario, únicamente corregible por periódicas actualizaciones legislativas.

Además, puede observarse que mantiene la proporción entre lo necesario para marcar el punto de interés penal en la evasión tributaria y la evasión previsional: se alcanza la cota con aproximadamente el 20% en un mes de afectación a los recursos de la seguridad social de lo que es necesario para el sistema de tributación en el año (\$ 80.000 por mes y \$ 400.000 anuales, por un lado, y 30 SMVM por mes y 140 SMVM anuales, por el otro).

Al momento de escribir este comentario (14) el SMVM mensual tenía un valor de \$ 3.600, lo que proyectaría un valor de \$ 108.000 para la evasión previsional simple y de \$ 504.000 para la evasión tributaria simple y para el aprovechamiento indebido de subsidios.

El ejercicio permite poner de resalto que se proyectaron valores similares con una adecuación que recoge parte de la erosión que ha producido la inflación desde el momento en que se adoptaron las vigentes. En otras palabras, la metodología propuesta por la Comisión no viene acompañada por un cambio que modifique significativamente el momento de la intervención penal, sea anticipándolo o postergándolo y, por lo tanto, el campo del ilícito fiscal contravencional sería similar al actual.

(11) Su texto: "Artículo 1º: Será reprimido con prisión de dos a seis años el obligado que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, evadiera total o parcialmente el pago de tributos al fisco nacional, al fisco provincial o a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siempre que el monto evadido excediere la suma de cuatrocientos mil pesos (\$ 400.000) por cada tributo y por cada ejercicio anual, aun cuando se tratara de un tributo instantáneo o de período fiscal inferior a un año".

(12) Tiene la siguiente redacción: "Artículo 3º: Será reprimido con prisión de tres años y seis meses a nueve años el obligado que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, se aprovechara indebidamente de reintegros, recuperos, devoluciones o cualquier otro subsidio nacional, provincial, o correspondiente a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de naturaleza tributaria siempre que el monto de lo percibido supere la suma de cuatrocientos mil pesos (\$ 400.000) en un ejercicio anual".

(13) Dice: "Artículo 7º: Será reprimido con prisión de dos a seis años el obligado, que mediante declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño, sea por acción o por omisión, evadiera parcial o totalmente al fisco nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el pago de aportes o contribuciones, o ambos conjuntamente, correspondientes al sistema de la seguridad social, siempre que el monto evadido excediere la suma de ochenta mil pesos (\$ 80.000) por cada mes".

(14) Entre fines de junio y comienzos de julio de 2014.

3.2. El segundo párrafo prevé las circunstancias agravantes para las figuras anteriores, que básicamente son las mismas de los actuales arts. 2º (15) y 8º (16) de la Ley 24.769.

3.2.a. Se mantiene el agravamiento por el monto de lo evadido y prácticamente en la misma proporción: se decuplica en lo tributario (\$ 400.000 el básico y \$ 4.000.000 el agravado en lo vigente, 140 SMVM y 1400 SMVM en lo proyectado) y se quintuplica en lo previsional (\$ 80.000 el básico y \$ 400.000 el agravado en lo vigente, 30 SMVM y 140 SMVM en lo proyectado -que para mantener perfecta simetría con la Ley 24.769 debería ser 150 SMVM-).

Queda claro entonces que, al mediar correspondencia con lo vigente, no se soluciona el problema de desproporción que en la actualidad rige en la comparación entre ambas evasiones. Ni antes ni ahora se ha explicado por qué en un caso se requiere que el monto se multiplique por diez y en el otro sólo por cinco. Es más, esta asimetría no se observa con relación a la siguiente circunstancia agravante.

Para corregirlo, la condición objetiva de punibilidad de la evasión previsional agravada debería ser de 300 SMVM.

(15) Su texto: "Artículo 2º: La pena será de tres años y seis meses a nueve años de prisión, cuando en el caso del artículo 1º se verificare cualquiera de los siguientes supuestos:a) Si el monto evadido superare la suma de cuatro millones de pesos (\$ 4.000.000);b) Si hubieren intervenido persona o personas interpuestas para ocultar la identidad del verdadero sujeto obligado y el monto evadido superare la suma de ochocientos mil pesos (\$ 800.000);c) Si el obligado utilizare fraudulentamente exenciones, desgravaciones, diferimientos, liberaciones, reducciones o cualquier otro tipo de beneficios fiscales, y el monto evadido por tal concepto superare la suma de ochocientos mil pesos (\$ 800.000);d) Si hubiere mediado la utilización total o parcial de facturas o cualquier otro documento equivalente, ideológica o materialmente falsos".

(16) <sup>(16)</sup> Dice: "Artículo 8º: La prisión a aplicar se elevará de tres años y seis meses a nueve años cuando en el caso del artículo 7º se verificare cualquiera de los siguientes supuestos:a) Si el monto evadido superare la suma de cuatrocientos mil pesos (\$ 400.000), por cada mes;b) Si hubieren intervenido persona o personas interpuestas para ocultar la identidad del verdadero sujeto obligado y el monto evadido superare la suma de ciento sesenta mil pesos (\$ 160.000)".

3.2.b. El calificante de interpósita persona ("hombre de paja") también se reproduce, nuevamente, con mínima desviación en la proporción: duplicación tanto en lo tributario (montos actuales de \$ 400.000 el tipo básico y \$ 800.000 el agravado; proyectados respectivamente a 140 SMVM y 300 SMVM, que debieron ser 280 para mantener la simetría), como en lo previsional (actuales \$ 80.000 y \$ 160.000; proyectados 30 SMVM y 60 SMVM).

3.2.c. El tercer agravante considerado corresponde al incremento del monto del aprovechamiento indebido de subsidios fiscales, que se decuplica: pasa de 30 SMVM a 300 SMVM. Antes sólo existía el tipo básico y se carecía de agravante específico.

Aquí no hay correlación con el vigente art. 2º inc. c) de la Ley 24.769, porque allí se tipifica el uso fraudulento de beneficios fiscales (sujeto a una condición objetiva de punibilidad del doble del tipo básico), que es un supuesto evasivo en el que el detrimento del ingreso debido a la hacienda pública se perpetra mediante fraude en el uso de exenciones, desgravaciones, diferimientos, liberaciones, reducciones u otros beneficios fiscales. Bajo la denominación de "beneficio fiscal" se engloba cualquier operación técnica dentro de la relación tributaria que rebaje la base imponible o la alícuota, lo que se hace a efectos de promocionar o favorecer algún tipo de actividad extrafiscal. Son, en síntesis, minoraciones de la obligación tributaria que adoptaran diversos formatos como exenciones o desgravaciones, que llevan correlativamente una carga que su uso fraudulento frustra quitándole sentido a la decisión de excepcionar el principio de igualdad y generalidad tributarias. Esto es lo que justificaba su consideración como modalidad de evasión agravada en cuanto, además, participa de la misma dinámica de afectación de la hacienda pública y la actividad financiera del Estado por vía de detrimento de ingresos.

En cambio el aprovechamiento presupone una erogación por parte del fisco (no una falta de ingreso), que entrega un subsidio que es indebidamente aprovechado por el obligado.

Siempre en el ámbito temático de beneficios y subsidios fiscales, vale resaltar que el Anteproyecto no ha previsto tipo equivalente al vigente

art. 4, que penaliza la obtención fraudulenta de beneficios fiscales.

3.2.d. El Anteproyecto opta por eliminar la actual circunstancia agravante prevista en el inc. d) del citado art. 2º, que fuera incorporada por la modificación mediante Ley 26.735, muy criticada por la doctrina por tratarse de un supuesto realmente no diferenciable de la conducta básica del art. 1º y, por ello, carente de toda razonabilidad como caso autónomo para agravarlo.

3.3. Pasando al tercer apartado, sus dos incisos recogen los supuestos de omisión de depósito de tributos o recursos de la seguridad social ya sean percibidos o retenidos por los agentes respectivos, lo que hoy se encuentra tipificado respectivamente en los arts. 6º (17) y 9º (18) de la Ley 24.769.

Las condiciones objetivas de punibilidad -15 SMVM para lo fiscal y 10 SMVM para lo previsional- no mantienen la misma proporción que las vigentes (\$ 40.000 mensuales para tributos y \$ 20.000 mensuales para recursos de la seguridad social), ni

(17) Su texto: "Artículo 6º. Apropiación indebida de tributos. Será reprimido con prisión de dos a seis años el agente de retención o de percepción de tributos nacionales, provinciales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que no depositare, total o parcialmente, dentro de los diez días hábiles administrativos de vencido el plazo de ingreso, el tributo retenido o percibido, siempre que el monto no ingresado superase la suma de cuarenta mil pesos (\$ 40.000) por cada mes".

(18) Dice: "Artículo 9º. Apropiación indebida de recursos de la seguridad social. Será reprimido con prisión de dos a seis años el empleador que no depositare total o parcialmente dentro de los diez días hábiles administrativos de vencido el plazo de ingreso, el importe de los aportes retenidos a sus dependientes, siempre que el monto no ingresado superase la suma de veinte mil pesos (\$ 20.000) por cada mes. Idéntica sanción tendrá el agente de retención o percepción de los recursos de la seguridad social que no depositare total o parcialmente, dentro de los diez días hábiles administrativos de vencido el plazo de ingreso, el importe retenido o percibido, siempre que el monto no ingresado superase la suma de veinte mil pesos (\$ 20.000) por cada mes. La Administración Federal de Ingresos Públicos o el organismo recaudador provincial o el correspondiente a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires habilitará, a través de los medios técnicos e informáticos correspondientes o en los aplicativos pertinentes, la posibilidad del pago por separado y en forma independiente al de las demás contribuciones patronales, de los aportes retenidos por el empleador a sus dependientes y de las retenciones o percepciones de los agentes obligados respecto de los recursos de la seguridad social".

entre sí (se reduce a un tercio en lugar del doble), ni con relación a las evasiones (sigue siendo una décima parte en lo fiscal -para perfecta simetría deberían ser 14 SMVM-; mientras que lo previsional es 1/3 en lugar de 1/4).

Como de inicio quedó aclarado, ninguna explicación se brinda con relación a este cambio de proporciones.

3.4. El último apartado de este artículo viene a reproducir la sanción adicional de pérdida de beneficio fiscal y de la posibilidad de obtenerlos o usarlos, cualquiera sea el tipo de ellos de que se tratare, por el plazo de diez años, conforme lo prevé en el art. 5º de la Ley 24.769.

Lo hace con relación al apartado b) del inciso 1º y al apartado c) del inciso 2º que, según ya se explicó, recogen el art. 3º actual -que no tiene figura agravada- en versión básica y calificada. En tanto que el citado art. 5º hace referencia también a los arts. 2º inc. c) y 4º vigentes, que carecerían de correlato exacto.

#### 4. Otros delitos tributarios y previsionales

El segundo artículo es el art. 181, que incorpora "otros delitos tributarios y previsionales", con la siguiente redacción:

*"ARTÍCULO 181º. Otros delitos tributarios y previsionales.*

*1. Será penado con prisión de DOS a SEIS años el que:*

*a) Con conocimiento de la iniciación de un procedimiento administrativo o judicial para la determinación o cobro de obligaciones tributarias o de aportes y contribuciones de la seguridad social, o derivadas de sanciones pecuniarias, provocare o agravare la insolvencia, propia o ajena, cuando con ello pudiere provocar la frustración total o parcial del cumplimiento de tales obligaciones.*

*b) De cualquier modo sustrajere, suprimiere, ocultare, adulterare, modificare o inutilizare los registros o soportes documentales o informáticos del fisco, relativos a las obligaciones tributarias o de los recursos de la seguridad social, con el propósito de disimular la real situación fiscal de un obligado.*

2. Se penará con prisión de UNO a CUATRO años:

a) Al que modificare o adulterare los sistemas informáticos o equipos electrónicos, suministrados u homologados por el fisco, cuando fuere susceptible de provocar perjuicio.

b) Al obligado que utilizare un programa o sistema informático destinado a emitir comprobantes fiscales apócrifos, o a reflejar una situación diferente de la real en los sistemas informáticos o equipos electrónicos suministrados u homologados por el fisco".

4.1. En este caso, la EM (2014:230) brinda algún mayor grado de precisión, identificando qué previsiones actuales se recogen en sus distintos apartados.

4.1.a. Así, señala que el ap. a) del inciso 1º "sanciona la insolvencia fiscal fraudulenta, correspondiendo al artículo 10º de la ley vigente" (19), mientras que el ap. b) "corresponde al artículo 12º de la ley vigente, tipificando el delito de alteración dolosa de registros". (20)

4.1.b. También se brinda una razón expresa con relación al único de los actuales "delitos fiscales comunes" que no se mantiene: "Se propone eliminar el delito de simulación dolosa de pago (artículo 11º de la ley vigente), toda vez que la utilización de documentación apócrifa o falsa, sean comprobantes de pago de impuestos nacionales o provinciales, como de tasas o servicios públicos, o la falsificación de los sellos que acrediten el pago

(19) Su texto: "Artículo 10. Insolvencia fiscal fraudulenta. Será reprimido con prisión de dos a seis años el que habiendo tomado conocimiento de la iniciación de un procedimiento administrativo o judicial tendiente a la determinación o cobro de obligaciones tributarias o de aportes y contribuciones de la seguridad social nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o derivadas de la aplicación de sanciones pecuniarias, provocare o agravare la insolvencia, propia o ajena, frustrando en todo o en parte el cumplimiento de tales obligaciones".

(20) Tiene la siguiente redacción: "Artículo 12. Alteración dolosa de registros. Será reprimido con prisión de dos a seis años el que de cualquier modo sustrajere, suprimiere, ocultare, adulterare, modificare o inutilizare los registros o soportes documentales o informáticos del fisco nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, relativos a las obligaciones tributarias o de los recursos de la seguridad social, con el propósito de disimular la real situación fiscal de un obligado".

en boletas o comprobantes oficiales, se encuentran alcanzadas por los delitos de falsificación de sellos timbres y marcas o de documentos en general, sin contar, además, que con los medios técnicos actuales se hace muy difícil la comisión de estas falsedades y adulteraciones".

La explicación es aceptable porque es cierto que el tipo, en sí mismo, no es necesario. Su razón de ser era, simplemente, evitar discusiones que se habían generado en la jurisprudencia acerca de la concurrencia de la evasión y las falsedades documentales durante la regencia de la Ley 23.771 y, sobre todo, en función de su modificación por Ley 24.587, cuando el aumento o la inclusión de condiciones objetivas de punibilidad implicaron la clausura de la persecución penal del tipo especial y se pretendía seguir adelante con la punición del tipo común de falsedad documental.

4.1.c. Volviendo a la EM, se aclara que "El apartado a) del inciso 2º prevé el delito de alteración dolosa de controladores fiscales, correspondiendo al artículo 12 bis de la ley vigente". Se trata de una figura reciente, incorporada por Ley 26.735. (21)

En cuanto al ap. b), anuncia que "tipifica una nueva figura, que sería la utilización de sistemas para la emisión de comprobantes fiscales apócrifos o para la simulación de una situación fiscal. Este delito sólo puede ser cometido por el obligado ante el Fisco".

Se proyecta entonces un tipo especial (autor debe ser el "obligado") que pune el uso de programa o sistema informático destinado a emitir comprobantes fiscales apócrifos o a reflejar una situación diferente de la real en los sistemas informáticos o equipos electrónicos suministrados u homologados por el fisco. Sería conveniente aclarar en la redacción que el uso puede ser por interpósita persona, sobre todo, teniendo en cuenta las previsiones de los arts. 1.2.a. (principio de legalidad estricta y responsabilidad) y 9º (concurrencia de personas), dentro de la sistemática del propio anteproyecto.

(21) Su texto: "Artículo 12 Bis. Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que modificare o adulterare los sistemas informáticos o equipos electrónicos, suministrados u homologados por el fisco nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siempre y cuando dicha conducta fuere susceptible de provocar perjuicio y no resulte un delito más severamente penado".

## 5. Disposiciones comunes

Las disposiciones comunes a los dos artículos anteriores se incorporan como art. 182, con el siguiente texto:

*“ARTÍCULO 182º. Disposiciones comunes a los artículos anteriores.*

*1. Cuando en alguno de los delitos descritos en los dos artículos anteriores participaren profesionales o personas habilitadas por la autoridad en ejercicio de su profesión o actividad, se les impondrá también inhabilitación por el doble de tiempo de la condena.*

*2. El sujeto obligado que regularizare espontáneamente su situación, dando cumplimiento a las obligaciones evadidas o entregando lo retenido, aprovechado o percibido indebidamente, quedará exento de responsabilidad penal, siempre que su presentación tuviere lugar antes de que por esos hechos se formalizare requerimiento de instrucción.”*

5.1. En este caso, la escueta referencia en la EM (2014:230) anuncia que *“El inciso 1º establece la pena de inhabilitación para los profesionales intervinientes, conforme al artículo 13º de la ley vigente”* (22), a la vez que aclara que *“La de funcionarios se suprime, en razón de la previsión general para todo funcionario que intervenga en un delito”*. Se refiere a la vigente agravante de la escala que la incrementa en un tercio en ambos extremos del marco en abstracto que, entonces, se suprime para privilegiar el régimen general que fija en el art. 36 inc. 4º. (23)

(22) Dice: *“Artículo 13. Las escalas penales se incrementarán en un tercio del mínimo y del máximo, para el funcionario o empleado público que, en ejercicio o en ocasión de sus funciones, tomase parte de los delitos previstos en la presente ley. En tales casos, se impondrá además la inhabilitación perpetua para desempeñarse en la función pública”*.

(23) Su texto: *“ARTÍCULO 36º. De la pena de inhabilitación. 1. La inhabilitación producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre el que recayere y el impedimento para obtener otro del mismo género. Tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de veinte años. 2. Aunque la inhabilitación no estuviere expresamente prevista, podrá imponerse por un plazo de seis meses a seis años, cuando el delito importare: a) Abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela. b) Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público. 3. Quien hubiere cometido el*

5.2. Con relación al inciso 2º -que por error material la EM individualiza como 3º-, señala que *“corresponde al artículo 16º de la ley vigente. Se ha modificado, respecto de ésta, el límite hasta el cual el obligado puede regularizar su situación. Se ha considerado conveniente otorgarle ese puente de oro hasta el momento del requerimiento de instrucción, para evitar posibles maniobras de favorecimiento o extorsivos”*. (24)

En principio, la “espontaneidad” se aleja del desistimiento y se acerca a la anterior posibilidad de fuga del proceso por el pago de la pretensión fiscal (25), cuando se puede regularizar hasta el momento en que la acción penal se insta mediante el requerimiento, es decir, que ya se ha formalizado la intervención de la agencia judicial penal. Es que nada de espontáneo queda cuando se conoce que se ejercita la acción contra el obligado. A todo evento, las maniobras de favorecimiento o extorsión no desaparecerán por esto aun cuando pueda reconocerse un cierto impacto minorante.

Complementario con este tema, luce oportuno que no habiéndose en el Anteproyecto retornado al mencionado sistema de extinción de la acción por pago de la pretensión fiscal en la primera causa seguida contra el obligado, no se haya incurrido en restricción respecto de la suspensión del juicio a prueba como rige en la actualidad (art. 76 bis, último párrafo del C.P., cf. Ley 26.735). El proyec-

hecho en el ejercicio no autorizado de una actividad, podrá ser interdictado para adquirir el ejercicio legal de ella por un plazo igual al de la inhabilitación aplicable. 4. Todo funcionario o empleado público que fuere condenado a pena de prisión, por un delito cometido en ejercicio de sus funciones o aprovechando o abusando de su ocasión, sufrirá pena de inhabilitación por el doble del tiempo de la condena, salvo disposición expresa de este Código. Esta pena no excederá el máximo señalado por el inciso 1º”.

(24) Su redacción es la siguiente: *“Artículo 16: El sujeto obligado que regularice espontáneamente su situación, dando cumplimiento a las obligaciones evadidas, quedará exento de responsabilidad penal siempre que su presentación no se produzca a raíz de una inspección iniciada, observación de parte de la repartición fiscalizadora o denuncia presentada, que se vincule directa o indirectamente con él”*.

(25) Lo que sucedía tanto en la fórmula amplia del art. 14 de la Ley 23.771 (procedía respecto de cualquiera de los delitos del régimen especial), como en la más restrictiva redacción del art. 16 en la Ley 24.769 antes de su modificación por Ley 26.735 (sólo lo habilitaba respecto de la evasión tributaria y la previsional simples).

tado art. 45, que adopta con claridad la llamada tesis amplia (consagrada por la CSJN *in re* "Acosta" (26)), habilita la suspensión a todo caso en el que la pena a imponer en concreto no supere los tres años de prisión por lo que, conforme las escalas mínimas proyectadas, cualquiera de los delitos del Título IX podría incluirse.

Asimismo, teniendo en cuenta dichas escalas, no puede pasar por alto la posibilidad de reemplazo de la pena de prisión por penas alternativas conforme regulan los arts. 22, 30.2, 31 y cctes. del Anteproyecto.

5.3. Por último, la EM señala que *"A fin de evitar las reiteraciones de la ley vigente, se precisan en los correspondientes apartados del artículo 63º los alcances de las voces Fisco y seguridad social"*. En concreto, no es el significado sino la extensión lo que se fija en los incisos "q" y "r" del artículo correspondiente a las "Definiciones" (2014:367), ya que en realidad no se define en qué consisten o cuál es su concepto, sino que se limita a decir el primero que *"Por 'Fisco' se entiende el nacional, los provinciales y el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires"*, mientras que el segundo señala que *"Por 'seguridad social' se entiende tanto la nacional, como las provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires"*.

Esto significa que, como ya se anticipó, el Anteproyecto en cuanto al objeto de protección se mantiene dentro del canon fijado conforme a Ley 26.735 y se aparta de la propuesta de su símil de 2006, que retomaba la vieja redacción de la Ley 23.771 del año 1990 y se refería lisa y llanamente a tributos y recursos de la seguridad social sin distinguir entre nacionales, provinciales y municipales. He criticado dicha inexplicada omisión en reiteradas ocasiones, afirmación pertinente porque nunca se aclaró el por qué de la decisión de excluir la hacienda pública municipal. No se lo hizo al debatir luego la Ley 24.769 -que había excluido también la hacienda pública provincial-, ni al hacerlo respecto de la Ley 26.735, que volvió a incorporar las provinciales. En un país con estructura federal y con municipios que, en muchos

casos, tienen economías y poblaciones equivalentes no a una, sino a varias de las provincias más rezagadas juntas, las haciendas públicas locales deben incorporarse como eventual objeto de los delitos tipificados en el Título en comentario.

## 6. Omisión de asistencia médica o farmacéutica y sanciones a personas jurídicas

El Título cierra con el artículo 183 que, en principio, luce extraño tanto en cuanto a su inserción como a su estructura. El texto proyectado dice:

*"ARTICULO 183º. Omisión de asistencia médica o farmacéutica. Responsabilidad de las personas jurídicas en delitos contra la hacienda y la seguridad social.*

*1. Será penado con prisión de SEIS meses a DOS años y multa de TREINTA a CIEN días, el empleador autoasegurado o no asegurado, o la aseguradora de riesgo del trabajo, que omitiere brindar a los trabajadores las prestaciones de asistencia médica o farmacéutica cuando estuviere legalmente obligado a hacerlo.*

*2. Las personas jurídicas podrán ser sancionadas por los delitos de este Título, en los términos del presente Código"*.

6.1. Su primer inciso se reconoce en la EM (2014:230) *"que corresponde al inciso 2º del artículo 32º de la ley 24.557 (Ley de riesgo del trabajo), si bien se prevé una pena menor que la establecida en la ley vigente, que remite a la pena del artículo 106º del Código Penal (abandono de persona), pues no necesariamente esta conducta configura esa tipicidad"*.

Aun cuando no pueda negarse una cierta conexión de la asistencia médica o farmacéutica con la seguridad social, este tipo omisivo parece guardar más relación con la mencionada conducta de abandono de persona o, siendo los destinatarios de aquélla los trabajadores, con la regulación que hace a la dignidad del trabajo. Cualquiera de estas alternativas, es decir, radicación en sede de delitos contra las personas (abandono) o dentro de los delitos contra la libertad, con el específico capítulo IV de los delitos contra la libertad y dignidad del trabajo parecen guardar un vínculo más estrecho que con un Título que se dedica a punir las afectaciones a la hacienda pública o a los recursos de la seguridad social.

(26) Se trata de la causa "Recurso de hecho deducido por la defensora oficial de Alejandro Esteban Acosta en la causa Acosta, Alejandro Esteban s/ infracción art. 14, 1º párrafo ley 23.737 causa Nº 28/05 C", rta. el 23 de abril de 2008, donde además se habilitó el instituto respecto del otro régimen excluido, el de estupefacientes.

6.2. A su vez, el segundo inciso, ciertamente desconectado del primero por lo cual califique de extraña la estructura del artículo, afirma la posibilidad de sanción a las personas jurídicas por cualquiera de los delitos del Título, apartándose de la técnica utilizada en otros casos como el del propio Título anterior, el VIII, en que ello se previó en un artículo separado, el 179 "Personas jurídicas" (2014:229). Ninguna aclaración se brinda sobre el particular en la EM.

Si se cambiara la radicación del tipo del inciso primero, este art. 183 quedaría sólo con la declaración de posibilidad de sancionar a los entes ideales por estos delitos, lo que luciría más armónico con otras previsiones del mismo Anteproyecto.

### 7. Balance y aportes al Título IX del Anteproyecto de 2014

Cerrado este rápido repaso del articulado propuesto y retomando el objeto fijado en el primer punto, entiendo que la Comisión ha cumplido mayoritaria pero no íntegramente con su finalidad declarada que, recuerdo, expresa la EM (2014:229) en los siguientes términos: *"Se ha reordenado la normativa, a efectos de simplificarla y dotarla de mejor técnica legislativa, sin alterar el alcance prohibitivo de los tipos vigentes"*. Veamos.

7.1. Comienzo por el final. Se ha alterado el alcance prohibitivo de los tipos vigentes y esto, en ocasiones, con beneficio y, en otras, con posible inconveniencia. Además, se mantiene desprotegida la hacienda pública de los municipios, tal como sucede desde la sanción de la Ley 24.769.

7.1.a. En esta confluencia de luces y sombras, se ha aclarado que no hay equivalentes para los actuales artículos 2º.c) y 4º y que sería conveniente incorporarlos. En cambio, luce acertado que tampoco haya equivalentes para los vigentes artículos 2º.d), 11º, 15º.a) y 15º.b), y 17º. (27)

---

(27) Aunque un resabio de la posibilidad de doble sanción desprende del art. 62 inc. 6 (criterios para la determinación de las sanciones a las personas jurídicas), cuando dice que "El juez y la administración tendrán en cuenta las sanciones que uno u otro aplicaren por el mismo hecho y con iguales fundamentos. Cuando la sanción fuere de multa, deberán descontar el monto de la aplicada por la otra competencia".

7.1.b. También se comparte y valora positivamente la decisión de que las condiciones objetivas de punibilidad contenidas en los diversos tipos se establezcan sobre la base de una cantidad de salarios mínimos, vitales y móviles, justamente porque al ser móviles se evita los problemas de su cristalización en una suma de pesos que va siendo erosionada por el proceso inflacionario y que para que su proporcionalidad se mantenga debe ser sujeto de frecuentes actualizaciones.

7.1.c. En tren de aportar al mejoramiento del Anteproyecto, respecto del punto anterior sólo puede apuntarse que al individualizarlas se ha incurrido en algunas leves asimetrías que podrían corregirse y se ha mantenido una diferencia de proporción comparativa en materia de agravantes para la evasión tributaria y la previsional que está presente en el régimen vigente pero también podría repararse.

7.1.d. En cuanto a la omisión de la muy criticada figura de la asociación ilícita tributaria (art. 15 inc. "c" vigente), se vuelve a la situación previa a la modificatoria Ley 25.874 (28), ya que similarmente al actual art. 210 del C.P. se prevé la asociación ilícita general (art. 212).

7.2. En el caso de la "cláusula de actuar por otro" del regente art. 14, 1º párrafo, el Anteproyecto contiene una equivalente aunque general (art. 10), por lo que no hay ningún problema.

7.3. Otro tanto sucede con el resto del art. 14 actual, ya que también se adopta un régimen unificado de sanciones a personas jurídicas en el Anteproyecto (arts. 59/62), que se declara aplicable al título en el citado art. 183 inc. 2 y que, además, es de mucho mejor factura que el del régimen especial. Si bien no hay demasiadas diferencias en cuando a la clase de sanciones (art. 60), lo concerniente a las condiciones, aplicación y criterios para su determinación (arts. 59, 61 y 62, respectivamente) es superador de la breve norma mencionada al comienzo del párrafo.

7.4. Con relación a las previsiones del Título V "De los procedimientos administrativo y penal" (arts. 18/25) sería parte subsistente de la Ley 24.769 que debería ser objeto de expresa consi-

---

(28) Pub. en el B.O. del 22/1/04.

deración y análisis legislativo para su eventual modificación o derogación.

7.5. Finalizo resaltando que es cierto que la normativa se ha simplificado y reordenado (esto último podría mejorarse con la reubicación del art. 183.1), dejando de ser un cuerpo extraño al Código, al que se integra en forma armónica y con previsión de penas que respetan el principio de proporcionalidad.

Es más clara aun la ganancia si las escalas abstractas se conectan con la posibilidad de apli-

cación del instituto de la suspensión del juicio a prueba (art. 45) y las penas alternativas en reemplazo de la de prisión (arts. 22, 30, 31).

En función de lo expuesto, el segmento del Anteproyecto en que he focalizado aparece como superador de la propuesta del precedente de 2006 y del régimen vigente, debiéndose aprovechar el proceso de consulta y discusión abierto para su perfeccionamiento, dirección a la que con trazo grueso he intentado aportar algunas sugerencias. ♦

.....

# Teoría de la legislación y reforma de la ley penal

POR **SEBASTIÁN VAN DEN DOOREN**

**Sumario: I. La ley según Adriano. — II. La ley como hecho social teóricamente resistido. — III. Teoría jurídica / política legislativa. — IV. Ese maldito sentido común. — V. Neracio Prisco. — VI. La teoría de la legislación. — VII. Directrices para el legislador. — VIII. Conclusión. — IX. Bibliografía.**

## I. La ley según Adriano

*[Las leyes, según Adriano], si son demasiado duras, se las transgrede con razón. Si son demasiado complicadas, el ingenio humano encuentra fácilmente el modo de deslizarse entre las mallas de esa red tan frágil. El respeto a las leyes antiguas corresponde a lo que la piedad humana tiene de más hondo; también sirve de almohada a la inercia de los jueces. Las más remotas participan del salvajismo que se esforzaban por corregir; las más venerables siguen siendo un productor de la fuerza. La mayoría de nuestras leyes penales sólo alcanza, por suerte quizá, a una mínima parte de los culpables; nuestras leyes civiles no serán nunca lo suficientemente flexibles para adaptarse a la inmensa y fluida variedad de los hechos. Cambian menos rápidamente que las costumbres; peligrosas cuando quedan a la zaga de ésta, lo son aún más cuando pretenden precederlas [...]. Desde hace varias generaciones, nuestros mejores juristas trabajan en pro del sentido común [...]. Toda ley demasiado transgredida es mala; corresponde al legislador abrogarla o cambiarla, a fin de que el desprecio en que ha caído esa ordenanza insensata no se extienda a leyes más justas. Me proponía la prudente eliminación de las leyes superfluas y la firme promulgación de un pequeño cuerpo de decisiones prudentes. Parecía llegado el momento de reevaluar todas las antiguas prescripciones, en interés de la humanidad.*

Marguerite Yourcenar, Memorias de Adriano (1)

En este párrafo Adriano nos ofrece una breve, interesante y actual exposición sobre teoría de la legislación y, en consecuencia, de los modos legítimos de ejercer el castigo, de gran utilidad

(1) Las páginas citadas corresponden a la traducción de Julio Cortázar (Sudamericana, 1995).

para analizar la problemática de la creación —no tanto de la aplicación— de las leyes. Es un punto de partida literario (2) que sintetiza un aspecto escasamente estudiado por la teoría jurídica.

Lo valioso de esta cita es la ausencia de todo contenido moral que sólo podría haber sido pronunciada por un hombre de Estado excepcional, por decir así, con al menos dos virtudes ideales en todo gobernante: por un lado, la voluntad de crear un cuerpo normativo acorde a ciertos principios jurídicos (campo jurídico) y, por otro, una noción bastante acabada sobre el comportamiento que en general tienen las personas frente a la legalidad (campo sociológico y político). (3) A continuación, desmenuzaremos la fuente literaria para ilustrar

(2) Tomamos la cita de un texto “próximo a la novela y a la poesía”, tal como explica YOURCENAR en la nota final del libro, que juega con la voz del emperador romano respetando “la fidelidad de los hechos”, contrastados con una extensa bibliografía que le sirvió de base para la reconstrucción, de forma literaria, de la historia.

(3) Tal como afirma el historiador ROMERO, José Luis, en el Estudio Preliminar a Vida de los doce Césares de Suetonio, cuando Adriano llegó al poder “impuso a la política militar del Imperio una modificación trascendente”. Se centró en la organización de una “burocracia cada vez más eficaz” basada en principios de derecho. “Por vocación, fue un emperador civil”. A diferencia de su antecesor, el emperador Trajano, y de otros tantos, el gobierno de Adriano abandonó las expediciones de conquista. “El organizador es brillante, y los romanos pudieron adquirir la convicción de que se hallaban en una etapa definitiva de paz y de orden jurídicamente establecido”. En este período de “Roma regida por los principios de derecho, [...] Adriano confiere al Senado un papel principalísimo... y procura organizar una burocracia cada vez más eficaz y contraída a su labor”. En definitiva, su anhelo de orden culmina en “su preocupación por la vigencia del derecho” (Suetonio, p. XX). Esto ha justificado, en gran medida, nuestro atractivo por el libro de Yourcenar y por las ideas y la política jurídica del emperador Adriano que han venido a cuento en este trabajo para reflexionar en torno a la teoría de la legislación.

una serie de cuestiones que plantea la teoría de la legislación, con el propósito de reflexionar acerca de algunos criterios que se han pensado para establecer ciertos límites a la actividad del legislador, no sólo desde el punto de vista jurídico sino también desde el sociológico.

Al decir “ciertos límites” se deja al descubierto una debilidad evidente en la propuesta. Creemos que no puede ser de otra manera, pues estamos frente a una actividad netamente política donde predomina, además de la fuerza discursiva y el juego de las mayorías, la coyuntura de un momento histórico dado. Y la experiencia demuestra que las restricciones jurídicas quedan, en gran medida, obsoletas frente a la voluntad política. Lo esencial, de esta manera, es evaluar un marco que active, en la medida de lo posible, un control de legitimidad de las decisiones parlamentarias.

En este sentido, es interesante introducir este tema en una discusión actual que se ha desarrollado a principio de este año y que seguramente continuará por varios meses más, en tanto que ilustra la gran problemática que la teoría de la legislación pretende paliar: la crisis de la creación legislativa en materia penal. Me refiero al debate que algunos políticos han puesto en la agenda de los medios y de la opinión pública con respecto al anteproyecto de ley de reforma, actualización e integración del Código Penal de la Nación, entregado a la presidenta de la Nación en diciembre de 2013. Lamentablemente, los planteos críticos que se han generado en torno a este proyecto no han sido los más felices para un intercambio de ideas propio de una democracia civilizada. Las críticas más feroces se han pronunciado no sólo sin haber leído el documento sino que lo han situado, injustamente pero con claras intenciones electoralistas, en el plano de la inseguridad y los miedos ciudadanos frente al delito a un nivel tan absurdo que imposibilita cualquier tipo de diálogo razonable y enriquecedor. Injustamente, porque el anteproyecto fue elaborado por una comisión (creada por el Decreto PEN 678/12) integrada por juristas que no sólo se caracterizan por su capacidad teórica, sino también por su actuación política destacada en el ámbito del Poder Judicial y del Poder Legislativo, y porque además cubren un espectro ideológico y político partidario diverso. En este contexto, merece la pena tener presente el Anteproyecto —cuyo análisis no puede ser sino el objetivo de otro artículo— a lo largo de la lectura

de este trabajo, porque cumple en general con los objetivos de la disciplina que estudiaremos aquí, en particular con las directrices para legislar. Asimismo, evidencia, con los ataques que ha recibido, de qué manera las críticas peligrosas por su simplicidad que sólo alientan un punitivismo exacerbado con ausencia de cualquier evaluación de la complejidad del asunto, lo someten a un debate sin sentido con el riesgo de condenarlo al fracaso: todo un trabajo sólido elaborado sobre la base de principios jurídico-constitucionales y en vista a modernizar y organizar un cuerpo normativo disperso y anticuado, se desvanece como un castillo de cartas frente a la brisa de una voces que no ven en el Anteproyecto otra cosa que una oportunidad para ganarse, a su costa, un efímero rédito político.

## II. La ley como hecho social teóricamente resistido

En general, la teoría jurídica contemporánea se apoya, cuando analiza críticamente ciertas leyes penales, en un sistema jurídico ideal y utópico elaborado por una teoría que ha evolucionado desde el siglo XVIII y que se ha plasmado, en gran medida, en las constituciones nacionales de la mayoría de los países occidentales durante el siglo XIX, y cuyo espíritu real se conserva, no cabe duda, inalterable en el plano de las ideas. Ahora bien, entre este mundo *ideal* y el mundo *real* de los hechos que han impulsado, e impulsan día a día la creación legislativa —como también su aplicación (4)—, se abre una grieta tan extensa y profunda que hace difícil, si no imposible, la comunicación entre ambas orillas. No se pretende aquí cuestionar sin más la teoría jurídica en sí. Por el contrario, se busca problematizar el uso de sus postulados que, por lo general, se defienden —con justicia, claro está— a capa y espada contra el mundo *real* de la ley, es decir, contra los procesos considerados desprolijos y demagógicos al momento del tratamiento parlamentario de una determinada materia. Esta lucha, entablada entre —el *razonamiento de*— la teoría jurídica y —la *irracionalidad de*— la labor legislativa, se enmarca en una cuestión más general observada en casi todos los ámbitos jurídicos: la lucha entre quienes piensan el derecho sobre la base de principios (academia) y quienes trabajan

(4) Este punto queda fuera del alcance de este trabajo.

con el derecho sobre la base de los hechos (función pública). (5)

Una explicación posible para comprender esta profunda grieta podría estar determinada por las diferentes razones que promueven la teoría y la práctica mencionadas. La creación de la ley obedece a designios políticos, mientras que la ciencia jurídica lo hace a principios teóricos. El producto final, la ley, es el resultado de debates e intercambio de discursos que, si bien pueden contener un sustento teórico, es en un sentido muy distinto al que fundamenta la decisión judicial y, mucho más, el complejo teórico. Antes que procurar un tecnicismo que sustente teórica y jurídicamente la decisión, el legislador tratará de sostener una postura para convencer al resto de los integrantes del cuerpo legislativo e, indirectamente, a la sociedad, por medio de un discurso cargado, en gran medida, de sensibilidad. Los técnicos y expertos intervienen como asesores, pero no deciden. En definitiva, en tanto la ley es un producto de consenso, será difícil lograr una adecuación total a los postulados de la teoría jurídica, aunque esto no signifique, claro está,

---

(5) Este último bando se puede subdividir, a su vez, en otros tantos: por ejemplo, entre magistrados y legisladores. Los primeros son más cercanos a los académicos que los segundos, ya sea por su profesionalidad, por su carrera judicial, por el ámbito donde desarrollan sus actividades, exenta de política partidaria (partidaria, porque en realidad es una actividad política en el sentido general del término) (Cf. Kennedy, más adelante) por el contenido doctrinario y técnico de sus sentencias —aunque también es verdad que siempre que el magistrado no sea a su vez profesor universitario, el contenido de la doctrina que utiliza no siempre coincidirá con el complejo producido por los teóricos que, luego, los magistrados tomarán para resolver los casos concretos—. Por el contrario, la actividad de los legisladores es fundamentalmente política, en el sentido general y partidista del término, circunstancia que los invade de todo tipo de prejuicios por parte de los teóricos. Cabe aclarar que lo dicho hasta aquí trata de representar, de un modo más o menos abstracto, el sentido común que se oye en las aulas y los pasillos de la academia y en los ámbitos jurisdiccionales. La visión de los teóricos en tanto que los funcionarios, magistrados o legisladores vienen a destruir el sistema sustentado en principios. Más allá de la veracidad de estas críticas, lo interesante es rescatar la imagen que se tienen unos de otros. El académico puro es mal visto en el ejercicio del ámbito público, más aún si es nuevo en un cargo como funcionario. Y viceversa: un funcionario puro en la academia podría ser admitido para disertar sobre su experiencia en la función de su cargo público, pero con limitaciones, pues cualquier intento de teorización en su discurso no tendría la menor autoridad académica.

que no haya una conformidad con los principios contenidos en la Constitución Nacional, que debe ser el punto de partida, el norte de la actividad legislativa, pero también, y no en menor medida, de la teoría jurídica, que muchas veces se pierde en disquisiciones alejadas de una fiel interpretación de la ley fundamental.

### III. Teoría jurídica / política legislativa

1. Cabe preguntarse, en este contexto, si acaso es posible reflexionar acerca del derecho y los presupuestos de la teoría jurídica (en particular, del derecho penal), sin considerar los acontecimientos sociales y políticos en torno y en el interior de la institución que crea, justamente, las leyes. Esta cuestión parece haber pasado inadvertida en las investigaciones jurídicas, ya sea desde los enfoques de la teoría del derecho penal, la filosofía o la sociología.

La primera sensación que se tiene cuando se propone indagar, desde el campo jurídico, en un campo político como el del Poder Legislativo, es la de extrañeza, el de introducirnos en un terreno al que no pertenecemos. Un sentimiento de ajenez que podría explicarse por la visión que tiene la academia sobre la actividad de las instituciones y actores en juego. En relación con la dicotomía magistratura/teoría jurídica vs. legislatura, el Congreso Nacional es una institución donde la política adquiere una visibilidad evidente que las otras ocultan detrás de un discurso y una apariencia. Esta naturaleza insinúa una lógica de funcionamiento y producción de resultados totalmente diferentes a la lógica *reflexiva* propia del Poder Judicial. Si la lógica de este último sería afín a la académica, la del legislativo lo sería a la del Poder Ejecutivo y a la de los partidos políticos.

En este sentido, el campo teórico-jurídico, en general, se piensa a sí mismo sin ninguna referencia al campo político-legislativo. Parece no existir un canal de comunicación, quizás por tradición académica —tal como se mencionará más adelante—, con el que debería ser uno de sus objetos privilegiados de estudio. La gran influencia, por un lado, del derecho como ciencia autónoma y libre de impurezas de los hechos de la realidad y, por otro, de los métodos lógicos de resolución de casos, permitieron una tendencia hacia la dogmatización de los estudios jurídicos: un exceso de análisis de la ley sobre la base de criterios de auto-referencialidad teórica —es decir,

sin demasiado cotejo con el derecho positivo—, proporcional al déficit de investigación de las condiciones sociales y políticas que hicieron posible la creación de dicha ley. Es verdad que éste no es superior a aquél. Ambos estudios son necesarios para una comprensión integral de la ley. Sin embargo, actualmente apenas se observan escasas investigaciones en este segundo sentido, aunque sí abundan aquellos relativos a su aplicación a casos concretos, es decir, el campo jurisdiccional. (6)

Se advierte, de esta manera, un evidente divorcio entre la dogmática y la *génesis* —por decirlo así— de la ley, elaborando sus categorías de manera independiente a los procesos políticos que determinaron su creación. Una crítica podría afirmar, con algo de razón, que la misión de la dogmática jurídica no es la investigación de cuestiones políticas y sociológicas, sino la elaboración de categorías que permitan una mayor comprensión de los tipos penales para, de esta manera, facilitarle la tarea al juez —y no al legislador—. De todos modos, más allá de esto, es también cierto que una estructura jurídico-dogmática que prescinda de los acontecimientos políticos y sociológicos se transforma en un análisis circular, cerrado sobre sí mismo, sin lazos con los hechos sociales que le dieron sentido a la ley. Es relevante prestar atención a estos hechos, no sólo para afrontar un estudio descriptivo que permita observar los procesos de creación de la ley penal (terreno de la investigación sociológica), sino también para, una vez sancionada y publicada la ley, efectuar los controles de legitimidad constitucional conforme a los principios de las normas superiores. (7)

2. En este punto, es interesante al respecto la postura de Duncan Kennedy en el capítulo “La distinción entre decisión judicial y legislación” (*Izquierda y derecho*). Cuando nos referimos a la imagen que se tiene de las instituciones y de los actores, aludíamos a la creencia que aborda este

(6) Cabe aclarar, desde ya, que el hecho de abocarse a los estudios de la legislación no implica, de por sí, sumarle un matiz empírico a la investigación. Como veremos más adelante, los impulsores de la teoría de la legislación son juristas cuyos estudios no se caracterizan, precisamente, por una referencialidad directa al campo político-legislativo. Sin embargo, no dejan de ser un gran aporte teórico para los análisis de ese tipo.

(7) Tarea que podrán realizar los teóricos y los jueces, e incluso una comisión de control de legitimidad dependiente de los otros poderes del estado Cf. DÍEZ RIPOLLÉS, 2003.

autor en relación con una de las grandes dicotomías de la teoría política y jurídica: “la distinción entre decisión judicial y legislativa”, que siempre estuvo vinculada a “otras varias distinciones” cuestionables desde diversos puntos de vista, tal como veremos con este autor: entre tribunal y legislatura y, sucesiva y respectivamente, entre aplicar y crear derecho, entre derecho y política, entre cuestiones objetivas/técnicas y subjetivas, entre derechos y poderes, entre funcionarios respaldados por su profesionalidad (sin ideología, en la terminología de este autor) o por procesos electorales (fuertemente marcados por la ideología).

Así, esta concepción normativa que separa la institución legislativa de la judicial establece que el proceso de creación del derecho, propio de la primera, “requiere juicios de valor, que son inevitablemente subjetivos y, por lo tanto, políticos”. Por su parte, sólo la institución judicial determina, con su decisión, “los derechos de las partes en disputa”. En el trasfondo de esta separación se encuentra, según Kennedy, la concepción liberal del *imperio de la ley*, en tanto que “las partes tienen derecho a la determinación de sus derechos [...] por un proceso que no esté contaminado por las preferencias políticas de la mayoría”. Es decir, “la decisión judicial no necesita ser política, porque involucra cuestiones de significado y cuestiones de hecho que son independientes de los juicios de valor” —es objetiva—, lo que deriva en otra cuestión, propiamente liberal: esta tarea de decisión judicial no puede estar confiada más que a “profesionales entrenados que operen bajo una norma de fidelidad ‘independiente’ al derecho”. La teoría liberal le da un significado preciso al imperio de la ley: “el ejercicio de la fuerza o la violencia sobre los ciudadanos debe estar justificado de dos maneras: primero, por una apelación a una norma producida a través de un proceso democrático de toma de decisiones que está encarnado en la legislatura [...]; segundo, por una aplicación de la norma a los hechos en un proceso que sea independiente del proceso de decisión que la generó”.

Kennedy formula una serie de críticas a estas distinciones, porque nada impide que jueces y legisladores crucen los papeles y uno haga, en la práctica y frente a determinadas circunstancias, lo que tradicional y teóricamente compete al otro. Esta crítica implica una cierta desestabilización en la estructura conceptual del liberalismo, corriente teórica que remite a la “creencia en los derechos

individuales, regla de la mayoría e imperio de la ley”, que a su vez requiere la “separación de poderes como un medio para proteger” estos derechos “en un régimen de gobierno de la mayoría” (Cf. Kennedy, 2010:109 y ss.).

Ahora bien, volviendo al planteo mencionado antes, esta descripción de Kennedy sobre la postura liberal del derecho, corriente que ha marcado una huella profunda en la academia jurídica, nos esclarece el panorama sobre las razones que han determinado relegar, en gran medida, la cuestión legislativa de los análisis jurídicos. La política y los demás elementos que componen, para este imaginario liberal del derecho, los procesos de creación de la ley: una actividad signada por lo subjetivo, la ideología y el poder. Sin embargo, las corrientes críticas del derecho evidencian que estos elementos también se encuentran absolutamente presentes en las decisiones judiciales, aunque bajo la apariencia de otras máscaras (8); máscaras con ilustraciones de profesionalidad, tecnicidades, objetividad, pero que encubren toda una gama de actividades tan políticas como las de los legisladores —aunque sólo en estos últimos está a flor de piel—.

#### IV. Ese maldito sentido común

*Nuestros mejores juristas trabajan en pro del sentido común.*

Esta frase de Adriano es escandalosa para la academia. Para los teóricos del derecho implica, ni más ni menos, el peor de los retrocesos, en tanto que el derecho debe estar fundamentado, según la opinión general, en principios y en la interpretación de esos principios elaborados por la teoría. Sin embargo, podríamos sostener que, sin negar lo anterior, el derecho no *es* —y tampoco *debería ser*— simplemente una expresión de los contenidos en una norma superior. Para insertarse en una sociedad y contribuir con la convivencia entre sus habitantes, necesita de ese otro pilar entroncado en el mundo de la política, en determinadas circunstancias inmanejable, indefinible, es cierto, pero tan propio de las decisiones legislativas que haría imposibles toda creación, aplicación e in-

(8) Para un análisis magistral del juego de las máscaras en los discursos, cf. las dos primeras conferencias de Genealogía del racismo (o Defender la sociedad), de Michael Foucault.

terpretación de la ley sin él: el sentido común. Sin él, la ley sería pura abstracción teórica. El derecho *es* —así *debería* teorizarse y comprenderse— una síntesis de principios y democracia. En otras palabras: es el resultado de una decisión mayoritaria —sostenida por el sentido común— dentro de un marco legal con reglas de juego explícitas, lo que impide, en lo posible, que la decisión sea *puro* sentido común.

En general, y en la mayoría de los casos con razón, este sentido común, en general expresado a través de la opinión pública, es considerado como un factor peligroso para el cuerpo normativo. Podemos afirmar, siguiendo a Kennedy, que esta crítica se realiza según la impronta liberal del derecho. Si se analiza este fenómeno desde la teoría de los campos, tiene su lógica: cuando se recibe el título de abogado o al ocupar un cargo público como funcionario o magistrado, se jura defender la Constitución Nacional. No la paz social. Y nada parece indicar que la intangibilidad de aquélla garantice, por sí misma, la inalterabilidad de esta última. Con la defensa ciega del aspecto jurídico del Estado, se corre el riesgo de descuidar su otro aspecto, el democrático. La interacción real de estos dos aspectos del Estado requiere de un conocimiento más amplio que la sola interpretación jurídica. Ello hace a la sociabilidad.

Así, no debería alarmarnos que los legisladores trabajen con el sentido común, además de con los principios y la teoría. Esto no es otra cosa que pensar el derecho en sentido social. (9) Respetarlo es involucrar a aquellos a quienes está destinado el derecho, la sociedad. Esto, desde ya, en modo alguno significa desentenderse de la teoría. (10)

Si acaso es posible pensar en la figura de un legislador ideal, debería tener al menos dos características especiales: crear la ley para el pueblo que, justamente, le permitió, con su voto, acceder a esa porción de poder, pero sin descuidar el aseso-

(9) De ahí también la idea de Adriano de que la ley no debe diferir de los usos, tal como veremos más adelante.

(10) Son ilustrativas las palabras de Gaetano Filangieri que abren Ciencia de la legislación uno de los “objetos de las leyes políticas” es “la población [...] Sin hombres no hay sociedad [...] En todas las naciones, en todas las edades, y en todo género de gobierno, han visto los legisladores un objeto de primera necesidad en la multiplicación de los hombres: y por esto han dirigido su principal cuidado a la población” (1836).

ramiento de los expertos ni desconocer la normativa constitucional—se trata de la figura del político asesorado—. Ahora bien, si la opinión de los expertos, basada en los principios jurídicos, difiere sustancialmente de la del ciudadano, ¿el legislador estaría en serios problemas de representación si acaso se negara a escuchar los reclamos sociales al priorizar las razones teórico-jurídicas? Es una —o *la*— cuestión compleja que habrá que definir en cada caso en particular. Aquí sólo podríamos avanzar de manera hipotética, problematizando las distintas posturas al respecto. Es común que se critiquen ciertas políticas legislativas aduciendo que fueron impulsadas o deliberadas a través del mero sentido común. “Sentido común” en tanto que conjunto de frases hechas y dichos irreflexivos pronunciados por personas que carecen de un saber, es decir, todo aquello que un experto jamás diría. Sin embargo, esta demonización del “sentido común” y la “opinión pública” contribuye no sólo a la desautorización de quien opina, el lego, sino también a aumentar la brecha entre éste y el experto. El diálogo se resquebraja antes de entablarse. Los discursos corren por rieles diferentes sin reconocerse mutuamente.

En otro pasaje, afirma Adriano:

*Somos funcionarios del Estado, no Césares. Razón tenía aquella querellante a quien me negué cierto día a escuchar hasta el fin, cuando me gritó que si no tenía tiempo para escucharla, tampoco lo tenía para reinar.*

Y más adelante:

*Una burocracia nueva [...] Veo el peligro de estos ejércitos civiles y puedo resumirlo en una palabra: la rutina. Estos engranajes destinados a durar siglos, se estropean si no se tiene cuidado. [Se debe] regular incesantemente su movimiento, prever o reparar el desgaste (p. 103).*

Los funcionarios del Estado, pero ante todo los teóricos del derecho, deben estar atentos al cambio permanente de los hechos sociales. El hábito rígido de las burocracias y de los sistemas teóricos no favorece la comprensión de los acontecimientos. Ciertos teóricos se quejan de que el derecho cambia de acuerdo a los humores sociales. Pero ¿debería ser de otra manera? Es verdad que hay casos extremos donde se reclaman ciertas políticas criminales que *destruirían* el Código Penal, como cuando se incorporan, por ejemplo, penas

excesivas y desproporcionadas —como remedio puramente político, por ejemplo, a reclamos de mayor punitividad por parte de víctimas de hechos delictivos— y, por ende, contrarias a los principios constitucionales. Sin embargo, cuando se llega a este extremo de las reformas a la ley penal no se advierte que el problema no se encuentra en esta instancia legislativa y que es apenas la punta de un iceberg: la respuesta última (11) a una cuestión mucho más profunda que, sin embargo, está muy lejos de garantizar una solución. La reforma, por sí misma, poco nos dice acerca de una situación social que es mucho más compleja, inabarcable con las escasas herramientas que nos brinda la Facultad de Derecho. En este contexto, se advierte una falta de reflexión sobre la teoría misma. El derecho queda peligrosamente atrás de la dinámica social, a no ser que se afronte una investigación que vaya más allá de una exégesis de las figuras penales y apunte a las relaciones sociales.

Para evitar esta situación, ¿cuál debería ser el papel de los asesores legales? ¿Cuáles son los riesgos que corre el conocimiento limitado de los expertos, hecho que imposibilita la comprensión del funcionamiento *real* de las instituciones del Estado?

## V. Neracio Prisco

*Nuestras leyes civiles no serán nunca lo suficientemente flexibles para adaptarse a la inmensa y fluida variedad de los hechos. Cambian menos rápidamente que las costumbres; peligrosas cuando quedan a la zaga de ésta, lo son aún más cuando pretenden precederlas.*

Y, más adelante, Adriano agrega:

*Las leyes deberían diferir lo menos posible de los usos (p. 99).*

En cuanto a la idea de la fluidez de los hechos sociales, está en armonía con su pensamiento

(11) No en el sentido de *ultima ratio*, es decir, en tanto fue imposible resolver el conflicto por otros medios más pacíficos, entonces se opta por la vía punitiva, sino en un sentido más bien sociológico: se evidencia que el reclamo de la reforma legal acarrea toda una serie de fenómenos relacionados a la falta de creencias en las instituciones del Estado y de confianza en el sistema representativo, ya que ningún político es capaz de canalizar la problemática social y, entonces, la ciudadanía se levanta “de forma espontánea y sin aliento ni bandera partidista”.

acerca del movimiento perpetuo que sufren las ciudades, consecuencia, en realidad, de todos los actos humanos:

*Construir es colaborar con la tierra, imprimir una marca humana en un paisaje que se modificará así para siempre; es también contribuir a ese lento cambio que constituye la vida de las ciudades* (p. 107. El destacado es mío).

En este último párrafo, Adriano no hace referencia a cuestiones jurídicas, sino a la arquitectura, a la ingeniería de caminos y puentes, a las rutas que “inauguraban en el desierto la era de la seguridad y acababan con la del peligro”, a los acueductos, a la elevación de diques y fortificaciones que tienen, por igual, la función de defender “un ribazo o un imperio”, un punto “donde el asalto de las olas o de los bárbaros será contenido y roto” (p. 107). Son cuestiones donde poco importa la opinión pública. De hecho, no cuenta el interés popular sino como la experticia propia de unos pocos cuya competencia no se discute, cuya capacidad nadie se atrevería a refutar.

Ahora bien, algo muy distinto sucede con algunos acontecimientos sociales que producen, a la mirada y sensibilidad públicas, desestabilización e intranquilidad social, como es el caso del delito. Aquí interviene de forma directa la ciudadanía. Cuando el acontecimiento ha tomado espectacularidad, las propuestas de “las soluciones” por parte de ella dejan un espacio muy acotado a la injerencia de los expertos: ante todo, cuenta la opinión pública. La academia jurídica cae en una profunda desazón cuando los profanos se apropian de la voz *experta*, dado que se entiende que las ideas se proponen según la lógica de la “irracionalidad absoluta”. Se produce un oxímoron: los expertos inexpertos. Los problemas de inseguridad quedan en manos de víctimas, periodistas, grupos de gente que acompaña con cánticos y velas a la familia de la víctima. Pero, ¿podría ser de otra manera? Surgen todo tipo de dudas. Aquello que escandaliza a los juristas, ¿no es justamente una parte de la democracia que se pone en marcha? ¿Acaso no es democrático que las masas soliciten a las instituciones, previa renuncia a la venganza privada, que se modifiquen las políticas públicas relativas a la seguridad? Estas preguntas no son tendenciosas. Claramente, aquí comienzan a jugar otros factores: ¿es necesario modificarlas? En el supuesto caso de que así sea, ¿es, precisamente, en

el sentido en que lo propone la opinión pública? Una cosa parecería ser cierta: es extraño que del calor y la indignación surja la respuesta correcta. Sin embargo, no es allí donde debe ponerse el ojo —en la solución correcta—, sino en el reclamo social en sí. Si un grupo más o menos considerable decide volcarse a las calles para reclamar, ese solo hecho es signo de que algo no funciona del todo bien. Ahora bien, ese “algo” no es (o no sólo es) precisamente la ley penal o la policía o la falta de respuesta política. Muchas veces, el reclamo no lo evidencia con toda claridad.

De este modo, corresponderá al teórico hacerse cargo de esta complejidad social: abordar el caso sin prejuicios. Y, así, determinar las causas reales y latentes del problema para proponer soluciones coherentes al caso. Esta última cuestión no es tan difícil de abordar como la primera: entre los teóricos reina un profundo prejuicio con respecto a los profanos que pretenden usurparle la voz. El recelo del jurista es una barrera infranqueable que lo aísla, muchas veces, de los acontecimientos sociales. Proteger el saber y los principios contra viento y marea provocados por los profanos ¿no es, en gran medida, una falta de compromiso social por parte de los teóricos? Ello implicaría un desborde crítico. Pero nos lleva hacia otra cuestión: el jurista no debe ser respetado —tan solo— por la elaboración de teorías y teoremas, sino también por la aplicación de todo ese esfuerzo y saber fáustico a un determinado problema social y, asimismo, a la relación, el entendimiento y el diálogo con los profanos: un trabajo mancomunado, no exento de luchas y discusiones, con la finalidad de reflexionar y alcanzar soluciones pacíficas ante problemas violentos. Ni los teóricos viven en un gabinete ni los profanos que reclaman más seguridad son fascistas. O no necesariamente. Con seguridad, hay algo más detrás que es preciso investigar.

Con relación a esto, Adriano afirma en otra página de las *Memorias*:

*Había llegado al punto de sentir que la discusión más trivial sobre la importación de trigo de Egipto me hubiera enseñado más sobre el Estado que toda la República de Platón* (p. 38).

Ya no se trata sólo del sentido común, sino también del sentido práctico. Aunque, claro está, el reconocimiento del saber trivial no significa,

en modo alguno, ridiculizar el saber experto. Así, Adriano elogia la figura de Neracio Prisco, quien encarna, según él, el “asesor legal” por excelencia:

*[Adriano] ignoraba el derecho, pero tuve la suerte de encontrar como colega en el tribunal a Neracio Prisco, quien consintió en instruirme [...] Pertenecía a esa rara familia espiritual que, poseyendo a fondo una especialidad, viéndola por así decirlo desde adentro, y con un punto de vista inaccesible a los profanos, conserva sin embargo el sentido de su valor relativo en el orden de las cosas, y la mide en términos humanos. Más versado que cualquiera de sus contemporáneos en la rutina legal, no vacilaba nunca frente a las innovaciones útiles. Gracias a él pude imponer más tarde ciertas reformas (p. 39).*

Al definirlo como parte de “esa rara familia espiritual”, Adriano reconoce que ya en su tiempo los expertos pertenecían a una casta distinta de la de los ciudadanos comunes y que Prisco viene a superarla en gran medida. Asume ese contacto con la realidad social soslayada por los teóricos, a pesar de ser indispensable para lograr una interpretación más compleja de los hechos sociales. Esto le permite una participación más comprometida con los acontecimientos.

A continuación repasaremos las propuestas de la teoría de la legislación que, en gran medida, reflexionan acerca de este legislador en el doble sentido de experto, teórico y pragmático.

## VI. La teoría de la legislación

### 1. Una disciplina incipiente e inexplorada. Diferencias con la dogmática jurídica

Veamos la reflexión que ha merecido esta cuestión entre los juristas.

Al contrario de lo que se observa en los estudios sobre la dogmática jurídica, enfocados en las actividades jurisprudenciales, es decir, en la interpretación y aplicación de la ley a un caso concreto —estudios que, por cierto, sobrecargan el campo jurídico y marcan un camino unilateral en la producción teórica—, nos encontramos con un reducido número de teóricos del derecho que centraron su análisis en la problemática de la creación legislativa. Estos autores aislados evidencian, recién a partir de las décadas del 70 y 80 del siglo pasado en España, la escasez de estudios sobre el

tema. Manuel Atienza —uno de los primeros en advertir este vacío— sostuvo:

*... en el campo de la teoría de la ciencia jurídica, los filósofos del Derecho podrían contribuir a promover un cambio de orientación fundamental en la tradicional “ciencia del Derecho”: al lado de la dogmática jurídica habría que construir [...] una teoría y técnica de la legislación de la que, hoy por hoy, se carece (1984:33). (12)*

Años más tarde planteó, por sugerencia de otro filósofo del derecho, Elías Díaz, la necesidad de operar un cambio en el sentido de *desjudicializar* la teoría del derecho, a raíz de lo cual escribió *Contribución a una teoría de la legislación*. Citando también a Díaz, otro autor, Virgilio Zapatero Gómez, propone pensar, desde la sociología y la filosofía del derecho, una concepción totalizadora del derecho que examine, además de la norma en sí, el proceso de su creación (1994:769). Por su parte, según Luis Prieto Sanchís el campo jurídico ha mostrado recientemente una preocupación hacia “la figura del legislador, muchos años oscurecida por la atención que merecían los jueces y sus sentencias” (1998). (13)

Cabe resaltar que aquel “hoy por hoy” de Atienza es tan actual como el de hace casi treinta años, fenómeno que no sólo ocurre en España, sino también en América Latina y, concretamente, en nuestro país. Este autor se remite a la historia de la teoría jurídica para encontrar una de las razones de esta disparidad y desproporción de los análisis jurídicos: mientras que la dogmática jurídica surge en Roma con la figura del jurista, que implicó la profesionalización de las funciones de interpretación y aplicación del Derecho, haciendo de ella uno de los saberes sociales más prestigiosos. Por

(12) Este artículo se publicó en el primer número de la revista *Doxa* dedicado a Problemas abiertos en la filosofía del derecho.

(13) Cf. tb. GALIANA SAURA, quien sostiene que el interés por la técnica legislativa es “novedoso” tanto en el campo jurídico como en el sociológico. Es una “disciplina aún escasamente estudiada” en España, desde hace tan sólo tres décadas (2000:247-248 y 271. Cf. también de la misma autora, 2003). Cf. además CUERDA RIEZU, 1991:74 y ss.; y BOLAÑOS GONZÁLEZ, quien advierte, en un análisis sobre la reforma del CP venezolano de 2005, que el desarrollo de la técnica legislativa ha sido soslayado por la ciencia jurídica, obedeciendo su implementación a formas intuitivas sin criterios racionales (2006:210).

el contrario, la técnica legislativa recién aparece en la década del 70 del siglo XX, vinculada con el surgimiento de una nueva profesión jurídica: la del *draftsman* o redactor de normas (Atienza, 1997:22). (14)

El “Grupo de estudios de técnica legislativa” (GRETEL) concentró a varios juristas españoles que abordaron, de forma innovadora para la década del 80, la técnica legislativa desde un estudio sistemático. Como sostenía el coordinador del grupo, Pablo Salvador Coderch, en España “no hay tradición en la materia de la teoría legislativa”. En el modelo de enseñanza de las facultades de derecho predomina el estudio de la dogmática jurídica que piensa en el jurista y los operadores del derecho en el ámbito judicial (el juez, el abogado y demás funcionarios) como intérpretes de la ley (su objeto) que, desde la tradición iniciada en el siglo XIX por Friedrich Karl von Savigny, sacralizan e idealizan a la norma considerándola un dato intangible sujeto sólo a interpretación y excluyendo del estudio la doctrina de la legislación (GRETEL, 1986:10).

Es verdad, sin embargo, que hubo, tal como advierte Zapatero Gómez, algunos autores clásicos del derecho y de la filosofía interesados en particular en la ciencia de la legislación. (15) A pesar de ello, la teoría de la legislación siempre fue un tema sesgado por parte de la academia jurídica. Tal como sostiene este autor:

*... la formación tradicional del jurista ha desdeñado el estudio del proceso normativo: su punto de partida ha sido siempre la norma promulgada. Y así, cuando ha tenido que estudiar la gestación de la norma [...] no ha ofrecido una visión unitaria del proceso ni se ha fijado en aspectos capitales de la*

(14) Cf. GRETEL, (1989:12), donde se historiza la figura del *draftsman* en Inglaterra. Básicamente, es un cuerpo técnico de redactores de los textos de los proyectos y de las leyes. Este grupo “*draftsman* no es el autor de la decisión pero sí del texto que lo expresa”.

(15) Durante el siglo XIX, autores como Bentham, Dicey, Austin, Llewellyn o Pound. Asimismo, en la Europa continental, trataron esta cuestión Montesquieu, Rousseau, Beccaria, Ihering, etc., y en el siglo XX Geny, Ripert, Capitaio Canonier. En particular, en su “Estudio preliminar” a *Nomografía o el arte de redactar leyes* de Bentham, Zapatero Gómez nos dice que este autor tenía por objetivo crear una ciencia de la legislación que, en manos de los legisladores, debería convertirse en el “arte de legislar” (2004).

*génesis de la norma como qué es lo que determina el ejercicio de la iniciativa legislativa, cómo se han de analizar las causas del problema a resolver, cuáles son los objetivos perseguidos...*

Esto se debe a que “los planes de estudio han abandonado estas cuestiones a otras disciplinas —o a ninguna— pese a ser cuestiones que afectan la calidad de las normas, su efectividad, su eficacia y su eficiencia”. Así:

*... juristas, sociólogos y filósofos del derecho han dejado de lado el estudio del momento de la producción normativa, de la relación del poder y del derecho, de la concepción y nacimiento de la norma, el momento “impuro”, pero capital, donde la política se convierte en derecho (Zapatero Gómez, 1994:769-770).*

Por su parte, otro autor español que ha estudiado este tema, José Luis Díez Ripollés, resalta la “escasa atención que se presta a la problemática relacionada con la creación del derecho en el ámbito de la investigación jurídica”; no hay un interés académico orientado en este sentido, lo que contrasta con la concentración de los estudios en la aplicación judicial del derecho (2003:13).

## 2. Objetivos y propuestas

Por todo esto, Atienza propone profundizar los estudios relativos a la ciencia de la legislación, dentro de la cual distingue dos niveles de análisis: el de la técnica y el de la teoría de la legislación. Mientras que la primera “se plantea como objetivo la optimización de la producción de las leyes”, es decir, la regulación de los procedimientos de la creación normativa (donde interviene, en gran medida, el *draftsman*); la segunda, por su parte, tiene por finalidad explicar el “fenómeno de la legislación desde una perspectiva general”, es decir, describe, explica y critica aquel procedimiento como objeto de conocimiento (1997:24, 25 y 74). (16) Ambas, técnica y teoría, deberían estar

(16) Así, podría denominarse como teorías de la legislación “aquellos análisis más bien de conjunto, de tipo explicativo y de carácter básico”, mientras que las técnicas legislativas “tienen un carácter mucho más sectorial, no pretenden explicar un fenómeno, sino indicar cómo conseguir ciertos objetivos a partir de determinados conocimientos y, en consecuencia, utilizan o aplican saberes que, por tanto, cabe considerar como más básicos”. Por otro lado, Atienza plantea un esquema de cinco racionalidades: lingüística, jurídico-formal, pragmática, teleológica y, finalmente, ética.

relacionadas entre sí y, a su vez, cada una de ellas con otras disciplinas, como la sociología del derecho, la filosofía del derecho, etc. Esto indica que en el análisis del fenómeno de la legislación están (o deberían estar) implicadas, además de las disciplinas jurídicas tradicionales (la dogmática jurídica, el derecho comparado y la teoría general del derecho), “prácticamente todas las disciplinas humanas y sociales (de manera destacada, las ciencias del lenguaje y la sociología) y la propia filosofía” (Atienza, 1997:23-25).

Es interesante destacar que, a diferencia de la mayoría de los estudios sobre teoría dogmática, la mayor parte de los trabajos sobre la teoría de la legislación se presentan como una propuesta concreta a un problema real: la crisis de la creación legislativa. De ahí que sus presupuestos estén ideados para producir un cambio progresivo en la legislación. Es curioso observar —al menos en el contexto español— que estas propuestas no surgen exclusivamente del campo de la teoría jurídica, sino que muchas de ellas son el resultado de seminarios, jornadas o congresos en cuya organización participaron, además de juristas y profesores universitarios, legisladores, funcionarios del poder legislativo y políticos de los demás poderes del Estado, tanto del ámbito nacional como regional. (17)

Dicho esquema no implicará todavía una teoría de la legislación, puesto que ésta debería ofrecer “una explicación general del proceso de la legislación”, como así también “los conocimientos básicos que nutrieran a las diversas técnicas legislativas”. De esta manera, concluye que “tal teoría parece estar todavía sin elaborar, aunque dispongamos ya de explicaciones parciales de la legislación y que constituyen una cierta guía (en verdad, todavía muy precaria) para la técnica y la tarea de la legislación” (ATIENZA, 1997:55-56). “La técnica legislativa surge de la necesidad de dar una respuesta práctica a la crisis, y la teoría de la legislación de la necesidad de encontrar una explicación teórica del fenómeno”. Sin embargo, claro está, la crisis legislativa es un problema que no se soluciona con la simple mejora de la calidad de las leyes. Para ella es necesario afrontar un análisis superador caracterizado por la búsqueda de “una cierta articulación entre saberes tan heterogéneos como los aquí implicados” (ATIENZA, 1997:25).

(17) Por ejemplo, La calidad de las leyes —Sáinz Moreno y da Silva Ochoa (coords.) (1989)—, libro que, como expresa el presidente del Parlamento del País Vasco en la Presentación, reúne los trabajos presentados por “los mejores especialistas en la materia” —entre los cuales se encuentran algunos integrantes del Grupo GRETEL—, en un Seminario celebrado en el Parlamento del País Vasco en abril de 1989, y cuyo objetivo fue “la preparación de directrices destinadas a mejorar la calidad de las leyes [...]”

## VII. Directrices para el legislador

*Si son demasiado duras, se las transgrede con razón. Si son demasiado complicadas, el ingenio*

Con esta preocupación, y con el afán de perfeccionarse en el ejercicio de sus funciones, este Parlamento convocó el Seminario”. En la Introducción, el Letrado Mayor de este Parlamento sostuvo que los “principios que presidieron la organización de este Seminario fueron, básicamente, el pragmatismo [y] la convicción de que algo no funciona bien en nuestro ordenamiento jurídico [...] Los poderes públicos implicados en la promoción del bien común, apremiados por la urgencia de las necesidades inmediatas, dictan normas sin el debido discernimiento y sin el sosiego que requiere esa función creadora [...] El problema que se nos plantea es el de cómo reaccionar ante este estado de cosas [...] La otra cuestión que parece razonable aclarar es la de la primacía de lo técnico o de lo político en los procedimientos normativos. Se dice, y creo que con suficiente razón, que en los procedimientos legislativos actuales existe una incontestable preeminencia de lo político sobre lo técnico [...] En este Seminario ha podido ponerse de relieve que es posible lograr un equilibrio, al menos en el plano técnico, entre lo político y lo técnico”. En tal sentido, los trabajos versaron sólo sobre los aspectos formales de los proyectos, leyes y antecedentes, elaborados a partir de la doctrina y de los preceptos de la Constitución española. Cf. tb. Técnica normativa de las Comunidades Autónomas, libro que agrupa los trabajos presentados en las jornadas realizadas en la Comunidad de Madrid en abril de 1990, y que tuvo por “interés no sólo los aspectos de elaboración, las técnicas de buena elaboración de una norma, sino también comprobar los presupuestos de la eficacia de esa norma (ver Presentación). Cf. tb. La técnica legislativa a debate, libro que reúne las ponencias de las jornadas homónimas realizada en septiembre de 1993 en la sede de la Asamblea Regional de Cantabria, y que abordó la problemática desde cuatro perspectivas diferentes: la doctrinal, la del Poder Ejecutivo, la del Poder Legislativo y la del Poder Judicial, y enfocadas desde los actores que trabajan a diario en dichos espacios: “Letrados de los dieciocho Parlamentos constituidos en el Estado, Catedráticos de diversas Universidades, Abogados del Estado, técnicos de diversos Ejecutivos, Magistrados”. La organización fue posible gracias a una iniciativa de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos, entidad “que tiene como uno de sus objetivos principales el fomentar el estudio del derecho constitucional en general y el derecho parlamentario en particular. Para cumplir dicho objetivo la Asociación ha previsto la organización anual, de forma rotativa en los diversos Parlamentos del Estado, de unas jornadas de estudio en las que puedan ponerse en común las más recientes aportaciones doctrinales y prácticas sobre un tema determinado, contribuyendo así a la consolidación y difusión del derecho relacionado con el Parlamento” (ver Presentación). En general, los autores coinciden en los factores que causan la degradación de los niveles de calidad de la producción normativa, como por ejemplo, el incremento de la producción de normas o la actuación acelerada del legislador ante el clamor popular.

*humano encuentra fácilmente el modo de deslizarse entre las mallas de esa red tan frágil...*

*Toda ley demasiado transgredida es mala; corresponde al legislador abrogarla o cambiarla...*

*Me proponía la prudente eliminación de las leyes superfluas y la firme promulgación de un pequeño cuerpo de decisiones prudente. Parecía llegado el momento de reevaluar todas las antiguas prescripciones, en interés de la humanidad.*

*Las más remotas participan del salvajismo que se esforzaban por corregir.*

1. En estos párrafos, Adriano plantea el problema y sugiere posibles soluciones. Las leyes no deben ser ni “demasiado duras”, ni “demasiado complicadas”, ni “demasiado transgredidas”, ni “superfluas”. Cuestiones, claro está, que remiten a una serie de principios garantistas, como el de *legalidad*, *necesidad* y de *economía legislativa*, además de remitir a principios pragmáticos, como la efectividad y eficiencia de la ley. (18) Sí deben ser respetables desde la “piedad humana”, “un pequeño cuerpo de decisiones prudentes” que contenga sólo aquellas “prescripciones en interés de la humanidad”. Todas las demás, derogarlas, ante todo las leyes “remotas” que, si bien fueron creadas, en su momento, para “corregir” un determinado “salvajismo”, hoy son, ellas mismas, salvajes, por no decir también obsoletas, “superfluas”. Todas estas *propiedades* de la ley, positivas a resaltar y negativas a eliminar, pueden traducirse al lenguaje jurídico como directrices que los autores de la teoría de la legislación han venido elaborando desde hace unos años atrás.

Se nos plantea el siguiente interrogante: ¿qué restricciones y controles de legitimidad pueden establecerse, desde la teoría jurídica, a las decisiones democráticas tomadas por el Poder Legislativo, si acaso es posible ejercer algún control?

Ante todo, el Estado, según la Constitución Nacional, es democrático y de derecho. El legislador puede dictar leyes a discreción oyendo todo tipo de reclamos sociales, pero sin salirse jamás de los límites jurídicos impuestos por la ley constitucional o los estándares de derechos humanos.

(18) Cf. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*; y MONTORO CHINER, (1985:514).

Es decir, debe legislar conforme a derecho y sin descuidar las necesidades sociales.

Retomando una discusión de más arriba, Gramsci identifica al legislador con “lo político”. Pero no cualquier político, sino “con un preciso significado jurídico-estatal” habilitado “por las leyes para legislar”. A su vez, lo identifica con todos aquellos hombres que, con su actividad, modifican “el ambiente social” y establecen *normas*, es decir, reglas de vida y de conducta, pero que se distingue porque forman parte del “personal estatal” y, por ende, tienen a su disposición las fuerzas coercitivas legales del Estado, cuya instrumentalización le permite imponer las normas que elabora. Y agrega:

*... la máxima capacidad del legislador se puede deducir del hecho de que a la perfecta elaboración de las directivas corresponde una perfecta predisposición de los organismos de ejecución y verificación y una perfecta preparación del consenso “espontáneo” de las masas que deben “vivir” esas directivas, modificando sus propios hábitos, voluntades y convicciones de conformidad con ellas y con los fines que se proponen alcanzar (Gramsci, 2008).*

En este párrafo, Gramsci introduce cuestiones de Estado y cuestiones sociales. La legislación debe ser el resultado de una “perfecta elaboración” para un funcionamiento armónico dentro de las instituciones del Estado, y también para una aceptación y formación de consenso por parte de la sociedad.

En tal sentido, ante la situación compleja de una legislación sin rumbo aparente, ya sea por el riesgo que implicaría su inutilidad para el fin que fue creada o por la violación de ciertos preceptos constitucionales, y para encauzar la actividad del legislador y evitar, de esa manera, un ejercicio inapropiado de su poder para restringir las conductas humanas bajo amenaza de aplicar violencia, se proponen estas directrices destinadas a los legisladores con la finalidad de lograr una legislación sostenible y legítima sobre la base de dos cualidades: útil para la solución de conflictos y acorde al derecho constitucional. (19)

(19) Tal como sostiene Zapatero Gómez, “la cuestión pertinente no es si hay o no muchas normas, sino la de si todas ellas cumplen con unos mínimos parámetros de calidad exigibles para que el derecho desempeñe adecuadamente las funciones de dirección social que le hemos asignado y

Ahora bien, esta es una cuestión compleja. Las categorizaciones pueden ser ingenuas, inaplicables o alejadas de la problemática real del caso concreto. Con ese riesgo a la vista, y teniendo en cuenta la limitación de los enfoques sobre las dimensiones de la problemática legislativa y las propuestas para afrontarla, vale la pena, de todos modos, analizar estas categorías pensadas para brindar herramientas destinadas a enmarcar la actividad del legislador.

Los diferentes estudios proponen una serie de *recetas* en forma de cuestionarios, principios o reglas de carácter *racional* (propuestas de una visión adecuada a la complejidad de determinada problemática) con un objetivo: guiar a los actores sociales y políticos en el proceso de la creación legislativa.

Cabe destacar que, más allá de todo cuestionamiento que se les pueda formular, estos trabajos tienen el gran valor de advertir una falencia en el campo jurídico, frente a la que desarrollan un estudio propositivo. Así, sugieren un esquema de actuación a implementar en las diferentes fases de la creación legislativa, que va desde la determinación de un problema social concreto hasta las formalidades propias de la ley, con herramientas que permitan ejercer una suerte de control de su *legitimidad*. En gran medida, pretenden evitar la abstracción teórica, es decir, caer en un hermetismo de categorías alejadas de los acontecimientos sociales y de las luchas políticas en las actividades parlamentarias. Por el contrario, proponen reglas cuya efectividad logre adecuarse a un sistema normativo lo más acorde posible al derecho constitucional y a las recomendaciones de los estudios sociológicos, criminológicos, asociaciones civiles, etc., para que la ley influya positivamente en la problemática social que se pretende solucionar. Para ello, como sostiene Atienza, los análisis de la teoría de la legislación (20) deben tomar como dato las normas jurídicas existentes, y también las realidades y necesidades sociales. Deberían, entonces, no sólo explicar un fenómeno (teoría), sino también estudiar cómo se puede producir un determinado resultado dadas ciertas condiciones

que, en nuestro caso, son las del Estado social y democrático de derecho" (2009:11).

(20) Y también la dogmática jurídica, disciplina que habitualmente se olvida de su carácter técnico, y se desarrolla de espaldas a lo social.

(técnica). (21) A esto habría que agregar las emociones de las víctimas de la delincuencia, cuyos reclamos influyen en los procesos de producción legislativa.

2. Los manuales y los tratados de derecho penal estudian el principio de legalidad, haciendo hincapié en los requisitos que debe contener una ley para ser constitucional y teóricamente válida. Estas directrices que citaremos a continuación plantean, además de cuestiones teóricas, también prácticas de la tarea del legislador, desde un punto de vista no sólo jurídico, sino también sociológico y político-criminal. (22)

Así, se pueden analizar *tres niveles* de restricciones o controles a la actividad del legislador que se harán valer antes, durante y después de la sanción de la ley (23):

1. Evaluación *sociológico-política* sobre la necesidad y el impacto social de la futura ley;

2. Evaluación *jurídico-constitucional* sobre los límites al contenido de la legislación (principios constitucionales relativos a qué y cómo castigar);

3. Evaluación *jurídico-formal* sobre el texto de la ley.

Los objetivos principales de estas directrices pueden sintetizarse de la siguiente manera: mejorar la calidad de las normas; profundizar la confianza social en la actividad legislativa y en la

(21) Es decir, se trata "no tanto de conocer una realidad", sino también "de obtener unos resultados prácticos valiéndose de ciertos conocimientos y datos previos" (ATIENZA, 1997:23. Cf. tb. LARRAURI, 2001).

(22) En la Sesión del Congreso de los Diputados de España del 29 de abril de 2010, donde se sancionó la modificación del Código Penal, el diputado Joan Ridaó I Martín (Grupo Parlamentario Esquerra Republicana, Izquierda Unida, de España) dejó en claro en una pequeña frase la lógica que debería guiar la teoría de la legislación (aunque sin hacer referencia explícita a ella): no sólo respetar el derecho, sino también adecuarse para alterar un estado de cosas que se pretende modificar. El diputado expresó: ciertas modificaciones que implementa la reforma al Código Penal "constituye una solución dudosa, desde el punto de vista del Estado de derecho, e ineficaz por inoperante" (Cf. "Sesión Plenaria N° 151", p. 16).

(23) Cabe destacar que la bibliografía estudiada no plantea los niveles en estos mismos términos, aunque sí podemos deducirlo del conjunto de los textos analizados.

ley; le otorga mayores herramientas a la administración de justicia con el menor grado de ambigüedad de los preceptos, restringiendo toda interpretación desorientada y contradictoria a las intenciones del mandato legal; evitar que las prescripciones sean meras indicaciones legislativas sin posibilidad de ser aplicadas y, consecuentemente, reemplazadas por normativas de orden administrativo (situación que rompería la “cadena de legitimación democrática”, ya que hace caso omiso al poder que el ciudadano ha transmitido a los poderes legislativos). (24) En este sentido, cada factor se encuentra interrelacionado con el otro y, en su conjunto, apunta a facilitar una mayor coordinación entre los poderes estatales. Con esto se busca, en lo posible, que los legisladores mantengan una perspectiva cualitativa y cuantitativa de las leyes que sancionan y, así, que no pierdan de vista los efectos que éstas producen, tanto en la sociedad como en el cuerpo legislativo en su conjunto, precisamente en aquellas normas existentes con las que, lejos de complementarse, pueden entrar en conflicto legal e interpretativo. De más está aclarar que estas directrices no se detienen solamente en la cuestión técnica de la ley, sino que también, y ante todo, hacen hincapié en el contenido de la normativa: la calidad de las leyes hace referencia a la precisión de su lenguaje y, a su vez, a los fines políticos y sociológicos de su sanción, a los efectos que persigue y las causas que le dieron impulso y que tiende, de alguna manera, a transformar. (25)

Como se dijo más arriba, el primer desarrollo en España de una técnica legislativa fue abordado por el Grupo GRETEL. Aunque sus estudios se refirieron exclusivamente a sus aspectos formales —basados en los trabajos realizados en Alemania Federal, Austria y Suiza, como así también en la tradición cultural inglesa del *drafting* del sistema legal del *common law*, y, en menor medida, en la experiencia italiana (1986:14)—, cabe destacar que fueron pioneros en elaborar un listado con los

(24) Cf. MONTORO CHINER (1985).

(25) Cf. MONTORO CHINER (1985). Tal como sostiene la autora en este artículo, “no importan la exactitud o la perfección de las leyes como el éxito que con las mismas puede conseguirse”. Así, “ambos aspectos en sí no se enfrentan de una manera rígida, pues el aspecto técnico de una ley no se contempla nunca de manera indiferente de su contenido”. Después de todo, “las leyes que no cumplen con las expectativas que a través de ellas se pretenden atender o que producen efectos no queridos, lesionan el crédito del legislador y de la democracia”.

criterios “sobre cómo debe ser la configuración y estructura formal de las leyes en general, sobre lo que es común a cualquier ley si se hace abstracción de su objeto y contenido concretos”, en vistas a “la más correcta estructuración formal de la ley”. En los años subsiguientes, como se verá, surgirán otros estudios que complejizarán esta cuestión, desde puntos de vista más técnicos o más sociológicos. La tendencia, en todo caso, apunta a una sistematización de los criterios de técnica legislativa. (26) Ante todo, debe comprenderse la ley como un instrumento más, entre muchos otros, de intervención estatal “cuyo uso hay que calibrar y valorar en función de los objetivos que se pretenden alcanzar y de los medios alternativos disponibles”. En este sentido, la “metódica de la legislación es el nombre jurídico de dos saberes propios de la ciencia política: *evaluación e implementación*”. La primera “estudia las consecuencias (queridas y no queridas) de los programas de intervención estatal”. La segunda, por su parte, “tiene como objetivo el estudio de la *ejecución* de esos programas y pregunta acerca de las condiciones o factores que provocan *déficits* de ejecución” (GRETEL, 1989:18).

Para llevar a la realidad esta propuesta en la praxis legislativa, estos autores elaboraron un catálogo de directrices o cuestionarios de técnica legislativa, que denominaron con el término alemán *Checklisten*, o inglés *Checklist*. Estos cuestionarios, elaborados y utilizados fundamentalmente en Alemania, están compuestos por diez preguntas genéricas que deberán responder legisladores y asesores al enfrentarse a un problemática determinada, antes incluso de iniciar los procesos de creación o modificación de una ley. (27) Ellas son:

(26) Los dos libros de GRETEL tienen un claro objetivo propositivo, en el sentido de formular una teoría de la legislación a fin de obtener “un saber aplicado a la composición y redacción de leyes y disposiciones jurídicas”. Manifiestan que este saber es “un conjunto de procedimientos y recursos de orígenes distintos: unos proceden de saberes científicos o tecnológicos; otros, de generalizaciones empíricas bien contrastadas; y unos terceros, del conocimiento común u ordinario” (1989:16). Para un mejor desarrollo y aplicación de la teoría legislativa, se plantea una serie de principios de orden metodológico, como ser la recopilación y evaluación de las prácticas españolas relativas a las técnicas de legislar y de redactar los documentos legislativos, para luego compararlos con otras prácticas (inglesas, alemanas).

(27) Luego, cada una de estas preguntas se podrá desarrollar en una serie de subcuestiones que concreten analíticamente el sentido de la cuestión básica.

1. ¿Debe hacerse realmente algo?
2. ¿Qué alternativas hay?
3. ¿Ha de actuar precisamente el Estado?
4. ¿Debe redactarse una ley?
5. ¿Hay que actuar ahora?
6. ¿Son necesarios el alcance y la amplitud previstos en la regulación?
7. ¿Puede limitarse el período de vigencia de la ley?
8. ¿La ley es comprensible y asequible para el ciudadano?
9. ¿Es practicable la ley?
10. ¿Cuáles son los costos y los beneficios previstos? (28)

Dado que este cuestionario no es operativo en sí, para su puesta en práctica será necesario elaborar un programa para establecer un proceso de al menos tres fases:

- a) Confección de un cuestionario de preguntas amplias, sin ofrecer paralelamente un marco teórico o criterios empíricos para encuadrar las respuestas;
- b) elaboración posterior de esos criterios a partir de —entre otras cosas— la experiencia derivada del uso del cuestionario;
- c) finalmente, redacción de una manual de legislación. (29)

El cuestionario pretende superar los defectos propios de la elaboración de las leyes, como así

(28) Cf. GRETEL, 1989:37 y ss., 253 y ss. Por otro lado, aclaran que la Checklisten no es una panacea para remediar todas las insuficiencias de la legislación actual, sino que plantea ciertas cuestiones a resolver en su propia estructura (1989:267).

(29) Esto es apenas un comienzo. Según GRETEL, “el criterio fundamental para dar por buena una regla de teoría legislativa es el de su carácter operacional; la regla no puede ser una declaración de intenciones o de principios, sino que ha de ofrecer instrumentos para su puesta en práctica y para su medición sensu amplio. Sin criterios operativos, no hay teoría legislativa” (1989:44).

también poner freno a la marea normativa —los criterios deben establecer la necesidad real de nuevas disposiciones—, a la burocratización para incrementar así la eficacia de las normas teniendo en cuenta las consecuencias de los efectos deseados al momento de la aplicación de la normativa. Es decir:

*... en estos cuestionarios se establecen exigencias de calidad en atención a características y criterios sobre la eficacia de las normas jurídicas [...] Las preguntas de control pretenden ayudar a diagnosticar insuficiencias, posibles modos de actuación y efectos secundarios, y facilitar el cumplimiento de los estándares de calidad exigidos (GRETEL, 1989:255-256).*

Por otro lado, el uso de la Checklisten estimula la observancia de los principios de técnica legislativa y de las exigencias de planificación a fin de que produzcan los objetivos perseguidos por la ley. (30)

En cuanto a la estructura de la Checklisten, se distinguen los siguientes apartados:

a) *Planificación de la intervención legislativa*, concerniente a la metódica de la legislación, desarrollada a partir de las decisiones de las ciencias sociales, y teniendo en cuenta condicionamientos constitucionales y políticos. Se plantea un problema, frente al que se evalúan los medios para su resolución. Este estadio tiene las siguientes fases sucesivas:

a.1) *impulso de la iniciativa*, que plantea la existencia de un problema;

a.2) *análisis del problema*, de la situación actual y sus consecuencias, que permiten valorar la urgencia y la necesidad de la actuación;

(30) Así, ayuda a: a) estructurar el proceso mental en el desarrollo del programa de elaboración de un texto normativo; b) recordar los aspectos y los problemas más importantes que deben ser tenidos en cuenta durante el proceso de elaboración, en especial aquellos que, según ha demostrado la práctica, se tiende a dejar de lado; c) clarificar los condicionamientos, efectos e interrelaciones que se presentan en la regulación proyectada. Se favorece de este modo la percepción de los problemas planteados por una determinada regulación; d) estandarizar el proceso de elaboración de disposiciones normativas, proporcionando a los diferentes órganos especializados que participan en él bases uniformes para poder valorarlas (GRETEL, 1989:256).

a.3) *análisis de las causas*, es decir, de los factores —generalmente plurales— que inciden la producción del problema;

a.4) *análisis de los objetivos*, que se definen por su ámbito, dirección de la modificación, grado, momento y duración, entendiendo a la ley como un instrumento para la consecución de ciertos objetivos de política legislativa fijados previamente, por lo que será necesario jerarquizarlos, valorarlos y distinguirlos;

a.5) *análisis de los instrumentos de actuación (alternativas)*, que permitirá examinar los diferentes mecanismos de solución del problema, que pueden ser sociales de autorregulación (autonomía privada, grupos organizados, cooperación entre asociaciones, etc.), o de intervención estatal (medidas administrativo-reguladoras como leyes, decretos, regulaciones, medidas económico-fiscales como estímulos económicos, subvenciones, desgravaciones), o medidas informativas y de propaganda como campañas publicitarias, etc.;

b) *Análisis técnico-legislativo*, que comprende los aspectos técnico-formales de la redacción del texto normativo:

b.1) *estructura formal, densidad de la regulación* o número de normas que regula un determinado sector de la realidad social;

b.2) *intensidad de la regulación* o precisión y grado de detalle que recogen las normas; y

b.3) *aspectos técnico-jurídicos* como por ejemplo la compatibilidad de la ley con las normas de rango superior.

c) *Ámbito de ejecución de la normativa*, que se ocupa de la practicabilidad administrativa, es decir, del grado de coincidencia de las disposiciones con la organización existente, modos de trabajo y conducta habitual del personal que debe aplicar y ejecutar la normativa, esto es, analizar la efectividad, la eficiencia y las posibles deficiencias de la ejecución de la norma.

d) *Repercusión en los ciudadanos*, que atiende las siguientes cuestiones:

d.1) *la comprensibilidad*, es decir, que resulte entendible por parte de los grupos afectados a los que se dirige la norma;

d.2) *aceptación*, pues en general se debe tener la convicción de que la regulación tiene sentido y es necesaria;

d.3) *previsibilidad y estabilidad*, cuestión que se ve afectada por constantes modificaciones y falta de uniformidad en la aplicación;

d.4) *minimización en la imposición de cargas a los afectados*;

e) *Costos*, es decir, la evaluación de los costos que implicaría la nueva regulación, como ser gastos presupuestarios para la asignación de nuevos recursos o, además de lo económico, la reasignación de recursos existentes. (31)

En el capítulo sobre la “Planificación de la intervención legislativa”, los autores hacen una distinción entre *proceso legislativo interno*, donde tiene lugar la “formación de la voluntad legislativa y de la toma de decisiones en la elaboración de un proyecto legislativo”, el *proceso legislativo externo*, que se ocupa de “la participación de los distintos órganos parlamentarios en la elaboración de las leyes”, y *técnica legislativa*, que atiende a la “optimización de la redacción del texto legislativo y de su contenido normativo” (GRETEL, 1989:233). En cuanto al primero, el proceso decisorio “parte de la existencia de un *impulso del problema*”. Luego vendrán otros pasos, como la definición y el análisis de la situación del problema, de los objetivos que se deben alcanzar y de los instrumentos de actuación, todo ello con el fin de “la elaboración y posterior aplicación de un *programa*” para resolver el problema —en el paso de los “instrumentos” recién se concreta la decisión del legislador— (GRETEL, 1989:234).

Así, tiene mucha importancia identificar claramente este primer impulso donde radica el núcleo de la ley, pues desde allí se podrán extraer las razones primeras —los intereses ocultos para los análisis jurídico-dogmáticos, que pueden ser sociales, políticos, económicos, etc., o la confluencia de ellos—, razones que determinan su existencia más allá del texto mismo. Esta pulsión primera sitúa el hecho social investigado —reclamos sociales de reforma legislativa— en un punto estratégico, como si se lo colocara en el cruce de dos calles: una lo conduce hacia una progresiva juridicidad

(31) GRETEL, 1989:262-266.

hasta convertirse, en su punto culminante, en ley; y la otra, sociológica por naturaleza, hacia los acontecimientos, factores y climas sociales que determinaron el impulso. (32)

Tal como asegura este Grupo, el impulso es “el cúmulo de razones y factores que reclaman” la actividad legislativa. Pueden distinguirse tres tipos impulsos: jurídicos, políticos y sociales. Estos últimos representan los “contenidos de la conciencia colectiva que, por regla general, se manifiestan, defienden y difunden a través de los medios de comunicación social”. En un Estado democrático, difícilmente podrán actuar sobre el legislador si no son compartidos por una gran parte de la opinión pública. Destacan que al legislador le llegarán con más intensidad aquellos problemas “que proceden de grupos de interés mejor organizados”. Pero, en definitiva, “la valoración de la importancia de un determinado problema es una valoración política” (GRETEL, 1989:236).

Por su parte, Elena Larrauri (2001:93 y ss.) elabora también un cuestionario de técnica legislativa partiendo del cuestionario *Checklisten* estudiado por el Grupo GRETEL. Sin embargo, lo hace en un sentido más crítico, cuestionando el escaso impacto que tuvo dicha estructura en la práctica legislativa. Por su parte, Joaquín Meseguer Yebra (2008) sostiene que, a pesar de la existencia de “buenos trabajos sobre esta materia (GRETEL), pocas veces las directrices tienen una planificación rigurosa en los textos normativos”. Ello, sin descontar que se han elaborado, en el ámbito estatal, directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley. (33)

Sobre esta base, Larrauri propone una serie de preguntas que desarrolla desde de la criminología. Es un cuestionario que podríamos tomar como complemento del anterior realizado desde el campo jurídico, aunque ahora se parte de la disciplina de las ciencias sociales. La autora advierte:

(32) Creemos que es posible encontrar esta pulsión, con un alto grado de certeza, si analizamos los discursos dados en, al menos, dos cuerpos empíricos: los debates parlamentarios y las noticias periodísticas.

(33) Como asegura este autor, la elaboración de varias guías legislativas se ha nutrido de las propuestas desarrolladas por el Grupo GRETEL “hasta tal punto que muchas de ellas son copia casi literal” (2008:17).

... el divorcio existente entre criminología y elaboración y reforma de leyes penales no es probablemente específico de España, si bien quizá este se ha visto agudizado por: a) la escasa implantación de la criminología en España; b) la criminología que se desarrollaba en los Institutos de Criminología no destacaba por promover investigaciones (Larrauri, 2001:106). (34)

Larrauri plantea las cuatro cuestiones siguientes:

### 1. ¿Qué criminalizar?

Frente a determinada problemática, ¿es necesaria una ley penal, o son suficientes otros medios alternativos no jurídicos? Menciona ejemplos donde la creación legislativa ha vulnerado ciertos principios, como el de lesividad, mínima intervención, tolerancia, ponderación de daños y ventajas, practicidad procesal, abstención de ingeniería social. Si se plantea la necesidad de la sanción de una ley penal para resolver determinado problema social, antes deberá constatarse la existencia de un medio menos lesivo, como así también de que los beneficios esperados con la criminalización superarán los costos que ésta pueda llegar a acarrear.

### 2. ¿Qué tipo de pena debe ser prevista?

Acordada la necesidad de crear una ley penal, la cuestión a responder ahora será sobre el tipo de pena apropiado al problema, pretendiendo superar, en lo posible, la pena de prisión. Ello introduce el tema de los efectos disuasorios de la pena (por un lado, el aumento de penas no disminuye la criminalidad, por otro, la pena de prisión es inadecuada, por ejemplo, para los delitos contra la libertad o indemnidad sexual), de la resocialización de los delincuentes (la criminología puede aportar conocimiento sobre qué tipo de pena contiene mayor potencial rehabilitador: pena de prisión, o suspensión de la pena a condición de que el imputado se someta a alguna especie de intervención, u otra experiencia de tratamiento alternativo, como ser la confrontación del delincuente con la

(34) Y agrega: “Debido a que esta situación está lentamente variando es de prever que en el futuro las instituciones del sistema penal consideren la necesidad de promover estudios criminológicos y que, al propio tiempo, las personas estudiosas de la criminología consideren la necesidad de desarrollar estudios necesarios para crear o reformar leyes penales” (LARRAURI, 2001:206).

víctima o asociaciones representativas —justicia restaurativa—, medidas que deberían ser aprovechadas por el legislador para favorecer una pena más eficaz que la prisión); como así también el de los costos de determinadas medidas (es ilógico que la ley prevea la posibilidad de internar en un centro público a personas drogodependientes, si se observa que el costo de la creación de dicho centro no será asumido por el Estado).

### 3. ¿Cómo conseguir la aplicación (enforced) de la ley?

Esta cuestión se refiere a los medios que articulará el legislador para el efectivo cumplimiento de la ley. Por ejemplo, hay numerosas penas alternativas en el CP español, pero que son de escasa implementación a causa del margen reducido de aplicación previsto por el legislador, al no contemplar los medios de infraestructura necesarios (por ejemplo, los casos de trabajos en beneficio de la comunidad donde no se ha suministrado a los jueces los puestos necesarios para el cumplimiento de la pena), o las reformas de fondo que no van acompañadas de reformas procesales.

### 4. ¿Cuáles son los efectos de su aplicación?

Al considerar necesaria la introducción de un nuevo tipo penal, es lógico que el legislador examine, después de su sanción, los efectos de la aplicación (por ejemplo, observar si ha disminuido el delito, o si se están aplicando las nuevas penas, o cuáles son las fallas de la implementación de la ley). Si el legislador no promueve este tipo de investigación con posterioridad a la creación legal, evidenciará que el argumento para la sanción de la ley no ha sido otro que el de la “legislación simbólica”, con lo cual no preocupará tanto su aplicación posterior. Sin embargo, Larrauri propone que, a pesar de ello, se debería estudiar los efectos de la percepción por parte de la población de estos tipos penales, pues, tal vez, a pesar de ello, se contribuirá al cambio de la valoración social de un determinado comportamiento, contribuyendo así al surgimiento de controles sociales informales y autocontrol, lo que disminuiría la actividad que se pretendía con la creación de la ley devenida inaplicable. Otro argumento a favor de la posterior investigación por parte del legislador es que hay casos donde la reforma legal produce ya no un efecto nulo, sino el contrario al que se pretendía (cita el ejemplo del “Three Strikes and You’re Out” estadounidense, donde no sólo no han bajado

los delitos, sino que inclusive han disminuido las condenas debido a la lentitud del sistema judicial). (35)

En fin, “la criminología puede aportar información que un legislador responsable debiera considerar necesaria y promover antes de proceder a la criminalización de nuevas conductas y posteriormente para examinar los efectos que esta conlleva” (Larrauri, 2001:101). (36)

Vale la pena citar las palabras de un legislador, el diputado Francisco Xesús Jorquera Caselas (por A Coruña, Grupo Parlamentario Mixto - izquierda), pronunciadas en el recinto del Congreso de Diputados español en torno a la modificación del Código penal de 2010. La reforma se “olvida de que las causas de la criminalidad no radican solo en la voluntad del individuo aislado en cuanto a delincuente, sino también en las condiciones y circunstancias que lo rodean. Por consiguiente, cualquier reforma tendiente al endurecimiento de las penas debería realizarse de forma sosegada y analizando desde una perspectiva criminológica todas las circunstancias que rodean al tipo delictivo” (Cf. -“Sesión Plenaria Nº 137”, p. 20).

De más está aclarar que estas directrices no conllevan la solución a un problema que es histórico: legislar de acuerdo con necesidades puramente políticas. Sin embargo, podrían servir como una orientación de los procesos legislativos y, en consecuencia, a encauzar con responsabilidad social y política ciertos conflictos y reclamos sociales en el ámbito institucional. Implica, asimismo, un comienzo para teorizar sobre una de las actividades políticas de un Estado de derecho por excelencia que, a pesar de ello, en general le ha sido ajena a la academia jurídica: la legislación.

## VIII. Conclusión

Desde el campo sociológico, Howard Becker (1971:139-140) cita unas *directrices* que funcionan

(35) Para más detalle de este caso, cf. ZIMRING-HAWKINS-KAMIN (2001).

(36) En España, según Larrauri, “falta la tradición tecnocrática en la elaboración de las leyes, ello conlleva una serie de deficiencias: a) lo hace un grupo de personas muy pequeño de confianza del Ministerio; b) no hay proyectos piloto; c) no se publica el anteproyecto, por lo que se sustrae de un proceso de discusión pública (que tiene lugar después de su aprobación); d) no se realizan evaluaciones en aras de observar su aplicación” (LARRAURI, 2001:105).

en un sentido inverso al que vimos más arriba, desarrolladas por Sutherland en un artículo de la década del 50 desde un nivel descriptivo. Así, alude a determinadas condiciones sociales que hicieran posible la creación de leyes sobre psicópatas sexuales, y que sintetiza de la siguiente forma:

1) un miedo desencadenado en la comunidad por unos pocos crímenes sexuales graves cometidos en rápida sucesión;

2) la agitada actividad que provocada este miedo en la comunidad, cuya atención está centrada en los crímenes sexuales. Esto genera que se prevean peligros y se sientan la necesidad y la posibilidad de su control;

3) esto lleva a una tercera fase: la creación de un comité que estudia los procedimientos que en la materia han adoptado otros Estados, y emite recomendaciones —muchas veces contradictorias— que incluyen proyectos de leyes para que sean tratados por el Poder Legislativo.

Estos puntos no son poca cosa a la hora de legislar. Están en el trasfondo de la mayoría de los proyectos de ley en materia penal, que no sólo implica una modificación desordenada e ilógica de los cuerpos normativos, es decir un perjuicio jurídico, sino que también conlleva menoscabos a los derechos de las personas destinatarias de sus preceptos al contemplar agravamientos de todo tipo, siempre en el sentido de mantenerlas detenidas el mayor tiempo posible.

Este contexto social que menciona Becker y que gobierna casi todo proceso legislativo en materia penal nos da cuenta de la tensión en la cual se mueven legisladores y asesores. En esta coyuntura las directrices estudiadas con anterioridad deben funcionar justamente como indica su significado, como un conjunto de instrucciones o normas generales para la ejecución de algo, en este caso una ley. Es decir, como una guía para la toma de decisiones: dictar una ley o no y, en caso afirmativo, sobre qué y cómo dictarla, adecuando su contenido a los principios constitucionales para evitar su ilegalidad e incompatibilidad. Esto debería ayudar a compatibilizar la teoría jurídica con la política legislativa, a reencontrarlas luego de un largo divorcio y a pensar en los teóricos tal como lo pensó Adriano al rescatar la figura de Nerasio Prisco, un experto jurisconsulto pero con sentido

práctico. Porque de nada sirve poseer a fondo una especialidad inaccesible a los profanos sin que se la mida en términos humanos. Una ley perfecta jurídicamente pero alejada del conflicto social es inútil. Pero una ley imperfecta hecha a medida de reclamos sociales en contradicción con los principios jurídico-constitucionales, sea aplicable o inaplicable es de todas formas ilegal, perjudicial y generalmente inútil para el fin que fue dictada.

## IX. Bibliografía

Atienza, Manuel, (1984), "S / T", en *Doxa* N° 1.

— (1997), *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid.

AAVV, (1990), *Técnica normativa de las Comunidades Autónomas*, imprenta de la Comunidad de Madrid.

Becker, Howard, (1971), *Los extraños. Sociología de la desviación*, Editorial Tiempo Contemporáneo, Buenos Aires.

Corona Ferrero, Jesús M., Francesc Pau Vall y José Tudela Aranda (coords.), (1994), *La técnica legislativa a debate*. Asociación española de letrados de parlamentos, Tecnos, Madrid.

Díez Ripolles, José Luis, (2003), *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Trotta, Madrid.

Galiana Saura, Ángeles, (2000), "La relevancia de la técnica legislativa en la elaboración de las leyes: un análisis de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Extranjería", en *Anuario de filosofía del derecho*, XVII-2000, pp. 247 ss., Madrid.

— (2003), *La legislación en el Estado de derecho*, Dykinson, Madrid.

Gramsci, Antonio, (2008), *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado moderno*, Nueva Visión, Buenos Aires.

Grupo de estudios de técnica legislativa (GRE-TEL), (1986), *La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa*, Bosch, Barcelona.

— (1989), *Curso de técnica legislativa*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Kennedy, Duncan, (2010), *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Siglo XXI, Buenos Aires.

Larrauri Piojan, Elena, (2001), "Aportaciones de las ciencias sociales a la elaboración de reformas en la legislación penal", en Díez Ripollés-Cerezo Domínguez (Eds.), *Los problemas de la investigación empírica en criminología: la situación española*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Meseguer Yebra, Joaquín, (2008), *Guía práctica para la elaboración de textos normativos. Directrices estatales de técnica legislativa*, Bosch, Barcelona.

Montoro Chiner, María Jesús, (1985), "La calidad de las normas. ¿Desafío al Estado de Derecho? El test de los proyectos de ley como sistema para mejorar la calidad de las leyes", en *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, Nº 48, Madrid, pp. 507-524.

Prieto Sanchís, Luis, (1998), *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid.

Seutenio, *Vida de los doce Césares*, Jackson, México, 1963.

Sáinz Moreno, Fernando y Juan Carlos da Silva Ochoa (coords.), (1989), *La calidad de las leyes*, Vitoria-Gasteiz: Eusko-Legebiltzarra, Parlamento del País Vasco, Miravalles.

Zapatero Gómez, Virgilio, (1994), "De la jurisprudencia a la legislación", en *Doxa* Nº 15-16.

— (2004), "El arte ilustrado de legislar", Estudio preliminar en Bentham, Jeremy, *Nomografía o el arte de redactar leyes*, Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

— (2009), *El arte de legislar*, Thomson-Aranzadi, Navarra.

Zimring, Franklin, Gordon Hawkins y Sam Kamin, (2001), *Punishment and democracy. Three Strikes and You're Out in California*, Oxford University Press, New York. ♦

.....

# Principio de culpabilidad e individualización de la pena: un ensayo sobre la lesividad del bien jurídico como pauta de perforación del mínimo de las escalas penales. ¿Es posible extender este criterio a los supuestos de extrema vulnerabilidad del agente?

POR LEÓN GORDON AVALOS

**Sumario: I. Introducción. — II. Principio de culpabilidad: la guía rectora de la naturaleza y graduación del castigo en el marco de un derecho penal de acto. Su ineludible correlato: principio de proporcionalidad mínima. Nuestro sistema legal de determinación de la pena como derivación de estos postulados. — III. La lesividad del bien jurídico como presupuesto habilitante del poder penal del Estado y su indisoluble vínculo con la determinación judicial de la pena: lesión de escasa relevancia como instrumento para perforar los mínimos de las escalas penales, con motivo de la irracionalidad de la respuesta en el caso concreto. Tensiones entre los principios de proporcionalidad/culpabilidad y legalidad/división de poderes: ¿la jurisprudencia empieza a reconocer la calidad meramente indicativa de los mínimos de las escalas penales? ¿Qué papel juega el principio republicano de gobierno en esta dialéctica? — IV. Culpabilidad y vulnerabilidad: la situación de autodeterminación y la reducción de este ámbito como consecuencia del estado de vulnerabilidad. ¿Puede convertirse, al son de la lesividad, como una pauta válida para la aplicación de una pena por debajo del mínimo de la escala penal? — V. Conclusiones.**

## I. Introducción

Cualquier esquema metodológico programado para aplicarse en una determinada ciencia es permeable a modificaciones que responden, preponderantemente, a los resultados que exhiba en el plano fáctico; es un reflejo de la ineludible dialéctica entre el plano de las ideas y la praxis.

Es propicio, sin embargo, aclarar que tales cambios en los paradigmas imperantes se ven necesariamente influenciados por la coyuntura sociopolítica y el éxito demostrado en la concreción de los objetivos que legitimaron su instauración como tales. Me atrevería, incluso, a elevar la apuesta y afirmar que esos quiebres son, precisamente, una consecuencia de estos dos aspectos y no a la inversa.

A esta lógica no es en absoluto ajena la dogmática penal, campo que ha evidenciado una

considerable evolución en lo que respecta a sus postulados fundacionales.

Piénsese que, en sus orígenes, la sistemática de la teoría del delito fue concebida al amparo de un marco de plena legitimación de las potestades sancionatorias, con el reconocimiento de la existencia de un monopolio del *ius puniendi* en manos del Estado, básicamente, el derecho de castigar a los ciudadanos echando mano del ejercicio del poder punitivo. Esto, siempre en procura de la protección de determinados bienes jurídicos cuya lesión desestabilizaría el normal desenvolvimiento de la vida en sociedad y podría conducirnos a estadios históricos anteriores al surgimiento de los Estados-Nación (1), donde los conflictos se resolvían por

(1) En los que la venganza privada imperaba como método de resolución de esas disputas; para un desarrollo

aquellos procedimientos denominados “ordalías” o “juicios de dios” (*pruebas de resistencia física*) o bien, la venganza privada, propia de la lógica de los antiguos clanes germánicos.

Pese a que estas corrientes, aunque con distintos matices (2), conservan plena hegemonía en el seno del arco teórico, las experiencias recogidas a lo largo de la historia han puesto en jaque la base axiológica que agrupa estas diferentes variantes de las teorías legitimantes del poder punitivo: *la prevención como elemento que justifica la imposición de las penas privativas de la libertad*.

Sobre el punto, ningún analista *-por más aventurado que sea-* se halla en condiciones de negar que el devenir del tiempo puso de relieve no sólo la ineficacia de aplicar una lógica represiva para garantizar la protección subsidiaria que, de esos bienes jurídicos, algunas corrientes encomendaron al derecho penal (3), sino también la emersión, desde lo discursivo (*pues siempre existieron en la práctica*), de una gama de “funciones no manifiestas”, principalmente enlazadas al control social de ciertos estamentos de la población y traducidas fundamentalmente en los mecanismos de selectividad del proceso de criminalización desplegado por las agencias del sistema penal.

Entonces, podemos segmentar en dos la problemática que se viene presentando en punto a la ineficacia del sistema: 1) desde el punto de vista teórico, al no cumplir adecuadamente la función utilitaria que se le asignó; 2) desde el plano empírico, ante la aparición de funciones latentes que derivan en la selectividad de la “clientela”, que se realiza con el único objetivo de ejercer control sobre un determinado grupo de la población a cuyos integrantes se considera “peligrosos”, pero que en realidad se ven huérfanos de herramienta

---

profundo de la cuestión, ver MAIER, Julio B.J. “Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos, Capítulo II, Ed. Del Puerto, Bs. As., 2ª edición, 2004, pp. 257/268; FERRAJOLI, Luigi, “Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal”, Capítulo 6, pp. 333 a 340.

(2) Que varían en función de la finalidad que le asignan a la pena de prisión y el valor de la autodeterminación del ser humano como pauta fundamental en la construcción del concepto de responsabilidad penal

(3) Bienes jurídicos cuya única fuente de creación son la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a ella incorporados.

alguna para ejercer resistencia por la situación de vulnerabilidad que los condiciona.

El rotundo fracaso del modelo coadyuvó al surgimiento de una serie de corrientes doctrinarias con una matriz estructural opuesta, que parten de la base de considerar la inidoneidad del poder punitivo como herramienta sancionatoria, concibiéndolo, a la vez, como una relación de poder, un hecho político que termina por recaer sobre un determinado grupo de pertenencia que, por determinados factores coyunturales *-que nunca son producto exclusivo de su propio arbitrio-* se encuentra en situación de vulnerabilidad.

Desde el abolicionismo de HOULSMAN, CHRISTIE, MATHIESEN y BERNAT DE CELIS (4) hasta el agnosticismo de ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR (5), las nuevas corrientes deslegitimantes del poder punitivo reubicaron el papel de la dogmática penal. La problemática *-y, por consiguiente, el debate-* ha adquirido dimensiones impensadas hace escaso tiempo atrás: ya no discurremos sobre si tal o cual objetivo que políticamente se asignó a la pena se realiza mejor o peor en el plano de la realidad, sino que los cuestionamientos han logrado desestabilizar la creencia de los teóricos en la pena privativa de la libertad como elemento eficaz para cumplir los fines políticamente encomendados al derecho penal. Al decir de los mentados autores escandinavos, “*la decadencia de la idea de resocialización, ha privado a las condenas a prisión de su más importante legitimación*”. (6)

Así, desde una perspectiva agnóstica de la pena, el sistema de filtros de la teoría del delito fue confinado, bajo esta coyuntura, a operar como dique de contención de aquellas cuotas de mayor irracionalidad del poder punitivo. Para concretar este loable objetivo, se pretendió modificar la concepción sobre aquellos característicos elementos de recorte de la punibilidad presentes en todos los tradicionales estamentos que la componen

---

(4) HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jacqueline, “Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una alternativa”, Ed. Ariel, Barcelona, Septiembre 1984.

(5) ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, “Derecho Penal, Parte General”, Ed. Ediar, 2ª edición, 1ª reimpresión, Buenos Aires, 2011.

(6) HULSMAN, CHRISTIE, MATHIESEN, SCHEERER, STEINERT, DE FOLTER, “Abolicionismo Penal”, Ediar, Buenos Aires, 1989 (traducción del inglés por Mariano Ciafardini).

(*tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad*). Tal es el caso de las reglas de la tipicidad conglobante, que son una contracara del tipo sistemático (7), o el entendimiento de las causas de justificación como el legítimo ejercicio de un derecho (8) y no como un permiso que “neutraliza” la ilegalidad de la conducta típica.

También resulta lógico que el Estado se vea impedido de poner en marcha el aparato de criminalización si una acción no inflige consecuencias lesivas a un bien jurídico. Ello deriva de dos aristas: 1) el sistema de derecho penal de acto, que derrama su influencia sobre la culpabilidad como categoría de la dogmática penal (*lo que llevó a la CSJN a declarar la inconstitucionalidad del instituto de la multirreincidencia del art. 52 en el precedente “GRAMAJO” (9), dispositivo legal de neto corte de derecho penal de autor, y en el caso de algunos Jueces de Cámara, la reincidencia del art. 50 en fallos como “REARTE” -minoría del Dr. Slokar- (10) y “ARGAÑARAZ” (11), de la Sala II de la C.N.C.P -mayoría de los Dres. Ledesma y Slokar-)* y; 2) la lesividad como presupuesto habilitante del ejercicio del poder punitivo (*art. 19 C.N.*).

De esta afirmación deviene un postulado elemental, reflejo del principio de culpabilidad: *la intensidad de la reacción penal debe ser directamente proporcional a la lesividad del bien jurídico*. Si la conducta importa una afectación significativa y sería de aquél, el Estado podrá elevar la dosis de poder que aplica, aunque ésta siempre deberá responder a cánones de razonabilidad. Por contrapartida, a medida que la magnitud de la afrenta al bien jurídico disminuye, el rigor que el Estado habrá de aplicar para con los “infractores” deberá ser necesariamente menor.

También es un principio básico de cualquier teoría de la responsabilidad penal el hecho de que a una persona imposibilitada para autodeterminarse no puedan adjudicársele las eventuales consecuencias derivadas de sus conductas, sin importar que éstas asuman forma activa u omisiva.

(7) ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, Obra citada, Capítulo XIV.

(8) ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, Obra citada, Capítulo XVIII.

(9) Fallos: 329:3680.

(10) Causa 14.423, Reg. 19.569, rta.: 21/12/11.

(11) Causa 13.401, Reg. 19.911, rta.: 08/5/12.

Esto es algo que se verifica, más allá de las hipótesis de fuerza física irresistible o inculpabilidad psíquica, en los supuestos de estado de necesidad disculpante, ya que si bien en estos últimos no hay ausencia de acto (*involuntabilidad*), entre ambas categorías existe un punto de coincidencia, representado *-tal y como lo he mencionado en algún párrafo previo-* por la inexigibilidad de un comportamiento distinto al que la persona ejecuta en esa constelación situacional concreta.

Son precisamente estos postulados los que otorgan respaldo a los embates que, desde un cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia, se dirigen contra la constitucionalidad de, por ejemplo, alguna categoría de delitos cuya construcción legislativa incorpora un adelantamiento de la punibilidad a un estadio anterior al comienzo de ejecución del hecho punible, fundado en un “hipotético riesgo de lesión del bien jurídico” (*delitos de peligro abstracto o la equiparación de la tentativa al delito consumado en el caso del tipo penal de contrabando*), o también de aquellos institutos que agravan la sanción por un claro reproche a la personalidad del autor (*como la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado y reincidencia antes aludidas, o los que limitan la libertad ambulatoria por la existencia de antecedentes penales, como ocurre con el 8º párrafo del 2º apartado del art. 189 bis del Código Penal (12)*).

Pues bien: el objetivo de este trabajo radica en intentar demostrar la forma en la que una concepción doctrinaria como la que asigna al piso de las escalas penales un valor meramente indicativo puede erigirse en una herramienta de incommensurable utilidad para filtrar las respuestas punitivas más irracionales en casos en los que el principio de culpabilidad se vería seriamente afectado por la imposición de una pena groseramente desproporcionada en relación con la magnitud de la lesión al bien jurídico, pero que, pese a su írrita severidad, no puede sortear el valladar infranqueable de la ley.

Como colofón, se ensayará una breve explicación sobre la posibilidad (o no) de hacer extensivo este criterio a los casos en los que el agente se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad.

(12) Disidencia del Dr. ZAFFARONI en CSJN, “TABOADA ORTIZ”; reg.: T.294. XLV; rta.: 05/02/13.

**II. Principio de culpabilidad: la guía rectora de la naturaleza y graduación del castigo en el marco de un derecho penal de acto. Su ineludible correlato: principio de proporcionalidad mínima. Un sistema legal de determinación de la pena como derivación de estos postulados.**

Las clásicas corrientes que legitiman el derecho del Estado a castigar a sus ciudadanos por medio de la pena de prisión han centrado todos los esfuerzos en articular razones destinadas a avalar su base axiológica, es decir, explicitar argumentos dogmáticos que, de acuerdo a la finalidad asignada por cada una de esas corrientes, justifiquen esa potestad.

Pero no han tenido éxito en lo que hace a la elaboración de parámetros satisfactorios en punto a los niveles de convergencia dentro de los cuales pudiese expresarse la intensidad del poder sancionador. Este tema ha merecido fuertes objeciones, proyectadas esencialmente sobre las teorías preventivas de la pena, a las cuales se adjudica ineficiencia para establecer criterios de proporcionalidad de la sanción. Con cierto tino se ha reconocido que, a diferencia de la prevención especial y general *-en sus modalidades positiva y negativa-*, la teoría retributiva satisface mínimamente *-aunque por obra accidental de su esencia talional-* una exigencia racional que cualquier sistema de sanciones debe investir: límites más o menos precisos en lo que hace a la duración de aquéllas, de modo de evitar que el castigo se transforme en un arbitrario capricho vindicativo que el soberano maneja según su discreción, tal como acontecía en tiempos de la Inquisición.

Es en cierto modo al amparo de este último modelo que emergió una suerte de límite rudimentario a la cuantía máxima de la pena. No debe olvidarse que circunscribir la funcionalidad del castigo a intereses de prevención, particularmente en su faz especial, provoca la inevitable consecuencia de que la prolongación esté sujeta a aspectos relativos al autor y no al hecho.

Que el sistema de sanciones estructurado en la ley penal está destinado a ser aplicado en función de acontecimientos y no de personalidades es una controversia que se encuentra superada de antaño. Ya desde la época del causalismo de Von Liszt se sostenía que *"castigar al autor sólo por el*

*hecho cometido"* era un imperativo imprescindible incluso para evitar las *"sentencias penales indeterminadas"*. (13)

Más allá de que en los tiempos modernos, con el derrame de influencias que el positivismo criminológico y los postulados de la escuela de la defensa social vertieron a lo largo y ancho de las ciencias sociales, el poder punitivo halló el vericuetto para hacer gala de esta herramienta de corte autoritario mediante la instauración de las *medidas de seguridad* (14), el colapso del sistema carcelario ha llevado a la doctrina a la elaboración de un amplio catálogo de medidas, que no se agota en la formulación de alternativas al confinamiento (*como pueden ser la suspensión del proceso a prueba o la condena de ejecución condicional* (15), *la construcción dogmática del principio de insignificancia por ausencia de lesión del bien jurídico o que esta resulte manifiestamente irrelevante* (16)), sino que también incluye instrumentos destinados a *"alivianar"* las consecuencias nocivas de aquellas sanciones que, sí o sí, deben ser cumplidas tras las rejas (*regímenes de morigeración como el arresto domiciliario o la sustitución por tareas comunitarias* (17), *o iniciativas para*

(13) VON LISZT, Frank, 1905, 16 y 91.

(14) Una modalidad sancionatoria con clara esencia preventivo-especial negativa, instaurada en procura de la supuesta peligrosidad que, para sí o para terceros, reverterían ciertas personalidades. Ver ROXIN, Claus, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, p. 178 y sts., Ed. Civitas, Munich, 1997; BARATTA, Alessandro, "Principios de Derecho Penal Mínimo para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal" en "Criminología y Sistema Penal", Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004, p. 318 y subsiguientes.

(15) Arts. 26, 27, 27 bis y 76 bis, ter y quater del Código Penal, 293 del Código Procesal Penal de la Nación.

(16) Ver, entre otros Fallos: "Gerbasi", Causa 15.556, Reg. 20.751.2., Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, rta. el 31/10/12; disidencia del Dr. Diez Ojeda en "Toledo", Causa 9736, Reg. 14.306.4, Sala IV de la CNCP, rta. el 20/12/10; disidencia de la Dra. Ledesma en "Arias", Causa 8.177, Reg. 1285.07.3, Sala III de la CNCP, rta. el 2/10/07; voto de los Dres. Bruzzone y Garrigós de Rébora en "Vallejos", Causa 41.416, Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, rta. el 26/5/11; "Pezzolo", Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, rta. el 28/02/86.

(17) Arts. 10 del C.P. y 32, 33, 34, 35 y 50 de la ley 24.660 -ejecución de la pena privativa de la libertad-.

*fixar topes máximos racionales (18), universales para cualquier categoría de delitos).*

Planteado así el panorama, en un derecho penal cuya legitimación está dada por la realización de conductas con un resultado de lesión a un bien jurídico (*o su cierta y concreta puesta en peligro*), resulta harto lógico que el ciudadano tenga irrestricto derecho a verse libre de injerencias estatales en el ejercicio de todos los actos de la vida particular cuando esa lesión no ha existido y ese riesgo no ha superado el carácter de hipotético; esto, no es otra cosa que la reafirmación del universo de libertades garantizadas por el orden constitucional mediante el art. 19 de la C.N.

Pero, el sendero se torna pedregoso cuando salimos de esta disyuntiva elemental.

Cuando afirmamos que un bien jurídico ha sufrido un ataque, que se ha traducido en lesión o riesgo concreto, se franquea la puerta para que el poder penal del Estado haga su aparición estelar. Pero, *¿hasta dónde se le permite o, mejor dicho, con qué intensidad puede hacerlo?*

La influencia del principio de proporcionalidad de la pena, como una de las derivaciones propias del de culpabilidad, ha reafirmado la importancia de limitar la graduación del castigo penal con sustento en los diferentes niveles de afrenta al bien jurídico, una vez que se destruye el estado de inocencia con el dictado de una sentencia condenatoria firme. Pero se presenta otro inconveniente vinculado con el tópico de que se trata: la escala de “relevancia” que existe entre los distintos bienes jurídicos y la magnitud de las sanciones a sus respectivas violaciones.

Sabemos que el legislador ha establecido un cierto orden de preponderancia entre los bienes jurídicos. De este modo (19), existe una escala de

(18) FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995.

(19) Y a pesar de una serie de incomprensibles reformas legislativas que han tenido lugar a raíz del auge de la “criminalidad mediática” y la estigmatización de ciertos sectores de nuestra sociedad implicados fundamentalmente en la perpetración de delitos contra la propiedad, que han quitado la coherencia a la sistemática de nuestro código penal, hoy en vías de reconstrucción a partir del proyecto de reforma elaborado por una comisión especial, que encabeza ZAFFARONI y fue creada por decreto 678/12 del

importancia elaborada a partir de criterios lógicos y que tiene el objetivo de reflejar, en forma más o menos precisa, los valores que son preponderantes para el desarrollo de la vida en sociedad, lo que hace que la intensidad sancionatoria vaya decreciendo a medida que el bien jurídico es “menos importante” en esa tabla de valores. Esto debería traslucirse en el hecho de que, por ejemplo, quien es responsable de quitarle la vida a un congénere reciba un reproche mucho más intenso que aquel que priva a alguien de un objeto de su propiedad susceptible de tener valor pecuniario. (20)

Es decir, que la función de los marcos penales está orientada de acuerdo a un criterio de “*gravedad continua*”, que refleja la traducción del valor proporcional que la norma tiene dentro del sistema (21), pues naturalmente existe cierta clase de hechos que traen aparejados una conflictividad y un daño mayores que otros.

Este razonamiento se extiende al tratamiento de lesiones que se infligen respecto de un único y mismo bien jurídico: un atraco a un banco, para el cual debe superarse una infinidad de obstáculos y dispositivos de seguridad y de cuyo interior se extraen sumas millonarias de dinero, no verá sancionados a sus responsables con penas equiparables a quienes arrebatan un teléfono celular, una cartera, un autoestéreo o se apropien de la recaudación de un quiosco.

La cuestión referente a la intensidad de la pena a aplicarse a hechos típicos que, aunque encuadrables en una misma figura legal, revisten otras particularidades fácticas, se resuelve apelando

P.E.N. —retomando la iniciativa del Ministerio de Justicia llevada a cabo en el año 2004).

(20) Algo que, quizás, no ocurra en las sociedades occidentales contemporáneas, donde la propiedad privada y el capital han adquirido una dimensión tal que hace que seamos definidos por lo que tenemos y no por lo que efectivamente somos; recuérdese lo que señala Peter SINGER en su brillante trabajo sobre ética, en donde pone el eje de la responsabilidad, aunque desde el punto de vista moral, en la comunidad internacional al elegir invertir sus recursos económicos en el desarrollo de actividades de ocio y lujo a costa de dejar morir, por causa del hambre, a millones de personas en el mundo; ver “Hambre, Riqueza y Moralidad: salvar y quitar la vida humana” publicado en *Philosophy & Public Affairs*, 1971).

(21) ZIFFER, Patricia S., “Lineamientos de la determinación de la pena”, Ed. AD-HOC, p. 37, Bs. As., 2ª edición, 2013.

a las reglas de mensuración establecidas en el art. 41 de nuestro ordenamiento de fondo (22), que enuncia una serie de criterios relativamente flexibles y relacionados con la lesividad del bien jurídico (23) a los que el juez debe acudir para construir la respuesta punitiva de la que sea merecedora el caso sometido a examen.

Se advierte así que la diferencia fundamental entre penas en abstracto y en concreto radica en que, mientras la determinación de la primera es legal *-competencia privativa del legislador-* al establecimiento de la cuantía que corresponde al caso particular se llega por decisión judicial, para cuya formulación debe acudirse a la letra del art. 41 del Código Penal y a los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la pena. (24)

En este contexto, es claro que el techo de las escalas penales viene a operar como garantía para el justiciable. Pero, ¿qué función cumple el mínimo? ¿Es admisible su flexibilización en aquellos casos en los que la imposición de una pena equivalente a ese piso traería aparejada una clara vulneración de los principios de proporcionalidad de la pena y culpabilidad? ¿Qué rol ocupa en esta controversia el principio de división de poderes?

En el apartado subsiguiente, intentaré ensayar cuál es la solución que estimo correcta para sanear la tensión entre estos postulados constitucionales, sumamente importante para determinar el destino de aquellos que son enjuiciados por conductas cuya calificación legal prevé un mínimo que no admite alternativas a la pena de prisión de efectivo cumplimiento.

### III. La lesividad del bien jurídico como presupuesto habilitante del poder penal del Estado y su insoluble vínculo con la determinación judicial de la pena: lesión de escasa relevancia como instrumento para perforar los mínimos de las escalas penales, con motivo de la irracionalidad de la respuesta en el caso

(22) Excluyendo del análisis la exención del desistimiento voluntario, las reducciones aplicables por virtud de la tentativa y los grados de participación y las agravantes genéricas, fijadas en los arts. 41 bis a 48.

(23) ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, obra citada, p. 1038 y sgtes.

(24) Artículos 19 de la Constitución Nacional, 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

**concreto. Tensiones entre los principios de proporcionalidad/culpabilidad y legalidad/división de poderes: ¿la jurisprudencia empieza a reconocer la calidad meramente indicativa de los mínimos de las escalas penales? ¿Qué papel juega el principio republicano de gobierno en esta dialéctica?**

La mecánica de funcionamiento del derecho penal lejos está de agotarse en la mera comprobación de un supuesto de hecho que encaje en alguno de esos modelos abstractos de conducta que conocemos con el rótulo de delitos, pues ello implicaría un total desentendimiento de su función política de acotar las pulsiones del poder punitivo y el Estado de policía, desechando aquellas investidas de extrema irracionalidad. (25)

De este modo, para su captación por el derecho penal, las conductas no sólo han de encajarse dentro de la descripción de alguno de los tipos penales previstos en la ley, sino que han de estar dotadas de conflictividad, que bien puede traducirse en una lesión al bien jurídico o en su concreta y efectiva puesta en peligro, función que Zaffaroni ha bautizado como conglobante y que opera como contracara dialéctica del tipo objetivo sistemático.

Asumiendo esta premisa como punto de partida, parece indefectible concluir que, ante la ausencia de lesividad del bien jurídico *-o su carácter insignificante-*, el derecho penal *-por su carácter fragmentario y de ultima ratio-* deba abstenerse de echar mano del asunto.

Pero, tal y como sucede en el mundo de los acontecimientos sociales, la colocación de las piezas en un tablero construido sobre una dicotomía blanco-negro deja huérfanos de solución a los “grises”, que están representados por aquellos supuestos en los que la lesión es de una entidad suficiente como para franquear la intervención de las agencias del sistema penal, pero cuya expectativa mínima de sanción medida de acuerdo a la escala penal prevista para el delito de que se trate se tornaría desproporcionada y colisionaría abiertamente con el principio de culpabilidad por el acto.

(25) ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, obra citada, pp. 483/4.

Un análisis conservador del asunto nos conduciría a aceptar obligatoriamente el hecho de que, si existe una mínima lesión del bien jurídico, no hay otra solución más que acatar la imposición de la dosis punitiva más baja prevista para ese tipo penal, independientemente de que ello configure una colisión con el principio de culpabilidad, atento a que la determinación de la pena en el caso concreto se encuentra inexorablemente condicionada por un límite, que son las escalas, y tergiversar sus valores constituiría un avasallamiento al principio de legalidad y una intromisión del poder judicial en un acto cuya competencia está reservada, con exclusividad, al Congreso de la Nación (*arts. 75 inc. 12º de la C.N.*).

Pero, sin duda alguna, esta concepción tan mecanicista del Juez, idéntica a aquella propiciada por Montesquieu -*quien entendía que el Magistrado no podía ser otra cosa que la boca que pronuncie las palabras de la ley*- es impracticable (26), porque gran cantidad de normas jurídicas requieren de una necesaria interpretación para ser aplicadas, no sólo en función de su contenido, sino también en conexión con el valor que toman dentro del sistema en donde se ubican. En particular, en constelaciones como la desarrollada en este trabajo, además confrontan principios constitucionales: *culpabilidad y proporcionalidad de la pena vs. legalidad y división de poderes*, situación que inexorablemente ha de ser resuelta.

El problema a solucionar consiste, entonces, en precisar si el Magistrado llamado a decidir en un caso concreto tiene alguna forma de sortear ese obstáculo que lo condiciona a la hora de aplicar una pena que, aunque coincidente con el mínimo legal, resultaría desproporcionada en relación con la culpabilidad por el hecho.

Y, a mi entender, la respuesta es necesariamente un sí.

Cuando el legislador regula la penalidad que corresponde a cada delito, fija límites máximos y mínimos, establecidos mediante un procedimiento valorativo que, en teoría, respeta una sistema-

tización configurada de acuerdo a la “relevancia” que a ese bien jurídico se le asignó. Fruto de esta lógica, el ataque contra el valor primordial de la humanidad, la vida, está reprimido con mayor intensidad que aquellos dirigidos contra la libertad, la Administración pública, la propiedad -*con las vicisitudes aludidas en alguna línea previa*- o el honor.

Es decir que esa diferencia entre tope superior e inferior de las distintas escalas traduce una forma mediante la cual el legislador le asigna determinado valor a cada bien jurídico. Siguiendo esta línea de pensamiento, es plausible afirmar que una conducta dirigida a quebrantar esos valores que más nos interesa “resguardar” en el contexto de vida en sociedad conlleva una inherente presunción de que ese comportamiento es grave, sin importar las consecuencias que efectivamente se causen; pero, muchas veces, una vez que la agencia judicial se introduce en el análisis concreto de ese asunto, nos revela una realidad antagónica, que destruye esa presunción inicial. Y es natural que ello ocurra, pues quien sea un fiel creyente en la existencia de un legislador omnisciente y capaz de llevar a cabo su trabajo a la perfección quizás no tenga en cuenta en su razonamiento que la dinámica de la realidad nos obliga a repensar e reinterpretar, permanentemente, ciertos conceptos a los que se coloca en un pedestal immaculado, además de que resulta absolutamente impensable que un papel, algo pétreo e inmanente, pueda prever todo el catálogo de supuestos que pueden tener lugar en el mundo.

Quizás algunos estimen que todo el desarrollo de este trabajo está construido sobre un dilema artificial, cuasi pírrico, y que en el caso de que exista una conducta que lesione un bien jurídico con mínima afectación, corresponderá a ese caso la realización de una simple operación aritmética de imposición del mínimo legal. Probablemente sea fruto de la agobiante complejidad que implica -*por la imposibilidad de graduar la pena de acuerdo a criterios matemáticos*- castigar al responsable de un hecho social echando mano de las reglas de la ciencia exacta. (27)

(26) MONTESQUIEU, “Del espíritu de las leyes”, libro 11, capítulo 6, citado por ROXIN, Claus en “Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos: la estructura de la teoría del delito”, Ed. Civitas, primera edición, Madrid, 1997, p. 147.

(27) Los mentores de este sistema, sin duda alguna, utilizaron estas reglas con un objetivo acorde con la coyuntura sociopolítica de ese período histórico. Una visión interesante sobre su relación con el inicio del industrialismo y la concentración del capital en CHRISTIE, Nils “La industria

Pero la temática sobre la inflexibilidad (o no) del mínimo de las escalas penales empieza a adquirir otro color cuando nos referimos a aquellos supuestos en los que la imposición de ese piso importará, necesariamente, confinar a una persona a cumplir efectivamente la pena en un establecimiento carcelario; este segmento, en nuestra legislación penal, está representado por aquellos tipos penales que prevén castigos mínimos que superan los tres años de prisión (*arts. 26 y 27 del Código Penal*).

Se podría afirmar, casi sin objeción alguna, que la problemática es patrimonio exclusivo de bienes jurídicos que admiten distintos grados en la intensidad de su afectación. La vida, por ejemplo, constituye un valor absoluto. Por ende, no se puede privar a alguien de una porción de su vida, al igual que tampoco existe posibilidad de estar más o menos muerto (*sin perjuicio de que el legislador haya establecido que entre las diferentes modalidades del homicidio exista una graduación distinta del reproche, sea por la modalidad comisiva, la calidad del sujeto activo o pasivo, las condiciones psíquicas del autor o las circunstancias en las que se da muerte; v.gr., casos de los arts. 80 y 81 del C.P. respecto de la figura básica del 79*).

Pero sí estamos en condiciones de aseverar que la propiedad, la libertad, la seguridad, la salud o la fe pública pueden recibir daños de diferente magnitud. No es lo mismo robar quinientos pesos que quinientos mil, como tampoco es idéntico el grado de afectación cuando uno ejecuta actos regulares y habituales de comercio de estupefacientes, a aquel que es acusado de haberlo hecho una única vez, o alguien que posee elementos de cultivo para consumo personal que quien es propietario de una plantación de cientos de hectáreas, con destino de comercio, como tampoco será lo mismo un chofer de colectivos que no permite que un pasajero descienda debido a la bronca de la que es presa por el maltrato proferido por éste, a un agente de las fuerzas de seguridad que restringe la libertad ambulatoria de una persona sin orden judicial ni motivos suficientes para hacerlo prescindiendo de ella. Desde el punto de vista subjetivo, en una misma obra criminal ejecutada con pluralidad de autores, no será igual de dañina

la conducta de quien empuña el arma de fuego y somete violentamente a la víctima con todo tipo de amenazas, que la de aquel que simplemente se limita a extraer del bolsillo de su pantalón el dinero e, incluso, neutraliza la extralimitada violencia de su consorte en pos de “cuidar la integridad física” de la persona a quien acometen.

Sin embargo, para todos estos casos, el legislador no hace distinción alguna y a todos les adjudica un mismo y único punto de partida para el castigo, delegando en el Juez la valoración del monto que corresponde a cada caso que llega a su despacho para su juzgamiento.

Como he señalado, la problemática de la afectación inocua del bien jurídico y la posibilidad de perforar los mínimos de las escalas penales es algo que atañe a aquellas figuras penales cuyo piso es extremadamente alto. En el caso de un robo con arma de fuego, la dosimetría se aproxima mucho a la del homicidio (*6 años y 8 meses a 20, contra 8 a 25*), situación que ha sido producto de sucesivas reformas impulsadas desde la criminología mediática, conformada por ciertos sectores de la sociedad -principalmente, medios masivos de comunicación audiovisual-, cuya opinión “pese a estar plagada de prejuicios, falsedades e inexactitudes, es la que configura las actitudes del común de las personas y sobre las que suelen montarse las decisiones políticas que se traducen en leyes penales”. (28)

Producto de esta mecánica, han surgido modificaciones legislativas como las conocidas “Leyes Blumberg” -en especial, la N° 25.886- que han echado mano de un discurso de agravamiento de la pena por la condición del autor, por el solo hecho de registrar una condena penal anterior o haber gozado de la libertad ambulatoria como fruto de una anterior excarcelación o eximición de prisión (*189 bis, inciso 2º, párrafo 8º, del Código Penal*); basta recordar el famoso artículo 38 del decreto 6582/58, que castigaba el robo de un vehículo automotor con una pena mínima más severa que la correspondiente al homicidio simple.

También es un contratiempo muy característico de aquellos hechos encuadrables en la figura de tenencia de estupefacientes con fines de comerciali-

del control del delito, ¿la nueva forma del holocausto?, Ed. Del Puerto, 1993, Capítulo 5, El control de las clases peligrosas, pp. 65/85.

(28) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “La palabra de los muertos, Conferencias de Criminología Cautelar”, Ed. Ediar, Bs. As., 2011, pp. 4/5.

zación (*art. 5º, inc. "c", ley 23.737*). Quienes transitan los pasillos de la justicia federal tienen vasto conocimiento de esta realidad: al calificar jurídicamente un hecho y emitir un veredicto condenatorio que confina a alguien a una pena de prisión, muchas veces no existe criterio distintivo alguno entre quien es hallado responsable de dedicarse a la venta o contrabando de drogas duras en forma consuetudinaria y sostenida en el tiempo y aquel que es culpable de haber realizado un acto de comercio de marihuana en una ocasión aislada. La incoherencia de este tipo de soluciones está a la vista, pues desde la óptica de la lesividad es claro que el bien jurídico sufre un menoscabo de una magnitud mucho mayor cuando la conducta se reitera en forma regular durante un prolongado espacio de tiempo. Sin perjuicio de ello, muchas veces el juicio de determinación de la pena termina poniendo en un mismo escalón de gravedad ambas conductas.

De considerar, entonces, la existencia de un mínimo legal rígido e inflexible, casos como el de la simple tenencia de un arma de guerra *-castigada con una desproporcionado piso que arranca en los 3 años y 6 meses-* o el de la comercialización de un par de cigarrillos de marihuana en una ocasión aislada *-figura cuyo límite inferior es de 4 años-*, no dejarían al Juez otra alternativa que aplicar una pena que deba, necesariamente, cumplirse en prisión.

Y tampoco es posible ignorar que el pronóstico de pena en expectativa a imponerse todavía constituye, para muchos Tribunales, un ítem fundamental a la hora de valorar peticiones de excarcelación formuladas por las defensas de los ciudadanos a quienes se imputa un delito cuyo mínimo legal no permitiría, en principio, dejar en suspenso la pena en la hipótesis de una condena. Si bien las elaboraciones teóricas, doctrinarias y jurisprudenciales que sobre el punto se han hecho dejan claro de forma unánime y suficiente que tal pauta no habilita, por sí sola, a afirmar un juicio de peligrosidad procesal *-debiendo para ello encontrarse acompañada de otros elementos que hagan presumir fundadamente la sospecha de que el imputado podría poner en riesgo la investigación o podría intentar eludir la acción de la justicia en caso de hallarse en libertad antes de la realización del juicio (29)-*, lo cierto es que la

práctica cotidiana nos demuestra que es la pauta en torno a la posibilidad de dejar en suspenso el cumplimiento de la sanción la que guía el norte de las decisiones judiciales.

Para este grupo de casos, en los que la imposición del mínimo legal previsto por la escala del tipo implicaría una desproporción grosera en relación con la lesividad de la conducta, se impone preservar la vigencia del principio de culpabilidad por el acto mediante la fijación de una pena por debajo de ese baremo.

¿Cómo sorteamos, entonces, esta colisión de principios constitucionales que se produce entre culpabilidad (y proporcionalidad de la pena) y legalidad (y división de poderes)?

En el sistema constitucional argentino, no existe una instancia centralizada de revisión de la constitucionalidad de leyes, decretos o reglamentos. Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene una competencia por apelación *-y originaria sólo en ciertos y específicos supuestos-* para abocarse al estudio de casos concretos ya judicializados en etapas anteriores. Y si bien es, por excelencia, el estrado encargado de revisar la compatibilidad y coherencia del texto constitucional con el resto de los ordenamientos jurídicos de inferior jerarquía, la declaración de inconstitucionalidad no es un remedio de su exclusiva potestad, sino que constituye una herramienta de la que puede echar mano cualquier Magistrado, de la instancia, fuero y jurisdicción que sea, y su pronunciamiento regirá, con exclusividad, en el marco del pleito en el que se declara. Este proceder *-control de constitucionalidad difuso-* constituye uno de los frenos y contrapesos propios del sistema republicano de gobierno (*art. 1º C.N.*).

La perforación de los mínimos penales ha sido impulsada por un sector minoritario de la liturgia jurídica y ha comenzado, muy recientemente, a transitar el sendero judicial. *FERRAJOLI* ha sido uno de sus clásicos tributarios y ha explicitado, en una de las obras literarias cumbres de la filosofía penal, que la existencia de los mínimos de las es-

Nacional de Casación Penal, resuelto el 30/10/08; con anterioridad, lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Nápoli, Erika" (Fallos: 321:3630) y es también el estándar fijado por la jurisprudencia interamericana en "Suárez Rosero vs. Ecuador", emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 12/11/97.

(29) Es la piedra angular del debate que generó el pleito N° 13, "Díaz Bessone, Genaro Ramón", de la Cámara

calas penales “*contradice el principio de derecho penal mínimo*” y “*humilla la función del juez, al no consentirle valorar plenamente la posible falta de gravedad alguna del caso concreto*”. (30) Su posición es, quizá, la más radical de estos grandes autores a cuyos textos he tenido la posibilidad de recurrir para guiar la elaboración de este trabajo, pues propugna la erradicación total de los topes mínimos, propiciando así que las escalas contengan solamente un límite máximo. En el orden local, esta corriente ha sido respaldada por el Dr. Mario Alberto JULIANO, quien ha publicado un muy interesante trabajo (31) sobre este tópico, en el que expresó una idea que, en la solución, es coincidente con el criterio que propone FERRAJOLI: la lisa y llana eliminación de los mínimos de las escalas penales.

Un ápice más moderado es el criterio adoptado por ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR. En su tratado de derecho penal, pese a legitimar la existencia de los mínimos, le adjudican un valor meramente indicativo, que ha de ceder ante imperativos constitucionales. En este sentido, sostienen que “*el principio republicano de gobierno obliga a los jueces a apartarse de ellos cuantas veces sea necesario para salvar principios constitucionales e internacionales, como sucede cuando las circunstancias concretas del caso demuestran que las penas conforme al mínimo de la escala lesionan el principio de humanidad*”. (32)

Pasando al terreno de la jurisprudencia, es importante destacar los antecedentes de ciertos Tribunales de Justicia que han tomado la vanguardia y comenzaron a hacerse eco de esta tesitura a través de una serie de fallos recientes que, justamente, involucran supuestos típicos sobre los que se ha hecho particular hincapié *-delitos de tenencia, en un caso, de estupefacientes con fines de comercialización y, en otro, de un arma sin la debida autorización legal, al que se suma un tercer precedente, relacionado con un episodio calificado como robo con arma de fuego en grado de tentativa-*.

Paradigmático *-por su influencia a nivel nacional-* ha sido el precedente “*RÍOS*” (33), de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, un caso proveniente del Tribunal Oral Federal N° 2 de Córdoba calificado como constitutivo del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. En tal oportunidad, fallando en un todo de acuerdo a lo propuesto por el Fiscal de Cámara *-Dr. Javier De Luca-* en su dictamen *-cuya lectura recomiendo enérgicamente-*, los Jueces Alejandro Slokar y Ángela Ledesma *-que conformaron el voto mayoritario, con la disidencia del Dr. David-* señalaron, sobre la base de la operatividad de los principios constitucionales involucrados en el asunto, que en el caso analizado “*queda claramente evidenciado el desmesurado monto punitivo de cuatro años de prisión aquí controvertido, de acuerdo a los baremos consignados por el acusador público para fijar el límite de pena, en atención a la escasa lesión al bien jurídico tutelado por el referido precepto de la ley 23.737*”.

Pero no sólo fue el Máximo Tribunal penal del país el que se expidió en este sentido. A este valioso antecedente, se suman otros dos, también provenientes de la Justicia Nacional en lo Criminal: los fallos “*FONTANA*” (34), del Tribunal Oral en lo Criminal N° 15 y “*MORALES*” (35), del Tribunal Oral en lo Criminal N° 22.

El primero de estos precedentes trata de un caso de portación de arma de guerra, cuya penalidad mínima está fijada *-de acuerdo a los cánones de la última reforma-* en tres años y seis meses de prisión: es decir, un supuesto que no admite, de arranque, la adopción de una condena de ejecución condicional. En el apartado referente a la graduación de la pena, luego de desarrollar un profuso y pormenorizado análisis sobre la agravante cuestionada *-que incluyó aspectos vinculados a su coherencia y sistematicidad en relación con el resto de las variantes del propio artículo 189 bis, incorporando también un análisis de los antecedentes parlamentarios que justificaron su tratamiento y posterior sanción-* los Dres. Pablo Vega y Adrián Martín *-que conformaron el voto mayoritario-* justificaron la imposición de una

(30) FERRAJOLI, Luigi, obra citada, pp. 165/6.

(31) JULIANO, Mario Alberto, “La indefectible naturaleza indicativa de los mínimos de las escalas penales”, Revista Jurídica Pensamiento Penal del Sur, ejemplar N°1, Fabián Di Plácido Editores, Bs. As., 2004.

(32) Obra citada, p. 133.

(33) Causa 16.261, Reg. 299/13, rta. el 16/4/13.

(34) Causa N° 3617, sentencia emitida el 14 de mayo de 2012.

(35) Causa N° 3984, sentencia emitida el 19 de noviembre de 2013.

sanción por debajo del piso de la escala penal, aludiendo a que la irracionalidad del caso se fundaba en dos aspectos: *a)* la existencia de una reforma que presentaba una finalidad supralegal incompatible con el texto constitucional, como la de impedir la excarcelación de quienes estuviesen imputados por esta figura delictiva; *b)* la flagrante transgresión al principio de proporcionalidad de la pena, que tiene lugar a partir de la incoherencia entre la pena mínima delimitada por el legislador y la que correspondería para el caso concreto, según los parámetros de la lesión del bien jurídico.

El último de los fallos enunciados, dictado por dos de los Jueces del Tribunal Oral en lo Criminal N° 22 -*Dres. Paduczak y Nardiello*-, articula la reducción de la pena por debajo del mínimo legal acudiendo, en primer lugar, a la existencia de una marcada desproporción entre ofensa y marco legal (lesividad) y, en segundo lugar, a la obturación de la posibilidad de reinserción social del condenado, a partir de que la calificación legal en la que correspondía subsumir el episodio -*robo con arma de fuego en grado de tentativa*- no permitiría una pena de cumplimiento suspendido.

Sintetizando entonces la propuesta: la declaración de inconstitucionalidad de los mínimos de las escalas penales constituye una herramienta válida para la preservación del principio de culpabilidad por el acto, que prevalece -*por su especificidad en lo que hace al análisis del caso concreto*- sobre el de estricta legalidad, en aquellos excepcionales supuestos en los que la aplicación del mínimo legal establecido para el delito resulte groseramente desproporcionado en relación con la lesividad de la conducta. Si bien es una tesis que, en principio, puede aplicarse a cualquier clase de delitos, lo lógico y razonable es que su implementación -*atento al principio de estabilidad de las leyes*- esté fundamentalmente reservada a aquellas hipótesis en las que el tope inferior es excesivamente alto y no posibilita al Juez, siquiera tratándose de la primera condena que sufre una persona, la aplicación de un sistema alternativo a la prisión de efectivo cumplimiento, so riesgo también, de frustrar la posibilidad de resocialización menos nociva para el ser humano -*arts. 18 de la C.N., 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1° de la ley 24.660*-.

Sobre el punto, me permito agregar que si bien la plena erradicación de los mínimos se erigiría como absolutamente concordante con un sistema de derecho penal mínimo y garantizaría, con ma-

yor rigurosidad que cualquier otra proposición, los principios constitucionales de lesividad, culpabilidad y proporcionalidad de la pena, no es posible ignorar que su adopción podría verse permeable a recibir críticas que, a la larga, concentren un caldo de cultivo de reformas de corte autoritario, a través de un efecto *boomerang*. Al respecto, aunque quien suscribe eventualmente no las comparta, sean un resabio de la Inquisición -*derivado del principio de oficialidad, receptado legalmente en nuestro artículo 71*- y, en definitiva, resulten falaces en caso de contrastárselas con los estudios de campo, no podemos ignorar la naturaleza política de la pena. Tal condición estaría, ante la creciente influencia que los medios masivos han ganado en la formación de la opinión de la ciudadanía, al servicio de “algunos oportunistas de la inseguridad” capaces de instalar, en el imaginario público, la falsa suspicacia de que los jueces, al no hallarse inexorablemente sujetos a aplicar pena en todos los hechos delictivos que son sometidos a su decisión, conserven en sus manos el “poder” para decretar, discrecional (y hasta arbitrariamente), la impunidad de todos y cada uno de los hechos delictivos que les llega a su conocimiento.

La historia nos enseña que este proceder podría -*tal y como ya ha ocurrido*- despertar, en la conciencia de ciertos sectores de la ciudadanía -*trasladable al estamento legislativo*- la falsa creencia sobre la necesidad de elevar los montos de pena, so pretexto de lograr un pretendido efecto disuasorio. Y quienes formamos parte, directa o indirectamente, del aparato judicial, sabemos que cuando el discurso de la seguridad y de la defensa social cobra protagonismo dentro del aparato represivo del Estado, el poder punitivo avanza y las garantías del Estado de derecho van cediendo espacio a su merced. Esto termina por detractor la independencia que los jueces deben tener para realizar su labor, al hallarse forzados por el contexto a seguir el mandato de la “condena social y mediática” antes que lo que su libre convicción, basada en las actuaciones judiciales, les indica.

Como reflexión final en torno a este punto, es de una elemental prudencia la propuesta elaborada a partir del actual anteproyecto del Código Penal, que incorpora en el texto de la ley de fondo una cláusula genérica que regula esta posibilidad en determinados supuestos en los que se verifica la existencia de un conflicto como el desarrollado en este trabajo.

**IV. Culpabilidad y vulnerabilidad: la situación de autodeterminación y la reducción de este ámbito como consecuencia del estado de vulnerabilidad. ¿Puede convertirse, al son de la lesividad, como una pauta válida para la aplicación de una pena por debajo del mínimo de la escala penal?**

En la introducción de este trabajo se ha hecho una brevísima referencia a aquel aspecto que constituye el presupuesto elemental para poder adjudicarle responsabilidad penal a una persona: la posibilidad de que el comportamiento penalmente relevante haya sido fruto de su espacio de autodeterminación.

Sobre este orden argumental es importante decir que, con excepción de aquellos autores partidarios de una teoría del delito de sesgo organicista -como el funcionalista sistémico de JAKOBS, herencia de la teoría de los sistemas de Niklas Luhman-, que parten de una premisa que niega la plena autodeterminación del individuo y conciben un sistema de reprochabilidad que se basa en infracciones al deber por quebrantamiento de un rol (36), el resto de las corrientes doctrinarias -más allá de los matices particulares que adquiere para cada una de ellas (37)- reconocen, en la autodeterminación y el “poder comportarse de otro modo”, el elemento fundante de la responsabilidad penal.

La teoría agnóstica de la pena que proponen los profesores ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, incorpora, junto al espacio de autodeterminación, un ingrediente extraño al esquema tradicional de este estrato de la teoría del delito: la situación de vulnerabilidad del agente.

Coherente con su proposición acerca del funcionamiento real del sistema, los autores estruc-

turan un concepto cuyo objetivo radica en empoderar a los jueces de una herramienta destinada a paliar los desequilibrios que son consecuencia de la selectividad con la que operan las agencias de criminalización secundaria, especialmente las fuerzas de seguridad, cuyo funcionamiento burocrático los conduce, básicamente, a legitimar su existencia mediante la institucionalización de aquellos casos de fácil detección (a los que describe como obras toscas), perpetrados por personas que encuadran en determinados estereotipos criminales que están representados, en casi su totalidad, por individuos que no pertenecen a un sector con alguna cuota de poder dentro de la comunidad (teoría del “labelling approach” o “etiquetamiento” (38).

Así, señalan que entre pertenencia a un estrato de poder y vulnerabilidad existe una relación de proporcionalidad inversa, definiendo este último concepto como el esfuerzo que el agente debe realizar para ser captado por las redes del sistema. Es decir que, a mayor grado de vulnerabilidad, menor esfuerzo se demandará para la judicialización de un conflicto penal.

Este concepto, de un origen que parece estar muchísimo más emparentado con el campo de la sociología criminal que del derecho, traza -a mi modo de ver- una bisagra en la dogmática, al reconocer implícitamente que el funcionamiento del sistema penal está imbuido de una gama de funciones no manifiestas, estrechamente vinculadas al control social.

Explicarlo mediante la transcripción de una crónica de HULSMAN y BERNAT DE CELIS será más entretenido y, sin duda alguna, clarificador. En el acápite denominado “la preselección” (39), los autores señalan que: “En todos los tribunales hay un sitio destinado a los periodistas, pero éste permanece a menudo vacío. Los responsables de los medios de información descuidan esas sesiones triviales, rutinarias, en que los hombres del aparato desempeñan su papel sin convicción y en los cuales todo el mundo se aburre. Si cumplieran con su

(36) Un sistema de posiciones definidas de modo normativo, que puede estar ocupado por individuos cambiantes; JAKOBS, “Sociedad, norma y persona en una teoría del Derecho Penal Funcional, Ed. Civitas, 1996, p. 35.

(37) Mientras que, para un adscripto a la teoría funcionalista como ROXIN —“Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el derecho penal, www.derechopenal.com, 2000”, el meollo lo constituye un “actuar injusto a pesar de la capacidad de reaccionar ante la norma”, para ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, obra citada, capítulo XX, el eje central está apoyado sobre la imposibilidad de exigir otra conducta en esa constelación situacional concreta, producto de la reducción de ese espacio de autodeterminación.

(38) BARATTA, Alessandro “Criminología y Sistema Penal”, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004; o el “estigma” al que hacen referencia HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jacqueline en “Sistema penal y seguridad ciudadana”, capítulo 11, pp. 57/58.

(39) Autores y obra citada, pp. 63/4.

*obligación, estarían enterados de cómo centenares de personas son juzgadas todos los días, en todo el país, en un tiempo ínfimo, y sabrían también que son siempre los mismos los que van a la cárcel: las categorías más débiles, los más desamparados de la población”.*

Un panorama como el presentado induce a afirmar que pese a la vigencia del principio de igualdad ante la ley, ciertos vicios del plano ontológico condicionan su operatividad. Si se reconoce, entonces, que la real puesta en marcha de la maquinaria está orientada de acuerdo a un presupuesto rector como la “selectividad de su clientela”, será muy fácil descubrir que los principios o valores sobre los cuales reposa este sistema se encuentran radicalmente falseados. (40)

Es decir que un segmento como el de culpabilidad por la vulnerabilidad contempla el objetivo de estabilizar esa situación de desigualdad de los ciudadanos frente a las redes del poder punitivo, pero desde un punto de vista novedoso, que implica reconocer que ese condicionamiento, fruto del aludido estado de vulnerabilidad, reduce notoriamente la capacidad de autodeterminación.

Ahora, ¿cuáles son las repercusiones que esto tiene cuando se lo traslada al campo de la determinación de la pena judicial? En particular: ¿es posible que esta pauta pueda ser tomada, al igual que la lesividad del bien jurídico, para perforar los mínimos de las escalas penales? Existen, a mi modo de ver, ciertos elementos que me llevan a afirmar este último interrogante.

Primero y principal, debo decir que hay una suerte de responsabilidad que el Estado debe asumir desde un plano ético. Como garante del bien común, su rol esencial consiste en brindar un contexto de igualdad de oportunidades en lo que hace a la formulación de los planes de vida de cada uno de sus ciudadanos, pero por sobre todas las cosas debe asegurar, inexorablemente, la satisfacción de las necesidades básicas como la educación, la salud, la alimentación y la vivienda, para lo cual dispone de un conjunto de herramientas de diversa índole. Si acordamos, entonces, en que esos sectores con altos índices de vulnerabilidad y, por ende, permeables a las redes del poder punitivo -a los que se suman

*otros grupos estereotipados por prejuicios que se mantienen, como sostiene ZAFFARONI, presentes en el imaginario y responden a naturalezas tan dispares como etnia, género, religión, grupo cultural o nacionalidad-* están compuestos -casi en su totalidad- por individuos que no han tenido por satisfecho este piso mínimo de existencia digna y han sido expulsados a los márgenes, fuerza es concluir lo incorrecto que sería que el Estado se abstenga de asumir, aunque sea en mínima medida, la responsabilidad que necesariamente le cabe por su protagonismo en la injerencia de ese estado de vulnerabilidad, reduciendo la intensidad del castigo que aplica. Quizás sea prudente recordar una breve cita de RONALD DWORKIN (41), quien al analizar las características de los dos paradigmas imperantes de la ética normativa, señala que “*Si la libertad de elegir la escuela a que se va, el empleado que se contrata o el barrio donde se vive es simplemente algo que todos queremos, como queremos tener aire acondicionado o comer langosta, entonces no tenemos derecho a aferrarnos a esas libertades frente a lo que concedemos que son los derechos de otro a compartir igualmente el respeto y los recursos*”. Lo afirmado constituye un presupuesto básico para garantizar el carácter humanitario de la pena.

Tampoco existe razón para descartar la posibilidad de disminuir el reproche por debajo del mínimo legal desde un punto de vista comparativo con otros institutos de la dogmática regulados en la legislación, a los que se aplica esta lógica de disminución del reproche, como pueden ser el estado de emoción violenta -art. 81, inc. 1º “a” del Código Penal- o la afectación de la autodeterminación con motivo de un error de prohibición evitable, sea directo o indirecto -art. 34, inciso 1º, del Código Penal-. El primero de éstos alude a una perturbación momentánea en la psiquis del sujeto y la atenuación prevista es producto de que tal alteración no logra suprimir la capacidad para ejercer el dominio sobre el curso causal emprendido, sino que la condiciona como consecuencia de un determinado factor. El segundo puede presentarse en diferentes variantes, que consisten en un desconocimiento absoluto (evitable o no) sobre la existencia de una prohibición o sobre sus alcances, o en la falsa creencia sobre la operatividad de una

(40) Íd., p. 54.

(41) “Los Derechos en serio”, Capítulo 12, “¿Qué derechos tenemos?”, Ed. Ariel, Barcelona.

causa de justificación o de un estado de necesidad en un supuesto de hecho determinado.

Como vemos, se trata en definitiva de hipótesis que, aunque tienen origen en distintos factores, responden a una matriz común: el acotamiento del espacio de autodeterminación. Esto nos lleva a presumir que si la legislación resuelve estas circunstancias mediante una reducción de la intensidad de la sanción, no existiría imposibilidad alguna para proyectar idéntica solución en los casos de extrema vulnerabilidad del agente. Bien lo señalan ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR cuando esbozan sus criterios de cuantificación de la culpabilidad por la vulnerabilidad (42); allí, al desarrollar la suerte que por lo general le depara a los integrantes de estos sectores, estigmatizados por el etiquetamiento criminal, remarcan que *“La coincidencia con el estereotipo negativo, o sea, esta suerte de tipicidad social negativa que presenta la persona, configura un estado de alto nivel de vulnerabilidad que le es propio, y que lo expone a la selección criminalizante como constante sospechoso, al tiempo que lo impulsa a ella, incluso a través de mecanismos inconscientes de los operadores”*, concluyendo que *“Una elemental consideración de equidad impone considerar que si la selección injusta no tiene lugar por la gravedad de los hechos, sino por la coincidencia con el estereotipo, los caracteres estereotipados del agente que hacen a su persona no puedan serle imputados o, lo que es lo mismo, que deben descontarse de la medida de la pena que indica la culpabilidad por el acto”*.

A partir de lo enunciado, al son de la lesividad y como una razonable derivación de los principios de humanidad de las penas (*arts. 18 de la C.N., 5º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 7º del P.I.D.C.P. y 5.2. de la C.A.D.H.*), de igualdad ante la ley (*art. 16 de la C.N.*) y de determinadas pautas de mensuración de la sanción contenidas en el art. 41 del Código Penal, como la *“calidad de los motivos que determinaron a delinquir”* y *“el resto de antecedentes y condiciones personales”*, sería quizás de utilidad articular ese puente dialéctico entre teoría y praxis, de modo tal de trazar un nuevo enfoque para la perforación de aquellos mínimos de las escalas penales en esos supuestos particulares en los que se verifique una situación de extrema vulnerabilidad del agente.

## V. Conclusiones

A lo largo del desarrollo de este trabajo, he intentado aportar una visión sobre un tema que ha comenzado no sólo a tener cada vez mayor espacio en la literatura jurídica argentina, sino efectiva aplicación en los casos que llegan a los estrados de los Tribunales de Justicia (43): la posibilidad de imponer una pena por debajo de los mínimos de las escalas penales, mediante su declaración de inconstitucionalidad en el caso concreto.

Traté de analizar su procedencia desde una óptica que incluye dos perspectivas. La tradicional, estructurada centralmente sobre la lesividad del bien jurídico (*la culpabilidad, la proporcionalidad de la pena y la resocialización, como elementos coadyuvantes*). Y otra más -*si se me permite*- “tirada de los pelos”, con apoyatura en la situación de extrema vulnerabilidad que condiciona la autodeterminación del agente en el contexto particular de comisión del hecho punible.

El objetivo no es otra cosa que retroalimentar un debate que se torna inexorablemente necesario tener en un contexto de derecho penal mínimo, discusión cuyos postulados apuntan a fortalecer la tarea del Juez como garante de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales del ser humano, y como pilar de contención del poder punitivo y del estado de policía en aquellos casos en donde la rigurosa literalidad de la ley anula la función jurisdiccional y, por sobre todas las cosas, aquella idea abstracta que todos tenemos acerca de lo que debe ser la “justicia”: no una maquinaria destinada a resolver, mediante una lógica represiva, conflictos que son producto de las diferencias estructurales de nuestra sociedad, sino desde un lugar más respetuoso de la dignidad del ser humano y con una esencia inclusiva que neutralice posibles efectos reproductores de la desigualdad.

Porque a la cárcel no la representa esa idea de mágica y justa penitencia capaz de gestar el espíritu reflexivo que hace cambiar al *“más despiadado e insensible de los hombres”*. La pena de prisión está muy lejos de ser solamente eso. Es la pérdida de la libertad, el estigma que produce sobre quien, de ahora en adelante, será eternamente calificado

(42) Autores y obra citada, pp. 1050/1056.

(43) Uno de los precursores, el Dr. Mario Alberto Juliano, Juez del Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea.

como “delincuente”. Y trasciende a sus familiares, se proyecta sobre sus futuras oportunidades de inserción en el mercado laboral, sobre la posibilidad de desarrollar y sostener sus vínculos afectivos, sobre su vida espiritual, sexual. En fin, es la institucionalización de la violencia y, en algunos casos, representa la absoluta despersonalización del ser humano pues, como sostenía MICHEL FOUCAULT, “desde el principio, la prisión debía ser un instrumento tan perfeccionado como la escuela, el cuartel o el hospital y actuar con precisión sobre los individuos. El fracaso ha sido inmediato,

y registrado casi al mismo tiempo que el proyecto mismo. Desde 1820 se constata que la prisión, lejos de transformar a los criminales en gente honrada, no sirve más que para fabricar nuevos criminales o para hundirlos todavía más en la criminalidad.”

No parece entonces descabellado ni injusto que, a través de la práctica discursiva, se aporten visiones sobre algunas prácticas legítimas para erradicar esas dosis irracionales e innecesarias de dolor que paradójicamente el Estado inflige sobre aquellos ciudadanos más relegados. ♦

.....



# DERECHO PROCESAL

---



# Víctimas y publicidad del juicio penal. Algunas reflexiones democráticas (\*)

POR JUAN CARLOS RÚA

**Sumario: I. Planteo del problema. — II. El liberalismo. — III. El proceso penal. — IV. La democracia. — V. Los medios de comunicación. — VI. La imagen de las víctimas. — VII. La intimidad. — VIII. El derecho al honor. — IX. Colofón. La insuficiencia de las razones. Maximizar la democracia. — X. Fuentes bibliográficas.**

## I. Planteo del problema

Es habitual que quienes teorizan sobre el proceso penal aborden la cuestión de la publicidad del juicio. Exponiendo posiciones a favor o en contra, existe una fuerte preocupación sobre el tema, que se manifiesta especialmente en la discusión acerca de la conveniencia o inconveniencia de que los medios audiovisuales -en particular, la televisión- ingresen a las salas y transmitan el debate.

En ambos sentidos, se esgrimen y valoran razones que tienen que ver con la protección de los imputados, las víctimas, los terceros involucrados, los jueces o la propia sociedad, y tienen por sustrato común una fuerte desconfianza general respecto de los medios de comunicación y en particular de sus potenciales efectos distorsivos en el acto del juzgamiento.

Escribo estas reflexiones convencido de que este enfoque es equivocado. Pensar la publicidad del juicio, de los actos de gobierno, a partir de pequeñas razones accidentales y no de los principios generales que han de guiar toda la actuación estatal, permite a los jueces resolver -dentro del pequeño ámbito de su competencia- de formas y con razones cuya utilización extendida jamás nos resultaría aceptable.

Pensando de la forma que critico se invierte el razonamiento, poniendo en primer lugar las

pequeñas justificaciones de la limitación a la publicidad como forma de prohibirla totalmente. Por el contrario, propongo un abordaje de la cuestión a partir de los principios generales que deberían regir -que rigen- nuestra práctica constitucional y, por lo tanto, nuestro sistema penal.

Por ello, además confrontaré con autores como GARAPON, en cuanto muestra objeciones generales frente a toda forma de participación ciudadana en los conflictos penales, y sobre todo, de aquella que se realiza a través de canales mediatos. Él sostiene: "*Desconfiemos de una justicia demasiado telegénica. El riesgo al filmar las audiencias es el de hacer prevalecer una lógica del espectáculo ajena a la justicia... (1) La imagen ha de estar al servicio de la democracia y no la democracia al servicio de la imagen. La publicidad no es para la justicia más que una garantía procedimental, casi un mal necesario*". (1)

Por el contrario, mostraré que la adopción de modelos teóricos basados en una idea fuerte del valor de la autonomía y, sobre todo, que asuman modelos robustos de la democracia, son incompatibles con una desconfianza tal en los medios de comunicación y su papel dentro de los procesos políticos.

Justo es aclarar en este punto que el abordaje se dirigirá exclusivamente a la etapa del juicio, esto es, el debate y veredicto, como momento central en la resolución de los conflictos penales.

(\*) Este artículo reproduce, en lo esencial, el trabajo de investigación final presentado en el marco de la Carrera de Especialización en Derecho Penal, del Departamento de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, evaluado por el jurado integrado por los doctores Horacio Leonardo Días, Edgardo Alberto Donna e Ignacio Tedesco.

(1) GARAPON, Antoine, *Juez y democracia. Una reflexión muy actual*, Flor de Viento Ediciones, España, 1997, p. 86.

A su vez, la amplitud del problema me obliga a seleccionar una de sus múltiples facetas. Por ello, mi desarrollo se propone analizar específicamente las limitaciones a la publicidad plena fundadas en la protección de los derechos de las víctimas de delitos. Y dentro de este universo de casos, exceptuaré el conflicto que se da respecto de la protección de las personas menores de edad, puesto que cualquier propuesta de solución respecto a este punto requiere una vía teórica paralela, que desnaturalizaría esta exposición.

De esta forma, sostendré que en ningún caso la custodia de los derechos al honor, intimidad e imagen de personas mayores de edad que hayan sido víctimas de delitos cuya persecución se encuentre en manos estatales resulta suficiente para justificar la prohibición de ingreso de medios audiovisuales a las salas de juicio, o la posterior reproducción televisiva -o por cualquier otro medio- de las imágenes allí obtenidas.

No escapa a mi análisis que la televisación del juicio penal puede traer grandes afectaciones a las víctimas. *“Cuando la difusión pública de las alternativas de un juicio tiene lugar por los medios masivos de comunicación, es innegable que esa publicidad es apta para afectar la imagen, intimidad y reputación de las personas que en él intervienen de un modo más intenso e indeterminado que el que derivaría de la percepción directa por parte de unas pocas personas que presencian lo que sucede en la sala de audiencias.”* (2)

Aun así, considero que una sincera evaluación de los contravalores en juego ratificará mi propuesta. Para ello, entiendo que el problema debe ser expuesto a la luz del esquema liberal que guía -imperfecta aunque decididamente- nuestro esquema institucional. A su vez, ya dentro de este acotado ámbito, habrán de privilegiarse aquellas soluciones que favorezcan una idea robusta de lo que la democracia es, por sobre aquellas que desconfían o limitan la posibilidad de participación popular en los asuntos públicos. Son estos principios los que guiarán el estudio de la estructura formal del proceso penal en la Argentina y permitirán, según sostengo, descartar las razones

(2) GARCÍA, Luis M., “Juicio oral y medios de prensa. El debido proceso y la protección del honor, de la intimidad y de la imagen”, Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, primera edición, 1995, p. 42.

utilizadas en contra de una plena publicidad del juicio penal.

Corresponde en este punto aclarar que de ningún modo justificaré el valor de la autonomía liberal o de un modelo democrático fuerte. Estos aspectos serán meros presupuestos de mi desarrollo teórico, por lo que me limitaré a explicitarlos de forma sintética, pero adecuada para clarificar mi propuesta.

¿Tiene sentido la democratización del proceso penal? ¿Pueden los medios de comunicación favorecerla? Mi objetivo es dar una respuesta afirmativa a estas cuestiones.

## II. El liberalismo

Dicho ello, y teniendo como mira los objetivos propuestos en la introducción, realizaré un breve análisis de los principios del ideario liberal que, tal como entiendo, inspira imperfectamente nuestra práctica jurídica.

La justificación de que sea el liberalismo una de las ideologías que guían nuestra práctica constitucional excede los márgenes de investigación que me he propuesto, por lo que me limitaré a asumirla como axioma del trabajo, sin exponer las razones históricas o políticas que permiten sostenerlo. (3)

Ahora bien, ingresando a la cuestión específica, la definición del concepto resulta ciertamente problemática, ya que existen múltiples posiciones filosóficas y políticas que, con justicia y a pesar de sus diferencias, se definen como liberales, por lo que intentaré buscar una síntesis útil a los acotados fines de este trabajo.

Así, descartando los aspectos diferenciales, podría definirse al liberalismo como una ideología esencialmente individualista y antiperfeccionista, de aplicación no comprehensiva.

En cuanto a la primera de las cuestiones, no estoy intentando decir que ésta sea una posición egoísta o anárquica -aun cuando ciertos liberales así lo sostengan- sino que, al haber nacido como

(3) Sobre este punto, véase por ejemplo NINO, Carlos Santiago, Fundamentos de derecho constitucional Astrea, Buenos Aires, tercera reimpresión, 2005, capítulo primero, punto F.

reacción moderna a ciertos absolutismos y posturas homogeneizantes (principalmente religiosas), revaloriza el valor del individuo como ser independiente de la colectividad, que no puede ser sacrificado en pos de su beneficio.

Una de las expresiones más paradigmáticas puede verse en KANT, que sobre ello dice: *“los seres racionales están todos bajo la ley de que cada cual no debe tratarse a sí mismo ni a los demás nunca simplemente como medio, sino siempre al mismo tiempo como un fin en sí mismo.”* (4)

Este principio, a pesar de que su formulación categórica no es aceptada por buena parte de los teóricos liberales, viene a explicitar un fuerte límite compartido al poder de las mayorías sobre el individuo, negando que aquéllas puedan, en aras de su propio bienestar colectivo, utilizarlo como una herramienta, lo que permite dejar de lado las ideologías organicistas de la sociedad y las visiones utilitaristas de índole totalitaria. (5)

A su vez, éste tiene algunas manifestaciones igualitarias mínimas que resultan aceptables para la generalidad de los autores liberales. Me refiero al tratamiento con igual dignidad y respeto del que se hacen acreedoras todas las personas, que determina que más allá de sus diferencias, han de ser considerados como igualmente capaces de elegir y materializar sus planes de vida individuales.

Mediante la idea de autonomía antiperfeccionista, se *“establece que es valiosa la adopción individual libre de ideales de excelencia humana y de planes de vida basados en ellos. Por lo tanto, (se) sostiene que el Estado (así como también los demás individuos) no puede interferir en esa elección ni en la materialización de esos ideales y planes. El Estado debe limitarse a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida, de tal manera que impida la interferencia mutua en el curso de tal persecución”.* (6)

(4) KANT, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, Alianza Editorial, Madrid, España, segunda reimpresión, año 2005, p. 122.

(5) Ver NINO, Carlos Santiago, *Las concepciones fundamentales del liberalismo*, En Maurino, Gustavo (editor), *“Los escritos de Carlos S. Nino”*, Vol. II, Gedisa Editorial, primera edición, Buenos Aires, Argentina.

(6) NINO, Carlos Santiago, *Discurso moral y derechos liberales*. En Maurino, Gustavo (editor), *“Los escritos de*

Esta noción potencia la autonomía del individuo, vedando toda intervención de las mayorías o los grupos de poder que pretendan imponerle algún modelo de virtud personal, o proteger los intereses de la persona en contradicción con sus propios deseos.

Finalmente, he dicho que el liberalismo resulta una ideología no comprensiva, ya que su sistema valorativo es aplicable exclusivamente a las cuestiones del ámbito político, dejando en libertad a los ciudadanos para adoptar su propio esquema de valores para todos los asuntos ajenos a esta pequeña esfera de lo público. (7)

### III. El proceso penal

Ahora bien, sin perjuicio de haber dicho que el liberalismo inspira nuestra práctica jurídica, es en el proceso penal donde se nota particularmente que su influencia es imperfecta.

Así, si bien la adopción de un liberalismo estricto debería llevar a considerar los conflictos sociales como exclusivos de aquellos que han sido parte de ellos o los han sufrido (8), nuestras sociedades han optado por otra modalidad.

Este sistema, que podremos llamar infraccional, nació en la Edad Media junto con la centralización del poder monárquico, y rápidamente se impuso como forma de tratamiento de los conflictos. (9) Tiene por característica fundamental el desplazamiento de la idea de que éstos pertenecen a las partes, por la noción de infracción a la norma, es decir, a los deberes existentes para con el soberano o con la comunidad. Por ello, el lugar otorgado a la víctima resulta marginal, siendo que la función de acusar es asignada a un funcionario gubernamental que, en representación del monarca o la

Carlos S. Nino”, Vol. I, Gedisa Editorial, primera edición, Buenos Aires, Argentina, abril de 2007, p. 33.

(7) Para una correcta comprensión de la cuestión ver RAWLS, John, *El liberalismo político*, Crítica S.L., Barcelona, España, 2006, primera parte.

(8) Tomo esta idea de SEIJAS, Gonzalo, *Liberalismo y proceso penal*, trabajo de investigación inédito, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España, septiembre de 2010.

(9) Véase FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa Editorial, Buenos Aires, 2007, tercera conferencia: *“De la verdad entre particulares a la verdad pública: el nacimiento de la indagación jurídica”*.

sociedad, debe fomentar la persecución de los delitos.

Explica MAIER que la víctima fue despojada de su relación con el conflicto *“por la Inquisición, que expropió todas sus facultades, al crear la persecución penal pública, desplazando por completo la eficacia de su voluntad en el enjuiciamiento penal, y al transformar todo el sistema penal en un instrumento de control estatal directo sobre sus súbditos, ya no importaba aquí el daño real producido, en el sentido de la restitución del mundo al statu quo ante, o, cuando menos, la compensación del daño sufrido: aparecía la pena estatal como mecanismo de control de los súbditos por el poder político central, como instrumento de coacción -el más intenso- en manos del Estado, que lo utilizaba de oficio, sin necesidad de una queja externa a él”*. (10)

De esta forma, como comunidad hemos decidido adoptar como propios todos los problemas entre particulares que afecten ciertos bienes jurídicos, definidos de forma más o menos arbitraria en nuestra legislación penal. *“Así, en un moderno juicio penal dos cosas importantes han sucedido. Primero, las partes están siendo representadas. En segundo lugar, la parte que es representada por el Estado, denominada la víctima, es representada de modo tal que, para la mayoría de los procedimientos, es empujada completamente fuera del escenario, y reducida a ser la mera desencadenante del asunto. La víctima es una especie de perdedora por partida doble, primero, frente al delincuente y segundo -y a menudo de una manera más brutal- al serle denegado el derecho a la plena participación en lo que podría haber sido uno de los encuentros rituales más importantes de su vida. La víctima ha perdido su caso en manos del Estado”*. (11)

Este sistema ha sido receptado en dos principios teóricos de aceptación general entre nuestros doctrinarios del proceso penal: el principio de

oficialidad y el de legalidad procesal (12), que encuentran sustento legal en el artículo 71 y siguientes del Código Penal.

Éstos determinan que -con escasas excepciones- es el Estado quien se ha arrogado la potestad de perseguir las infracciones a la ley penal, y que su persecución no es discrecional, sino que debe ser ejercida por los funcionarios designados a tal efecto, más allá de toda posible objeción de los participantes del conflicto. (13)

En palabras de ROXIN *“(e)l Estado no tiene únicamente la pretensión penal material, sino también el derecho y la obligación de perseguir penalmente. Él realiza su pretensión penal por sí mismo, es decir, sin consideración a la voluntad del ofendido; interviene de oficio en todos los hechos punibles. El ofendido puede presentarse como denunciante o puede ser testigo en el proceso; pero ni siquiera esto es necesario. De todos modos, él no tiene, en principio, ninguna influencia en cuanto a si se llevará a cabo un procedimiento penal (p. ej., el comerciante que ha sido robado por un empleado bien puede prescindir de la denuncia y, con ello, con frecuencia, hacer en la práctica el procedimiento penal y, así, el castigo; pero si la causa llega a conocimiento de los órganos de la persecución penal estatal, p. ej., de la policía, a través de la denuncia de otro empleado o de cualquier otro modo, el hecho punible es perseguido...)”*. La razón de esta regulación es el interés público en que los hechos punibles no queden sin persecución? (14)

Para sintetizar lo expuesto de una forma útil, como colectividad hemos decidido, en desmedro del liberalismo que adoptamos en otros aspectos, considerar que la protección de ciertas afectaciones a bienes jurídicos no ha de ser dejadas en manos de los ciudadanos individuales, sino que ameritan una reacción colectiva que imponga -aún en contra de la voluntad de los afectados- una sanción a los responsables.

(10) MAIER, Julio B., La víctima y el sistema penal, en ESER, Albin y otros, “De los delitos y de las víctimas”, Ad-Hoc, Buenos Aires, primera reimpression de la primera edición, 2001.

(11) CHRISTIE, Nils, Los conflictos como pertenencia, en ESER, Albin y otros “De los delitos y de las víctimas”, Ad-Hoc, Buenos Aires, primera reimpression de la primera edición, 2001, pp. 162/63. El destacado se encuentra en el texto original.

(12) Sobre el punto ver MAIER, Julio B. J., Derecho procesal penal. Tomo I, fundamentos, primera edición, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 1996, capítulo II, punto 8.

(13) Un breve planteo del tema puede verse en BINDER, Alberto M., Introducción al derecho procesal penal, Ad-Hoc, segunda edición, Buenos Aires, 2004, capítulo XVII.

(14) ROXIN, Claus, Derecho procesal penal, traducción de la 25ª edición alemana, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 83.

#### IV. La democracia

Finalmente, concluiré la exposición del marco teórico en que basaré mi desarrollo, explicando los contornos específicos de la teoría democrática que adoptaré. Esta cuestión resulta crucial, ya que existen decenas de teorías políticas que se autodefinen como democráticas y sólo mediante el uso de aquella que expondré, o alguna similar, es que cobra sentido mi análisis.

Específicamente, mi propuesta consiste en adoptar una versión modesta, dentro de las teorías deliberativas de la democracia, cuya definición intentaré precisar en los párrafos siguientes. (15)

Diré entonces que la regla democrática consiste, ante todo y más allá del voto, en una práctica comunitaria de discusión de los asuntos públicos, donde necesariamente deben verse representadas las voces de todos los potencialmente afectados por la decisión a tomarse. Así, lo relevante en esta postura no es la forma de decidir, que inevitablemente deberá tomarse de forma agregativa o por la actuación de un funcionario electo a tales fines, sino el procedimiento de formación de las voluntades que tomen parte de la decisión.

Este sistema es superior a otros modelos democráticos, en cuanto permite a los intervinientes revelar información oculta, superar la racionalidad limitada y, sobre todo, el desarrollo de razones intersubjetivas por sobre aquellas que tienen en cuenta exclusivamente al propio sujeto (16), por lo que brinda a todos los actuantes las herramientas necesarias para tomar las mejores decisiones posibles, de acuerdo a los fines que les son propios.

Por otro lado, si bien creo que ningún modelo democrático podría suprimir los conflictos sociales o las prácticas de negociación, la deliberación permite encauzarlos por vías legítimas, al dar a sus intervinientes la posibilidad de visibilizar

sus posiciones y obligarlos a volverlas, en algún sentido, aceptables para la comunidad.

Superando este punto, me apartaré por completo de las corrientes mayoritarias, llamadas teorías epistémicas de la democracia deliberativa, en cuanto la definen como un sucedáneo del discurso moral, que por ello permite con un mayor grado de probabilidad acceder a la verdad moral.

Así, en uno de los más modernos estudios sobre el tema, José Luis MARTÍ explica que *“(l)a democracia deliberativa está justificada, y por lo tanto las decisiones políticas tomadas mediante un procedimiento democrático deliberativo son legítimas, porque dicho procedimiento posee mayor valor epistémico que otros procedimientos democráticos alternativos. Esto significa que las decisiones tomadas mediante tales procedimientos tienen una probabilidad mayor de ser correctas en general que las tomadas mediante otros procedimientos democráticos, siendo dicha corrección al menos parcialmente independiente del proceso e intersubjetivamente válida”*. (17)

De idéntica forma, NINO destaca que, ante los problemas de legitimidad que podrían tener los sistemas meramente agregativos de decisión, *“(s)i todos aquellos que pueden ser afectados por una decisión han participado en la discusión y han tenido una oportunidad igual de expresar sus intereses y justificar una solución a un conflicto, ésta será muy probablemente imparcial y moralmente correcta siempre que todos la acepten libremente y sin coerción”*. (18)

Por el contrario, y haciéndome eco de críticas de autores como JOHNSON (19) y FEARON (20), sostendré un modelo de democracia deliberativa centrado exclusivamente en su valor procedimental, que lejos de permitirnos acceder a un valor tan elevado como la “verdad moral”, o suprimir los conflictos sociales, sólo pretende mejorar

(15) Un excelente análisis sobre los diversos modelos de democracia deliberativa puede verse en NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Primera reimpresión, Barcelona, España, año 2003, pp. 154/66.

(16) FEARON, James D., *La deliberación como discusión*, en ELSTER, Jon (compilador) *“La democracia deliberativa”*, Gedisa, primera edición, Barcelona, España, 2001, pp. 65/78.

(17) MARTÍ, José Luis, *“La república deliberativa. Una teoría de la democracia”*, Marcial Pons, Madrid, España, 2006, p. 181.

(18) NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, ob. cit., p. 166.

(19) JOHNSON, James, *Argumentos a favor de la deliberación. Algunas consideraciones escépticas*, en ELSTER, Jon (compilador) *“La democracia deliberativa”*, Gedisa, Barcelona, España, primera edición, 2001.

(20) FEARON, James D., ob. cit.

las potencialidades de los actores del sistema democrático.

En este sentido, considero que este procedimiento resulta superador de otras teorías menos exigentes, y por ello maximiza la legitimidad de las decisiones tomadas, en cuanto favorece a aquellos sujetos que deciden actuar de forma altruista o empáticamente, promoviendo la protección de algún interés que exceda el propio, pero sin acudir a valores absolutos de difícil comprobación intersubjetiva. Es decir, sostengo que la deliberación sólo permite a los actores tomar mejores decisiones de acuerdo con los fines que les son propios, pero no actúa en ningún sentido mejorando el tipo de preferencias que deciden privilegiar.

Sobre este punto cabe reconocer que si bien nuestra constitución histórica receptó un modelo democrático más humilde, el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal han maximizado su alcance, de forma compatible con modelos basados en la deliberación, como el que propongo. (21)

Ahora bien, en cuanto a la aplicación de la teoría a la actividad jurisdiccional, y en particular al proceso penal, ésta se manifiesta principalmente en dos aspectos. Uno de ellos, reconocido por la mayoría de los autores, tiene que ver con el control de los actos de gobierno, y en particular, con el control público de los jueces. Este punto tiene particular relevancia ya que, al encontrarse los Magistrados exentos de la necesidad de revalidar sus cargos por elecciones periódicas, la publicidad resulta ser la única forma en que la ciudadanía puede ocuparse del asunto. (22)

En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expuso con claridad que “*el actuar*

(21) Ver en particular los artículos 2º y 6º de la Carta Democrática Americana, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 11 de septiembre de 2001. Véase asimismo C.S.J.N., “G. 445. XLIX. y G. 451. XLIX. “Grupo Clarín SA y otros c. Poder Ejecutivo Nacional y otros s/ acción meramente declarativa”, Fallo del 29 de octubre de 2013, considerandos 20 a 24.

(22) La objeción contramayoritaria a la actuación del poder judicial excede el marco limitado de este trabajo, pero puede consultarse al respecto GARGARELLA, Roberto, La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 1996.

*del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso. El control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública. Por ello, para que las personas puedan ejercer el control democrático es esencial que el Estado garantice el acceso a la información de interés público bajo su control. Al permitir el ejercicio de ese control democrático se fomenta una mayor participación de las personas en los intereses de la sociedad”.* (23)

Sin perjuicio de lo expuesto, existe otro aspecto en que la teoría democrática demuestra interés en cuanto a la administración de justicia y que resulta, en general, poco explorado por los autores que problematizan la cuestión que nos ocupa. Me refiero a las posibilidades de la sociedad de discutir el funcionamiento del sistema penal, no específicamente en cuanto a la actuación de sus funcionarios, sino a la forma elegida para la administración de los conflictos y sus consecuencias prácticas.

Un verdadero compromiso con el ideal democrático nos debería mostrar la necesidad de que la comunidad discuta plena y permanentemente la administración de los asuntos penales. ¿Por qué penar? ¿A quiénes se pena? ¿A quiénes debería penarse? ¿De qué forma se lo hace? ¿Puede mejorarse este sistema? Son preguntas cuya discusión comunitaria resultaría deseable para cualquier teórico con mínimas pretensiones democráticas.

## V. Los medios de comunicación

Este marco teórico permite redefinir los alcances del derecho a la libre expresión y, en consecuencia, el papel que como sociedad asignamos a los

(23) Corte IDH, “Claude Reyes y otros vs. Chile”, fallo del 19 de septiembre de 2006, considerandos 86 y 87.

medios de comunicación social, qué esperamos de ellos y qué límites nos parece correcto poner a su actividad.

Así las cosas, de adoptarse posturas robustas sobre el régimen democrático, debe sostenerse que el derecho a la libre expresión es mucho más que una mera forma de proteger la realización del sujeto que se expresa, uno más de los clásicos derechos del individuo, para agregarle un nueva dimensión que incluye el derecho de las personas, de la comunidad, a recibir tales expresiones, como forma de fomentar la discusión pública.

La jurisprudencia interamericana destaca este carácter, al decir: *“Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.”* (24)

Estas teorías, a su vez, reposicionan a los medios masivos de comunicación. Por un lado, los valoran como sujetos comunicativos, como voces intervinientes en el debate público, cuya participación debe ser regulada para permitir su correcto funcionamiento. En este sentido, no puede dudarse de que los medios y multimedios poseen voces diferentes de las personas que se expresan en ellos. (25) La elección de periodistas, la opción entre una noticia u otra, o aun entre la emisión de un programa político y un unitario de ficción les dan una voz editorial, cuya participación en el debate público debe ser respetada en los mismos términos que la de cualquier orador individual.

Pero por otro lado, los medios de comunicación han tomado el lugar que antaño tenían las plazas públicas. Son el lugar, el foro donde la comunidad puede participar, al menos de forma mediata, de la política. El silencio ha invadido las esquinas de la calle (26), donde antaño se discutiera la cosa pública. Y aun quienes intentan retomar estos

espacios lo hacen por necesidad, por su imposibilidad de acceder de forma directa o suficiente a los foros electrónicos, sabiendo que si sus manifestaciones públicas no son expuestas y discutidas en los grandes medios de comunicación, sus posibilidades de acceder e influir en el debate público son prácticamente nulas.

Es hora de asumirlo, las formas decimonónicas de funcionamiento de la política fueron, hace tiempo, vencidas por las distancias y las complejidades de la vida moderna. Pretender que en un mundo globalizado, de redes sociales y comunicación instantánea, la vida pública se lleve a cabo con formas idénticas a las que tenía en la antigua Grecia, parece un sinsentido.

*“Como consecuencia de la complejidad de las sociedades capitalistas, resulta un hecho el que los ciudadanos no presencian los actos públicos para informarse sobre ellos sino que, producto de la especialización en el trabajo, de las grandes concentraciones urbanas, de los avances tecnológicos y, con seguridad, de muchas otras variables, los ciudadanos obtienen esa información por vía mediata, a través de otras personas que se organizan profesionalmente para difundir estos hechos públicos. De ello se concluye que la prensa -y especialmente la televisión- es el único medio de hacer efectiva la publicidad de los juicios. ‘Ya no se entiende (la publicidad del juicio) como una realidad visible e incluso audible, limitada a las personas presentes en el lugar de las sesiones, bien sea como litigantes o como espectadores. La asistencia personal y directa a los juicios ha perdido importancia y, en contrapartida, se ha ampliado el círculo de los participantes indirectos a los que la prensa, la radio y la televisión transmiten las noticias judiciales.’* (27)

Estos motivos me llevan a descartar la ficción de que la publicidad del proceso penal se encuentra plenamente garantizada con la posibilidad de la ciudadanía de acceder a las salas de debate. Piénsese en los laberínticos pasillos de nuestros tribunales, las tediosas audiencias llevadas a cabo en nuestro particular dialecto, y la extensión tem-

(24) Corte IDH, opinión consultiva 5/85, considerando 30.

(25) FISS, Owen, Libertad de expresión y estructura social, Distribuciones Fontamara, México D.F., México, primera edición, 1997, p. 25.

(26) Debo esta expresión a Owen FISS, ídem.

(27) ANITUA, Gabriel Ignacio, Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales, Editores del Puerto, primera edición, Buenos Aires, Argentina, 2003, p. 257, con cita de LÓPEZ ORTEGA, Juan José, “Televisión y audiencia penal”.

poral de un juicio. Todo ello hace que observar directamente los juicios resulte imposible para un ciudadano común, y realza la necesidad de que éstos sean reproducidos televisivamente.

También resultan suficientes para suprimir las críticas genéricas a la labor de los medios de comunicación y los limitados alcances que algunos teóricos pretenden dar a la publicidad del proceso penal. Los medios están aquí, fueron aceptados por la comunidad, son parte de lo que somos. No puede, por ello, planificarse una regulación legítima de su actividad con base a sus presuntas disfunciones generales.

Comparto el deseo de que las salas de tribunales rebalsen de ciudadanos ávidos por informarse del funcionamiento de la justicia, pero las instituciones políticas no pueden ser pensadas desde mundos utópicos. La realidad nos muestra que la única forma de garantizar la publicidad de los juicios penales es a través de la mediación electrónica.

Por otro lado, sostener seriamente que la participación de los medios en la vida pública sólo explota la emotividad de los observadores con espurios fines, que sólo abusa de un público inexperto e influenciado al que dice qué y cómo pensar, es de un inaceptable paternalismo.

Un ejemplo de ello es GARAPON, quien sostiene que *“(l)os medios, al colocarnos así bajo la jurisdicción de las emociones, nos alejan de la del derecho. Se autoproclaman representantes de la opinión pública cuando no son, con mayor frecuencia, más que portavoces de la emoción pública”*. (28)

Se observa aquí, además de una desconfianza respecto de las intenciones y posibilidades de los medios de comunicación, una subestimación de la ciudadanía incompatible con el ideario liberal delineado en el punto II. Recuérdese que el temor del liberalismo respecto de los autoritarismos nos obliga a pensar la sociedad a partir de la ficción de que todos somos igualmente capaces de elegir libremente nuestro plan de vida sin interferencias externas.

Por ello, no puede considerarse al ciudadano como un mero receptor acrítico de opiniones ajenas, sino como un sujeto capaz de sopesarlas, evaluarlas y adoptar una conclusión propia sobre el tema.

Reitero, esto es una ficción, un principio, una regla general que el liberalismo elige adoptar y que no puede ser cuestionada con análisis sociológicos de la realidad. Basta con ver los millones de dólares gastados en marketing y publicidad para suponer que, en realidad, todos somos en mayor o menor medida influenciados a los mensajes de los medios, pero como liberales hemos elegido ser ciegos a estas influencias, en procura de maximizar la igualdad de todos los ciudadanos.

## VI. La imagen de las víctimas

Ahora bien, en cuanto al problema específico que intentaré analizar, la plena publicidad del juicio penal -en particular la televisiva- se enfrenta con los derechos de las víctimas de delitos investigados en tres aspectos principales: su derecho a la propia imagen, el derecho a no sufrir intromisiones ilegítimas en su vida íntima y su derecho a mantener su honor incólume.

En cuanto a la primera de las cuestiones, la propia imagen ha sido definida por la doctrina como un derecho personalísimo, autónomo respecto de la intimidad y el honor, que protege al individuo de cualquier apropiación, exhibición y reproducción de su retrato. (29) Es decir, protege jurídicamente un ámbito específico de la autonomía, diferenciado de los anteriores, que tiene que ver con la posibilidad de las personas de decidir si quieren publicitar o no su propia imagen.

En lo que hace a lo normativo, ésta se encuentra protegida en el artículo 31 de la ley 11.723, en cuanto dispone que el *“retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto, del padre o de la madre”*.

De esta forma, hemos decidido proteger la imagen de las personas, cuya reproducción comercial depende, en principio, de la expresa manifestación de voluntad del potencialmente afectado. Sin perjuicio de ello, generalmente se reconocen situaciones particulares que permiten obviar tal requisito.

(29) CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, tercera edición, 2008, pp. 542/52.

(28) GARAPON, Antoine, ob. cit. p. 99.

El reconocimiento de éstas encuentra fundamento en la necesidad de favorecer un correcto desarrollo de la ciencia, la cultura o la vida pública. Por ejemplo, en nuestro derecho, el mencionado artículo 31 prescinde del requisito del consentimiento expreso en la reproducción de los actos “*que sean realizados en público o de interés público*”.

En cuando a la primera cuestión, las salas de juicio son espacios públicos por excelencia, lugares donde se lleva a cabo parte de la vida comunitaria, en los que la expectativa de intimidad o cuidado de la propia imagen es mínima. Por ello, sin duda, la reproducción de lo allí ocurrido en momentos de celebrarse el juicio se encuentra dentro de la primera de las excepciones señaladas, es decir, ha de considerarse realizado en público.

*“Como indica NOVOA: ‘no habría inconveniente en admitir, como regla general válida, que los hechos que se producen y desarrollan en lugares públicos, sean éstos calles, plazas, carreteras, playas, parques abiertos, etc., pueden ser conocidos por cualquiera y ser llevados a conocimiento de los demás.’ No hay en estos casos afectación a la intimidad, aunque podría haber afectación a la imagen. Pero ni siquiera la afectación a la imagen sería relevante en el caso de las audiencias públicas de los juicios penales. Como vuelve a indicar NOVOA, ‘diferente es el caso, por cierto, de personas que participan o se mezclan en hechos o acontecimientos de interés público que se realizan en lugares públicos, caso en el cual explícitamente permiten que se lo hacen quede expuesto al conocimiento de todos,’ y poco importa que en este caso de juicios públicos el sujeto no se haya expuesto voluntariamente. Por lo dicho: es el Estado quien impone una forma de juzgamiento y los particulares pueden optar por negarse a someterse a estas reglas -pero les serán impuestas coactivamente algún tipo de sanciones-. LATORRE También sostiene la imposibilidad de oponer los derechos al honor o a la propia imagen, frente a la publicidad del juicio. Para este autor, el juicio penal ‘forma un todo inescindible,’ y en virtud de él tanto los testigos como el acusado tienen ‘una servidumbre de publicidad e publicación inherente al proceso,’ que hace inoponibles sus derechos de imagen.” (30)*

(30) ANITUA, Gabriel Ignacio, ob. cit., pp. 294/95, con cita de NOVOA MONREAL, Eduardo “Derecho a la vida privada

Pero además, es indudable que los asuntos allí ventilados son de interés público. Desde una idea deliberativa de la democracia como la que inspira este trabajo, el interés en conocer la forma en que actúa la justicia penal es central. La discusión permanente, tanto entre los directamente afectados por el proceso, como por los restantes miembros de la comunidad, quita todo peso que pudiera tener la decisión autónoma de una persona de evitar que su imagen sea exhibida. (31)

## VII. La intimidad

En similar sentido, se ha dicho que la emisión de imágenes sobre los debates judiciales conllevaría una nueva victimización de las personas que sufrieron hechos delictivos, por la disminución de su esfera de intimidad, mediante la difusión de información que en muchos casos resulta sensible.

Si bien un análisis objetivo de la situación conduce a afirmar la corrección de la descripción formulada, estimo nuevamente que la decisión tomada a partir de este estado de cosas -supresión de la publicidad plena del juicio penal- resulta completamente equivocada.

*“en el ámbito del juicio (...) la afectación a los valores del honor, la intimidad personal y la propia imagen, no es producida por la publicidad y mucho menos por las cámaras de televisión. Es la propia judicialización de los problemas la que ocasiona esta lesión en quienes intervienen en el proceso sin desearlo, pero forzados por el Estado (imputados, testigos, víctimas). Durante siglos se ha intentado estipular esta forma de resolución de conflictos, por entenderla más razonable y menos violenta, a la par de justa. El proceso penal prescinde de la voluntad de los sujetos que vivenciaron el delito o su investigación, en muchas otras cuestiones que menoscaban otro tipo de derechos (la libertad de comparecer al juicio, de colaborar con la justicia, etc.). Estas afectaciones son inherentes al proceso y son ‘costos’ que el Estado asume para desarrollar un determinado sistema de enjuiciamiento. Las lesiones a la imagen de estos individuos, también son producidas por el Estado al obligarlos a participar*

y libertad de información” y LATORRE LATORRE, Virgilio, “Función jurisdiccional y juicios paralelos”

(31) Al respecto véase GARGARELLA, Roberto, De la injusticia penal a la justicia social, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, Colombia, primera edición, 2008, p. 94.

*del juicio. Mucho más que por los medios. Éstos sólo reproducen lo que allí pasa, de forma más o menos sesgada, pero no podrían producir ningún daño si el juicio no se celebrara. En la lógica del gobierno 'visible' de la que venimos hablando y recordando la máxima de KANT, cuando algo de lo que hace el Estado no es conveniente que se vea, no es conveniente que se haga." (32)*

En efecto, la principal afectación a las víctimas está dada por la propia estructura del proceso penal, que confisca su conflicto y lo somete a una resolución colectiva. Mientras ésta se mantenga, es inevitable la invasión a su intimidad, que no ha de achacarse a los medios de comunicación, que no expresan más que la voluntad de los miembros de la sociedad de observar y discutir el modo en que son representados sus intereses ante un tribunal de justicia.

Por el contrario, la idea de un Estado que sustrae el problema de manos de sus víctimas en defensa de un presunto interés comunitario, pero pretende resolverlo a puertas cerradas para proteger la intimidad de los intervinientes en el conflicto, resulta sólo admisible en modelos conservadores elitistas de la democracia, por completo incompatibles con el que aquí fuera delineado.

Seguiré en esto a GARGARELLA, en cuando define los modelos conservadores elitistas como aquellos que sostienen que para tomar una decisión imparcial no es necesaria la participación de los potencialmente afectados por la decisión a tomarse, sino que ésta debe surgir de la reflexión individual de algunos individuos especialmente virtuosos, en este caso los jueces. (33)

Así parece entenderlo GARAPON, cuando asocia televisión de los juicios con un gobierno de la opinión pública y dice que "*(e)ste recurso salvaje a la opinión pública es igualmente pernicioso para dar crédito a la idea de que, en una democracia, la opinión pública es el mejor juez. Esto es tan falso como en el terreno de la ciencia. Todo el mundo recuerda el caso Lyssenko. La opinión pública no puede suplantar a los jueces a los que ha enco-*

*mendado su misión. La multitud elige siempre a Barrabás." (34)*

Su temor a la participación ciudadana, que siempre llegaría a decisiones equivocadas, su asimilación de la función jurisdiccional con la actividad científica, no muestra otra cosa que un compromiso con ideales democráticos limitados, como el que expuse anteriormente.

En oposición a ello, si como comunidad comprometida con ideas robustas de la democracia sometemos a resolución colectiva ciertos conflictos, la pérdida de intimidad de las víctimas es un sacrificio inherente al modelo, cuya única solución puede venir de una reprivatización del problema y no de una disminución de las pretensiones democráticas del sistema.

### VIII. El derecho al honor

Por otro lado, se ha dicho que la televisión de los juicios puede afectar el honor de las víctimas. Para entender este problema, inicialmente debe conceptualizarse el bien jurídico en juego.

Así, generalmente, la doctrina escinde este derecho en dos aspectos principales. Por un lado, el honor propiamente dicho, que ha sido definido como "*la valoración que otros hacen de la personalidad ético-social de un sujeto*" (35) mientras que la honra "*puede entenderse como una autovaloración o el aprecio de la propia dignidad*". (36)

Nuestro sistema legal cuenta con una norma suprema que lo protege: el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que dispone en lo pertinente que "*Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. Nadie puede ser objeto de (...) ataques ilegales a su honra o reputación*".

Expuesto ello, considero justo señalar que dentro de un juicio penal las posibilidades de afectar los aspectos objetivos y subjetivos del honor de la víctima de un delito son inagotables. En este espacio se ventilarán datos que, además de íntimos, pueden afectar la estima social de la persona. En el mismo sentido, la defensa bien puede plantear hi-

(32) ANITUA, ob. cit., p. 294.

(33) GARGARELLA, Roberto, La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial, ob. cit., pp. 48/49.

(34) GARAPON, Antoine, ob. cit., p. 92.

(35) CIFUENTES, Santos, ob. cit., p. 488.

(36) Ídem.

pótesis alternativas a la acusación que, aun siendo falsas, pueden resultar verosímiles al observador y de esta manera tejer un manto de sospecha sobre el comportamiento de la propia víctima. A su vez, la exposición pública de ciertos aspectos puede repercutir en desmedro de su autovaloración.

A pesar de ello, y de acuerdo con todo lo expuesto hasta el momento, estimo que la mera difusión de lo ocurrido en las salas de juicio no puede ser considerada suficiente para justificar la prohibición de televisar un debate.

*“Si la libertad de expresión es fundamental para la subsistencia del sistema democrático, resulta fácil concluir que la afirmación de hechos verídicos en temas de interés público -sobre todo cuando éstos involucran a personalidades públicas- no puede ser objeto de sanción por el poder estatal. Esto es así aun cuando la afirmación pueda afectar, de algún modo, el honor de algunos de los involucrados. En este punto -entonces- la tutela del honor y la reputación personal deben ceder ante la libertad de expresión”.* (37)

Así es expresamente reconocido por nuestro Código Civil, que en su artículo 1089 acepta la verdad como excepción para la procedencia de resarcimientos por posibles calumnias o injurias, a lo que cabe sumar las disposiciones del título segundo, del libro segundo del Código Penal, en cuanto exceptúan de toda responsabilidad penal las lesiones al honor que guardaren alguna relación con un asunto de interés público, en este caso, la resolución de un conflicto penal.

A su vez, la doctrina es conteste en señalar que la mera reproducción veraz de dichos inexactos, con la debida referencia a su fuente u origen, libera de toda responsabilidad a los medios de comunicación (38), por lo que la hipótesis de que el medio reproduzca datos falsos brindados por alguna de las otras partes intervinientes en el juicio se encuentra también libre de toda posible limitación. (39)

(37) BIANCHI, Enrique Tomás y GULLCO, Hernán Víctor, “El derecho a la libre expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros”, Librería Editora Platense, La Plata, 1997, p. 130.

(38) Ídem, p. 96 y Fallos: 308:789.

(39) Sobre el punto puede verse también PIZARRO, Ramón Daniel, Responsabilidad civil de los medios masivos de

Pero aquí se presenta una dificultad adicional. ¿Pueden los medios de comunicación distorsionar lo ocurrido de forma de aumentar el grado de afectación propio del juicio? ¿Es esta posibilidad suficiente para autorizar la prohibición de grabar y reproducir televisivamente el juicio?

Así parece entenderlo GARCÍA, quien muestra su preocupación por las alteraciones en la transmisión del mensaje realizada por el periodismo. *“El montaje y la reformulación artística o estética producen necesariamente distorsiones o al menos mutilaciones de lo acontecido en el proceso. Los medios tienen su peculiar modo y manera de comunicar información. Incluso aunque se trate de medios de titularidad pública y no se hallen sometidos a la presión del mercado, vienen obligados a ‘vender’ su producto, a presentarlo de tal modo que resulte apetecible para el público, y en no pocas ocasiones esto no resulta factible si se quiere reproducir fielmente el caso y su producción. Si la información quiere tener éxito no puede prescindir de las leyes de la comunicación de masas a las que se debe: las expectativas de lectores o espectadores, la ‘disonancia cognitiva’, exigencias de mercado, formas específicas de percepción y todo tipo de rutinas del quehacer periodístico”.* (40)

Esto merece algunas aclaraciones. En primer lugar, parece exigirse a los medios un nivel de objetividad que no se pide de ninguno de los intervinientes en el proceso, y menos aun, al público presente. Así, los abogados presentan el caso de una forma beneficiosa para sus intereses, los jueces reciben esta información desde sus respectivas perspectivas teóricas e iluminados por sus historias personales y quienes presencian el juicio en el lugar sólo ven una parte de lo que ocurre, de acuerdo con sus propios intereses, posibilidades o aun, de su ubicación en el tribunal. Los medios de comunicación no son más o menos que ellos, no merecen una regulación específica respecto a este punto.

Pero sería ingenuo no tener en cuenta que éstos tienen mayores posibilidades de presentar los ca-

comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, segunda edición, 1999, pp. 305/17.

(40) GARCÍA, Luis M., ob. cit., p. 34, con cita de BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Los medios de comunicación de masas” y HASSEMER, Winfried, “Fundamentos de derecho penal”.

sos desde diversas ópticas y recortar y seleccionar las escenas o tomas para deformar lo allí ocurrido en desmedro de cualquiera de las partes. A pesar de ello, considero errónea su utilización como forma de justificar la prohibición de televisar los juicios.

Recuérdese que el juicio penal no es otra cosa que un asunto público, otra más de las cuestiones que los funcionarios estatales, en este caso jueces, deben resolver dentro del marco de sus competencias y de acuerdo con la legislación general. Se les pide que redefinan un conflicto que ha afectado ciertos bienes jurídicos en los que la comunidad tiene particular interés, no que actúen como protectores de la sociedad o regulen la vida pública.

Por ello, la relación que pueda existir entre las víctimas de un delito y los medios de comunicación que afecten su honor u honra plantea una cuestión que excede sus competencias. Las leyes civiles y penales prevén procedimientos específicos para resolver estas cuestiones. Sea reparaciones patrimoniales, derecho de rectificación o sanciones penales para los casos más graves, ninguna norma permite, en ningún caso, la censura de las expresiones agraviantes, ni aun frente a su comprobación judicial.

Por el contrario la normativa internacional y la jurisprudencia interamericana son claras en señalar la prohibición absoluta de la censura previa. El artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos dispone expresamente en su segundo párrafo que el derecho a la libre expresión, que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, por cualquier medio, “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”.

Frente a este marco, la posibilidad de que un juez penal censure preventivamente la grabación y reproducción de un acto público de tal envergadura, por la mera probabilidad hipotética de que las imágenes obtenidas sean utilizadas de forma tendenciosa en perjuicio del honor de las víctimas, parece un completo e inaceptable exceso de facultades.

No es ocioso reiterar en este punto la diferencia entre el ámbito judicial -donde se manifiestan las garantías- y la esfera social, donde ha de darse un “*debate público desinhibido, vigoroso y completamente abierto*” (41) sobre todos los asuntos de interés público, que luego permitirá a las personas formarse su opinión al respecto, sin que la Magistratura deba, en ningún sentido, intervenir sobre él.

Pero pueden efectuarse otras consideraciones sobre el punto. La prohibición no es idónea para proteger el honor de los intervinientes. Frente a la falta de información directa, las hipótesis mediáticas no harán más que medrar. Cada declaración pública de alguna de las partes, cada información oculta brindada por algún funcionario, o la mera percepción de cualquier testigo presencial del proceso serán suficientes para desatar las versiones. El silencio sobre los asuntos públicos es un precio que los medios de comunicación no pueden, ni están dispuestos a pagar.

*“Señala PIERCIN que las propuestas de ‘censura’ de asuntos públicos, en pos de la protección de la vida privada, la presunción de inocencia, la intimidad de las personas famosas, etc., serán no sólo un peligro para las libertades públicas sino también una ilusión. La protección basada en el ocultamiento no ha podido sostenerse en el tiempo, y menos podrá hacerlo con la evolución tecnológica de nuestra época...”* (42)

Por el contrario, la coherente adopción de un modelo robusto de democracia nos debería llevar a enfrentar esta posibilidad desde una perspectiva completamente diferente, maximizando las posibilidades de circulación de la información. Es cierto, cada medio tiene su propia agenda, pero ellas no suelen coincidir y, en general, se contraponen. De esta forma, no es el secreto, sino la máxima exposición la que permitirá evitar la mayor parte de las afectaciones. La multiplicidad de voces, el debate permanente, son las herramientas a las que debe apostar un modelo verdaderamente democrático.

(41) “New York Times vs. Sullivan” 376 US 254.

(42) ANITUA, Gabriel Ignacio, ob. cit., p. 296, con cita de PIERCIN, Marie Cristine de, “Liberté d’expression et droit des personnes”.

### IX. Colofón. La insuficiencia de las razones. Maximizar la democracia

Las ideas que expuse admiten muchas objeciones. Desde el valor o alcance que asigno a la autonomía de las personas, a la conveniencia o utilidad de adoptar un marco democrático tan robusto, es esperable que muchos de los lectores no compartan sus presupuestos teóricos.

Pero, como expliqué al comenzar mi exposición, este no es más que un ejercicio de consistencia, y en este aspecto creo haber tenido éxito. A través de los capítulos mostré que las razones que generalmente se utilizan para negar una plena publicidad del juicio penal en función de la protección de las víctimas no son compatibles con tales principios.

Éstos me llevaron a sostener que, contrariamente a lo que generalmente se supone, en un proceso penal público sólo una mayor publicidad del juicio, la presencia de mayor cantidad de voces, resulta compatible con una visión exigente de la democracia que no subestime las capacidades ciudadanas de enfrentar con éxito la vida política. Y frente a ello, han de admitirse ciertos sacrificios, que no son más que costos inherentes al proceso.

Pero esto no es suficiente. No basta con un juzgado de puertas abiertas para democratizar su funcionamiento, sino que los operadores judiciales deben -debemos- modificar ciertas prácticas arraigadas que atentan contra el correcto debate sobre el funcionamiento de la institución y maximizan el poder de los medios de comunicación para llevar adelante sus agendas a costa de los intereses de las víctimas y la comunidad.

Muchas veces es el propio desarrollo de los juicios el que da razón a ciertas posturas temerosas de la publicidad. El lenguaje oscuro, las tediosas lecturas de actas confeccionadas durante la instrucción, no hacen más que reforzar la necesidad de mediación entre el ritual y el público, que así resulta mucho más influenciable por las visiones periodísticas del asunto.

Un verdadero compromiso democrático nos exige un esfuerzo por abandonar esas prácticas. En particular, no puede dejar de valorarse que *“el desarrollo de ciertos dialectos sociales, como por ejemplo (...) el lenguaje jurídico, debe explicarse*

*no sólo de una manera utilitaria, esto es, como una creación de términos técnicos con precisos fines prácticos, sino también de una manera simbólica, como la expresión de la conciencia creciente de un grupo y del sentido creciente de la distancia que lo separa del resto de la sociedad. De esta manera, la lengua se constituye, en palabras de BURKE, en una fuerza activa dentro de la sociedad, un medio que tienen los individuos, y grupos para controlar a los demás o para resistir a tal control, un medio para modificar la sociedad o para impedir el cambio, un medio para afirmar o suprimir identidades culturales. Un medio o expresión de poder”.* (43)

Los abogados sustrajimos el conflicto no sólo a sus víctimas directas y victimarios, sino también a la sociedad. (44) Nos lo apropiamos y lo convertimos en un juego ritual que se celebra a puertas cerradas y sólo admite fiscales, defensores y jueces. Estas reflexiones no son más que un intento de mostrar de qué forma el compromiso democrático nos podría guiar en un camino alternativo.

### X. Fuentes bibliográficas

-ANITUA, Gabriel Ignacio, *Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales*, Editores Del Puerto, primera edición, Buenos Aires, Argentina, 2003.

-BERTONI, Eduardo Andrés, *Libertad de expresión en el Estado de derecho*, Editores Del Puerto, Buenos Aires, segunda edición, 2007.

-BIANCHI, Enrique Tomás y GULLCO, Hernán Víctor, *El derecho a la libre expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros*, Librería Editora Platense, La Plata, 1997.

-BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, Ad-Hoc, segunda edición, Buenos Aires, 2004.

(43) TEDESCO, Ignacio F., *El acusado en el ritual judicial. Ficción e imagen cultural*, Editores Del Puerto, primera edición, Buenos Aires, 2007, página 282, con cita de BURKE, Peter, “Hablar y callar. Funciones sociales del lenguaje a través de la historia”. Sobre el tema, puede verse también KENNEDY, Duncan, *La educación legal como preparación para la jerarquía*, en COURTIS, Cristian (comp.), “Desde otra mirada. Textos de teoría Crítica del Derecho”, Eudeba, Buenos Aires, primera edición, marzo de 2001.

(44) CHRISTIE, Nils, ob. cit., p. 170.

-BOVINO, Alberto, *Publicidad del juicio penal: la televisión de la sala de audiencias*, en BERTONI, Eduardo A.; BOVINO, Alberto; GUARIGLIA, Fabricio y GULLCO, Hernán V., "Libertad de prensa y derecho penal", Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 1997.

-CIFUENTES, Santos, *Derechos personalísimos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, tercera edición, 2008.

-CHRISTIE, Nils, *Los conflictos como pertenencia*, en ESER, Albin y otros, "De los delitos y de las víctimas", Ad-Hoc, Buenos Aires, primera reimpresión de la primera edición, 2001.

-ESTLUND, David, *La autoridad democrática. Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, Argentina, 2011.

-FEARON, James D., *La deliberación como discusión*, en ELSTER, Jon (compilador), "La democracia deliberativa", Gedisa, primera edición, Barcelona, España, 2001.

-FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Madrid, España, sexta edición, 2004.

-FISS, Owen, *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, España, primera edición, 1999.

-*Libertad de expresión y estructura social*, Distribuciones Fontamara, México D.F., México, primera edición, 1997.

-FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa editorial, Buenos Aires, 2007.

-GARAPON, Antoine, *Juez y democracia. Una reflexión muy actual*, Flor de Viento Ediciones, España, 1997.

-GARCÍA, Luis M., *Juicio oral y medios de prensa. El debido proceso y la protección del honor, de la intimidad y de la imagen*, Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, primera edición, 1995.

-GARGARELLA, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, Colombia, primera edición, 2008.

-*La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 1996.

-*Teoría y crítica del derecho constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, Tomo II.

-HAMILTON A., Madison J. y JAY J., *El federalista*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., séptima edición, 2000.

-JOHNSON, James, *Argumentos a favor de la deliberación. Algunas consideraciones escépticas*, en ELSTER, Jon (compilador) "La democracia deliberativa", Gedisa, Barcelona, España, primera edición, 2001.

-KANT, Immanuel, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Alianza Editorial, Madrid, España, segunda reimpresión, año 2005.

-KENNEDY, Duncan, *La educación legal como preparación para la jerarquía*, en COURTIS, Cristian (comp.), "Desde otra mirada. Textos de teoría Crítica del Derecho", Eudeba, Buenos Aires, primera edición, marzo de 2001.

-MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal, T.I, Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.

-*La víctima y el sistema penal*, en ESER, Albin y otros, "De los delitos y de las víctimas", Ad-Hoc, Buenos Aires, primera reimpresión de la primera edición, 2001.

-MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, España, 2006.

-NINO, Carlos Santiago, *Discurso moral y derechos liberales*. En Maurino, Gustavo (editor), "Los escritos de Carlos S. Nino", Vol. I, Gedisa Editorial, primera edición, Buenos Aires, Argentina, abril de 2007.

-*Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, tercera reimpresión, 2005.

-*La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, España, primera reimpresión, año 2003.

-*Las concepciones fundamentales del liberalismo*, En Maurino, Gustavo (editor), "Los escritos de Carlos S. Nino", Vol. II, Gedisa Editorial, primera edición, Buenos Aires, Argentina.

-PIZARRO, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes*, Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, segunda edición, 1999.

-RAWLS, John, *El liberalismo político*, Crítica S.L., Barcelona, España, 2006.

-ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, traducción de la 25ª edición alemana Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2000.

-SEIJAS, Gonzalo, *Liberalismo y proceso penal*, trabajo de investigación inédito, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España, septiembre de 2010.

-TEDESCO, Ignacio F., *El acusado en el ritual judicial. Ficción e imagen cultural*, Editores Del Puerto, Primera Edición, Buenos Aires, 2007.

-ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros, *Derecho penal parte general*, EDIAR, segunda edición, Buenos Aires, 2005. ♦

.....



# **POLÍTICA CRIMINAL**





## La prisionización bonaerense (1998-2013). (Primera parte) (\*)

POR RICARDO S. FAVAROTTO

**Sumario: 1. Planteamiento e interrogantes. — 2. La reforma procesal del '98. — 3. La influencia neopunitivista y la criminología mediática. — 4. Hay que meter bala a los ladrones.**

### Abstract

En los últimos quince años se duplicó la población carcelaria provincial, a pesar de haber adoptado un sistema procesal acusatorio, de orientación garantista, que en su versión originaria preveía —en forma incondicionada— que el imputado permanecería en libertad durante la sustanciación del proceso penal (art. 144, ley 11.922). Por otra parte, si bien la cantidad de presos alojados en comisarías se redujo sustancialmente desde mediados del 2005 a la fecha (o sea, a partir del fallo “Verbitsky” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación), y si bien se registra un ligera —aunque progresiva— disminución del número de procesados (*presos sin condena*), aun hoy supera la cuantía de los penados, que en su mayoría fueron sentenciados mediante procesos abreviados que prescinden de las garantías del juicio común (*condenados sin juicio*).

En este trabajo se analizan las particularidades que rodearon al punitivismo bonaerense entre 1998 y 2013, describiendo y desarrollando los principales acontecimientos políticos e institucionales, en el pasado reciente, que se vinculan centralmente con este significativo avance del poder penal, azudado por la *criminología mediática*. En especial, se investigan sus causas mediatas e inmediatas, se las relaciona entre sí y se establecen ciertas jerarquías entre las que ejercieron mayor relevancia.

Por último, se examina la actuación que le cupo al Poder Judicial, a través de los jueces del fuero penal, ante las sucesivas reformas limitativas del derecho excarcelatorio, además de conocer qué se hizo con el objeto de menguar el impacto de los fenómenos asociados a la *prisionización acelerada*, en términos de violencia institucional y en una estrategia de reducción de daños.

### 1. Planteamiento e interrogantes

La completa caducidad cultural y jurídica del código procesal penal de Tomás Jofré (ley 3589), no obstante el importante avance que había significado para la época de su aprobación (1915), quedó ostensiblemente al descubierto tras la renovación constitucional de 1994. Se imponían cambios profundos en el enjuiciamiento bonaerense que aseguraran de modo categórico los derechos y las garantías judiciales contenidos en los constitucionalizados pactos multilaterales de derechos humanos (1), en especial, cuando realzan la imparcialidad del órgano juzgador (CN, 75, n° 22: DADyDH, art. XXVI *in fine*; DUDH, art. 10; CADH, art. 8°, n° 1; PIDCyP art. 14, n° 1; ídem CPBA, 11).

En efecto, después de las reformas constitucionales del '94, tanto nacional, como local, se hizo aún más evidente la imperiosa necesidad de adecuar la vetusta legislación procesal bonaerense a los nuevos estándares de derechos humanos, por lo que invocando la necesidad de una transformación integral y profunda del sistema de enjuiciamiento penal, se preparó el Proyecto del Código Procesal Penal que al tiempo se convirtió en la ley 11.922 (B.O. 23/1/1997), reformulada antes de su puesta en marcha por la 12.059 (B.O. 8 y 9/1/1998).

(\*) Trabajo de investigación presentado en el Master Internacional sobre Criminología y Sociología Jurídico-Penal, organizado por la Universitat de Barcelona (UB) en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMDP), entre 2011 y 2013. Por su extensión, no se incluyen los anexos documentales.

(1) Con el restablecimiento de la democracia en la Argentina, por sólo citar los dos más significativos, se aprobaron la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), mediante ley 23.054 (B.O. 27/3/1984), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP), a través de la ley 23.313 (B.O. 13/5/1986). Años después formaron parte del bloque de constitucionalidad federal (art. 75 n° 22).

En la nota de elevación al ministro de Gobierno y Justicia de la provincia de Buenos Aires (en rigor, una circunstanciada exposición de motivos) se hizo constar que “El proyecto propone como alternativa superadora, el método oral generalizado para todas las causas (...), reemplazando el anterior sistema por uno más francamente acusatorio. La oralidad plena, ya adoptada por los anteriores proyectos de reforma, es el método que mejor se compadece con la máxima aproximación a la verdad procesal, determinada por la inmediación del juzgador; y la publicidad de los debates responde al principio republicano de gobierno, admitiendo a la ciudadanía como protagonista y observadora crítica, en el ejercicio del control de la conducta y la solvencia funcional de los organismos judiciales. El sistema acusatorio (...) coloca a la acusación y a la defensa en paridad de situaciones en el proceso. Este método, tanto en su proyección histórica cuanto en el derecho comparado actual, es el que sin duda más se consustancia con las instituciones democráticas y es el que con mayor eficacia permite obtener la decisión justa del caso penal, privilegiando la función estrictamente jurisdiccional del juzgador y preservando su imparcialidad”. (2)

Sin embargo, habremos de preguntarnos —y ofreceremos algunas respuestas a lo largo de este ensayo— qué fue lo que pasó en nuestra provincia, al menos, durante los últimos quince años, que nos permita entender los porqués de que a pesar de contar con un modelo procesal obsoleto (sancionado en la segunda década del siglo veinte, que perduró casi hasta el final de la centuria sin demasiadas modificaciones (3)), en 1996 teníamos una cantidad de personas detenidas bastante menor a

(2) Pedro J. Bertolino lo transcribe en forma íntegra por BERTOLINO 2001:XLIII y XLIV.

(3) El Código Jofré de 1915 recién tuvo una reforma verdaderamente sustancial con la reinstalación democrática del '83, al sancionarse la ley 10.358 (B.O. 3/3/1986), donde se recortaron las facultades policiales, p. ej., con la expresa prohibición de que la policía recibiera la declaración indagatoria del imputado (art. 446 n° 5, reenumerado como 434 n° 5 por el decreto 1174 del 18/4/86), práctica que dio lugar a tantos abusos y apremios ilegales, en especial, durante la dictadura. Asimismo se hicieron otras variaciones normativas en el procedimiento penal, aggiornándolo, aunque sin alterar demasiado la estructura de la matriz jofriana que, en esencia, infringía el principio de imparcialidad del juzgador, pues el juez que instruía el sumario y el sentenciante eran una misma persona.

la mitad de la que tenemos en la actualidad (4), no obstante que, paradójicamente, desde la sanción del nuevo código se adoptó un sistema acusatorio “en sintonía con la línea político-criminal democrática que marcan las recientes reformas procesales penales de países de notoria influencia en nuestra cultura jurídica”. (5) Un código, nos referimos a este último, donde se prescribía que el imputado permanecería en libertad durante la sustanciación del proceso (6), salvo que fuera absolutamente indispensable (detenerlo) para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley (art. 144).

Dicho de otra manera: en la provincia de Buenos Aires se abandonó el proceso escrito que tramitaba, casi sin salvedades, ante el propio órgano jurisdiccional, tanto en la etapa de instrucción sumarial (como regla, delegada por los jueces en la policía), cuanto durante el plenario que precedía al dictado de la sentencia de primera instancia, revisable por medio del recurso de apelación ante un tribunal colegiado, pero donde las medidas de coerción personal a menudo no revestían el carácter excepcional que debe informarlas. En su lugar, se instituyó una estructura y una modalidad acusatoria donde la investigación preparatoria se halla a cargo del Ministerio Público Fiscal, cuya labor es controlada por jueces de garantías (y las decisiones de éstos son impugnables ante las cámaras respectivas), para —en caso de prosperar la pretensión del acusador público o privado— arribar a la fase de juicio oral, público, contradictorio, continuo y con identidad física del juzgador, que constituye la etapa central y decisiva del procedimiento, dado el carácter totalizador de la audiencia donde se practican las pruebas de las partes, con el debido aseguramiento del principio de igualdad de armas, y donde se esgrimen las tesis en conflicto de los litigantes. Y a pesar de ese “hito

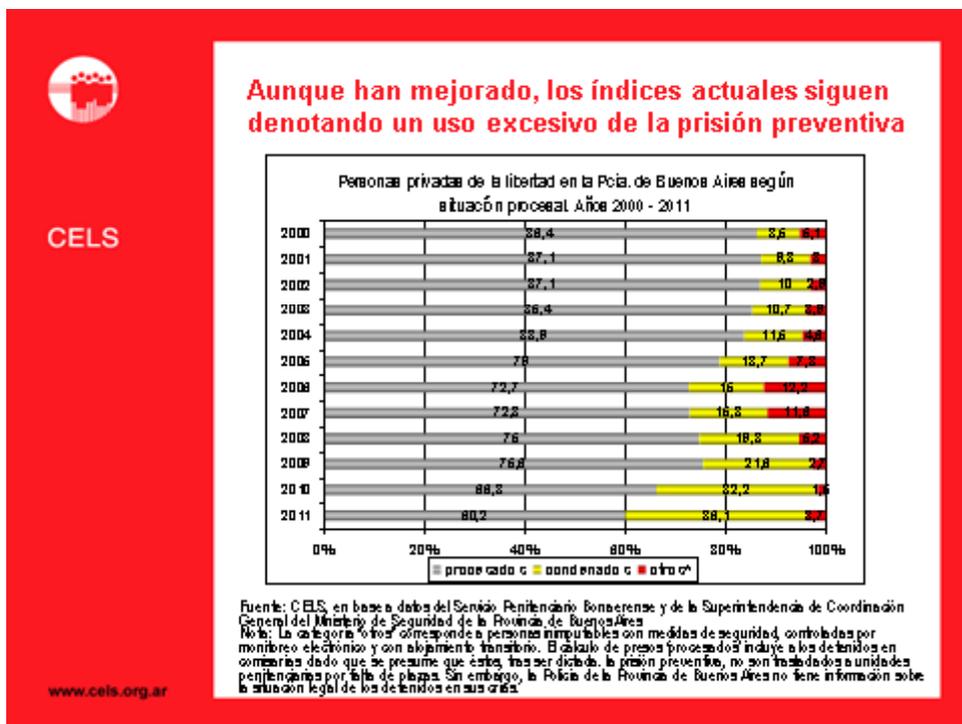
(4) 12.619 detenidos, en todo concepto, había en 1996 (Fuente CELS, con base en información del SPB y del Ministerio de Seguridad), contra los 28.156 internos en dependencias penitenciarias (Fuente SPB, ver anexo documental) a fines de 2013, sin perjuicio de los 1.781 detenidos alojados en comisarías (Fuente, Ministerio de Justicia, ver anexo documental).

(5) BERTOLINO 2001:XLIV.

(6) Al decir de Chiara Díaz, uno de los más notables proyectistas, “creemos que la regla para todos los delitos debiera ser la libertad del imputado”, sin desmedro de la posibilidad de complementarla con el juzgamiento in absentia (CHIARA DÍAZ 1997:41).

histórico en la organización y funcionamiento de la Administración de Justicia bonaerense, implantando un cambio estructural y cultural sin precedentes” (7), ahora, tanto o más que antes se puede verificar un uso excesivo e ilegítimo de la prisión preventiva (contraviniendo los cánones iushumanitarios recogidos en el texto constitucional del '94), y lo que es peor todavía un grado de hacinamiento penitenciario en un territorio donde, en el mismo período, se han construido más cárceles que en ningún otro lapso similar de su historia, llegando a la cantidad de 54 unidades penales provinciales, tal como se documenta en el anexo respectivo. (8)

Entonces, será preciso conocer por qué razones al tiempo de la elevación del Proyecto se hacía especial hincapié en la superpoblación penitenciaria existente por entonces (reiteramos, en 1996), con un alarmante 60% de “presos sin condena”, y en el presente esa cifra no ha variado en absoluto (56% de los internos del SPB, al 25/10/2013) (9), pero ínterin llegó a niveles intolerablemente altos, por encima del 80 y 85 % entre los años 2000 y 2004.



Por lo tanto, algo pasó en esta provincia en términos de *prisionización* para que, partiendo de la inquietante realidad carcelaria del '96 y pese al formidable cambio legislativo producido, el nuevo enjuiciamiento penal, autodefinido como “garantista” (10), como proceso humanitario, haya dejado un saldo tan decepcionante.

(7) FALBO 1997:45.

(8) Cfr. Anexos documentales: Capítulo 14.1.1. Los datos oficiales del Servicio Penitenciario Bonaerense.

(9) Cfr. Anexos documentales: Capítulo 14.1.1.

(10) “En procura de conferir el más alto grado de garantismo, se ha delineado la creación y actuación de un juez de garantías, presente a lo largo de toda la etapa investigación penal preparatoria, como custodio de las reglas del debido proceso y del derecho a una adecuada defensa en juicio de las personas sometidas a la persecución penal”, según surge de la ya referida exposición de motivos (BERTOLINO 2001:XLVI).

A estas alturas del exordio, dos acotaciones devienen necesarias; a saber:

*Primera.* A propósito del sustantivo utilizado en el título de este trabajo, Roberto Bergalli nos recuerda que fue Donald Clemmer quien acuñó el término “prisionization” en su obra *The Prison Community* (New York, 1940), que luego “se internacionalizó en el lenguaje científico por compendiar en su expresión todas las alternativas que el referido proceso envuelve”. (11) A su vez, Iñaki Rivera Beiras destaca que fue Bergalli quien introdujo ese concepto en España, señalando que “junto a la ‘nueva socialización’ o ‘resocialización’ que de la prisión se pretende, se produce también un ‘proceso de socialización negativa’” (12), pues durante el tiempo de encierro el recluso internaliza los valores y las normas de la institución penitenciaria que le asignan una nueva identidad. Una identidad coercitivamente impuesta por la disciplina y el tratamiento penitenciario (13), ya sea inconscientemente adquirida o de mala gana aceptada para sobrellevar las violencias institucionales y/o las condiciones propias del hábitat en la sociedad carcelaria. (14)

En particular alusión a las consecuencias negativas del encierro, apunta Josep María García-

(11) BERGALLI 1976:55.

(12) RIVERA BEIRAS 2009:1-72.

(13) Acerca de las teorías correccionalistas, Ferrajoli sostiene que “represión y educación son en definitiva incompatibles, como lo son la privación de la libertad y la libertad misma, que constituye la sustancia y el presupuesto de cualquier sana educación, de manera que lo único que se puede pretender de la cárcel es que sea lo menos represiva posible y lo menos desocializadora y deseducadora posible... las ideologías correccionalistas son antes que nada incompatibles con ese valor elemental de civilización que es el respeto de la persona humana” (FERRAJOLI 1998:271-2).

(14) Según Muñoz Conde, “lo primero que tiene que hacer alguien que entra en prisión es, si quiere sobrevivir, adaptarse a la forma de vida y a las normas que les imponen sus propios compañeros. Se da aquí un fenómeno común a todas las instituciones cerradas que Clemmer llama prisionización y Goffman enculturación. El recluso se adapta, porque no tiene otro remedio, a las formas de vida, usos y costumbres que los propios internos imponen en el establecimiento penitenciario. Así, por ejemplo, adopta una nueva forma de lenguaje, desarrolla hábitos nuevos en el comer, vestir y dormir, acepta un papel de líder o secundario en los grupos de reclusos, establece nuevas amistades, etc.” (MUÑOZ CONDE 1985:101).

Borés Espí que “un contexto carcelario que se aleja radicalmente de las condiciones en libertad, provocando pues una lógica desadaptación a esas condiciones. Y en efecto, el contexto carcelario desarrolla una acción progresiva sobre los internados en dirección opuesta a la pretendida por aquella finalidad legislativa. Pero no sólo eso, sino que la experiencia del encarcelamiento no puede sino producir una fuerte afectación psicológica, caracterizada por un sufrimiento constante, sobre las personas encerradas las veinticuatro horas del día durante largos periodos de tiempo”. (15) Asimismo, corresponde decir que la cárcel es una institución total por antonomasia porque, según la consabida definición de Erving Goffman, se trata de “un lugar de residencia o trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un periodo apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente”. (16)

Por ende, así conceptuada, la *prisionización* no es sólo el encarcelamiento y la segregación (recluir y separar al internado), sino también la *desculturación* que le es inherente, es decir, el resultado de un proceso por el cual el sujeto progresivamente adquiere una nueva cultura a expensas de la propia: la cultura del encierro. Es difícil imaginar aquéllos sin esta última, porque el confinamiento en una institución total como la cárcel, tanto más si es extenso, denota *desculturación*. (17)

(15) GARCÍA-BORÉS ESPÍ 2003:422.

(16) GOFFMAN 2001:13. No es todo. Las instituciones totales tienen características diferenciales: “Primero, todos los aspectos de la vida se desarrollan en el mismo lugar y bajo la misma autoridad única. Segundo, cada etapa de la actividad diaria del miembro se lleva a cabo en la compañía inmediata de un gran número de otros, a quienes se da el mismo trato y de quienes se requiere que hagan juntas las mismas cosas. Tercero, todas las etapas de las actividades diarias están estrictamente programadas, de modo que una actividad conduce en un momento prefijado a la siguiente, y toda la secuencia de actividades se impone desde arriba, mediante un sistema de normas formales explícitas, y un cuerpo de funcionarios. Finalmente, las diversas actividades obligatorias se integran en un solo plan racional, deliberadamente concebido para el logro de los objetivos propios de la institución” (ob. cit., 19-20).

(17) Agrega Goffman que “si la estadía es larga puede ocurrir una “desculturación”; o sea, un desentrenamiento que lo incapacita temporalmente para encarar ciertos aspectos de la vida diaria en el exterior” (GOFFMAN 2001: 26), aclarando —en pie de página, n° 11— que esa expresión es empleada por “Robert Sommer, Patients who Grow Old in

En palabras de Rivera Beiras: “Autores como Donald Clemmer (1958) y Erving Goffman (1970) hacía ya tiempo que habían comenzado a develar crudamente los efectos de la privación de libertad y en especial, de las terapias a las que eran sometidos los internados. Acuñaron así —sobre todo el primero— el concepto de *prisionización*, que desmontó definitivamente la supuesta pretensión de cientificidad del tratamiento penitenciario”. (18)

*Segunda.* Como punto de partida en el análisis de la involución bonaerense, que mutó del paradigma garantístico hacia un modelo punitivista y represivo, habrá que tener en cuenta que, según Nils Christie, “los sistemas penales son indicadores del tipo de sociedad en que se vive. Los cambios en los sistemas penales se relacionan con los cambios dentro de una sociedad determinada”. (19) Además, conforme explica Bergalli, “la organización jurídica de la sociedad depende de cómo los miembros de ésta se ubican o resultan ubicados en distintas posiciones, según la participación que se les asigna o conquistan en el proceso de producción de bienes y en la forma de adquisición de riqueza. Vale decir que el derecho moderno también tiene la tarea de consolidar la división de la sociedad en clases. Instituciones sociales como la familia, el patrimonio, la propiedad, la transmisión hereditaria, etc., se constituyen en los vehículos de semejante consolidación. En este sentido también los bienes jurídicos que se dicen protegidos por el derecho penal son, asimismo, las representaciones sociales de la ubicación de clase de sus poseedores”. (20)

Luego, en una sociedad que —bajo el influjo condicionante del incisivo discurso mediático, a través de continuas campañas de *ley y orden*— hace de las demandas de seguridad el principal tema de interés general, orientando las políticas públicas en la materia (21), no debería sorprender

---

a Mental Hospital, “Geriatrics”, XIV, 1959, pp. 586-87”, a la vez que sostiene que “el término ‘desocialización,’ a veces usado en el mismo contexto, parecería demasiado fuerte, por cuanto supone pérdida de capacidades fundamentales de comunicarse y co-operar” (ob. cit., ídem).

(18) RIVERA BEIRAS: 2009: I-319.

(19) CHRISTIE 2004:99.

(20) BERGALLI 2001:121.

(21) Lola Aniyar de Castro confirma el carácter cosmopolita de esas demandas, al señalar que “el incremento de la inseguridad subjetiva representa hoy, en las democracias

que en la consabida tensión entre eficacia y garantías del sistema penal se produzca una fuerte inclinación en favor de la primera y, por lógica, en detrimento de las segundas. Así, queda latente la sombría presunción que en la disyuntiva entre que ningún delito grave quede impune, aun al precio de que se condenen a algunos inocentes o, inversamente, que se respeten a rajatabla las garantías jurídicas, aun al costo de que algunos delitos graves queden impunes, la sociedad pueda decidirse por aquella opción. O sea, en las antipodas del *deber ser* que Luigi Ferrajoli desarrolla en forma elocuente: “Un sistema penal está justificado si y sólo si minimiza la violencia arbitraria de la sociedad, y alcanza dicho fin en la medida en que satisfaga las garantías penales y procesales del derecho penal mínimo. Estas *garantías* se configuran por consiguiente como otras tantas *condiciones de justificación* del derecho penal, en el sentido de que sólo su realización sirve para satisfacer sus fines justificadores”. (22)

En definitiva, a lo largo de este trabajo pretendemos explicar *cómo* y *por qué* se produjo la regresión aludida y *cuánto* tuvo que ver en este resultado no sólo una dirigencia política que —en muchos casos— exacerbó el punitivismo, sino también una magistratura que —también en muchos casos— no estuvo a la altura de las circunstancias.

## 2. La reforma procesal del '98

Si bien aprobada a principios del '97, con la generalizada aceptación de la Legislatura, la reforma procesal penal bonaerense se puso en funcionamiento el día 28 de septiembre de 1998.

Le cupo un rol fundamental a la por entonces subsecretaria de Justicia, María del Carmen Falbo (hoy procuradora general de la Suprema Corte de Justicia de Bs. As.), tanto en el impulso, la planificación y el armado de los equipos técnicos que materializaron la iniciativa oficial, como en la siempre ardua tarea de implemen-

---

de opinión, la principal demanda ciudadana, especialmente en las zonas urbanas de los países modernos. Son actualmente tan agudas, que impulsan a los políticos a generar reglas de organización social que la gente supone son las más seguras, de acuerdo con viejos arquetipos de represión y persecución enclavados en el subconsciente colectivo” (ANIYAR DE CASTRO 2010:93).

(22) FERRAJOLI 1998:342.

tación y puesta a punto que tenía, al menos, dos grandes cuestiones problemáticas: *i*) ante todo, establecer cómo proseguiría el trámite procesal de millones de causas pendientes de resolución, muchas de ellas de enorme trascendencia social y política —baste con recordar el resonante caso “Cabezas” para comprender la importancia capital de este asunto— y *ii*) sentar las bases para la correcta implementación del nuevo sistema de enjuiciamiento, que había sido instituido, básicamente, para adecuar la normativa provincial a la matriz acusatoria constitucional, aun cuando no reglamentaba el juicio por jurados, una asignatura que todavía hoy sigue diferida.

En primer lugar, con respecto al inmenso cúmulo de las causas irresueltas, iniciadas con el régimen anterior, la activa funcionaria duhaldista pudo salir airosa gracias al valioso asesoramiento y la asistencia de un calificado grupo de expertos, comprometidos con el proceso de cambio (entre los que cabe destacar a Alberto Binder), quienes diseñaron un sistema de transición por el cual las disposiciones del código derogado —salvo excepciones, previstas en el segmento final de la ley 11.922— seguirían aplicándose a los procesos iniciados durante su vigencia, con lo cual la reforma no debía comenzar con el pesado lastre de todas las causas preexistentes.

En segundo término, para la efectiva operatividad de la reforma se sancionaron dos normas que, aunque complementarias del CPP, resultaron cruciales; a saber: *i*) la ley de transformación de juzgados del viejo al nuevo sistema (ley 12.060), que no sólo precisó la cantidad de órganos jurisdiccionales que la puesta en marcha requería en cada departamento judicial, sino también la progresiva creación de otros, en función de las siempre crecientes demandas que debería absorber el sistema de enjuiciamiento penal; y *ii*) la ley del Ministerio Público (12.061), a todas luces indispensable para establecer los principios organizacionales y las reglas de actuación de un sector que adquiriría, con la inminente reforma, un gran protagonismo, puesto que como buen modelo acusatorio que era, prescribía que el ejercicio de la acción penal pública estaría exclusivamente a cargo de los fiscales (art. 6), atribuyéndoles, asimismo, la instrucción formal (art. 267), bajo el control de los jueces de garantías (art. 23), y sin perder de vista, por supuesto, su gravitante

papel de parte actora o demandante en la realización de los juicios penales (arts. 338, 347 y 359, entre otros), con legitimación activa para recurrir de la sentencia definitiva, en los casos prefijados por la ley (art. 452).

Naturalmente que las dificultades de todo orden fueron poniendo a prueba el temple y la capacidad de gestión de Falbo, quien supo sobrellevarlas no sólo con la ayuda económica que la provincia recibiría de organismos internacionales interesados en el avance del proyecto, sino también por su tenacidad en la consecución de los objetivos trazados: por un lado, la modernización del sistema judicial penal del primer Estado argentino (fin explícito); por el otro, mejorar la imagen *presidenciable* de su “jefe” político (fin implícito), aspecto sobre el que nos explayaremos en el capítulo siguiente.

Eso sí, hubo que hacer varias postergaciones, pues del 1° de marzo (art. 537, ley 11.922; fecha ratificada por la ley 12.059), se pasó al 1° de julio (ley 12.085; B.O. 27/2/1998), y después al 1° de octubre (ley 12.119; B.O. 1/7/1998), siempre de 1998, hasta que finalmente se efectivizó, como quedara dicho, el lunes 28 de septiembre del '98.

### 3. La influencia neopunitivista y la criminología mediática

La noticia policial, así como el relato periodístico que la enmarca, parte de la existencia de un cierto suceso delictivo, al que a menudo se asigna una indebida generalización y (muchas veces, hasta) una prematura e improbadada causa.

Los medios se presentan a sí mismos como meros transmisores de noticias que reflejan *objetivamente* los hechos, tal como ocurren. Sin embargo, suelen construir sus relatos a partir de una premisa falsa o, cuanto menos, poco fiable, esgrimiendo el principio de que *los hechos son sagrados y la interpretación es libre*. En efecto, los *mass media* proclaman una neutralidad ilusoria, porque la asepsia ideológica no existe: los hechos no sólo no revisten —en materia informativa— la sacralidad que les atribuyen, sino que pueden ser manipulados de muchas formas, incluso ocultándolos. El sentimiento social de inseguridad y la cobertura mediática de los sucesos policiales se realimentan en un proceso cíclico, circular, que tiene un principal beneficiario: la industria del

miedo. La utilización del *pánico moral* (23), por la ahora denominada *criminología mediática*, les deja muy buenos dividendos, pues a partir de esta construcción de la realidad no sólo se tiende a condicionar el contenido de las leyes (penales y procesal penales) y, en general, de las demás decisiones político-criminales del gobierno, sino también el de las sentencias de los jueces.

Sostiene Eugenio R. Zaffaroni que “el discurso —si es que así puede llamarse— de la criminología mediática no es otro que el llamado neopunitivismo de los Estados Unidos, que se expande por el mundo globalizado”. (24) Sólo a partir de la lógica de este *discurso* puede entenderse cómo la política, mejor dicho, cómo algunos dirigentes políticos reaccionan en forma espasmódica frente a la cuestión criminal, cómo hacen campaña con apoyatura en esa plataforma criminológica o, peor aún, cómo se convierte en el núcleo de su accionar de gobierno, pasando de los dichos a los hechos.

Asimismo es preciso afirmar, siempre con Zaffaroni, que “los políticos latinoamericanos no tienen una idea de la realidad criminológica y por lo general no la entienden. Están urgidos de soluciones inmediatas y los tiempos de cambio social no son los de la política, marcados por la proximidad de las elecciones”. (25) Es más: explica que hay políticos que toman prestado ese relato

---

(23) Stanley Cohen acuñó la idea del pánico moral (1972), al publicar su obra sobre Los diablos populares y los pánicos morales (*Folk Devils and Moral Panics*, London: MacGibbon & Kee), describiéndolo como la respuesta irracional de un sector de la población ante la errónea o desmedida percepción de un fenómeno criminal, por lo general, atribuido a alguna subcultura o grupo minoritario desviado, al que se considera socialmente peligroso. Las pioneras aportaciones de Cohen, en el ámbito de la sociología criminal, están en sintonía con la Nueva criminología y con la teoría de la Reacción social (*Labelling approach*), explicando Frances Barata que aquél “atribuye a los medios un poder de ‘ampliación de la desviación’ y la creación de ‘pánicos morales’ en relación a dichos grupos, proporcionando el primer estudio empírico de la amplificación de la alarma social producida por los medios de comunicación y sus consecuencias públicas” (BARATA 2003:505). Agrega que en un trabajo posterior (1973), junto a Jock Young, sobre La construcción de las noticias (*The Manufacture of News*, Beverly Hills: Sage Publications), Cohen investiga de qué manera los medios seleccionan los hechos relativos a la desviación y qué papel juegan en el control social informal.

(24) ZAFFARONI 2011:367.

(25) Ob. cit., 402.

por oportunismo o por ideología autoritaria, pero lo cierto es que “los políticos desconcertados no advierten que la criminología mediática es sustancialmente extorsiva y que frente a una extorsión nunca se debe ceder, porque cada vez el extorsionador exigirá más y las concesiones no harán otra cosa que fortalecer su método”. (26)

Añadimos, por nuestra parte, que los fiscales y jueces también son sometidos a la extorsión mediática y que sin el respaldo de muchos funcionarios y magistrados judiciales “desconcertados” (Zaffaroni *dixit*) no sería posible explicar el geométrico aumento de la tasa de encarcelamiento bonaerense. Al analizar específicamente el funcionamiento del Poder Judicial bonaerense, en el undécimo capítulo, ampliaremos las razones de esta afirmación.

David Garland también se refiere al papel de los *mass media* en el funcionamiento del sistema penal, expresando que “un intermediario crucial en este punto son los diversos medios de comunicación que transmiten y representan los sucesos penales al público. Y dado que estos medios tienen sus propias dinámicas e intereses comerciales, a menudo ocurre que los valores de las noticias e intereses editoriales restringen y seleccionan los mensajes sobre sanciones que deban transmitirse al gran público”. (27) De modo categórico, Pilar Calveiro acentúa que “los medios de comunicación, corazón de la nueva hegemonía, juegan un rol decisivo en la justificación y la legitimación de estas políticas de encierro creciente, agitando la bandera de una criminalidad que señala a los pobres y encubre las poderosas redes de las que esos mismos medios forman parte. Provocan la alarma social y difunden escenario de caos como estereotipos que manejan políticamente en los más diversos países, para alentar demandas de seguridad centradas en las políticas represivas”. (28)

Para empezar a conocer *de qué manera* la criminología mediática influyó en el desarrollo del proceso punitivista bonaerense, será preciso retomar la crónica del estudio que nos ocupa.

Al momento de su puesta en marcha, a fines de septiembre de 1998, muchos entendieron que

---

(26) Ob. cit., 403.

(27) GARLAND 2010:299-300.

(28) CALVEIRO 2012:194.

se hizo un lanzamiento precipitado de la reforma procesal penal, con un apuro a todas luces inconveniente. Así, tanto para la Suprema Corte de Justicia, como para la Asociación Judicial Bonaerense (AJB). (29)

En aquel tiempo era poco menos que evidente la existencia de ciertas urgencias políticas para explicar la obstinada decisión (no sólo de la subsecretaria Falbo, sino de todo el gobierno bonaerense) en cristalizar esta necesaria transformación del sistema penal. Es que el gobernador Eduardo Alberto Duhalde ya estaba lanzado de lleno a la carrera presidencial, con vista en las elecciones generales del '99, por lo que tras el impresionante vendaval que le significó el caso "Cabezas" (a partir de enero de 1997, por la probada conexión policial con el crimen, cuando tiempo atrás el propio mandatario se había deshecho en elogios para la policía bonaerense y para su titular, el Comisario General Pedro Klodczyk) debía recomponer su imagen pública ante el electorado nacional que miraba con inquietud lo que sucedía en esta provincia, no sólo por la manera de ejecutar políticas activas tendientes al control del delito y la criminalidad, sino también por el modo de resolver la corrupción y brutalidad de la policía local que, por aquellos días, ya había sido rebautizada como *La Bonaerense*.

Por entonces, Duhalde era un político "desconcertado" (Zaffaroni *dixit*), urgido por tomar distancia cuanto antes de la "maldita policía" y, a la vez, por volver a congraciarse con los grupos dominantes, en especial, con los medios hegemónicos, máxime que la víctima del insidioso asesinato de Pinamar era nada menos que un fotógrafo de la prominente revista "Noticias".

Entonces, si había que tomar medidas drásticas contra la malhadada policía, se tomaban; pero en

(29) Por ejemplo, el destacado dirigente gremial de los judiciales Víctor Mendivil, en la audiencia realizada en la Cámara de Diputados de la provincia, sostuvo que "esta convocatoria encajaría mejor en una situación de prerreforma procesal que en la plena operatividad de la reforma consumada. Es la demostración más elocuente —junto a las múltiples enmiendas de la ley 11.922— del apresuramiento injustificado y la improvisación que signaron la puesta en marcha del nuevo régimen procesal penal, que nuestro gremio denunció oportunamente como el mayor error metodológico que se estaba cometiendo" (MENDIVIL 2000:129).

paralelo, si había que endurecer el discurso contra la inseguridad y la delincuencia, se endurecía; y, en general, si había que reescribir la historia reciente (borrando con el codo lo que antes se escribió con la mano), se reescribía. Todo valía con tal de llegar o de mantenerse en el poder. Como se advierte, con acierto, en la presentación del trabajo de investigación del Observatorio del Sistema Penal i els Drets Humans (OSPDH), de la Universitat de Barcelona, a propósito de las reformas y las contrarreformas al sistema penal español en el período 1995-2005, "todos conocemos las apelaciones a mayores cuotas de 'seguridad' (entendida cada vez más de manera estrecha, es decir, en términos de 'policialización' del espacio, del comportamiento, de las costumbres, ya sea con el despliegue de instituciones públicas o privadas), apelaciones que se han convertido en herramienta de gobierno, en promesa electoral, en populismo punitivo". (30)

Al fin de cuentas, el neopunitivismo (con sus recetas represivas de importación, sobre todo *zero tolerance*), por un lado, consiste en la mayor severidad de las penas y en la expansión de los encierros preventivos (también en un aumento del rigor tratamental y de la violencia en los establecimientos penitenciarios), con menores derechos y garantías procesales para su imposición y, por el otro, implica una sensible reducción de los ámbitos de privacidad, donde debería regir el principio de reserva (CN, 19), merced al selectivo incremento del control policial, en particular, en el terreno contravencional: una zona de "no derecho", donde la "policialización" campea a sus anchas; aunque no sólo allí, desde luego. En conjunto, todas estas medidas se presentan como un "tolerable" tributo para la seguridad, a la que se llega por la vía de la "intolerancia" frente al delito y el caos o, con más precisión, frente al delincuente y el transgresor. En pocas palabras, se trata de una manifiesta tendencia a fomentar la represión y la selectividad del sistema punitivo, convertida en normas jurídicas por parte de las fracciones conservadoras de la política. (31)

(30) OSPDH 2005:11.

(31) Baratta plantea una disyuntiva existencial en materia de políticas de seguridad, conforme se las oriente "al modelo del derecho a la seguridad o al modelo de la seguridad de los derechos. En concreto el modelo dominante en Europa (y en los Estados Unidos) es el primero. Pero la orientación al segundo modelo, representada por notables experiencias

Desde una perspectiva teórica más amplia, ello se enmarca en una nueva concepción de la política y de la democracia, donde una y otra se hallan fuertemente condicionadas por el impacto tecnológico en materia comunicacional, es decir, en una sociedad donde los partidos políticos —como agrupaciones de ciudadanos con cohesión ideológica, conductas orgánicas y proyectos comunes— ha ido perdiendo relevancia, a manos de expresiones políticas contingentes, por lo general, con liderazgos ocasionales y personalistas. En otras palabras, estamos ante una sociedad donde el fenómeno comunicacional de masas ha crecido en importancia, al punto de ofrecernos dimensiones alternativas de la política y la democracia, al menos, en sentido tradicional. Según Alessandro Baratta, “la democracia es sustituida por la comunicación entre ‘políticos’ y su público, o sea por la tecnocracia. Cuando esto sucede, la política toma cada vez más la forma del espectáculo. En efecto, en la ‘política como espectáculo’ las decisiones y los programas de decisión se orientan no tanto a modificar la realidad, cuanto a modificar la imagen de la realidad en los espectadores: no tanto a satisfacer las necesidades reales y la voluntad política de los ciudadanos como más bien, a seguir la corriente de la llamada opinión pública... las funciones simbólicas tienden a prevalecer sobre las funciones instrumentales”. (32)

Esta característica posmoderna de la banalización de la política provoca la crisis de los partidos políticos (*tradicionales*, por designarlos de algún modo), y se manifiesta, con toda claridad, en el predominio de actitudes personalistas por parte de una dirigencia que actúa en forma inorgánica, es decir, sin demasiadas pertenencias *partidocráticas* (así se las suele designar para liberarse de la condicionante sujeción a las estructuras internas de las corporaciones políticas). Asimismo, se exterioriza en: *i)* la aparición de figuras prominentes (*notables* en otras actividades de la vida social y económica, incluido el selecto grupo de los *ricos* y *famosos* que se deciden a incursionar en política) y de nuevas agrupaciones que se ufanan, para-

de política de seguridad entendida como política de la ciudad, constituye no sólo un modelo alternativo legítimo, sino también una opción posible, pero improbable. Esta opción corresponde a una política integral de protección y satisfacción de todos los derechos fundamentales y humanos” (BARATTA 2006:203).

(32) BARATTA 1991:53.

dójicamente, de su *apoliticidad*; *ii)* la superlativa importancia de la comunicación audiovisual de los candidatos con *la gente*, a través de un relato que deliberadamente prescinde del *pueblo* como sujeto político; *iii)* el gradual ocaso del comité, del mitin y hasta de la militancia, todos ellos poco relevantes en una sociedad mediatizada, donde lo que posiciona mejor al candidato es la imagen y el mensaje televisados; y *iv)* la enorme significación que adquieren los sociólogos y sus encuestas de opinión pública, en tanto aportan los temas de interés social que desplazan a los antiguos programas (o *plataformas*) preelectorales de acción política. Ferrajoli profundiza el análisis de estas facetas de la crisis política de occidente, considerando que “más allá de sus factores de vaciamiento interno —la crisis de los partidos y de la participación política, el ligamen cada vez más estrecho entre política y dinero y la degeneración videocrática de la comunicación y del poder político—, el principio de representación se ha vuelto irrealizable por el debilitamiento de la relación entre pueblo y poder político. Por el hecho, en otras palabras, de que la adopción de las decisiones relevantes no corresponde ya a los poderes estatales sino a poderes supraestatales, cuando no de otros Estados, o peor, a poderes económicos de mercado. En todo caso, a poderes sustraídos a cualquier tipo de control popular” (33), en directa alusión a la progresiva injerencia de los poderes fácticos que someten a los poderes públicos.

Duhalde no lo ignoraba, por supuesto. Tenía plena consciencia de toda esta metamorfosis política y democrática (v.gr., era conocido que la mayor parte de sus decisiones estratégicas dependían de los resultados de los sondeos y mediciones de opinión (34)), porque se trataba de

(33) FERRAJOLI 2004:139.

(34) Según sostiene Verónica Kasta (2009), “Duhalde se convirtió en un fanático de las encuestas durante las internas presidenciales de 1988, cuando los dirigentes del justicialismo y los medios de comunicación, daban por cierta la victoria de Cafiero: ‘la manía empezó cuando Menem me ofreció la candidatura a la vicepresidencia. Todos los dirigentes, todos, me decían que era una locura acompañarlo. Yo también. Decían que eran tiempos de Cafiero. Ahí comencé con las encuestas. Comprobé que Menem tenía mucho más apoyo entre la gente del que se pensaba” (fuente: <http://www.revenciapolitica.com.ar/num7art6.php>). Categóricamente habría sostenido: “Sin encuestas no se puede hacer política y mucho menos gobernar” (LÓPEZ ECHAGÜE 1997:147). Y una vez instalado en la gobernación,

un gobernante curtido que había acompañado a Carlos S. Menem en la primera fase de la regresión neoliberal (1989-1991), a la que el propio ex vicepresidente se refiriera —años más tarde, tras perder su protagonismo nacional— como “sobredosis de neoliberalismo” (35), hasta su desembarco en el territorio provincial, donde sucedió a Antonio F. Cafiero (36), para completar dos períodos de cuatro años: de 1991 a 1995 y de 1995 a 1999. Por lo tanto, la elección de su *delfín* era una decisión clave para él por varios motivos. Entre otros, para cubrir sus espaldas al momento de hacer el salto hacia el escenario nacional (a partir de las persistentes sospechas de corrupción que rodearon la reforma constitucional provincial del '94 que habilitó su reelección (37)) y, además, para seguir manteniendo el control en el principal distrito del país, o sea, el bastión político en el que sustentó

se apunta que “a cada uno de los hombres que pretenden postularse en algún municipio en nombre del duhaldismo, les exige guarismos certeros que respalden sus deseos. ‘Traéme una encuesta, explicame cómo la hicieron, y ahí charlamos’” (ob. cit., 182).

(35) DUHALDE 2007:63 y 68.

(36) Cafiero, por su parte, no pudo conseguir la habilitación para un segundo mandato, a pesar de la reforma constitucional aprobada por la Legislatura bonaerense (ley 10.859; B.O. 3/1/1990), con el apoyo de la UCR (luego del “Pacto de La Plata”), porque esta reforma fue rechazada por amplio margen en el plebiscito del 5 de agosto de 1990.

(37) Cabe recordar que el Partido Justicialista no tenía mayoría propia en el seno de la Asamblea Constituyente provincial, por lo que fue creciendo la sospecha del pacto Duhalde-Rico, luego de que el MODIN (Movimiento por la Dignidad y la Independencia) apoyara, contra su discurso de campaña, el levantamiento de la interdicción normativa que impedía la reelección del gobernador. Horacio Verbitsky en Página/12, del 19 de diciembre de 1999, da mayores detalles sobre la existencia del pacto, afirmando que “para comprender los alineamientos de estos días es preciso internarse en los laberintos del hoy difunto partido creado por Rico, el Modín. María fue uno de los negociadores por el Modín del acuerdo que se celebró en 1994 para que Rico apoyara la cláusula constitucional que habilitó la candidatura de Duhalde para un nuevo mandato provincial y que preludeó el ingreso del ex militar al PJ (...). Dos amigos y colaboradores de Rico, el ex ministro de la dictadura Guillermo Fernández Gill y el mayor (R) Juan Enrique Gugliamelli dijeron que aquel pacto incluyó un pago millonario de Duhalde a Rico” Fuente: [www.pagina12.com.ar/1999/99-12/99-12-19/pag10.htm](http://www.pagina12.com.ar/1999/99-12/99-12-19/pag10.htm). Poco después, el 24 de marzo de 2000, el propio diario publica un extenso reportaje a Carlos “El Indio” Castillo donde este ex dirigente del MODIN confirma la existencia de aquel acuerdo espurio. Fuente: <http://www.pagina12.com.ar/2000/00-03/00-03-24/pag03.htm>.

todas sus proyecciones de poder. No había margen para el error: el candidato a gobernador bonaerense del “Pejota” debía ser un *compañero leal* y, al propio tiempo, alguien capaz de restablecer la confianza del *establishment*.

Por esas razones, en la misma boleta justicialista, para ocupar el lugar que Duhalde dejaba vacante, había un “político de raza”, un dirigente todo terreno que había cumplido las funciones públicas más variadas (judiciales, ejecutivas y legislativas: de juez a ministro de Trabajo, de embajador en Italia a ministro del Interior y a vicepresidente de la República, además de sus épocas como legislador nacional), y que estaba dispuesto a casi todo con tal de llegar a la gobernación bonaerense, incluso a enmendarle la plana a su predecesor en la recién estrenada reforma procesal-penal, si es que de esa manera satisfacía los crecientes requerimientos neopunitivistas de la criminología mediática y, en definitiva, de algún sector importante del electorado.

#### 4. Hay que meter bala a los ladrones

En su edición del martes 3 de agosto de 1999, por sólo citar un ejemplo, el diario platense *Hoy* informó que el candidato a gobernador por el justicialismo, Carlos Federico Ruckauf, había cerrado los talleres de reflexión sobre la plataforma de gobierno con un recio mensaje: *hay que meter bala a los ladrones*. (38) Es más, también había dicho que “hay que tener piedad por la gente y no por los delincuentes, en esto voy a ser durísimo”, al punto de admitir que “tengo una actitud menos garantista que muchos de mis compañeros, e incluso discrepo con mi candidato a vicegobernador que muchas veces se preocupa por la dureza que tengo contra el delito”. Asimismo, expuso que “voy a respaldar siempre a nuestra Policía, la bala que mató a un asesino, tiene que ser claro que es la bala de una sociedad harta de que desalmados maten a mansalva a inocentes” y en lo que significó un endurecimiento del discurso sobre la temática de seguridad, trató de marcar diferencias con respec-

(38) Zaffaroni designa como criminología del rifle sanitario a “la posición político-criminal que en nuestra realidad periférica autoriza la violencia indiscriminada y las ejecuciones sin proceso, argumentando la anormalidad o patología de los ‘criminales’.. En los países centrales, donde estas teorías son enunciadas, resulta prácticamente inimaginable esta forma de instrumentación periférica” (ZAFFARONI 1998:230).

to a la posición que tenía la Alianza: “no me va a temblar la mano para tomar las más duras medidas, hay que meterle bala a los ladrones”. (39)

Cuadran dos breves acotaciones liminares, una de carácter general, la otra específica, para entender en su real dimensión el surgimiento y el desarrollo del fenómeno político que aquí denominamos como *ruckaufismo*.

La primera se relaciona con lo que apontoca Garland al señalar, en forma genérica, que “las decisiones políticas siempre se definen con el telón de fondo de las moralidades y las sensibilidades que suelen establecer límites a lo que el público podrá tolerar o a lo que pondrá en práctica el personal del sistema penal. Dichas sensibilidades imponen los aspectos de lo que es ‘apropiado’, incluso sobre los gobiernos más inmorales, y dictan lo que es o no demasiado vergonzoso u ofensivo”. (40) Luego agrega que “en realidad, los principales defensores de las actitudes “autoritarias populares” que hacen énfasis en castigos severos y regímenes crueles casi siempre han sido políticos de orientación conservadora, así como aquellos sectores de la clase dominante que los apoyan”. (41)

Y la segunda se refiere al contexto sociopolítico del último año del siglo XX, que en palabras de Claudia Cesaroni se resume así: “en la campaña electoral por el cargo de gobernador de la provincia de Buenos Aires, se enfrentaba Carlos Ruckauf, ex ministro de trabajo de Isabel Perón y cofirmante de sus decretos de ‘aniquilamiento del accionar de la subversión’, vicepresidente en ejercicio y candidato por el partido Justicialista, con Graciela Fernández Meijide, madre de un adolescente de 17 años secuestrado y desaparecido durante la dictadura, senadora nacional por el Frepaso, y candidata por la Alianza. Las elecciones fueron el 24 de octubre y Ruckauf se impuso por casi siete puntos de diferencia. Durante su campaña, anunció cuál sería su política para resolver lo que también se presentaba como un aumento insoportable de la inseguridad: *Hay que meter bala a los delincuentes*, repitió como consigna-emblema. Tiempo después, cuando ya era gobernador, dijo

(39) Fuente: <http://pdf.diariohoy.net/1999/08/03/c6y7.pdf>.

(40) GARLAND 2010:250.

(41) Ob. cit., 277.

que deseaba que los delincuentes *se pudran con sus manos agarradas a las rejas oxidadas de la cárcel*. Entre una y otra frase sucedió la llamada Masacre de Ramallo: el 16 y 17 de setiembre de 1999, un robo a un banco, con toma de rehenes, terminó con una intervención brutal de las fuerzas policiales, que produjo la muerte de dos rehenes y un ladrón. Luego, otro de los asaltantes murió mientras estaba detenido. Apareció colgado, en lo que primero se definió como un suicidio y varios años después se comprobó que había sido un homicidio”. (42)

La táctica de campaña era simple y clara: para revertir los resultados de las legislativas del '97, donde la lista de diputados nacionales encabezada por la frepasista Fernández Meijide, de la Alianza, se había impuesto nada menos que a la lista de la esposa del gobernador, Hilda “Chiche” Duhalde, era preciso contar, como punto de partida, con el voto peronista tradicional que Ruckauf estaba en inmejorables condiciones de retener, dada su setentista pertenencia a la ortodoxia del justicialismo, más allá de su vínculo con la dirigencia sindical que, en su juventud, lo había catapultado —merced al patrocinio político del metalúrgico Lorenzo Miguel, del que después se apartaría— de juez laboral a ministro de Trabajo durante el gobierno de Isabel Perón, entre el 11 de agosto de 1975 y el 3 de febrero de 1976. Además, en los últimos tiempos, se había abierto del menemismo que en su segundo turno (1995-99) le permitió llegar a la vicepresidencia de la República, una función que todavía conservaba. Pero con eso no alcanzaba, por lo que había que lanzarse a buscar el voto de los sectores conservadores y religiosos, para lo cual el candidato no escatimó impropiedades y descalificaciones personales hacia su adversaria a quien llegó a tildar de abortista, anticristiana y atea (43), aunque ante la distancia que tomó su compañero de fórmula, Felipe Solá (44), decidió detener la escalada (45), sin rectificarse, pues lo dicho, dicho está.

(42) CESARONI 2010:59-60.

(43) Fuente: <http://edant.clarin.com/diario/1999/10/19/t-00301d.htm>.

(44) Fuente: <http://www.lanacion.com.ar/157986-rechazo-a-dichos-de-ruckauf>.

(45) Fuente: <http://www.lanacion.com.ar/158116-ruckauf-paso-atras-en-la-pelea-religiosa>.

En las elecciones del 24 de octubre, consiguió su objetivo, con votos propios y prestados, pero logró mantener la hegemonía justicialista en el reducto provincial más importante del país, aun cuando su sostén político viera esfumarse su pretensión presidencial a manos de Fernando de la Rúa. Además, le tocaba gobernar un distrito siempre conflictivo, como el de Buenos Aires, careciendo de las mayorías legislativas para llevar adelante su ambicioso plan de meter bala a los ladrones. Con otras palabras, si bien el caudal de votos recibidos de la “cavallista” Acción para la República (APR) y de la “alcosgaraycista” Unión del Centro Democrático (UCeDé) fueron fundamentales para doblegar a Fernández Meijide (46), eran insuficientes para dominar la Legislatura, donde se requeriría de complejos acuerdos parlamentarios para aprobar las leyes necesarias con miras al cumplimiento de su programa contra el delito y la criminalidad o, para mayor fidelidad con el discurso del gobernador electo, contra los delincuentes y los criminales.

A pesar de la adversidad del escenario legislativo, Ruckauf no se amilanó, habida cuenta de que desde la conformación de su primer gabinete de ministros dio señales inconfundibles de que las suyas no habían sido sólo frases de campaña para ganar los comicios, pues puso al frente de las estratégicas carteras de Seguridad y Justicia a dos funcionarios plenamente identificados con su cruzada de *ley y orden*: el ex carapintado Aldo Rico y el ex juez Jorge O. Casanovas (47), aunque

(46) Carlos Ruckauf y Felipe Solá con la boleta de la “Concertación Justicialista para el cambio” (lista 133), a la que se le anexaron los votos de otras dos fuerzas menores, finalmente se impusieron por el 48,53% contra el 41,96% de la fórmula de la Alianza. Existen coincidencias en que “el triunfo del vicepresidente se hizo posible por el aporte del PJ, pero además por la sumatoria de votos del cavallismo y de la Ucedé, fuerzas que sumaban alrededor del 10% al caudal peronista”, según La Nación (<http://www.lanacion.com.ar/158643-ruckauf-gobernara-en-buenos-aires>), en términos semejantes a Clarín (<http://edant.clarin.com/diario/1999/10/25/t-03201h.htm>) y a Página/12 (<http://www.pagina12.com.ar/1999/99-10/99-10-25b/pag03.htm>), este último incluyendo las propias explicaciones de Graciela Fernández Meijide. Todos ellos del lunes 25 de octubre de 1999.

(47) Verbitsky recuerda que llegó a la Cámara Federal, primero, y a la Cámara Nacional de Casación Penal, después, por sus estrechos vínculos con Ricardo Levene (h.), pero que ya había adquirido notoriedad mucho antes, cuando —actuando como Agente Fiscal en Lomas de Za-

con suerte dispar, por cierto, porque mientras el primero duró pocos meses en su cargo, debiéndose alejar en medio de una situación escandalosa (48), el otro se convirtió no sólo en el proyectista jurídico de la embestida antirreformista, a la que nos referiremos enseguida, sino también en su apegado compañero de ruta.

Hernán López Echagüe atribuyó al gobernador una severa interpelación a los parlamentarios provinciales, apenas haber asumido: “Exijo, en nombre de la gente que me votó, que los legisladores les desaten las manos a los jueces, fiscales y policías para combatir a los delincuentes, asesinos y corruptos”. (49) La misma cita también fue recogida por la prensa que cubrió los actos el día de la jura. (50)

No era un simple pedido, una solicitud republicana de un poder a otro. Era una exigencia.

No obstante, representantes del gobierno participaron en una audiencia pública celebrada en la Cámara de Diputados, donde el ministro Casanovas defendió con enjundia todos los aspectos del proyecto, destacando que “queremos la ley clara para que la policía sepa qué hacer y queremos la ley clara para que los jueces sepan lo que la policía puede hacer”, tras lo cual cerró su intervención usando la fórmula benthamiana, pues el proyecto busca “el mayor bien para el mayor número”. (51) En cambio, desde otros sectores se escucharon voces muy críticas, tanto la de Benjamín Sal Llargués, quien sostuvo que “las mayores atribuciones a la policía son a expensas de las menores atribuciones a los fiscales y a sus auxiliares que son abogados formados y seleccionados para cumplir con una

mora— fue “uno de los dos únicos funcionarios judiciales en todo el país que solicitaron la aplicación de la pena de muerte en una causa por secuestros extorsivos y homicidio” (VERBITSKY 1993:402-3).

(48) Fuente: <http://www.lanacion.com.ar/10647-final-ruckauf-le-pidio-a-aldo-rico-que-se-fuera>. El que ofrece mayores detalles “del payasesco final de Rico en el gobierno de la provincia” (textual), es LÓPEZ ECHAGÜE (2000:168-9).

(49) Ob. cit., 12.

(50) Así lo sostuvo también Felipe Yapur, en la crónica de Página/12, el sábado 11 de diciembre, agregando que “el gobernador bonaerense encomendó su gestión a la Virgen de Luján”. Fuente: <http://www.pagina12.com.ar/1999/99-12/99-12-11/pag13.htm>.

(51) CASANOVAS 2000:26.

función que, según pareciera resultar de la exposición de motivos, los ha hecho responsables de la impunidad reinante o manifiesta” (52), cuanto la de Leopoldo Schiffrin, alarmado por el hecho de que “quede institucionalizada la legalización de las *razzias* policiales, los controles policiales masivos, que son típicos de los países dictatoriales y que se reintroduzca la espontaneidad policial (...). En fin, sabemos que la ley está plagada de eufemismos que encubren otras realidades mucho más duras” (53), para agregar que “estamos en los prolegómenos de algo muy terrible”, a pesar de lo cual concluyó con una súplica religiosa: “Yo ruego que Dios ilumine a los legisladores en las sesiones próximas para que tomen el rumbo que, a mi juicio, la razón y la sagrada revelación —en la cual yo creo como tantos de ustedes— nos ponen en su persecución: justicia, justicia perseguirás”. (54)

Fue en vano. Los legisladores suelen ser poco proclives a obrar con tantos pruritos garantistas cuando, además, Ruckauf los estaba sermoneando en público, envalentonado con la legitimación política conseguida en las urnas. Por lo tanto, la mayoría optó por adherir a (o simplemente acatar) la incisiva reprensión del gobernador, dando luz verde al proyecto del ejecutivo que mientras, por un lado, le *desataba* las manos a la policía, confiriéndoles un conjunto de atribuciones que la versión originaria del código no autorizaba, entre las que destaca la de requerir al imputado indicaciones útiles para proseguir la investigación (art. 294 n° 8), por el otro, *maniataba* a los jueces en materia excarcelatoria (55), obstaculizando las condiciones para el otorgamiento de la libertad provisoria, incluida la supresión del tope legal de duración de la prisión preventiva (art. 169), y prefijando *iuris et de iure* causales denegatorias (art. 171) o revocatorias de las excarcelaciones (arts. 189 y 371).

(52) SAL LLARGUÉS 2000:93.

(53) SCHIFFRIN 2000:245.

(54) Ob. cit., 251.

(55) Chiara Díaz, advertido de esta situación, en la audiencia pública que precedió a la sanción de la ley, sostuvo que “debemos confiar en nuestros jueces, no sólo de la instancia correspondiente sino en la instancia de revisión que corresponda y entonces veremos que este sistema excarcelatorio no puede estar apoyado únicamente en la mención de algunas conductas delictivas” (CHIARA DÍAZ 2000:171).

Así, tempranamente se sancionó la ley 12.405 (B.O. 15/3/2000), también llamada “Ley Ruckauf”; algunos de los que la aprobaron eran los mismos que en el ‘97, al influjo del espíritu garantista del momento, habían votado la reforma al Código Procesal (ley 11.922). Pero el gobernador no quedó satisfecho, pues los legisladores al reglamentar la ampliación de las facultades policiales, en particular, en los informales interrogatorios de la policía a los imputados al tiempo de la aprehensión, para que suministren datos útiles con el fin de ahondar la pesquisa, habían prohibido que esa información pudiera ser utilizada en el juicio. Un recorte que al Ejecutivo provincial le pareció a todas luces intolerable, por lo que de inmediato dictó el decreto corrector que dejaba sin efecto ese impedimento (56), con lo cual, a partir de entonces, la policía no sólo recuperaba su poder de indagación frente al imputado, sino que además esas manifestaciones podrían hacerse valer, acaso en su contra, en el curso del debate oral. Con todo ello, las desacreditadas “espontáneas policiales” (57) habían readquirido su carta de ciudadanía en el proceso penal bonaerense.

Al evaluar en tiempo presente el producto de su obra de gobierno, Ruckauf asegura con entusiasmo que “el resultado del funcionamiento del nuevo paradigma judicial fue inmediato. Jueces y policías actuaron con el debido respaldo y los violentos fueron saliendo paulatinamente pero persistentemente de las calles”. (58) Y para que no queden dudas acerca de los méritos de “su” ley, a pie de página agrega que mientras el total de detenidos en 1999 era de 16.598, en 2001 fueron 23.103.

No todos teníamos una visión optimista del instrumento legal que, en resumen, había concedido mayores potestades a la policía y dispuesto rígidas trabas al régimen de las excarcelaciones. Y lo afirmamos en primera persona del plural

(56) Decreto 528/00, del 7/3/2000 (B.O. 15/3/2000).

(57) Al hacerlo así, Ruckauf y Casanovas prescindieron de las orientaciones prácticamente unánimes de la literatura jurídica, de cuño democrático, que descalificaba no sólo las “espontáneas”, sino también las facultades interrogativas de la policía frente al imputado. Por sólo citar dos ejemplos, uno anterior y otro posterior a la reforma aludida, cabe recordar los trabajos de CARRIÓ, Alejandro (1987:404) y de BORDA, Rodrigo D. (2001:1150).

(58) RUCKAUF 2011:32.

porque, justamente, desde la sanción de esa norma regresiva se produjeron distintas expresiones de resistencia y/o rechazo —algunas aisladas, otras asociadas— dentro de la magistratura penal bonaerense, que por entonces integrábamos. La respuesta no se hizo esperar: a los pocos días de la aprobación de la ley, quedó conformada (la que después se denominaría como) “La Red de Jueces Penales” (en lo sucesivo, “La Red”), constituida en la ciudad de Mar del Plata el 17 y 18 de marzo de 2000.

A partir de esas jornadas y durante la próxima década, esa asociación de jueces se mantuvo cohesionada en la irrestricta defensa de la independencia del Poder Judicial y de los derechos y garantías constitucionales, contrariados desde la prédica oficial de *mano dura* y *tolerancia cero*, que se perfeccionó con la sanción de la fatídica ley 12.405, es decir, la primera gran afrenta estructural al Código Procesal Penal de 1998.

Así resulta de los principales fragmentos de la “Declaración de Mar del Plata”, con la que concluyeron las jornadas inaugurales de “La Red”: “El Código de Procedimiento Penal sancionado en 1997 por ley 11.922 se adecua a las reglas del debido proceso constitucional, en cuanto resulta ser el sistema más compatible con el principio republicano de publicidad de los actos, al instituir el juicio oral y público para todos los delitos (...). Y a pesar de ciertas deficiencias operativas, ya se han podido verificar las bondades del nuevo sistema que asegura la imparcialidad del órgano juzgador y una preponderante intervención de las partes (...). Existe consenso en señalar que cuando las reformas al sistema procesal responden a situaciones de coyuntura y emergencia, se lesiona el derecho ciudadano a la seguridad y estabilidad jurídica, entendiendo que el Código Procesal contiene un delicado equilibrio entre dos puntos en tensión; a saber: la eficacia en la persecución penal del delito y el juzgamiento con todas las garantías”. (59)

La “Ley Ruckauf” no sólo consiguió *desatar* las manos a la policía —tal su exigencia a los legisladores el día mismo de ser posesionado en la jefatura del gobierno—, sino también logró *maniatar* a los jueces garantistas, bloqueándoles el otorgamiento de libertades procesales con

un verdadero blindaje jurídico. No conforme, el gobernador comenzó a vituperar públicamente a la “Escuela de Zaffaroni”, amenazando con *jury* de enjuiciamiento “a cuanto juez se ponga del lado de los delincuentes”. (60) Y más todavía, en la apertura del 129º período de sesiones ordinarias, ante la Asamblea Legislativa, el 2 de marzo de 2001, intensificó su campaña *manodurista* al preguntar: “¿Por qué razón un juez o un fiscal que deja salir asesinos y violadores tiene que tener solamente un juicio de sus pares? A mí me parece que si en una comunidad el 51% de los votantes dice que hay que remover un juez, pues hay que removerlo”. (61)

Ruckauf había ido demasiado lejos, sin dudas. Su discurso socavaba el contenido republicano que está en la base de nuestra organización institucional (CN, 1). Las tesis de Montesquieu y de otros teóricos de la modernidad, recogidas por los constituyentes del ‘53, habían diseñado la tripartición del poder público, con dos ramas políticas, resultantes de la periódica elección popular (la administrativa y la parlamentaria), y con una función judicial estabilizada en el tiempo para actuar eficazmente como garante del estado de derecho, con una fuente legitimante diversa (derivada de la interacción de las otras dos instituciones estatales) que la margine de las vicisitudes de la política electiva, para ejercer en plenitud el contralor de los demás poderes públicos (y hasta privados), pero cuyas decisiones no estuviesen subordinadas a los cambiantes humores sociales a raíz de las contingencias cotidianas, sino dirigidas a la defensa permanente (en todo gobierno o contra todo gobierno) de los derechos fundamentales.

Las destempladas expresiones del gobernador se desentendían por completo de esas nociones básicas de la teoría constitucional. Él no estaba para “sutilezas jurídicas”, desde luego. Había llegado al poder con arengas de *mano dura* y nadie podría cambiarle ese derrotero ni impedirle cumplir el compromiso asumido con el electorado. Su antigarantismo no era una característica lateral; estaba en el centro de gravedad de la política criminal de su gobierno, aunque aquí le jugó una mala pasada, al hacerlo transitar por lugares esca-

(60) Fuente: <http://www.laprensa.com.ar/Note.aspx?Note=256869>.

(61) Fuente: <http://www.lanacion.com.ar/54435-proyecto-de-ruckauf-para-echar-jueces>.

(59) Fuente: [http://reddejueces.com/?page\\_id=187](http://reddejueces.com/?page_id=187).

brosos. Le llovieron críticas e impugnaciones a ese mensaje (62), lo que no debería sorprender, pues se acercaba el otoño (austral, y el) de su gestión administrativa. (63)

Entretanto, en el ámbito de la Legislatura funcionaba la Comisión de Seguimiento de la Reforma Procesal, a la sazón presidida por el diputado radical Francisco Ferro. Junto con otros colegas tuvimos ocasión de participar en algunas de sus periódicas reuniones, tanto en su sede natural, como en la visita que realizaron al Departamento Judicial de Mar del Plata, donde se analizaban los distintos problemas que iban surgiendo en la siempre compleja implementación del nuevo régimen de enjuiciamiento. Los intercambios de pareceres sobre el funcionamiento real del sistema penal bonaerense, entre legisladores y jueces, solían ser fructíferos porque, en general, no se advertían actitudes marcadamente corporativas ni intencionalidades partidarias en los miembros de dicha comisión.

Sin embargo, nuestro desánimo fue mayúsculo cuando al preguntarle a una senadora oficialista, con quien teníamos la confianza suficiente, acerca de qué posibilidades había de desacelerar la escalada del enfrentamiento entre el ejecutivo y la magistratura, abriendo una instancia de diálogo interinstitucional, o bien que el gobierno modere la intensidad de sus políticas de *mano dura*, la lacónica respuesta que nos dio fue “ninguna”, a lo que agregé algo todavía más inquietante: “es inútil, a la derecha de Ruckauf está la pared”.

En definitiva, el *ruckaufismo* no inventó nada. Sus propuestas para reducir los índices de crimi-

(62) Así, por ejemplo, al día siguiente de su alocución, en las jornadas de Necochea de “La Red”, sin abandonar el comedimiento habitual de la magistratura, la declaración final sostuvo que “ante la situación originada por el discurso del Sr. Gobernador de la Provincia en la H. Asamblea Legislativa donde propuso ‘echar a los jueces garantistas por el voto popular’, como asimismo por el proyecto de reforma constitucional provincial, donde se plantea la posibilidad de modificar el principio republicano de estabilidad de los cargos jurisdiccionales, es opinión coincidente y unánime de los aquí presentes el rechazo a dichas medidas”. Fuente: [http://reddejueces.com/?page\\_id=187](http://reddejueces.com/?page_id=187).

(63) A los pocos meses, con mayor precisión, en agosto de 2001, el Estado provincial carecía de los recursos necesarios para pagar los sueldos de los agentes de la administración pública, situación que lo forzó a emitir los famosos “Patacones”. Fuente: <http://edant.clarin.com/diario/2001/07/25/e-01401.htm>.

nalidad no eran más que la brusca adaptación al medio local de medidas de política criminal de importación (64), correctamente caracterizadas por Lola Aniyar de Castro como políticas de *mano dura* no sólo “porque significan sobrecriminalización y ausencia de garantías”, sino también “porque suelen estar dirigidas a favorecer, por contraste, los intereses de sectores privilegiados, al dirigir la mirada sólo al sector subalternizado y a sus sitios de paso y reunión”. (65) En palabras de Calveiro, todas estas políticas implican “la atrofia del Estado social —por la flexibilización laboral, la desocupación, el aumento de la pobreza, la polarización social—, a la vez que “se corresponden con el fortalecimiento o la hipertrofia de un Estado policial y penal. Así, tras la consigna de cero tolerancia al crimen —que se enarboló en los Estados Unidos y en otros países para “limpiar” las calles de las grandes urbes— se ejerce más bien una intolerancia radical y selectiva, una “guerra sin cuartel” contra los pobres del nuevo orden económico neoliberal”. (66) ♦

(64) Tales como “tolerancia cero” (zero tolerance), “ventanas rotas” (broken windows) y “tres golpes y estás afuera” (three strikes and you’re out). Indagando sobre este fenómeno, Baratta indica que “se desarrolla en Estados Unidos y adquiere gran resonancia en Europa el modelo de ‘tolerancia cero’ (‘Ventanas rotas’). Se asiste a una amplia recepción, sobre todo en los ambientes conservadores de la política y de la administración, del ‘modelo de New York’. En Gran Bretaña se desarrollan políticas represivas de la era Thatcher y ahora del gobierno Blair” (BARATTA 2006:208).

(65) Aniyar de Castro 2010:156. La esencial selectividad de estas políticas represivas ya había sido resaltada por Baratta, cuando sostuvo que “el derecho a la seguridad de grupos socialmente fuertes con respecto de riesgos provenientes de grupos carentes del disfrute de derechos fundamentales o por el contrario, la seguridad de los derechos de todos: esta disyuntiva no es sólo la disyuntiva entre dos objetivos opuestos de la política de seguridad o de la política pública. En ella se miden la distancia entre dos conceptos y dos prácticas opuestas de la política. El modelo de la inclusión, antes de ser un modelo de política de seguridad, es un modelo de desarrollo económico y humano en distintos países del mundo” (BARATTA 2006:211).

(66) CALVEIRO 2012:174. Enseguida acota que “el castigo se concentra sobre personas pobres, miembros de grupos sociales excluidos que han cometido algún delito y a quienes se presenta como criminales potenciales. A pesar de sus obvias implicaciones sociales, esta política se sustenta en el desconocimiento de los componentes socioeconómicos e incluso políticos del delito, para presentarlo como una disfunción de carácter individual, que se debe detener desde sus primeras manifestaciones” (ídem).

## Tomar partido: ¿control o libertad?

POR JULIO E. S. VIRGOLINI

**Sumario: 1. La labor del jurista. — 2. El ámbito primordial de la política. — 3. Las antinomias de la política: poder y libertades. — 4. De la parte del pueblo o de la del príncipe. — 5. El estatuto de las libertades. — 6. La libertad recortada: un nuevo panóptico. — 7. Construcción del orden social e interdependencias. — 8. Libertades frente al Estado. — 9. Un mundo de ilusiones. — 10. Tomar partido.**

### 1. La labor del jurista

La aparición y el desarrollo jurisprudencial de algunas incriminaciones referidas a comportamientos económicos, algunas más recientes tales como la ley penal tributaria y la normativa sobre el lavado de dinero y, en general, las líneas de la evolución actual del llamado derecho penal económico, han generado una profusa e interminable catarata de artículos, libros y tesis doctorales.

Sin embargo, me parece que el enfoque predominante, que pretende establecer líneas coherentes en el análisis de las reglas del derecho positivo y justificar los criterios usuales de actuación y de aplicación de esas leyes, es insuficiente y hasta decepcionante si se lo confronta con el poderoso y provocativo estímulo intelectual que sugiere el fenómeno constante de expansión del derecho penal económico, estímulo que frecuentemente pasa inadvertido, por lo menos en la mayoría de las publicaciones o en la literatura corriente en la materia.

En cambio, la construcción dogmática usual en torno al derecho penal económico suele tomar las propias reglas del derecho positivo como los puntos de partida del análisis jurídico cuando, en realidad, deberían ser la estación de llegada de un itinerario sustancialmente más extenso. Se confunden así los textos legales con los presupuestos valorativos que el analista del derecho -por lo menos del derecho penal- debe tener en claro antes de lanzarse a discurrir sobre el articulado de la ley que encara, precedido a veces de alguna escueta referencia sobre sus antecedentes.

El analista del derecho no puede emprender su tarea de esa forma. La ley penal, cualquier ley penal, tiene una historia que no se limita a sus

antecedentes legislativos más próximos; la sanción o la existencia de una ley penal cualquiera no constituye un dato que pueda ser aislado de su contexto histórico, político, filosófico o sociocultural, y por lo tanto su interpretación no puede en modo alguno desenvolverse independientemente de esos contextos.

Pero éste no es el enfoque habitual. Por lo general, los comentaristas del derecho penal económico se zambullen directamente en el texto de la ley procurando desentrañar el significado y las relaciones de orden dogmático que enlazan sus disposiciones; limitan el trabajo jurídico a una tarea técnica destinada a descubrir los vínculos internos de los dispositivos legales y determinar los modos de su aplicación y sus efectos prácticos; allí suele estar ausente una referencia sobre las elecciones valorativas de las que parte su razonamiento y, desde ellas, a sus consecuencias. Si, como sostuvo desde antaño Roxin (1), el derecho penal debe estar orientado a las consecuencias, esa orientación depende de que el jurista penal tenga conciencia de los presupuestos implícitos de su pensamiento y, en la medida de lo posible, los haga explícitos, porque ellos son los que van a presidir la elección valorativa de las consecuencias; son esos puntos de partida y no la exégesis llana o estricta de la ley la que determina la dirección del análisis.

La producción corriente descuida así el hecho de que la reflexión jurídica va más allá, pertenece a la esfera -casi diría espiritual- de la cultura

(1) Ver, entre otros, ROXIN, Claus, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, Instituto Editorial Reus, Madrid 1981; *id.*, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Civitas, Madrid 1997.

en la medida en que procura desentrañar las diferencias, a veces sutiles, entre el bien y el mal. Trabajar sobre el derecho penal implica una búsqueda de respuestas en el ámbito de lo justo y de lo injusto, esfera considerablemente diferente y prioritaria (2) de la de la simple conveniencia o utilidad, y aún de la mera consistencia lógica de los enunciados.

Pero, en esta época marcada por lo rápidamente instrumental el análisis corriente del derecho penal económico suele iniciarse con un panorama general del tema y una reseña de sus antecedentes legislativos para luego examinar la normativa artículo por artículo; a veces alguna mirada más general sobre su ubicación en el universo normativo y sus relaciones con otros aspectos de la legislación. En el mejor de los casos, la referencia es al sistema de normas y principios constitucionales, pero nunca o casi nunca se inicia con la determinación de la posición del autor en el universo de los derechos políticos, de las libertades y de los valores al que esa normativa afecta o se refiere. (3) Como si las instancias valorativas previas no existieran o fueran indiferentes para el desarrollo y las conclusiones del análisis jurídico.

Por el contrario, el desarrollo y el contenido de una reflexión jurídica depende siempre de la existencia y la acción de algunos puntos de partida valorativos que conforman elecciones previas del intérprete (4); toda elaboración intelectual es el fruto de un recorrido que se inicia en alguna posición que determina las condiciones del itinerario y su estación de llegada; se trata de una decisión valorativa, que puede ser lejana y remota, quizás inconsciente, pero siempre previa al análisis jurídico. Jamás es útil no saber desde dónde se parte o desde qué lugar se habla o teoriza, y menos útil

(2) La prioridad proviene acá de mis propias convicciones valorativas; puede no estarse de acuerdo pero es bueno saber cuáles son las razones para ello.

(3) Se escribe, y mucho, superficial y apurado; se escribe sin suficientes lecturas y sobre todo sin maduración ni experiencia; se escribe improvisadamente bajo la ilusión -para luego descubrir que una ilusión es sólo eso, una ilusión- de que unos artículos publicados o en vías de publicación son relevantes en el marco de un concurso público para cualquier cosa, cargo o función, o que un curriculum bien nutrido y frecuentemente redundante es garantía de excelencia personal.

(4) Véase al respecto BACIGALUPO, Enrique, Delito y punibilidad, Hammurabi, Buenos Aires 1999.

es no explicitarlo. Esos presupuestos filosóficos, ideológicos y hasta emocionales son los que determinan preferencias o elecciones *a priori*, diríase intuitivas, entre posturas diversas, bien que el derecho es, y siempre será, una disciplina valorativa: se despliega en el ancho e impreciso campo de la justicia y la injusticia, de lo bueno y lo malo, más que en el de la necesidad o conveniencia. (5)

## 2. El ámbito primordial de la política

La determinación de los puntos de partida debe tomar en cuenta cuál es el ámbito primordial en el que se despliega el derecho penal, que en modo alguno puede ser reducido a una dimensión sólo técnica o instrumental. No es una afirmación corriente en los análisis jurídicos el que los variados artefactos de castigo y de control punitivo sobre las personas pertenecen al ámbito de la política, puesto que la función social de establecer y mantener un orden a través del empleo de mecanismos coactivos es esencialmente política.

Así lo indican los precedentes que definen el poder político como el derecho de dictar leyes bajo pena de muerte (6) o que atan a la esencia del Estado su pretensión al monopolio de la fuerza legítima (7), de modo tal que la concepción -sostenida por el dogmatismo- de considerar el derecho penal como una disciplina técnica fundada en la lógica formal constructora de un

(5) Aun esta afirmación es cuestionable, pero es la que determina la orientación de este trabajo.

(6) "Considero, pues, que el poder político es el derecho de dictar leyes bajo pena de muerte y, en consecuencia, de dictar también otras bajo penas menos graves, a fin de regular y preservar la propiedad y ampliar la fuerza de la comunidad en la ejecución de dichas leyes y en la defensa del Estado frente a injurias extranjeras. Y todo ello con la única intención de lograr el bien público". LOCKE, John, Segundo tratado sobre el gobierno civil, Alianza, Madrid 2000, cap. I, p. 35.

(7) "Por Estado debe entenderse un instituto político de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente [...]. Es de suyo evidente que en las asociaciones políticas no es la coacción física el único medio administrativo, ni tampoco el normal. Sus dirigentes utilizan todos los medios posibles para la realización de sus fines. Pero su amenaza y eventual empleo es ciertamente su medio específico y, en todas partes, la última ratio cuando los demás medios fracasan", WEBER, Max, Economía y sociedad, FCE, México 1996, pp. 43/44.

sistema autorreferencial y no contradictorio de solución de casos (y correlativamente por aquella criminología que ha imaginado al delincuente como un ser defectuoso, portador de un déficit orgánico, intelectual, psicológico o social que lo constituye en un fenómeno excepcional técnicamente controlable, corregible o neutralizable) se constituye en una pretensión irreal.

El derecho penal forma parte y expresa la esencia del poder coactivo del Estado y, como tal, se encuentra sujeto a las determinaciones de la política, fundamentalmente en punto a la exigencia de legitimidad.

Esto es cosa sabida desde el ángulo y las perspectivas de la filosofía política, que siempre ha señalado la íntima relación entre el poder político y el derecho, y ha concebido éste como el instrumento necesario de aquél. (8) Desde aquí, el derecho, sus objetivos, la particular forma de su construcción, sus efectos, sus artefactos, pertenecen todos ellos al área de la política, porque no es sino su herramienta; en un doble sentido, porque si el derecho es la herramienta del poder, también representa sus límites a partir de la idea del Estado de Derecho.

(8) HELLER, Hermann, explica la relación indisoluble del Estado o del poder del Estado con el derecho (Teoría..., cit., p. 199 y ss.), de este modo: "Sin el carácter de creador de poder que el derecho entraña no existe ni validez jurídica normativa ni poder estatal; pero sin el carácter de creador de derecho que tiene el poder del Estado no existe positividad jurídica ni Estado [...]. El derecho es la forma de manifestación necesaria, tanto desde el punto de vista moral-espiritual como técnico, de todo poder permanente. La función creadora de poder que el derecho tiene hállase condicionada, de un lado, por su normatividad y, de otro, por su positividad. Si no se acepta la forma jurídica no es posible que una situación transitoria de dominación se convierta en una situación de dominación relativamente permanente. Solo en virtud de la identidad de las normas jurídicas adquiere forma la ocasionalidad de las relaciones de poder siempre cambiantes, estructurándose en una unidad de poder permanente [...]. Todo poder social se basa en la expectativa de una conducta regular por parte de los sometidos, y todo poder político en la expectativa de una conducta de los súbditos, según lo exigido por la regla [...]. Todo poder político es poder jurídicamente organizado...". Y más adelante remata, con cita de Hartmann, con esta rotunda frase, ya referida a la política: "En este sentido, puede definirse la política como el arte de transformar tendencias sociales en formas jurídicas" (p. 223); la crítica a esta afirmación en HENNIS, WILHELM, Política y Filosofía Práctica, Sur, Buenos Aires 1973, pp. 16 y 18.

Pero la íntima relación entre poder y derecho no parece tan evidente y no derrama consecuencias desde el nivel pedestre de los análisis corrientes de derecho penal, caracterizados por una fuerte instrumentalidad e inmediatez (del dogmático a la norma, del criminólogo al conflicto social, del legislador a las urgencias de su agenda política, del profesor a la editorial, del funcionario a su concurso) y denotativos de un corto alcance y de una vigencia efímera; este tipo de aproximación a la ley penal parece no necesitar una relación que ni siquiera recuerda o que mienta de soslayo como una molestia fácilmente neutralizable a partir del examen concentrado en las cuestiones operativas de resolución de casos o conflictos.

Las últimas décadas de colonización del derecho penal por parte de posturas legitimantes de su contenido (9), que entre otros desarrollos identifican el bien jurídico protegido con la vigencia factual o virtual de la norma, demuestran la ajenedad del intérprete del derecho con relación a las determinaciones de la política y a sus consecuencias, ignorando que no es posible examinar un objeto que pertenece a un ámbito de la vida social sin sujetarse a las condiciones y determinaciones que rigen en ésta. Pero el hacerse cargo de esas determinaciones constituye un paso previo a cualquier análisis dogmático; el objeto de estas reflexiones es el de explicitar esa necesidad.

### 3. Las antinomias de la política: poder y libertades

La presencia de una elección valorativa previa es consustancial al análisis de la política, y sin embargo es frecuente su ausencia en el análisis jurídico a pesar de que éste, como se ha dicho más arriba, pertenece por derecho propio al ámbito de la política.

Se trata de una decisión previa que concierne a la identificación del objeto central de la reflexión y la determinación de su lugar en la escala de valor del intérprete, y constituye por lo tanto un dato que implica más a éste que al objeto de estudio. Porque según cuál sea el punto de partida, esto es la posición y las prioridades valorativas del analista, diversa va a ser la configuración de su universo

(9) En la práctica, de cualquier contenido.

intelectual, la importancia relativa de los objetos de su horizonte de proyección y la orientación decisiva de su reflexión.

El derrotero de la ciencia política ha sido marcado históricamente por la distinta valoración atribuida a algunos de los elementos que conforman la antinomia clásica Estado/ciudadanos, Estado/sociedad civil, autoridad/derechos, poder/libertades. (10)

Hasta la difusión de las ideas del liberalismo clásico, el pensamiento político antiguo y medieval ha privilegiado el primero de esos términos en el estudio del Estado, las formas de su organización, su origen pretendidamente natural, la legitimidad de los poderes del soberano y las virtudes -por lo general cristianas- que deben adornar la personalidad del príncipe. Ha sido la reflexión sobre el poder la referencia que otorgaba significación al resto de los componentes del conjunto social, definidos siempre por el carácter y las condiciones de su subordinación al poder. A esta vertiente pertenece la reflexión sobre la tiranía, esto es el gobierno que se aparta del pueblo, que desconoce la ley del país, que gobierna para una facción (11), porque se centra en el análisis de la figura y de las virtudes del soberano o del señor y en el cumplimiento de su misión temporal y espiritual conexas al mando y a los deberes religiosos vinculados con su posición (12), sin que ese cumplimiento o esa exigencia determinen

(10) Sin que la combinación de ideas/antítesis propuesta por Robert Nisbet como los elementos distintivos de la sociología (comunidad/sociedad, autoridad/poder, status/clase, sagrado/secular y alienación/progreso) coincida con las antinomias examinadas en este texto, es útil una mirada a *La formación del pensamiento sociológico*, Amorrortu, Buenos Aires 1990. Sugiere la utilidad heurística de clasificar las ideas y las prácticas en su ubicación dentro de campos antinómicos. Lo mismo hará Bobbio, al que me referiré más adelante, con los modelos aristotélicos y iusnaturalista (véase nota nro. 19).

(11) FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución, de la antigüedad a nuestros días*, Trotta, Madrid 2001.

(12) En el uso medieval, el tirano se contraponía al príncipe justo, porque era el que no respetaba el derecho, y el empleo del término expresaba sobre todo el temor a la arbitrariedad, a la vulneración de los antiguos derechos radicados en el tiempo y en la costumbre. En general, véase BOBBIO, Norberto, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, FCE, México 1996; y FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución...* cit.

como correlato el derecho de los súbditos a la rebelión. (13)

En cambio su contrapartida, el derecho de resistencia a la opresión, pertenece a la vertiente opuesta, la que pone en primer lugar al pueblo a partir de atribuirle centralidad a sus derechos y a sus libertades y concibe al Estado como el portador de poderes limitados y sólo legitimados por la decisión del pueblo soberano en el marco de la vigencia de unos derechos anteriores a la creación del Estado y que presiden su conformación. Sólo en tiempos revolucionarios el derecho a la resistencia dejó de constituir una prerrogativa limitada a sugerencias o recomendaciones dirigidas a un soberano siempre respetado, para devenir en un verdadero derecho que podía legitimar, si las condiciones lo exigían, la propia rebelión armada (14); ello sólo fue posible en el marco de la búsqueda de un nuevo principio de legitimación de la soberanía, radicado ahora en el pueblo.

La antinomia Estado/ciudadanos o poder/libertades expresa el giro del pensamiento político entre la concepción de una cierta forma de gobierno y un principio de autoridad nacidos y crecidos al influjo de las fuerzas naturales de la historia y que, por ese origen, no requieren de justificación alguna, y un Estado que, en cambio, es una creación artificial y utilitaria proveniente de

(13) En el origen de su discusión en la filosofía política, el derecho a la resistencia sólo podía ser ejercido bajo la forma de recomendaciones o exhortaciones al soberano con el objeto de que éste no se transformase en tirano, esto es, que no desconociera la ley del país, arraigada en el tiempo y en la costumbre. La transición entre el príncipe justo y el tirano implicaba el desconocimiento del antiguo derecho que mantenía sujetos a los hombres, cada uno en su estamento respectivo, pero ligados a su señor por un juramento de sumisión que de la misma manera contenía vinculaciones y límites al poder. El derecho a la resistencia no había sido concebido originariamente como un derecho subjetivo de las masas populares, habilitando su empleo a través de formas violentas de rebelión. Era más bien una prerrogativa proveniente de la cercanía con el príncipe y de su necesidad la aprobación de los estamentos, el consejo del reino o el Parlamento, para decidir, de acuerdo con la ley de país sobre ciertas materias que requerían este acuerdo. Véase FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución...*, cit.

(14) Es innegable la dificultad que existe para establecer o siquiera para sugerir el rumbo a seguir en una situación límite, y prueba de ello es la conocida invocación a los cielos que John Locke señalara como último recurso para ese tipo de circunstancias (Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, cit., cap. 14).

un hipotético acuerdo de los hombres (15); aquí es la presencia del Estado la que debe ser justificada en punto a su capacidad de protección (16) de la vida y los derechos de los hombres, esto es, para instituir la paz. (17)

La resultante final de este acuerdo es la ciudadanía, que conduce al reconocimiento de derechos fundamentales pertenecientes al pueblo gobernado, en los términos de un condicionamiento o limitación efectiva de los poderes del poder político.

Este nuevo relato altera fundamentalmente el vínculo que ha ligado históricamente a gobernantes y gobernados: la relación de mando y obediencia; el vínculo existente entre los que mandan y los que obedecen, como precisa expresión del poder político representado en la existencia de diferentes jerarquías de poder social, ahora está sujeto a nuevos condicionamientos. Esa relación, tradicionalmente entendida en un solo sentido, se abre ahora en un sinalema según el cual el derecho de mandar o la obligación de obediencia son un correlato del reconocimiento de ciertos derechos inviolables que protegen al individuo contra o sobre el Estado.

El punto de inflexión de la teoría, según Norberto Bobbio, es el pasaje del llamado modelo aristotélico al modelo iusnaturalista, dos concepciones contrapuestas de la sociedad y el Estado. Uno es el heredero de la visión aristotélica, según la cual las sociedades tienen un origen y un desarrollo naturales, en una línea jamás interrumpida que va

(15) "Este poder político tiene su origen exclusivo en un pacto o acuerdo establecido por mutuo consentimiento entre aquellos que componen la comunidad", LOCKE, John, Segundo tratado sobre el gobierno civil, cit., p. 174.

(16) La protección de la vida y la seguridad según Hobbes; la protección de la propiedad y la presencia de un Juez supra-partes que dirima los conflictos, según Locke.

(17) La conformación de un poder soberano responde a la línea trazada por la ley natural descubierta por la razón: "... un precepto o regla general de la razón, en virtud de la cual, cada hombre debe esforzarse por la paz, mientras tiene la esperanza de lograrla; y cuando no puede obtenerla, debe buscar todas las ayudas y ventajas de la guerra. La primera fase de esta regla contiene la ley primera y fundamental de naturaleza, a saber: buscar la paz y seguirla. La segunda, la suma del derecho de naturaleza, es decir: defendernos a nosotros mismos, por todos los medios posibles". HOBBS, Thomas, "Leviatán", FCE, México 1994.

de la familia, la tribu, la ciudad (18), la provincia, el reino y el imperio, ejemplos éstos de agrupaciones que se despliegan de modo natural de la misma manera que es natural un poder político sustentado en la tradición, en la historia y en la validación religiosa de poderes espirituales anejos a los temporales. El otro es la concepción de un poder artificialmente construido por la voluntad de los hombres que, por este origen, es relativamente mudable y sujeto a las determinaciones surgidas en el acto de su creación, de índole sustancialmente utilitarista.

En el primer caso la figura es la continuidad, expresada en la evolución y en el crecimiento naturalmente concebidos e irremisible e invariablemente concretados en la transformación de unas sociedades más simples en otras más grandes o complejas, transición indolora que consagra y expresa la misma continuidad del poder, entendido éste siempre preñado de legitimidad. En el segundo la clave es la ruptura, el pacto fundacional que marca el paso de un estado de naturaleza donde no hay ley ni seguridad y del cual se debe salir -siguiendo la ley natural que impone buscar la paz y la seguridad- hacia un estado político, del cual deriva ahora una legitimidad producto de la voluntad humana, esto es, una cualidad artificial y ya ni natural ni originaria; el Estado es ahora un producto de la voluntad de los hombres y, como tal, sujeto a sus propias determinaciones. (19)

#### 4. De la parte del pueblo o de la del príncipe

Es sobre este pasaje histórico que Bobbio señaló la dicotomía entre los puntos de partida y las cadenas argumentales del teórico de la política: se pueden elaborar los conceptos, el esquema interpretativo, el universo intelectual y las conclusiones sobre el poder del Estado y la condición de los hombres, *ex parte principis* o *ex parte populi*, de la parte del Estado o de los ciudadanos, en favor del poder político o en sostén de los derechos de los ciudadanos; ello depende de cuál sean el interés, la ideología, las prioridades valorativas que inciden sobre la jerarquía relativa atribuida a los

(18) Que es la sociedad perfecta porque es autosuficiente.

(19) En general, sobre la contraposición entre los modelos aristotélico y iusnaturalista, BOBBIO, Norberto y BOVERO, Michelangelo, Sociedad y estado en la filosofía moderna, FCE, México 1996.

poderes y atributos del Estado o a los derechos y las libertades de los pueblos. (20) Tal alternativa es una elección *a priori*, una ubicación o elección valorativa que condiciona y orienta el despliegue y los resultados de la elaboración posterior; no provienen de esa interpretación sino que son previas.

Quien se pone de la parte del Estado privilegia la vigencia y el ejercicio de la autoridad, a quien dota de legitimidad *ab initio*, con mayor ligereza o menos condicionamientos; quien se ubica en la otra vereda toma en consideración con mayor detenimiento los derechos y las libertades de los individuos, su posición antagónica frente al Estado, y pone en crisis -o por lo menos bajo otra luz- la legitimidad y el alcance de sus poderes sea en su concepción como en su ejercicio.

Surgen así dos estilos de pensamiento, dos desarrollos distintos, una aparente dicotomía de la cual deben hacerse cargo no sólo los teóricos de la política, sino también -lo que no suele tenerse presente- los juristas, bien que el derecho es precisamente el instrumento de la política. (21) Y de manera particular deberían hacerlo los penalistas, puesto que el sistema de castigos legales expresa y pone en acción de la manera más cabal el poder coactivo que define, precisamente, la naturaleza del quehacer político y la presencia del Estado.

Esto se vincula con el siempre crucial e incómodo -y por ello relegado- problema de la obligación política: el de determinar cuáles son las condiciones que fundamentan el derecho del soberano a mandar y a ser obedecido y el correlativo derecho de castigar. La teoría del derecho de resistencia se coloca claramente *ex parte populis*, pero sólo como expresión extrema de una situación límite (22), la punta más extrema del extenso *continuum* de los derechos fundamentales del individuo, que configuran límites y vínculos al Estado en cualquiera de las expresiones posibles de la administración del poder. (23)

(20) BOBBIO, Norberto, Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política, FCE, México 1996, p. 81 y ss.

(21) Véase nota nro. 7.

(22) Véase la nota nro. 14.

(23) En términos más modernos, el derecho de resistencia es la expresión del reclamo de la sociedad por el respeto a sus derechos, concebidos como verdaderos

## 5. El estatuto de las libertades

Pero, una en una vertiente y la otra en la opuesta, ambas figuras de la teoría política clásica, la tiranía y el derecho de resistencia, responden arquetípicamente a una inquietud que con diversas formas y manifestaciones atraviesa la historia de la reflexión política hasta el estallido moderno de los derechos del pueblo y el reconocimiento de su soberanía originaria: la existencia de algunos límites -más restringidos o implícitos a veces, o formalmente establecidos a través de procedimientos específicos otras- a la autoridad y al espacio de actuación del Estado y la necesidad de dotar esos límites de alguna programación operativa básica.

Es en ese sentido que operaron las cláusulas sinalagmáticas de los contratos de vasallaje en la Edad Media, que aseguraban ciertas prestaciones del señor local a favor de los habitantes del territorio, obligados por su parte a cumplir con el llamado a las armas y a pagar los tributos; similar función cumplían el juramento de respeto a la ley del país que hacían los soberanos al coronarse, y los diversos estatutos que imponían a los soberanos la presencia, el acuerdo o el consentimiento de algunos órganos colectivos, como el Parlamento Inglés, las Cortes españolas, los Estados Generales en Francia, etc., para la decisión sobre temas como la imposición de tributos. La autoridad real inglesa se prefiguraba en la expresión *King in Parliament*, según la cual en algunas cuestiones el Rey requería el consentimiento del Parlamento. La historia de los soberanos absolutos de la Edad Media es, en verdad, una historia de soberanía limitada, sobre la que sobrevolvaban los vínculos del antiguo derecho romano sobre el que se constituyó un difuso cuerpo normativo, fragmentariamente legislado y sancionado y completado por la costumbre y la tradición, globalmente denominado la ley del país. (24)

derechos subjetivos, en una situación de opresión. Una de sus variantes más conocidas es la que se conoce como desobediencia civil, esto es, la negativa a obedecer una ley que se considera injusta, a través de una acción pública y colectiva. Véase ARENDT, Hannah, La desobediencia civil, en Crisis de la República, Taurus, Madrid 1999.

(24) "La doctrina del rule of law [...] es el principio fundamental de la soberanía de la ley y de la igualdad de todos los hombres ante ella. La idea medieval de la ley no es la de acto voluntario del príncipe ni del legislador, sino la del reconocimiento de una trama de costumbres y normas algunas

Aunque estas instituciones contribuían a consolidar la autoridad señorial o real al confirmarles sustento en la tradición, en la historia, en la religión o en el acuerdo de los pares o de ciertos órganos dotados de representación, también constituían la expresión de ciertas limitaciones y el reconocimiento de ciertos derechos en favor de los súbditos, sean éstos siervos de la gleba, habitantes de las ciudades, artesanos o miembros de los gremios, etc.

La irrupción, primero en los papeles de los filósofos y paulatinamente en los frutos de las revoluciones inglesa, francesa y norteamericana (25), de las ideas de la filosofía política del liberalismo clásico, del contractualismo y de la concepción según la cual la sociedad civil tiene derechos naturales que son anteriores al Estado (sobre todo en las ideas germinadas a partir de John Locke), modificó de diversas maneras la condición y el *status* del Estado en su relación con la sociedad civil. Ahora el Estado debía justificarse instrumental o utilitarísticamente: sólo por el reconocimiento de sus funciones útiles, por alguna necesidad que sólo la presencia de su poder coactivo pretendidamente monopólico estaba en condiciones de absolver, podía entonces justificarse o aceptarse un determinado género de controles y coacciones legales al comportamiento de aquellos que habían sido súbditos (y también siervos y esclavos) pero que ahora eran ciudadanos, portadores ellos mismos de la soberanía y titulares de unos derechos inalienables, aun por el Estado.

Esta historia tiene marchas y contramarchas: el derecho público europeo del siglo XIX se afirma en una concepción estatista del poder pero, aun en

escritas, otras no, a la que todos los poderes públicos debían someterse, incluso el propio Rey. Entre las normas escritas muchas, y seguramente las más importantes, asumían la forma de un contrato por el cual los poderosos reconocían limitaciones a su propia acción. La más famosa de ellas es la Carta Magna de 1215, que reconoce antecedentes importantes, como la Carta de las Libertades, del 6 de agosto de 1100, en la que Enrique I promete la no interferencia de la corona en las cuestiones feudales y judiciales". SIMONETTI, José M., *Ilegalidad del poder, crimen, política, economía y exclusión*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires 2010, p. 184.

(25) Las diversas formas según las cuales esas revoluciones conjugaron la nueva doctrina de los derechos fundamentales, en FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid 1998, y HABERMAS, Jürgen, *Teoría y Praxis, estudios de filosofía social*, Tecnos, Madrid 2000, caps. 2 y 3.

el marco de las visiones más favorables la autonomía y la legitimidad de los poderes estatales (26), el problema de su limitación (en ocasiones reducido a la autolimitación de los poderes del Estado) y de la vigencia de los derechos fundamentales (bien como naturales y originarios a ser simplemente reconocidos por las constituciones, bien como constituidos o establecidos por un Estado que se ajusta a la idea moderna de Estado de Derecho) fue la base del establecimiento de un estatuto político de libertades y derechos que no podían ser arbitraria o innecesariamente restringidos.

Este marco no desmiente lo que por otra parte está claro desde antiguo: que al Estado le corresponde el poder de la espada (27), la titularidad y el ejercicio de un poder coactivo tendencialmente monopólico fundado en el derecho y, para nuestro ámbito, en el derecho penal y, por lo tanto, el poder constitucional de castigar las transgresiones y los delitos.

De lo que se trata es de reconocer y de otorgar sus consecuencias propias al hecho de que desde el lado de la sociedad civil existe un cuerpo tendencialmente ilimitado de derechos de actuación y de garantías de no persecución; digo ilimitado porque, en el marco de una concepción que ha ganado carta de ciudadanía en las constituciones del mundo occidental, se afirma un ámbito de libertad sin forma ni contenido, sólo sujeto a restricciones precisas emanadas de la ley general: todo lo que no está formal y legalmente prohibido está permitido; la restricción a la libertad es, así, excepcional y fragmentaria, y por eso los límites a la libertad son interpretables solo restrictivamente. Ya veremos la paulatina degradación de este principio.

Esta es, a grandes y simplificados rasgos, una de las líneas que marcan la historia político-jurídica de las libertades.

## 6. La libertad recortada: un nuevo panóptico

Hay otra, la historia social y cultural, la que marca el devenir de los cambios sociales, de los valores e incluso de la sensibilidad. Está claro que no es lo mismo la sociedad antigua y la medieval que la sociedad moderna, caracterizada por la operación concurrente de procesos de urbanización,

(26) Otra vez, FIORAVANTI, *Los derechos...*, cit.

(27) Véase GRÜNER, Eduardo, *Las formas de la espada: miserias de la teoría política de la violencia*, Colihue, Buenos Aires 2007, p. 31 y ss.

industrialización, secularización, autonomía de la conciencia individual, división del trabajo social (28), lo que ha conducido a una percepción bien distinta de las esferas de autonomía personal, en un doble sentido.

Por un lado, la conciencia de la individualidad, como resultado de la aparición -simultánea con el florecimiento de las ideas de la modernidad- de un nuevo sujeto social, el individuo. (29) La persona humana no es más un integrante anónimo de una comunidad mayor, de un colectivo de labriegos, eclesiásticos, artesanos, burgueses, guerreros, obreros, de miembros de la nobleza o de la realeza. La modernidad es ruptura de todo lo antiguo, es la historia de la liberación del individuo de las ataduras tradicionales que lo perpetuaban en la condición en la que nació, y de ese modo la expresa el relato de un orden social que ya no es más el resultado previsible e inevitable de un lento e incesante sedimento histórico; ya no son la tradición, la costumbre, los viejos derechos anidados en el tiempo, la unción religiosa de la autoridad soberana, los que conforman una vida social en la que cada uno adquiere, desde su nacimiento, una posición invariable en el universo social, un lugar predeterminado en una ciudad de los hombres que es reflejo lejano pero especular de la ciudad de Dios. A partir de la centralidad y autonomía del individuo como factor esencial de la vida social y política se despliega una concepción teórica y práctica de la sociedad como una agrupación artificialmente constituida a través de la voluntad intercambiada de los hombres: son ahora la existencia y la voluntad de los individuos las que dan nacimiento a la sociedad política y conforman el mundo social, como puede entenderse en las obras fundacionales de Hobbes, Locke y Rousseau, entre otros, en los que la sumisión al poder de la espada legitimada por el consenso es la consecuencia de un obrar libre y racional y, por lo tanto, mudable.

Por el otro, la presencia cada vez más fuerte de una serie de vínculos que circundan una libertad obtenida al precio de la sangre revolucionaria; se trata del punto donde se despliegan ahora los dispositivos disciplinarios del mercado y la indus-

tria, de una ley rigurosamente extendida, de los aparatos de la policía y del control territorial sobre la población, en el que la vida social se juega ahora en una serie de mutuas interdependencias. Si es la espada soberana la que, con su pretensión monopólica legitimada por un cierto y siempre vago consenso social, intenta desterrar la violencia de los hombres e imponer la paz, ésta se obtiene más eficazmente con la sumisión a las leyes del trabajo y del mercado, a las pequeñas, multiplicadas e invencibles coacciones del salario, el patrón, el horario, el Estado providencial, el dispositivo policial y controlador. El hombre ya no es el libre señor de su existencia, confiado a sus propias fuerzas, dueño de su tiempo y de sus decisiones aunque librado, como su dramática contrapartida, a la incertidumbre de la supervivencia en el mundo medieval, violento e imprevisible (30); el hombre moderno depende ahora de sus circunstancias, y esas circunstancias le son en parte ajenas o exteriores, se le imponen, lo condicionan y no las puede alterar significativamente ni suprimir: se trata ahora de su puesto laboral, del salario, del cuidado y del futuro de su familia, de la asistencia de médicos y hospitales, de los dispositivos de seguridad social, de la estabilidad de los parámetros de la economía, del control policial de las calles y la propiedad y de la continuidad del tráfico comercial, entre muchas otras cosas.

El hombre ha adquirido seguridades, ha podido comenzar a prever y asegurar no sólo su presente o su futuro inmediato, sino el de sus hijos y descendientes; está ligado a ellos como lo está a sus ascendientes a quienes debe amparar del mismo modo. Rehén de su salario, está ligado por compromisos de lealtad, sumisión y buena voluntad con su empleador, sus clientes o sus proveedores, con el caudillo político local, con los que le fían la comida, con el banco o el prestamista quizás, con el locador, y paulatinamente la lista de los sujetos o entidades con los que está forzado a interactuar se vuelve interminable; se multiplican los organismos públicos y las empresas o estructuras corporativas a las cuales debe responder; tiene que pagar impuestos, contribuciones, tasas, cuotas, servicios; debe también proporcionar informaciones, documentos, explicaciones, etc.; y con la multiplicación de todos estos requerimientos

(28) DURKHEIM, Emile, *La división del trabajo social*, Ed. Colofón, México 1997.

(29) "La piedra de toque era la libertad individual, no la autoridad social", NISBET, Robert, op. cit., p. 23.

(30) Esa evolución ha sido descripta con precisión en *El proceso de la civilización*, de NORBERT, Elías, FCE, México 1993.

y registros se multiplican las obligaciones y se recorta la libertad.

Y de estas interdependencias extendidas poco es lo que se escapa porque a la trama de las relaciones intersubjetivas se suma otra red de vigilancias y de controles difusos y capilares. Ya poco o nada es del todo anónimo o invisible; todo está bajo control y puede estar sujeto a una sanción; todo, incluso lo más íntimo, se vuelve público, visible, controlable y controlado personal, técnica y, ahora, electrónicamente, porque la ejecución de todos sus actos privados dejan una constancia o registro públicos sujetos a inspección o examen.

La metodología del panóptico como medio para permitir el control de muchas personas por parte de pocos custodios fue un sistema largamente estudiado por Foucault (31) en el marco de las instituciones de disciplina de delincuentes o de presos (que en rigor no son lo mismo), enfermos, estudiantes, militares, etc.; se trata de personas que por alguna razón debían someterse a controles, bien por sus delitos o por ser sospechados de delitos, bien por sus incapacidades físicas o síquicas, bien por el hecho de haberse enrolado en la milicia o ingresado a un establecimiento de enseñanza. Todos ellos pueden ser observados desde un punto virtual desde el que se despliega la mirada del vigilante, que es operativa aunque nadie mire: el secreto del éxito es que los controlados se sientan observados.

La retícula de controles del Estado y de la economía actuales no ofrece un panorama distinto: nada se le escapa a la vigilancia electrónica, todo queda registrado, controlado, inspeccionado y, en rigor, sancionado. Pero hay una diferencia sobrecogedora: a diferencia de los clientes del panoptismo benthamiano o foucaultiano, que por sus delitos, enrolamiento, edad o condición física o síquica (32) se ofrecen como sujetos adecuados al discurso y a las prácticas disciplinarias, los ciudadanos sometidos a los nuevos controles del panoptismo electrónico no han transgredido la ley, ni son enfermos a los que se debe controlar, ni han pedido, aceptado o consentido ser mirados o escrutados permanentemente.

(31) Sobre todo en *Vigilar y castigar*; nacimiento de la prisión, Siglo XXI, Madrid 1978.

(32) En realidad, por una serie de situaciones que tienen como común denominador la vulnerabilidad.

## 7. Construcción del orden social e interdependencias

Si los penalistas acostumbran a sobreestimar la función del derecho penal en la construcción de un mundo previsible es porque confían demasiado en las virtudes o en la efectividad de los mecanismos punitivos del control social, alucinando que las prohibiciones penales, las amenazas de cárcel o el espectáculo del juzgamiento de los delincuentes o de la ejecución de las penas tienen una parte protagónica en la configuración de un mundo en el que los delitos constituyen una excepción administrable técnica o jurídicamente, aunque en rigor no sea estadísticamente minoritaria.

Pero si el orden social estuviera asentado tan solo en los mecanismos punitivos la vida en sociedad sería un infierno o una utopía. El mecanismo efectivo de control social no es el castigo sino la construcción de hombres dóciles, de sujetos que se autocensuran, que rechazan la violencia o la deshonestidad, hombres que restringen sus ambiciones, que respetan al semejante, que se tranquilizan si se sienten parte del rebaño de lo política o moralmente correcto, que perciben que necesitan de los demás así como del Estado; en última instancia, hombres que temen, aunque sea simplemente el quedarse al margen. (33) Sólo la construcción de tales subjetividades asegura un mundo ordenado, un universo de hombres dóciles. (34)

(33) La clásica disquisición de Machiavelli (*El Príncipe*, Tecnos, Madrid 1988) sobre los factores que aseguran el principado, el temor y el amor, podrían ser reescritos ahora sobre la base del temor y del placer, pero en este último caso del placer de no temer: formar parte de un rebaño que lo contiene es una forma de placer, aunque sea porque el calor de la docilidad compartida desaloja el temor.

(34) En la creación de sujetos dóciles tiene poca incidencia la amenaza o la ejecución de las penas, puesto que ellas poco intervienen en la construcción de subjetividades que se encuentren en condiciones de introyectar los parámetros de conducta socialmente tolerados o promovidos, y que efectivamente puedan autogobernarse en función de esas pautas. El poder de mando del soberano carece de sentido si no encuentra quienes están dispuestos a la obediencia, y ello significa que esta obediencia es voluntaria, proviene de un acto de aceptación de la validez del orden normativo que impone el Estado. Aunque la obligación política requiere la capacidad de imponer castigos, carece de sentido si ella no se inscribe en la existencia y en la creación de una masa de sujetos que autocensuran su posible desobediencia: esta autocensura es así la condición de posibilidad de cualquier técnica de disciplina social coercitiva. Véase MELOSSI,

La previsibilidad de los comportamientos ajenos, las expectativas de cuánto o cómo pueden conciliarse con nuestros propios itinerarios sociales, la articulación de nuestras necesidades con las de los demás, la conciencia de hasta dónde se puede tirar de la cuerda sin quedarse al margen, es la condición básica de una sociedad ordenada; pues el orden presupone no sólo cierta uniformidad de los comportamientos objetivos sino también la estabilización subjetiva de ciertas expectativas, el goce de ciertas seguridades.

En esa función está involucrada la presencia de la ley, que procura atenuar la incertidumbre anticipando (35) así sea simbólicamente, ciertos comportamientos a los que sujeta a la expectativa de una sanción como medio para evitar o reducir su ocurrencia.

Sin embargo, la previsibilidad no constituye un problema originario de los juristas ni exclusivamente delegado a ellos, sino en primer lugar de la filosofía política, en particular la del liberalismo clásico, cuya concepción de un orden social requiere el establecimiento de un Estado que sea capaz de monopolizar una violencia considerada legítima como medio para desalojar la violencia social difusa, para despojar a los particulares de las armas de la violencia ilegítima (36) e instaurar así un mundo de certidumbres. Es la coerción jurídica que regula la espada del soberano la que se supone debe implantar la paz y alejar del estado de naturaleza.

Pero no es sólo la ley la que debe construir ese orden, y no es sólo la ley la que lo construye; el

Darío, *Stato, controllo sociale, devianza*, Bruno Mondadori, Milano 2002, cap. 1 y, en general, VIRGOLINI, Julio, *La razón ausente: ensayo sobre criminología y crítica política*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires 2005, parte cuarta, y SIMONETTI, José María y VIRGOLINI, Julio, "Criminología, política y la mala conciencia del criminólogo", en *Rev. Nueva Doctrina Penal* vol. 2003/A, Ed. del Puerto, Buenos Aires 2003.

(35) La seguridad proviene de la previsibilidad y ésta de la anticipación como medio de autoprotección; HOBBS, Thomas, *Leviathan...* cit., cap. 13, p. 101. La ley penal proporciona una suerte de anticipación jurídico-simbólica y la criminología una anticipación fundada en la ciencia: en los viejos universos conceptuales de la criminología causal, en los que la criminalidad obedecía a un defecto orgánico, constitucional o psicológico, en general a alguna clase de déficit, la previsión de futuros comportamientos antisociales corría por cuenta de alguna de las variadas teorías científicas que dieron nacimiento a una criminología predictiva y correctiva.

(36) Véase RESTA, Eligio, *La certeza y la esperanza*, Paidós, Barcelona 1995.

cemento social está constituido por la trama de las relaciones humanas, el conjunto de los valores, las experiencias y las necesidades, el temor de quedar afuera, la ambición de mejores posiciones sociales, el miedo y la vergüenza, el odio y el amor, por una parte, y por la otra una trama de interdependencias según las cuales ya nadie puede valerse por sí mismo.

Y en virtud de ello los hombres han adquirido o desarrollado la capacidad de autocensurarse. La conciencia de la interdependencia, de la necesidad que tiene ahora de tantos otros, o de tantos otros que se multiplican permanentemente en una serie de coacciones repetidas, constituye un freno a las apetencias individuales desmedidas, una barrera contra la rebeldía, una limitación de la desmesura, una advertencia de que si se aparta demasiado de las reglas quedará fuera del juego. En una reflexión similar a ésta, Hannah Arendt señala que con relación a la adhesión a la estructura de pautas y valores de una sociedad existe una suerte de consentimiento implícito, una adhesión formulada casi inconscientemente por todos los que incesantemente se suman al gran número de la humanidad, conscientes de que para jugar el gran juego de la vida es necesario permanecer dentro de las reglas de ese juego. (37) Aunque no puede subestimarse el elemento de la voluntad y la libertad para tomar decisiones diversas, para resistirse o desobedecer, en la práctica el consentimiento remeda una constante natural: nos incorporamos naturalmente a un sistema de reglas y valores y sabemos que para vivir dentro de él es necesario compartirlo. Y la rebelión posible se vuelve más que improbable o, en todo caso, más costosa.

De allí surge el mecanismo que hace posible la formación y la subsistencia de las comunidades organizadas: la autocensura de sus miembros (38), la internalización de las pautas y los valores, el temor a traspasar las barreras que, si por una parte otorga seguridades y expectativas, por la otra resta libertad; ya no todo se puede hacer, no todo será tolerado.

(37) ARENDT, Hannah, *Crisis de la República*, Taurus, Madrid 1998, p. 195.

(38) Sobre los procesos que condujeron al desarrollo de la capacidad de autocensurarse y la generación de múltiples interdependencias, véase ELÍAS, Norbert, *El proceso de la Civilización* cit.

Esa previsibilidad constituye un valor social apreciable en un sentido, no es posible la vida buena en la incertidumbre. (39) Pero siempre hay un costo y este costo es el de la libertad. La multiplicación de las interdependencias va de la mano con la reducción de las libertades personales, porque ya nadie puede hacer lo que quiere y no solo por el peso de la cultura, de las tradiciones, de los valores morales y religiosos, sino ahora sobre todo por el peso de los vínculos económicos y sociales necesarios para la vida (educación, oficios y profesiones, trabajo, jubilación, ahorros, vivienda, servicios públicos y de comunicaciones, sistemas de salud, vestimenta, ocio y relaciones sociales) y por la presencia de controles cada vez más abarcativos, estrictos y minuciosos que recortan poco a poco pero de modo incesante la esfera de libertad que el hombre moderno creía que había conquistado.

El hombre librado a sí mismo, solitario pero señor de su existencia, ya no aparece entre los sujetos de la historia. Ahora, la retícula de regulaciones y vigilancias, de órdenes y restricciones, de coacciones sutiles, superpuestas y omnicomprendivas, cubre cada vez más el espectro de los comportamientos humanos, tanto desde la órbita de las organizaciones y vinculaciones privadas como desde el Estado.

### 8. Libertades frente al Estado

Esta última conexión es la que se encuentra ligada al objetivo de estas reflexiones.

(39) Ya lo había dicho Hobbes al describir el estado de naturaleza, caracterizado por la incertidumbre. "Es por ello manifiesto que durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que les obligue a todos al respeto, están en aquella condición que se llama guerra; y a una guerra como de todo hombre contra todo hombre. Pues la guerra no consiste sólo en batallas, o en el acto de luchar; sino en un espacio de tiempo donde la voluntad de disputar en batalla es suficientemente conocida [...]. Lo que puede en consecuencia atribuirse al tiempo de guerra en que todo hombre es enemigo de todo hombre, puede igualmente atribuirse al tiempo en el que los hombres también viven sin otra seguridad que la que les suministra su propia fuerza y su propia inventiva. En tal condición no hay lugar para la industria; porque el fruto de la misma es inseguro. Y, por consiguiente, tampoco cultivo de la tierra, ni uso de los bienes que pueden ser importados por mar, ni construcción confortable, ni instrumentos para mover y remover los objetos que necesitan mucha fuerza; ni conocimiento de la faz de la tierra; ni cómputo del tiempo; ni artes; ni letras; ni sociedad; sino, lo que es peor que todo, miedo continuo y peligro de muerte violenta; y para el hombre una vida solitaria, pobre, desagradable, brutal y corta." HOBBS, Thomas, "Leviatán", Editora Nacional, Madrid 1980, p. 224.

El Estado, que originalmente debía dejar lugar a la sociedad civil en la libre persecución de su propio beneficio, no estorbarla y facilitar en lo posible su tarea, se ha convertido en el regulador minucioso de todas y cada una de las actividades de los privados, asumiendo funciones de dirección de la economía y de las cuestiones sociales en una dimensión poco imaginable aun en la época del nacimiento del intervencionismo del Estado en la economía. La distinción entre sociedad civil y Estado se difumina, se hace más tenue, y el control del Estado se apropia de vertientes antes libradas a la libertad.

No está de más recordar la célebre distinción formulada por Benjamín Constant entre la libertad de los antiguos y la de los modernos. (40) La primera se expresaba en la intervención activa del hombre en los negocios de la ciudad, en un total involucramiento en la vida de la *polis*, sólo posible en la medida en la que el hombre libre -no esclavo- era a la vez libre de las preocupaciones materiales de la subsistencia; ser libre, en este sentido, requería el mayor desentendimiento posible respecto de las necesidades cotidianas, reservadas al hogar y a la economía, al *oikós*. Como contrapartida, participaba activamente de la vida de la *polis* lo que significaba que, a su vez, se encontraba ligado a sus responsabilidades y deberes, fundidos con los destinos de la ciudad. (41)

Los modernos tienen otra relación, no ya con la *polis*, sino con un Estado impersonal y abstracto: su libertad no consiste en participar activamente de las cargas públicas o de las funciones del Estado, sino por el contrario en liberarse todo lo posible de esos vínculos y cargas; su libertad es sobre todo libertad de sus vínculos con el Estado, una libertad negativa que se caracteriza por la posibilidad de ocuparse sin cortapisas de sus negocios privados, su vida cotidiana, su familia, su trabajo, su economía, lo que se refleja en la generación de una trama de derechos a la no intervención del Estado.

Si la libertad de los antiguos era el ejercicio activo de la acción política, en los modernos se trata de una barrera negativa contra la intromisión del poder político, que debe dejar a los individuos en libertad de dedicarse a sus cosas con la menor

(40) Sobre este tema SIMONETTI, José María, El fin de la inocencia: ensayos sobre la corrupción y la ilegalidad del poder, Univ. Nac. De Quilmes, 2002, p. 222 y ss.

(41) ARENDT, Hannah, La condición humana, Paidós, Barcelona 1998.

cantidad posible de interferencias. (42) En cambio, en el ámbito estricto de los derechos políticos, la participación ciudadana se reduce por lo general al voto y a pocas otras intervenciones: el gobierno de la *polis* o, en términos modernos, la participación de los individuos en los asuntos del Estado, requiere cada vez menos de los ciudadanos.

Se encuentran aquí los gérmenes de dos libertades que fueron parte de los fundamentos a través de los cuales creció la ciudadanía y se consolidaron sus derechos como derechos fundamentales, en el curso de los siglos 19 y 20. Una son los derechos conexos a la libertad de conciencia y a la intimidad; la otra se refiere a la libertad para emprender y desarrollar actividades económicas en condiciones de libertad.

Ninguna de esas libertades subsiste en la formulación original y su desarrollo ha desairado las aspiraciones de quienes las soñaron. El desaire se ubica en el punto donde se invierten transparencia y opacidad: la opacidad de los comportamientos individuales estaba originalmente encaminada a preservar la libertad individual frente al Estado, que debía sí ser transparente; lo público, que es la esencia de lo estatal, significa también que se ejerce en público, que es visible y puede ser mirado y controlado por los ciudadanos (43); la relación ahora se ha invertido: los nuevos controles convierten en transparentes los comportamientos privados sin dotar de mayor visibilidad a los actos de gobierno. Puede decirse que, en la inversión, esa relación se expresa ahora del peor modo.

En efecto, esas libertades están sometidas a una incesante y acelerada erosión que prefigura nuevos roles estatales y un nuevo *status* personal, más subordinado y con libertades cada vez más recortadas. Se trata del envilecimiento progresivo de la noción de ciudadano, que se desliza hacia la de usuario o consumidor (44), lo que lo subordina a las estructuras corporativas de la economía y a las exigencias de un Estado que es actor preeminente de la economía, mientras que su posibilidad de incidencia en las decisiones políticas disminuye paulatinamente. Por el otro

lado, el carácter fuertemente estructural de la pobreza determina la existencia de crecientes grupos sociales sin ciudadanía real por carecer de posibilidades viables de goce de los derechos fundamentales, lo que genera situaciones cada vez más extendidas de violencia y conflicto que, a su vez, estimulan controles de seguridad estatal que se intersectan con los de la economía.

## 9. Un mundo de ilusiones

La opción de Bobbio, referida entonces a la política, se vuelve ahora relevante para la teoría y la práctica del derecho, expresando la necesidad de explicitar cuál es el punto de partida que orienta el trabajo jurídico y la práctica profesional de abogados y jueces, en el marco de un mundo cada vez más complejo y atravesado de procesos, conflictos y fuerzas superpuestas, penetrado por fenómenos y prácticas de exclusión por una parte, y por la otra cubierto por una vasta y polimorfa red de controles que apuntan a preservar un mundo de intereses económicos y dominios políticos.

En su elección valorativa previa, quien privilegie la defensa de la libertad individual frente al Estado deberá tomar en cuenta que el contraste es también comprensivo del resto de los actores que actúan en el universo social, bien que el Estado se encuentra hoy jaqueado, cooptado, controlado o dominado por corporaciones económicas y la red de vigilancias e información que se despliega sobre cada acto individual se dirige a la consolidación de los poderes de la política y la economía; la declamada oposición entre ambos, por una parte el reclamo por un poder político que recobre independencia frente al poder económico y se encuentre en condiciones de controlar a las grandes corporaciones, por la otra los reclamos de las corporaciones contra el abuso de las regulaciones del Estado que ahogan la libertad económica, en realidad enmascaran una relación de íntima complementariedad: el poder económico requiere del poder del Estado para asegurar ciertas variables del mercado (45), el poder político requiere de las

(42) FERRAJOLI Luigi, "Derechos fundamentales"; y "De los derechos del ciudadano a los de la persona", en *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Trotta, Madrid 2001.

(43) SIMONETTI, José M, *El fin de la inocencia...*, cit., pp. 199/205.

(44) Otra vez, véase ARENDT, *La condición...*, cit., p. 48 y s.

(45) "El Estado moderno, que no ha construido el capitalismo sino que lo ha heredado, tal vez actúa a su favor, tal vez obstaculiza sus propósitos; a veces le permite expandirse libremente, pero en otros casos destruye sus recursos. El capitalismo puede triunfar sólo cuando se identifica con el Estado, cuando 'es' el Estado [...] apuntar el objetivo sobre aquello que genéricamente llamamos -empleando un término que entró muy tarde en el uso habitual- la historia de la burguesía a partir del momento en el cual ella ha sostenido el proceso

corporaciones para asegurar su financiamiento, y ello asegura una estrecha relación de intercambios en los que la corrupción aceita o posibilita los contactos. La oposición individual frente al poder del Estado no es una alternativa a la resistencia al poder corporativo.

En la práctica, el individuo depende de las concesiones, autorizaciones, reglamentos y servicios de ambos en su vida cotidiana y hasta en sus actos más mínimos e íntimos, y se encuentra sometido a un escrutinio permanente que, de por sí, constituye una amenaza, amenaza cuya efectividad se encuentra sancionada por reglas de derecho: el despliegue capilar del derecho penal económico es su herramienta. (46)

El reclamo por preservar la libertad del individuo frente a tales controles no es la expresión de un exacerbado individualismo liberal. Vale la pena recordar que la invención del derecho penal económico y, en la sociología de la desviación, del prolífico e influyente concepto de delito de cuello blanco, que sostiene que los sectores acomodados y ricos de la población cometen delitos de importancia y gravedad no menor -sino mayor- a los de las clases bajas, no se debió a la difusión de ideas de la izquierda ni a una ideología revolucionaria; Edwin Sutherland fue un sociólogo liberal, y los desarrollos del derecho penal económico y de la intervención estatal en la economía, el control de los abusos de las grandes corporaciones y las normas de protección de los derechos de los

capitalista, creado o usado una jerarquía que será la espina dorsal del capitalismo. Para construir sobre fundamentos sólidos su propia fortuna y su propia potencia, el capitalismo se apoya sucesiva o simultáneamente sobre el intercambio local, la usura, el comercio de larga distancia, sobre la venalidad de los cargos administrativos, sobre la tierra -inversión segura y, lo que cuenta en demasía, en condiciones de asegurar un prestigio evidente, mayor de lo que se pueda imaginar-, sobre la sociedad misma [...] creo que la tesis más bien simple y plausible que he sostenido sea más fácilmente comprensible. El crecimiento y el éxito del capitalismo requieren una serie de condiciones sociales. Requieren una cierta tranquilidad en el orden social, una cierta neutralidad, debilidad o complacencia por parte del Estado. También en Occidente existen diversos grados de condescendencia de las estructuras estatales...? BRAUDEL, Fernand, *La dinámica del capitalismo*, Il Mulino, Bologna 1988, p. 65 y ss.

(46) Parece que ni siquiera con las sanciones y controles corrientes del derecho administrativo basta para satisfacer la obsesión del control: se recurre a leyes penales que suelen arrasar brutalmente con principios constitucionales básicos y elementales.

más débiles provinieron de países de desarrollo liberal-capitalista.

Es cierto que frente al histórico acento puesto por el sistema de castigos legales en la criminalidad de las clases bajas y la correlativa y tradicional inmunidad penal de los comportamientos socialmente dañinos de las clases altas, la irrupción del concepto de delito de cuello blanco y la aparición de numerosas incriminaciones que miraban a sancionar los actos antisociales de los sectores del bienestar fue saludable como una especie de compensación histórica, una especie de reparación: ahora el derecho penal se las verá con el delito de los ricos y los poderosos, en lugar de ensañarse con los desdichados y vulnerables.

Y de hecho el nuevo derecho penal se las vio con los potentes, los enfrentó y... perdió.

La esperanza de un nuevo orden penal más justo y equitativo no perduró: el derecho penal siguió siempre castigando a los desventurados y protegiendo a los poderosos, quizás porque su concepción dogmática no había sido diseñada, por ejemplo, para lidiar con fenómenos colectivos y con sucesos que pertenecen al área de la política. El derecho penal siempre se ha mostrado incómodo cuando su campo de acción roza la política, quizás porque ello conduce a demostrar que no hay política sin crimen y que es ése el lugar donde se acaban las certezas. (47) Y los jueces -es sabido- están a salvo de esas incomodidades.

No obstante, el control penal sobre toda la actividad económica sigue siendo aplaudido por muchos, quizás porque presuponen que ello implica la prevalencia de los derechos sociales sobre el interés individual, como si entre ellos existiera alguna antinomia. Se pretende que el control penal de los comportamientos económicos de los individuos se justifica porque su éxito contribuiría a preservar recursos para la satisfacción de intereses sociales de mayor trascendencia e importancia.

Pero esa afirmación pasa por alto el precio que hay que pagar por esa esperanza, y oculta que esa esperanza es, en realidad, una ilusión. Y una ilusión en varios sentidos.

En primer lugar porque el derecho penal no se encuentra en condiciones de controlar los com-

(47) Otra vez, VIRGOLINI y SIMONETTI, *Criminología, política y...*, cit.

portamientos realmente dañinos de los sectores del gran poder económico, ámbito donde ha evidenciado un fracaso constante que ha reducido su pretensión a la de ser meramente un derecho penal que se suele denominar simbólico (48); se paga demasiado por un sistema de símbolos formales que, con menos irrogación de dolor y mayor racionalidad, podría ser satisfecho por otros mecanismos sociales.

En segundo lugar porque el énfasis declarado en controlar a los poderosos no ha reducido ni reducirá en lo más mínimo la cuota de dolor penal infligido a los desdichados de la tierra, sometidos a rigores que hoy se intentan justificar con recurso a la doctrina perversa del derecho penal del enemigo, donde el enemigo es, valga la paradoja, en Latinoamérica, el derrotado. ¿Cómo puede un derrotado ser un enemigo? (49)

### 10. Tomar partido

Por otra parte, nada justifica la pérdida de la libertad. Si en función de los derechos sociales de última generación, de la preservación de los intereses económicos generales, de necesidades declamadamente generales o superiores, de la satisfacción al reclamo social e internacional de mayor punitivismo, los individuos pierden libertad, hay que repensar la estructura de pensamiento que condujo a esta situación.

Y hay que tomar partido.

Y tomar partido en función de la historia del derecho penal, que no es la de sus sucesivos avances de punibilidad (ésta es en todo caso su historia oscura) sino la del progreso de sus garantías, del paulatino establecimiento de sus límites, del fortalecimiento de las libertades y los derechos. Quien olvide la historia así concebida y considere al derecho penal simplemente una herramienta útil para todo servicio, a la que se puede recurrir cada vez que una necesidad impele a buscar una solución, se enrola inconscientemente entre

(48) Prefiero llamarlo inefectivo; todo el derecho penal es simbólico en tanto se trata de un instrumento enderezado a producir desaprobación; en cambio, algunos sectores del derecho penal son meramente inefectivos en tanto de hecho o de derecho carentes de penas corporales, por lo que no pueden producir degradación.

(49) VIRGOLINI, Julio, "Criminología y teoría política", en *Criminalidad, evolución del Derecho Penal y crítica al Derecho Penal en la actualidad*, Max Planck Institut, Ed. Del Puerto, Buenos Aires 2009.

aquellos que legislan o juzgan para el príncipe. Del mismo modo lo hacen quienes reducen su universo intelectual al análisis exegético de las normas, sin una mirada a su entorno o a su historia, ni a sus consecuencias directas o indirectas en materia de libertades.

De todos modos, es necesario advertir que trabajar en beneficio o de la parte del pueblo y de sus derechos de libertad no significa en modo alguno subestimar las necesidades sociales, por ejemplo las de asegurar al Estado una adecuada recaudación de los tributos para la satisfacción de sus funciones esenciales, o las de evitar la proliferación de delitos, entre ellos los de mayor daño social; implica también la búsqueda de soluciones más racionales que el derecho penal e implica un intento por reducir la cuota de dolor que el ejercicio tradicional del derecho penal derrama sobre los ciudadanos. Significa reconocer que cualesquiera fueran el tipo de incriminación penal elegido y el sistema aplicativo implementado, ambos recaerán -como tradicionalmente lo han hecho desde siempre- sobre los más vulnerables y desprotegidos: la ilusión de un derecho penal que reprima los comportamientos realmente nocivos de los poderosos y contribuya positivamente a una mejor trama de relaciones sociales es ciertamente una ilusión, un espejismo que se aleja cada metro que avanzamos en su dirección.

Pero persiguiendo esa ilusión se crean instituciones que con el pretexto de que permiten cubrir o evitar un universo de comportamientos indeseables ahogan la libertad de los ciudadanos, restringen sus derechos, inauguran un escrutinio minucioso sobre la intimidad, atenazan el tesoro de garantías penales y procesales que constituye la salvaguardia del estatuto de libertades que la Constitución promete.

Así, la búsqueda de mayor seguridad y eficacia en el control de los procesos económicos generales se traduce en una inseguridad jurídica y fáctica que afecta a los ciudadanos comunes entrometiéndose aún en actos privados nimios o irrelevantes. La proliferación de incriminaciones penales cuya única razón de ser es la de asegurar el control por el control mismo (50) constituye la perversa consecuencia de este obsesivo invenerado de mecanismos de vigilancia minuciosa

(50) El caso paradigmático lo constituye la nueva normativa sobre lavado de dinero.

dirigido a controlar comportamientos económicos a todo nivel.

Y esa es la realidad que expresan algunas leyes penal económicas de Argentina, que colocan a los particulares en peor situación, con mayores responsabilidades y cargas y sujetos a mayores costos penales que los funcionarios públicos. Se trata de una de las distorsiones que expresan la sinrazón de numerosas incriminaciones recientes y, ¿no es acaso un problema de libertad el que -como un ejemplo entre tantos- tenga mayor pena un particular que con astucia no paga su deuda tributaria al Estado que el funcionario público que decididamente le roba al Estado?

Esto no implica que no deban establecerse formas de control de los comportamientos de los grandes actores de la economía, pero sí que debe restringirse el empleo irracional de los instrumentos del derecho penal cuando existen -como de hecho existen en la Argentina- normativas autosuficientes de control y penalización administrativa de los grandes sectores conflictivos, como los vinculados a las irregularidades tributarias, cambiarias, de comercio exterior, etc., que no parecen necesitar de la presencia concurrente de incriminaciones penales que vulneran abiertamente los principios de *ultima ratio*, lesividad, proporcionalidad, bien jurídico, culpabilidad y legalidad, amén de constituir formas de violación de numerosas garantías penales y procesales como, a guisa de ejemplo, la garantía contra la doble persecución y la prohibición de la prisión por deudas. (51)

Por otra parte, el problema debe verse en conexión con las transformaciones que la figura del ciudadano ha padecido en el curso de los últimos siglos como consecuencia de los fenómenos sociales y económicos que se han descripto más arriba, y que son la expresión de procesos históricos de larga duración que en modo alguno han cesado en su curso y que parecen acelerarse rápidamente con el avance invencible de la tecnología. (52) El

(51) Vulnerada la primera por la aplicación sucesiva de penas de prisión a cargo de la ley penal tributaria y penas pecuniarias por parte de la ley tributaria, sobre la base del mismo tipo de injusto; violentada la segunda por la aplicación de penas corporales sobre actos que constituyen parte integrante del impago de una deuda, en este caso, tributaria, sobre la base de diferenciar artificialmente ardid de impago.

(52) Esos procesos históricos de larga duración son los que han transformado antropológica y políticamente a los hombres: esclavos, súbditos, siervos de la gleba, ciudada-

incesante sometimiento de todos los actos privados de los particulares sobre los que no pesa sospecha alguna de delito a vigilancias y escrutinios detallados (53) y el cruce constante de información sobre actos de la intimidad constituye un recorte de la libertad que amenaza con extenderse y profundizarse en el tiempo.

El hecho de que se trate por lo general de hechos económicos distintos de aquellos complejos de derechos tradicionalmente vinculados a la idea de la intimidad, como la libertad de conciencia y de creencia, las elecciones afectivas y la identidad sexual no modifica el cuadro, puesto que en el estado actual de las condiciones y las interrelaciones sociales y de la satisfacción de las necesidades personales, el despliegue de la vida se desarrolla sólo y siempre por los cauces de la economía, el uso del dinero, el destino de los ahorros, la distribución del gasto individual.

¿De qué lado debe ponerse entonces el jurista? Es obvio que no hay una respuesta unívoca puesto que se está en el terreno valorativo, en el de la justicia o injusticia y por ello no es posible anatematizar sin más la posición estatista; pero sin duda es posible criticarla en el sentido desarrollado en el texto. Y sin duda que con relación a los autores del derecho penal es posible y exigible que se haga explícito el punto de partida que determina la posición de cada uno en esta opción.

Estoy, por mi parte, decididamente del lado de las libertades y de la autonomía individual, soy crítico del control, desconfío del Estado, de sus instituciones y de sus servidores, apunto a reducir su carga sobre los particulares, reducción que representa al mismo tiempo la preservación y la extensión de las libertades y los poderes ciudadanos en un tiempo en el que se desvanece la esperanza de ser gobernados por gentes virtuosas. ♦

nos, usuarios o consumidores, etc. La paulatina extensión de sistemas de control minucioso por medios electrónicos sobre todos los actos privados trae necesariamente a la mente figuras ominosas del cine y la literatura, como la representada por el film *Blade Runner*, de Ridley Scott, o Código 46, de Martin Winterbottom o la célebre novela 1984, de George Orwell, entre muchos otros que prefiguran un mundo sin libertad; el arte suele ser eficazmente predictivo.

(53) Escrutinios masivos delegados en autoridades administrativas que cuentan con poderes discrecionales y no se encuentran sometidas a control judicial ni parlamentario oportuno y suficiente.

# **PENAL ECONÓMICO**

---



# De la ética pública al *public compliance*. Sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas

POR ADÁN NIETO MARTÍN (\*)

**Sumario: I. Asimetrías en la prevención de la corrupción. — II. Ética pública y cumplimiento normativo. — III. La legge anticorruzione n. 190/2012. — IV. Algunas conclusiones sobre los programas de cumplimiento en las administraciones públicas. — V. Palos y zanahorias en la public compliance. — VI. Bibliografía.**

## I. Asimetrías en la prevención de la corrupción

La finalidad de este trabajo es presentar las bases de una nueva estrategia anticorrupción en las administraciones públicas. En esencia está estrategia, a la que denomino cumplimiento público, consiste en añadir a lo que desde los años 70 se conoce como ética pública, los contenidos del cumplimiento normativo desarrollado por las empresas. Como es conocido, en las dos últimas décadas la mayor parte de las grandes empresas han implantado un nuevo instrumento de gestión, los denominados programas de cumplimiento, cuyo objetivo es prevenir la realización de comportamientos ilícitos en la organización (Lascuraín, 2013; Sieber, 2013, Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina, 2013 y Silva Sánchez/Montaner Fernández, 2013). Con este fin se ha desarrollado toda una tecnología de dirección, que puede sin duda ser de aplicación a otro tipo de organizaciones, como son las administraciones públicas, con el fin de prevenir la corrupción de sus empleados y directivos.

Precisamente, uno de los motores del cumplimiento normativo en las empresas ha sido la lucha contra la corrupción (1). Mediante una

estrategia de política criminal que tiene uno de sus orígenes en la *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977, las empresas han ido desarrollando y estableciendo un buen número de controles internos destinados a la prevención de la corrupción. Curiosamente 1977 es también el año del nacimiento de la ética pública en los Estados Unidos a través de la *Ethics in Government Act*. Ambas normas responden al espíritu regeneracionista que siguió en aquel país al escándalo *Watergate* (Nieto, 2002). Por esta razón resulta chocante que mientras las medidas anticorrupción a implantar por las empresas se han globalizado, al menos en las grandes empresas transnacionales, no ha ocurrido lo mismo con las medidas a instalar en la administración pública. Como en seguida va comprobarse, la adopción de programas de cumplimiento en las empresas en cierta medida ha supuesto una privatización de la lucha contra la corrupción, mediante la que el Estado ha obligado a las empresas a adoptar medidas preventivas internas. Por esto resulta absolutamente incoherente que desde el “otro lado de la carretera”, el Estado, como organización, no adopte medidas similares a las que obliga a implantar a las empresas (Nieto, 2013).

La hipótesis que se mantiene en este trabajo es que la asimetría se debe a la distinta presión que han realizado las organizaciones internacionales y los gobiernos. La presión regulatoria sobre las empresas para que instauren medidas de prevención de la corrupción se ha efectuado a través de incentivos muy potentes. El primero de ellos ha sido el derecho penal. A partir de 1991 con las *Guidelines for Organizational Offenders* y también en EEUU se ha desarrollado un nuevo modelo de entender la responsabilidad de las personas jurídicas, que se basado en la estrategia conocida como “palos

(\*) Catedrático de Derecho penal, Universidad de Castilla - La Mancha, España. Instituto de Derecho penal europeo e internacional.

(1) Resulta esencial en este punto Manacorda/Centonze/Forti (eds.), *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, Springer, 2014, donde a partir de diversas experiencias empresariales, recomendaciones de organismos internacionales o de asociaciones internacionales se intentan formular unos estándares comunes para la prevención de la corrupción en empresas.

y zanahorias” (Swenson, 1995). Las corporaciones que adopten programas de cumplimiento, esto es, medidas de prevención de determinados delitos y/o colaboren en su esclarecimiento reciben como premio sanciones menores a que aquellas que no lo hagan (Gómez Jara, 2005). A través del denominado *Thomsom Memo* se ha trasladado este sistema de incentivos al proceso penal. Tener un programa de cumplimiento, comprometerse a su mejora e incluso acceder a que se nombre un supervisor para que compruebe los avances que realiza la empresa, ha sido un factor decisivo para que los fiscales decidieran no procesar a las empresas implicadas en escándalos de corrupción. El ahorro de costes reputacionales que la no iniciación de un proceso penal implica para una entidad es tan importante, que la mayoría acceden a firmar una rendición sin condiciones con el fin de no verse sometidas a un proceso penal (Griffin, 2007).

Aunque este conjunto de estrategias, como herramienta para prevenir la delincuencia económica y aumentar la eficacia del derecho penal, fue ajena durante algún tiempo a los países de la UE, hoy prácticamente en todos ellos existe un sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas donde se da relevancia a contar con programas de cumplimiento. En el caso de la corrupción quizás el paradigma es la *Bribery Act* de 2010. La Secc. 6 de este texto cimenta la responsabilidad penal de las empresas en no contar con medidas de organización eficaces con el fin de prever la corrupción de sus empleados (Muñoz de Morales/Nieto Martín, 2014).

Pero los estímulos no proceden sólo derecho penal. En el ámbito de la contratación pública, el sistema de listas negras ha dado a las empresas un buen motivo para establecer medidas anticorrupción. En el más sofisticado y eficaz de todos estos sistemas, el del Banco Mundial, contar con un programa de cumplimiento, permite a las empresas que su tiempo de permanencia en la lista negra sea menor, tal como explica *Nicola Sevaggi* en este volumen (vid. además *Heilbrunn*, 2014). Los estímulos para implantar programas de cumplimiento proceden también del derecho de sociedades. Las nuevas obligaciones que para los administradores se derivan del gobierno corporativo, como la gestión de riesgos legales, les obliga a implantar medidas de prevención de la corrupción (*Hauschka*, 2010, 1 ss, 84 ss).

Otros estímulos, finalmente, proceden del propio funcionamiento del mercado. A través de las medidas de *due diligence*, las empresas exigen a sus proveedores, socios en negocios o representantes comerciales que cuenten con programas de prevención adecuado como condición para entablar relaciones de negocio (Pieth, 2011). En sectores o países dónde la corrupción está muy extendida, contar con medidas anticorrupción, cada vez más, constituye una condición necesaria para realizar negocios y participar en el mercado. Efectos similares son los que se consiguen a través de las *collective actions*, en virtud de las cuales varias empresas que operan en un determinado sector de negocios deciden dotarse de estándares anticorrupción equivalentes y vigilar, a través de organismos de supervisión comunes, su correcta implantación (Pieth, 2014).

Este cúmulo de estímulos, que incentivan a las empresas a adoptar medidas anticorrupción, no se ha dado en el caso de las organizaciones públicas. Por esta razón no se han desarrollado lo suficiente, medidas de prevención como las requeridas por el Convenio de Naciones Unidas contra la corrupción, la Convención del Consejo de Europa o los distintos documentos de la OCDE sobre ética pública y buenas prácticas en la contratación públicas. Todo ello sin contar que la inversión de grandes empresas en implementar programas anticorrupción resulta bastante mayor que la que existe en las administraciones públicas que han adoptado algún tipo de medida. En las grandes, y a veces no tan grandes, corporaciones se han generalizado cargos como el de *compliance officer* o los oficiales de ética que se dedican a tiempo completo a implementar y supervisar el funcionamiento de los sistemas de cumplimiento. Existen casos bien conocidos, como es el de Siemens, que emplea a cientos de personas en todo el mundo en la prevención de irregularidades (Moosmayer, 2010, p. 107 ss).

Tras exponer la hipótesis de partida, el presente trabajo se estructura del siguiente modo. En primer lugar, confrontaremos los elementos de la ética pública con los programas de cumplimiento de las empresas. Y ello con dos objetivos. El primero porque el mayor desarrollo del cumplimiento en las organizaciones privadas, puede sin duda enriquecer las propuestas que hasta ahora se han realizado para las entidades públicas. El segundo para poner de manifiesto las divergencias que

existen entre autorregulación de organizaciones privadas y públicas. El marco jurídico que regula la administración pública resulta diferente al de las empresas. No es lo mismo el estatus jurídico de un funcionario que un empleado público. Tras este primer bloque, el trabajo pasa a analizar la *legge anticorruzione* italiana nº 190 de 2012. Este texto refleja de un modo especialmente claro la idea de que, a los efectos de prevenir la corrupción, la administración puede concebirse como una gran empresa y que no tiene por qué existir una gran distancia entre el cumplimiento normativo empresarial y el público.

El artículo se cierra con una reflexión acerca de los incentivos regulatorios, los “palos y las zanahorias”, que deben crearse para coaccionar a la autorregulación de las administraciones públicas. Esto ciertamente puede ser sorprendente desde la óptica tradicional del derecho administrativo y del imperio de la ley. Es decir, en principio podría decirse que basta con una ley que obligara a cada administración pública a contar con un plan anticorrupción. No obstante, la experiencia muestra que para que la autorregulación funcione, hace falta establecer sanciones que incentiven a los dirigentes de una organización a mejorar su autorregulación. Es lo que se conoce como autorregulación coaccionada (Arroyo Jiménez, 2009). En este marco se planteará si quizás no ha llegado el momento de romper otro tabú, semejante al *societas delinquere non potest*, y es que las administraciones públicas también puedan ser sancionadas penalmente en supuestos de corrupción.

## II. Ética pública y cumplimiento normativo

Entre finales de los años 70 y la década de los ochenta en el mundo anglosajón aparece con fuerza la idea de la ética pública, como mecanismo de control de la corrupción en las administraciones públicas. El informe Nolan, en el RU, pone de manifiesto cuál es el punto de partida de esta nueva estrategia (2): El incremento y la mejora de la regulación no constituyen per se un antídoto suficiente para la prevención de prácticas corruptas. Se hace necesario potenciar medidas de autorregulación, que incrementen los controles internos de cada

organización. No es que, por supuesto, desde este enfoque, no se ponga de manifiesto la necesidad de contar dentro de la infraestructura ética, dotada de controles externos a la propia organización, como por ejemplo un poder judicial independiente, prensa libre, legislación administrativa o penal adecuada (Villoria, 2000, p. 153 ss). Simplemente se insiste que estos instrumentos por sí solos no resultan suficientes.

Dentro de las medidas de autorregulación que deben incorporar las administraciones públicas, se pone especial énfasis en la necesidad de contar con un código de conducta, que se considera como el eje central de las medidas internas. En la actualidad, prácticamente todos los países desarrollados e instituciones internacionales (3) cuentan con Códigos éticos. Existen además diversos estándares elaborados por diversas organizaciones internacionales. (4)

Como es conocido, también en el caso de las empresas y las organizaciones privadas los códigos de conducta se consideran la piedra angular del cumplimiento normativo. La centralidad del código ético descansa en buenas razones (Nieto, 2013 b). En primer lugar, como desde hace años viene enseñando la criminología, uno de los factores detonantes de la aparición de conductas delictivas en cualquier organización es la aparición de técnicas de neutralización, que proporcionan a sus miembros un contexto de justificación, que les lleva a la realización de conductas delictivas, al contrarrestar los valores de respeto a la legalidad, que el sujeto adquirió en su proceso de socialización. Como ya explicara Sutherland, mediante su teoría de la asociación diferencial, el sujeto aprende estos nuevos valores en el seno de la organización a través del contacto con el resto de sus miembros. La función de los códigos

(3) La Comisión Europea cuenta con un Código de Conducta, aprobado el 13 de septiembre de 2000, referido a instituciones y funcionarios europeos. En Naciones Unidas existe una mayor institucionalización con un Código de Ética y una Oficina de Ética pública con funciones similares a las que, como vamos a ver, existen en diversos países (<http://www.un.org/es/ethics/index.shtml>).

(4) Por ejemplo, Naciones Unidas el Código Internacional de Conducta para los titulares de altos cargos públicos, Resolución 51/59 de la Asamblea General de 12 de diciembre de 1996; en la OCDE Principles for Managing Ethics in Public Service; el Consejo de Europa publicó en el año 2000 el Model code of conduct for public officials.

(2) Committee on Standards in Public Life, First Report of the Committee on Standards in Public Life. Chairman Lord Nolan, May, 1995.

éticos consiste en contrarrestar este proceso de aprendizaje, dejando claro cuáles son los valores de la organización (Bermejo, 2009, p. 79 ss).

Apostar por un sistema basado en un código de conducta supone decantarse por un modelo de cumplimiento normativo determinado, que deja especialmente de lado un sistema basado prioritariamente en la vigilancia y el control. Un modelo de cumplimiento ético para ser coherente debe, por ejemplo, instaurarse con la participación de las personas afectadas por el mismo. Esta exigencia resulta especialmente relevante con el fin de incrementar su aceptación y legitimidad. Existe cierta discusión en nuestro país acerca de qué rango jurídico debe tener el código ético y si debe plasmarse o no en una norma jurídica (Darnaculleta, 2008). Visto desde el punto de vista de su eficacia real éste es quizás el aspecto menos importante. Sea cual sea el instrumento jurídico en el que se materialice el código ético (reglamento, acuerdo de pleno, ley...), lo realmente interesante es que en su proceso de elaboración participen las personas más afectadas por sus disposiciones. Como cualquier otra norma la participación en su proceso de elaboración e implantación de los destinatarios le dota de una mayor legitimidad y por tanto eficacia. Incluso y tal como se está ensayando ya en algunas empresas, en el proceso de elaboración debieran participar los stakeholder afectados por su actividad o representantes de intereses colectivos (Parker, 2002). La confección de un código - pero como veremos también su implementación y puesta en marcha - puede ser una buena ocasión para dar entrada a la participación ciudadana. Con ello, de paso, y tal como en el Reino Unido se encarga de subrayar el Comité Nolan se cumpliría con otro de los elementos claves para el buen funcionamiento de un sistema de autorregulación, y es que exista una vigilancia externa del mismo, durante todas sus fases desde su formulación a, muy especialmente, la revisión (Committee on Standards, 2013).

Aunque con frecuencia suele indicarse que los códigos éticos son redundantes, en cuanto que repiten mandatos que ya se encuentran en normas jurídicas, o escasamente útiles, en cuanto queda remiten a valores muy genéricos, ello no es así (Malem Seña, 2006). Es verdad, que en nuestro país, la regulación que de los códigos realiza el Estatuto Básico del Empleado Público tiene probablemente este problema, en cuanto que se limita a poner de

manifiesto una serie de valores, principios y normas básicas de conducta. Ahora bien, estas indicaciones deben ser tomadas como un marco de referencia, a partir del cual cada administración pública debiera desarrollar su propio código de conducta, incidiendo en aquellos problemas de cumplimiento que más le afecten. Aunque en el ámbito de la ética pública es frecuente encontrar una discusión en torno a si estos códigos éticos deben tener carácter general o ser específicos de cada corporación (Villoria, 2009, p. 529 ss), a la luz de la experiencia y metodología de los programas de cumplimiento, no cabe duda alguna que el código ético debe adaptarse a cada organización, detallando al máximo los comportamientos debidos en cada actividad. Al igual que las empresas regulan cada vez con más detalle cuando un funcionario público puede ser invitado a impartir un curso o, simplemente, qué regalos pueden hacersele o cuando puede y con qué límites puede ser invitado a comer, las administraciones públicas deben establecer normas semejantes.

El grado de detalle con que deben especificarse determinadas conductas ha llevado a las empresas a distinguir entre código, que sería la norma general, y políticas de empresa, donde se contendrían normas mucho más específicas en materias que van desde la corrupción, hasta la protección de datos personales, el blanqueo de capitales o la prevención de riesgos laborales. Probablemente uno de los defectos mayores del Estatuto Básico del Empleado Público en este ámbito es que no obliga a cada administración pública a contar con su propio catálogo de normas de conducta como veremos que por ejemplo se hace en la normativa italiana. Este ha sido por lo demás el modo en que se ha procedido en el ámbito anglosajón, donde en primer lugar se han concretado una serie de principios básicos que han de regir en la vida pública, que posteriormente se han concretado. Además y a diferencia de la metodología utilizada por el Comité Nolan, los valores que caracterizan a la administración española no se han “descubierto” y después plasmado en el EBEP, sino que, de algún modo han sido establecidos por decreto. Con ello se desconoce, que una de las funciones precisamente de la ética de empresa, o de cualquier organización, es descubrir los valores de cada organización con el fin de plasmarlos en el código ético.

Un sistema que tenga su piedra angular en el código ético, tiene que apostar necesariamente

por la formación como una de las claves para su eficacia. Se trata de una constante tanto en las propuestas procedentes del ámbito público como del privado. En cuanto al modo en que esta formación ha de realizarse existe acuerdo en que esta debe basarse en el análisis de casos, que den oportunidad a sus destinatarios de descubrir los problemas éticos con que se enfrenta diariamente en su actividad (OCDE, 1997, 78 ss). Precisamente una de las barreras mentales que más han obstaculizado el desarrollo de la ética pública ha sido el pensar que el funcionario, debe limitarse a cumplir las leyes y las órdenes de sus superiores, por lo que no tiene que enfrentarse a problemas éticos similares a los existentes en la empresa. Hace tiempo que la Ciencia de la Administración ha dejado de lado de esta comprensión “autómata” de la actividad de los funcionarios públicos (Villoria, 2009, p. 523 ss).

Aunque como acabamos de señalar el papel del código ético o de conducta es central, quizás el problema más importante de la ética pública, es que hasta fechas más recientes no ha pues el suficiente énfasis en la importancia del análisis de riesgos, el segundo de los pilares de todo modelo de autorregulación destinado a prevenir infracciones por parte de los empleados. Aunque, por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, lo menciona expresamente (art. 5.2), al igual que las últimos informes de la Oficina de Ética Pública del Reino Unido (Committee on Standards, 2013, p. 41), al menos en España, son pocas las organizaciones públicas que periódicamente realizan esta actividad.

Tal como indica el art 31 bis 5.1 del Proyecto de reforma del Código penal, la evaluación del riesgo consiste en la actividad de “identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos” (5). Mientras que en las grandes empresas, auditora interna o, más modernamente, control interno han perfeccionado notablemente la metodología para llevar a cabo esta actividad (Informe COSO, 1997), en la administración pública, los órganos de intervención no han desarrollado un proceso de transformación similar. En efecto, en las empre-

sas ha aparecido una nueva actividad, el control interno, cuya función es informar a los administradores de los riesgos que pueden aparecer y con ello frustrar los objetivos de la empresa. El análisis de riesgos es parte fundamental de las actividades de control y la detección de riesgos legales, una de las materias más importantes. Más aún, el control interno empresarial presta especial relevancia a la cultura corporativa de la entidad, la eficacia de su código ético. La evaluación de estos elementos, que se aglutinan bajo el nombre de ambiente de control, resultan básicos para la eficacia del resto de los controles.

El análisis de riesgos es vital en cualquier sistema de cumplimiento porque asegura su racionalidad y el que la organización destine eficazmente sus recursos preventivos, centrándolos en aquellas actividades donde el riesgo resulta más alto. Igualmente es imprescindible para redactar o desarrollar el código de conducta. No pueden acabar de perfilarse los comportamientos prohibidos en materia de corrupción, si cada ente administrativo no tiene claro en qué actividades pueden aparecer. Por esta razón, y mientras en las administraciones públicas no exista personal capacitado llevarlo a cabo, no queda otra alternativa que externalizar esta actividad. Este hecho más que un problema, puede ser una ventaja. Una de las lecciones que se han aprendido estos años en el cumplimiento normativo, es la necesidad de contar con evaluaciones ajenas de manera periódica.

Lo anterior no debe ocultar la necesidad de que también en las administraciones públicas, la contabilidad y la auditoría pública se diseñen como mecanismos de control (Sierra Molina/Ruiz Cuenca, 2002). En el ámbito concreto de la financiación de los partidos políticos, el trabajo de Alberto Muñoz muestra la enorme importancia que la contabilidad puede suponer para incrementar la transparencia, lógicamente esta función podría también realizarse en la administración pública. El trabajo de Onrubia, por su parte, desarrolla un nuevo modelo de control del gasto público, que lo aproximaría al que se desarrolla en las empresas y que es parte esencial del cumplimiento normativo. Más que de un control formal del gasto, se trata de una auditoría sobre su eficacia y oportunidad, que exigiría que en cada administración apareciera un órgano de control interno. Tanto Onrubia como García Pando proponen la necesidad de reformar, de acuerdo con este criterio material de control del

(5) La evaluación de riesgos es una obligación básica en cualquier normativa destinada a impedir riesgos, vid. por ejemplo, 16 de la Ley de Prevención de riesgos laborales o art. 7 de la Ley de Prevención del blanqueo de capitales.

gasto público la auditoría realizada por el Tribunal de Cuentas. Solamente con un marco de control de este tipo se podrá afrontar la lucha contra la corrupción de manera semejante a lo que ocurre en las empresas. Sin una información de calidad, la transparencia y la fiscalización resultan herramientas débiles.

En el cumplimiento normativo de las empresas los códigos éticos o las normas de conducta que se contienen en las políticas de empresas se completan con controles internos, procedimientos cuya función es poner obstáculos a posibles conductas delictivas (Lascuraín, 2013, p. 130). Estos procedimientos varían de delito a delito. Por ejemplo, en materia de corrupción resulta vital el control sobre el dinero y el resto de activos de la empresa. Se trata de impedir que aparezcan operaciones simuladas a través de las que se instrumentalice una salida de fondos de la empresa que va a parar al funcionario público o a constituir cajas negras. Igualmente en esta materia los procedimientos internos pueden articularse a partir de principios como el de cuatro ojos, rotación de personal etc. En el ámbito de la ética pública existe una clara tendencia a confiar el diseño de estos controles a normas de carácter general, como las que regulan los conflictos de intereses, las incompatibilidades, las leyes de transparencia etc. Igualmente qué duda cabe en los últimos tiempos la legislación en materia de urbanismo, de contratos o la que regula el régimen de concesión de subvenciones públicas, por sólo citar algunos ejemplos, contienen aspectos encaminados, directa o indirectamente a la prevención de la corrupción. Ahora bien, dicho esto, uno de las mejoras más importantes que deben darse en la *public compliance* es ser conscientes de que esta normativa de carácter general no es suficiente. En general debiera obligarse a las administraciones públicas a que tras el preceptivo análisis de riesgo vayan más allá en el diseño de controles.

Podrían darse múltiples ejemplos de en qué pueden consistir este tipo de controles. En materia de contratación de personal, cada ente público, según el nivel de riesgo, debería perfilar normas internas sobre la forma de composición de los tribunales de selección de personal con el fin de que respeten de manera escrupulosa el principio de profesionalización y especialización que el EBEP impone. A estos efectos deberían impedirse que formaran parte de los órganos de selección alcaldes o concejales o personas que ocupan un

cargo de libre designación o incluso dejar la presidencia de las mesas de contratación en manos de la oposición. En materia de urbanismo, tal como expone Carrillo Morente en este volumen, existen muchas formas de ir más allá de la ley por ejemplo mejorando la calidad de la información pública, aumentando la participación ciudadana en la toma de decisiones relativas a la utilización del suelo etc. La contratación pública, probablemente el sector decisivo en la prevención de la corrupción, se realiza a través de procedimientos que aunque pueden resultar formalmente conformes a la Ley de Contratos del Sector Público son manifiestamente mejorables, tal como indica en su trabajo Isabel Gallego. Así, por ejemplo, en todas las empresas públicas debería establecerse una normativa interna de contratación, que redujera los amplios márgenes de discrecionalidad que les permite la ley. Algunos municipios han publicado criterios de buenas prácticas para la realización de contratos menores, con el fin de evitar entre otras cosas el fraccionamiento de los contratos. Igualmente la experiencia ha mostrado que se necesitan más elementos de control a la hora de establecer las especificaciones técnicas de los contratos o una mayor transparencia, con el fin de publicar aquellas partes del expediente de contratación en las que conste la motivación de la necesidad de la obra, su importe o el tipo de contratación elegida.

La necesidad de introducir controles específicos en cada administración, además de normas y principios éticos, se deriva igualmente del Convenio de Naciones Unidas contra la corrupción. En su artículo 7.2 establece los requisitos que han de cumplir los procedimientos de contratación del personal, necesidad de que exista formación específica y una selección específica para aquellos funcionarios públicos que trabajen un área de riesgo etc. El artículo 9 en relación a los contratos públicos menciona controles muy concretos como la difusión pública relativa a procedimientos de contratación pública, incluyendo la información sobre licitaciones, pero también información relativa a la adjudicación de los contratos; la utilización de criterios objetivos y predeterminados que permitan su ulterior verificación; la creación mecanismos eficaces de control interno, como un sistema eficaz de apelación para garantizar la legalidad etc.

Un problema básico del cumplimiento normativo en las empresas es el de su institucionaliza-

ción. Cada vez existe mayor acuerdo en que esta función debe realizarse de manera específica, sin solaparse con otras como la asesoría jurídica o el control interno (Trapasso, 2012). En las grandes empresas por esta razón están apareciendo departamentos específicos de cumplimiento, cuya función es velar por la actualización del programa, administrar el canal de denuncias, atender dudas sobre la interpretación del código ético, realizar investigaciones internas etc. Mas los encargados de cumplimiento, además de profesionales, han de ser independientes. Existen básicamente dos modelos de garantizar la independencia. Unas empresas han apostado por instituir una sección de cumplimiento, cuyo dirigente máximo, el *Chief Compliance Officer* es un alto ejecutivo, que sólo depende del CEO de la entidad. Esta ubicación le otorga un grado de autonomía relevante. El otro modelo que es el que apuesta la reforma del Código penal español. El nuevo art. 31 bis prevé crear un organismo de supervisión, integrado por personas independientes, ajenas a la entidad, que supervisan a las personas que implementan y ejecutan las medidas anticorrupción. Como después veremos, esta bicefalia (supervisión/ejecución), que procede del sistema italiano de responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha sido exportado, también en este país, al modelo administrativo de prevención de la corrupción.

En el ámbito de la ética pública, la estructura más común es la existencia de oficinas de ética pública centrales a las que se añaden después en algunas administraciones comités de éticas particulares. La Convención de Naciones Unidas (art. 6 y 36) y la del Consejo de Europa sobre corrupción (art. 20 y 21) inciden en la necesidad de crear autoridades centrales, independientes, que establezcan y coordinen políticas nacionales anticorrupción. El ejemplo paradigmático de este tipo de organización es el Reino Unido. De un lado, el *Committee on Standards on Public Life* tiene como cometido fijar los objetivos y estrategias generales, para lo que periódicamente formula recomendaciones al gobierno y a instituciones públicas o privadas a fin de que mejoren sus estándares de cumplimiento. Posteriormente en diversas entidades públicas, como los municipios tras la aprobación de la *Local Government Act* del 2000, se han creado comités locales independientes, que se ocupan de la implementación y actualización de los códigos o principios locales.

En materia concreta de lucha contra la corrupción, un repaso al derecho comparado nos muestra, sin embargo, que existen varios modelos de agencias. El primero de ellos, que coincide con el que acabamos de ver, centra sus funciones en la prevención, a través de campañas de sensibilización o la realización de propuestas. El segundo modelo está más volcado en la investigación de fraudes y actos de corrupción, que podría ser el caso de la OLAF en la UE (Gil Soriano, 2001). Mientras que un modelo híbrido o mixto, como el de la *Controladoria-General da Uniao en Brasil*, con funciones de supervisión/control y prevención. (6) En nuestro país la Oficina Antifraude de Cataluña responde a este modelo, tal como explica Elisenda Escoda en este volumen.

Con todo, el problema central en el diseño de la institucionalización de la ética en la administración pública no reside tanto en la conformación de estas autoridades centrales, como en establecer quién dentro de cada organización pública se ocupa de esta cuestión. En un país como España, donde el problema de la corrupción es sobre todo el de la corrupción política muy por encima que el de la administrativa (Villoria, 2013), habría que apostar por una solución similar a la que establece el proyecto de CP para las empresas, es decir, crear órganos autónomos al poder político. La fórmula de la oficina de cumplimiento, donde los responsables anticorrupción quedaran subordinados a los dirigentes políticos de cada organización, podría ser un modelo a seguir si tuviéramos un problema de corrupción administrativa.

En este contexto, los mecanismos que pueden utilizarse para conseguir responsables de control de la corrupción independientes pasarían en algunos casos por reforzar la presencia de funcionarios de carácter nacional, como los interventores o los secretarios de los municipios. Pero incluso podrían hacerse propuestas más innovadoras articuladas a partir de fórmulas de participación ciudadana. Como antes señalábamos en relación

(6) Vid. el estudio de derecho comparado que se hace en la Exposición de Motivos de la propuesta de reforma de la Constitución realizada por los senadores del PRI y del Partido verde ecologista con el fin de introducir una comisión anticorrupción. Esta por cierto tendría funciones de asesoramiento, pero también y sobre todo represivas, constituyéndose como una especie de vía alternativa a la fiscalía mejicana, el documento puede verse en <http://www.anticorrupcion.gob.mx>

a la confección del código ético, uno de los rasgos de calidad más importantes de un programas de cumplimiento es el grado de legitimidad que consigue dando entrada en su confección y desarrollo a las personas afectadas. Por otro lado, integrar la participación ciudadana no va en detrimento de otra de las características que debe acompañar a las personas encargadas de cumplimiento, como es la profesionalidad. Es posible combinar ambos factores. La función del comité de ética pública ciudadana sería supervisar precisamente la labor de aquellos que desde dentro de la organización se encargan de la implementación del programa de cumplimiento.

Los canales de denuncias constituyen elementos comunes al cumplimiento normativo en organizaciones públicas y privadas (Ragués i Vallés, 2013). De hecho, en los países anglosajones la legislación sobre whistleblower nace en gran medida con el fin de incentivar esta actividad dentro de las administraciones públicas (Gobert/Punch, 2000). No obstante, y al hilo de la contribución de Beatriz García Moreno, a este trabajo conviene reflexionar acerca de las diferencias que deben existir entre los canales de denuncias de las administraciones públicas y las empresas. Probablemente el punto central consista en aclarar si la denuncia es una conducta debida por parte del funcionario público, que forma parte de su relación con la administración, a diferencia de lo que ocurre con los empleados. Salvo situaciones excepcionales no puede decirse que de la relación laboral derive la obligación de denuncia (Goñi Senín, 2001). Ahora bien, sea cual sea el final del debate jurídico, lo que parece claro es que la filosofía que inspira a los canales de denuncias es promocionar este comportamiento dentro de una cultura de la legalidad. Los sistemas de denuncias constituyen instrumentos peligrosos -orwellianos- cuando se promocionan no desde el cumplimiento de valores, sino como parte exclusiva de un sistema de vigilancia y control.

Igualmente el hecho de que exista una obligación de denunciar, en absoluto debe hacer pensar que no son necesarias medidas especiales de protección del funcionario público-denunciante. Igualmente, debe reflexionarse en nuestro país en la posibilidad de establecer un sistema de remuneraciones de las denuncias realizadas por personas ajenas a la administración. En los Estados Unidos en la False Claim Act, el particular que denuncia

un caso de corrupción o fraude a la administración recibe un porcentaje de las sumas recaudadas que en la legislación de algunos estados pueden llegar al 50% de la cantidad del fraude que se haya conseguido recuperar. Las altísimas cantidades que están en juego han generado un sistema casi profesionalizado de denuncias. Existen, por ejemplo, despachos de abogados especializados en gestionar la denuncia y proteger al whistleblower de posibles represalias.

La estrategia de la *False Claim Act* que ha sido exportada por la administración Obama a los fraudes en el mercado de valores, a través de la *Dodd Act* (González de Leon, 2013), muestra la interrelación que debe existir entre la prevención de ilícitos en organizaciones públicas y privadas, pese a que en este momento es la *public compliance* la que tiene bastante que aprender de lo que se ha venido haciendo estos últimos años en las grandes empresas. Ahora bien, este transvase de conocimientos plantea problemas en algunos aspectos, debido a la diferencia de marcos jurídicos. Un elemento esencial de las normas de conducta en la empresa es que tienen carácter obligatorio. Cuando en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se han establecido los elementos esenciales de los sistemas de organización empresarial, siempre se ha puesto especial énfasis en que las infracciones deben ser investigadas y sancionadas disciplinariamente. (7) De ello se encargan las sanciones disciplinarias del derecho laboral (Morato García, 2011). Las empresas además se han dotado en su mayoría de protocolos internos en los que fijan los derechos y deberes de los empleados ante una posible investigación y el procedimiento que esta debe seguir (Moosmayer, 2013).

En principio en el marco de la *public compliance* encontramos una estructura similar, en cuanto que tenemos el derecho disciplinario de funcionarios públicos (aplicable también al personal laboral de la administración) y un procedimiento disciplinario. Ahora bien, esta simetría solo es aparente. En las empresas existe un grado mayor de tipificación de las infracciones al código ético o al sistema de cumplimiento. En lo que constituye la situación ideal, el convenio colectivo debe estable-

(7) Vid. por ejemplo, el art. 31 bis del Proyecto de Código penal, su homólogo el art. 6 del d. leg. Italiano 231/2001 o las Sentencing Guidelines for Organizational Offenders (parag 8D1.5.d).

cer como infracción la violación del código ético. De este modo se cumple más escrupulosamente con el principio de tipicidad. Si esta situación no se produce, como ocurre aún en muchas empresas, la infracción del código ético puede ser sancionando indicando que representa un incumplimiento de las obligaciones que se derivan del contrato de trabajo. Los códigos éticos y el conjunto de norma que integran el sistema de cumplimiento se consideran en su mayor parte manifestación de la buena fe laboral o del poder de dirección del empresario.

La posibilidad de considerar que la infracción de códigos éticos dentro de la administración pública puede sancionarse disciplinariamente no es tan clara. El art. 52 del EBEP tras establecer los valores básicos, se limita a señalar que “los principios y reglas establecidas...informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los funcionarios públicos”. Más dudoso es aún el carácter normativo del Código de Buen Gobierno que afecta a los altos cargos de la administración. En él se establece únicamente que el Ministerio de Administraciones Públicas elevará anualmente un informe al Consejo de Ministros sobre los principales incumplimientos de los principios éticos, debiendo adoptar éste “las medidas oportunas”. Italia donde la obligatoriedad de los códigos de conducta en la administración generaba dudas similares, ha resuelto mediante la legge n. 190 esta cuestión remarcando que las disposiciones de las disposiciones relativas al control de la corrupción constituyen una infracción disciplinaria (Spadaro/Pastore, 2012, 27).

En cualquier caso, la efectividad de las sanciones va, sin duda unida, a que exista un buen procedimiento de investigación interna y aquí las diferencias son radicales con la compliance de las organizaciones privadas. Cuando una empresa tras una infracción realiza una investigación interna lo puede hacer con diversos objetivos: mejorar sus sistemas de control, sancionar a los infractores y, si lo estima conveniente, cooperar con la administración de justicia. Esto último, como ya apuntamos, puede traerle indudables ventajas. Si el hecho que ha cometido el empleado da lugar a la responsabilidad de la persona jurídica, puede implicar una notable rebaja en la sanción o incluso que la empresa no sea procesada. En definitiva, en el sistema de cumplimiento de las empresas hacer una investigación interna es la forma de

obtener una información que después puede o no compartir con fiscales y jueces según sean sus intereses o su estrategia de defensa (Nieto, 2013 c). Dado que la empresa puede ser sancionada por el delito cometido por la persona natural, goza del derecho constitucional a no contribuir a su propia condena. Tiene perfecto derecho a no entregar el contenido de la investigación o sólo hacerlo en la parte que desee.

En la compliance de las organizaciones públicas la situación es totalmente distinto. El funcionario que, por ejemplo, a través del canal de denuncias toma conocimiento de una infracción constitutiva de delito tiene el deber de comunicarlo inmediatamente al juez o al MF y, además con el fin de no infringir el principio de *ne bis in idem*, debe suspender el procedimiento sancionador. Esto implica que los estímulos que tienen las empresas para descubrir e investigar sus infracciones son más poderosos que los que existen en el caso de la administración. De una forma más clara: las empresas y los dirigentes que son malos policías, tienen más que perder que las administraciones y sus dirigentes cuando no lo son. Esta constatación habrá de tenerse después muy en cuenta a la hora de diseñar un sistema de estímulos que incentive a las administraciones públicas a autorregularse correctamente (vid. infra 4).

### III. La legge anticorruzione n. 190/2012

La mayor parte de cuanto acaba de exponerse coincide con las exigencias del Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción, con el del Consejo de Europa o con las recomendaciones que se realizan a España en los procesos de evaluación, realizados por el Greco o por la OCDE. La normativa italiana que a continuación va a examinarse tuvo como uno de sus principales objetivos cumplir precisamente con estas obligaciones internacionales. En concreto contar con una estrategia nacional anticorrupción y una autoridad que también respondiera a las exigencias de independencia que requiere la Convención de Naciones Unidas. La legge n. 190/2012 es, sin embargo, una ley compleja y extensa. De un lado, no ha olvidado los aspectos represivos procediendo a una profunda revisión de los delitos contra la administración pública, el comiso, pero también el proceso penal con el fin de acortar la duración de los procesos en casos de corrupción. De otro, ha modernizado el marco legal, perfeccionado

instrumentos básicos para la prevención de la corrupción. La ley incluye disposiciones de tutela al *whistleblower*; medidas de prevención de la corrupción en la contratación pública, a través de un novedoso sistema de *white list*; actualización de las normas sobre transparencia y conflicto de intereses, regulando más detenidamente fenómenos como las revolving doors o pantouflage etc. (8)

En lo que sigue, sin embargo, me centrare en los que a los efectos de este trabajo, es el aspecto más interesantes, la forma en que ha organizado el cumplimiento normativo en las administraciones públicas. La idea nuclear de la ley es, sin duda, asimilar la administración a una gran empresa o, más exactamente, lo que en realidad ha hecho la ley es trasladar el esquema de los modelos de organización a la administración pública. Como es conocido, en Italia el d. leg. 231/2001 estableció un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas basado en la culpabilidad por defecto de organización. Explicado a grandes rasgos, de acuerdo con este sistema existe responsabilidad de las empresas cuando uno de sus empleados o directivos comete un delito en su beneficio, en este caso, el ente puede liberarse de responsabilidad si demuestra que implanto correctamente un modelo de organización, es decir, un programa de cumplimiento eficaz para prevenir ese tipo de delitos. Uno de los rasgos del sistema italiano es que el art. 6 del d. leg. 231 establece con cierto grado de detalle cuál es el contenido de este modelo de organización. En estos momentos, el proyecto de reforma del Código penal pretende trasladar prácticamente de manera literal a nuestro derecho este precepto (críticamente Nieto Martín, 2014). Este hecho hace que el sistema italiano sea particularmente interesante y pueda suponer un modelo para introducir en nuestro país medidas de prevención de la corrupción en las administraciones públicas.

Comenzaremos por la forma en que la legge n. 190 ha organizado las funciones de prevención de la corrupción en las administraciones públicas. Como ya hemos señalado, los órganos de cumplimiento han de ser profesionales e independientes. Pero además a la hora de organizar el cumplimiento hay que atender a la máxima *tone*

(8) Existen varios comentarios de las disposiciones de la ley, vid. Conz/Levita (2012), Mattarella/Pelissero (2013), Ferraro/Gambacurta (2013), Spadaro/Pastore (2012).

*from the top*. Sin una implicación visible y efectiva de los máximos dirigentes de una organización en la consecución de los objetivos del programa de cumplimiento, éste resulta papel mojado. Sólo la implicación de los directivos lanza eficazmente el mensaje a los miembros de la organización que el respeto a la legalidad está por encima de otros objetivos, como, singularmente en el caso de la empresa, del beneficio económico. Por esta razón, unida a otras que proceden del derecho de sociedades, los máximos dirigentes de la empresa, esto es el Consejo de Administración y su presidente, son los obligados originarios de diseñar el programa de cumplimiento y de velar por su aplicación.

Esta idea la ha trasladado la legg. 190 a la administración pública a través de la creación del Comité interministerial para la prevención y la lucha contra la corrupción (art. 1.4), compuesto por el presidente del Consejo de ministros y los ministros de administraciones públicas, interior y justicia. A este Comité pueden asistir otros ministros y subsecretarios, el fiscal general, el presidente del Consejo de estado, el Fiscal antimafia etc... Su función, al igual que la que suelen tener los consejos de administración o los comités de auditoría en las empresas, es la de establecer las orientaciones básicas, las líneas generales de la política nacional anticorrupción (9).

El segundo requisito de los órganos de cumplimiento es, como sabemos, el de su independencia y profesionalidad. Para lograr este objetivo ha optado, a semejanza del art. 6 del d. leg. 231, por una estructura bicéfala (críticamente Scullo, en Mattarella/Pelissero, 2013, p. 82 ss), basada en la diferenciación entre funciones de supervisión y ejecución. Con este fin, ha establecido una autoridad nacional anticorrupción la CIVIT (Comisión de evaluación, transparencia e integridad de las administraciones públicas), con estatus de autoridad independiente, cuya función es supervisar la implementación de la política anticorrupción que desarrollan el Comité interministerial, pero sobre todo el Departamento de Función Pública, que es el auténtico órgano ejecutivo.

(9) Ha publicado un primer Indirizzo Linee di indirizzo del Comitato interministeriale per la predisposizione da parte del Dipartimento della funzione pubblica, del Piano nazionale anticorruzione di cui alla legge 6 novembre 2012, n. 190.

La composición de la CIVIT pretende dotarle de un grado de independencia y autonomía suficiente. La CIVIT constituye un órgano colegiado compuesto de cinco personas elegidas entre personas de gran nivel profesional extraños a la administración pública, con probadas competencias en temas de management de servicios públicos. Su proceso de elección es una suerte de procedimiento de co-decisión entre el parlamento y el gobierno. De este modo, éste tiene un papel menos predominante al que normalmente ostenta en la elección de los altos cargos de la administración (Ferraro, 2013, p. 47). Su presidente lo elige el Ministro de Justicia, a propuesta del de Administraciones Públicas. El cargo a de recaer en una persona con notoria independencia, y con experiencia en materia de lucha contra la corrupción.

Como es normal, tal como hemos visto, en muchos órganos de supervisión o inspección administrativa, y también en el modelo bicéfalo de organización de la compliance italiana, la supervisión se acompaña de funciones de asesoramiento. La CIVIT tiene poderes de inspección y coercitivos (art. 1.4 y 5), contando en este punto con la importante colaboración en este punto de la Guardia di Finanza (10), e incluso la posibilidad de establecer medidas imponiendo determinadas obligaciones. La aprobación del Plan nacional anticorrupción, que elabora como veremos trimestralmente el DFP, constituye una de las manifestaciones más importantes de esta tarea (Sciullo, en Mattarella/Pelissero, 2013, p. 74 s).

Mas, tal como acaba de señalarse, la CIVIT actúa también como punto de referencia de todas las administraciones en materia de prevención de la corrupción, estableciendo la estrategia general, señalando los factores de riesgos y promoviendo *best practices*. En este sentido es muy similar a las comisiones de ética pública anglosajonas. Con este fin debe realizar regularmente un análisis de riesgos que identifique “las causas y los factores de la corrupción”, y partir de aquí realizar recomendaciones “individualizando las intervenciones que pueden servir a la prevención de la corrupción (art. 1.2.c). Con carácter no vinculante, resuelve dudas acerca de si determinadas conductas violan o no los códigos éticos o determinadas disposi-

ciones legales (art. 1.2 d. e) o interviene dando su opinión cuando existe un procedimiento de revocación de determinadas personas que ejercen funciones operativas, de implementación (art. 82). De este modo garantiza una cierta uniformidad en la interpretación y aplicación de los códigos éticos y la normativa anticorrupción, pero también hasta cierto punto ejerce, aunque sea indirectamente, funciones sancionadoras. Aunque la CIVIT no tiene atribuidas estas funciones, su opinión señalando que el comportamiento de un empleado público se corresponde o no con el código ético, será decisiva a la hora de establecer la responsabilidad disciplinaria (Spataro/Pastore, 2012, p. 10).

Como venimos señalando, el Departamento de la Función Pública es el verdadero órgano ejecutivo de la política anticorrupción, que coordina y desarrolla a partir de las directrices dadas por el Comité interministerial, de manera coherente a su vez con los compromisos internacionales. Establece y promueve normas comunes; fija los criterios de rotación de los dirigentes públicos en sectores particularmente expuestos a la corrupción; adopta medidas con el fin de evitar el conflicto de intereses; de protección de denunciantes; y, no menos importante, estandarizar la forma en que han de conservarse los datos e informaciones que muestran en cada ente la consecución de los objetivos previstos. Para el correcto ejercicio de estas funciones, de nuevo exactamente igual que ocurre en los programas de cumplimiento, se establece un sistema de flujos de comunicación. Las distintas administraciones públicas deben suministrar periódica o puntualmente una serie de información al órgano central.

El esquema organizativo se completa con los responsables anticorrupción en cada una de las administraciones públicas. En la administración central los directores generales, esto es, el responsable político de cada entidad, nombra al responsable anticorrupción entre algún funcionario de carrera de primer nivel. En los municipios esta función la ejerce, de manera prioritaria, el secretario de la corporación. Los responsables se encargan de definir y actualizar las medidas idóneas a partir de las indicaciones dadas por la autoridad, tras el preceptivo análisis de riesgos, y supervisan su cumplimiento.

Uno de los aspectos más polémicos de la ley es, sin duda, alguna su régimen de responsabilidad.

(10) Vid. art. 34 bis legge n. 221/2012, di conversione del d.l. n. 179/2012.

En el caso de que se cometa un delito de corrupción, el responsable responde disciplinariamente (suspensión de empleo y sueldo de un mes a seis meses) salvo que pruebe que antes de la comisión del delito ha establecido e implantado correctamente el plan anticorrupción. A la responsabilidad disciplinaria se une además la patrimonial, en caso de que se haya ocasionado un perjuicio a la corporación, que comprende incluso daños reputacionales. Como puede apreciarse, la infracción disciplinaria del responsable está diseñada a partir de una responsabilidad por defecto de organización, es decir, de manera semejante a como se establece la responsabilidad de las personas jurídicas en el art. 6 del d. leg. 231.

La legge n. 190 organiza la prevención de la corrupción en la administración pública italiana a través de una especie de “diálogo virtuoso” (Ferraro, 2013, p. 75 s) entre los distintos implicados, con el que pretende a la vez la armonización de las medidas y que están tengan la suficiente flexibilidad para acomodarse a los riesgos específicos de cada administración. Y es que en toda la elaboración de las medidas de prevención, al igual que ocurre en la *compliance* empresarial, el análisis de riesgos es un elemento central. La CIVIT realiza su propio análisis de riesgos con el fin de realizar las recomendaciones que dirige al departamento central. A su vez, cada responsable anticorrupción, debe elaborar su propio mapa de riesgos, que plasma en su plan trienal anticorrupción (11). Estos planes son remitidos posteriormente al Departamento de la Función pública que elabora

(11) El plan trienal de cada administración debe contener los siguientes aspectos (Art. 1.9 legg. 190/2011): (a) Las actividades en que resulta más elevado el riesgo de corrupción, (b) Establecer la forma en que han de desarrollarse las actividades en las que se ha detectado un riesgo de corrupción señalando el procedimiento que debe adoptarse y los mecanismos de control (c) En relación, especialmente, a las actividades de riesgo, indicar las obligaciones de información a los responsables anticorrupción de cada entidad. (d) Mecanismos de supervisión relativos al respeto a las condiciones, previstas en la ley o en los reglamentos, para la realización de estos procedimientos. (e) La forma de supervisar las relaciones entre la administración y sus contratistas o aquellas personas que están interesadas en autorizaciones, concesión de ventajas económicas (subvenciones), lo que exige, por ejemplo, verificar las posibles relaciones de parentesco o afinidad entre estas personas, sus trabajadores, socios o administradores y los funcionarios públicos. (f) Señalar mecanismos de transparencia adicionales a los previstos en la ley.

el Plan Nacional Anticorrupción, que en realidad viene a suponer una especie de sumatorio de las medidas adoptadas en cada institución y los riesgos que han detectado. Este Plan es aprobado finalmente por la CIVIT.

#### **IV. Algunas conclusiones sobre los programas de cumplimiento en las administraciones públicas**

De cuanto se ha indicado en los dos apartados anteriores, pueden extraerse una serie de conclusiones relevantes a la hora de conformar los programas de cumplimiento en la administración pública:

El Estatuto Básico del Empleado Público o cualesquiera que sea la norma que en el futuro se ocupe de esta cuestión, debería establecer la obligación de que cada administración pública contase con su propio código ético y su propio programa anticorrupción a partir del perceptivo análisis de riesgos. Ésta última actividad está ausente en nuestro país, pese a la experiencia comparada, la que existe en el mundo empresarial y las obligaciones que se derivan del Convenio de Naciones Unidas.

Cada organismo público debería nombrar un responsable de prevención de la corrupción, supervisado por un órgano de vigilancia, independiente de los cargos políticos que dirijan la administración. A mayor presencia “política” en una organización administrativa con mayor radicalidad debe apostarse por el carácter independiente-externo del responsable anticorrupción. Esta es una condición imprescindible para el funcionamiento del sistema, dado el carácter político de la corrupción en España. En este punto la legge n. 190 no constituye un modelo, a mi juicio, totalmente acertado. La independencia de los órganos de cumplimiento público debe asegurarse más a “ras de suelo” que en las alturas del sistema.

El órgano de vigilancia de cada administración podría conformarse a través de fórmulas de participación ciudadana. Dando entrada a lo que en la terminología de la Responsabilidad Social Corporativa son los portadores de intereses.

A diferencia de lo que establece la normativa italiana, que prácticamente prohíbe que personas ajenas a cada administración, realicen el análisis de riesgos o intervengan en su confección, se de-

biera ser consciente de que la mayor parte de los administradores necesitarán contar con personal externo ya sea para confeccionar su plan, ya sea para revisarlo. En este punto resulta adecuada la opinión del *Committee on Standards in Public Life* que siempre ha considerado que la autorregulación para ser efectiva necesita la intervención de “extraños” a la organización (2013, p. 40).

Este sistema, que apuesta por un programa anticorrupción en cada entidad pública, como traje a medida, no impide que exista una centralización de la política anticorrupción. En este punto la estructura “tripartita” italiana: Comité interministerial (*tone from the top*); autoridad central, con funciones de supervisión global; y órgano ejecutivo, con funciones de coordinación puede ser de utilidad. En este esquema faltaría sin embargo por dar una mayor presencia al parlamento nacional y autonómico.

La normativa administrativa en las materias más proclives a la corrupción (urbanismo, contratos, contratación de personal, subvenciones...) debería contener unos principios preventivos básicos, que después cada administración debiera concretar en su respectivo plan de prevención. Se trata de una técnica similar a la que el legislador utiliza ya en materia de prevención de riesgos laborales, blanqueo de capitales o prevención del abuso de mercado. En estos sectores la ley, a partir de una sería de principios generales, obliga a las empresas a dispongan de normas internas de prevención adecuadas para conjurar determinados riesgos. Si la autorregulación regulada (Darnaculleta, 2005), funciona con organizaciones privadas, no veo por qué no ha de seguirse este camino con organismos públicos.

Resulta necesario reflexionar, al menos en este terreno, acerca de las funciones del derecho disciplinario de funcionarios públicos. Si la estrategia a seguir en la lucha contra la corrupción es potenciar la capacidad de autorregulación de cada organización, después no podemos privarle de una parte esencial de este mecanismo como es la capacidad de investigar y sancionar los incumplimientos a este sistema (Darnaculleta, 2008).

Además, como nos muestran diariamente los escándalos anticorrupción, la subordinación de los mecanismos de respuesta de la organización a los del derecho penal resultan nefastos. Uno de

los aspectos más preocupantes de la corrupción en nuestro país es que la responsabilidad política, se subordina al resultado del proceso penal (Maroto Calatayud, 2012). La autonomía del procedimiento disciplinario, respecto al penal, podría ser el cauce para establecer la responsabilidad política en caso de violaciones del código ético. Ninguna empresa espera para despedir a un alto directivo implicado en un escándalo de corrupción a que haya una condena penal, mucho antes ya ha puesto en marcha sus propios mecanismos de sanción. Algo similar debería ocurrir en el terreno de lo público.

#### V. “Palos y zanahorias” en la public compliance

La falta de desarrollo de la autorregulación en las entidades públicas puede encontrar explicación en la ausencia de incentivos semejantes a los que existen en el ámbito privado. Tal como advertíamos al comienzo de este trabajo la responsabilidad penal -o sancionadora en general- de las personas jurídicas constituye el incentivo principal. En síntesis, éste actúa del siguiente modo: Uno de los fundamentos básicos de la teoría de la organización, es que para que se adopten mecanismos de autorregulación que sirvan al control de sus integrantes resulta necesario incentivar para ello a las personas que tienen el poder dentro de la misma. En el ámbito privado la responsabilidad penal de las personas jurídicas elige este camino. La comisión de ilícitos en el marco de la empresa no supone ningún problema para los socios que o bien reciben beneficios del comportamiento delictivo, si se hacen en favor de la empresa, o bien ahorran medidas de prevención, como ocurre en las infracciones contra el medio ambiente. Sancionar a la empresa es una forma de que los socios despierten, consideren que la comisión de ilícitos no es eficiente y que, por consiguiente, exijan a los administradores que pongan los medios oportunos para evitarlos (ampliamente Nieto, 2008, p. 43 ss).

Lógicamente este planteamiento no es totalmente reproducible en el seno de las administraciones públicas. Es verdad que por ejemplo imponer una fuerte multa a un Ayuntamiento podría implicar que durante un cierto tiempo tuviera que ser cerrada la guardería o la piscina municipal y que ello, hipotéticamente, podría generar que en las próximas elecciones se castigara políticamente al regidor municipal que no ha sido todo lo diligente

que debiera en la prevención de la corrupción. Pero lógicamente en este juego de incentivos la posición del ciudadano es distinta a la del socio, mientras que el primero participa en una actividad lucrativa el segundo no lo hace. Además los socios, desgraciadamente, tienen mecanismos de presión más potentes sobre los administradores, como la acción de responsabilidad social, que los ciudadanos sobre sus políticos.

Esta diferencia sin embargo no implica que no sea posible establecer ningún tipo de responsabilidad para las administraciones públicas, como organización, como forma de conseguir una correcta auto organización. De hecho, la reciente reforma del CP siguiendo las indicaciones de la OCDE (12), pretende incluir entre las personas jurídicas responsables penalmente a las empresas públicas se dediquen o no a fines de interés social. E igualmente las personas jurídicas sin fines lucrativos e incluso los partidos políticos son sancionados penalmente. Más aún algunos ordenamientos, como la norteamericano, sancionan sin problemas a las administraciones públicas.

Por esta razón a mi juicio más que el sí o el no de la responsabilidad, la cuestión está en pensar qué sanciones. La multa, en la que siempre se piensa cuando se trata de personas jurídicas, es una sanción con numerosos daños colaterales, en cuanto que con facilidad afecta a personas que no han tenido que ver con la infracción. Ahora bien, existen sanciones con menos daños colaterales. Sería el caso por ejemplo de la publicación de las sentencias de condena contra una administración pública, pero sobre todo la intervención judicial. Esta sanción, prevista también para las empresas en numerosas legislaciones, tiene una finalidad fundamentalmente “resocializadora”. Dicho de manera esquemática, la intervención conduce a nombrar un interventor que supervise y ayude al organismo público que debe adoptar las medidas anticorrupción, con el fin de prevenir en el futuro comportamientos similares. El objetivo de la intervención sería en exclusiva la reorganización preventiva de la entidad, por lo que no afectaría a la autonomía política. Para quienes la ruptura del dogma de sancionar penalmente a las administraciones públicas pueda resultar excesivo, podría

pensarse que esta sanción fuera impuesta, por ejemplo, por la autoridad central en materia de corrupción y que no fuera calificada de penal.

En cualquier caso y además de la vía colectiva, la autorregulación puede conseguirse a través de sanciones que afecten a los responsables de adoptar las medidas de autorregulación. En cierto modo, este camino es el que se ha ensayado en la legge 129 a través de las fuertes sanciones disciplinarias y patrimoniales que pueden ser impuesta al responsable de anticorrupción de cada organismo. Esta medida está a mi juicio mal enfocada. El responsable anticorrupción, sobre todo como cuando ocurre en España la corrupción es política, puede convertirse en un simple chivo expiatorio. Como antes señalábamos, las sanciones dentro de una organización para ser efectiva deben afectar a sus máximos responsables.

No obstante, y reformulando esta idea, podría crearse una infracción que apuntara al responsable máximo de cada unidad administrativa. Sin ir más lejos, y volviendo de nuevo al ámbito empresarial, se trataría de un precepto de estructura similar al art. 286 seis del proyecto de reforma del Código penal que castiga con penas de inhabilitación al “el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida.” No hace falta insistir en que esta infracción es estructuralmente similar — salvando los distintos sujetos activos — a la que en Italia establece la responsabilidad disciplinaria del encargado anticorrupción.

En el marco de las empresas este precepto tiene fundamentalmente un problema de taxatividad en cuando que no determina las medidas que han de ser adoptadas, salvo en ámbitos muy concretos como la prevención de riesgos laborales, el blanqueo de capitales etc. Ahora bien, pensando en su utilización en el ámbito de las organizaciones públicas, un precepto similar constituiría el sistema de cierre de la obligación legal de que cada organización se dote de un programa anti-

(12) Phase 3 Report on implementing the OCDE anti-bribery convention in Spain, December 2012 <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Spainphase3reportEN.pdf>.

corrupción, cuyas características, tal como hemos visto además en el sistema italiano, están bastante definidas.

En suma, y como creo que ha podido demostrarse en este trabajo, de un lado, es posible perfeccionar la ética pública, con medidas que provienen de ese sistema de gestión empresarial que denominamos programas de cumplimiento y, de otro, es perfectamente posible establecer incentivos eficaces que afecten a los responsables máximos de cada organización con el fin de que implementen de manera eficiente este tipo de programas.

## VI. Bibliografía

- BERMEJO M (2009), Prevención y Castigo del blanqueo de capitales, Tesis doctoral. Pompeu Fabra. Barcelona.
- Committe on Standars in public life (1995), Standards in Public Life. First report of the Committee on Standards in public life. Chairman Lord Nolan.
- Committe on Standars in public life, (2013). Standars Matter. A review of best practice in promoting good behaviour in public life.
- CONZ/LEVITA (2012), La Legge anticorruzione. Dike. Roma.
- DARNACULLETA i GARDELLA (2005), La autorregulación regulada, Marcial Pons, Barcelona.
- DARNACULLETA i GARDELLA (2008), Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias, en Arroyo Jiménez L./Nieto Martín, Autorregulación y sanciones. Lex Nova. Valladolid.
- FERRARO/GAMBACURTA (2013), Anticorruzione. Commmmento alla riforma, Maggioli Editore.
- GIL SORIANO (2011), La Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) como elemento central de la protección de los intereses financieros de la Unión Europea: sobre la situación actual de la lucha contra el fraude en la Unión Europea, Revista General de Derecho Penal, N° 15, 2011.
- GOBERT/PUNCH (2000), Whistleblowers, the Public Interest and the Public Interest Disclosure Act 1998, The Modern Law Review, Vol. 68.
- GÓMEZ JARA C.(2005), La responsabilidad penal de la empresa en los EE.UU. Ramón Areces. Madrid.
- GOÑI SEIN J.L. (2011), Sistema de denuncia interna de irregularidades, en Goñi Sein (dir.), Ética empresarial y códigos de conducta. La Ley. Madrid.
- GRIFFIN L. K. (2007), Compelled Cooperation and the New Coorporate Criminal Procedure, New York University Law Review, Voll. 82.
- HAUSCHKA C. (2010), Corporate compliance. Hadnbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen. Beck. Munich.
- HEILBRUNN J.R (2014), The Fight Against Corruption: The World Bank Debartment Policy, en Manacorda/Centonze/Forti (eds.), Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model, Springer, 2014.
- Informe COSO (1997). Los nunoevos conceptos del control interno, Coopers & Lybrand. Diaz de Santos. Madrid.
- KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (eds.) (2014), Compliance y teoría del derecho penal, Marcial Pons. Barcelona.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ J. A. (2013), Compliance, debido control y unos refrescos, en Arroyo Zapatero L./Nieto Martín A., El Derecho penal económico en la era compliance. Tirant lo Blanch. Valencia.
- MALEM SEÑA (2006), Códigos éticos corporativos y lucha contra la corrupción, en Arroyo/Nieto, Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha. Cuenca.
- MAROTO CALATAYUD (2014), La financiación ilegal de partidos políticos: un análisis político criminal. Marcial Pons. Barcelona (en prensa).
- MATTARELLA/PELISERO (2013), La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione. Giappichelli Ed. Torino.
- MOOSMAYER K. (2010), Compliance. Praxisleitfaden für Unternehmen. Beck. Munich.
- MOOMAYER K. (2011), Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales,

en Arroyo Zapatero L./Nieto Martín A., *El Derecho penal económico en la era compliance*. Tirant lo Blanch. Valencia.

MORATO GARCIA R.M. (2013), Incumplimiento de los códigos de conducta y potestades disciplinarias del empresario, en Goñi Sein (dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*. La Ley. Madrid.

MUÑOZ DE MORALE M./NIETO MARTIN (2014), Compliance Programs and Criminal Law Responses: A Comparative Analysis, en Manacorda/Centonze/Forti (eds.), *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, Springer, 2014.

NIETO MARTIN A. (2003), La corrupción en el comercio internacional (o de como la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo), *Revista Penal*.

NIETO MARTIN A. (2008), La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo. Iustel. Madrid.

NIETO MARTIN A. (2013 a), La privatización de la lucha contra la corrupción, en Arroyo Zapatero L./Nieto Martín A., *El Derecho penal económico en la era compliance*. Tirant lo Blanch. Valencia.

NIETO MARTIN A. (2013 b), Problemas fundamentales de la Compliance y Derecho penal, en Ortiz de Urbina/Khülen/Kudich (dir.), *Compliance y derecho penal*. Marcial Pons. Barcelona.

NIETO MARTIN (2013 c), Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal. *Diario La Ley*, N° 8120, 2013.

NIETO MARTIN (2014), El art. 31 bis del Código penal y las reformas sin estruendo. *Diario La Ley*. N° 8248, 2014.

OCDE (1997), *La ética en el servicio público*. MAP. Madrid.

PARKER C. (2002), *The Open Corporation. Effective Self-regulation and Democracy*. Cambridge University Press.

PIETH (2011), *Harmonising Anti-Corruption Compliance. The OECD Good Practice Guidance*. Dike. Zurich.

RAGUÉS I VALLES (2013), *Whistleblowing. Una aproximación desde el derecho penal*. Marcial Pons. Barcelona.

SIERRA MOLINA/RUÍZ CUENCA (2002), *La contabilidad y el control de la gestión pública*. Civitas. Madrid.

SELVAGGI (2014), *Le black list della Banca mondiale: verso un sistema globale di sanzioni?*, en Nieto Martín (dir.), *Public compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos* (en prensa).

SIEBER U., (2013), *Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*, en Arroyo Zapatero L./Nieto Martín A., *El Derecho penal económico en la era compliance*. Tirant lo Blanch. Valencia.

SILVA SÁNCHEZ (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), (2014), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Atelier. Barcelona.

SPADARO/PASTORE (2012), *Legge anticorruzione* (l. 6 novembre 2012, n. 190), *Il Penalista*, Giuffré Editore.

SWENSON, (1995), *The Organizational Guidelines, "Carrots and Stick" Philosophy, and their focus on "effective" compliance*, en *Corporate Crime in America: Strengthening the "Good Citizen" Cooperation*. Washington D.C.

TRAPASSO M.T. (2012), *Control of compliance programs: the supervisory body*, en Fiorella (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs*. Vol. II. Towards a common model in the European Union, Jovene Editore. Napoles.

VILLORIA MENDIETA M. (2000), *Ética pública y corrupción: Curso de ética administrativa*. Tecnos. Madrid.

VILLORIA MENDIETA M. (2009), *Dirección y gestión de recursos humanos en las administraciones públicas*. Tecnos. Madrid.

VILLORIA MENDIETA M. (2014), *La corrupción en España: rasgos y causas esenciales* (en esta misma obra). ♦

# La reforma introducida por la ley 26.524 ¿solucionó los problemas dogmáticos que presentaban los arts. 200 y sigs. del CP vinculados con la responsabilidad penal por el producto? (\*)

POR EUGENIO C. SARRABAYROUSE

**Sumario: I. Introducción. La responsabilidad penal por el producto y los delitos contra la salud pública. — II. Los delitos contra la salud pública. Los antecedentes, las reformas y el texto vigente según la ley 26.524. — III. Los antecedentes extranjeros del régimen argentino de los delitos contra la salud pública. Alemania y España. — IV. El tipo objetivo de los arts. 200, 201 y 203, CP, en su anterior redacción. La reforma de la ley 26.524. Jurisprudencia: exposición y crítica. — V. Los arts. 201 y 203 del CP. — VI. Conclusión.**

## I. Introducción. La responsabilidad penal por el producto y los delitos contra la salud pública

La responsabilidad por el producto se transformó en un objeto de particular interés de la ciencia jurídica a partir de la década de 1960, situación a la que no pudo escapar el Derecho penal.

Desde aquella época, se registran diversos casos penales resonantes en todo el mundo. En Alemania tres fueron los que, cronológicamente, sacudieron a la opinión pública y generaron un hondo debate jurídico sobre los distintos problemas que

genera la responsabilidad penal por el producto (en adelante, rpp): *Contergan*, *Lederspray* (aerosol para cueros) y *Holzschutzmittel* (protector de maderas).

Sin lugar a dudas, el primer caso que conmovió a la opinión pública mundial fue el denominado *Contergan* o de la *Thalidomida*. En Alemania fue donde alcanzó mayor repercusión aunque las consecuencias generadas por este medicamento provocaron alrededor de 250 procesos judiciales en 33 países diferentes. Durante 1960 y 1961, en aquel país se desató una verdadera epidemia de niños malformados. En diciembre de 1961 co-

(\*) Este trabajo, con varias modificaciones, reconoce su origen en el texto de la defensa de la tesis doctoral "La responsabilidad por el producto en el Derecho penal argentino", realizada en la Facultad de Derecho (Universidad de Buenos Aires) el 5 de junio de 2006. La misma fue publicada bajo el título *Algunas soluciones a los problemas que plantea la responsabilidad por el producto en el Derecho penal argentino*, en MAIER, Julio B. J. / CÓRDOBA, Gabriela E., (comps.), *¿Tiene un futuro el Derecho penal?*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, pp. 249-287. Por su parte, la tesis doctoral apareció bajo el título, *Responsabilidad penal por el producto*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007. Además, el presente artículo fue redactado originariamente para participar en la obra *Derecho penal y democracia: desafíos actuales*. Libro Homenaje al Prof. Dr. Jorge de la Rúa, compilada por Gabriel Pérez Barberá y María Antonia de la Rúa y publicada por la Editorial Mediterránea en 2011. Lamentablemente, por causas imputables únicamente a mí, este trabajo no llegó a integrar aquel homenaje. En él, los distintos autores des-

tacon, con justicia, los innumerables méritos personales y académicos que acapara el Dr. Jorge de la Rúa. Por mi parte, quiero sumarme tardíamente a ese homenaje a través de una anécdota personal que ilustra acabadamente sobre la importancia de su obra científica. Desde hace ya muchos años me he radicado en la provincia de Tierra del Fuego. En alguna oportunidad, reunido o dialogando con colegas y amigos que también trabajaban en el Poder Judicial local, discutíamos sobre el alcance de alguna regla de la parte general de nuestro Código penal. Entonces, uno de ellos (el Dr. José Luis Said que por entonces trabajaba en el Superior Tribunal local) ponía término a las disputas con una sabia recomendación: "Recurramos a la Biblia". Este texto sagrado no era otro que el Código penal argentino. Parte general, del Prof. de la Rúa. Vaya entonces nuestro agradecimiento a las tantas oportunidades en que esa obra señora y su autor, nos sacaron de algún "apuro" dogmático, nos permitió seguir adelante con nuestras tareas e impulsó a continuar con renovados bríos la investigación de los temas discutidos.

menzó el proceso penal ante la sospecha nacida de diversos informes médicos que cuestionaron las consecuencias del consumo de la *Thalidomida*, sustancia contenida en un medicamento empleado como tranquilizante, somnífero y para combatir los mareos y náuseas durante el embarazo. Tras una extensa investigación preliminar e intensas discusiones sobre la causalidad entre el consumo del producto y los daños aparecidos, el proceso finalizó con el sobreseimiento de los directivos imputados luego de que la firma Grünenthal, productora del medicamento, asumió el compromiso de pagar 114 millones de marcos a las víctimas, a cambio de la renuncia a continuar con los reclamos civiles por los daños sufridos. Además, el gobierno federal alemán aportó otros 100 millones para el mismo objetivo que hasta el presente son administrados por una fundación especialmente creada con esa finalidad. (1)

Aunque desde el proceso por el protector de maderas no se registran procesos penales importantes, (2) lo cierto es que regularmente, surgen

(1) Sobre el desarrollo del proceso puede consultarse el resumen que acompaña a la versión española del trabajo de KAUFMANN, Armin, Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan. Consecuencias para el derecho en vigor y para la legislación, traducción de Conrado A. Finzi, "Nuevo Pensamiento Penal" 1972, pp. 7-35; Hans-Jürgen BRUNS, Ungeklärte materiell-rechtliche Fragen des Contergan-Prozesses, en LÜTTGER, Hans (compilador), Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1972, ps. 317-340; del mismo, Ungeklärte verfahrensrechtliche Fragen des Contergan-Prozesses, en Friedrich Christian SCHROEDER/Heinz ZIPF (compiladores), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, C.F. Müller, Karlsruhe, 1972, pp. 469-486; también puede verse un resumen de los casos más importantes en WISSINS, Jürgen, Strafrechtliche Produkthaftung, en VOLK, Klaus (comp.), Münchener Anwalts Handbuch. Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, Beck, München, 2006, pp. 79-85. Más recientemente, el trabajo de CANCIO MELIÁ, Manuel. Caso Contergan, en Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (Coord.), Casos que hicieron doctrina en Derecho penal, La Ley, Madrid, 2011, pp. 207-222.

(2) Se indica como una de las razones por las cuales en Alemania son cada vez menos los casos judiciales donde se discute la rpp (en particular, la responsabilidad que les cabe a los directivos de las empresas fabricantes), el pánico de los empresarios por recibir sanciones que los lleva a tomar medidas preventivas; en el caso del medio ambiente, pariente próximo de la rpp, para evitar daños ecológicos; cfr. Klaus TIEDEMANN / Urs KINDHÄUSER, , Umwelts-traf recht — Bewahrung oder Reform, Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSZ), n° 8, 1988, p. 339; la cita ha sido tomada

informaciones sobre efectos colaterales generados por medicamentos, alimentos contaminados o acciones de retirada del mercado de productos por sus empresas fabricantes, lo que reaviva la actualidad del estudio de la rpp. (3)

Por su parte, en nuestro país, si bien han ocurrido casos también resonantes de rpp, (4) ella como tema específico no ha recibido demasiada atención de la doctrina, y en general tampoco se han analizado con profundidad las dificultades que plantea. Al respecto existe una mezcla de indiferencia y desconocimiento de los problemas que abarca, quizás porque se la observa únicamente desde la óptica de la protección penal del consumidor o del derecho penal de consumo, (5) omitiéndose así el tratamiento de las dificultades

de Peter REICHENBACH, Kriminalpolitik und Strafrecht, en Hans-Jürgen LANGE (comp.), Kriminalpolitik, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2008, pp. 318-319, quien sostiene la posición contraria: señala que son muy pocas las condenas por estos casos y que la mayoría de ellos son de pequeña o mediana monta, por lo cual, culminan en acuerdos procesales.

(3) Uno de los últimos casos conocidos es el Lipobay, medicamento contra el colesterol fabricado por Bayer que generaba daños musculares; también se cuentan las infecciones del virus del HIV generadas por transfusiones de sangre; entre los alimentos contaminados, se cuentan los casos de verduras y hortalizas contaminadas con pesticidas o el llamado caso de la "vaca loca", cfr. al respecto Michael MAYER. Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittel-schäden, Springer, Berlin - Heidelberg, 2008, pp. 1 - 3; Holger Tobia WEIß, Die rechtliche Gewährleistung der Produktsicherheit, Nomos, Heidelberg, 2008, pp. 35 - 38.

(4) Los casos más importantes han sido el de los vinos "Mansero" y "Soy Cuyano", el del propóleos y más recientemente el del Yectafer que está en el origen de la reforma penal introducida por la ley 26.524. El estudio de los dos primeros casos puede verse en nuestra tesis doctoral, pp. 91 — 104.

(5) Con este criterio, Federico M. Alvarez Larrondo y Adriana Arestin señalan como único trabajo específico sobre el Derecho penal del consumo, la obra de Oscar Eduardo Romera, Protección penal del consumidor; aparecida en 1999; también se mencionan trabajos de Arce Aggeo, Carrizo y el mismo Álvarez Larrondo; sin embargo, se omite la mención y análisis de las obras indicadas en la nota 1, que sin lugar a dudas integran la categoría de Derecho penal de consumo, postulada por los autores del artículo mencionado. Cfr. ALVAREZ LARRONDO, Federico / ARESTIN, Adriana. Derecho penal de consumo. Un fallo que debe servir de ejemplo para nuestro país, Revista de Derecho penal y Criminología, año III, n° 8, septiembre 2013, pp. 159 - 168, en particular, p. 159, nota 1, donde se encuentra la cita completa de las obras citadas.

específicas que la rpp plantea tanto a la dogmática penal como a las nociones tradicionales del Derecho procesal penal.

Los casos de rpp plantean diversas dificultades: la dispersión de las leyes que regulan y establecen los deberes de los fabricantes, muchas de las cuales contienen sus propios tipos penales; los criterios para establecer la autoría de los fabricantes (actuar en lugar de otro, posición de garante), la responsabilidad penal de las personas jurídicas, los delitos imprudentes y de peligro; desde el punto de vista procesal, la prueba de la relación de causalidad, el alcance del principio in dubio pro reo, el empleo de leyes estadísticas. (6)

Tal como lo establecimos en nuestros trabajos ya citados, los delitos contra la salud pública, en particular los arts. 200, 201 y 203, del CP, en su redacción conforme con la ley 23.077, con algunas modificaciones, podrían solucionar muchos de los problemas que plantea la rpp. Estos cambios deberían consistir en la inclusión del deber de información del fabricante que conoce que el producto inicialmente inocuo se ha transformado en nocivo para la salud de los consumidores (legislado mediante un tipo omisivo) y la articulación de un sistema integral de protección del consumidor, donde el Derecho penal cumpliera un papel subsidiario. (7) En las investigaciones mentadas, también señalamos las dificultades interpretativas que planteaban aquellos delitos. Entre las más importantes, se destacan fijar el alcance de las expresiones “de un modo peligroso para la salud” y “disimulando su carácter nocivo”, contenidas en los arts. 200 y 201, además de la utilización del término “mercaderías” en el segundo art. mencionado pero no en el primero. (8)

Por esta razón, y ante la reforma introducida por la ley 26.524, (9) nos preguntamos entonces si ella solucionó alguno de los problemas enunciados.

(6) Para un análisis pormenorizado de todas estas cuestiones, remitimos a nuestra tesis doctoral, citada en la nota 1.

(7) Cfr. SARRABAYROUSE, Eugenio. Responsabilidad penal por el producto, op. cit., el capítulo 6, punto D, pp. 755-759.

(8) Cfr. SARRABAYROUSE, Eugenio. Responsabilidad penal por el producto, op. cit., en particular p. 681 y sigs; y 701 y sigs.

(9) Sancionada el 14 de octubre de 2009, promulgada el 4 de noviembre y publicada en el “Boletín Oficial” el 5 de noviembre. Modificó los arts. 200, 201, 203, 204 bis, 204 ter

Con el fin de responder este interrogante, recordaremos y precisaremos, en primer término, las dificultades interpretativas que ya planteaban, antes de su última reforma, los tipos penales que tutelan la salud pública; así, examinaremos los arts. 200, 201 y 203, CP, en su antigua redacción; simultáneamente, centraremos nuestra atención en los aspectos más importantes de la modificación introducida por la ley 26.524. Nuestro análisis, además, se limitará al tipo objetivo de los delitos mencionados, con lo cual dejamos de lado otras cuestiones de interés, como por ejemplo, el tipo subjetivo de estas figuras y su relación con otros tipos penales. (10)

## II. Los delitos contra la salud pública. Los antecedentes, las reformas y el texto vigente según la ley 26.524

Nuestro CP incluye un capítulo dedicado a los delitos contra la salud pública dentro del título VII de la parte especial -delitos contra la seguridad pública.

Ya la denominación del capítulo IV -“Delitos contra la salud pública. Envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas”-, ha sido objeto de críticas que califican la segunda frase de superflua y producto de un error material de redacción. En este sentido, algunos autores entienden que el agregado “*envenenar o adulterar aguas potables o alimentos o medicinas*” carece de explicación lógica; se trataría de un error; “*.. lo que seguramente debió pasar, porque otra explicación no tiene, es que alguien se equivocó, y más tarde alguien no reparó en ese error. En efecto: la Comisión que tuvo a su cargo elaborar el Proyecto de 1906 empleó como en 1891 la frase delitos contra la salud pública, pero con la salvedad de que originalmente llamó a cada infracción por su nombre. El Proyecto de 1917 no empleó ese método, pero curiosamente designó al capítulo de la misma forma que el Código vigente. Eso nos hizo pensar que no fue más que un error material que se deslizó al copiarlo, agregando la última parte, que designaba con los verbos en infinitivo maneras particulares de lesionar la salud pública...*” (11)

y 204 quáter y 206 y agregó los nuevos arts. 201 bis y 204 quinquies del CP.

(10) Una vez más, remitimos al lector interesado a los trabajos señalados en la nota 1.

(11) Cfr. LAJE ANAYA, Justo. Algunos aspectos de los delitos contra la salud pública, JA, Doctrina, 1974-335,

Con diferentes técnicas legislativas, todos los antecedentes y los proyectos de reformas del código penal vigente han contemplado la protección de la salud pública. La doctrina nacional destaca que los delitos comprendidos en este capítulo tienen como nota distintiva la idea de peligro común, pues la seguridad, género al que pertenecen los delitos contra la salud pública, sólo puede ser afectada mediante la creación de ese peligro. La importancia del punto reside en la necesidad de distinguir estos delitos de los ataques individuales contra la vida o la salud. (12)

Entre los antecedentes nacionales del art. 200, CP, figura básica del capítulo, la doctrina nacional suele citar las Partidas, el Proyecto (o Código) de Tejedor, el de Villegas-Igarzúa-García, y los de 1891, 1906, y 1960; mientras que entre los antecedentes extranjeros se mencionan el art. 174 del Código holandés, el § 324 del StGB, el art. 315 del Código húngaro, los arts. 318 y 319 del italiano, el art. 257 inc. 2º del español y el art. 274 del peruano. (13)

cit. por el mismo autor en Comentarios al Código Penal, v. 3, Depalma, Buenos Aires, 1978-1985, p. 360; también MOLINARIO, Alberto / AGUIRRE OBARRIO, Eduardo. Los delitos, t. III, TEA, Bs. As., p. 110; DONNA, Edgardo. Derecho penal Parte Especial, t. II-C, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 201, nota 1.

(12) Cfr. SOLER, Sebastián. Derecho penal argentino, 4ª ed. de la parte especial, actualizada por Bayala Basombrio, t. IV, TEA, Buenos Aires, 1988, pp. 648-649, quien pone de resalto que ni siquiera el número de víctimas es decisivo para definir si se trata de un delito contra la salud pública. "... pues es posible causar lesiones o la muerte de un número considerable de personas sin que por eso tenga nada de común con un atentado de los que entramos a estudiar..."; CREUS, Carlos. Derecho penal. Parte especial, t. 2, 5ª ed., Astrea, Bs. As., p. 67; NÚÑEZ, Ricardo. Tratado de Derecho Penal, 2ª ed., t. V, v. I, p. 112, Lerner, Córdoba, 1987, quien admite la posibilidad de otorgarles un título independiente; Laje Anaya, Comentarios, v.3, pp. 359-361 destaca que estos delitos "son susceptibles de producir grandes estragos y generar un peligro común de mucha entidad"; MANIGOT, Marcelo. Código penal de la Nación Argentina. Anotado y Concordado, 4ª ed., Bs. As., 1979 t. II, p. 709 nm. 1202 con cita del "Proyecto de 1891", p. 180; FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho penal, 2ª ed., t. VI, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1993 p. 377, para quien estos delitos son de peligro indeterminado, lo que los hace prevalecer sobre el ataque a otros bienes jurídicos. Esta posición reviste particular interés para la rpp, porque de acuerdo con ella, no podrían aplicarse a los casos que aquí nos ocupan los tipos básicos de los arts. 79, 84, 89, 90, 91 y 94, CP (homicidio, homicidio imprudente, lesiones leves, graves y gravísimas, y lesiones imprudentes, respectivamente).

(13) Cfr. BREGLIA ARIAS Omar / GAUNA, Omar. Código penal y leyes complementarias. Comentado, anotado y

En el Proyecto o Código Tejedor (14) los delitos contra la salud pública estaban contemplados en el Libro II, Sección II, Título 5º, bajo el título "De los delitos y crímenes contra la salud pública" (arts. 444-449).

La ubicación y sistemática actual de los delitos contra la salud pública no proviene de este proyecto, pues ellos no integraban un capítulo dentro del título dedicado a los delitos contra la seguridad común, sino que contaban con uno propio, de acuerdo con el sistema del código español de 1848 y el peruano de 1862. (15)

El art. 444 establecía: *"El que a sabiendas elabore ó espenda sustancias nocivas a la salud, sufrirá tres meses de arresto y multa de cien á mil pesos fuertes. La misma pena sufrirá el que sin autorización*

concordado, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 732. El análisis de la evolución histórica de los delitos contra la salud pública puede verse en FONTÁN BALESTRA, Tratado, op. cit., t. VI, pp. 378-380; NÚÑEZ, Tratado, op. cit., t. V, v. I, p. 112; LAJE ANAYA, Comentarios, op. cit., v. 3, pp. 359-361; SOLER, Derecho penal, op. cit., t. IV, pp. 649-650; MOLINARIO-AGUIRRE OBARRIO, Los delitos, op.cit., t. III, pp. 106-107; DONNA, Derecho penal, op. cit., t. II-C, pp. 202-203.

(14) Carlos Tejedor fue un importante político de la segunda mitad del siglo XIX. En cuanto a las influencias ideológicas de su proyecto, señalan Zaffaroni y Arnedo que la principal fue la del código de Baviera de 1813, elección calificada por algunos autores como exótica o antojadiza. Tejedor conoció dicho código a través de la traducción de Ch. Vatel (Code Pénal pour le Royaume de Baviere, Paris, 1852), que adolecía de algunas imprecisiones. Según los autores que citamos, era obvio que Tejedor no podía comprender claramente las ideas de Feuerbach, hacedor de aquel código, pues su obra no estaba traducida al castellano. Sin embargo, la elección de Tejedor no fue arbitraria, ya que intuyó el profundo sentido liberal del texto bávaro, claramente diferente del modelo bonapartista y técnicamente superior. El proyecto que citamos no fue sancionado por el Congreso Nacional, pues era demasiado revolucionario para nuestros juristas de entonces, y faltaba información para comprenderlo. Paulatinamente se convirtió en un código nacional a través de sucesivas sanciones legislativas provinciales. La primera correspondió a La Rioja (14/8/1876) y la última a Tucumán (28/5/1881). Por esta razón, para los autores citados debería hablarse de "Código Tejedor" y no de "Proyecto"; cfr. ZAFFARONI, Eugenio R. / ARNEDO, Miguel Alfredo. Digesto de codificación penal argentina, A-Z Editora, Madrid, 1996, t.1, pp. 16-19. MOLINARIO y AGUIRRE OBARRIO señalan que el Proyecto Tejedor rigió en todo el país, adoptado por las provincias, excepto Córdoba, que sancionó el de Villegas, Ugarriza y García; cfr. autores citados, Los delitos, op.cit. t. I, p. 78.

(15) Véase NÚÑEZ, Tratado, op. cit., t. V, v. I, p. 112.

*bastante elabore productos químicos que puedan causar estragos. Si procediese con autorización, pero faltando á los reglamentos prescriptos sobre fabricación ó espendio de tales productos, se reducirá la pena á multa de cincuenta á quinientos pesos fuertes”; por su parte, decía el art. 445: “El que á sabiendas mezcle en las bebidas ó comestibles que se destinan al consumo público sustancias nocivas á la salud, será castigado con arresto de tres meses y multa de cincuenta á quinientos pesos fuertes. La misma pena tendrá el que venda á sabiendas las bebidas ó comestibles así mezclados”.* (16)

En cuanto a las fuentes de estas normas, Tejedor menciona en las notas respectivas, entre otras, el art. 160 del código peruano y los arts. 253, 254, 257 del español, además de las Partidas.

Las distintas codificaciones del Derecho español se adelantaron a su tiempo en el tema de la protección penal de la salud pública. El código de 1822 le dedicaba ya el título IV de la primera parte; tras su corta vigencia, el de 1848, recogió ese título pero circunscripto a la elaboración de sustancias farmacéuticas y alimentos de posibles efectos nocivos. Parte de su contenido pasó a los códigos posteriores y llegó hasta la actualidad. (17)

Es interesante destacar que ya Tejedor advertía con claridad uno de los problemas principales que enfrenta esta clase de delitos, cuando comentó el art. 444: *“.. El delito consiste únicamente en la venta de las nocivas sin consideración del daño que causen. ¿Cuál es el carácter de este delito? Si se considera el fin del que lo comete, es un fraude, un hurto. Él no se inquieta por las consecuencias de su falsificación. No piensa, ni desea que estos resultados sean desagradables. Él engaña al comprador por obtener una ganancia ilícita. No tiene en vista más que este beneficio. Y es por esta observación que los viejos criminalistas veían en*

(16) Las citas corresponden al código penal de la prov. de Buenos Aires sancionado el 29/10/1877 y publicado en la obra de ZAFFARONI/ARNEDO, *Digesto*, op. cit., t. 1, pp. 157-380, pues dicho texto, según los autores que citamos, presenta la ventaja de que el articulado está numerado, cosa que no ocurría con el Proyecto.

(17) Cfr. con más detalles sobre la evolución de estos tipos penales en el derecho español, PÉREZ ALVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación. Análisis del tipo objetivo del delito alimentario nocivo*, Praxis SA, Barcelona, 1991, pp. 79-86.; ver también NUÑEZ, *Tratado*, op. cit., t. V, v. I, p. 112.

*este delincuente un falsario... Si por el contrario se considera el resultado de la acción, y sus efectos sobre la salud, el delito no será solo un fraude en la cosa vendida, sino que constituirá un atentado contra la vida de las personas...”.*

En el análisis de este antecedente no debe perderse de vista, como bien señala Fontán Balestra, que la lenidad de las penas previstas revela que no se tenía en cuenta la seguridad común y que estos hechos se contemplaban como una suerte de contravenciones. (18)

El Proyecto de 1891 (19) es el que inicia entre nosotros el sistema actualmente vigente, en el que los delitos contra la salud pública integran el capítulo III del título VI, “Delitos contra la seguridad pública”.

El art. 239 establecía: *“Será reprimido con penitenciaría de tres á diez años el que corrompiere, envenenare ó adulterare de un modo peligroso para la salud aguas potables ó sustancias alimenticias ó medicinales, destinadas al uso público ó al con-*

(18) Cfr. FONTÁN BALESTRA, *Tratado*, op. cit., t. VI, p. 379, quien reitera las críticas formuladas en el mismo sentido por el Proyecto de 1891. Esta distinta conceptualización de las infracciones relacionadas con la salud pública está vinculada con la evolución de la elaboración de los productos, en particular los alimenticios: en la época de nuestra organización nacional, los alimentos que se ofrecían a la población eran casi todos frescos pues no existía una actividad industrial como la que conocemos en la actualidad. Los mercados de alimentos eran locales y el comercio limitado ya que los productos no podían transportarse a grandes distancias sin perder sus condiciones organolépticas. El progreso de la ciencia y la tecnología en este campo significó el desarrollo de la industria de los alimentos y con el consiguiente aumento de los peligros para la salud pública; cfr. Daniel F. BENVENUTO, *Código Alimentario Argentino*, t. 1, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2000 p. 15.

(19) El Proyecto Piñero-Rivarola-Matienzo (de 1891) correspondió al resultado de la labor de la comisión integrada por Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo. Los tres eran catedráticos, publicistas de primera magnitud y contaban con un amplio espectro de conocimientos. Eran tres intelectuales jóvenes y su trabajo constituyó la base para la elaboración de los textos posteriores que después de 30 años desembocaron en el código de 1921. Con este proyecto, tienen entrada en la legislación argentina dos importantes códigos europeos: el holandés del 3 de marzo de 1881 y el italiano del 30 de junio de 1889 o “Códice Zanardelli”, como también el húngaro de 1878. Una de sus características principales era que mantenía la pena de muerte e introducía la de deportación; cfr. ZAFFARONI/ARNEDO, *Digesto*, op. cit., t. 1, pp. 32-41.

*sumo de una colectividad de personas. Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez á veinte años de presidio.*"

Este texto concordaba con el art. 172 del código holandés, el 324 del StGB, el 315 del húngaro, el 318 y el 319 del italiano y el 357, n° 2, del español.

Según la exposición de motivos del proyecto, ciertos delitos contra la salud pública son susceptibles de producir grandes estragos "... y generan un peligro común de mucha entidad...". En alusión crítica a la técnica del código de 1886, los autores de este Proyecto señalaban que el título consagrado a estos delitos no había considerado los actos más importantes y trascendentales contra la salud y que las penas previstas se destacaban por su lenidad. (20)

Por su parte, el art. 240 establecía: "*Las penas del artículo precedente serán aplicadas, en su caso, al que vendiere, pusiere en venta, entregare ó distribuyere mercaderías peligrosas para la salud disimulando su carácter nocivo.*"

En cuanto a las concordancias, el Proyecto de 1891 menciona las siguientes: cód. holandés, art 174; alemán, art. 324; húngaro, art. 315; italiano, arts. 319 y 320; cód. penal, arts. 295, 296 y 297.

La exposición de motivos definía que la "... *palabra mercaderías comprende los medicamentos, los comestibles, las sustancias nocivas y toda clase de efectos perjudiciales ó peligrosos para la salud pública, que pueden ser objeto de expedición, venta, distribución ó entrega...*". (21)

El art. 242 de este Proyecto contemplaba la forma imprudente: "*Cuando alguno de los hechos previstos en el artículo 239 fuere cometido por imprudencia ó negligencia, ó por impericia en la propia arte ó profesión, ó por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, será reprimido con multa de quinientos á dos mil pesos, si no resultare lesión ó muerte de alguna persona, y con penitenciaría de seis meses á dos años si resultare lesión o muerte.*"

(20) Cfr. ZAFFARONI/ARNEDO, Digesto, op. cit., t. 2, pp. 452-453.

(21) Cfr. ZAFFARONI/ARNEDO, Digesto, op. cit., t. 2, p. 453.

Esta norma concordaba con el art. 173 del código holandés y el 323 del italiano. (22)

De esta manera, se abandonó la técnica legislativa que consideraba a los hechos lesivos de la salud en un título independiente (Proyecto o Código Tejedor) o como perturbadores del orden público (así, el Proyecto de 1881 o el CP de 1886).

Por su parte, los proyectos y códigos posteriores a 1891 siguieron, en general, los lineamientos trazados por el trabajo de Piñero, Rivarola y Matienzo. Entre los diferentes proyectos de reforma se destaca el de Soler de 1960, que en el art. 255 agregó el verbo *contaminare*, criterio adoptado luego por la ley de facto 17.567. (23)

Luego, la ley 23.077 retornó al texto original del Código de 1921.

Tras diversos intentos de reforma, llegamos, finalmente, a la ley 26.524 que modificó el capítulo correspondiente a los delitos contra la salud pública.

Sin perjuicio de lo que desarrollaremos más abajo, esta ley, entre sus aspectos más importantes y en lo referido a los tipos aquí analizados, introdujo el verbo "*falsificar*" en el art. 200, CP, además de agregar la pena de multa a la privativa de la libertad ya prevista. El segundo párrafo del artículo, que establecía una figura agravada por

(22) Cfr. ZAFFARONI/ARNEDO, Digesto, op. cit., t. 2, pp. 648-649.

(23) Como dignos de mención, cabe señalar que el Proyecto Segovia de 1895 mantenía el capítulo "Delitos contra la salud pública" pero preveía la pena capital si como consecuencia de la adulteración resultaba la muerte de más de dos personas (art. 280); la reforma de 1903 seguía las directrices del Código de 1886, basado en el Proyecto o Código Tejedor, en el sentido que reguló los delitos contra la salud pública en un título autónomo y con penas leves (arts. 295-299); el Proyecto de 1906 siguió los lineamientos del Proyecto de 1891, esto es, los delitos contra la salud pública integran el último capítulo de los delitos contra la seguridad pública (arts. 217-225); como novedad agregó la figura del ejercicio ilegal de la medicina y los términos "medicamentos o" al texto de lo que hoy es el art. 201, CP; el Proyecto de 1917 (arts. 200-208) mantuvo la misma estructura; el Proyecto Coll-Gómez (1937), ortodoxamente positivista, además de agregar nuevas figuras (difusión de gérmenes patógenos, art. 259), mantuvo también el capítulo autónomo; lo mismo cabe decir del Proyecto Peco (1941) y de los proyectos de 1951 y 1953; el Proyecto de 1960, como dijimos, agregó el verbo "contaminar".

el resultado, integra el nuevo art. 201 bis, que castiga con prisión o reclusión no sólo el resultado muerte, sino también los de lesiones graves y gravísimas, además de imponer la pena conjunta de multa.

Asimismo, se agravaron las penas del tipo imprudente (art. 203).

Por otra parte, se mantuvieron las cuestionadas expresiones “*de un modo peligroso para la salud*” (art. 200) y “*disimulando su carácter nocivo*” (art. 201), cuyas consecuencias analizaremos en los puntos siguientes.

### III. Los antecedentes extranjeros del régimen argentino de los delitos contra la salud pública. Alemania y España

Tal como hemos visto, los arts. 239 y 240 del proyecto de 1891 abrevaron en el § 324 del StGB (Código penal alemán); a partir de allí, la generalidad de nuestros autores citan este párrafo como uno de los antecedentes del actual art. 200, CP. Esta afirmación merece algunas precisiones, pues el párrafo mencionado sufrió en Alemania sucesivas reformas que le hicieron perder muchas de sus características originales; así, en 1974, se eliminaron de su texto las frases “*a sabiendas*” y “*con ocultamiento*”; en 1980 fue trasladado al § 319; en 1998, con modificaciones, se convirtió en el nuevo § 314.

A poco que se lea el § 324 puede apreciarse su estructura similar a la de nuestro art. 200, CP; conforme con el texto vigente desde 1974, aquella norma establecía:

“Envenenamiento peligroso para la comunidad. Quien envenene fuentes o cisternas de agua que sirvan para el uso de otros, u objetos determinados para la venta o consumo públicos, o mezcle en los mismos sustancias que le son conocidas como aptas para quebrantar (24) la salud humana, será

(24) Tal como puede verse en la nota siguiente, el texto alemán utiliza la frase “... daß sie die menschliche Gesundheit zu zerstören sind...”; el verbo *zerstören* admite varios significados: referido a ciudades o edificios denota destrucción y en relación con la salud significa “arruinar”. Según nuestro criterio, la utilización de este verbo por el legislador alemán trata de mostrar una disminución de la salud superior a la que indica el verbo *schaden* (dañar) utilizado en otros párrafos del StGB o en leyes complementarias. Señala KUHLEN, Lothar que dentro del concepto

castigado con pena privativa de la libertad de uno a diez años. La misma pena se aplica a quien venda, coloque a la venta o ponga en circulación tales objetos envenenados o mezclados con sustancias peligrosas, con ocultamiento de esa propiedad. Quien haya causado con su acción la muerte de una persona será castigado con prisión perpetua o con pena privativa de la libertad no inferior a los diez años”. (25)

La *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB)* del 2/3/1974, además de mejorar la redacción del párrafo, suprimió los términos “*a sabiendas*” y “*con ocultamiento*” contenidos en el texto original del § 324. (26)

Gesundheitszerstörung la opinión dominante en la doctrina alemana incluye la muerte y las enfermedades crónicas mencionadas en el § 224 del StGB (equivalente al art. 90 de nuestro CP, lesiones graves): parálisis, enfermedad mental, padecimientos crónicos, y la pérdida total o parcial de una función corporal en forma permanente o por un tiempo importante; otro sector -encabezado por Hirsch y Horn- propone limitar estrictamente la interpretación del texto legal y sólo reconoce junto a la muerte a las enfermedades crónicas; cfr. autor citado, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1989, pp. 163-165; también SCHÖNKE, Adolf / SCHRODER, Horst / STREE, Walter *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 25ª ed., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, p. 1634 y sigs. Dentro de las diversas posibilidades que admite nuestro idioma para referirse al debilitamiento de la salud (destruir, minar, quebrantar, quitar) utilizaremos indistintamente tanto “quebrantar” como “destruir” con el alcance que le brinda la doctrina alemana mayoritaria al término aludido, que en cualquier caso significa un grado mayor a la simple lesión o daño; cfr. diccionario “Duden”, p. 1778; Diccionario “María Moliner”, p. 1250.

(25) Traducción que corresponde al siguiente texto: “§ 324 Gemeingefährliche Vergiftung. Wer Brunnen- oder Wasserbehälter, welche zum Gebrauch anderer dienen, oder Gegenstände, welche zum öffentlichen Verkauf oder Verbrauch bestimmt sind, vergiftet oder denselben Stoffe beimischt, von denen ihm bekannt ist, daß sie die menschliche Gesundheit zu zerstören sind, desgleichen wer solche vergifteten oder mit gefährlichen Stoffen vermischten Sachen mit Verschweigung dieser eigenschaft verkauft, feilhält oder sonst in Verkehr bringt, wird mit Freiheitsstrafe vom einem Jahr bis zu zehn Jahren und, wenn durch die Handlung der Tod eines Menschen verursacht worden, mit lebenslanger Freiheitsstrafe oder mit Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren bestraft”.

(26) Cfr. SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 19ª ed., p. 1971; el texto original, anterior a 1974, establecía: “Quien envenene dolosamente fuentes o cisternas destinadas al consumo de otros u objetos destinados a la venta o consumo públicos o mezcle sustancias que le son conocidas como aptas para quebran-

A su vez, el § 326 preveía la forma imprudente del tipo transcrito:

*“Peligro común imprudente. Si una de las acciones descritas en los §§ 321 y 324 se ha ejecutado con imprudencia de tal manera que se ha causado un daño, se impondrá una pena privativa de la libertad de hasta un año o multa; y cuando se ha causado la muerte de una persona se impondrá pena privativa de la libertad de hasta cinco años o multa.” (27)*

Como dijimos, en 1980 ambos párrafos fueron modificados: el § 324 se convirtió en el 319, mientras que el § 320 contempló el tipo imprudente de aquel peligro común.

El “nuevo” § 319 coincidía totalmente con el 324, lo mismo que el § 320 con el 326.

tar la salud humana, lo mismo para quien venda, coloque a la venta o ponga en circulación tales cosas envenenadas o mezcladas con sustancias peligrosas, a sabiendas y con ocultamiento de esa calidad, será penado con hasta diez años de prisión y si se ocasionó la muerte de una persona será castigado con pena de prisión no inferior a los diez años o perpetua” (Wer vorsätzlich Brunnen- oder Wasserbehälter, welche zum Gebrauche Anderer dienen, oder Gegenstände, welche zum öffentlichen Verkaufe oder Verbräuche bestimmt sind, vergiftet oder denselben Stoffe beimischt, von denen ihn bekannt ist, daß sie die menschliche Gesundheit zu zerstören geeignet sind, ingleichen wer solche vergiftete oder mit gefährlichen Stoffen vermischte Sachen wissenschaftlich und mit Verschweigung dieser Eigenschaft verkauft, feilhält oder sonst in Verkehr bringt, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren und, wenn durch die Handlung der Tod eines Menschen verursacht worden ist, mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft”; cfr. Julius von OLSHAUFEN, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, vol. 2, 10ª ed., Berlín, 1916, p. 1325; Reinhard FRANK, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 17ª ed., Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1926, pp. 710-711; un completo análisis sobre el § 324 y las leyes complementarias sobre alimentos sancionadas a fines del siglo XIX puede verse en Karl BINDING, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, t. 2, vol. 1, reimpresión de la 2ª ed. de Leipzig, 1904, Scientia Verlag Aalen, 1969, pp. 65-88.

(27) El texto original señalaba: “§ 326. Fahrlässige Gemeingefährdung. Ist eine der in den §§ 321 und 324 bezeichneten Handlungen aus Fahrlässigkeit begangen worden, so ist, wenn durch die Handlung ein Schaden verursacht worden ist, auf Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder auf Geldstrafe und, wenn der Tod eines Menschen verursacht worden ist, auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder auf Geldstrafe zu erkennen”.

Actualmente las conductas previstas por los §§ 319 y 320 están ubicadas en el § 314, de acuerdo con el siguiente texto:

*“Envenenamiento peligroso para la comunidad.*

1) Será castigado con pena privativa de libertad de uno a diez años, quien envenene o mezcle sustancias perjudiciales para la salud:

1- al agua contenida en pozos, fuentes, líneas de distribución o depósitos de agua potable, o

2- a objetos destinados para la venta o consumo público,

o en el sentido del inc. 2 venta, coloque a la venta o ponga en circulación, objetos envenenados o mezclados con sustancias perjudiciales para la salud.

2) El § 308 incs. 2 a 4 rige en lo que corresponda.” (28)

Por su parte el § 308 dice: *“Producción de una explosión.*

1) Quien produzca una explosión con un medio distinto a la liberación de energía nuclear, concretamente por medio de material explosivo y a través de ella ponga en peligro el cuerpo o la vida de otro o cosas ajenas valiosas, será penado con pena privativa de la libertad no inferior a un año.

2) Si el autor causa una lesión grave en la salud de otro o en una gran cantidad de personas, se le impondrá una pena privativa de la libertad no inferior a los dos años.

3) Si el autor ocasiona la muerte de otro por lo menos con imprudencia, la pena privativa de la libertad será perpetua o no menor a los diez años.

4) En los casos de menor gravedad del inc. 1) se impondrá pena privativa de la libertad de seis me-

(28) El texto en alemán dice: “§ 314 Gemeingefährliche Vergiftung 1) Mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer 1. Wasser in gefaßten Quellen, in Brunnen, Leitungen oder Trinkwasserspeichern oder 2. Gegenstände, die zum öffentlichen Verkauf oder Verbrauch bestimmt sind, vergiftet oder ihnen gesundheitsschädliche Stoffe beimischt oder vergiftete oder mit gesundheitsschädlichen Stoffen vermischte Gegenstände im Sinne der Nummer 2 verkauft, feilhält oder sonst in der Verkehr bringt. 2) § 308 Abs. 2 bis 4 gilt entsprechend.”

ses a cinco años y en los atenuados del inc. 2) pena privativa de la libertad de uno a diez años. (29)

En la “Sexta Ley de Reformas del StGB” el envenenamiento peligroso para la comunidad y el peligro común imprudente (contemplados anteriormente en los § 319 y 320) se fusionaron en el nuevo § 314, con una configuración más amplia, mientras que el objeto protegido se formuló con un criterio más moderno. Su campo de aplicación se amplió por eliminación del requisito del ocultamiento del carácter peligroso de la sustancia o del objeto envenenado y la reducción del nivel de peligrosidad exigido (la norma ahora habla de “nocivo” para la salud en lugar de “destrutivo”); pero, a la vez, la responsabilidad imprudente, prevista con anterioridad y considerada por la doctrina como contradictoria y dudosa, se redujo a la causación de muerte. Como novedad, y en virtud de la remisión al § 308, quedan comprendidas dos hipótesis calificadas por el resultado: la producción de un daño severo en la salud y el elevado número de afectados.

*Heine* destaca que diversos autores señalan la necesidad de formular precisiones al texto legal, debido a la importancia del párrafo para la rpp y en sintonía con reglas especiales ya vigentes. Originariamente este nuevo párrafo fue concebido como un delito de peligro concreto; para no limitar su ámbito de aplicación se lo transformó en un delito de peligro abstracto. (30)

(29) Dice el § 308 del StGB: “Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion. 1) Wer anders als durch Freisetzen von Kernenergie, namentlich durch Sprengstoff, eine Explosion herbeiführt und dadurch Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft. 2) Verursacht der Täter durch die Tat eine schwere Gesundheitsschädigung eines anderen Menschen oder eine Gesundheitsschädigung einer großen Zahl von Menschen, so ist auf Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren zu erkennen. 3) Verursacht der Täter durch die Tat wenigstens leichtfertig den Tod eines anderen Menschen, so ist die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren. 4) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren, in minder schweren Fällen des Absatzes 2 auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen.”

(30) Cfr. SCHÖNKE/SCHRÖDER/HEINE, Strafgesetzbuch, 26ª ed., p. 2396; cfr. también Gerhard DANNECKER, Europäisches Lebensmittelstrafrecht, en Klaus Tiedemann (comp.), Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union. Rechtsdogmatik, Rechtsvergleich, Rechtspolitik. Freiburg-

El párrafo 314 del StGB protege la vida y la salud humanas frente a peligros surgidos de estados en que se ha tornado imposible controlarlos adecuadamente, como corolario de la fabricación o puesta en circulación de un objeto peligroso para la comunidad. El nuevo tipo penal no exige un resultado ni un peligro concreto; por lo tanto, configura un delito de peligro abstracto. (31)

El amplio margen que otorga la escala penal prevista por el inc. 1) -seis meses a diez años- se explica porque la norma trata de abarcar un espectro muy diferenciado de efectos peligrosos según que ese estado provenga de un elemento individual (que acarrearía consecuencias para una cantidad determinada o indeterminada de personas), o de varios objetos. De esta forma, mediante la medición de la pena se pretende encontrar una respuesta adecuada a la gravedad de cada caso.

Una lectura superficial haría pensar que tanto los tipos anteriores contemplados en los §§ 319 y 320 como el actual § 314 del StGB constituyen una respuesta adecuada para los casos de rpp. Repárese, por ejemplo, en que a diferencia de nuestro art. 200, CP, la expresión “quien... mezcle sustancias perjudiciales para la salud” describe mejor los comportamientos vinculados con la rpp que “adulterar”; aunque también incluye como posibilidad el mezclar algo, este último verbo supone ya un objeto de referencia, es decir, algo que nos sirve de parámetro para indicar que el objeto que analizamos está modificado en relación con él.

Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia alemanas le dedicaron escasa atención a los §§ 319 y 320, situación repetida con el § 314.

Señala *Horn* que pese a la larga vigencia de estos tipos penales la práctica los ignoró, quizá porque las penas previstas se consideraban muy elevadas. Él supone que contribuyó a este desconocimiento

Symposium, Carl Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, p. 248.

(31) Cfr. SCHÖNKE/SCHRÖDER/HEINE, Strafgesetzbuch, 26ª ed., p. 2396, nm. 2; también Martin GRE-TENKORDT, Herstellen und Inverkehrbringen stofflich gesundheitsgefährlicher Verbrauchs- und Gebrauchsgüter. Eine Analyse der §§ 319, 320 StGB im System der strafrechtlichen Produkthaftung mit Vorschlägen zu deren Reform, Universitätsverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1993, p. 153; cabe destacar que en un principio el párrafo había sido concebido como un delito de peligro concreto.

la existencia de normas específicas contenidas en la legislación penal complementaria (como la ley de medicamentos o la de productos alimenticios) que regulaban la cuestión con más detalle. Para este autor, el trato que los comentarios al StGB dispensaron a estos párrafos es mísero: *Dreher, Tröndle y Lackner*, por ejemplo, le dedican más espacio al estudio de los casos de prostitución punible (§ 184 a) que a los §§ 319 y 320, mientras que *Wolff* en el *Leipziger Kommentar* sólo les destina catorce párrafos (números marginales); tampoco *Cramer* en las ediciones anteriores del clásico comentario de *Schönke y Schröder* le presta demasiada atención. (32)

En cuanto a la jurisprudencia, informa *Gretenkordt* que hacia 1990 existían sólo dos fallos del Tribunal Supremo del Imperio relacionados con el § 324, y ninguno del Tribunal Supremo Federal referido a los §§ 319 y 320. (33) En cuanto a la estadística criminal de 1989/1990, no dio a conocer más que 15 denuncias acerca de estos delitos. (34)

Sorprendentemente, y en contraste con este “descuido” de la jurisprudencia y la doctrina, el escritor alemán *Hans Magnus Enzensberger* destacó, en un ensayo de 1984, que la aplicación judicial del § 319 del StGB debía conducir al enjuiciamiento de los directivos de las firmas industriales para obtener una efectiva protección del medio ambiente. (35)

Las opiniones están divididas en cuanto a la utilidad de estos párrafos. *Horn* proclama que se trata de “una disposición central para la protección del consumidor” que puede constituirse en una verdadera mina contra las industrias químicas,

(32) Cfr. HORN, Eckhard. *Strafrechtliche Haftung für die Produktion von und den Handel mit vergifteten Gegenständen*, NJW 1986, p. 154.

(33) Los casos resueltos por el Tribunal Supremo del Imperio son citados y analizados en la tesis doctoral de Karin-Heide OHM, *Der Giftbegriff im Umweltstrafrecht*, Dr. Peter Deubner Verlag, Köln, 1985. Los mismos están publicados en RGSt 21, 76 y sigs., y RGSt 67, 360; cfr. autora y obra citados, pp. 10-16.

(34) Cfr. GRETENKORDT, *Herstellen*, op. cit., pp. 2-3.

(35) Autor citado, *Die ungehaltene Rede vor dem deutschen Bundestag*, Natur 1984 (vol. 2), p. 29 y sigs.; la cita ha sido extraída de KUHLEN, *Fragen*, op. cit., pp. 152-153, nota 6.

farmacéuticas y alimenticias. (36) *Kuhlen* se muestra escéptico porque, comparada con otras figuras del StGB, en estos casos la persecución penal se inicia por lo común tras la existencia de una lesión, y ella, en cambio, no principia cuando únicamente existe un peligro abstracto o se ha creado un riesgo; además, los problemas y las exigencias interpretativas de estos párrafos determinan su menor relevancia frente a los tipos tradicionales. (37) En contra de esta posición se manifiesta *Hilgendorf*, quien no sólo critica a *Kuhlen* sino también al Tribunal Supremo Federal por haber dejado de lado, sin razones, la aplicación de los párrafos 319 y 320 del StGB al sentenciar el caso del *Lederspray*. (38)

En cuanto a la regulación en España, comenta *Pérez Álvarez* que, en general, los códigos penales europeos del siglo XIX guardaron silencio sobre la salud pública porque las leyes especiales posibilitaban atender con mayor rapidez las exigencias cambiantes y urgentes de este ámbito. España fue la excepción gracias a que el Código de 1822 -de corta vigencia- dedicaba ya un título a los delitos contra la salud pública. Su sucesor, el Código de 1848, recogió este título pero lo circunscribió a la elaboración de sustancias farmacéuticas y alimentos de posibles efectos nocivos. Los principios y parte del contenido de este ordenamiento pasaron a los códigos posteriores y llegaron, con algunas reformas, al texto actualmente vigente.

El Código de 1870 modificó la sistemática de los delitos contra la salud pública, pues el título primitivo de 1822 pasó a denominarse “De la infracción de leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos contra la salud pública”.

Tras diversas modificaciones y nuevos códigos, fue la reforma de 1983 la que reguló el delito alimentario nocivo -tal la denominación elegida por *Pérez Álvarez-*, con un rigor penal más pronunciado. Las normas específicas eran los arts. 341, 342, 346-1, 346-2, 346-3, 347, 347 bis y 348. (39)

(36) Cfr. HORN, *Strafrechtliche Haftung*, op. cit., p. 153.

(37) Cfr. KUHLEN, *Fragen*, op. cit., pp. 168-170.

(38) Eric HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzenten in der ,Risikogesellschaft*, Duncker und Humblot, Berlin, 1993, pp. 164-170.

(39) Cfr. PÉREZ ALVAREZ, *Protección penal*, op. cit., pp. 79-86; vid. también el apéndice legislativo, pp. 319-322.

El código penal de 1995 recoge los delitos contra la salud pública en el Capítulo III del Título XVI. Comprende 19 artículos, diferenciados en dos bloques, que contemplan las conductas que infringen las normas sanitarias sobre elaboración de sustancias nocivas, de productos químicos, de medicamentos, y de bebidas y alimentos (arts. 359 a 367), así como aquellas relacionadas con los delitos de tráfico de drogas (arts. 368 a 378). La diferencia fundamental entre unas y otras acciones es que las del primer bloque se han reflejado escasamente en la vida práctica y en la jurisprudencia, mientras que las referentes al tráfico de drogas revelan cada día un auge mayor. (40)

En general, las nuevas normas vinculan la punición a la inexistencia de autorizaciones administrativas. Así, el art. 359 castiga a quien elabore sustancias nocivas para la salud o productos químicos sin hallarse debidamente autorizado; el art. 360 sanciona a quien sí está autorizado pero no cumple con las formalidades previstas en las leyes y reglamentos respectivos; el art. 363, inc. 1, pena a quien ofrezca productos alimentarios peligrosos para la salud con omisión o alteración de los requisitos establecidos en leyes y reglamentos, y el inc. 4 a quien los elabore sin autorización; también el art. 364 (adulteración con aditivos u otros agentes no autorizados), en su inc. 2), 1º, sanciona el suministro de sustancias no permitidas y riesgosas para la salud a los animales cuyas carnes se destinen al consumo humano. El origen de esta norma se encuentra en el caso del “clombuterol”, que conmovió a España. Las harinas preparadas con esta sustancia (o con restos de otros rumiantes) logran el engorde rápido del ganado, que habitualmente necesita tres años para alcanzar su desarrollo normal. (41)

El art. 365, concordante con el extinto art. 347-2, es el que mayor similitud guarda con nuestro art. 200, CP: *“Será castigado con la pena de prisión de dos a seis años el que envenenare o adulterare*

*con sustancias infecciosas, u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud, las aguas potables o las sustancias alimenticias destinadas al uso público de una colectividad de personas.”*

#### **IV. El tipo objetivo de los arts. 200, 201 y 203, CP, en su anterior redacción. La reforma de la ley 26.524. Jurisprudencia: exposición y crítica**

El análisis que emprenderemos a continuación, repasará el estudio que nuestra doctrina nacional hizo sobre los delitos contra la salud pública pues, como vimos (punto II), si bien la ley 26.524 modificó los arts. 200, 201 y 203 del CP, no implicó un cambio radical de los tipos en juego que implique desechar todo lo escrito sobre ellos hasta ahora. Asimismo, examinaremos la jurisprudencia sobre el punto, lo que nos permitirá establecer la utilidad o inutilidad de la reforma.

En referencia a la anterior redacción del art. 200, CP, Soler señala que el tipo distingue dos formas de acción, pues una cosa es envenenar las aguas y otra envenenar o adulterar sustancias alimenticias. Esta última suele guardar relación con los procesos de fabricación de alimentos, actividad muy distinta de la acción positiva de envenenar, más grave. Sin embargo, para Soler no existe una diferencia preestablecida entre ambas. Se trata de una ley compleja alternativa que prevé dos formas de acción: envenenar o adulterar de un modo peligroso para la salud; de la cantidad de la sustancia dañina que se utilice dependerá que el agua quede efectivamente envenenada o contaminada peligrosamente. Es una infracción material que se concreta con la creación real de un peligro, derivado del puro hecho de envenenar o adulterar algo que queda a la disposición indeterminada de las personas o de grupos de personas. Por envenenar se entiende mezclar veneno o volver tóxica una cosa mediante la adición de algo que posee esa propiedad. Tampoco es preciso crear condiciones tales que toda persona deba perecer o sufrir los efectos del tóxico; bastaría, por ejemplo, con que la toxicidad pudiera perjudicar a los niños. (42)

(40) Cfr. VERCHER NOGUERA, Antonio. De los delitos contra la salud pública en Código penal de 1995, Comentarios y Jurisprudencia, coordinación editorial de Ignacio Serrano Butragueño, Comares, Granada, 1998, p. 1523 y sigs.

(41) Toda esta cuestión se vincula con la enfermedad de la “vaca loca” (BSE) que conmovió a Europa durante los años 2000-2001 -y más recientemente a los Estados Unidos-, el empleo de antibióticos en cerdos y la dioxina en plantas; cfr. PÉREZ ALVAREZ, La regulación, p. 1086, quien destaca la innecesariedad de esta norma.

(42) Cfr. SOLER, Derecho penal, op. cit., t. IV, pp. 651-652; la doctrina alemana en relación con las acciones típicas de “envenenar” y “agregar” previstas en el StGB propone distinguir las según el siguiente criterio: la primera comprende el uso de sustancias que actúan químicamente (cianuro, estricnina) mientras que la segunda alternativa capta las sustancias con efectos mecánicos (por ejemplo, vidrio

Por su parte, la ley 26.524, en uno de sus aspectos más importantes, introdujo el verbo típico “falsificar” en el art. 200, CP; asimismo, el segundo párrafo de esta norma, que preveía la modalidad agravada del tipo básico por la muerte de alguna persona, fue trasladado al nuevo art. 201 bis, que incluye no sólo este supuesto sino también las lesiones graves y gravísima, además de incluir a la “falsificación” como antecedente de estos resultados.

De acuerdo con la Exposición de Motivos, el objetivo de la reforma fue satisfacer mediante nuevas “... normas represivas, necesidades actuales en materia de protección de la salud pública y el medio ambiente en general, aumentando el espectro de las figuras hasta ahora recepcionadas por la legislación...”. El origen expreso de la modificación legislativa se encontraba en el caso de la falsificación del medicamento “Yectafer”. Según informan los diarios de la época, el 23 de diciembre de 2004, murió en Viedma, Verónica Díaz, quien se estaba tratando de una anemia ferrópenica, esto es, por falta de hierro. Se le inyectó “Yectafer” falsificado, que contenía el triple de hierro de lo debido. El Instituto Nacional de Medicamentos radicó una denuncia por medicamentos y pudo comprobarse que también el envase y las ampollas presentaban diferencias con los auténticos. (43)

Según el Diccionario de la Real Academia Española, “adulterar” tiene dos significados: “cometer adulterio” y “viciar, falsificar alguna cosa”. (44) La intención declarada de la ley 26.524 fue la de ampliar las conductas punibles, incluyendo expresamente esta nueva acción típica.

En nuestra opinión, nada ha cambiado en el punto, pues la acción de “falsificar” quedaba incluida dentro de la de “adulterar”. Sin embargo, la reforma mantuvo incólumes dos elementos

molido). En nuestro derecho, el vidrio molido es considerado veneno, aunque lesiona sin obrar químicamente (cfr. SOLER, Derecho penal, op. cit., t. III, p. 35).

(43) Cfr. la versión electrónica del diario “Clarín” del 4.4.2005, <http://edant.clarin.com/diario/2005/04/04/sociedad/s-03401.htm>, visita del 10.07.2011; véase también, GARAVANO, Germán / ARNAUDO, Luis. Artículo 200, en Eugenio R. ZAFFARONI, Eugenio R. / BAIGUN, David (Directores), Código penal y normas complementarias, t. 9, Hammurabbi, Buenos Aires, 2010, pp. 71-79.

(44) Cfr. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 21ª ed., Espasa, Madrid, 1992, p. 47.

importantes de los tipos penales que protegen la salud pública, las frases “...de un modo peligroso para la salud...” y “... disimulando su carácter nocivo...”, que ya habían generado problemas de interpretación y que la modificación de la ley 26.524 pudo haber mejorado.

En referencia a este punto, Fontán Balestra considera que el tipo contiene dos exigencias: que las acciones recaigan sobre objetos (aguas, sustancias o medicinas) destinados al uso público o al consumo de una colectividad y que sean envenenados de un modo peligroso para la salud. Si las sustancias envenenadas o adulteradas son ingeridas por personas determinadas, y el autor lo sabe, falta el peligro común. (45) Por su parte, Núñez manifiesta que el art. 200 del CP protege la seguridad común frente al peligro que para el bienestar físico de las personas en general representa la alteración nociva para la salud del agua potable o de las sustancias alimenticias o medicinales que usa o consume el público. La alteración del agua o de las sustancias alimenticias o medicinales destinadas para el uso de una o varias personas determinadas, no trasciende a la esfera de la salud pública. (46)

Para la doctrina nacional, entonces, una de las características fundamentales de estos delitos es que la acción típica no debe estar dirigida a una persona determinada sino a la generalidad; el efecto sobre una víctima determinada funciona como una agravante.

Como puede apreciarse, la interpretación del artículo, más allá de la reforma introducida por la ley 26.524, exige precisar a partir de qué momento la peligrosidad del agua o de la sustancia se torna penalmente relevante. Tanto el destino del objeto envenenado o adulterado -el uso público o el

(45) Cfr. FONTÁN BALESTRA, Tratado, op. cit., t. VI, p. 381.

(46) Cfr. NÚÑEZ, Tratado, op. cit., t. V. v. 1, p. 115; en el mismo sentido Creus señala que en estos delitos se protege la salud pública indeterminadamente y si bien algunos resultados sobre personas determinadas se toman en cuenta en ciertos tipos, se lo hace, en principio, como resultados preterintencionales agravantes (vid. autor cit. Derecho penal, t. 2, p. 67); LAJE ANAYA, Comentarios, op. cit., v. 3, pp. 359-361; MANIGOT, Código penal, op. cit., t. II, p. 709, nm. 1202; MOLINARIO / AGUIRRE OBARRIO, Los delitos, op. cit., t. III, p. 104; DONNA, Derecho penal, op. cit. t. II-C, p. 204.

consumo de una colectividad de personas- como las acciones previstas en el art. 201 -vender, poner en venta, entregar o distribuir- permiten distinguir dos momentos diferentes: primero, la fabricación, adulteración o falsificación del objeto, previstas en el art. 200; segundo, las conductas contempladas en el siguiente art.: librarlo al consumo, ponerlo en circulación, colocarlo en el mercado, lo que comprende la actividad posterior a su fabricación; el producto abandona el ámbito de dominio de la empresa o del fabricante y queda a disposición de los consumidores. (47)

Los objetos sobre los cuales recaen las acciones previstas por este delito son limitados: el agua potable, las sustancias alimenticias o las medicinas. (48) Las sustancias alimenticias comprenden toda clase de materias destinadas a ser ingeridas (comidas, bebidas e incluso el hielo). Según Soler, aquí se puede apreciar una diferencia con el art. 201, que emplea el término genérico "mercaderías", pero como éste hace aplicables las penas del art. 200 su resultado práctico es extender el alcance de este último. (49)

No coincidimos con la solución propuesta por la doctrina. Si el art. 201 agrega mercaderías significa que este elemento rige únicamente para este artículo, con lo cual el ámbito del art. 200 queda severamente restringido: sólo integran el

(47) SOLER al referirse a las distintas acciones contempladas en el art. 201 señala que "... en general, podría decirse que consiste en poner a disposición de un número indeterminado de personas o en distribuirla a personas que la harán circular o en entregarla a un sujeto determinado, consumando el acto de circulación..."; cfr. Derecho penal, op. cit., t. IV, p. 657; por nuestra parte preferimos la solución del texto, es decir, considerar dos momentos distintos, la fabricación y la puesta en circulación, que abarcan las distintas acciones que contemplan ambos tipos penales.

(48) En relación con las sustancias medicinales NÚÑEZ propone un criterio interpretativo estricto pues considera que ante una ley específica sobre el tema hay que remitirse a ella. De esta manera y de acuerdo con los arts. 1º y 22 de la ley 16.463 las sustancias medicinales mentadas por el art. 200 del CP son las drogas, los productos químicos, los reactivos, las formas farmacéuticas, los medicamentos, los elementos de diagnóstico y todo otro producto de uso y aplicación en la medicina humana; de otra opinión RAMOS, Juan P. Curso de Derecho penal, 3ª ed., t. VI, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1942, nm. 259; cfr. NÚÑEZ, Tratado, op. cit. t.V. v.1, p. 116, nota 239.

(49) Cfr. SOLER, Derecho penal, op. cit., t. IV, pp. 652-654.

tipo objetivo las aguas potables, las sustancias alimenticias y las medicinales, destinadas a un uso público o una colectividad de personas. La figura del art. 201 (coincidente con la segunda alternativa del anterior § 319 del StGB) se caracteriza por la disimulación del carácter nocivo del objeto. Bien pudo el legislador regular de una manera distinta la cuestión, con lo cual la interpretación propuesta por la doctrina es analógica, ya que amplía el alcance del tipo penal por comparación con el contenido de otra figura; no debe olvidarse, además, que nos encontramos ante acciones claramente distintas: no es lo mismo envenenar o adulterar que ocultar estas circunstancias. Por lo demás, la ley 26.524 mantuvo la estructura de ambos tipos penales, es decir, no aprovechó la oportunidad para agregar el término "mercadería" al art. 200 y evitar así, la interpretación analógica propuesta por la doctrina.

En consecuencia, la adulteración o el envenenamiento de mercaderías no caerán dentro del ámbito penal hasta que el autor realice alguna de las acciones típicas del art. 201, CP, y disimule el carácter peligroso de las mismas.

El tipo penal en estudio muestra claramente los problemas prácticos que genera la división tradicional de los delitos de peligro en abstractos y concretos, debido a lo dificultoso que resulta establecer el síndrome de riesgo. La cuestión reviste importancia, porque la calificación como uno u otro delito repercute notablemente en la interpretación de los criterios que sirven para fijar, por ejemplo, el concepto de veneno o sustancia adulterada y, en definitiva, establecer los alcances de esta figura. (50)

Además, las consecuencias podrían ser distintas si el art. 200 del CP fuera considerado un delito de peligro abstracto o concreto, ya que las exigencias probatorias difieren en uno u otro caso. Según la concepción tradicional, en la primera hipótesis la comprobación de que un alimento está envenenado o es nocivo para la salud podrá realizarse antes de alcanzar los estantes de un supermercado, pues responde a la idea de adelantar la protección penal al momento previo de que alguien consuma el producto y sufra algún perjuicio. Pero si afirmamos que se trata de un delito de peligro concreto,

(50) Cfr. OHM, Der Giftbegriff, op. cit., p. 20.

deberá demostrarse que la salud pública corrió efectivamente algún riesgo.

Veamos cómo trata la cuestión la doctrina nacional. Soler indica que una acción puede no constituir envenenamiento pero sí adulteración (o falsificación, agregamos nosotros), la que debe ser peligrosa para la salud; por lo tanto, esta característica funciona como un criterio restrictivo del tipo penal. *"A los fines del art. 200, es adulteración toda alteración de la substancia de una cosa que, sin ser la directa agregación de un tóxico, altera sus propiedades alimenticias o medicinales volviéndola peligrosa para la vida o la salud de las personas..."*. No cualquier alteración o agregación de elementos a una sustancia es suficiente para la comisión de este delito. Se hace necesario que la sustancia sea la misma -pese a la adulteración- y que quede librada al servicio como tal, no obstante esa alteración que la convierte en peligrosa. Si no existe peligro para la salud, no se configurará este delito. (51) En cuanto a la salud, su significado debe interpretarse con sentido amplio: abarca el bienestar corporal y fisiológico de las personas en general. (52) Ello conduce a que en los casos de adulteración simple sea una cuestión de hecho determinar si la sustancia es peligrosa para la salud.

Como consecuencia de las dificultades que apuntamos en un comienzo, en la doctrina nacional no existe acuerdo en considerar a este delito como de peligro concreto o de peligro abstracto. Todos coinciden en señalar que se trata de un peligro común (con diversas adjetivaciones, como la de indeterminado para Fontán Balestra), pero más allá de este punto las opiniones se vuelven un tanto confusas, pues autores que parecen postular el carácter concreto del peligro -como Soler-, en algún caso, y sin decirlo expresamente, admiten su carácter abstracto, siempre según la terminología tradicional.

La posición de este autor no es tajante: primeramente sostiene que se trata de una infracción material, que se lleva a cabo con la creación efectiva de un peligro, lo cual parecería indicar un peligro concreto, pero a renglón seguido agrega que aquél deriva del puro hecho de envenenar o adulterar

algo que queda a una disposición indeterminada de las personas, criterio más próximo a un delito de peligro abstracto. Páginas después, dice que *"... la acción queda consumada tan pronto como se ha creado una situación de peligro común. En esto, nuestra disposición coincide con el sistema italiano y se separa del alemán, con respecto al cual prevalece la opinión de que basta el peligro abstracto..."*. Entonces, estaríamos ante un delito de peligro concreto. (53)

Núñez sostiene que es un delito de peligro abstracto, el que deriva del grado de envenenamiento o adulteración; Laje Anaya, a partir de la frase *de un modo peligroso para la salud*, parece inclinarse por un delito de peligro concreto. (54)

En nuestra opinión, quienes brindan una solución más satisfactoria a las dificultades interpretativas expuestas son Molinario y Aguirre Obarrio: *"... Nosotros creemos que si fuera necesario exigir que, además de envenenar las aguas, se requiriese que parte de la población las beba, entonces no estaríamos frente a un delito de peligro, sino que varios padecerían trastornos, y esto es, lisa y llanamente, una lesión..."*. Tras analizar el ejemplo de un sujeto que ha envenenado las aguas de los tanques de provisión de la ciudad de Buenos Aires, consideran que aun cuando ellas no se hayan puesto en circulación *"...el peligro es neto..."* *"Lo que en este caso sucede es que existen dos peligros. En primer lugar, el peligro de que la colectividad beba, y en*

(53) Cfr. SOLER, Derecho penal, op. cit., t. IV, p. 652 y p. 655; la nota que acompaña a la primera de estas citas (p. 652) tampoco aclara demasiado: allí son mencionados Manzini, t. VI, p. 444 que habla de peligro producido (que entendemos como concreto); Frank que en su comentario al § 324, 1, lo cataloga como un delito de peligro abstracto; Soler tal como vimos, aclara esta aparente contradicción en las citas al señalar que nuestro sistema es distinto del alemán.

(54) Cfr. NÚÑEZ, Tratado, op. cit., t. V, v. 1, p. 117; LAJE ANAYA, Comentarios, op. cit., v. 3, pp. 363-364 quien cita como partidario de la posición que considera a este delito como de peligro concreto a Vázquez Iruzubieta; también opina que es un delito de peligro concreto MANIGOT, Código penal, op. cit., t. II, p. 710, nota 1205; CREUS parece inclinarse por un delito de peligro abstracto, pues señala que *"... el hecho se consuma con la realización de la acción de envenenar o adulterar..."* y agrega que no es necesario que la acción haya creado un peligro concreto para la salud pública (cfr. op. cit., v. 2, p. 70). FONTÁN BALESTRA considera que se trata de un delito de peligro real indeterminado, que no se concreta con el solo hecho de envenenar o adulterar (cfr. Tratado, op. cit., t. VI, p. 377 y p. 382, nm. 3).

(51) Cfr. SOLER, Derecho penal, op. cit., t. IV, pp. 652-653.

(52) Cfr. NÚÑEZ, Tratado, op. cit., t. V, v. 1, p. 117.

segundo, que quien bebe sea dañado en su salud. El primer peligro se produce contemporáneamente con la acción de envenenar, dadas las circunstancias en que se encuentra el objeto. El segundo es un peligro condicional: se correrá si alguien toma agua. Pero, aunque es condicional, debe valorarse, porque de no existir peligro para quienes ingieran agua, falta este elemento. Hasta aquí hemos evitado designar el tipo de peligro, pues siendo corriente la clasificación de peligro abstracto y peligro concreto, de emplear alguno de esos términos tendríamos dificultades. Sostener que envenenar un depósito de aguas de la ciudad es un peligro abstracto, parece un mal chiste. Más bien diremos que es un peligro claramente real que corren los pobladores, de beber esas aguas. Pero si pensamos en el peligro que se producirá después de la ingestión, entonces afirmaremos que la salud de ellos lo va a correr. A este caso le llamamos 'peligro futuro'. (55)

Sin embargo, este último planteo, que ofrece una solución aceptable para algunos casos, no es tan útil para otras hipótesis. En nuestra opinión, una correcta interpretación del art. 200, CP, requiere precisar el significado de "envenenar", "adulterar", y ahora "falsificar" "de un modo peligroso para la salud", y establecer los pasos que el intérprete debe transitar para aplicar la norma, tarea que nuestra doctrina ha acometido parcialmente. Para comprender mejor el planteo, analizaremos la cuestión a través de un ejemplo discutido en la literatura y resuelto por los tribunales nacionales.

Según Soler, echarle sal al agua no es delito. Tampoco lo es echarle agua al vino, lo que podría constituir una estafa pero no un atentado contra la salud pública. Sin embargo, afirma que no es lo mismo echar agua a la leche porque existe una clase de personas -los niños pequeños- para los cuales la leche es el único alimento, de tal forma que el aguado persistente determina gravísimos peligros para su salud.

Uno de los argumentos que sostiene la posición de este autor, según vimos, es que el sistema ar-

(55) MOLINARIO / AGUIRRE OBARRIO, Los delitos, op. cit., t. III, p. 104; DONNA, por su parte, considera que se trata de acciones peligrosas concretas, de manera que el bien jurídico no se encuentra en un estado de peligro, sino que la acción es peligrosa en sí, habida cuenta del envenenamiento o la adulteración; cfr. autor citado, Derecho penal, op. cit., t. II-C, pp. 212-213.

gentino difiere del alemán, donde se exige que lo agregado sea veneno u otra sustancia peligrosa en sí misma; en nuestro ordenamiento no estamos frente a un delito de peligro abstracto, pues debe atenderse al resultado final. (56)

Esta supuesta diferencia con la doctrina alemana no es tan clara, ya que autores posteriores a Frank -citado por Soler en este punto- no se detienen tanto en el carácter de la sustancia sino en el resultado final, con lo cual el punto de referencia para realizar el juicio de aptitud referido a si la mezcla o la adulteración son peligrosas para la salud no está constituido por la sustancia agregada, sino por el objeto para la venta o consumo, esto es, por el producto terminado; (57) de otro modo, caerían dentro del tipo penal, por ejemplo, casi todos los medicamentos que contienen sustancias en sí mismas peligrosas pero que en pequeñas cantidades no presentan contraindicaciones. (58) Señala Kuhlen que una dosis de azúcar, inofensiva para la mayoría de la población, puede ser mortal para un diabético. (59)

Por lo tanto, esta referencia al derecho alemán es insuficiente para aclarar el tema, y exige precisiones.

La cuestión central entonces consiste en establecer cuándo una sustancia es un veneno o ha sido adulterada de una manera peligrosa para la salud, aspecto que la mayoría de las veces resulta bastante complejo. (60)

(56) Cfr. SOLER, Derecho penal, op. cit., t. IV, p. 653.

(57) Cfr. GRETENKORDT, Herstellen, op. cit., pp. 9-10; KUHLEN, Fragen, op. cit., pp. 157-161.

(58) Aquí cabe recordar lo ocurrido con la Thalidomida: tras la tragedia del Contergan y sus efectos fue terminantemente prohibida en todo el mundo; sin embargo, hoy su empleo ha sido autorizado para combatir determinadas formas de cáncer; véase SARRABAYROUSE, Eugenio. Responsabilidad penal por el producto, op. cit, pp. 38 y sigs.

(59) Cfr. KUHLEN, Fragen, op. cit., p. 159.

(60) La cuestión no es novedosa en nuestra doctrina; ya Tejedor expresó con cita del autor español Pacheco que: "...Todo remedio heroico es un veneno: todo lo que sirve para curar sirve á si mismo para dar la muerte. Una sustancia que no sea peligrosa, de poca utilidad, puede ser para ningún caso dado. Veneno es el ópio, veneno el mercurio, venenos son todos los medicamentos de alguna importancia. Aun los que emplea la homeopatía, son venenos por su naturaleza, si por ventura no pueden serlo por la dosis o la cantidad. De estos principios se sigue la natural y necesaria intervención del Estado en el comercio y despacho de las

Para citar sólo un ejemplo, mencionemos el caso de la atropina, alcaloide utilizado con fines terapéuticos: una dosis de 0,5 mg actúa como un medicamento que dilata las pupilas, una de 10 mg es nociva para la salud, y una de 10 a 20 mg por kg de peso es directamente mortal.

El uso común del lenguaje registra diversas definiciones de “veneno”. Se dice habitualmente que comprende las sustancias aptas para destruir o quebrantar la salud humana, o bien aquellas que en pequeñas dosis son capaces de producir la muerte; otro criterio lo otorga el art. 301 del CP francés: son las sustancias que ocasionan la muerte con mayor o menor velocidad. Lamentablemente, ninguna de estas definiciones puede englobar los efectos de todas las sustancias. Sería acertado entonces acudir a la toxicología, la ciencia especializada en el estudio de las sustancias venenosas. Empero esta disciplina elude cualquier definición y mantiene vigente la frase atribuida a *Paracelso*: todas las cosas son veneno y ninguna lo es, porque sólo la dosis hace que un elemento sea venenoso. (61)

Intentando resolver este problema, tanto la jurisprudencia como la doctrina alemanas han desarrollado una serie de pautas hermenéuticas útiles para establecer el concepto de *veneno*, que se aplican tanto a éste como a la fórmula “*apto para quebrantar la salud*” del antiguo § 319 (eliminada en la más reciente formulación del § 314). Estos criterios pueden trasladarse a nuestro ámbito, en atención a que una de las acciones típicas en ambos ordenamientos es igual (“envenenar”), y se asemejan las oraciones “*apto para quebrantar la salud*” y “*de un modo peligroso para la salud*”, relevantes para la rpp. (62)

medicinas...”; cfr. ZAFFARONI / ARNEDO, Digesto, op. cit., t. 1, p. 534, nota al art. 444 del “Código Tejedor”.

(61) Cfr. OHM, Der Giftbegriff, op. cit., pp. 1-3 y 6-7; por su parte Fernando PÉREZ ALVAREZ también menciona a Paracelso: “dosis facit venenum”, cfr. autor citado, La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992, ADPCP 46, 1993, p. 1080.

(62) No debe olvidarse que algunos autores distinguen dentro de los delitos de peligro abstracto una categoría distinta, los delitos de “capacidad” o “aptitud”, caracterizados por la presencia de la expresión literal “capaz” o “apto” como elemento del lenguaje. En estos casos, el legislador no prohibió sólo una forma de comportamiento sino que se orientó al nacimiento de una fuente o foco de peligro; cfr. SARRABAYROSUE, Eugenio. Responsabilidad penal por el

La sentencia considerada capital en este tema, dictada por el Tribunal Supremo del Imperio, data de 1884 y se relaciona con la aplicación del § 229 del StGB, que prevé el delito de envenenamiento. Este fallo no intentó definir qué es veneno; antes bien, estableció la inexistencia de una sustancia que pueda destruir o quebrantar la salud en todos los casos; según las ocasiones, puede ser destructiva de la salud, sólo nociva, inocua o un medicamento. (63)

A partir de esta sentencia, el tribunal desarrolló un catálogo interpretativo del concepto de veneno, según el cual la calificación de una sustancia como “*veneno... apto para quebrantar la salud...*” depende de los siguientes cuatro factores:

- 1) tipo de sustancia;
- 2) dosis;
- 3) forma de empleo;
- 4) constitución corporal de la víctima.

Estos criterios fueron aplicados no sólo para interpretar el § 229 del StGB, sino también en dos casos relacionados con el § 324 del mismo ordenamiento, (64) una de las fuentes de nuestro art. 200, CP, según ya hemos puntualizado.

producto, op. cit., p. 605 y sigs. Por lo tanto, el término “apto” sería equivalente a “peligroso” pues ambos trasuntan la idea de una capacidad para afectar la salud.

(63) Cfr. OHM, Der Giftbegriff, op. cit., p. 6; la sentencia citada está publicada en RGSt 10, 178.

(64) Los casos son los siguientes: un oficial panadero echó arsénico -que consideró harina- en la masa del pan (conducta cuya imprudencia se discutía). Varios consumidores de este producto enfermaron y uno de ellos falleció; el tribunal no formuló demasiadas consideraciones acerca del carácter de la sustancia, pues estaba fuera de discusión el elemento típico veneno, así como también la dosis, su forma de empleo y la constitución corporal de la víctima (cfr. OHM, Der Giftbegriff, op. cit., p. 10 y RGSt 21, pp. 76 y sigs.); en el segundo caso, el imputado -que se hacía pasar por médico- le entregó a un grupo de “pacientes” un polvo preparado con una mezcla de sustancias vegetales para que lo ingirieran. Una de ellos sufrió calambres y ceguera transitoria. El Tribunal Supremo casó la sentencia absolutoria dictada en primera instancia, pues el tribunal de mérito había omitido analizar si las sustancias que componían el polvo reunían la aptitud necesaria para quebrantar la salud humana (cfr. OHM, Der Giftbegriff, op. cit., pp. 10-11 y sus citas RGSt 67, pp. 360 y sigs.).

Ahora bien, al momento en que se ejecuta cualquiera de las acciones previstas en el art. 200 del CP -a diferencia de lo que ocurre en un envenenamiento (donde hay una víctima determinada y se sabe tanto la sustancia como la cantidad utilizada)-, es imposible establecer con la misma exactitud la dosis empleada para envenenar o adulterar, cómo se empleará la sustancia o el producto resultante, y la constitución corporal de quienes la utilicen; por lo tanto, aquellos criterios establecidos por la jurisprudencia alemana no pueden aplicarse sin más a las acciones del tipo básico de los delitos contra la salud pública, lo cual nos obliga a establecer precisiones ulteriores.

Con esta finalidad, la doctrina alemana recurre también a otra sentencia del Tribunal Supremo del Imperio, (65) dictada esta vez en relación con el § 12 n° 1 de la ley sobre el tráfico de alimentos -vinculada con el § 324 y sus sucesores por su redacción similar-, que modifica y amplía en forma enérgica la punición del tráfico peligroso con alimentos nocivos para la salud.

Señala *Ohm* que el tipo penal del § 12 n° 1 de la ley citada, castiga a quien pone en circulación objetos a sabiendas de que su consumo o disfrute resulta *apto para dañar la salud*; a partir de la similitud entre esta oración y la contemplada primero en el § 324 y luego en el § 319 -*“apto para quebrantar la salud”*- , lo dicho por el Tribunal Supremo puede aplicarse perfectamente a esta última frase.

En el caso, el imputado había mezclado en la sidra que él fabricaba y ofrecía a la venta un licor en mal estado (*fuselöhlhaltigem Spiritus*) en tal cantidad que su consumo continuo era apto para dañar la salud (aunque no lo era en pequeñas dosis). No estaba determinada a priori la cantidad de la sidra alterada que se necesitaba para afectar la salud; durante el juicio, la defensa planteó que el consumo de una sola botella no habría sido suficiente para minar la salud de los consumidores.

El tribunal señaló que la ley no debía interpretarse en el sentido de que un consumo aislado del alimento debía dañar la salud del usuario ni tampoco que ese daño debía ser la consecuencia de un consumo excesivo, ya que en ese caso el

brandy, el café, el tabaco o el azúcar caerían dentro de las previsiones de la ley. El peligro necesario para la salud, de acuerdo con el § 12 N° 1 de la ley citada, existe cuando el producto fabricado o puesto en circulación es apto para afectar la salud si se lo utiliza conforme con su destino, incluso en una gran cantidad. Así, *el Tribunal fijó como regla para la determinación de la dosis nociva el uso o el consumo del producto según su destino*. La doctrina alemana entendió que esta regla podía aplicarse para interpretar el § 319 del StGB. (66)

La doctrina española también ha establecido pautas de interpretación del denominado *delito alimentario nocivo* que pueden auxiliarnos en la búsqueda de una hermenéutica adecuada de nuestro art. 200. Al analizar aquel delito -vigente hasta la sanción del Código penal de 1995- Pérez Álvarez fijó algunos criterios normativos para interpretar el vocablo *“nocividad”*, esto es, aquello que es perjudicial para la salud y es el resultado de la adulteración.

El autor mencionado rechaza la denominación de “fraudes alimentarios” para esta clase de delitos y prefiere la de delito alimentario, divisible en nocivo e inocuo. Este último corresponde a los casos de estafa con alimentos, maquinaciones para alterar su precio o delitos publicitarios, por citar algunos. En cuanto al delito alimentario nocivo, se inspira en el Código Alimentario español para intentar definir la nocividad, algo consustancial al alimento mismo. De acuerdo con una concepción habitual, la nocividad puede clasificarse en absoluta (*erga omnes*) y relativa (en relación con un colectivo específico de sujetos). Tras considerar insuficiente tal clasificación, Pérez Álvarez enumera los siguientes criterios distintivos: en la absoluta, la sola ingestión produce efectos para todos; mientras que en la relativa puede provocar tales efectos *erga omnes* como consecuencia de la ingestión sucesiva del alimento o porque la sola ingestión perjudica la salud de un colectivo específico, esto es, un grupo determinado de la población (por ejemplo, sólo afecta a los niños o a los celíacos en los casos de alimentos que contienen gluten de trigo). (67)

(66) Cfr. OHM, *Der Giftbegriff*, op. cit., pp. 12-13.

(67) Cfr. PÉREZ ÁLVAREZ, *La regulación*, op. cit., pp. 1060-1097, en particular nota 1; del mismo autor *Protección penal*, op. cit., pp. 108-125.

(65) RGSt 2, pp. 177 y sigs; las citas han sido tomadas de OHM, *Der Giftbegriff*, pp. 10-11.

### a) La adulteración de medicamentos

La adulteración de medicamentos y su consecuente peligro para la salud constituye otra constatación de casos complejos que registra, además, fallos encontrados.

En el caso "Solís Colucci, Juan Ernesto y Morales Valencia, Horacio Alberto s/ recurso de casación", (68) el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de la provincia de Mendoza condenó a los imputados a la pena de seis años de prisión y multa de 10.000 pesos por considerarlos coautores penalmente responsables del delito previsto en el art. 200 del CP, en concurso real con el art. 201 y ambos en concurso ideal con el art. 31 incs. a) y b) de la ley 22.362.

Según los hechos probados en la sentencia, ambos imputados adulteraban medicamentos con material inocuo (lactosa) y los distribuían en cajas y blisters casi idénticos a los utilizados por los laboratorios en los productos originales (en el caso, "Buscapina Compositum N" del laboratorio Boehringer Ingelheim).

Ante los recursos interpuestos por las defensas, el 12/11/2003, la Sala II de la CNCP señaló con respecto al art. 200 del CP que *"... la salud no tiene en la norma en estudio el alcance restringido que se le debe atribuir por ejemplo en el art. 89 del C.P.-grado de equilibrio orgánico, en ese caso, del que goza la víctima- sino que comprende el bienestar corporal y fisiológico de las personas en general. El envenenamiento, la contaminación o la adulteración se realizan de un modo peligroso para la salud así entendida no sólo si pueden producir, agravar o prolongar enfermedades, sino también si pueden causar otros deterioros corporales o fisiológicos incluidos lo que tienen como consecuencia eliminar el equilibrio que constituye el bienestar de los individuos aunque más no sea temporalmente (ej. estados de cansancio o nauseosos)..."; "... quien frente a una situación de dolor, probablemente derivada de alguna patología, ingiera un medicamento espasmolítico adulterado -aunque con sustancia neutra- no va a obtener un alivio en su malestar, por el contrario, éste habrá de prolongarse generando así la posibilidad de daño a la que alude la norma cuya aplicación se cuestiona..."*.

(68) Publicado en el dial.com del 20/2/2004.

Con estos argumentos, el tribunal citado confirmó la condena impuesta.

En otro caso vinculado también con la adulteración de medicamentos ("Chiale" resuelto el 16.4.1998 por la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín) (69) se descartó que un remedio inocuo afectara la salud (salvo el caso de antibióticos), por lo que consideró el caso como una defraudación.

En nuestra opinión, el peligro para la salud no resulta asimilable al peligro para su bienestar.

Los fallos reseñados permiten inferir que no cualquier adulteración de un medicamento constituirá un delito contra la salud pública; ello dependerá de la sustancia particular y su destino. En este aspecto, nada ha solucionado la reforma de la ley 26.524, pues si se pretendió ampliar los casos comprendidos por el tipo penal incorporando la acción de "falsificar" al quedar ella vinculada al *"... modo peligroso para la salud..."* el alcance de las figuras (tanto del art. 200 como del 201) dependerá de la interpretación de esta frase. (70)

### b) Conclusiones y pautas de interpretación

Como conclusión y a modo de síntesis, señalamos que el art. 200 del CP, tal como está redactado, prevé un delito de peligro cuyo carácter no es posible fijar *a priori*, puesto que la frase *"de un modo peligroso para la salud"* en algunos casos exige una serie de precisiones ulteriores (la clase de producto o sustancia, su destino, y eventualmente la constitución corporal de sus consumidores); en otros, la misma naturaleza de la sustancia adicionada revelará aquel carácter. Se trata, en definitiva, de una tarea librada al arbitrio judicial. La afirmación -fáctica y de concepto- acerca de si una sustancia es peligrosa para la salud puede resultar muy difícil de acreditar. Para conocer esta circunstancia influyen aspectos tan disímiles

(69) Más detalles sobre este caso en SARRABAYROUSE, Eugenio. Responsabilidad penal por el producto, op. cit., pp. 713-714; el fallo se encuentra publicado en JPBA 107, p. 43, fallo 97.

(70) Obsérvese que en un caso reciente, anterior a la reforma, se aplicó el art. 201, CP, se aplicó medicamentos adulterados y falsificados; cfr la causa "Zanola" publicada en La Ley, 2010-C, 550 y sigs., sentencia del 14/04/2010, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, sala II.

como el destinatario del producto o cuál será su uso habitual, que en algunos casos puede carecer de vínculo alguno con su consumo real; simultáneamente, en otras hipótesis, si para alguno de los consumidores habituales el producto puede resultar peligroso, ello resultará suficiente para configurar el tipo objetivo del delito.

En el ejemplo de la leche aguada: en tanto no esté destinada a curar desnutriciones agudas, la adición de agua no significa envenenarla o agregarle sustancias nocivas para la salud, sin perjuicio de que un empleo particular, o una serie de reiterada de usos recetados con aquel fin, provoquen una lesión determinada o la muerte de alguien.

Para eludir todas estas dificultades interpretativas, la "Sexta Ley de Reformas del StGB" alemana, que en el § 314 fusionó los antiguos §§ 319 y 320, eliminó la frase "*apto para quebrantar la salud*".

Todo lo expuesto nos permite establecer las siguientes pautas para una correcta interpretación del art. 200, CP:

a) El carácter peligroso del producto debe existir desde el momento en que puede afectar la salud de los usuarios, es decir, desde su fabricación o su puesta en circulación; tal carácter debe referirse al producto terminado.

b) El uso que recibirá el producto reviste particular importancia, porque como ocurre en el caso de la leche aguada, la solución resulta diferente si está destinado al consumo exclusivo de un niño o de un adulto.

c) Como en el momento en que el producto entra en circulación todavía no ha sido usado -es decir, no sabemos en qué forma entrará en contacto con los consumidores, ni con cuáles de ellos-, debemos pensar en un uso hipotético, que se determinará según la relevancia del uso (la cantidad de veces), el lugar donde se lo emplee y, en algunos casos, por la constitución corporal del eventual usuario.

d) Para valorar el uso, en principio debe estarse al habitual, es decir, el que se corresponde con las características del producto o la sustancia, y únicamente por excepción se tendrá en cuenta un empleo inadecuado (por ejemplo, en el caso de los juguetes para niños la utilización incorrecta debe considerarse como una posibilidad cierta).

e) En los casos en que también deba valorarse la constitución de los usuarios, el criterio predominante es que gocen de una salud normal: que no padezcan enfermedades ni tengan una resistencia física superior a la común.

f) Sobre la base de estos elementos (el tipo de producto, el uso conforme a su destino y eventualmente, la constitución de los usuarios), puede realizarse el juicio de aptitud del objeto. (71)

## V. Los arts. 201 y 203 del CP

En cuanto al art. 201, prevé las mismas penas que el 200 para quien vendiere, pusiere en venta, entregare o distribuyere medicamentos o mercaderías peligrosas para la salud, disimulando su carácter nocivo. (72) Para *Soler* la norma comprende no solamente los productos adulterados sino también los productos genuinos, con tal de que sean peligrosos. Abarca tanto las sustancias mencionadas en el art. 200 como cualquier otra peligrosa, sea que su peligro derive de la adulteración, sea que se trate de una condición natural de la sustancia misma. (73)

En apoyo de esta interpretación, señala *Soler* que el § 324 del StGB, en su antigua redacción, comprendía en la primera parte la acción de envenenar y en la segunda la de expender productos envenenados; en este último caso, los objetos comprendidos abarcaban los definidos en la primera parte, equivalentes en general a los de nuestro art. 200, con lo cual para el derecho argentino no existiría tal identidad; de allí que el art. 201 incluya los productos genuinos además de los productos adulterados, con tal de que sean peligrosos. (74) Sin embargo, esta exégesis del texto alemán es errónea, pues su misma interpretación gramatical indica otra cosa; (75) además, la doctrina alemana no exigía la existencia de un producto adulterado

(71) Cfr. GRETENKORDT, *Herstellen*, op. cit., pp. 15-23; KUHLEN, *Fragen*, op. cit., p. 159.

(72) Para DONNA este tipo penal se habría dado el caso del Lederspray y el del aceite de colza "... en el tramo en que se considera la conducta dolosa y que haya existido la disimulación de la nocividad del producto..."; cfr. autor citado, *Derecho penal*, op. cit., t. II-C, pp. 218.

(73) Cfr. SOLER, *Derecho penal*, op. cit., t. IV, pp. 656-657.

(74) Cfr. SOLER, *Derecho penal*, op. cit., t. IV, p. 656.

(75) Cfr. la traducción del § 324 realizada más arriba.

(pues la ley no lo pedía), sino exclusivamente que fuera nocivo y se ocultara ese carácter.

Núñez destaca que lo protegido es la seguridad común frente al atentado que implica el hecho de lanzar a la circulación medicamentos o mercaderías susceptibles de perjudicar el bienestar físico de las personas en general. El delito se comete de cuatro formas distintas y puede recaer sobre dos especies de objetos diferentes: vender, poner en venta, entregar o distribuir medicamentos o mercaderías peligrosas para la salud. (76)

El contenido de la palabra “mercadería” está fijado por el propio art. 77 del CP -toda clase de efectos susceptibles de expendio-, de manera que no procede ninguna limitación. (77)

La peligrosidad de las mercaderías o los medicamentos consiste en su poder de dañar genéricamente, de perjudicar a cualquier persona sin importar sus circunstancias individuales.

Se sostiene que si el expendedor le entrega disimuladamente a una persona determinada un medicamento o mercadería que, sin poseer esa capacidad dañosa general, puede perjudicar la salud del receptor por su particular estado o condición, podrá incurrir en un atentado contra la persona, doloso o culposo, pero no en el delito contemplado por el art. 201. (78)

La doctrina tampoco es muy clara en cuanto a qué clase de peligro contempla este tipo. Para Soler “... la peligrosidad debe fincar, naturalmente, en el empleo de la mercadería de acuerdo con el uso al cual está destinada...”, (79) mientras que para Núñez “... los medicamentos o las mercaderías son peligrosos para la salud si la pueden destruir o dañar. No es suficiente que las medicinas o las mercaderías no posean las cualidades curativas o nutritivas que se les atribuyen, aunque por esa carencia indirectamente puedan perjudicar la salud de las personas, verbigracia, dejando progresar una enfermedad o debilitando a los consumidores...”. (80) En nuestra

(76) Cfr. NÚÑEZ, Tratado, op.cit., t. V, v.1, pp. 118-119.

(77) Cfr. SOLER, Derecho penal, op. cit., t. IV, p. 657.

(78) Cfr. NÚÑEZ, Tratado, op. cit., t. V, v.1, pp. 119-120 y nota 251.

(79) Cfr. SOLER, Derecho penal, op. cit., t. IV, p. 657.

(80) Cfr. NÚÑEZ, Tratado, op. cit., t. V, v. 1, p. 120.

opinión, para establecer cuándo una mercadería es peligrosa deben aplicarse los criterios que enumeramos supra en el estudio del art. 200 del CP: tipo de producto o sustancia, su destino, y la constitución corporal de sus consumidores.

El juego armónico de ambos artículos posibilita la aplicación de los delitos contra la salud pública a todos aquellos que participan de la relación de consumo: el fabricante o elaborador (art. 200) y los distintos engranajes de la cadena de distribución: importadores, distribuidores, vendedores mayoristas y minoristas.

La inclusión de la frase “disimulando su carácter nocivo” genera diversos problemas con respecto a los arts. 201 y 203. En el primer caso, la jurisprudencia registra opiniones diversas sobre su relación con el encubrimiento. En el caso “Garay, Jorge” (81) el representante del laboratorio fabricante del medicamento oncológico “Taxotere-80 mg” denunció que una persona le ofreció a un médico la venta de 250 unidades del mismo a un valor unitario de \$ 450, cuando su costo real era de \$ 1.648. Durante la investigación preliminar pudo establecerse que se trataba de unidades auténticas que habían sido robadas; sin embargo, la interrupción de la cadena de frío había alterado su acción terapéutica, lo que las convertía en un producto venenoso letal.

Por mayoría, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 28 de la ciudad de Buenos Aires condenó a los imputados “como autores penalmente responsables del delito de encubrimiento”. La sala IV de la CNCP, también por mayoría, casó esta sentencia por considerar que los hechos encuadraban en el art. 201 del CP, y estableció la siguiente doctrina: “... El delito tipificado en el art. 201, CP, requiere en todos los supuestos una especie de doble acción: disimular el carácter nocivo del objeto mediante un acto positivo o negativo, quedando marginadas del tipo cuando se vende haciendo notorio el carácter nocivo, o cuando por la naturaleza del producto no es necesario advertirlo. El delito se consuma con ponerlo en venta con esa disimulación, siendo un delito de carácter abstracto, no requiriéndose resultado dañoso alguno...”. (82) Otro de los votos

(81) Resuelto por la Sala IV de la CNCP el 3/10/2000; cfr. revista LexisNexis JA n° 6263, pp. 33-41.

(82) Cfr. el voto de la juez Capolupo de Durañona y Vedia, con cita de CREUS, Derecho penal: parte especial, t. 2,

resaltó que “.. la ocultación del corte de la cadena de frío del producto ‘Taxotere’ mediante su colocación en una caja de telgopor con hielo seco, resulta suficiente para tener por acreditada la disimulación del carácter nocivo del medicamento en cuestión y, por ende, encuentro reunidos todos los elementos requeridos por el tipo penal del art. 201 del código sustantivo...”. (83)

Por su parte, el voto en minoría señaló que “...disimular es encubrir con astucia, disfrazar u ocultar una cosa para que parezca distinta de lo que es. Disimulo, a su vez, se define como el arte con que se oculta lo que se hace...”. (84)

Este caso carece de vinculación con la fabricación defectuosa de un producto o de su venta por los canales normales; sin embargo, es útil para mostrar con total claridad los problemas interpretativos que ocasiona la frase “disimulando su carácter nocivo”. La acción reprochada a Garay parece más emparentada con una estafa o con un intento de ocultar el origen de la mercadería y obtener una ganancia con su venta que con disimular el peligro que entrañaba para la salud pública. Quizá la solución adecuada estriba en considerar un concurso ideal entre ambos tipos penales: el castigo de una forma autónoma de participación en el robo de los medicamentos (encubrimiento) y su posterior venta, donde la disimulación del carácter nocivo (en el caso, empaquetar los medicamentos con hielo seco) constituye el ardid estafatorio.

Por su parte, el art. 203 contiene el tipo imprudente de las conductas descriptas en los arts. 200 y 201. La doctrina discute acerca de si es posible atribuir un obrar imprudente al disimulo que exige el art. 201.

Parece forzado hablar de “disimulo imprudente”. (85) Soler considera que el artículo comprende tanto el acto “... por el cual el expendedor por imprudencia

o negligencia no se haya percatado de la calidad de lo que entrega, como el de quien, sabiéndolo, haya omitido alguna advertencia necesaria, sin que esa omisión constituya el acto deliberado de disimulación que la ley reclama para la forma dolosa...”. (86) Núñez le imputa este comportamiento imprudente a quien no advierte el “disimulo exterior de la calidad peligrosa del objeto del tráfico”, es decir, que alguna otra persona adulteró la calidad de la mercadería y quien luego la vende no lo advirtió debido a su imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de los reglamentos u ordenanzas sobre el asunto. (87) Pese a estas inteligentes interpretaciones, creemos que no existe un tipo imprudente del art. 201, porque resulta imposible disimular imprudentemente; bien vistos, tanto el planteo de Soler como el de Núñez remiten a un comportamiento negligente genérico que ninguna relación tiene con disimular; por ejemplo, quien vende un producto enlatado vencido pero cuya fecha de vencimiento está burdamente alterada y no ha advertido esta circunstancia, no disimula imprudentemente nada: sólo vende un producto peligroso en forma negligente. (88) En el mismo sentido que apuntamos, señala Gómez: “.. La ley exige, como condición esencial de delito, que el agente haya disimulado el carácter nocivo de las mercaderías. Esta cláusula pone de manifiesto la imposibilidad de que el delito se cometa por culpa. Sin embargo, a estar a lo que dispone el art. 203, la hipótesis de la culpa sería admisible. Hay aquí un error evidente. La disposición concordante del código italiano de 1899, establecía, como condición del delito, que el peligro no fuera conocido por el comprador. Y la razón es clara. Pero la exigencia de nuestro código, la de que medie disimulación de la nocividad, es distinta, como se advierte sin esfuerzo. Por otra parte, esa exigencia disminuye la protección que el precepto ha querido instituir...”; más adelante agrega que “... como la simulación no puede ser sino intencional, es evidente que el hecho estudiado es insusceptible de cometerse por culpa,

estudio es la quinta: “disfrazar u ocultar una cosa, para que parezca distinta”.

(83) Cfr. el voto del juez Gustavo Hornos, revista LexisNexis JA n° 6263, p. 38.

(84) Del voto de la juez Berraz de Vidal; cfr. revista LexisNexis JA n° 6263, p. 39.

(85) El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (DRAE) contiene diversas acepciones de disimular; entre ellas, la que guarda relación con el tipo penal en

estudio es la quinta: “disfrazar u ocultar una cosa, para que parezca distinta”.

(86) Cfr. SOLER, Derecho penal, op. cit., t. IV, p. 664.

(87) Cfr. NÚÑEZ, Tratado, op. cit., t. V, v.1, pp. 125-126.

(88) FONTÁN BALESTRA considera que la interpretación del art. 203 consiste en construir las figuras de los tipos objetivos de los arts. 200, 201 y 202, sumado al “... elemento subjetivo característico de los delitos culposos...”; cfr. Tratado, op. cit., t. VI, p. 349.

*no obstante la disposición del art. 203, que prevé la posibilidad de la misma...". (89)*

La gravedad de las penas previstas se regula de acuerdo con las consecuencias producidas. Si sólo resulta peligro para las personas, la pena es de multa; y si resulta enfermedad o muerte, es de prisión de seis meses a cinco años. (90) La ley 26.524 elevó el monto de aquélla: ahora, abarca de 5.000 a 100.000 pesos.

Con respecto a este artículo, podemos formular dos críticas. Por un lado, que su primera parte contemple sólo una pena de multa, que la aproxima al Derecho administrativo; por esta razón sería conveniente modificarla y establecer una pena privativa de la libertad que guardara proporcionalidad con lo establecido por los tipos básicos imprudentes que protegen la vida y la salud (arts. 89 y 94, CP). Asimismo, la segunda parte de la norma, que prevé un agravamiento por el resultado (muerte o enfermedad), presenta los mismos inconvenientes que el delito "preterintencional" previsto ahora en el nuevo art. 201, bis, CP: tanto si la muerte como la enfermedad son consecuencia al menos de la imprudencia del agente, están previstas en los delitos de resultado respectivos.

## VI. Conclusión

La reforma introducida por la ley 26.524 dejó pasar una buena oportunidad para solucionar varios problemas de interpretación que aquejan los arts. 200, 201 y 203, del CP.

Por lo demás, la inclusión del verbo típico "falsificar" no significó una ampliación de la punición, pues esa acción estaba comprendida por uno de los significados de "adulterar"; del mismo modo, continúan los problemas de interpretación con respecto a las frases "de un modo peligroso para la salud" y "disimulando su carácter nocivo", además del término "mercaderías" solamente contemplado en el art. 201, CP.

Asimismo, pudo haberse introducido un tipo penal omisivo que castigara el incumplimiento del

(89) Cfr. GÓMEZ, Eusebio. Tratado de Derecho penal, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941, t. V, pp. 113 y 114; FONTÁN BALESTRA rechaza expresamente esta interpretación; cfr. Tratado, op. cit., t. VI, p. 341.

(90) Cfr. SOLER, Derecho penal, op. cit., t. IV, p. 665.

deber de informar del fabricante de un producto inicialmente inocuo que se transforma en nocivo; ello habría permitido solucionar uno de los problemas más complejos que enfrenta la rpp, con pleno respeto del principio de legalidad.

Se trató, en definitiva, de otra reforma penal motivada por un caso puntual, sin la necesaria reflexión, debate y estudios previos. Ojalá que la ciencia penal pueda desarrollar otros instrumentos (como la teoría de la legislación) que permitan sancionar mejores leyes.

### *Principales abreviaturas utilizadas*

art.: artículo

arts.: artículos

BGH: Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)

BGHSt: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán en material penal)

CDJP: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal (revista jurídica)

cfr.: confróntese

cit.: citada/citado

cits.: citadas/citados

CP: Código penal

ed.: edición

GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht (revista jurídica)

JPBA: Jurisprudencia Penal de Buenos Aires

JuS: Juristische Schulung (revista jurídica)

n°: número

nm.: número marginal

NJW: Neue Juristische Wochenschrift (revista jurídica)

NStZ: Neue Zeitschrift für Strafrecht (revista jurídica)

op.: opus (obra)

p.: página

ps.: páginas

sigs.: siguientes

StGB: Strafgesetzbuch (Código penal alemán)

t.: tomo

ZStW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (revista jurídica)

.....



# ANIVERSARIO

---



# Las publicaciones periódicas de divulgación científica en nuestra materia: los tres años de la Revista de Derecho Penal y Criminología

POR **MATÍAS BAILONE**

*“Los científicos del control social se apoyan entre sí a través de las revistas. Aun cuando se puedan observar ciertas variaciones locales en el tipo de temas que se difunden, en líneas generales predomina una aceptación indiscriminada de colaboraciones sobre los ‘temas de moda’, siempre y cuando vayan firmadas por quienes en esos momentos representan la elite intelectual de sus respectivos países. En ningún momento se encuentra una evaluación crítica de las ideas expresadas por estos autores, ni intento alguno por establecer si las mismas responden a los problemas delictivos específicamente latinoamericanos?” (1)*

La inolvidable Rosa del Olmo describía así la historia zigzagueante e intermitente de las revistas de divulgación del derecho penal y la criminología en América Latina. Las publicaciones periódicas de la región, atravesadas por las situaciones de inestabilidad política y social, eran instrumentos de difusión de las posiciones doctrinarias dominantes, y estaban destinadas a consolidar los discursos oficiales sobre los delitos y las penas.

Las revistas reflejaban el estado de situación del penalismo latinoamericano, atravesadas por las veleidades de turno, y alguna que otra vez, por algún esperpéntico *figuralismo* personalista de los difusores con nombre mayúsculo. También tuvieron siempre una efímera existencia, tal como Don Luis Jiménez de Asúa lo dijera en el primer número de la primera etapa de esta revista, allá por 1968.

La situación de patronazgo cultural de los países centrales hacia nuestra región, el malinchismo congénito de la academia latinoamericana, hicieron posible la dependencia científica de nuestras publicaciones con respecto a lo que se producía en las usinas europeas de la materia. Además, ese

*‘figuralismo’* al que hacía referencia, muy propio de esta particular disciplina, permitió que ciertas autocanonizaciones dieran un papel central al personalismo, al ego y a la lucha de escuelas (épicas batallas académicas continuadas disciplinariamente y motivadas menos en enemistades ideológicas que personales).

Esas inconsistencias eran los árboles que tapaban el bosque, porque a pesar de los muchos pesares, en las páginas de dichas revistas se pudieron plasmar momentos teóricos altamente lúcidos y reflejar el paradigma cultural de cada época, que algunas veces significó una visión crítica de la punitividad al uso y del penalismo ortodoxo.

Los tres años que hemos llevado esta publicación a la consecutividad mensual, en esta nueva etapa que dirige el Prof. Dr. h.c. mult. Eugenio Raúl Zaffaroni, dan cuenta de su particular visión crítica sobre el fenómeno punitivo, pero también de su genialidad creativa, de su humildad y capacidad autocrítica y de la apertura de la publicación a voces contrapuestas. Zaffaroni dijo en el primer número, que buscaríamos la jerarquía académica en casi 300 páginas mensuales, y así lo hicimos en 33 números ininterrumpidos.

Siempre se ha procurado tener una representación plural en los dos consejos de la Revista, que diera cuenta de las diversas posturas doctrinarias del penalismo, el procesalismo penal y la criminología actuales, y de la pertenencia geográfica de los autores. El comité académico está representado por reconocidos y laureados profesores de universidades extranjeras y nacionales, que han formado escuela en sus diversos ámbitos, y han trascendido fronteras y generaciones, para instalarse como referentes ineludibles del saber de la cuestión penal. El comité de redacción es un conglomerado de profesionales, doctorandos e investigadores de diversas latitudes, comprome-

(1) DEL OLMO, Rosa, “América Latina y su criminología”, Siglo XXI, México, 1981, p. 228.

tidos con hacer de esta publicación un dispositivo de divulgación de vanguardia.

Las diversas áreas de la publicación referencian la multiplicidad temática que necesitan los lectores, colectivo heterogéneo conformado por abogados litigantes, magistrados, investigadores de los saberes en cuestión y estudiantes universitarios. Las páginas clásicas, que a veces combinamos con investigaciones sobre la historia del Derecho Penal, han cumplido con lo que el director de esta revista dijo en el primer número de la misma, como “testimonio de preocupaciones y visiones que en muchas ocasiones consideramos nuevas, cuando en verdad son permanentes o han ocupado la atención de otros hace muchísimos años”. En esta sección hemos releído a voces pretéritas, a las que no siempre es sencillo acceder y contextualizar, que han iluminado debates actuales y necesarios.

Cuando el primer número vio la luz, tuvimos que lamentar el fallecimiento de quien había sido un entusiasta propulsor de la publicación, el Dr. Eduardo Aguirre Obarrio, eslabón entre diversas generaciones de penalistas locales y cultísimo académico. Ahora, al tercer aniversario, tenemos que despedir a otra de las figuras centrales del iuspenalismo regional, y promotora incansable de estas páginas, la Dra. Gladys Nancy Romero de Bonino.

En estos tres años de continuidad, la RDPyC quiere agradecer a la editorial La Ley, a todos los colaboradores que han participado de la misma,

enviando artículos propios o de conocidos, traduciendo trabajos de otras latitudes, formando parte del referato de pares anónimo, comentando las novedades bibliográficas más destacadas, o simplemente, siendo lectores atentos y críticos de lo que cada mes damos a la imprenta.

En esta sección, además de estas prescindibles palabras, queremos compartir un texto de Fred Rodell del año 1936 sobre las revistas jurídicas. El más destacado crítico de la profesión jurídica y de la literatura legal, describe las falencias y patologías que ya en aquel año se veían como propias de las revistas divulgativas del Derecho. Claramente no son exclusivas del área penal, como las críticas de Del Olmo a las revistas de la cuestión criminal, sino que comprenden a la generalidad del ámbito jurídico, a su endogámico sistema de reproducción, de inculcación de valores y de formación disciplinar. Estas discusiones nos emplazan frente a nuestra capacidad crítica y autocrítica del perímetro del saber que nos toca cultivar y de su funcionalidad social. Comprender la vigencia de estas críticas de hace casi 80 años es una necesidad vital de renovación permanente.

También contamos con el honor de tener las palabras del director de nuestra revista hermana en Chile, de la misma casa editorial, y que tanta historia tiene detrás, tal como esas páginas lo atestiguan. La generosidad del Prof. Jean Pierre Matus Acuña queda demostrada en esta participación especial en nuestro número aniversario, que recorre la historia de las publicaciones periódicas de las ciencias penales en nuestro margen. ♦

.....

## Adiós a las revistas jurídicas (\*)

POR FRED RODELL (\*\*)

En casi todo texto jurídico existen dos cuestiones incorrectas: una su estilo; la otra, su contenido. Esto, creo, cubre el asunto. Y aunque es en las revistas jurídicas donde la literatura más respetada —y yo, de ninguna manera, las llamé opiniones jurídicas a excepción de las acciones legales de lujo— es regularmente conservada, es también en las revistas jurídicas donde el valor de un penique de contenido es más frecuentemente ocultado bajo una libra de supuesto estilo. El escritor promedio de revistas jurídicas es peculiarmente capaz de decir nada con un aire de gran importancia. Cuando leía revistas jurídicas, me sentía como un elefante tratando de golpear con fuerza a una mosca.

Ahora, el estilo antediluviano o burlesco en el cual está mayoritariamente escrito el material de revistas jurídicas, como bien lo sé, ha sido duramente criticado antes. Esa crítica no ha tenido efecto, como tampoco lo tendrá ésta. Recuérdese que es porque me lo han pedido que expreso mis quejas sobre la literatura jurídica.

Para entrar en la cuestión del estilo, pareciera que es un principio cardinal de la redacción y edición de revistas jurídicas que nada puede ser dicho enérgicamente y que nada puede ser dicho entretenidamente. Esto, lo acepto, es el interés de algo llamado dignidad. No importa que la mayoría de la gente —y hasta los abogados entran en esta categoría— lean para que los convenzan, o bien, para entretenerse. No importa que hasta en las relativamente raras instancias en que la gente lee para informarse, gusten de una pizca de pimienta o una pizca de sal junto a su información. No ob-

tendrán ningún condimento si la revista jurídica puede con ello. La revista jurídica podría ser más bien dignificada que ignorada.

Supóngase que un escritor de revista jurídica quiere criticar una sentencia. ¿Dice él que “El magistrado Fussbudget, en una opinión prolija y sin sentido, consiguió distorsionar su lógica y destrozó su historia para alcanzar un resultado que no sólo es reaccionario sino también ridículo”? Él podrá pensar exactamente eso pero no lo dice. Ni siquiera dice “Fue una opinión completamente estúpida”. Lo que dice es “Parecería que una conclusión contraria quizás podría haber estado mejor justificada”. “Parecería...” es la abuelita de las frases mimadas, todavía reverenciadas por las revistas jurídicas, en el embotado nombre de la dignidad.

Una de las peculiaridades del estilo que inevitablemente resta valor a la contundencia y claridad de la redacción de revistas jurídicas es el tabú de los pronombres en primera persona. Un “yo” o un “me” es visto más bien como una forma escandalosa de desnudarse en publicaciones. Para evitar la desnudez el ambiguo “se” es casi obligatorio. “Se sugiere...”, “Se propone...”, “Parecería...”. Si los escritores realmente suponen que semejantes construcciones los cubren en anonimato de modo que la gente no puede acertar quién está sugiriendo y quién está proponiendo, no lo sé...

Sentencias largas, construcciones difíciles y palabras confusas que parecen disculparse para atreverse a expresar una opinión son parte del precio que las revistas jurídicas pagan por su preciosa dignidad...

El explosivo toque de humor es considerado precisamente tan de mal gusto como el duro golpe de la condena. Sé que ningún campo de aprendizaje tan vulnerable a lo burlesco, a la sátira o a lo ocasional empuje en las costillas como la pomposidad rimbombante de la dialéctica legal. Quizás esa sea la razón misma por la que no hay bufones u hombres amordazados en la literatura legal y por la que los editores de revistas jurídicas levantan las cejas en horas extras para purgar sus

(\*) Publicado originalmente en inglés como RODELL, Fred, “Goodbye to Law Reviews” en *Virginia Law Review*, vol. 23, nros. 38-45, noviembre de 1936. Traducción al español realizada por Sofia Chiambretto, LLM Columbia Law School, Especialista en Derecho Penal UTDT, Abogada UBA, para la Revista Academia sobre enseñanza del Derecho, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, UBA, Rubinzal-Culzoni Editores, Año 5, nro. 9-2007.

(\*\*) (1907-1980), Profesor de Derecho de la Universidad de Yale.

publicaciones de cada comentario agudo que podría producir verdadera risa. El derecho llama la atención; y es ridículo. Y las revistas jurídicas están lejos de tomar alguna parte en el lanzamiento de una bola de nieve o en la juiciosa colocación de una cáscara de banana.

Ocasionalmente, muy ocasionalmente, algo de humor pesado alcanza la publicación. Pero tiene que ser la clase de humor que tiende a producir en el mejor de los casos una sonrisita más que una carcajada. Y la mayoría de los autores de revistas jurídicas, intentando producir una sonrisita, salen con uno de esos pedantes trucos listos que obtienen una respuesta incómodamente forzada con los profesores los dicen en una clase. La mejor manera de conseguir una risa de una revista jurídica es tomando un par de tragos y luego leyendo un artículo, cualquier artículo, en voz alta. Eso puede ser realmente gracioso.

Luego está el negocio de las notas al pie, las ostentosas y prestigiosas claves de los escritos legales y el motivo favorito de queja de todo aquel que haya leído alguna vez una pieza de alguna revista jurídica por alguna otra razón que la de haber sido tan perezoso como para buscar sus propios casos. Tan lejos como puedo distinguir, hay dos tipos de notas al pie. Está la aclarativa del tipo *por-si-no-entiendes-lo-que-dije-en-el-texto-esto-puede-ayudarte*. La nota al pie aclarativa es una excusa para permitir que el escritor de la crítica a la ley sea oscuro y confuso en el cuerpo de su artículo y luego decir lo mismo al final de la página de la manera en que lo tendría que haber dicho en primer lugar. Pero irse por las ramas no es un hábito del que uno pueda deshacerse fácil, y entonces ocasionalmente, el lector tiene que ir marcha atrás y volver al texto para intentar descubrir lo que la nota al pie significaba. Es cierto, no obstante, que un poco más de informalidad se permite en letra chica. De esta manera, “Se sugiere” en el cuerpo del artículo puede llevar a una nota al pie aclaratoria que tenga el efecto de “Ésta es la sugerencia propia del autor”.

Es la nota al pie demostrativa la que es frecuentemente inventada nada más que de una lista de nombres de casos que el autor hizo buscar a alguien que lo hizo con prisa. Estos enormes pedazos de insignificante estilo, tan acogidos por los estudiantes que cambian de página y sólo

encuentra dos o tres líneas de texto encima de ellos, son los que hacen a un artículo muy, muy culto. Ellos también muestran el sospechoso giro de la mente legal. La idea parece ser que no puede confiarse en que un hombre haga una declaración directa a menos que agarre a sus lectores de las narices y los lleve hasta la letra chica. Se presume que todo escritor legal es un mentiroso hasta que prueba lo contrario con una multitud de notas al pie.

De cualquier manera, la nota al pie sólo alimenta un pensamiento fraccionado, una escritura inapropiada y una mala opinión.

Cualquier artículo que tenga que ser explicado o probado, llenándose con pequeños números hasta que se vea como las líneas verticales y horizontales de un crucigrama, no tiene ningún sentido en ser escrito.

Excepciones a la tradición de la dignidad rechoncha y la falsa sabiduría de los textos de revistas jurídicas, son tan raras como hermosas. De vez en cuando un Thomas Reed Powell se escapa con una opinión judicial imaginaria que otorga un verdadero giro inesperado. De vez en cuando Thurman Arnold olvida sus notas al pie como si dijera que si la gente no le cree o no le comprende, es su problema y no el de él. Pero hasta semejantes leves rupturas de protocolo como éstas, son toleradas raramente y con cautela, y es probable que los hermanos más piadosos de los escritores las vean con un poco de recelo.

Por lo general, la camisa de fuerza del estilo de las revistas jurídicas ha acabado con lo que podría haber sido una literatura animada.

Ha mutilado incluso esas pocas piezas de escritos legales que realmente tienen algo que decir. Yo soy el último en suponer que una pieza sobre Derecho podría ser hecha para ser leída como una picante novela de sexo o como una novela policíaca pero no puedo ver por qué tiene que parecerse a una mezcla de sermón del decimonoveno siglo y de tratado de matemática superior. Un hombre que escribe un artículo de revista jurídica debería ser capaz de ello para una audiencia ligeramente mayor que algunos de sus colegas —que le echan un ligero vistazo por cortesía— y que algunos de sus estudiantes —que lo trabajan duramente porque él se los ha asignado...—.

Harold Laski es aficionado a decir que en toda revolución los abogados son los primeros en ser liquidados. Esto puede sonar como si se hubiese rayado el disco pero a mí me parece terriblemente relevante. La razón por la cual los abogados son conducidos a la línea de la guillotina o a la escuadrilla de fuego es que, mientras que se supone, el Derecho debe ser un dispositivo al servicio de la sociedad, una manera civilizada de hacer andar las ruedas sin demasiada fricción, es bastante difícil encontrar un grupo humano menos preocupado en servir a la sociedad y más preocupado en servir a sí mismos que los abogados. La razón por la cual todo esto es relevante es que si un abogado puede razonablemente contar con que alguien lleve una antorcha o ilumine el camino correcto, lamentablemente, será un colega quien escriba sobre Derecho.

Confieso que “servir a la sociedad” es una frase ligeramente comedia con una clase de catequesis pegada a ella. Hay maneras más seguras y largas de expresar la misma idea pero aun así comunicaría una noción vaga de lo que quiero decir. Quiero decir que el Derecho, como una institución, como ciencia, o como un sinsentido de lujo, tiene una tarea que hacer en el mundo. Y esa tarea no es ni redactar escritos exitosos para clientes exitosos ni observar con ojos bien abiertos o resolver qué introdujeron los jueces de cortes de apelación cuando, por cualquier motivo, de manera obvia, de manera oscura, afirman o revocan decisiones de cortes inferiores.

Sin embargo, sería difícil de advertir, a partir de las cosas que son publicadas en las revistas jurídicas, que el Derecho y los abogados tienen en sus manos el trabajo de pasar en limpio (pero de ninguna manera explícitamente) argumentos legales y la construcción, la reconstrucción y el derribo esporádico de empresas de teorías fundadas en arena y en supuestos falsos. Sería difícil adivinarlo de la masa de artículos dedicados a tales preguntas dignas como “La regla contra la perpetuidad de Saskatchewan”, “Algunos usos nuevos del mecanismo del fideicomiso para evadir impuestos”, o “Una respuesta a la contestación al comentario sobre la crítica al restablecimiento del Derecho en los conflictos de leyes”.

Escritos de revistas jurídicas parecen estar al mismo nivel que nuestros más expertos egocéntricos. Cuando no están ocupados agregando o enmendando sus listas de casos y sus remotas líneas

de lógica —de modo que un abogado practicante vivo se presente y agarre los casos y la lógica sin tanto permiso—, seguramente serán encontrados peleándose con gran seriedad por el significado o el contenido de algún principio oscuro que nueve, de diez jueces, no podrían reconocer si surgieran y se los pegaran en la cara.

La absorción centrípeta de los misterios caseros y la prestidigitación del Derecho podría ser una ocupación perfectamente inofensiva si no consumiera tanto tiempo y energía que sería mejor gastada de otra manera. Y si, por cierto, no consumiera tanto espacio en las bibliotecas jurídicas. Parece que nunca se les ha ocurrido a los estudiosos caballeros, que estafan en las revistas jurídicas con el manipuleo de la negligencia contributiva, que ninguna vida ni ninguna ley puede ser reducida a cuatro paredes de un acogedor concepto. Parece que nunca se les ha ocurrido que ellos pueden estar estafando mientras Roma se incendia.

No deseo ser reiterativo, pero quizás es mejor que sea dicho de una sola vez, seria y sinceramente. Con el Derecho como única alternativa obligatoria de solución de un gran número de problemas del mundo, me parece que la articulación del clan de abogados con sus escritos debiera ser deliberadamente más consciente de sus problemas; debiera reconocer que el uso del Derecho para alcanzar la solución es la única excusa para la existencia del Derecho, en vez de continuar alegremente haciendo un mundo de la nada...

Cuando deciden bajar las cartas a la mesa, no es sorprendente que las revistas jurídicas sean tan malas. Los artículos principales y las reseñas de los libros son, en su mayor parte, escritos por profesores y supuestos profesores de Derecho cuyo interés principal es la obtención de alguna publicación para que puedan agitarlo en las caras de sus clientes cuando piden un aumento, porque el modo aceptado de tener éxito en la enseñanza del Derecho es involucrándose constante y satisfactoriamente en publicaciones de una manera digna. Los estudiantes que escriben para las revistas jurídicas son incitados por el pensamiento consolador de que podrán estar tranquilos pues, cuando se gradúen, conseguirán trabajos a cambio de su esclavitud, y los superestudiantes que hacen las editoriales o el trabajo sucio, son incitados aún más por la seguridad de que obtendrán incluso mejores trabajos.

Además, los únicos consumidores de revistas jurídicas por fuera del círculo académico son las asesorías jurídicas, que jamás las leen realmente, pero que las meten en un estante para futuras referencias. Las asesorías jurídicas consideran a las revistas jurídicas tanto como un plomero considera un pedazo de tubería de plomo. No están muy preocupados sobre lo literario o las posibilidades del servicio social del Derecho, pero se alegran de tener a alguien que les busque los casos y que piense nuevos argumentos para que ellos los usen en sus asuntos, porque significa que obtienen algo de prácticamente nada.

De esta manera, todos conectados con la revista jurídica son como manteca en la tostada, en buen sentido obviamente, y todos ellos —profesores, estudiantes y abogados practicantes— están bastante satisfechos en continuar untándose su propio pan, y el ajeno. Es, más o menos, la foto de una pequeña familia y cualquiera que venga con la descabellada idea de dar un paso hacia fuera por un segundo y tomar aire fresco, es proclive

a que le corten la cabeza. Es mucho más cálido, confortable y seguro adentro.

Y entonces, yo supongo que las revistas jurídicas correctamente continuarán produciendo cosas no aptas para leer, en temas sobre los que no vale la pena molestarse en escribir. Aun así, espero estar equivocado.

Quizás un día de estos, las revistas jurídicas, o alguna de ellas, se atrevan a jugársela por intereses superiores. Quizás se cansen de echar peniques, y de emperifollarse en frac como para sentir una sensación de importancia y orgullo mientras lanzan centavo tras centavo contra la misma vieja pared. Quizás lleguen a darse cuenta de que la lengua inglesa es más útil cuando es utilizado normal y naturalmente, que el Derecho no es más que un medio para un fin social, y que jamás debiera, por todas las escuelas de Derecho y estudios jurídicos del mundo, ser tratado como un fin en sí mismo. En fin, quizás un día de estos las revistas jurídicas lo entiendan. Mientras tanto, diré que son cualquier verdura. ♦

.....

## El renacimiento de las revistas de Derecho Penal, Criminología y Ciencias Penales allende Los Andes

POR JEAN PIERRE MATUS ACUÑA (\*)

Tras un prolongado letargo, la *Revista de Derecho Penal y Criminología* de la Editorial La Ley celebra hoy tres años de su nueva etapa, bajo la dirección del Prof. Dr. Raúl Zaffaroni y con la colaboración de los profesores Miguel A. Almeyra, Matías Bailone y Rodrigo Codino.

No es casualidad que en estos días también celebremos allende Los Andes la continuidad de este proyecto y el trabajo de su Director y sus colaboradores, ejemplo para quienes nos ha tocado el honor de sacar de su también prolongado letargo la ahora hermana *Revista de Ciencias Penales* de Chile.

Y digo *hermana* porque ambas nuevas y antiguas publicaciones comparten una *mamadre*, como la llamaría Pablo Neruda, una nueva casa Editorial —Thomson Reuters que asegura la continuidad en la provisión de contenidos y en el soporte financiero y administrativo que hace posible la edición y publicación periódica de Revistas que pretenden dar cuenta tanto del estado actual de las ciencias que en ella se cultivan como del objeto de su estudio, la elaboración legislativa y jurisprudencial del Derecho penal vigente.

Tampoco es casual que sea el Prof. Zaffaroni quien haya tomado la posta que dejase en su tiempo el *Maestro de Todos* en América Latina, Don Luis Jiménez de Asúa. Como es sabido, al igual que don Luis, el Prof. Zaffaroni ha incursionado en el estudio no sólo de la teoría del delito y sus sutilizas, permaneciendo siempre al día en las nuevas y viejas discusiones que colman la literatura impregnada por aquella forma de hacer derecho penal, la dogmática alemana, que a través de sus enseñanzas a nuestros maestros, traducciones e infinitas publicaciones nos legó Jiménez de Asúa. Zaffaroni ha prestado, como don Luis, también

atención a la historia de nuestra disciplina y de quienes la han elaborado, así como a la criminología, ya no bajo el influjo positivista de un discípulo de von Liszt como lo fue Jiménez de Asúa, sino a la criminología *desde el margen*, latinoamericana y crítica de las instituciones que posibilitan y perpetúan *el problema penal*, como antes se llamaba a la paradoja de imponer sanciones para hechos producto de las condiciones sociales, cuya ejecución no hacía más que perpetuarlas.

Ese respeto por la historia y el cariño por lo propio explica, a mi juicio, que teniendo la posibilidad de fundar una revista completamente nueva, con el apoyo de una casa editorial consolidada en el mundo actualmente globalizado, Zaffaroni y sus colaboradores hayan preferido rescatar el legado de Jiménez de Asúa y asumir el desafío de hacer renacer la vieja *Revista de Derecho Penal y Criminología*. La diversidad de intereses de su Director y su permanente preocupación por el desarrollo de la disciplina penal en Latinoamérica, explican también que en esta nueva etapa, nada de lo humano le sea ajeno, como lo reflejan sus secciones, donde siempre se encontrará un texto de algún colega de allende Los Andes y el Río de la Plata.

Para nosotros en Chile, que hemos visto al fin también renacer nuestra *Revista de Ciencias Penales* al mismo tiempo que revive en actividades y el cultivo de las disciplinas que le dan su nombre el viejo *Instituto de Ciencias Penales*, la noticia de que es posible ahora mantener vivo el interés por una publicación periódica dedicada a estas materias, nos alegra de sobremanera. También, cómo no, nos produce admiración el hecho de que durante tres años se hayan publicado los números prometidos mensualmente con peridiodicidad anglosajona y que en ellos se haya dado cabida a toda la diversidad de las ciencias penales.

Para entender esta admiración por cosas aparentemente tan simples, quizás convendría echar un vistazo a la historia de la chilena *Revista de Ciencias Penales* y así, a la luz de sus vicisitudes,

Director de la Revista de Ciencias Penales de Chile, Thomson Reuters. Director del Instituto de Ciencias Penales de Chile, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Chile y Finis Terrae.

entender lo importante que es mantener una publicación periódica vigente, que aparezca en los tiempos prometidos y que sirva de crisol donde se amalgamen las actuales preocupaciones por el devenir de nuestra disciplina.

Según se lee en las primeras páginas del número inicial de la *Revista de Ciencias Penales*, aparecido el año 1935, ella surge “bajo los auspicios” del recién creado Seminario de Derecho Penal y Medicina Legal de la Universidad de Chile, pero por “la iniciativa” de la Dirección General de Prisiones, bajo cuya “Dirección y Administración” se editaron los primeros tres Volúmenes (1935 a 1937).

Su primitiva orientación *positivista* aparece claramente en esta presentación: El Decano de la Facultad de Derecho da por “reemplazado” el “concepto meramente objetivo del delito”, afirmando que “a la Ciencia Penal” de la época “ya no le interesa el delito en cuanto institución jurídica, le interesa el delincuente, a quien es menester corregir y encauzar por la senda del bien”, la cual, a pesar de ser “conocida en Chile” y “ampliamente difundida por nuestros profesores universitarios”, no se habría divulgado en “una publicación adecuada”. Y le atribuye, entonces, a la *Revista de Ciencias Penales*, realizar esa finalidad: “dar a conocer los modernos principios de la Ciencia Penal”. Por su parte, a nombre de la Dirección General de Prisiones, se propone un plan más “eclectico” si se quiere, al afirmar únicamente que la Revista proporcionará “a los abogados criminalistas y a los estudiosos de las ciencias que dicen relación con la criminalidad, los elementos que el diario estudio requiere. Los artículos de índole técnica o doctrinaria; la jurisprudencia penal; la estadística carcelaria; la legislación punitiva o preventiva con sus antecedentes o comentarios”.

La original tendencia *positivista criminológica* de la *Revista de Ciencias Penales* se explica no sólo por las palabras antes transcritas, sino también porque, en los hechos, su “Dirección y Administración” se radicaba en la Dirección General de Prisiones, cuyo entonces Director General, Manuel Jara Cristi, no ocultaba su obvio interés criminológico, atendida la función que desempeñaba. Así, predominaron en su “Primera Época” (1935-1938, T. I a IV) los textos de tendencia *positivista criminológica*, pero también hubo en ese período importantes textos de corte dogmático, de autores como Pedro Ortiz Muñoz y Rafael Fontecilla, que

ya hemos reseñado. Además, el primer Director de la Revista, según aparece en la portada del único Volumen aparecido el año 1938 (Año IV, T. IV, N°s 18-19-20), el abogado Abraham Drapkin, tendía en aquella época más hacia el cultivo de la “técnica jurídica” que a la criminalística.

La “Segunda Época” de la *Revista de Ciencias Penales* está ligada a la creación y fortalecimiento del *Instituto de Ciencias Penales*, que asume como entidad Editora. Y es un hecho que, al contrario del predominio de los artículos de corte *positivista criminológico* de su “Primera Época”, a partir del primer tomo de su “Segunda Época” (T. V, 1941), la mayor parte de sus artículos serían de corte técnico o dogmático. Y también lo serían sus Directores, salvo el interregno entre 1942 y 1943, en que asumió la dirección el médico cirujano Luis Urrutia. En efecto, Abraham Drapkin dirigió la Revista hasta 1946, con el intervalo ya señalado. Luego le sucedió por un muy breve tiempo, Pedro Ortiz Muñoz, quien falleció en 1947, año en que, por lo mismo, el volumen respectivo no se editó, dando así origen a una nueva “Época” de la *Revista*, que comenzó en 1948, bajo la dirección del abogado Tomás Chadwick (T. X), para pasar posteriormente a la del magistrado Enrique Schepeler, en su T. XII (1950) y, finalmente viene a quedar en manos de Álvaro Bunster, quien la dirigió desde 1952 hasta 1960 (T. XIX). El año 1961 (T. XX), su Director pasa a ser Alfredo Etcheberry O., uno de los “discípulos” de Bunster, dando así paso al relevo generacional de la década de 1960 y al predominio de la *Nueva Dogmática Chilena* en la discusión y enseñanza del Derecho penal en Chile. (1)

La *Revista* era considerada por Jiménez de Asúa en la década de 1950 como “una de las más prestigiosas de Hispanoamérica”, con un solo defecto: su “irregularidad lamentable”, defecto al que no le encontraba explicación, pues creía que “en Chile, por la calidad de sus penalistas, se debería trabajar más y producir en escala mucho mayor”. (2)

(1) Sobre el nacimiento, evolución y vigencia de la Nueva Dogmática Chilena, así como en general sobre la historia de nuestra disciplina en Chile, véase mi *Evolución histórica de la doctrina penal chilena desde 1874 hasta nuestros días*, Santiago: Thomson Reuters, 2011, donde se encontrarán además las referencias bibliográficas de los datos históricos que aquí se citan.

(2) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *El Criminalista III* (1954), p. 104s, y *DEL MISMO*, *El Criminalista*, 2ª Serie, T. I (1955), p. 71.

Sin embargo, es un hecho que la exclusiva calidad personal de quienes cultivan las disciplinas penales no es suficiente para llevar adelante una empresa como es la publicación periódica de una revista científica. En aquella época, la irregularidad de la Revista se debía, a mi juicio, a tres factores: a) su excesiva pretensión original de “bimestralidad”, difícil de cumplir; b) el *ejercicio profesional* de sus Directores y miembros del cuerpo editorial: en la época, no existían profesores de jornada completa o media jornada que pudiesen hacerse cargo de una tarea constante, y por lo tanto, sus Directores y cuerpo editorial dedicaban la mayor parte de su tiempo al ejercicio de la profesión de abogado; c) la falta de *financiamiento*, provocada por el alejamiento de Manuel Jara Cristi de la Dirección General de Prisiones, como lo deja entrever el Director en la presentación del N° 1 del T. V, donde comienza la “Segunda Época”.

Para apreciar la irregularidad de la Revista, baste señalar que ya el T. II contenía números “fusionados” (el 6-7 y el 10-11), lo que cambió, de hecho, la periodicidad inicial (“bimestral”) a “trimestral”. Y en el T. IV (1938) se fusionaron tres números en un Volumen (N°s 19, 21 y 21), apareciendo ahora sólo dos números al año (ese “fusionado” y el N° 22). La periodicidad se transforma así, en realidad, en semestral. Luego la publicación se paralizó hasta 1941. Desde 1941 a 1960, que es el período que aquí interesa, la publicación perdió toda periodicidad: sólo los T. VI a IX (1943-1946) mantuvieron cierta regularidad con cuatro números cada año. Pero antes, en el T. V, se había fusionado en cuatro números la producción de dos años (1941 y 1942). Después, no aparece el tomo correspondiente al año 1947. El de 1950 (T. XII), aparece en el único Volumen. Lo mismo sucede con el T. XIV, que aparece no dos, sino cuatro años después (1954). Sólo en los Tomos XV a XIX (1955-1960) se retoma una cierta regularidad, ahora con una pretensión más bien de carácter “semestral”, pero con un gran atraso en la impresión. La explicación de esta irregularidad es atribuida por Álvaro Bunster al presentar la “Tercera Época” que así se iniciaba a “dificultades de orden económico” que, a partir de ese momento, se superaban gracias a la intervención de la Editorial Jurídica de Chile (*Revista de Ciencias Penales*, T. XV (1956, p. 3). Nótese, además, que no bien iniciada la “Tercera Época” de la *Revista*, entra en vigor de la Ley N° 12.265, de 24 de octubre de 1956, que otorgó recursos y autonomía financiera al Instituto de Ciencias

Penales y permitió su permanente publicación, bajo la dirección de Alfredo Etcheberry O., hasta el año 1973.

Pero también es decisivo el *interés* y la *dedicación personal* de quienes forman parte del equipo editorial y de las instituciones que sostienen la publicación. En ello, jugaron en el Chile del los años 1960 un papel fundamental el mencionado Alfredo Etcheberry, como Director de la Revista y don Eduardo Novoa Monreal, como Presidente del Instituto de Ciencias Penales que le proveía de materiales para publicar y el financiamiento apropiado.

Eduardo Novoa Monreal asumió la Presidencia del *Instituto de Ciencias Penales* en abril de 1959, cargo que ejerció hasta abril de 1969. Ya había finalizado el proceso de adquisición del inmueble que sería su sede y de su alhajamiento, encabezado por su antiguo Presidente, don Daniel Schweitzer S., gracias a los recursos que se obtenían con la Ley que le otorgaba, desde 1956, autonomía financiera. Novoa se preocupó, por lo tanto, de dar curso a los intereses permanentes del Instituto: dotar a la Biblioteca de la mejor literatura disponible en ese momento, que la *Revista de Ciencias Penales* mantuviese la regularidad que correspondía, organizar conferencias y cursos de profesores extranjeros, y, a partir de 1963, impulsar su proyecto de *Código Penal Tipo para Latinoamérica*.

Estas cuatro actividades principales del Instituto repercutieron fuertemente en la entonces nueva generación de penalistas: se les dio acceso a nueva y actualizada bibliografía; la oportunidad de contactarse con profesores de todo el continente; y el espacio donde canalizar sus inquietudes dogmáticas, mediante la publicación de artículos, comentarios de sentencia y notas bibliográficas.

En este lugar, sólo haremos especial hincapié en la forma cómo se logró crear, a través de la *Revista de Ciencias Penales*, el espacio privilegiado de discusión científica en que se expresó la *Nueva Dogmática Chilena*. (3)

(3) El Instituto también mantuvo un espacio de discusión permanente, pero de carácter oral y personal, mediante la realización de Seminarios, Clínicas y Mesas Redondas a cargo de sus socios e invitados. (Instituto de Ciencias Penales, “Memoria” (1959), p. 119). E incluso inició proyectos de investigación propios, como el del Repertorio de giros y voces de la Legislación Penal Chilena, encargado a Arman-

Lo primero que se hizo fue procurar asegurar su financiamiento y difusión. Para ello, según cuenta la Memoria de Actividades del año 1959, se estableció una suscripción obligatoria con parte de la cuota social (entonces había 86 miembros activos) y se revitalizó el convenio de suscripción existente desde 1958 con la entonces existente *Junta de Servicios Judiciales*, con lo cual es esperada “paliar en un porcentaje más o menos apreciable el considerable sacrificio pecuniario que significa la publicación regular de la revista, y las nuevas modalidades implantadas”. Esas “nuevas modalidades” consistieron en “el nombramiento de un secretario de redacción remunerado y una planta permanente de redactores”, y “el pago de todos los trabajos que se publiquen”.

Según aparece en la contraportada del N° 2 del T. XIX (mayo-diciembre de 1960), el primer “Secretario de Redacción” remunerado de la *Revista* fue Francisco Grisolia, siendo los primeros “redactores permanentes” remunerados Enrique Cury, Waldo Ortúzar, Armando Uribe y Jaime Vivanco. En abril de 1960 Alfredo Etcheberry O., recién llegado de sus estudios de posgrado en Estados Unidos e incorporado al Seminario de Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Chile, sucedió en el cargo de Director de la Revista a Álvaro Bunster. En 1961 se incorporan como “redactores permanentes” remunerados Antonio Bascuñán V. y Sergio Politoff. En 1966, con Grisolia en España, asume como Secretario de Redacción remunerado Juan Bustos. Ese año deja transitoriamente la redacción Vivanco. En 1967, a su regreso de España, asume la Dirección de la Revista Francisco Grisolia. Como “Secretario de Redacción” se mantiene Juan Bustos y se crea el nuevo cargo de “Consejero de redacción”, en lugar de los antiguos “redactores permanentes”, el que asumen Sergio Politoff y Sergio Yáñez. Los antiguos redactores pasan a ser “colaboradores” y su lista se amplía en la misma medida que mengua la colaboración de cada uno de ellos en particular. Esta estructura se mantiene hasta 1970, en que, con nuevo Directorio en el Instituto, se crea el nuevo cargo de “Subsecretario de Redacción”, que

do Uribe (Santiago: Ed. Jurídica, 1965), y la muy relevante traducción del Derecho Penal de Hans Welzel, encargada a Juan Bustos (Instituto de Ciencias Penales, “Memoria de las actividades realizadas entre los meses de abril de 1967 y marzo de 1968”, *Revista de Ciencias Penales*, T. XXVII (1968), pp. 99-103, p. 102).

asume Jorge Mera y comienza a integrarse a él una nueva generación de penalistas.

Con estas medidas, la *Revista* adquirió una regularidad de que antes no había gozado. Se publicaron artículos de autores italianos, (4) alemanes, (5) españoles, (6) y latinoamericanos, (7) junto con los aportes de autores nacionales de todas las generaciones que coexistían en ese momento (8) y, especialmente, de los miembros de la *Nueva Dogmática Chilena* llenaron sus páginas de notas bibliográficas, comentarios jurisprudenciales y aportes originales. (9)

(4) Por ej., Giulano VASSALLI (“Criminología y Justicia Penal”, T. XIX (1960), pp. 3-50); Giovanni LEONE (“El Tributo que la humanidad le debe a César Beccaria”, T. XXIII (1964), pp. 3-18).

(5) Por ej., Reinhart MAURACH (“Les principes fondamentaux de la théorie de la loi pénale et de la construction du crime dan la partiegénérale du Project 1962”, T. XXIV (1965), pp. 121-137; y “La fixation de la peine criminelle selon le droit actuel et le projet du 1962”, T. XXV (1966), pp. 26-39); Wolfgang Schöne (“Menores disociales en la República Federal Alemana”, T. XXVIII (1969), pp. 99-118).

(6) Por ej., Juan Antonio GISBERT (“El trastorno mental transitorio según la legislación y la jurisprudencia españolas”, T. XXV (1966), pp. 3-25); Manuel COBO (“Función y naturaleza del artículo 226 del Código penal español”, T. XXVI (1967), pp. 127-150); Juan del ROSAL (“Meditación crítica sobre la modificación de los delitos de la circulación”, T. XXVII (1968), pp. 3-34); Antonio BERISTAIN (“La reforma del Código penal Alemán”, T. XXVIII (1969), pp. 46-63).

(7) Por ej., en el T. XXII (1963), se encuentran artículos de Niceto ALCALÁ ZAMORA, de México (“¿Constituyen ‘injurias causadas en juicio’ las proferidas en un procedimiento de jurisdicción voluntaria?”, pp. 27-39); Heleno Claudio FRAGOSO, de Brasil (“Notas sobre el concepto de delito en el Derecho soviético”, pp. 297-303); y Fernando REYES, de Colombia (“Contribución al debate sobre la conveniencia de incriminar el adulterio del marido”, pp. 304-313). En otro tomo aparece Enrique AFTALIÓN, de Argentina (“El bien jurídico tutelado por el Derecho penal económico”, T. XXV (1966), pp. 79-91).

(8) Por ej., en el Tomo XIX (1960), aparecen un artículo de Luis COUSIÑO Mac Iver (“La interpretación de la ley penal en la dogmática chilena”, pp. 197-218), uno de Eduardo NOVOA Monreal (“Algunas consideraciones acerca de la tentativa”, pp. 3-32), y dos de Alfredo ETCHEBERRY (“El objeto jurídico en los delitos de falsedad documental”, pp. 33-66; y “El objeto material de la falsedad documental: Documentos y sus clases”, pp. 219-240).

(9) La primera contribución original de la Nueva Dogmática Chilena apareció en la Revista de Ciencias Penales el año 1956, y se trataba de un capítulo de la Memoria de Prueba de Sergio POLITOFF L., titulado “Prenda, Depósito y Mandato en la Teoría de la Apropiación Indebida” (*Revista*

Sin embargo, el año 1970 marcaría el alejamiento personal y el inicio del fin de la amistad cívica entre “maestros” y “discípulos”, y también entre ellos mismos, lo cual repercutiría tanto en el *Instituto de Ciencias Penales* como en la *Revista*: Álvaro Bunster sería nombrado Embajador en Inglaterra, Eduardo Novoa asumió labores de asesoría *ad honorem* del Gobierno de Allende, que le llevaron a ser nombrado Embajador especial en Francia para la Defensa de la Nacionalización del Cobre; Sergio Politoff se integraría a la asesoría jurídica del Ministerio del Interior; mientras Juan Bustos sumaba a sus labores académicas las del Partido Socialista, como Secretario Regional Centro.

Tras el Golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, todos ellos partieron a la trashumancia y diáspora del exilio, terminando Bunster en México, Novoa en Venezuela, Bustos en España, y Politoff en Holanda. Los miembros de la *Nueva Dogmática Chilena* que se quedaron en el país se encontraban divididos entre quienes asumieron defensas de los perseguidos ante los Tribunales de Guerra instalados por la Dictadura Militar y quienes aprobaban, callada o públicamente, al nuevo gobierno, prestándole incluso “asesoría legislativa”. (10)

de Ciencias Penales, T. XVI (1956), pp. 9-50). Como su título lo indica, no se trataba de un texto que abordase aspectos de la teoría del delito en particular, pero su lectura muestra la enorme calidad del trabajo de su autor: con importante aparato bibliográfico da cuenta del contenido de las instituciones civiles mencionadas para relacionarlo con el delito de apropiación indebida y sus diferencias con las figuras especiales de “hurto del dueño” que se encuentran en su órbita, a la luz de su larga evolución histórica.

(10) Diferencias políticas que se veían claramente entre miembros de las antiguas generaciones tras el Golpe de Estado, como se ve en la nota al pie nº 100, p. 51 del Derecho Penal de COUSIÑO Mac Iver, donde, “a propósito” de la idea de la vinculación del Derecho penal con la “naturaleza de las cosas”, acusa a Novoa de permanente “claudicación” con sus “principios” por apoyar al Gobierno de la Unidad Popular y asesorarlo legislativamente. Estas diferencias permanecerían más allá del término de la Dictadura, como

Éste fue, antes que el natural reemplazo generacional tuviese lugar, el fin traumático que, como *generación*, padeció la *Nueva Dogmática Chilena*, arrastrando consigo una década de publicación periódica y regular de la *Revista de Ciencias Penales*. Ésta perdió su regularidad y la vitalidad de la década de 1960, publicándose apenas siete tomos entre 1974 y 1989, muchos de ellos compuestos de un solo número y con escasos artículos de doctrina. Después, sólo en 1994 aparecería un aislado tomo (XL, 1990-1994), publicado gracias al esfuerzo personal de Juan Bustos, quien asumió su Dirección al regreso de su exilio. (11) Y una década después, justo cuando allende Los Andes se celebran los tres años de la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, renace al otro lado de nuestra común cordillera la *Revista de Ciencias Penales*, publicándose en marzo de este año el primer número de su tomo XLI.

Esta breve historia nos permite apreciar el valor y el significado que tiene recibir y leer los números que regularmente nos llegan de la *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Esa regularidad no sólo es una característica propia de una publicación que se presente como periódica, sino también, y sobre todo, aquello que facilita la formación de una *nueva generación* de penalistas argentinos, que de a poco sacarán a relucir sus propias y nuevas ideas e irán llenando de vino nuevo este viejo odre, fermento que irá a parar, sin duda en las siempre sedientas mentes de la juventud argentina y latinoamericana de hoy y mañana. ♦

demuestra el aislamiento de Novoa a su regreso a Chile y el sutil rechazo que GRISOLÍA deja traslucir respecto de la persona de Politoff en una “Recensión” que hiciera sobre su Derecho Penal (*Revista del Abogado*, Nº 11 (1997), p. 43).

(11) En este último Tomo se pretendía retomar una regularidad cuatrimestral, publicándose tres números. La numeración que ellos traen es, con todo, confusa (en el Nº 1 el Tomo es XL, y en el Nº 3, XLII) y, como hemos dicho, el proyecto no se continuó al año siguiente.

.....



# **BIBLIOGRAFÍA**

.....



## Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social. Debates en Criminología crítica y Sociología jurídico-penal

AUTORES VARIOS, DIRIGIDO POR IÑAKI RIVERA BEIRAS

Anthropos, Barcelona, 2014.

POR MATÍAS BAILONE

Desde que William Chambliss se dirigiera a la Asamblea de la Asociación Americana de Criminología, en su carácter de presidente de la misma, para mencionar un cierto olvido de los estudios criminológicos sobre un factor criminal muy importante, el actor estatal, se ha venido denunciando estas ausencias con cada vez mayor énfasis. Era 1989 y la necesidad de un cambio epocal de fundamentación geopolítica, y la criminología precisaba marcar este fenómeno nada novedoso de la criminalidad estatal: el "State Crime".

Desde allí se ha venido suscitando, con los antecedentes de Frank Pierce y la necesaria genealogía sutherlandiana sobre la criminalidad de los poderosos, un campo nada homogéneo ni original, pero desde el que algunos discursos y praxis de las criminologías críticas cobraron valor para focalizar que nunca se había estudiado ni problematizado acerca de los delitos de los Estados.

Algunos trabajos pioneros, como los de William Laufer, Alex Álvarez, Wayne Morrison y en nuestro medio Eugenio Raúl Zaffaroni, señalaron que la criminología nunca tomó como objeto de estudio a las masacres, al genocidio y a los crímenes contra la humanidad. Luego esto continuó sobre un campo epistemológico en ascenso llamado "Criminología supranacional", por el carácter internacionalista de estos crímenes, o "Criminología de los crímenes de Estado". Luego se vinculó a un campo que tenía un amplio desarrollo en las últimas dos décadas y que es la sociología que estudió el genocidio como proceso y constructo político social, por ejemplo, el destacadísimo trabajo académico, traducido a varias lenguas centrales, del sociólogo Daniel Feierstein, a quien hemos leído en varias oportunidades en las páginas de esta revista.

El libro que comentamos en esta reseña es consecuencia directa de la traducción que los autores del mismo hicieron del ya famoso libro de Wayne Morrison donde plantea el giro epistemológico de la criminología. El autor neozelandés publica en 2006 su obra "Criminología, civilización y nuevo orden mundial", que gracias a la temprana recepción en el mundo hispano que hace Zaffaroni, se comienza a difundir como un libro clave y bisagra de las nuevas corrientes criminológicas. El director de esta revista se convierte en un importador cultural de altísima relevancia, al comentar ese libro en su versión inglesa, y al reescribir la historia de la criminología en clave cautelara en su

monumental "La palabra de los muertos" (2011), en su premiado "Crímenes de Masa" (2010) y en su divulgativo "La cuestión criminal" (2011).

En 2012 los autores del libro que reseñamos, nucleados alrededor de Iñaki Rivera Beiras y del patronazgo intelectual del padre fundador de la Sociología jurídico penal, Roberto Bergalli, traducen e introducen maravillosamente el libro de Morrison al español. La introducción del equipo traductor (Alejandro Piombo, Camilo Bernal, Alejandro Forero, Iván Vidal, Sebastián Cabezas, Fidel Amat e Iñaki Rivera) fue publicada en esta revista en Julio de 2012, y sirvió como manifiesto para los trabajos e investigaciones por venir.

Una de ellas es lo que aquí se comenta. El libro que compila trabajos autónomos de ese equipo barcelonés, se abre y cierra con lecturas inspiradas en Morrison: un trabajo introductorio del mentado equipo, un interesante artículo sobre lo mismo de Luigi Ferrajoli, otro de Morrison y un histórico conversatorio entre Morrison, Bergalli y Zaffaroni.

Iván Vidal y Camilo Bernal se dedican a analizar los daños sociales en los delitos estatal-corporativos en la presente crisis europea. Diana Salcedo lo vincula con los daños sociales de género, mientras que Sebastián Cabezas, miembro del Comité de Redacción de esta revista, lo hace con el fenómeno de la guerra contra la inmigración en la Fortaleza Europa.

También participa del libro, otro miembro de nuestra revista, el criminólogo gallego José Ángel Brandariz García, con las relecturas de las críticas al sistema penal en los contextos de las crisis cíclicas del capitalismo. Iñaki Rivera Beiras también participa con un detallado análisis del tráfico de armas y la exportación que realiza la Unión Europea, poniendo en eje la racionalidad bélica de los Estados penales.

En otras páginas más lúcidas y numerosas me estoy dedicando a analizar estas contribuciones fundamentales al campo angloparlante de los "State Crime Studies", que en nuestra región, junto a los antecedentes expuestos, están abriendo brechas novísimas. La idea de este breve comentario es presentar en sociedad este libro que completa la edición castellana de la obra de Wayne Morrison. Y saludarlo como un gran aporte a las discusiones por venir.

## Il principio di precauzione nel Diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale

EMANUELE CORN

G. Giappichelli Editore, Torino, 2013.

POR JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (\*)

La colección *Itinerari di Diritto Penale*, que dirigen los profesores Dolcini, Fiandaca, Musco, Padovani, Palazzo y Sgubbi, debe su nombre al objetivo editorial de seguir, a través de estudios monográficos y ensayos, los rumbos que está tomando el Derecho penal en la actualidad y sus posibilidades de desarrollo. Ha publicado más de sesenta monografías y un número asimismo apreciable de ensayos, en los que nóveles plumas y estudiosos consagrados abordan temas elegidos de diversos sectores de las teorías de la ley penal, el delito, la pena y la Parte especial del Derecho punitivo, algunos tradicionales, otros novedosos y de apremiante interés científico.

La monografía que comentamos se inscribe en el segundo grupo, el más representativo de la serie turinesa. La ha compuesto un investigador joven, formado en el semillero penalista de la Universidad de Trento, prosiguiendo la investigación de su tesis doctoral sobre el papel del Derecho penal en la regulación jurídica de la agricultura biotecnológica. Es oportuno mencionar que parte de la redacción ocurre en Chile, mientras el autor se desempeñó como profesor de Derecho penal en la Universidad de Valparaíso, a cuya Escuela jurídica dedica el volumen. En verdad, el asunto de éste importa no sólo a los países industrializados, por los riesgos de todo jaez que allí se incubaba para las condiciones de existencia de las personas, el entorno y la subsistencia de la vida en el planeta, sino también a los que marchan más atrás, pero que han emprendido resueltamente el mismo camino de producción o explotación masivas y desaprensivas que caracteriza la última fase del capitalismo en el mundo de la «globalización».

De hecho, el principio de precaución, como recuerda el capítulo I, que se ocupa de delimitarlo en sus fuentes, concepto, contenido, campo de empleo, perspectivas y extensión, fue enunciado en la Sociología y la Filosofía moral contemporáneas a propósito de las condiciones de riesgo propias de la sociedad tecnológica, uno de los aspectos de la postmodernidad «globalizada». No causa sorpresa, pues, que la primera definición jurídica de este principio haya aparecido en el Reglamento europeo sobre alimentos, de 2002, donde figura la exigencia de adoptar medidas provisionales de gestión de peligros para la salud de las personas en el contexto de situa-

ciones inciertas en términos epistemológicos, lo que significa que la probabilidad del evento nocivo no está confirmada según leyes científico-naturales y, por tanto, escapa a las previsiones estadísticas. La amenaza que representa la asunción penalista y jurídica en general de un requerimiento que oscila entre conjeturas racionales y la angustia colectiva, explica el rigor del autor al establecer los presupuestos que deben darse para que el Derecho pueda formularlo, a saber, un peligro para bienes jurídicos, la incertidumbre científica acerca de la eventualidad de su concreción y, sin embargo, la gravedad e irreversibilidad del efecto infausto de llegar a ocurrir. Emanuele Corn deduce tales presupuestos de distintas normas europeas, internacionales y nacionales, en especial las relativas a la tutela jurídica del ambiente. Sin embargo, considera que el campo de aplicación del principio se extiende más allá y abarca, entre otros sectores temáticos, la protección de la salud ante los organismos genéticamente modificados, la ejecución de ciertas obras públicas y la producción industrial de productos destinados al uso o el consumo humanos, hasta el punto de estimarlo un principio general (pág. 21). Precaución, empero, no es sinónimo de prohibición absoluta de ejercer la actividad sospechosa, que puede ser autorizada si se cumple un conjunto de directivas, entre las que descuella la proporcionalidad.

El capítulo II es el más interesante, amén del más extenso del libro. El autor discute las condiciones de legitimidad del principio en el Derecho penal material. Tras pasar revista a las disposiciones legales que han acuñado en Italia delitos fundados en la infracción de reglas de precaución (liberación en el ambiente o el mercado de organismos genéticamente modificados peligrosos para la salud pública o los recursos naturales, y producción o distribución de otros productos nocivos), se hace cargo del problema de legalidad y ofensividad planteado por unos tipos que no obedecen al concepto auténtico de peligro, proponiendo poner a su lado el de *alea* (suerte, destino, azar), por modo de significar con éste aquello que es ignoto, pero, al mismo tiempo, digno de un razonable temor (págs. 45-47). En la contienda entre el Derecho penal de la prevención de riesgos y el Derecho penal de la precaución ante lo aleatorio, la doctrina italiana, que le ha dedicado varios libros, artículos y comentarios, se dispone en tres grupos que el libro examina críticamente: el de quienes se muestran

(\*) Profesor de la Universidad de Valparaíso, Chile.

convencidos de la importancia de utilizar la precaución con miras a precaver daños temidos, por más que no se los pueda asimilar a las figuras de delito de peligro abstracto-concreto o de acción peligrosa; el parecer refractario a introducirla en el ámbito penalista, dado que no se podría criminalizar una conducta a partir de la ignorancia de su efectiva peligrosidad o potencialidad causal, pero que consiente en su empleo por el Derecho administrativo sancionador; en fin, la postura intermedia de los que piensan que la precaución debe ser usada, no para descalabrar los principios de la Dogmática penal, sino cual un criterio de política legislativa basado en la presencia responsable del hombre sobre la tierra. Ahora, incluso quienes miramos con circunspección el manejo criminalista del principio, en cuya silueta se vislumbra formas aberrantes de imputación —práctica penal primitiva consistente en hacer responder a un hombre, no por lo que él hace y se sabe positivamente que efectuó, sino por aquello que le sucede o acontece—, hemos de estar de acuerdo con el autor en que asignar al Derecho administrativo la regulación de actuaciones cuya aptitud vulnerante es tan incierta aquí como allá, no pasa de ser un atajo para escamotear delicados problemas que afligen a las sociedades contemporáneas. La opción que prefiere Corn es conceder a la idea de la precaución una esfera circunscrita en el Derecho penal, por más que no se avenga a pedir de boca con los principios de la Dogmática tradicional, la cual, por otra parte, de todas maneras tiene que vérselas con problemas análogos, como los cursos causales de efectos difusos, diacrónicos o procedentes de una omisión (págs. 79-82). Eso sí, la precaución “no puede hallar espacio para modificar o implementar normas penales que conciernen a las libertades políticas clásicas, porque no se ve qué elementos de incertidumbre científica podrían comprometer a este sector, ni justificar, por ejemplo, la adopción de medidas de lucha contra el terrorismo” (págs. 83-84).

Las mayores interrogantes que suscita el principio en la Parte general yacen en su conciliación con los de actividad, ofensividad y culpabilidad. El capítulo III, sobre la causalidad, lleva un significativo subtítulo que sugiere la precaución como un elemento integrador de los criterios corrientes de imputación. El autor se muestra prudentísimo al examinar los fallos de los tribunales italianos que la citan como fundamento de sus decisiones, ya que las referencias tienen más bien carácter retórico o sólo sirven para reforzar argumentos de otra naturaleza. Subraya que la precaución no implica una nueva teoría de la causalidad. Lo que está en juego es la atribución a un hombre de un evento del que sabemos, no que él lo causó, sino que fueron infringidas ciertas medidas de cautela. Invertir la relación de importancia entre el desvalor del resultado y el desvalor de la acción, “palabras capaces de hacer temblar la mano a muchos penalistas italianos” (pág. 128), es una operación a su juicio imprescindible para acoger el principio en la imputación al tipo.

Una maniobra de semejante normativismo tiene lugar en el capítulo siguiente, a propósito de la culpa. De nuevo el colega trentino juzga imperioso reconsiderar el valor predominante que confiere el Código de Rocco al desvalor del resultado, porque así lo exigiría la nueva sensibilidad social frente a los peligros de la modernidad. El problema de la precaución en sede de culpa es evidente: ¿cómo hablar de previsibilidad y, en consecuencia, cimentar en ella deberes de cuidado, si el hecho dañoso era apenas conjeturable, pero no previsible con arreglo al conocimiento científico disponible *ex ante*? Aquí se sostiene que normas y deberes de precaución no tienen por qué dar jaque mate al Derecho penal liberal, por lo menos si se exige que los delitos culposos que vienen al caso (de peligro y, en último lugar, de lesión) tengan como trasfondo situaciones catastróficas e irreversibles. El contenido de la culpa consistiría en el desdén del hechor a índices de alarma y no haber adoptado las cautelas recomendadas por estudios científicos serios; por encima, el principio de precaución funcionaría como elemento de interpretación del componente normativo de la forma culposa imprudente. La frase final del libro es un epítome de esta idea y brinda la inspiración general de la obra: “Caído el mito positivista según el cual todo podía tener una explicación científica, se abre paso la conciencia de que cada nuevo descubrimiento origina nuevas interrogantes y las nuevas zonas oscuras son siempre más vastas respecto de lo que fue iluminado. Por esto, el Derecho no puede limitarse a regular aquello que ha sido explicado plenamente, y tampoco puede abstenerse de ofrecer respuestas a los problemas que surgen en todas las zonas del saber en qué se aventuran las actividades humanas, muchas de las cuales se impulsan hacia zonas oscuras” (págs. 176-177).

Convengamos en que estas áreas recónditas representen un desafío considerable para la Dogmática penal, tanto mayor cuanto que las sociedades avanzadas, así como no quieren ver el sufrimiento, la enfermedad y la muerte, así también no parecen propensas a reconocer los dominios del azar, cuyo poder sobre los asuntos humanos es cuantioso. Que el penalista deba inclinarse humildemente ante la majestad de la fuerza mayor o, en cambio, haya de quitar al *casus* un trozo con que se forme después deberes jurídicos y tipos penales basados en la idea regulativa de la precaución, como piensa el joven estudioso italiano, eso podrá decidirlo el público según la fuerza argumental estas páginas, bien documentadas y armadas. Están escritas en un estilo ágil, grato y directo, comunican un espíritu risueño sobre el porvenir de nuestra especie —cosa rara en las de su género, cuyo corte suele ser apocalíptico— y, en correspondencia con ello, permiten entrever una disposición en definitiva recelosa de las bondades del aparato penal para resolver las controversias de que está salpicada la convivencia humana. Bastaría esto solamente para recomendar su lectura.



THOMSON REUTERS

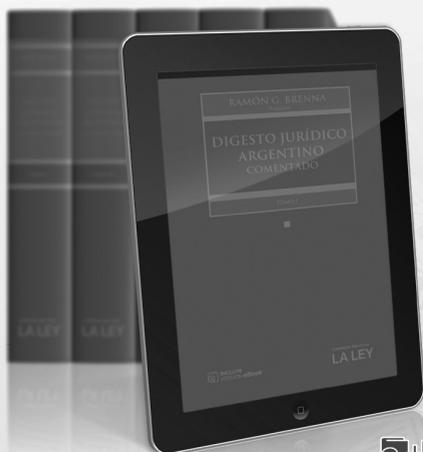
**LA LEY**



▷ LANZAMIENTO EXCLUSIVO

# DIGESTO JURÍDICO ARGENTINO COMENTADO

Encuentre el camino en el nuevo escenario legislativo nacional



DIRECTOR:  
**RAMÓN G. BRENN**

*Con la colaboración de destacados especialistas en cada materia*

DISPONIBLE:

 **Versión eBook**  
 **eBook + 5 tomos** • Encuadernación de lujo

- Cuento con **la opinión de reconocidos especialistas** que analizan los cambios más importantes de cada materia.
- Conozca las **herramientas de argumentación** de las que dispondrá para su labor habitual.

Adquiera la obra llamando al **0810-222-5253**, en su sucursal más cercana o en [www.laley.com.ar](http://www.laley.com.ar) escaneando el código QR:



THOMSON REUTERS

Siganos en  ThomsonReutersLaLey •  @TRLaLey •  ThomsonReutersLaLey •  ThomsonReutersLatam •  [Google.com/+LaleyArgentina](https://plus.google.com/+LaleyArgentina)



## OBTENGA SIEMPRE UN SERVICIO DE INFORMACIÓN ACTUALIZADO

Ahora **La Ley online** incorpora a su sistema de búsquedas y resultados la nueva nomenclatura del **Digesto Jurídico Argentino**.



### CONOZCA LAS MÚLTIPLES OPCIONES:

- **Convertor de normas:** Utilice esta herramienta para identificar o convertir el número de la norma nueva del Digesto Jurídico Argentino ingresando el número de la norma vieja y viceversa.
- **Búsqueda avanzada:** Ingrese a "legislación texto original" y busque por Número de Norma o Voces. Podrá consultar y obtener resultados en las dos versiones de la nomenclatura de la manera más sencilla.
- **Búsqueda global:** Encuentre la norma a través de sus Voces y obtenga los resultados con la nomenclatura en sus dos versiones.

*Además, contextualice las normas afectadas en una sección especial, que informa sobre la ley que la aprueba, su denominación actual o anterior al Digesto Jurídico Argentino.*

Para más información llámenos al **0810 222 5253**  
o consulte a su **asesor comercial**

Síguenos en

 ThomsonReutersLaLey

 @TRLaLey

   ThomsonReutersLatam

 Google.com/+LaleyArgentina



THOMSON REUTERS

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 1ra. QUINCENA DE SEPTIEMBRE DE 2014  
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130  
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA