



9 789507 417955

Concepto  
y diagramación de  
**Fernando Lucas Depalma**

AROCENA ■ BALCARCE ■ CESANO

Derecho penal tardomoderno



**GUSTAVO A. AROCENA**  
**FABIÁN I. BALCARCE ■ JOSÉ D. CESANO**

# Derecho penal tardomoderno

El sistema integral del Derecho penal en la actualidad

Omisión. Imputación objetiva. Neurociencias y sistema penal.  
Error. Diversidad cultural. Violencia de género.  
Criminalidad sexual. Política criminal y reforma procesal

PRÓLOGO DE **JESÚS-MARIA SILVA SANCHEZ**

TENDENCIAS  
DOGMÁTICAS  
POLÍTICO-CRIMINALES  
Y CRIMINOLÓGICAS



**hammurabi**  
JOSE LUIS DEPALMA ■ EDITOR



[www.hammurabi.com.ar](http://www.hammurabi.com.ar)

## La Parte General del Derecho penal

«... Cada revolución científica modifica la perspectiva histórica de la comunidad que lo experimenta, entonces ese cambio de perspectiva deberá afectar la estructura de los libros de texto y las publicaciones de investigación posteriores a dicha revolución» \*

«Hoy vivimos una de esas épocas portentosas de la historia en que toda la estructura del conocimiento humano sufre de nuevo las convulsiones del cambio a medida que se desploman las antiguas barreras» \*\*

La Parte General del Derecho penal puede abordarse en tres subdivisiones, a saber: la vinculada a la Ciencia del Derecho penal, la relativa a la teoría del delito y la concerniente a la teoría de la pena. Hay quienes mantienen la posibilidad de una reconstrucción racional y, por tanto, científica del Derecho penal<sup>1</sup>.

### § 3. Las nuevas clasificaciones del Derecho penal

«No hay duda de que los seres humanos tejemos redes de significaciones, pero esas redes pueden ser analizadas utilizando métodos que involucren de manera crítica experimentos y los métodos disciplinados de las ciencias naturales. En las ciencias naturales, la experimentación no se opone a la interpretación, y la ciencia no consiste únicamente en subsumir todos los fenómenos bajo una ley que los cobije a todos por igual» \*\*\*

Nadie puede dudar en relación a que asistimos a la producción de un fenómeno social denominado por los expertos como *panpenalismo*, esto es, la obsesión por

\* Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, 6ª reimpr., 1999, p. 15.

\*\* Toffler, A. - Toffler, H., *La creación de la nueva civilización*, 1996, p. 21.

<sup>1</sup> Cfr. Duff (ed.), *Philosophy and the Criminal Law. Principle and Critique*, 1998.

\*\*\* Dennett, *Romper el hechizo. La religión como fenómeno natural*, 2007, p. 306.

llevar al Derecho penal todos los comportamientos que reciben cierto reproche social por mínimo que sea o por mucho que resulten más eficaces otros tipos de respuestas<sup>2</sup>. En sintonía con lo expresado, se plantea que "... la sobrecriminalización es un gran problema para el Derecho penal en todo el mundo y especialmente en ordenamientos anglo-americanos ..." <sup>3</sup>.

Por tal motivo, en la actualidad asistimos a una retaxonomización del Derecho penal:

1 — El avance sin parangón de la ciencia, la tecnología y la industrialización en el siglo XX, como así también la globalización del terrorismo y su terrible impacto el 11-S (Estados Unidos de América) y el 11-M (España), han promovido la distinción entre el *Derecho penal tradicional*, de *seguridad* y del *enemigo*.

La política, esto es, la pragmática del nuevo discurso penal, recurre al miedo como principio movilizador fundamental: "... miedo a los inmigrantes, miedo al crimen, miedo a una pecaminosa depravación sexual, miedo al exceso estatal —con su carga impositiva excesiva, etcétera—, miedo a la catástrofe ecológica, miedo al acoso. La corrección política es la forma liberal ejemplar de la política del miedo. Tal (pos)política siempre se basa en la manipulación de una multitud u *ochlos* paranoide: es la atemorizada comunidad de personas atemorizadas" <sup>4</sup>. La noción de aldea global nos ha cooptado<sup>5</sup>. La ideología de la "desideologización" que se manifiesta en el denominado "multiculturalismo" profundiza las divisiones: "Ningún bando de las guerras vigentes entre «ellos y nosotros» puede esperar que la victoria le permita recobrar su tan anhelada seguridad, hace tiempo perdida; lejos de ello, cuanto más se dediquen ambos a plantear futuros choques en el campo de batalla multicultural, serán un blanco más fácil y más rentable para los poderes globales: los únicos poderes que pueden beneficiarse si fracasa la laboriosa construcción de la comunidad humana, así como el control humano conjunto de su condición y las circunstancias que la configuran" <sup>6</sup>. "Con la proclamación de la libertad no se ganan elecciones, ya no. A los fines de ganar elecciones solamente sirven de-

<sup>2</sup> Sobre el mismo, García Arán, "Constitución y derecho penal, veinte años después", en AA.VV., *Homenaje al doctor Marino Barbero Santos. In memoriam*, 2001, p. 292; Prittowitz, "Sociedad de riesgo y derecho penal", en AA.VV., *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, 2003, p. 262.

<sup>3</sup> Husak, *Sobrecriminalización. Los límites del derecho penal*, 2013, ps. 28 a 41.

<sup>4</sup> Žižek, *Sobre la violencia. Seis reflexiones marginales*, 2010, p. 56.

<sup>5</sup> El origen de la expresión en McLuhan - Powers, *La aldea global. Transformaciones en la vida y en los medios de comunicación mundiales en el siglo XXI*, 2ª ed., 1993, p. 91 y siguientes.

<sup>6</sup> Bauman, *La cultura en el mundo de la modernidad líquida*, 2013, p. 64.

claraciones a favor de un Estado seguro. Seguridad es la palabra de moda y la discusión política se mueve alrededor de dicha palabra" <sup>7</sup>.

En el *Derecho penal tradicional*, las figuras se vinculan al peligro cierto o la lesión del soporte material del bien jurídico.

El *Derecho penal de la seguridad* propio de la sociedad del riesgo<sup>8</sup> (como la denomina Beck)<sup>9</sup>, donde la *ratio legis* de las figuras delictivas apunta a la anticipación de la barrera punitiva, está destinado a garantizar una seguridad como nunca antes en la historia había sido requerido por la sociedad.

La legislación penal tiene una marcada tonalidad *preventiva* —de *seguridad* para sus defensores; de *riesgo* para sus detractores<sup>10</sup>—, creándose bienes jurídicos universales de imprecisos contenidos, y contornos vagos, defenestración de la lesión del soporte material del bien jurídico, como paradigma del ilícito penal. La construcción de delitos de peligro abstracto<sup>11</sup>, adelantando la protección (sobre todo en lo relacionado al medio ambiente) para otorgar seguridad y a fin de evitar la hipotética acumulación delictiva<sup>12</sup>, la cual llevaría indefectiblemente a la extinción de la humanidad.

La protección de bienes jurídicos de generaciones futuras es una novedad importante en las ciencias penales.

Es la construcción de un Derecho penal dirigido a la tranquilidad del espíritu ciudadano; protector de estándares de seguridad, alejado de toda posibilidad de concreción práctica.

Asimismo, se advierte su presencia en la *dogmática adscriptivista* propia de los delitos culposos y de omisión, en la animadversión respecto de una teoría de la norma de tinte imperativista o en la defensa de estructuras como la omisión imprudente (generalización del deber de vigilancia)<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> Albrecht, *El principio de la libertad: herencia de la ilustración europea*, en "Revista de Derecho Penal", n° 2013-1, "Culpabilidad: nuevas tendencias-II", ps. 14 y 15.

<sup>8</sup> Su crítica en Prittowitz, "Sociedad de riesgo y derecho penal", en AA.VV., *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*, 2003, p. 287.

<sup>9</sup> Sobre el tema, Beck, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, 1998, *passim*; Luhmann, *Sociología del riesgo*, 1992, *passim*.

<sup>10</sup> Cfr. Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1999; Navarro Cardoso, *El derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. Una quiebra al sistema sancionatorio*, en "Pensamiento Penal y Criminológico", año VI, n° 10, 2005, p. 167.

<sup>11</sup> Kindhäuser, *Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal*, en "Indret", feb. 2009, disponible en [www.indret.com/pdf/600.pdf](http://www.indret.com/pdf/600.pdf).

<sup>12</sup> Alcácer Guirao, *La protección del futuro y los daños acumulativos*, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", 04-08 (2002), disponible en <http://criminet.ugr.es/recp/04-08.pdf>.

<sup>13</sup> Díez-Ripollés, *La política criminal en la encrucijada*, 2007, p. 131.

Por último, el *Derecho penal del enemigo* (denominación otorgada por Jakobs en el año 1985)<sup>14</sup> que, a diferencia del Derecho penal tradicional, el cual trata al sujeto como ciudadano y espera hasta que este exteriorice su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, el primero trata al individuo como "ajeno", interceptándolo muy pronto en el estadio previo y al que se lo combate por su peligrosidad.

El Derecho penal tradicional considera al ciudadano en el ámbito de la comunicación; el nuevo Derecho penal trata al enemigo en el plano naturalístico<sup>15</sup>.

La escuela alemana de Frankfurt no reconoce estas divisiones: "El Estado que existe solamente por y mediante la libertad de sus ciudadanos comienza a dirigirse contra sus 'inventores'. Donde se quiere garantizar seguridad, se pretende evitar el más mínimo 'riesgo humano', se pretende eliminarlo. Los inventores de la figura artificial 'derecho fundamental de seguridad' lo inflan a un 'super derecho fundamental de seguridad'. De esta manera se acompaña y se asegura la destrucción de la libertad. La figura artificial ayuda a la política a presentar la destrucción de derechos de libertad de manera populista"<sup>16</sup>.

El supuesto *derecho a la seguridad* no es más que una petición de principio que se vale de la premisa de la *seguridad* del ciudadano frente al Estado para expandirlo en contra de ese mismo ciudadano. El Derecho penal internacional también hace de las suyas para esta equiparación entre seguridad y libertad.

Vivimos épocas en las que el Estado controla todo y reprime todo. El Estado democrático ha mutado en un Estado policíaco.

2 — Atendiendo a los comportamientos que afecten los derechos del individuo, las relaciones vinculadas a los bienes escasos en una sociedad de consumo o los derechos de grupos sociales, se distingue el Derecho penal nuclear, el Derecho penal económico<sup>17</sup>, el Derecho penal internacional y el Derecho penal comunitario.

El *Derecho penal nuclear* es aquel que comprende las figuras delictivas destinadas a proteger los derechos individuales y colectivos de los ciudadanos, fundados en el Estado liberal, anteriormente denominados derechos naturales, y que se castigan por ser *malá in se*.

<sup>14</sup> Jakobs, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en *Fundamentos del derecho penal*, p. 179 y siguientes.

<sup>15</sup> Jakobs, "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad", en Cancio Meliá - Gómez-Jara Díez, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2006, p. 97.

<sup>16</sup> Albrecht, *El principio de la libertad: herencia de la ilustración europea*, en "Revista de Derecho Penal", n° 2013-1, "Culpabilidad: nuevas tendencias-II", p. 30.

<sup>17</sup> Castaldo, "Una introducción al problema", en *El crimen organizado*, Guillermo Yacobucci (coord.), 2005, p. 118.

En *sentido genérico* —se dice— el *Derecho penal económico* es el sector de Derecho penal destinado a la protección del orden económico.

En un *sentido amplio*, se trataría del conjunto de reglas jurídicas dotado de consecuencias jurídico-penales cuya finalidad es la protección del proceso de producción, distribución y consumo de bienes<sup>18</sup>.

En *sentido estricto* —entendido como legislación penal económica— sería el conjunto de reglas jurídicas dotadas de sanción penal cuyo objetivo es la protección de la actividad interventora del Estado en la economía a través del control y la regulación. Sus figuras se caracterizan por fundarse en competencia institucional (delitos de deber); como contrapartida a la competencia organizacional (delitos de dominio), propia del Derecho penal nuclear; la proliferación de tipos penales en blanco con continuos reenvíos a otras leyes y el paulatino reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>19</sup>. Las figuras de este sector se castigan *quia prohibita*.

La inserción de principios, propios del Estado social, ha contribuido a la introducción en el Código Penal argentino del Título XIII del Libro Segundo, bajo la rúbrica "Delitos contra el orden económico y financiero"<sup>20</sup>.

El *Derecho penal internacional* comprende todas las normas de Derecho internacional que directamente fundamentan, excluyen o de cualquier otro modo regulan una responsabilidad penal<sup>21</sup>.

En fin, el *Derecho penal comunitario* es el conjunto de leyes penales transnacionales dictadas por órganos supranacionales para aplicarse a determinado grupo de países (unión, región, etcétera) por acuerdo de los distintos Estados en acordar excepcional parte de su soberanía en pos del beneficio común<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Sobre las definiciones, Bajo Fernández - Bacigalupo, S., *Derecho penal económico*, 2001, ps. 11 a 17; Bacigalupo, *Cuestiones penales de la nueva ordenación de las sociedades y aspectos legislativos del derecho penal económico*, 1974, p. 62; De la Rúa, *Los delitos económicos*, en "Doctrina Penal", año 3, nros. 9 a 12, 1980, p. 12; Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico. Parte general*, 1998, ps. 32 a 36; García Caveró, *Derecho penal económico. Parte general*, 2003, ps. 17 a 67; Reyna Alfaro, "Nociones de derecho penal económico argentino", en *Breviarios de derecho penal y criminología*, 2005, ps. 13 a 15. En general, Balcarce, "Derecho penal económico. Origen multidisciplinario, caracteres y matices de su parte general", en [alc.com.ve/wp-content/uploads/2013/02/DPE-origen-multidisciplinario.pdf](http://alc.com.ve/wp-content/uploads/2013/02/DPE-origen-multidisciplinario.pdf).

<sup>19</sup> Balcarce, "Derecho penal económico. Origen multidisciplinario, caracteres y matices de su parte general", en [alc.com.ve/wp-content/uploads/2013/02/DPE-origen-multidisciplinario.pdf](http://alc.com.ve/wp-content/uploads/2013/02/DPE-origen-multidisciplinario.pdf).

<sup>20</sup> Puede verse Cesano - Fortete, *Problemas actuales de derecho penal económico (aspectos sustantivos y procesales)*. Leyes 26.683, 26.733 y 26.734, 2012, p. 21 y siguientes.

<sup>21</sup> Werle, *Tratado de derecho penal internacional*, 2ª ed., 2012, p. 78; idem, *Pasado, presente y futuro del tratamiento jurídico-penal de los crímenes internacionales*, 2012, p. 21 y siguientes.

<sup>22</sup> Quintero Olivares, *La unificación de la justicia penal en Europa*, en "Revista Penal", n° 3, ene. 1999, p. 52; Pérez del Valle, *Derecho penal europeo, principio de legalidad y principio de proporcionalidad*, en "InDret", n° 4, 2008, disponible en [www.indret.com/pdf/577.es.pdf](http://www.indret.com/pdf/577.es.pdf).

Los dos últimos, producen la relativización de principios troncales del Derecho penal liberal, tales como la irretroactividad de la ley penal<sup>23</sup>.

No obstante, se observa un punto en común a toda la legislación penal: los que afrontan el Derecho penal tradicional son los pobres: los que responden por el Derecho penal económico son los parias políticos (fusibles) y los hombres de paja; los que deben asumir la responsabilidad en el Derecho penal internacional son los derrotados en el ámbito bélico. Es decir, los que no tienen poder.

#### § 4. Eficiencia vs. garantismo

«... [H]ay ejemplos desgraciadamente famosos de científicos que se dejaron dominar en sus investigaciones por compromisos nacionales o ideológicos» \*

La eterna disputa entre eficiencia represiva y las garantías del individuo ha adoptado nuevas denominaciones: las metafóricamente denominadas teorías del *big bang* y del *big crunch*.

Con la del *big bang*, se alude en el ámbito del Derecho penal al fenómeno de la “expansión” de este sector del ordenamiento jurídico, que en los últimos años se ha revelado como un fenómeno claramente perceptible en detrimento de otros sectores de dicho ordenamiento o incluso en detrimento de otros sistemas no jurídicos de control social.

El Derecho penal tiene un lado simbólico. Se trata de la política como espectáculo, en donde 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<sup>24</sup>.

La del *big crunch* describe en Derecho penal al fenómeno que consiste en propugnar una reducción del ámbito de lo delictivo, que incluso debería llegar —según algunas versiones particulares de la teoría— a un regreso a la situación existente en

<sup>23</sup> Sobre el tema, el film: *Insideman*, dirigido por Spike Lee, Estados Unidos de América, 2006, con la actuación de Denzel Washington, Clive Owen, Jodie Foster, Christopher Plummer y Willem Dafoe (título en España: *El plan oculto*; en Latinoamérica: *El plan perfecto*).

\* Daston, “La objetividad y la comunidad cósmica”, en Schröder - Breuninger, *Teoría de la cultura. Un mapa de la cuestión*, 2005, p. 131.

<sup>24</sup> Baratta, “Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica”, en *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, 2004, ps. 84 y 85.

el momento del nacimiento del Derecho penal clásico, circunscripto a la tutela directa de bienes altamente personales y del patrimonio<sup>25</sup>.

Parte del Derecho penal económico<sup>26</sup> e internacional pareciera que llegó para quedarse a nivel global. Distinto es el caso del Derecho penal de la sociedad del riesgo y el vinculado al enemigo respecto de los cuales existen fuertes anatematizaciones y críticas técnicas.

#### § 5. El pleno agotamiento de la discusión entre finalismo y normativismo

«... [T]his view I propose to call the (naturalistic fallacy) and of it I shall now endeavour to dispose» \*

La teoría del delito, durante finales de siglo XIX y primeras décadas del xx decantó tres escuelas, mientras que una de ellas: el finalismo, habría de derivar en dos posiciones diferentes. Por otro lado, luego de la Segunda Guerra Mundial, la ciudad de Nüremberg fue un crisol de distintas culturas; entre ellas la continental europea y la del *common law*. La sinergia trajo aparejada la escuela penal lógico-analítica.

Se estima que el neohegeliano Berner es la fuente del concepto de acción<sup>27</sup>. El tipo<sup>28</sup> como estrato analítico fue obra de Ernst Beling:

1 — La *clásica* (causalista o positivista jurídica) para lo cual todo lo objetivo descriptivo iba a parar al entuerto (injusto o ilícito); todo lo subjetivo descriptivo encontraba quicio en la culpabilidad.

2 — La *neoclásica* (normativismo o neokantismo) en la que lo preeminente objetivo-valorativo tenía su sede en el ilícito mientras que lo preeminente subjetivo-valorativo se instalaba en la culpabilidad.

3 — Para el *finalismo*, en el injusto se encontraba el objeto de valoración en tanto que en la culpabilidad se realizaba la valoración del objeto.

<sup>25</sup> Martínez-Buján Pérez, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del ‘big crunch’ en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, en <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/2216/1/AD-7-61.pdf>, ps. 952 y 953.

<sup>26</sup> Un análisis sobre la introducción del Título XIII del Libro Segundo del Código Penal: “Delitos contra el orden económico y financiero”, en Cesano - Fortete, *Problemas actuales de derecho penal económico (aspectos sustantivos y procesales)*. Leyes 26.683, 26.733 y 26.734, 2012, p. 21 y siguientes.

\* Moore, G., *Principia ethica*, 1922, p. 10.

<sup>27</sup> Berner, *Lehrbuch der Deutschen Strafrechtes*, 1871, p. 151 y siguientes.

<sup>28</sup> Beling, *Die lehre vom verbrechen*, 1906.

4 — El finalismo de Welzel, con serios antecedentes en las teorías del delito de los normativistas Graf zu Dohna<sup>29</sup> y von Weber<sup>30</sup>, fue fructífero en paradigmas. Dos se destacaron sobremanera: el protagonismo otorgado al desvalor de acción y la teoría de la adecuación social:

a) El *desvalor de acción* dividirá a sus discípulos. Algunos asumirán un criterio equilibrado entre desvalor de acción y desvalor de resultado. Se trata del finalismo dualista u ortodoxo<sup>31</sup>.

Otros, a partir del predicamento de Armin Kaufmann, intentarán acentuar el desvalor de intención hasta hacerlo único elemento relevante del injusto en desmedro del desvalor del resultado<sup>32</sup>. Lo injusto del hecho doloso debería agotarse ya con el actuar y el resultado intentado sería solamente una suerte de condición objetiva de punibilidad<sup>33</sup>. Se habla así de finalismo monista o radical.

b) La teoría de la *adecuación social*<sup>34</sup> fue el antecedente para que el antepenúltimo discípulo de Welzel, Jakobs, elaborara su personal teoría de la imputación objetiva que uniría a la actual tendencia funcionalista, en su caso, de carácter sistémico<sup>35</sup>.

El epílogo del finalismo elaborado inicialmente por Welzel y Kaufmann, lo escriben Zielinski y Jakobs expulsando el bien jurídico como referente del Derecho penal<sup>36</sup>.

Es ya lugar común en la doctrina remitirse a las palabras de Gallas para analizar la situación: "En contra de ciertas tendencias de la teoría final de la acción en su versión más reciente la peculiar pretensión de la actual situación de la dogmática reside en el hallazgo de una síntesis entre los nuevos impulsos que debemos al finalismo, y ciertas irrenunciables conclusiones del anterior lapso de desarrollo de nuestra ciencia, determinado por un pensamiento valorativo y teleológico"<sup>37</sup>.

<sup>29</sup> Graf zu Dohna, *La estructura de la teoría del delito*, 1958, p. 141 y siguientes.

<sup>30</sup> Weber, "Para la estructuración del sistema del derecho penal", en *Lineamientos del derecho penal alemán*, 2008, p. 177 y siguientes.

<sup>31</sup> Por todos, Stratenwerth, *Acción y resultado en derecho penal*, 1991, p. 19.

<sup>32</sup> Paradigmático, Zielinsky, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1989.

<sup>33</sup> Hirsch, "Acerca de la crítica al 'finalismo'", en Hirsch - Cerezo - Donna, *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad*, 2005, p. 136.

<sup>34</sup> Welzel, *Studien zum System des Strafrechts*, en "ZStW", 58, 1939, p. 491 y siguientes.

<sup>35</sup> Cancio Meliá, *La teoría de la adecuación social en Welzel*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", t. XLVI, fasc. II, may.-ago. 1993, p. 729.

<sup>36</sup> Serrano-Piedecasas Fernández, *Fundamentación del injusto de la tentativa*, 2001, p. 159.

<sup>37</sup> Gallas, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, 1955, p. 47; idem, *La teoría del delito en su momento actual*, p. 64; Silva Sánchez, "Introducción", en Schünemann, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, p. 14.

5 — La escuela penal lógico-analítica de Nüremberg, bajo la dirección de Joachim Hruschka, pretende la universalización de la dogmática a través de un sistema axiomático altamente formalizado. Los objetivos de la ciencia penal son construir un sistema a partir de las propiedades relevantes de los diferentes grupos de casos, determinar la función y fin de la pena, concluyendo en el análisis de la ley positiva vigente en cada Estado<sup>38</sup>.

### § 6. La aparición de los funcionalismos

«... [E]l funcionalismo representa un intento, a menudo declarado explícitamente, de explicar los fenómenos sociales de una manera modelada según el patrón (a diferencia de los conceptos sustantivos) de las explicaciones funcionales o «teleológicas» en la fisiología» \*

La exigencia de que la construcción conceptual atienda también a los fines de la dogmática y se convirtiera en el lema del nuevo movimiento del pensamiento jurídico-penal<sup>39</sup> dará lugar al nacimiento de los denominados *funcionalismos*<sup>40</sup>.

Nowakowsky (1957) y Noil (1960) pueden ser considerados precursores directos de estas recientes tentativas por concretar los conceptos dogmáticos, en especial el de culpabilidad, desde el punto de vista de la función del sistema penal<sup>41</sup>.

De las distintas propuestas en este sentido se pueden destacar cuatro:

a) El *funcionalismo monista-individualista*<sup>42</sup>. Se trata de una perspectiva de carácter minimalista y metodología empirista, orientada a las consecuencias y reconducida al bien jurídico. Su principal artífice ha sido Hassemer en el seno de la Escuela de Frankfurt. Su *output* se encuentra en la Criminología.

<sup>38</sup> Hruschka, "¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?", en *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2005, p. 269.

\* Nagel, E., *La estructura de la ciencia. Problemas de la lógica de la investigación científica*, 2006, p. 675.

<sup>39</sup> Schünemann, "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", en Schünemann, *El sistema moderno del derecho penal*, 1991, p. 63.

<sup>40</sup> Balcarce, *Derecho penal de los marginados. Líneas de política criminal argentina*, en "Biblioteca Jurídica Virtual", disponible en [www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex122/BMD000012202.pdf](http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex122/BMD000012202.pdf).

<sup>41</sup> Baratta, "Integración-prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", en *Criminología y sistema penal*, 2004, p. 1, nota 1.

<sup>42</sup> Hassemer, *Rasgos y crisis del derecho penal moderno*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", t. XLV, fasc. I, ene.-abr. 1992, ps. 235 y 236.

- b) El *funcionalismo moderado*. Tiene como objetivo de la interpretación teleológica reconstruir el plan desarrollado por el legislador, en la regulación de las conductas punibles y las consecuencias jurídicas, a fin de desentrañar el sentido de los preceptos penales; la búsqueda del plan político criminal intrasistemático. Su carácter *moderado* es proporcionado por la proposición de un modelo *dualista* en donde la funcionalización encuentra límites externos de base ontológica<sup>43</sup>. Su ideólogo ha sido Roxin y se ha expandido en la escuela de München.
- c) El *funcionalismo radical*. Apela a un modelo sistémico<sup>44</sup> de sociedad como respuesta al *para qué*<sup>45</sup> de las regulaciones represivas, y propone un monismo normativista carente de límites externos. El Derecho penal está dirigido a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad<sup>46</sup>. Jakobs ha sido su precursor y es predominante en la escuela de Bonn.
- d) El *máximo grado de normativismo*. La concepción fáctico-objetiva del hecho delictivo empieza a ser contradicha por una enfatización normativa del mismo. Conforme a ella no se localizaría ya tanto el epicentro de la definición y de la comprensión del hecho punible en el ataque o menoscabo de un bien jurídico, cuya protección es, según una extendida opinión, el fin o función del Derecho penal. Ahora, en el foco de la comprensión adecuada del delito se abre ahora una relación distinta y un punto de referencia también distinto: la norma o el ordenamiento de normas que el comportamiento del autor contradice.

Como enunciaciones características de esta forma de entender el delito (de este intento de captar su esencia) cabe aludir a las siguientes formas de representación del hecho punible que, en lo sustancial, resultan ser todas ellas ampliamente coincidentes: el delito se concibe como no reconocimiento o un cuestionamiento de la vigencia de la norma (infringida), o bien se comprende como un menosprecio de la norma infringida o del mismo Ordenamiento Jurídico. Desde esta perspecti-

<sup>43</sup> Roxin, *Sistema del derecho penal y política criminal*, 1972, p. 27; Silva Sánchez, "Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites", en *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, 1998, p. 38.

<sup>44</sup> Luhmann, *La ciencia de la sociedad*, 1990, p. 17.

<sup>45</sup> Sobre el tema, véase Hempel, *La explicación científica*, 2005, p. 399; Nagel, E., *La estructura de la ciencia*, 1968, ps. 470 a 473.

<sup>46</sup> Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, 1996, ps. 22 a 24.

va, se le atribuye al delito un determinado contenido de sentido en relación con el derecho, es concebido como una expresión de sentido<sup>47</sup>.

Se da un giro copernicano.

El primer axioma de la teoría del delito —sujeto y derechos individuales son anteriores a la sociedad— se sustituye, promocionando que solo en la sociedad el sistema biopsíquico —comunicación instrumental— adquiere el carácter de persona (máscara) —comunicación personal—.

A partir de este axioma se torna sencillo derivar las premisas posteriores de la nueva estructura analítica. Solo la persona es tratada como ciudadano; quien es solo naturaleza se tratará como inimputable o como enemigo.

La estratégica modificación asegura su máxima pretensión: que los modelos excepcionales de la antigua teoría del delito se transformen en un abrir y cerrar de ojos en las reglas generales de imputación, haciendo retroceder los que fueron principios básicos para la adscripción de responsabilidad penal. Si la sociedad es anterior al ciudadano, habrá que garantizar su identidad (configurada a través de normas) como forma indispensable para asegurar los derechos del individuo (bienes jurídicos). El Derecho penal, en su carácter de subsistema social, tiene por función, pues, garantizar la identidad normativa de la sociedad. El Derecho penal, contradice fácticamente a través de la pena, la contradicción empírica que se produce a través del hecho delictivo, confirmando de esta manera aquella identidad.

El lugar del resultado material es ocupado por una teoría del riesgo; el principio de precaución inunda la teoría del delito. El resultado relevante para el Derecho penal es de carácter jurídico: la objetivación del no reconocimiento de la norma.

No interesa tanto la restricción a los bienes individuales como los riesgos que las conductas pueden traer aparejados para la sociedad. La tentativa pasa a ocupar el lugar que antes correspondía al delito de lesión. El delito de peligro abstracto ocupa el lugar del delito de lesión (crisis del principio de lesividad). De allí que se realcen las competencias institucionales, prevaleciendo sobre las organizacionales, convirtiéndose las últimas en un grado de las primeras (infición del principio de exterioridad).

El delito de infracción de deber triunfa sobre el delito de dominio (retro trayendo el devenir de la teoría del delito a tiempos en que los componentes empíricos no se habían descalzado del operador deóntico).

Aún el más insulso de los delitos comunes requiere posición de garante (sujeto activo específico implícito). Ya no interesa la acción del individuo como elemento base que sirve de enlace a los estratos técnicos de la teoría del delito (tipo, antijuricidad, culpabilidad), sino que van a ser estos elementos técnicos los indispensa-

<sup>47</sup> Frisch, *Pena, delito y sistema del delito en transformación*, en "InDret", jul. 2014, disponible en [www.indret.com/pdf/1065.pdf](http://www.indret.com/pdf/1065.pdf), p. 5.

bles para saber qué es la acción. La vieja disyuntiva entre monismo (comportamiento comisoivo u omisoivo) o dualista (desgajamiento entre acción y omisión) es superada por la teoría de la omisión, que se construyó atendiendo a la posición de garante del sujeto activo del delito. La invasión defenestra la actividad: aparece en escena la evitabilidad en posición de garante.

Los delitos especiales propios, mediante la cláusula del actuar en lugar de otro, se han equiparado a los delitos comunes.

Se promueve una simetría, ergo, entre delitos de omisión impropia y delitos especiales (teoría del dominio del resultado)<sup>48</sup>.

El normativismo (ámbito intersubjetivo) es lo predominante en la teoría del delito, por lo cual el delito culposivo, lejos de ser la excepción —como antes se mentaba— se convierte en la base del delito por cuyo estadio pasa necesariamente el delito doloso —se pone en crisis el principio *numerus clausus*—.

El tipo descriptivo externo-interno que arrastraba determinadas valoraciones deja su lugar a un tipo absolutamente normativo (la reabsorción produce el alejamiento del principio de exteriorización, pero, a la vez, la relativización del principio de culpabilidad).

El tipo, ahora, es plenamente imputación objetiva (*recte*: imputación normativa); a lo sumo se pueden seguir valorando ciertos errores cognitivos —imprudencia—.

El sujeto no es lo que es, sino lo que demanda el rol que le ha otorgado, para su desarrollo, la sociedad. Ser *persona* significa representar un papel que solo es accesible a través de la interpretación. La conciencia individual es suplantada por la comunicación.

La existencia de culpabilidad (poder actuar de otro modo) ya no es presupuesto para la prevención (se comienza a desconfiar respecto a la existencia de *libre albedrío*). Por el contrario, la prevención que requiere la sociedad para su preservación es medida de la culpabilidad.

El hecho punible es la defraudación de expectativas sociales. La pena estabiliza las expectativas defraudadas. Se puede destacar, en esta línea que, si un ente diferente al ser humano puede estar por encima de este, ningún problema habrá para receptor la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Semejante estructura, pues, proporciona los medios para pasar de una teoría asentada sobre la acción, la relación de causalidad, el resultado y el dolo, a la omisión imprudente o su reverso: la proliferación de delitos de peligro abstracto<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Véase Schünemann, *El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro*, en "Revista de Derecho Penal", n° 2005-2, "Autoría y participación-II", p. 39 y siguientes.

<sup>49</sup> Balcarce, *Introducción a la parte especial del derecho penal. Su vinculación con la parte general*, 2009, ps. 82 a 84.

Los funcionalismos, sometidos a la Navaja de Ockham, suelen mostrar una complicación desmesurada en relación al universo que pretenden explicar. Recordemos que el principio apuntado —principio de economía o *lex parsimoniae*— sostiene que siempre que se encuentren varias posibles explicaciones a un fenómeno, se debe escoger la más sencilla que lo explique por completo. «*Pluralitas non est ponenda sine necessitate*».

En su faceta de cumplimiento a ultranza de la normativización se exponen continuamente a la *falacia normativista*.

Asimismo, al intentar eliminar las referencias a la parte interna de la persona terminan en un conductismo filosófico<sup>50</sup> recalcitrante. No ha de sorprender: el funcionalismo es el heredero de aquel.

Así como hoy promociona la responsabilidad de las personas jurídicas no sorprendería que en el futuro haga responder a algún tipo de sistema de inteligencia artificial: si su economía interna fuera funcionalmente isomórfica con la nuestra podría ser sujeto de estados mentales<sup>51</sup>.

### § 7. El análisis económico del derecho

«... [5]I hay una experiencia ideológica en su expresión más pura, en su nivel cero, se produce en el momento en que adoptamos una actitud de irónico distanciamiento, riéndonos de los disparates en los que estamos dispuestos a creer» \*

El análisis económico del Derecho, del cual es promotor Posner, es de origen estatal liberal. Pretende obtener el mayor rédito de las instituciones jurídicas en la distribución de bienes escasos dentro de una sociedad determinada (principio utilitario)<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Sobre la reaparición del conductismo, véase Skinner, *Sobre el conductismo*, 1987, p. 7, en donde esgrime: "El conductismo no es la ciencia del comportamiento humano. Es la filosofía de esa ciencia".

<sup>51</sup> Churchland, P. M., *Materia y conciencia. Introducción contemporánea a la filosofía de la mente*, 2ª ed., 1999, ps. 65 y 66.

\* Žižek, *Viviendo en el final de los tiempos*, 2010, p. 17.

<sup>52</sup> Congregado Ramírez de Aguilera - Pomares Hernández - Rama Matías, *Análisis económico del derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente*, en "Derecho y Conocimiento", n° 1, p. 332; Posner, *El análisis económico del derecho en el common law, en el sistema romano germánico y en las naciones en desarrollo*, en "Revista de Economía y Derecho", vol. 2, n° 7, 2005, ps. 8 a 10.



### § 8. Acción y omisión

«El intérprete no puede llegar a entender, pues, el contenido semántico de una emisión o manifestación con independencia de los contextos de acción en que los implicados reaccionan frente a la emisión o manifestación en cuestión con un sí o con un no o suspendiendo el juicio» \*

Desde que Radbruch, en 1904, asegurara que "... no se puede poner 'a' y 'no-a', posición y negación, bajo un concepto superior, así también no es factible plegar juntas acción y omisión en un concepto semejante, llámasele acción, conducta humana o como fuere!"<sup>53</sup>, la doctrina ha hecho esfuerzos denodados en la búsqueda de un concepto superior a ambos conceptos.

Luego de los trabajos de Bruns<sup>54</sup>, Nagler<sup>55</sup> reemplazó la teoría formal del deber jurídico por la posición de garante para el delito impropio de omisión.

Por ejemplo, ya en 1971, Schönemann prescinde de entender que la relación que interesa en Derecho penal sea la que puede existir entre acción y resultado, como lo prueba el hecho de que tampoco en el delito de comisión se imputan los cursos causales irregulares. La relación que importa a los fines de la imputación penal es la que existe entre el resultado y la persona a quien imputárselo. Imputar un resultado a la persona que lo ha causado se basa en el dominio sobre el fundamento del resultado; justo el cartabón que autoriza la adscripción —en forma semejante— en la omisión<sup>56</sup>.

Sin embargo, entre 1991 y 1997, Jakobs ha ido más allá mediante las incumbencias vinculadas a un rol. De acuerdo a sus axiomas funcionalistas esenciales, incluso manteniendo la diferenciación entre acción y omisión, sostiene que, en Derecho penal, solo hay ámbitos de riesgo para los bienes jurídicos respecto a los cuales quienes los tienen encomendados, sea cual fuere el motivo, autoorganización o deberes de garante institucional, tanto puede afectarlos actuando como omitiendo<sup>57</sup>.

\* Habermas, *Teoría de la acción comunicativa. Racionalidad de la acción y racionalización social*, 1999, ps. 163 y 164.

<sup>53</sup> Radbruch, *El concepto de acción y su importancia para el sistema del derecho penal*, 2011, p. 168. La cursiva, en el original.

<sup>54</sup> Bruns, *Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken: Beiträge zu einer selbständigen, spezifisch strafrechtlichen Auslegungs- und Begriffsbildungs methodik*, 1938. Aunque su idea era justificar la legislación penal nacional-socialista.

<sup>55</sup> Nagler, *Die Problematik der Begehung durch Unterlassen*, en "Der Gerichtssaal", t. 111, 1938, ps. 1 a 121. Véase también Köhler, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, Cap. IV.

<sup>56</sup> Cfr. Schönemann, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009.

<sup>57</sup> Jakobs, "La competencia por organización en el delito de omisión. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión", en *Estudios de derecho penal*, 1997, p. 347 y siguientes.

Lo importante es que en la pragmática social no surjan del ámbito propio de organización peligros para los bienes jurídicos, siendo indiferente que ello se plasme en un actuar o en un omitir. La visión naturalística del actuar u omitir del sujeto no tiene relevancia.

Resulta indispensable la idea de *deber* para asir la totalidad de la imputación unitaria que comprende acción y omisión.

Los criterios de causalidad (ya no la causalidad); esto es, la sintaxis —más que la semántica— son altamente relevantes para establecer el concepto normativo de dominio del hecho.

Dentro de lo que estaba excluido del concepto de acción era la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Que las sociedades no pueden delinquir no admitía perforación alguna.

Expresa Arroyo Zapatero: "Ningún problema de los que acosaron al Papa Inocencio IV fue por él resuelto con más éxito que el de evitar que las excomuniones papales alcanzar[a]n a las corporaciones, ciudadanas o mercantiles, por los hechos de sus integrantes. Los conocimientos jurídicos de quien con autoridad al papado era conocido por Sinibaldo de Fieschi, profesor de la Universidad de Bolonia, le permitieron formular el principio *societas delinquere non potest*"<sup>58</sup>.

El Derecho penal económico y el triunfo en este ítem del *common law* sobre el *civil law*, ha hecho realidad la profecía que decía que, tarde o temprano, se iba a imponer, en el mundo, la responsabilidad de la persona jurídica: "... para bien de la política criminal, y superados los obstáculos dogmáticos que se oponían a ello, la derogación de la fórmula tradicional *societas delinquere non potest* parece ser una cuestión de tiempo"<sup>59</sup>.

### § 9. La causalidad y la inserción de la imputación objetiva en el tipo

«[N]uestras mentes no solo son finitas sino que además distan mucho de poderse calificar de nobles» \*

En los últimos tiempos, el sesgo *egoísta* —aceptamos más responsabilidad en el éxito que en el fracaso, nos sentimos más autores de las buenas acciones que de

<sup>58</sup> Arroyo Zapatero, "Personas jurídicas y responsabilidad penal en España", *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, 2005, p. 125.

<sup>59</sup> Zugaldía Espinar, "Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)", en *Hacia un derecho penal económico europeo*, 1995, p. 727.

\* Cfr. Marcus, "La humildad cognitiva", en *Este libro le hará más inteligente. Nuevos conocimientos científicos para mejorar su pensamiento*, 2012.

las malas<sup>60</sup>— se ha impuesto en lo que se ha denominado los nexos causales, las guerras morales y la errónea atribución de arbitrio: “La complejidad y el ruido que impregnan a todo verdadero nexo causal generan una bruma de incertidumbre. La presencia de uno o más ligeros sesgos en la atribución causal, o en el carácter censurable de la misma (como sucede, por ejemplo, con las faltas cometidas por acción, siempre peores que las ocurridas por omisión) permiten que surja un nicho estable desde el que extraer un mérito improcedente o achacar una culpabilidad inmerecida”<sup>61</sup>.

La *imputación objetiva* comprende los criterios de valor utilizados por el legislador, en su plan político criminal intrasistemático, para adscribir el injusto al ciudadano, por la realización del comportamiento y, eventualmente, por la producción del resultado<sup>62</sup>, a aplicar luego de los criterios de causalidad<sup>63</sup>.

Existen criterios de primero y segundo nivel<sup>64</sup>:

<sup>60</sup> Cfr. Myers, “El sesgo egoísta”, en *Este libro le hará más inteligente. Nuevos conocimientos científicos para mejorar sus conocimientos*, 2012.

<sup>61</sup> Cfr. Tooby, “Los nexos causales, la guerra moral y la errónea atribución de arbitrio”, en *Este libro le hará más inteligente. Nuevos conocimientos científicos para mejorar sus conocimientos*, 2012.

<sup>62</sup> La bibliografía es inabarcable. Respecto de los antecedentes: Larenz, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927; Engisch, *La causalidad como elemento de los tipos penales*, 2008; Honig, “Causalidad e imputación objetiva”, en *Causalidad, riesgo e imputación*, 2009, p. 105 y ss.; Welzel, *Derecho penal alemán*, 1993, p. 66 y ss.; idem, *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 2001, p. 84 y ss. Entre los trabajos más importantes: Roxin, “Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal”, en *Problemas básicos del derecho penal*, 1976, p. 128 y ss.; Kaufmann, Armin, “¿Atribución objetiva en el delito doloso?”, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, t. XXXVIII, fasc. III, sep.-dic. 1985, p. 814 y ss.; Gimbernat Ordeig, “¿Qué es la imputación objetiva?”, en *Problemas básicos del derecho penal*, 3ª ed., 1990, p. 210 y ss.; Struensee, “Acerca de la legitimación de la ‘imputación objetiva’ como categoría complementaria del tipo objetivo”, en *El derecho penal hoy*, 1995, p. 252 y ss.; Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, 1996; Schünemann, “Consideraciones sobre la imputación objetiva”, en AA.VV., *Teorías actuales en derecho penal (75º aniversario del Código Penal)*, 1998, p. 221 y ss.; Mir Puig, “Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal”, en *Homenaje a Claus Roxin. Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, 2001, p. 62; Frisch, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2004. Sobre la discusión entre la teoría de la imputación y el finalismo monista, véase Balcarce, *Imputación objetiva vs. subjetivismo*, en “Ley, Razón y Justicia”, n° 3, 2000.

<sup>63</sup> Cfr. Bunge, *La causalidad. El principio de causalidad en la ciencia moderna*, 1997; Hart - Honoré, *Causation in the law*, 1959; Moore, M., *Causation and responsibility. An essay in law, morals, and metaphysics*, 2009.

<sup>64</sup> Algunas aproximaciones en Otto, “Diagnóstico causal e imputación del resultado en derecho penal”, en AA.VV., *La prohibición de regreso*, 1998, ps. 91 y 92.

El *primer nivel* se encuentra constituido por el *riesgo tolerado* (designado, en forma errónea, como riesgo *permitido*, lo que lleva a confundirlo con las causas de justificación).

Exige tres juicios en los delitos de resultado: a) la elevación del riesgo por encima de lo tolerado; b) la realización del riesgo no tolerado en el resultado, y c) que ese resultado se encuentre dentro del ámbito de protección del tipo.

Entre los criterios de segundo nivel, se encuentran:

1 — El *principio de confianza*, relacionado en principio con los delitos culposos, pero hoy extendido a los delitos dolosos (v. gr., abusos de confianza) y cuya esencia se encuentra en la estructura de *división del trabajo*<sup>65</sup>. No todos debemos controlar la obra en común que se realiza y quien se comporta debidamente en el tráfico está facultado a pensar en que los demás también lo harán.

#### EXCURSO

##### El principio de confianza y el trabajo en equipo en los delitos imprudentes por mala praxis médica

Actualmente, la actividad desplegada en casi todas las ramas de la medicina se caracteriza por la intervención, simultánea o sucesiva, de varios profesionales que poseen distinta formación y cumplen, de forma más o menos coordinada, diferentes funciones vinculadas con el tratamiento de los pacientes<sup>66</sup>. Así, uno de los casos típicos que permite apreciar esta modalidad de trabajo, es el de una intervención quirúrgica que requiere la participación conjunta de varios médicos especialistas (cirujano, anestesta, cardiólogo) como de otro personal técnico o auxiliar (por ejemplo, enfermeros)<sup>67</sup>.

Esta forma de trabajo se denomina *trabajo en equipo*<sup>68</sup>.

Uno de los problemas centrales que resulta consustancial al trabajo en equipo consiste en determinar “las normas de cuidado que le corresponde observar, conforme a

<sup>65</sup> Abraldes, *Delito imprudente y principio de confianza*, 2010.

<sup>66</sup> En sentido coincidente expresa Hernández Gil, *Responsabilidad por mala praxis médica: análisis del problema a través del análisis de encuestas a colegios oficiales de médicos y abogados*, 2005, p. 210: “... la mayoría del trabajo que desarrolla el personal sanitario en la actualidad, lo es en equipo, con escasas excepciones, como la de las consultas privadas en las que un solo médico trata al paciente”.

<sup>67</sup> Al respecto, Hava García, *Responsabilidad penal por mala praxis médica. La determinación del cuidado exigible al personal sanitario*, en “Revista de Derecho Penal”, n° 2002-1, “Delitos culposos”, ps. 103 y 104.

<sup>68</sup> Zaffaroni (en Bueres - Zaffaroni, *Responsabilidad médica: aspectos civiles y penales*, 2009, p. 173) califica al principio de confianza como “la regla de oro para determinar cada vez que se investiga un ilícito en una actividad de un equipo médico, sobre quién recae la responsabilidad”.

las funciones que cumple, a cada integrante del grupo, para, de ese modo, poder constatar, por una lado, si fueron infringidas o no por el sujeto y, en caso afirmativo, si el resultado lesivo puede imputarse a ese comportamiento descuidado<sup>69</sup>.

A los efectos de realizar esta determinación, la doctrina acude a la distinción entre división horizontal y vertical de trabajo<sup>70</sup>.

La división horizontal es aquella que se caracteriza a partir de que no existe una relación jerárquica de subordinación entre los diferentes miembros del equipo. A este tipo de división se corresponde el modelo de relación entre, por ejemplo, cirujano y anestesiista. Al respecto, refiere Silva Sánchez que los actos de anestesia "se realizan hoy por médicos especialistas (los anestesiistas) que colaboran en la actividad médico-quirúrgica en un plano de igualdad con el cirujano, participando en la toma de decisiones más importantes desde su competencia específica. Las expresiones que ponen de relieve los términos actuales de la relación entre anestesiista y médico-cirujano son las de trabajo en equipo con 'división de trabajo horizontal', 'responsabilidad autónoma' y 'confianza'. Ello significa, en primer lugar, que el anestesiista es autónomo en el cumplimiento de las obligaciones que le competen antes, durante y después de la operación quirúrgica, mientras que el cirujano es competente para la decisión sobre el sí, el cómo y el cuándo de la operación. Sus competencias no solo no se interfieren, sino que quedan articuladas por la vigencia del aludido principio de confianza. Según este, cada especialista puede contar en principio con la colaboración correcta del colega de la otra especialidad; solo excepcionalmente, esto es, cuando consta la comisión de una infracción del deber de cuidado por el otro o existen dudas sobre su cualificación o fiabilidad, surge un deber de cuidado (...), cuyo incumplimiento puede conducir a imputar el resultado lesivo al cirujano, por ejemplo, que ha confiado, ya indebidamente, en una conducta diligente del anestesiista"<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> Hava García, *Responsabilidad penal por mala praxis médica. La determinación del cuidado exigible al personal sanitario*, en "Revista de Derecho Penal", n° 2002-1, "Delitos culposos", p. 106.

<sup>70</sup> Así, Chaia, *Responsabilidad penal médica*, 2006, p. 139. De la misma opinión, Terragni, *El delito culposo en la praxis médica*, 2003, p. 202.

<sup>71</sup> Silva Sánchez, *Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesiista. La perspectiva del Tribunal Supremo*, en "Derecho y Salud", vol. 2, ene.-dic. 1994, ps. 41 y 42. Las diferencias entre las funciones del anestesiista y del cirujano han sido enfatizadas por Hernández Gil, *Responsabilidad por mala praxis médica: análisis del problema a través del análisis de encuestas a colegios oficiales de médicos y abogados*, 2005, p. 212, con cita de la opinión del Tribunal Supremo español, quien señala que la cirugía es la "rama de la medicina que se propone curar enfermedades mediante operaciones manuales o con instrumentos y que implica una actuación en órganos y tejidos. Por su lado, la anestesiología y reanimación, se caracteriza por emplear y aplicar métodos y técnicas necesarios para hacer al paciente insensible al dolor y para protegerlo frente a la agresión psíquica o somática, así como para mantener sus funciones vitales durante y después de las intervenciones quirúrgicas; así como reanimar a cualquier tipo de pacientes a los que sus funciones vitales se vean gravemente desequilibradas, iniciando y manteniendo la terapia intensiva hasta que se considere superado dicho estado crítico".

En la división vertical, en cambio, si se verifica una estructura jerarquizada entre el personal sanitario interviniente, y "se caracteriza porque entre tal personal existe una relación de supra y subordinación"<sup>72</sup>. En un equipo quirúrgico (para seguir con el ejemplo) este tipo de división se da entre los profesionales que dirigen el equipo (y tienen el dominio de la situación) y los auxiliares. Así, sostiene Terragni, "las enfermeras forman parte de un equipo de profesionales de la salud, con responsabilidad propia, dentro de sus cometidos específicos: la limpieza del instrumental y la administración de medicamentos al paciente conforme a lo prescripto por el médico. Estas actividades complementarias son de su competencia y los errores que cometen no comprometen, en principio, a sus superiores"<sup>73</sup>.

El principio de confianza opera como un importante criterio limitador de los deberes objetivos de cuidado. Se trata de un principio reconocido en el Derecho de la circulación por parte de la jurisprudencia penal; pero que, actualmente, "tiene aplicación en los casos de cooperación imprudente y, especialmente, para los supuestos de división de trabajo en Medicina, como instrumento restrictivo de los deberes objetivos de diligencia y, por tanto, delimitador de la responsabilidad imprudente de cada interviniente"<sup>74</sup>.

Según este principio, por regla general se responde únicamente por las conductas que se encuentran dentro del propio ámbito de competencia, porque no forma parte del rol de un ciudadano controlar todos los posibles peligros que se puedan originar en la conducta de terceros<sup>75</sup>. De esta manera, en el terreno médico se sostiene que cuando el facultativo ha seleccionado a un equipo conforme a los requerimientos técnicos y reglamentarios (título o habilitación para la función), el error que estos pueden cometer en el curso de una intervención, solo a ellos les es penalmente imputable y no al jefe de equipo. La razón de este principio parece clara: "evitar la carga de trabajo que conllevaría para cada uno de los que trabajan en un equipo hacerse cargo de controlar el cumplimiento de los deberes de todos los demás. Como señala Stratzenwerth, un médico que tiene que ocuparse de todo no será reprochable penalmente por falta de diligencia pero tampoco será un buen médico"<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> Barreiro, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, p. 117.

<sup>73</sup> Terragni, *El delito culposo en la praxis médica*, 2003, p. 204. El mismo ejemplo en Barreiro, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, p. 117.

<sup>74</sup> Barreiro, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, p. 117.

<sup>75</sup> López Díaz, *Introducción a la imputación objetiva*, 1996, p. 120.

<sup>76</sup> Goransky, "Criterios jurisprudenciales en el ámbito de la imprudencia de la actividad médica", en *Cuestiones particulares de la imprudencia en el derecho penal*, 1999, ps. 129 y 130. En igual sentido ha sostenido Barreiro, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, p. 119, que: "El principio de confianza tiene importancia y sentido en la actividad médico-quirúrgica —aplicable tanto en la división de trabajo horizontal como en la vertical— en cuanto evita la sobrecarga de trabajo (y la posible exasperación de los deberes de diligencia) del médico jefe del equipo; hace posible una mayor concentración en su cometido (empleo de una adecuada técnica quirúrgica) y proporciona la necesaria seguridad en la eficacia del trabajo en equipo. El mé-

La jurisprudencia argentina ha receptado el principio de confianza, "como directiva fundamental en materia de responsabilidad por mala práctica del médico, destacando que a los fines de la determinación de la imprudencia, deben tenerse en cuenta las tareas específicamente asignadas a cada uno de los miembros del equipo médico, respetando el principio de división del trabajo y de responsabilidades"<sup>77</sup>.

En este sentido, uno de los ámbitos —ciertamente no exclusivo— en donde se ha hecho una generosa aplicación del principio se vincula con la intervenciones quirúrgicas, en las cuales se produce el deceso del paciente por problemas de anestesia. Así, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, a través de su Sala VI, rechazó la responsabilidad del cirujano y admitió la del anestesista, al fallar el precedente "Llovera", argumentando que: "[r]esulta culpable del delito de homicidio culposo el anestesista que omitió chequear las mangueras de la mesa de anestesiología, pues, al estar estas cruzadas, suministró a la paciente protóxido en vez de oxígeno, ocasionándole la muerte. Por otro lado y dado que el procesado, faltando a las mínimas reglas de cuidado, no advirtió a tiempo que la paciente presentaba síntomas indubitables de asfixia, no puede responsabilizarse al hospital (salvo en el aspecto civil) o al equipo quirúrgico, porque ello implicaría, para cada médico, invadir áreas distintas, distorsionando el llamado principio de confianza".

Y la misma sala, *in re* "Lanzalot" expresó que "[r]esulta autor del delito de homicidio culposo, el anestesista que no controló previamente el estado del material atinente a su función (...) pues obviamente es de incumbencia exclusiva de dicho especialista controlar el instrumental antes y durante el acto quirúrgico, en el cual se presupone la división de trabajo entre los miembros del equipo médico, como también la distribución de tareas"<sup>78</sup>.

Ciertamente, la aplicación de este principio no es ilimitada. No se trata de un principio absoluto ni de vigencia irrestricta<sup>79</sup>. Por lo tanto corresponde al intérprete fijar

---

dico tiene que poder confiar —dentro de ciertos límites— en la colaboración correcta de terceras personas (colegas, ayudantes, enfermeras) ...".

<sup>77</sup> De la Fuente - Salduna, "Tendencias actuales de la legislación y jurisprudencia argentinas sobre derecho penal médico", en Romeo Casabona, *El médico y el derecho penal*, 2011, t. II, vol. 1, p. 530.

<sup>78</sup> Para el texto del fallo, cfr. Goransky, "Criterios jurisprudenciales en el ámbito de la imprudencia de la actividad médica", en *Cuestiones particulares de la imprudencia en el derecho penal*, 1999, p. 131. También, dentro del ámbito de una intervención quirúrgica, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal sostuvo —haciendo aplicación de este principio— que: "La responsabilidad del médico se limita a corroborar las condiciones físicas y clínicas del paciente y a constatar que tiene a su disposición todos los elementos que podrá necesitar en la operación, imponerle al profesional la carga del control del buen estado del instrumental es excesiva, por cuanto existe un instrumentador, encargado específicamente de dicha tarea. Por lo tanto, no existe violación al deber objetivo de cuidado del profesional médico que, mientras realizaba una cesárea, apoyó un bisturí eléctrico sobre las piernas de la paciente, provocándole quemaduras leves" (cfr. "Boccio", 22/12/93, cit. por Montanelli, *Responsabilidad criminal médica*, 2005, p. 60).

<sup>79</sup> Abraldes, *Delito imprudente y principio de confianza*, 2010, p. 335.

los límites de su vigencia. Estos límites, a nuestro ver, han de ser de carácter normativo y deben ser concebidos en función de la protección del bien jurídico. Como lo expresa Abraldes: "El sustrato social sirve de explicación para fundamentar el principio, a partir del cual opera el reconocimiento jurídico. Pero ese fundamento sociológico es en sí mismo insuficiente para orientar un límite normativo"<sup>80</sup>; el cual debe construirse —insistimos— "sobre la base de la protección necesaria al bien jurídico"<sup>81</sup>.

López Díaz menciona tres grupos de excepciones; a saber<sup>82</sup>: a) cuando surgen circunstancias especiales, a partir de las cuales se puede inferir concretamente que el otro participante no va a cumplir con sus deberes; b) frente a determinadas personas (por ejemplo, un incapaz mental, un ebrio) respecto de las que, y por ese estado, no se puede esperar una conducta ajustada al rol asignado y, por fin, c) cuando el deber de cuidado de una persona consiste precisamente en la vigilancia y control de otras que se encuentran bajo su dependencia.

Por su parte, en especial referencia al tema que nos ocupa, Rodríguez Vázquez analiza esta cuestión distinguiendo el alcance de las excepciones, de acuerdo a si se refiere a la división vertical u horizontal del trabajo en equipo. Según este autor, en los supuestos de división horizontal del trabajo (identificado, tradicionalmente, con el dúo formado por el cirujano y el anestesista), el principio de confianza despliega su eficacia más significativa, y solo excepcionalmente la perderá. Según este autor, en estas hipótesis, la vigencia del principio de confianza "está directamente vinculada a la normalidad de la situación. Normalidad y confianza constituyen así un binomio inseparable. Solo cuando desaparece esa situación de normalidad entonces decae la confianza como título excluyente de responsabilidad. La quiebra de la normalidad se produce ante la concurrencia de circunstancias especiales que se deben concretar en una infracción del cuidado debido por parte del tercero. Se requiere, además, que estas circunstancias resulten evidentes y sean, por tanto, reconocibles. Esta exigencia supone que las circunstancias que pueden llevar a la caída del principio de confianza se manifiesten intensamente"<sup>83</sup>. Siguiendo este razonamiento, y a título ejemplificativo, el cirujano director de una operación debe cambiar a su colaborador, cuando advierta que este no se encuentra en plenas condiciones físicas para participar en el acto quirúrgico<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> Abraldes, *Delito imprudente y principio de confianza*, 2010, p. 336.

<sup>81</sup> Abraldes, *Delito imprudente y principio de confianza*, 2010, p. 336.

<sup>82</sup> López Díaz, *Introducción a la imputación objetiva*, 1996, ps. 126 a 128.

<sup>83</sup> Rodríguez Vázquez, *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*, 2012, p. 299.

<sup>84</sup> López Díaz, *Introducción a la imputación objetiva*, 1996, p. 126. En idéntico sentido se expresa Zaffaroni (en Bueres - Zaffaroni, *Responsabilidad médica: aspectos civiles y penales*, 2009, p. 173): el otro interviniente "es responsable penalmente en la medida en que dentro de su deber de cuidado, hubiese debido notar los indicios que inmediatamente lo habrían determinado a retirar la confianza al otro interviniente del equipo ...".

Frente al valor casi ilimitado del principio de confianza en la relación horizontal del trabajo, se establecen límites sensiblemente más estrictos en los supuestos de relación vertical. En casos de trabajos médicos sanitarios en los que intervienen médicos y diplomados en enfermería o médicos y residentes, "se exige al superior el cumplimiento de una serie de deberes previos al acto de delegación para asegurar la validez del principio de confianza. En concreto y hasta donde sea posible, el superior jerárquico debe seleccionar correctamente al inferior al que encomienda una tarea y debe informarle e instruirle adecuadamente"<sup>85</sup>. Como lo sostiene Argnani: en líneas generales, también en la división vertical de tareas rige el principio de confianza "pero en una extensión diferente de los casos anteriores [división horizontal de tareas], pues la facultad de confiar en que los demás se comportarán correctamente se encuentra limitada en una medida mayor por el deber de fiscalización y de supervisión en cabeza del jefe de equipo, que tiene su razón de ser en su especial formación profesional y en la función que en tal carácter asume"<sup>86</sup>.

Jurisprudencialmente, se ha indicado que "... la división de tareas o sencillez de la práctica no lo eximen [al médico actuante] de su compromiso profesional, porque era su obligación fiscalizar la maniobra que le encomendaba al técnico radiólogo, quien cometió un error grosero en la colocación de la sonda (...). Es que el principio de confianza, en particular en la cooperación con división de trabajo, debe retroceder cuando los intervinientes (caso del médico que dirige la operación) poseen especiales deberes de vigilancia o concretas misiones de control. En esa dirección, quien aparece como jefe o encargado del mismo (equipo médico) siempre tiene bajo su responsabilidad una serie de aspectos residuales de control que están ineludiblemente a su cargo sin perjuicio de la delegación"<sup>87</sup>.

Otro caso interesante en donde resulta correcta la exclusión de este principio (en virtud de las excepciones señaladas) sería el relativo a la intervención (en el acto de diagnóstico o terapéutico) de un practicante. De acuerdo al art. 41 de la ley 17.132, se consideran tales a "los estudiantes de medicina (...) que habiendo aprobado las materias básicas de (...) [su carrera] realicen actividades de aprendizaje en instituciones asistenciales, oficiales o privadas". Si bien, por imperio del párr. 2º de la misma norma, el practicante debe limitarse al aprendizaje y en ningún caso puede realizar funciones de colaboración ¿qué sucedería si, extralimitándose en su actividad—y pese a la prohibición legal— produce un resultado disvalioso para la salud del paciente? Creemos que, en tal hipótesis, la violación del deber de cuidado en la práctica puede serle imputada al profesional que tenga a su cargo la dirección. En dicho caso, no sería factible negar el nexo de imputación sobre la base del principio de confianza. Ello simplemente por cuanto, tal criterio no se aplica cuando el deber de cuidado consiste, jus-

<sup>85</sup> Rodríguez Vázquez, *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*, 2012, p. 299.

<sup>86</sup> Argnani, *Responsabilidad penal del médico*, 2013, p. 132.

<sup>87</sup> Confr. CNCC, Sala VII, 14/2/06, "Aronow, Isaac y otro", c. 28.349, cit. por Argnani, *Responsabilidad penal del médico*, 2013, p. 132.

tamente, en el control del practicante que se encuentra bajo su dependencia<sup>88</sup>. Dicho en otras palabras: a pesar del reparto de roles dentro del equipo médico, el jefe continúa siendo el garante "del adecuado funcionamiento del equipo y de que la división de roles sea un beneficio y no un peligro que se concrete en perjuicios del paciente"<sup>89</sup>.

También —y con vinculación a estos especiales deberes de vigilancia del jefe de equipo— la jurisprudencia ha negado la aplicación de este criterio en el siguiente caso: "No puede delegarse la responsabilidad de identificación del paciente en el personal de administración, o en el médico anestesista, o en el ayudante médico o personal de enfermería, reposando dicha exención en el principio de confianza (...) pues dicho principio no puede regir en la medida en que el deber de cuidado esté dirigido a la vigilancia, control o cuidado del comportamiento de otras personas..."<sup>90</sup>.

2 — *La posición de garante*: en los delitos de comisión por omisión exige la evitabilidad de la lesión en posición de garante proveniente del deber de protección de un bien jurídico o de una fuente de peligro para otros bienes jurídicos (teoría material) o de la ley, contrato o conducta precedente (teoría formal). La relación de riesgo se transforma en una relación de disminución hipotética de riesgo de producción de lo ya producido<sup>91</sup>.

3 — *La autoprotección de la víctima*: En los delitos con bien jurídico disponible o relativamente disponible<sup>92</sup> se introduce un elemento interaccionista. No se puede penar una conducta cuando existen posibilidades de autoprotegerse por el ciudadano, porque la lesión del bien jurídico cae dentro de su ámbito de responsabilidad<sup>93</sup>.

<sup>88</sup> Así, López Díaz, *Introducción a la imputación objetiva*, 1996, p. 127. Del mismo criterio, Terragni, *El delito culposo en la praxis médica*, 2003, ps. 161 y 162; De la Fuente - Salduna, "Tendencias actuales de la legislación y jurisprudencia argentinas sobre derecho penal médico", en Romeo Casabona, *El médico y el derecho penal*, 2011, t. II, vol. 1, p. 531. De hecho, el art. 41, párr. 3º de la ley 17.132 expresamente establece que: "Los practicantes de medicina ... solo podrán actuar bajo la dirección, control personal directo y responsabilidad de los profesionales designados para su enseñanza y dentro de los límites autorizados en el párrafo anterior".

<sup>89</sup> De la Fuente - Salduna, "Tendencias actuales de la legislación y jurisprudencia argentinas sobre derecho penal médico", en Romeo Casabona, *El médico y el derecho penal*, 2011, t. II, vol. 1, p. 531.

<sup>90</sup> Cfr. CNCC, 14/12/90, "Levit", cit. por Montanelli, *Responsabilidad criminal médica*, 2005, p. 70.

<sup>91</sup> Schünemann, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, 2009, p. 265 y siguientes.

<sup>92</sup> Hruschka, *La conducta de la víctima como clave para un sistema de delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción*, en "Revista de Derecho", n° 9, 2002, p. 239 y siguientes.

<sup>93</sup> Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*, 1998, p. 284.

4 — En la teoría de la participación criminal se impone, cada vez con mayor presencia, el principio de *prohibición de regreso* (o de retroceso)<sup>94</sup>; el carácter de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario<sup>95</sup>.

5 — En la tentativa, los conceptos *comienzo de ejecución* y *desistimiento* hoy cuentan con el cartabón del principio de *lógica del delincuente o plan del autor*<sup>96</sup>.

6 — El principio de *precaución* (grado de incertidumbre y potencial daño a la sociedad) regula el bloque denominado *responsabilidad por el producto*<sup>97</sup>.

### § 10. La normativización del dolo

«In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remark'd, that the author proceeds for some time in the ordinary way of reasoning, and establishes the being of a God; or makes observations concerning human affairs; when of a sudden I am surpriz'd to find, that instead of the usual copulations of propositions, is, and is not, I meet with no proposition that is not connected with an ought, or an ought not, expresses some new relation or affirmation, it is necessary that it shoul'd be observ'd and explain'd; and at the same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it» \*

La distinción entre dolo eventual y culpa consciente ha sido un problema dentro de la teoría del delito que, hasta la fecha, se encuentra sin solución.

<sup>94</sup> Su origen en Frank, aunque con otra finalidad (Naucke, "Sobre la prohibición de regreso en derecho penal", en AA.VV., *La prohibición de regreso en derecho penal*, 1998, p. 18).

<sup>95</sup> Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, 1996, p. 82.

<sup>96</sup> Jescheck - Weigend, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5ª ed., 2002, p. 558; Roxin, *Derecho penal. Parte general. Especiales formas de aparición del delito*, 2014, 29/67, p. 455.

<sup>97</sup> Sola Reche, *Principio de precaución y tipicidad penal*, en "Revista de Derecho Penal", nº 2008-1, "Delitos de peligro-II", ps. 720 a 729.

\* Hume, *A treatise of human nature*, 1888, p. 469. Expresa el autor: "En todo sistema de moralidad que hasta ahora he encontrado he notado siempre que el autor procede durante algún tiempo según el modo corriente de razonar, y establece la existencia de Dios o hace observaciones concernientes a los asuntos humanos, y de repente me veo sorprendido al hallar que en lugar de los enlaces usuales de las proposiciones es no es encuentro que ninguna proposición se halla enlazada más que con debe o no debe. Este cambio es imperceptible, pero es, sin embargo, de gran consecuencia, pues como este debe o no debe expresa una nueva relación o afirmación, es necesario que sea observada y explicada y al mismo tiempo debe darse una razón para lo que parece completamente inconcebible, a saber: como esta nueva relación puede ser una deducción de otras que son totalmente diferentes de ella" —Hume, *Tratado de la naturaleza humana*, 2001, disponible en [www.dipuaiba.es/Publicaciones/LibrosPapeli/LibrosRedi/Clasicos/Libros/Hume.pm65.pdf](http://www.dipuaiba.es/Publicaciones/LibrosPapeli/LibrosRedi/Clasicos/Libros/Hume.pm65.pdf)—.

Entre las teorías más destacadas (sin perjuicio de los diversos matices que le han dado los distintos autores) se encuentran la de la representación de la voluntad, las normativas, procesalistas, gradualistas y filosófica del doble efecto.

#### a) Teoría de la representación

La teoría de la representación o de la probabilidad requiere menos para que se configure el dolo eventual. El sujeto activo se comporta con dolo cuando la producción o concurrencia de los elementos del tipo le parece probable. Caso contrario, no habrá dolo cuando confíe que no se darán aquellos elementos.

Nunca estuvo bien claro qué había que conocer. Fue Platzgummer quien elaboró la teoría de la co-consciencia: es aquel contenido de la consciencia al que no se atiende de modo explícito (*sc.*, elementos descriptivos, características del agente), sino de forma implícita y que se observa de modo necesario y automático<sup>98</sup>.

Por su parte, Schmidhäuser distinguió entre *conocimiento basado en el pensamiento material* y *conocimiento basado en el pensamiento lingüístico*. Las características por el pensamiento material son aprehendidas por el sujeto, en el momento de la acción, de modo actual, aunque al mismo tiempo de forma implícita<sup>99</sup>.

Como se advierte, estas posiciones establecen una *presunción «iure et de iuris»* sobre conocimientos respecto a los cuales se requieren actualidad<sup>100</sup>.

#### b) Teoría de la voluntad

La teoría de la voluntad o del consentimiento asevera que en el hecho concurrirá el dolo eventual cuando el sujeto se imagina como posible que se den los elementos objetivos del tipo, y a pesar de que especulaba sobre la seguridad del resultado, continúa adelante (primera fórmula de Frank) (1). Puede que se exija que el sujeto *apruebe, diga sí o celebre*, el resultado (Inga Müller) (2); o que al sujeto le sea indiferente que suceda así o de otra manera (segunda teoría de Frank) (3).

La crítica a esta teoría, fundada en la violación del Derecho penal de acto, proviene de Engisch: "El hecho se convierte en un motivo para castigar al autor absoluto, dependiendo de si (a los ojos del juez) se trata de un sujeto de mala catadura o de un ánima cándida. ¡Qué peligro para el Derecho y la justicia!"<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> Platzgummer, *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes: Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage*, 1964, p. 59 y siguientes.

<sup>99</sup> Schmidhäuser, "Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins", en *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, FS f. Hellmuth Mayer*, 1966, ps. 317 a 338.

<sup>100</sup> La crítica en Köhler, *Vorsatzbegriff und Bewusstsein des Vorsatzes*, en "GA", 1981, p. 290 y ss.; Schewe, *Über Vorsatz und Bewusstsein: ein Beitrag zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff aus medizinisch-psychologischer Sicht*, 1967, p. 33 y siguientes.

<sup>101</sup> Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1964, p. 193.

El avance sin precedentes del pensamiento normativo impone que “[e]l ‘aprobar’ o ‘contar con’ el resultado más bien se imputa al autor en base a una consideración y valoración conjunta de todas las circunstancias del caso concreto”<sup>102</sup>.

### c) Teorías normativas

Para las nuevas teorías el contenido del dolo eventual se agota en el conocimiento del riesgo concreto *ex ante* de producción del resultado (Frisch<sup>103</sup>), en el conocimiento del riesgo concreto (Scmidhäuser), que se haya reconocido un peligro a tomar en serio, un peligro no cubierto; “... no depende de que el autor se tome en serio un riesgo conocido, sino de que conozca un riesgo que se tiene que tomar en serio” (Herzberg<sup>104</sup>), la relevancia del riesgo debe ser objetivamente prevista por el Derecho, un peligro propio de dolo (Puppe), cuando el sujeto en el momento de la acción juzga que la realización del tipo como consecuencia de su acción no es improbable (Jakobs)<sup>105</sup>.

Expresa Feijóo: “Actúa dolosamente aquel que opera sobre un juicio válido y serio para él con respecto a la producción del resultado o con respecto a la realización del tipo. El no-dolo (punible o no) es siempre un supuesto de error de tipo”<sup>106</sup>. Más adelante, continúa: “En los supuestos dolosos el autor, debido al conocimiento del hecho típico, tiene el deber de evitar la realización del tipo. Si no lo hace infringe directamente la norma que establece el deber de evitar los hechos típicos recogidos en la parte especial (norma de conducta que caracteriza al delito doloso). Por el contrario, el autor imprudente solo deja de evitar una conducta que puede dar lugar al hecho típico si se dan una serie de circunstancias que el autor, no conoce pero con las que debería haber tenido cuidado o un mayor cuidado (norma de conducta que caracteriza al delito imprudente)”<sup>107</sup>. Por fin, satura:

<sup>102</sup> Puppe, *Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica*, en “Indret”, n° 3, jul. 2013, disponible en [www.indret.com/pdf/989.pdf](http://www.indret.com/pdf/989.pdf).

<sup>103</sup> Frisch, *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes: zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, 1983, p. 484 y siguientes.

<sup>104</sup> Herzberg, *Die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes*, en “JuS”, 26, 1986, p. 249 y ss., arg. p. 262.

<sup>105</sup> Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1992, p. 255 y ss. La alta normativización de la tesis de Pérez Barberá lleva a considerar casos de “ceguera ante los hechos”, como casos de dolo eventual (*El dolo eventual*, 2011, ps. 371 y 372).

<sup>106</sup> Feijoo Sánchez, *El dolo eventual*, 1ª reimpr., 2004, p. 54.

<sup>107</sup> Feijoo Sánchez, *El dolo eventual*, 1ª reimpr., 2004, p. 60.

“El autor doloso se decide por una conducta típica que ‘tiene ante los ojos’ y el imprudente toma una decisión que se desvía de la norma de conducta, pero carece de esa previsión del tipo”<sup>108</sup>.

### d) Teorías procesalistas

Haciendo un salto de plano, podríamos decir una falacia procesalista, están aquellos que le otorgan a la prueba el carácter decisivo para determinar si hay dolo eventual o culpa consciente. Para sus promotores, la clave del dolo no radica en el aspecto conceptual, sino en el procesal<sup>109</sup>. *Ab initio* ha de decirse que los marcadores procesales pueden servir para facilitar la decisión sobre la cuestión teórica del dolo, pero no puede sustituirla.

Es muy claro Ambrosius —autor de la teoría de la decisión a favor de la posible lesión de bienes jurídicos—: “Como sucede con todos los hechos internos, también el dolo tropieza, para su constatación, con considerables dificultades. Por ello es perfectamente comprensible que, al discutir lo que en su esencia sea el dolo y en qué se diferencia de la imprudencia, se plantee en seguida la cuestión de cómo puede probarse ese dolo. Con ello, y a menudo, sin ser percibido, el problema de prueba trata de pasar al primer plano, antes de haberse resuelto el auténtico problema material (esencia y delimitación del dolo). Por ello, es muy grande el peligro de una confusión de estos dos problemas que pertenecen a dos planos totalmente distintos”<sup>110</sup>.

La síntesis de Puppe es insuperable para esta posición: “Cansados de discutir sobre la correcta formulación del denominado elemento volitivo del dolo eventual, los defensores de las teorías volitivas han desplazado su foco de atención hacia los indicios o indicadores de dolo. A su juicio, el problema no estaría en el concepto de dolo, sino en su prueba, una conclusión que permitiría superar el ‘dilema paralizante’ entre teorías de la voluntad y del conocimiento. Sin embargo, esta es una peligrosa ilusión. Atender a los indicadores del dolo, aun siendo importante, no evita la decisión sobre el sentido del concepto, pues solo este delimita y legitima la elección y la importancia de aquellos. Sin una delimitación con sentido de los indicadores del dolo, se corre el peligro de caer en un Derecho penal del carácter configurado por deseos político-criminales”<sup>111</sup>.

<sup>108</sup> Feijoo Sánchez, *El dolo eventual*, 1ª reimpr., 2004, ps. 66 y 67.

<sup>109</sup> Prittitz, *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, 1993, p. 359.

<sup>110</sup> Ambrosius, *Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung*, 1966, p. 19, nota 1.

<sup>111</sup> Puppe, “Perspectivas conceptuales del dolo eventual”, en Puppe, *El derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación*, 2014, p. 291. En el original, en cursiva.

### e) Teorías gradualistas

Han sido las teorías gradualistas<sup>112</sup> —las cuales advierten la vaguedad de los términos en pugna— las que mejor han explicado la distinción. No obstante, es importante tener en cuenta ciertos criterios: 1) el dolo eventual violenta una norma central: “no matarás”; la culpa consciente agrede una norma de flaqueo: v. gr., no violarás la velocidad máxima; 2) en el dolo eventual se conoce el peligro concreto para el soporte material del bien jurídico; en la culpa consciente, solo se tiene conocimiento del peligro *in abstracto* (síndrome de riesgo); 3) la relación de causalidad entre el comportamiento y el resultado es reconocida como altamente probable en el dolo eventual; la relación de causalidad entre la conducta y la afectación del soporte material del bien jurídico es estadística en la culpa consciente; 4) funcionalmente, la actuación culposa tiene un significado multívoco; el comportamiento culposo, es bastante transparente en cuanto a su consecuencia; 5) entre el comportamiento y el resultado existe una relación inmediata visible en el delito doloso; en cambio en el delito culposo, entre el comportamiento y el resultado no hay tal relación puesto que el sujeto tiene *in mente* su objetivo; 6) la teoría del error abarca la ignorancia puesto que ella es más grave. Se afirma que el hecho delictivo culposo es un error sobre alguna de las circunstancias fácticas o normativas vinculadas al hecho delictivo doloso. Esto es, hay un déficit de conocimiento en cuanto al riesgo ínsito en el comportamiento. Los conocimientos del que lleva adelante un hecho culposo se encuentra en desigualdad cognitiva (por ignorancia o error) respecto del que comete un hecho doloso. Más claro: La puesta en peligro de los bienes jurídicos o de la creación de un riesgo que puede llevar a la destrucción de su soporte material, que se da tanto en la imprudencia como en el dolo eventual, no son cualitativamente iguales.

Por caso, Schmidhäuser distingue entre peligro abstracto y concreto. El autor es consciente del peligro abstracto cuando piensa, al actuar, en la posibilidad de una producción del resultado típico, pero —por los motivos que sean— niega que su comportamiento concreto vaya a llevar a ese resultado; en tal caso, si el sujeto causa el resultado, hay imprudencia. Existe dolo eventual, en cambio, cuando el autor actúa consciente de la posibilidad concreta de una producción del resultado, cuando es consciente del peligro concreto para el bien jurídico en cuestión. Lo que caracteriza a la imprudencia consciente es, pues, el conocimiento del peligro abstracto y el desconocimiento de la peligrosidad concreta<sup>113</sup>.

<sup>112</sup> Molina Fernández, *La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal*, 2005, ps. 734 a 736.

<sup>113</sup> Schmidhäuser, *Der Begriff des bedingten Vorsatzes in der neuesten Rechtsprechung des BGH und in § 16 Komm. Entw. StGBP Allg. Teil*, en “GA”, 1958, p. 179 y *passim*.

### f) Doctrina filosófica del doble efecto

Aunque de modo transversal y sin la profundidad exigida dogmáticamente, se encuentran quienes, frente a la teoría del dolo eventual oponen la teoría del doble efecto. El atractivo principal de la doctrina es que insiste en la posibilidad y relevancia de la distinción entre los resultados que el agente intenta conseguir (intención directa) y las consecuencias previstas de esa acción (intención oblicua). La naturaleza disvaliosa de las consecuencias previstas no es suficiente para calificar a esa acción como pretendida y su estatus moral dependerá de aquello que el agente intentó hacer. Si esta doctrina moral captura de manera apropiada nuestras intuiciones sobre la justificación de la atribución de responsabilidad, entonces quienes defienden el dolo eventual tiene un duro escollo que superar. Pero, por otro lado, si se demostrase que la distinción entre consecuencias previstas e intenciones es imposible de realizar, entonces hay que abandonar la búsqueda de la diferencia entre imprudencia consciente y dolo eventual<sup>114</sup>.

### g) El finalismo monista

Struensee ha planteado la siguiente fórmula: “El dolo puede distinguirse de la imprudencia consciente, siguiendo esta distinción, sobre la base de que tiene como contenido más condiciones del resultado, más circunstancias fácticas que sustancian (*substantiieren*) el pronóstico de resultado. La imprudencia consciente, a pesar de que en ella se tiene por posible la producción del resultado, se demuestra como caso de error de tipo que excluye el dolo dado que el autor no es consciente de los factores de riesgo en la extensión necesaria para el dolo. La graduación de riesgos suficientes para el dolo y suficientes para la imprudencia constituye finalmente un problema axiológico. Entre el dolo y la imprudencia no corre por consiguiente un límite estructural sino uno normativo”<sup>115</sup>. Se distingue, entonces, de acuerdo con el grado de sustanciación de indicios suficientes para el dolo.

Existen ciertas manifestaciones en el pensamiento penal alemán<sup>116</sup>, seguido en algunos casos por autores españoles, que afirman como idea fuerza genérica que

<sup>114</sup> Manrique, *Responsabilidad, dolo eventual y doble efecto*, en “Doxa”, 30, 2007, disponible en [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13141/1/DOXA\\_30\\_41.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13141/1/DOXA_30_41.pdf).

<sup>115</sup> Struensee, *Consideraciones sobre el dolo eventual*, en “InDret”, oct. 2009, disponible en [www.indret.com/pdf/673.pdf](http://www.indret.com/pdf/673.pdf), p. 11.

<sup>116</sup> Entre ellos, Frisch, *Vorsatz und Risiko: Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes: zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorteilungen*, 1983, p. 95 y ss.; Herzberg, *Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten*, en “JZ”, 1994, p. 573 y ss.; Parte 2, 635 y ss.; Puppe, *Der Vorsatzinhalt des dolus eventualis*, en “ZStW”, 100, 1991, p. 231 y ss. Existen teorías de menor calado (v. gr., Manrique, *Responsabilidad, dolo eventual y doble efecto*, en “Doxa”, 30, 2007, disponible en [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13141/1/DOXA\\_30\\_41.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/13141/1/DOXA_30_41.pdf)).



en el concepto de dolo el aspecto esencial es solamente el intelectual. La parte volitiva, por el contrario, asignada tradicionalmente al dolo en realidad no constituiría parte de él o no tendría un contenido independiente en relación al aspecto intelectual. La volición estaría unida de forma necesaria al saber, de tal manera que si el sujeto activo tenía conocimiento del peligro concreto y, a pesar de ello, realiza el comportamiento, el elemento volitivo se encontraría dado en el dolo. En los delitos de resultado alcanza con la conciencia del peligro concreto; en los delitos de peligro abstracto, sería suficiente con el saber de la existencia de todos los elementos que concurren para configurar el tipo penal.

La discusión se torna candente en el ámbito del Derecho penal económico, por ejemplo, donde la mayoría de los delitos admiten la comisión a título de dolo eventual.

Lo cierto es que existe un ámbito de punición que, de ser castigado con la pena de la culpa, la sanción sería injusta por ínfima. Por el contrario, si fuera castigado con la pena del delito doloso, la injusticia pasaría por lo exagerado de la pena. Se propone la introducción de la denominada *recklessness*. Esta coincide en su materialidad con algunos de los conceptos que se manejan entre los teóricos alemanes relativos al dolo eventual. No es una forma de dolo, sino un concepto intermedio entre el dolo y la imprudencia; menos grave que el primero y más grave que la segunda. En el Derecho anglosajón la *desconsideración* es aquella en que el sujeto percibe, pero ignora el riesgo, mientras que la imprudencia es aquella en que el sujeto no es lo suficientemente atento como para controlar los riesgos inherentes a su conducta. Transfiriéndolo a la doctrina del sistema continental europeo, es la diferencia entre imprudencia consciente e imprudencia inconsciente<sup>117</sup>.

### § 11. Las mayores exigencias para la antijuridicidad penal

«Una persona que piensa que sus atributos especiales hacen de su vida algo de particular importancia se vería en dificultades para integrar ese punto de vista en otras opiniones responsables» \*

Cuando se observa con ojos de actualidad el estrato analítico del delito denominado *antijuridicidad*, advertimos inmediatamente que, paradójicamente, en él se han tratado las causas de justificación<sup>118</sup> genéricas (esparcidas por todo el ordenamiento jurídico).

<sup>117</sup> Fletcher, *Conceptos básicos de derecho penal*, p. 175.

\* Dworkin, *Justicia para erizos*, 2014, p. 317.

<sup>118</sup> Günther, "La clasificación de las causas de justificación en el derecho penal", en *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*, 1995, p. 46.

Explicamos.

Aún cuando el comportamiento sea antijurídico para el resto del ordenamiento jurídico, en virtud del principio de *extrema ratio*, puede suceder que para el ámbito penal está permitido específicamente —como también lo apunta Freund<sup>119</sup>—, sin por esto excluir su antijuridicidad general o, en su caso, la atribución a terceros.

La legislación penal no se construye *junto* al resto de las ramas del ordenamiento jurídico, sino *sobre* ellas. Arrastra perfiles de antijuridicidad general del resto del ordenamiento jurídico como condición necesaria (antijuridicidad genérica). Pero, el grado de violencia que él implica (*ultima ratio*)<sup>120</sup>, determina mayores exigencias en cuanto al grado de alteración al sistema de convivencia social (antijuridicidad específica)<sup>121</sup>.

Se pueden distinguir causas de justificación, generales y específicas, genéricas y particulares.

Las *generales* son aquellas que excluyen la antijuridicidad del comportamiento en relación a todo el ordenamiento jurídico, impidiendo la responsabilidad a cualquier título, salvo en lo que respecta al enriquecimiento sin causa.

Entre estas suelen existir *tipos de justificación en blanco* (v. gr., el que obrar en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio su derecho, autoridad o cargo) en donde se pretenden sistematizar en una regla todas las causas de justificación que provienen de todo el ordenamiento jurídico.

Las *específicas* solo excluyen la antijuridicidad penal, sin perjuicio de que se pueda responder como consecuencia de la antijuridicidad que proviene de todo el ordenamiento jurídico del que arrastra la legislación penal el mínimo de ilicitud de las conductas.

De otro modo: paradigmático es el *principio de insignificancia* como concepto cuya acreditación empírica excluye la antijuridicidad específica<sup>122</sup>.

Sin perjuicio de construir dos figuras propias de justificación (art. 34, incs. 3º, 6º y 7º, CP) —esto es, el estado de necesidad justificante (al que se debe distinguir del estado de necesidad exculpante) y la legítima defensa propia y la de terceros—, se construye un tipo de justificación en blanco: el que obrar en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo (art. 34, inc. 4º, CP).

<sup>119</sup> Freund, "Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del derecho penal", en *El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, 2004, p. 104.

<sup>120</sup> Gimbernat Ordeig, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, 1999, p. 28.

<sup>121</sup> Balcarce, *La antijuridicidad penal. Principios generales*, 2001, p. 53 y siguientes.

<sup>122</sup> García Vitor, *La insignificancia en el derecho penal*, 2000, ps. 70 y 71; Zaffaroni, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 1988, t. III, p. 553; Balcarce, *La antijuridicidad penal. Principios generales*, 2001, p. 87 y siguientes.

En este caso, el código penal abarca todas las demás causas de justificación esparcidas por el total ordenamiento jurídico a través de la remisión del inciso de marras, requiriendo su integración con las normas provenientes de otras ramas jurídicas.

Las causas de justificación *genéricas*, normalmente reguladas en el Libro Primero de los códigos penales (disposiciones generales) son las aplicables a la mayoría de las figuras delictivas, sin distinción.

Las causas de justificación *particulares* se encuentran diseminadas en el Libro Segundo de los digestos criminales y refutan solamente las figuras delictivas para las cuales se han previsto.

### § 12. La relación entre tipo y antijuridicidad

«Binding geniale Normentheorie hat noch heute Gegner, die fie ablehnen» \*

Los principios lógicos de contradicción y contrariedad deóntica impiden que una conducta pueda estar prohibida y mandada; mandada y prohibida; prohibida y permitida en sentido fuerte; mandada y permitida no llevarla a cabo en sentido fuerte. *Tertium non datur*.

Pues bien, sin caer en el error de la teoría de los elementos negativos del tipo (cuyo padre fuera Merkel), la cual equiparaba el comportamiento penalmente irrelevante (atipicidad) con el relevante (justificado), existe una tendencia a adoptar una teoría del injusto global. El tipo es *ratio essendi* de antijuridicidad genérica y es *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad específica<sup>123</sup>.

En síntesis, un comportamiento puede ser antijurídico, pero no típico; un comportamiento puede aparentemente ser típico, pero estar justificado genéricamente; puede ser típicamente antijurídico, desde el punto de vista genérico, sin llegarlo a ser desde la óptica penal específica o, por último, ser típicamente antijurídico genérica y específicamente.

### § 13. El bien jurídico protegido

El concepto *bien jurídico* no nace como garantía, sino con la finalidad de expandir la legislación penal. La teoría de los derechos individuales o naturales era demasiado estrecha para abarcar objetividades de carácter supraindividual (por ejemplo, seguridad pública, orden público, fe pública, administración pública, etcéte-

\* Beling, *Die lehre vom verbrechen*, 1906, p. 115.

<sup>123</sup> Balcarce, *Introducción a la parte especial del derecho penal. Su vinculación con la parte general*, 2009, p. 256.

ra). Fue Birnbaum, en 1834<sup>124</sup>, con serios antecedentes en Feuerbach<sup>125</sup>, quien elaboraría su concepto<sup>126</sup>.

Desde su nacimiento tuvo dos vertientes: una *político-criminal*, de carácter trascendental, destinada a establecer qué se podía castigar (límite al legislador); otra, *jurídico neutral*, cuya calidad es inmanente y describe lo protegido por el legislador a través de las figuras delictivas (límite al juez). El pensamiento neoclásico (normativismo o neokantismo) lo identificó con la interpretación teleológica o *ratio legis* de las figuras penales. Por último, la incipiente teoría de la pena promueve la proporcionalidad entre afectación al bien jurídico y consecuencia jurídico-penal a imponer.

Desde su origen se pretendió que el bien jurídico se identificara con el principio de daño. No obstante, la transgresión del mismo fue coetánea a la construcción del concepto.

El bien jurídico siempre fue excedido por principios externos: en el sistema continental hubo siempre lugar para el principio *paternalista* (v. gr., entender la vida como un "derecho indisponible" aun para el propio sujeto —lo que impedía discriminar la eutanasia— o como delito al consumo personal de estupefacientes), el principio *moralista* (por ejemplo, la represión, impuesta hasta no hace mucho tiempo en varios países, de la homosexualidad) y el principio de *ofensividad* (v. gr., represión de las exhibiciones obscenas, protección penal de los animales). Incluso, el desborde producía por una *melange* de tales principios (v. gr., el aborto, cuya prohibición hoy no solo se basa en el principio de daño, sino también en el principio moralista)<sup>127</sup>. Otro tanto ocurría en el sistema del *common law*. A diferencia de sus antecesores, Welzel<sup>128</sup>, promocionaría como objeto de protección de la legislación criminal los valores elementales de conciencia, de carácter ético social.

El antepenúltimo discípulo de Welzel, por otros andariveles —sociológicos sistémicos estos—, llevaría al extremo la teoría de su maestro. Para Jakobs, la función de la pena, en la esfera del significado, es mantener la vigencia de la norma, reafir-

<sup>124</sup> Hay traducción castellana, Birnbaum, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*, 2010.

<sup>125</sup> Feuerbach, *Tratado de derecho penal*, 2007, p. 55. Sobre la evolución de la teoría del bien jurídico, Traballini de Azcona, *Bien jurídico protegido, tipo penal y función político criminal*, en "Pensamiento Penal y Criminológico", año VII, nº 11, 2007, p. 276 y siguientes.

<sup>126</sup> La denominación aparece en Arch. d. Criminalrechts, N.F., 1834. Cfr. Roxin, *Derecho penal. Parte general*, 1997, t. I, ps. 2 a 8. También, Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general, I, El hecho punible*, 2ª ed. castellana, 2005, p. 65. Sobre la función de la denominación, Núñez, *Tratado de derecho penal*, 1988, t. III, p. 15.

<sup>127</sup> Hirsch, "El concepto de bien jurídico y el 'principio del daño'", en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, 2007, p. 47 y siguientes.

<sup>128</sup> Welzel, *Derecho penal alemán*, 1993, p. 5.

marla como pauta de orientación para los contactos sociales (metalenguaje normativo que daba una solución aparente). La teoría contractualista queda enrevesada priorizándose el Estado respecto de la persona. No puede tenerse en cuenta las consecuencias externas de la conducta, no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Los últimos no son ni más ni menos que sombras caricaturescas de las normas<sup>129</sup>.

La doctrina penal, en el devenir doblemente centenario del concepto, pretendió que los ataques relativos al Estado se encontraran entre las infracciones de policía (Feuerbach), que las transgresiones al orden administrativo-económico fueran parte del Derecho de faltas (Goldschmidt) y que los delitos de mera conducta quedaran fuera de la legislación penal (Binding). El tiempo hizo tabla rasa respecto de esas finalidades. Bienes jurídicos supraindividuales (colectivos o difusos), legislación penal económica y de seguridad, son fieles testigos del fracaso rotundo de aquellas doctrinas. Tampoco parece haber rendido frutos la propuesta de un Derecho intermedio entre el Derecho penal y el Derecho administrativo como dique frente al expansionismo penal<sup>130</sup>. La historia lineal muestra la capitulación de la función *trascendente* de la objetividad jurídica. O más bien: no brinda testimonio de que alguna vez haya logrado ese *desideratum*<sup>131</sup>.

Los bienes jurídicos se clasifican en individuales o supraindividuales. Los *individuales* tienen como soporte material bienes intrínsecos al sujeto u objetos que están en relación con el sujeto (propiedad). Los *supraindividuales*, a su vez, se dividen en *colectivos* o *difusos*, según la protección alcance a toda la sociedad o determinados grupos de ella, respectivamente<sup>132</sup>.

#### § 14 Peligro y lesión

«... [U]na acción es punible solamente cuando causa el daño o peligro que la ley está destinada a prevenir» \*

El comportamiento del sujeto activo de un hecho delictuoso puede recaer sobre el soporte material del bien jurídico esencial protegido por la figura o respec-

<sup>129</sup> Jakobs, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1997, 1/10 y 1/11, ps. 13 y 14.

<sup>130</sup> Hassemer - Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, 1995, p. 46. La crítica a este planteo en De la Cuesta Aguado, "Sociedad, tecnología y globalización del derecho penal", en AA.VV., *Derecho penal económico*, 2003, p. 31.

<sup>131</sup> Balcarce, "Breve relato sobre la ineficacia de la función político-criminal del bien jurídico penal", en [http://perso.unifr.ch/derechopenallassets/files/articulos/a\\_20081006\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenallassets/files/articulos/a_20081006_02.pdf).

<sup>132</sup> Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico. Parte general*, 1998, p. 95.

\* Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, 1980, p. 324.

to de otro que hace a la custodia complementaria de otra u otras objetividades jurídicas.

De acuerdo a la intensidad del ataque al objeto material del bien jurídico, los tipos se clasifican en: delitos de lesión, delitos de peligro concreto, delitos de peligro concreto-abstracto, hipotético o de aptitud y delitos de peligro abstracto.

El par lesión-peligro se transforma, bajo el paradigma de la vigencia de la norma, en delitos de infracción a las normas principales y delitos de infracción a las normas de flanqueo<sup>133</sup>.

- a) *Delitos de lesión*. Se trata de aquellos delitos donde el soporte material del bien jurídico es directamente agredido.
- b) *Delitos de peligro concreto*. Son aquellos en que para que el hecho encuadre en una figura delictiva es indispensable una efectiva situación de peligro (resultado de peligro). Se requiere aquí un doble juicio de imputación: uno *ex ante* acerca de la peligrosidad de la acción; otro, desde una perspectiva *ex post* para enjuiciar el resultado de peligro, acudiendo a la idoneidad *ex ante* de la mencionada conducta.
- c) *Delitos de peligro hipotético*. Son aquellos que exigen la incorporación de elementos normativos sobre la potencialidad lesiva de la acción del agente, cuya concurrencia habrá de ser constatada *in concreto* por el órgano jurisdiccional.
- d) *Delitos de peligro abstracto*. Se integran con la mera presencia de la acción del agente, siendo suficiente la comprobación de una peligrosidad general para el bien jurídico sin necesidad de concreción del mencionado peligro<sup>134</sup>. Se suele distinguir entre delitos de peligro abstracto puramente formales y genuinos. Los *puramente formales* carecerían de todo contenido de injusto material consistente en una pura desobediencia o de función meramente organizativa. Los *genuinos* son delitos de peligro real —aun abstracto o genérico— para bienes jurídicos, con un contenido material de ilícito que rebasa la mera ilicitud administrativa. En la actualidad se promociona<sup>135</sup> clasificar los delitos de peligro abstracto en delitos preparatorios, delitos cumulativos y delitos de peligrosidad concreta.

<sup>133</sup> Jakobs, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en *Fundamentos del derecho penal*, 1996, p. 222.

<sup>134</sup> Sobre sus antecedentes, Schroeder, *Nuevas tendencias en los delitos de peligro abstracto*, en "Revista de Derecho Penal", n° 2007-2, "Delitos de peligro-I", p. 119.

<sup>135</sup> von Hirsch - Wohlers, "Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa", en Hefendehl, *La teoría del bien jurídico*, 2007, ps. 289 y 290.

Los delitos de peligro abstracto preparatorios son conductas cuyo potencial de riesgo consiste en que la propia persona que actuó u otras pueden apoyarse en el resultado de conducta previa en cuestión.

Los delitos cumulativos son comportamientos que si solos pueden menoscabar o no en una medida relevante un interés protegido jurídicamente, pero que unidos a otros realizados en la misma dirección pueden conducir a un menoscabo.

Los delitos de peligro abstracto de peligrosidad concreta son conductas cuya peligrosidad reside en que conducen a situaciones que ya no son controlables por el autor y que, sin más, solo con que el correspondiente objeto material entre en el ámbito de actuación del autor, pueden tener como consecuencia un peligro concreto y, dado el caso, también un menoscabo.

### § 15. Autoría y participación

«Finalmente si, y porque, no hay una posición que no esté representada en algún lugar en la ciencia, la dogmática se transforma de un maestro la disciplina en una tienda de mercaderías de toda clase, en la que la justicia encuentra siempre en alguna de sus interminables estanterías lo que puede alegar como argumentación del efecto deseado en cada caso, siendo el método de la jurisprudencia en el Derecho penal de todos modos inequívoco para asumir constantemente «ad hoc» las bases de argumentación ajustadas al resultado, pero no el concepto completo sistemático que nace de ella. De este modo, para el próximo problema, de forma similar a una mariposa que no se conecta a ninguna consecuencia lógica, la justicia revolotea sobre la próxima neoplasia dogmática y puede eludir siempre la intervención organizada de la ciencia jurídicas» \*

La teoría de la participación ha sido el capítulo más oscuro y confuso de la ciencia penal<sup>136</sup>.

Resulta imprescindible, cuando el delito no se comete por un solo sujeto sino por un colectivo, distinguir entre autoría y participación. Es indispensable aquí, al mismo tiempo, distinguir entre Derecho penal nuclear, Derecho penal internacional y Derecho penal económico, puesto que las reglas dogmáticas tienden a modificarse según el sector.

\* Schönemann, "El refinamiento de la dogmática jurídico-penal. ¿Callejón sin salida en Europa? Brillo y miseria de la ciencia jurídico-penal alemana", en Schönemann, *Obras*, 2009, t. I, p. 176.

<sup>136</sup> Kantorowicz, *Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft*, en "Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform", año 7, abr. 1910 - mar. 1911, p. 306.

### a) Derecho penal nuclear

«Es relativamente fácil delinear un modelo garantista en abstracto y traducir sus principios en normas constitucionales dotadas de claridad y capaces de deslegitimar, con relativa certeza, las normas inferiores que se aparten de él. Más difícil es modelar las técnicas legislativas y judiciales adecuadas para asegurar efectividad a los principios constitucionales y a los derechos fundamentales consagrados por ellos. Sin embargo, más allá de la elaboración teórica y normativa de los principios, los derechos y sus garantías jurídicas, lo más difícil es defender, actuar y desarrollar en la práctica el sistema de las garantías» \*

Existe un concepto unitario de autor. La teoría causal, sustentada en la teoría de la equivalencia de las condiciones, no acepta distinción alguna entre autor y partícipe<sup>137</sup>. Por tanto, tampoco existe diferenciación cualitativa en la imposición de la pena.

Sin embargo, la mayoría de las que se han elaborado durante la historia, sí aceptan la distinción.

Recordemos que en los primeros tiempos de la teoría del delito rigió el positivismo naturalista. Trasladado a la doctrina de la autoría y la participación implica que el Derecho penal se ocupa de las distintas personas intervinientes en un delito primordialmente desde el punto de vista de su aportación causal a producir el resultado. La doctrina de la participación cabe concebirla como aplicación particular de la doctrina de la causalidad<sup>138</sup>. "Está ya fuera de discusión que la categoría de la causalidad, por más que los fenómenos del mundo exterior le estén sometidos, no puede aportar nada a la comprensión de relaciones jurídicas de sentido y significado"<sup>139</sup>.

Desde los años veinte del presente siglo están superados definitivamente en la ciencia jurídica los modos de pensar naturalístico-causales. En este contexto, se apelaba a la independencia de las ciencias culturales con respecto a las ciencias naturales y se desarrollaron métodos propios de las ciencias del espíritu a fin de solucionar los problemas jurídicos. En el ámbito del Derecho penal alcanzó influencia decisiva la escuela neokantiana, en su vertiente de la escuela de Baden, que distinguía entre el reino del ser (concebido empíricamente y exento de valores) y el rei-

\* Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., 1997, p. 940.

<sup>137</sup> Cfr. Buri, *Die Kausalität und ihre strafrechtliche Beziehungen*, 1885; ídem, *Zur Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und der Begünstigung*, 1860; también, Köstlin, *System des deutschen Strafrechts*, 1855.

<sup>138</sup> Bar, *Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, besonders im Strafrecht*, 1871, p. 169 y siguientes.

<sup>139</sup> Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 1998, p. 23.

no de los valores que surgen de lo dispuesto por el ser humano, concibiendo los fenómenos culturales como producto de la transformación de la realidad exenta de valores por parte del espíritu humano, que instituye sentido y finalidad. El método teleológico-normativo inició su marcha triunfal. Será Schmidt el primero en elaborar un concepto de autor con estas características<sup>140</sup>.

El finalismo partió de que el concepto de acción ontológicamente dado, no susceptible de modificación a través de ideas teleológicas del legislador, consiste en la dirección del curso causal por medio de la voluntad humana finalista. A tenor de lo expresado, para Welzel la autoría es la forma más amplia de dominio final. El autor final es señor de su decisión y de la ejecución de esta y así señor de su hecho que configura, consciente del fin, en su existencia y forma de ser concreta. Bien es verdad que el inductor y el partícipe tienen también cierto dominio del hecho, pero solo sobre su participación. Ni siquiera la ley positiva podría eliminar estas diferencias básicas, porque no son productos de un legislador, sino manifestaciones reales del ser comunitario ya dado.

Las regulaciones legales han contrariado las respuestas unitarias, exigiendo un concepto diferenciado o restrictivo de autor.

La *teoría extensiva de autor* estima que si bien no hay diferencia entre ambas categorías, al distinguir la ley, por esa sola razón habrán de ser castigados de manera diferente de conformidad al principio de accesoriedad.

La *teoría subjetiva*<sup>141</sup> o del ánimo parte de la teoría de la equivalencia asegurando que objetivamente no existe posibilidad de diferenciar. Es por eso que apeala al aspecto subjetivo. El autor actúa con *animus auctoris* y el partícipe con *animus socii*. El autor quiere el hecho como propio y el partícipe lo quiere como ajeno<sup>142</sup>. La seducción de la teoría radica en que soluciona, sin ninguna dificultad, el problema de la autoría mediata.

No obstante, resulta indudable que de la igualdad causal de todas las condiciones no se infiere la igualdad normativa de las mismas<sup>143</sup>.

La posición original fue denominada *teoría del dolo*.

Existe una modalidad de la anterior, la teoría del *interés*, de conformidad a la cual se tendrá en cuenta el interés en el hecho con que actúe cada sujeto. El que actúa con interés propio será autor, en tanto que si lo hace en interés de otro será solo partícipe. Es una teoría subsidiaria. A renglón seguido de la teoría del dolo es aplicable la teoría del interés.

<sup>140</sup> Schmidt, "Die mittelbare Täterschaft, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft", en *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, 1930, t. II, p. 106 y siguientes.

<sup>141</sup> Hippel, *Deutsches Strafrecht, Neudruck der Ausgabe*, 1925, p. 454 y siguientes.

<sup>142</sup> Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, 1894, ps. 148 y 149.

<sup>143</sup> Finger, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1904, ps. 354 y 355.

Se la ha redarguido asegurándose que las expresiones *animus auctoris* y *animus socii* no son conceptos sino lemas sin contenido<sup>144</sup>.

Hubo también *teorías mixtas*. Parten de la realización de propia mano de un elemento del tipo —teoría *formal objetiva*—, pero añadiendo después todas las demás aportaciones realizadas "en y durante" la ejecución —teoría de la *simultaneidad*—, reuniendo estos dos supuestos bajo el concepto de la "participación próxima" o de la "autoría física" —teoría de la *causalidad física y psíquica*—. Sin embargo, también de los supuestos de participación alejada, en los que solo se da la cooperación en la preparación. Pretende incluir en el ámbito de la autoría a aquellos cuya acción se manifiesta como causa necesaria del resultado —teoría de la *necesidad*—<sup>145</sup>.

Más adelante apareció la teoría *formal objetiva*<sup>146</sup>. Recibió su nombre de Birkmeyer<sup>147</sup>. Estima que autor es el que ejecuta la acción típica; de otro modo, el que lleva adelante la acción expresada por el verbo rector del tipo (interpretación literal). El que realiza la acción ejecutiva —que poniéndola en relación con la tentativa, alude a los actos ejecutivos— revela mayor peligrosidad y reprochabilidad. *Autor* es el que lleva adelante la acción ejecutiva o principal; *coautor*, es el que coejecuta el hecho con otro u otros sujetos; *cómplice*, es el que conscientemente ayuda o coopera con el autor en la comisión del hecho<sup>148</sup>. *Instigador* es quien determina a otro a cometer un hecho delictuoso.

Su fortaleza radica en que entiende el hecho individual en su totalidad como acción con sentido social, situando a aquel que ejecuta por sí mismo, como autor en el centro de su consideración.

Es destacable en razón de que, en una época en la que nadie pensaba aún en considerar el dolo como elemento del tipo, sin embargo los defensores de la teoría objetivo-formal, al pretender distinguir al coautor del cómplice, solo han considerado autor, en el delito doloso, a aquel que realiza la acción típica de modo final.

Se la puede criticar por su carácter absolutamente normativo el cual impide toda limitación y acaba por convertirla en imposible al punto de aparecer como un círculo vicioso. Padece, ergo, de una excesiva indeterminación.

<sup>144</sup> Hippel, *Deutsches Strafrecht, Neudruck der Ausgabe*, 1925, p. 456.

<sup>145</sup> Cfr. Stübel, *Über den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewißheit des erstern, besonders in Rücksicht der Tödtung, nach gemeinen in Deutschland geltenden und Chursächsischen Rechten*, 1805.

<sup>146</sup> Beling, *Die lehre vom verbrechen*, 1906, p. 250.

<sup>147</sup> Birkmeyer, *Die Lehre von der Teilnahme un die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts*, 1890, p. 21.

<sup>148</sup> Merkel, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1889, p. 137 y ss.; idem, *Derecho penal*, p. 197.

Quizás su mayor defecto sea no poder explicar la autoría mediata. Pero tampoco, en muchos casos, la coautoría. Principalmente, en aquellos casos en donde los intervinientes violentan distintos bienes en los delitos pluriofensivos, en donde no realizan todas las acciones típicas, sino algunas.

Con posterioridad se abrió paso la teoría *material-objetiva*, antecedente inmediato de la teoría del dominio del hecho. Su esencia está en distinguir la *causa* de la *condición*. Un modo causal de contemplar las cosas puede hacer comprender, ciertamente, la concatenación de los acontecimientos exteriores, pero no puede decir nada sobre su significación jurídica, pues es ciego al sentido y el valor<sup>149</sup>.

Entre ellas se destaca la *teoría de la necesidad*: el que realiza una aportación imprescindible al hecho, sin la cual este no se habría podido ejecutar, hay que equipararlo al que ejecuta el hecho de propia mano.

La crítica que recibió es que se limita a la distinción entre coautoría, autoría y complicidad, no sirviendo para distinguir la autoría, la autoría mediata y la inducción.

Por su parte, la *teoría de la simultaneidad*, de origen italiano medieval, distingue entre *concursum antecedens*, *concomitans* y *subsequens*. La participación posterior hoy ya no es reconocida como participación (encubrimiento). No obstante, resultó relevante puesto que consideraba a la cooperación durante el hecho como forma de participación especial, comparable a la actual coautoría, mientras que la cooperación previa a la ejecución coincidía aproximadamente con el concepto moderno de complicidad.

Su mayor mérito es asumir los principios fructíferos de las teorías objetivo-formales y de la necesidad de incurrir en su unilateralidad.

La crítica transcurre por su carácter demasiado esquemático. Es válida para determinar quién coopera activamente en la ejecución del hecho. Adonde no es así, se convierte en vacua.

La teoría de la *causalidad física y psíquica* distingue entre autores y partícipes en función de que la cadena causal puesta en marcha haya conducido al resultado directamente o solo a través de la acción independiente de otro. En el primer caso se da autoría; en el segundo, participación.

Entre las objeciones que se le hacen se encuentra que se basa en la superada teoría de la interrupción del nexo causal.

Asimismo, se encuentra la *teoría de la supremacía*. La autoría y la complicidad no han de distinguirse en función de elementos determinados, organizables en general, sino con arreglo a sí, considerando las circunstancias del caso concreto, se da una relación de equivalencia (coordinación) o de subordinación y supremacía (Dahm y Schmidt).

<sup>149</sup> Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963, p. 7.

Es precursora directa de la teoría del dominio del hecho.

Algunas se basaban en las doctrinas individualizantes de la causalidad<sup>150</sup>. Quien pone la causa es autor, quien coloca una condición para el resultado, es cómplice.

La *teoría del dominio del hecho* fue enunciada, en primer término, por Hegler<sup>151</sup>. En 1930, la desarrolla: la esencia de la autoría mediata reside en la "supremacía" del sujeto de detrás, señalando en este contexto que si el ejecutor obra inculpablemente o de modo solo imprudente, el que ocasiona es autor porque o es "pleno señor del hecho" o —dada la imprudencia— tiene el "dominio del hecho más intenso"<sup>152</sup>.

Luego, la continúa Lange<sup>153</sup>. Defendía una teoría subjetiva modificada denominada por él objetivo-material. Habrá que analizar si al que ha querido el hecho como propio de acuerdo a la aportación al hecho se encuentra sustentada por su voluntad.

Posteriormente la sigue Welzel. Con su teoría se aproxima a la teoría del dolo. Propugna que basta incluso una participación insignificante en la ejecución del delito para estimar el dominio del hecho y, consiguientemente, la autoría. La diferencia reside únicamente en que el padre del finalismo suplanta el penumbroso cartabón de la voluntad del autor por la exigencia que el autor tiene que ser "cosustentador de la resolución del hecho". "El *minus* en la coparticipación tiene que compensarse con el *plus* de la prueba especial de la coparticipación especial en la resolución del delito".

Es articulada por Gallas<sup>154</sup>. Para el autor la teoría objetivo-formal representa el punto de partida de sus consideraciones. A esta la conecta con la doctrina final de la acción, con la idea de la adecuación y con un concepto normativo de dominio, hasta formar una síntesis que supone una teoría del dominio del hecho totalmente original.

El dominio del hecho ha sido caracterizado de diferentes formas. Tiene el dominio del hecho y, por tanto, es autor, el señor de la producción del resultado (Welzel), el que determina el si y cómo el hecho ha de cometerse (Weber) el que tiene la dirección final de la causalidad en el mundo exterior (Niese<sup>155</sup>), el tener-en-las-ma-

<sup>150</sup> Bar, *Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform*, 1907, p. 587, nota 18.

<sup>151</sup> Hegler, *Die Merkmale des Verbrechens*, en "ZStW", 36 (1915), p. 184 y siguientes.

<sup>152</sup> Hegler, "Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft", en *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, 1929, p. 308.

<sup>153</sup> Cfr. Lange, *Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf*, 1935.

<sup>154</sup> Gallas, "Täterschaft und Teilnahme", en *Materialien zur Strafrechtsreform, Band 1: Die Gutachten der Strafrechtslehrer*, 1954, p. 121 y siguientes.

<sup>155</sup> Cfr. Niese, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951.

nos dolosamente el desarrollo típico del acontecimiento, cuando el acontecimiento total aparece como su hecho y el resultado como su obra (Gallas), el señor del acontecimiento (Sax).

Se ha dicho<sup>156</sup> que no hay mejor "criterio plástico" que el del dominio del hecho.

El padre del finalismo la convirtió en una concepción dominante durante la época de la analítica estructuralista. Welzel inició su desarrollo dogmático. Colocó por primera vez el término del dominio del hecho, que antes era utilizado promiscua y tangencialmente, en conexión con su teoría final de la acción y lo incardinó como criterio central de la autoría. Tenía dos formas: el dominio del hecho como resultado de la acción final y el dominio social del hecho en los delitos especiales que se centran en una *posición especial de deber de autor*. La última especie, luego, fue abandonada por el autor, el que recurriría a los elementos objetivos-personales de la autoría para los mismos.

Se presenta como ulterior evolución de la teoría del dolo: teoría subjetiva ampliada. *A posteriori*, la teoría del dominio del hecho fue retomada por un normativista como Roxin y es la que mayor eco ha tenido. Su elemento material se encuentra en el control del suceso típico por parte del autor. Sintetiza causalidad con dolo en el tipo. Autor no es sólo quien realiza la acción con sus propias manos, sino también quien causa y domina el suceso que conduce al resultado, de acuerdo a criterios normativos. En los últimos tiempos, se habla del *dominio sobre el fundamento del resultado* (Schünemann) o el *dominio social* (Gracia Martín).

Las teorías normativista-funcionalistas pretenden enlazar la autoría con la esfera de responsabilidad del sujeto, de forma que aquella se determinará en razón de la pertenencia del hecho al ámbito de la responsabilidad del sujeto conforme a un análisis de la función que le corresponde. En los delitos de infracción de deber habrá que tener en cuenta el estatus por competencia institucional. En los delitos de dominio los actos de organización dentro de su esfera por parte del sujeto; esto es, su competencia organizacional. En último caso, los delitos de dominio son una subespecie de los delitos de infracción de deber.

El desarrollo en que se encontraba la ciencia en el tiempo de Roxin, en el pensar de Schünemann, hizo que se valiera de la infracción de un deber extrapenal. Pero, a partir de 1971, el criterio del dominio sobre fundamento del resultado que el último impuso para delitos de comisión e impropios de omisión como la caracterización más general del concepto tipológico de la autoría, también puede ser aplicado a los delitos especiales. Esta categoría superior (*typus*) se subdivide en el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico (con las posiciones de garante en particular de la comunidad de vida, comunidad de riesgos y la asunción de la vigilancia) y el dominio sobre una causa esencial del resultado (dentro de esto se encuentra, en primer

<sup>156</sup> Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice en derecho penal*, 1996, ps. 135 y 136.

lugar, el dominio sobre el propio cuerpo en los delitos de comisión y, más allá, en los delitos de omisión, las posiciones de garante en particular de los deberes en el tráfico, provenientes del control de fuentes de peligro, del dominio sobre personas e instalaciones peligrosas, y, finalmente, la responsabilidad de quien dirige la empresa). Al mismo tiempo esto demuestra la corrección lógico-objetiva de la clasificación de las posiciones de garante (que actualmente es generalmente reconocida en Alemania en sentido formal) en dos grandes grupos: en primer lugar, las posiciones de garante en virtud de la defensa en torno al bien jurídico y, en segundo lugar, las posiciones de garante en virtud del control de una fuente de peligro. El mismo estado de cosas se encuentra también al menos en la mayoría de los delitos especiales que tipifican una relación de dominio como presupuesto de la autoría y, por tanto, los he denominado delitos especiales de garantía. Aquí hallamos, por un lado, el dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico. Sin embargo, por otro lado, también hallamos el dominio sobre una fuente de peligro como causa esencial del resultado. De este modo queda abierta la vía para una sistemática del concepto de autor de los delitos dolosos basada en un principio uniforme, que está caracterizada en los delitos impropios de omisión y en los delitos especiales de garantía por un dominio preestablecido sobre el suceso en el sentido del control sobre un ámbito social. Ambos son formas de manifestación del dominio sobre el fundamento del resultado como la estructura general de la autoría<sup>157</sup>. Sin embargo, lo que Schünemann cree que es la independización del Derecho civil, no es ni más ni menos que su máxima recepción, no solo en lo que se relaciona con la legislación positiva, sino también respecto a los principios generales del Derecho y la analogía (en todas sus especies).

Gracia Martín ha criticado este punto de vista: "Creo que el dominio sobre la causa fundamental del resultado no puede ser la fuente material de la posición de garante. Además, este criterio propicia, por lo que se refiere a la actuación en lugar de otro, la integración en el tipo del *intra-neus* de conductas de extraños *no equivalentes* al desvalor típico"<sup>158</sup>. Para el autor mencionado: "... la gran mayoría de delitos con especiales elementos de la autoría se explican e interpretan por el dominio social del bien jurídico por el sujeto cualificado y, en este sentido, son 'delitos de dominio social'. El dominio social, además, es la fuente material de la posición de garante, por lo que tales delitos son, también, 'delitos especiales de garante'"<sup>159</sup>. Hay estructuras sociales que permanecen abiertas; por tanto, cualquier ciudadano se puede servir de ellas para realizar una actividad social. Por el contrario, hay también

<sup>157</sup> Schünemann, *El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro*, en "Revista de Derecho Penal", nº 2005-2, "Autoría y participación-II", ps. 37 a 47.

<sup>158</sup> Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro en derecho penal*, 1985, t. I, p. 344 y siguientes.

<sup>159</sup> Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro en derecho penal*, 1985, t. I, p. 355.

estructuras sociales cerradas porque la función y el potencial a la que sirven son monopolio de una determinada clase de sujetos. En el último caso, solo pueden cometer delitos aquellas personas que tengan el dominio sobre la estructura cerrada (delitos de dominio social). Ilustra Gracia Martín: "El 'dominio social' es, en primer lugar, un principio político criminal o *de lege ferenda* que sirve al legislador como criterio para la construcción de delitos con especiales elementos de la autoría. Pero, además, el 'dominio social' constituye un criterio rector de interpretación de tales tipos *de lege lata*. Y creo, precisamente, que en nuestro Código, la gran mayoría de los delitos con especiales elementos de la autoría pueden ser interpretados como delitos de dominio social"<sup>160</sup>.

En los últimos tiempos, Jakobs ha sostenido una teoría *cuantitativa*, con un regreso teórico al concepto unitario de autoría y el concepto extensivo de autor y caracterizó abiertamente la distinción entre autoría y participación como una mera cuestión de medición de la pena, a la que no corresponderían diferenciaciones concebibles cualitativamente. Ahora, el ex profesor de Bonn, ofrece el concepto de *división del trabajo vinculante*. Así, el interviniente en el hecho sería competente por la totalidad del hecho cuando le hubiere proporcionado un aporte al ejecutor que lo vinculara (el interviniente) con la ejecución, por tener el sentido de darle una determinada forma a esta. Quien ejecuta, recibiría no solo una contribución a través del aporte del otro interviniente, sino una aportación con tendencia delictiva y, por tanto, la competencia del interviniente se extendería también a la realización del tipo penal del destinatario. Para arribar a este resultado, el funcionalista radical parte del significado social de la aportación. Entonces, como cada interviniente sería competente con respecto a la totalidad del hecho, la diferenciación entre autoría y participación recaería sobre los grados de gravedad que sirven para la medición de la pena. Según esta concepción, no habría diferenciación objetiva (normativa) entre coautor y cómplice y, especialmente, tampoco una restricción de la autoría al estadio de la ejecución<sup>161</sup>.

Se la ha criticado. La tesis de que el sentido delictivo de una acción convertiría al actuante en interviniente y en competente para el delito en su totalidad es desde el punto de vista lógico un mero círculo vicioso. En efecto, para poder apreciar el carácter delictivo de una acción hay que saber en realidad en qué consiste el delito<sup>162</sup>. El problema inveterado del positivismo.

<sup>160</sup> Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro en derecho penal*, 1985, t. I, p. 357.

<sup>161</sup> Jakobs, "Zur Täterschaft des Angeklagten Alberto Fujimori Fujimori", en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, disponible en [www.zis-online.com](http://www.zis-online.com) y [www.zis-online.com/dati/artikel/2009\\_11\\_371.pdf](http://www.zis-online.com/dati/artikel/2009_11_371.pdf).

<sup>162</sup> Schünemann, *El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro*, en "Revista de Derecho Penal", n° 2005-2, "Autoría y participación-II", p. 35.

Rogall pretende utilizar como criterio de imputación, en lugar del principio de dominio, la "competencia demostrada del autor para la determinación colectiva de sentido en una relación de representación"<sup>163</sup>.

Por su parte, Radtke combina la posición de Rogall con la idea de una "participación en el deber extrapenal", volviendo el desusado principio de accesoriedad en relación al Derecho civil<sup>164</sup>.

Los criterios materiales por antonomasia para distinguir entre autoría y participación son los de ejecución y preparación. Ilustra Gimbernat: "Si la ejecución tiene una trascendencia tal que separa a la tentativa [tentativa inacabada] y a la frustración [tentativa acabada] (punibles) de los actos preparatorios (impunes) a nadie le puede sorprender que, cuando concurren varios delincuentes, el mismo criterio sirva para elevar la pena..."<sup>165</sup>. *Acción de comienzo de ejecución* (tentativa y autoría) es la que antecede inmediatamente a la típica y se halla unida a ella en una íntima conexión<sup>166</sup>.

En la *autoría* ha de escudriñar la autoría directa, la mediata y la coautoría. El autor es la figura central del acontecer en forma de acción<sup>167</sup>. El ejecutor es el punto de referencia del suceso delictivo, mientras al que determina y al que auxilia el legislador los concibe fuera del centro, agrupados en torno al autor. Desde el punto de vista formal, es el que realiza los actos típicos de la Parte Especial; desde la óptica material, el dominio o determinación del hecho por parte del sujeto<sup>168</sup>.

Es *autor directo* el que tiene el dominio de la acción, el que realiza el tipo ejecutando por sí mismo la acción típica.

Háblase de *autor mediato* cuando se tiene el dominio de la voluntad; cuando un sujeto (hombre de atrás) utilizando a otro como instrumento que será quien la ejecutará (hombre de adelante).

Entre las posibles situaciones que se pueden dar se encuentra el sujeto de adelante que actúa en error de tipo (sin dolo). Si el error del instrumento es invencible él no cometerá delito. Si es vencible puede incurrir en un hecho culposo, siempre que estuviera regulado expresamente.

Asimismo, cuando el sujeto de adelante actúa conforme a derecho.

<sup>163</sup> Rogall, "§ 9", en *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 2ª ed., 2000, n° m. 17.

<sup>164</sup> Radtke, "§ 14 StGB", en *Münchener Kommentar zum StGB, Band 1*, 2003, n° m. 23.

<sup>165</sup> Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice en derecho penal*, 1996, p. 97.

<sup>166</sup> *Mutatis mutandis*, Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice en derecho penal*, 1996, p. 106.

<sup>167</sup> Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 1998, p. 42.

<sup>168</sup> Luzón Peña - Díaz y García Conlledo, *Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría*, en "Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares 1998-1999", vol. VIII, 2000, p. 54.



Además, cuando el instrumento actúa bajo coacción. Si el sujeto pierde toda libertad, convirtiéndose en objeto, estaremos frente a un caso de autoría directa del hombre de atrás y de falta de acción del hombre de adelante.

Hay autoría mediata cuando el instrumento actúa sin culpabilidad (sea, porque es inimputable; sea, porque se comporta en error de prohibición). Mientras que el autor directo lo es porque realiza el tipo, el autor mediato es autor porque tiene el dominio del hecho.

Se anota, también, como caso de autoría mediata el del sujeto de adelante que obra justificadamente. Ahora bien, estimo que la actuación justificada no solo excluye la responsabilidad del hombre de adelante y del hombre de atrás. El caso de obediencia debida de una orden antijurídica ya no puede proceder en un Estado de derecho.

Se habla también de autoría mediata a través de un aparato organizado de poder, en donde el sujeto de adelante actúa sin desmedro del cumplimiento de todos los requisitos analíticos del delito y que, a la vez, es fácilmente reemplazable (fungible) dentro del plan del aparato. El hombre de atrás se denomina "autor de escritorio". Exige que el aparato tenga que estar absolutamente distanciado del Derecho.

Se habla de *autor detrás del autor* en los casos en que el autor dispone tanto del conocimiento de las circunstancias como de la voluntad de acción, sin embargo existe una dependencia psíquica del autor respecto al hombre de atrás<sup>169</sup>.

No procede la autoría mediata cuando el sujeto de adelante no reúne los elementos subjetivos (v. gr., tendencia interna trascendente), objetivos requeridos por la figura (por ejemplo, delito especial) o en los delitos culposos.

No obstante, un sector de la doctrina considera que el extraño no puede ser autor mediato del delito especial propio. Pero, el *intraneus* puede cometer un delito especial propio a través de un *extraneus* salvo que la figura exija además que el hecho sea de propia mano (especie descubierta por Binding<sup>170</sup>).

La tentativa del sujeto de atrás se iniciará con el comienzo de ejecución del sujeto de adelante.

La *coautoría* se da cuando varios ciudadanos de común acuerdo toman parte en la fase ejecutiva de la realización del tipo, co-dominando el hecho entre todos. Es el dominio funcional del hecho. Exige una decisión conjunta—aspecto subjetivo—, el co-dominio de hecho y la aportación al hecho en fase ejecutiva—aspecto objetivo—.

<sup>169</sup> Lange, "Die notwendige Teilnahme", en *Abhandlungen des kriminalistischen Instituts an der Universität Berlin*, 1940; Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter: Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, 1965, p. 119 y siguientes.

<sup>170</sup> Binding, *Grundriss des Deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 1913, p. 146; ídem, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, 1915, I, p. 266 y siguientes.

El acuerdo en común, tácito o expreso, puede haberse concretado antes de la ejecución o durante la ejecución—la que se designa con el nombre de *coautoría sucesiva*—. En el último caso, si el o los que iniciaron la ejecución no tienen conocimiento del aporte. Consumado el delito ya no hay posibilidad de coautoría sucesiva.

Con el nombre de *coautoría alternativa* se alude a los aportes de distintas personas en las que cada aporte previsto realiza por completo el tipo, pero que únicamente puede producirse de forma alternativa y no conjunta. La *coautoría aditiva* surge cuando distintas personas, siguiendo la decisión común, desarrollan simultáneamente la acción ejecutiva; no obstante, únicamente alguna o algunas de las acciones de los sujetos producirán el resultado típico.

Para que exista coautoría, y no participación, el aporte ha de ser esencial (el no esencial da lugar a la participación), de acuerdo al plan delictivo (imputación objetiva de segundo grado), prestado en fase de ejecución y ser difícil de reemplazar. La imputación debe ser recíproca entre los distintos coautores.

No existe coautoría en los delitos culposos y en los de omisión. En los delitos de propia mano todos los coautores deben realizar la acción típica o agredir, en división de trabajo, alguno de los distintos bienes jurídicos afectados por el comportamiento y previstos expresa o implícitamente por la figura. En los delitos especiales propios, cada sujeto es autor por la violación de su propio deber.

No existe coautoría en la denominada *coautoría accesoria*; esto es, cuando dos o más personas, sin común acuerdo, actuando cada una en forma independiente y desconociendo la actuación de la o las otras, producen el resultado típico. Se denomina autoría accesoria cuando falta el común acuerdo y entre varias personas realizan el tipo. No es coautoría.

La tentativa existe a partir de que alguno de los coautores comienza la realización del tipo conforme al plan delictivo.

La coautoría se distingue de la participación o complicidad necesaria porque el aporte esencial en el primer caso se da en fase de ejecución en tanto que el segundo no.

En la *participación*, se analizan la inducción, la complicidad necesaria y no necesaria.

Se han promovido diferentes teorías para justificar la punición de la participación en sentido estricto:

- a) *Influencia sobre el autor*. También denominada teoría de la corrupción. El sustento de la sanción al partícipe se encuentra en que ha corrompido al autor, ora seduciéndolo (instigación); ora apoyando la idea transgresora o pecadora (complicidad)<sup>171</sup>.

<sup>171</sup> Mayer, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1953, p. 318.

- b) *Influencia sobre el hecho.* El castigo del partícipe reside en que ha contribuido a que el autor realice el tipo, en el hecho de que el instigador y el cómplice colaboran en la realización del ilícito cometido por el autor<sup>172</sup>.
- c) *Teoría pura de la causación.* Parte de la equivalencia de las condiciones. Considera la existencia de un delito de participación. La accesoriadad carece de sentido. La punición se basa en el injusto de cada interviniente y la afectación de cada uno al soporte material del bien jurídico<sup>173</sup>.
- d) *Teoría de la participación en el ilícito referido al resultado.* Jakobs estima que el delito es obra de todos de manera que, quien participa en la fase previa no responde jurídico-penalmente por coproducir el hecho de otro, sino porque el resultante también es el suyo. No es la comisión de propia mano lo que convierte al injusto en injusto propio, sino el sentido delictivo del comportamiento. En tal sentido, ilícito propio es el ilícito que se adscribe. Se le imputa a todo aquel que organiza un contexto con consecuencias objetivamente delictivas. Hay un solo injusto, aunque sea propio de varias personas. El partícipe anuda su comportamiento al del autor en un contexto con consecuencias delictivas, cuando había obligación de evitar<sup>174</sup>.

Se distinguen los grupos de casos en los que no existe la obligación de evitar y los casos en que sí ha de haber responsabilidad:

- a) *Casos en los que no existe la obligación de evitar.* Son aquellos en los que no hay nada en común y en los que hay algo en común, pero esta comunidad está limitada a una prestación que puede obtenerse en cualquier lado y que, en todo caso, no contiene un riesgo especial.
- b) *Casos en los que hay responsabilidad.* Cuando la prestación es *per se* peligrosa y los casos normales de inducción y complicidad, en donde el sujeto configura su prestación de tal modo que encaje dentro de un contexto delictivo de comportamiento.

En lo que respecta a la taxonomía, lo que antes se denominaba "adecuación social" hoy integra el conjunto de "acciones neutrales" como antípoda a la imputación objetiva de un comportamiento. "La exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en el caso de conductas cotidianas o típicamente profesionales es (...) un asunto que no atañe al dolo, sino más bien a la imputación objetiva. En el fondo se

<sup>172</sup> Stratenwerth, *Derecho penal. Parte general, I, El hecho punible*, 1982, p. 260, n° 860.

<sup>173</sup> Lüderssen, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, p. 25 y ss.; Schmidhäuser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 1990, p. 269 y ss., 10/9, 10/10.

<sup>174</sup> Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, 1996, p. 151 y siguientes.

trata de determinar los límites del comportamiento jurídicamente permitido"<sup>175</sup>. Luego, pues, no es posible anudar cualquier conducta al comportamiento típico de quien lleva adelante un hecho delictivo.

La participación implica que el hecho del partícipe depende del hecho del autor. Para que pueda sancionarse la participación *strictu sensu*, resulta indispensable que el hecho, al menos, se encuentre en fase de tentativa. Es punible la participación en la tentativa (acabada o inacabada); más no es punible la tentativa de participación.

La *accesoriadad* es *mínima* cuando para su punición es suficiente que el autor principal haya concretado un tipo legal; es *limitada*, si la realización del tipo por parte del autor principal tiene que ser antijurídica. La accesoriadad es *máxima* tan pronto como se exige que el autor principal haya actuado también culpablemente. Existe *hiperaccesoriadad* cuando las condiciones personales del autor principal, que tienen por efecto aumentar o disminuir la penalidad, se transmiten al partícipe<sup>176</sup>.

La doctrina global se inclina por la accesoriadad limitada. La mínima no tiene en cuenta que la concurrencia de una causa de justificación excluye la responsabilidad de todos los intervinientes y la máxima no recuerda que la culpabilidad es personal.

Jakobs estima que la accesoriadad es parte de la imputación objetiva. Su anverso es la prohibición de regreso<sup>177</sup>. Para él el autor ha de ser culpable (accesoriadad máxima), puesto que en otro caso no lo es.

Solo es posible la participación en un delito doloso; no así, en un delito culposo. Tampoco es posible la participación culposa en un delito doloso.

Las circunstancias estrictamente personales que sirvan para agravar o atenuar la pena solo lo pueden hacer en relación a la persona en quien concurren.

Para quienes aceptan la participación activa *lato sensu* en los delitos de omisión, solo lo hacen desde la óptica psicológica (instigación o complicidad psíquica).

En cuanto a la omisión de intervención en delitos de comisión hay que tener en cuenta la equivalencia de los comportamientos. Si se tiene el dominio sobre el fundamento del resultado será autor; si no se tiene el dominio será partícipe.

<sup>175</sup> Wohlers, "Complicidad mediante acciones 'neutrales'. ¿Exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente profesional?", en *file:///D:/MIS-20DOCUMENTOS/IMIS%20im%C3%A1genes/Dialnet-ComplicidadMedianteAccionesNeutralesExclusionDeLaR-2602036.pdf*, p. 133; Sánchez-Vera Gómez Trelles, *Blanqueo de capitales y abogacía*, en "Indret", ene. 2008, disponible en *www.indret.com/pdf/502.pdf*. En idioma alemán, Rackow, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, 2007, p. 22 y ss.; Tolsma, *Beihilfe durch neutrale Handlungen*, 2006, p. 4 y siguientes.

<sup>176</sup> Mayer, M., *Versuch und Teilnahme. In Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs*, 1910, p. 310 y ss.; idem, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, 1923, p. 389 y ss.; Bockelmann, *Relaciones entre autoría y participación*, 1960, ps. 7 y 8.

<sup>177</sup> Jakobs, *La imputación objetiva en derecho penal*, 1996, ps. 165 y 166.

En los delitos permanentes la autoría activa puede ser sustituida por la autoría omisiva (en posición de garante).

En los delitos especiales propios, con elementos subjetivos especiales y en los delitos de propia mano, el omitente garante no puede ser autor y, por consiguiente, tiene que ser considerado partícipe, sea como instigador, sea como cómplice necesario o no necesario. Habrá que tener en cuenta, en los delitos de propia mano que, cuando la figura delictiva protege más de un bien jurídico, puede existir coautoría, cuando la división de trabajo implique que cada uno de los intervinientes afecte por lo menos uno de esos bienes protegidos.

La participación en sentido estricto comprende a aquellas personas que dolosamente prestan ayuda a otra para que realice dolosamente un hecho antijurídico. Es una prestación de ayuda o una promesa, anterior al hecho, de futura ayuda que facilita o favorece a que el autor principal realice el hecho. Puede prestarse por acción u omisión. Por tanto, la necesidad de causalidad efectiva no es viable (semántica); sí, la aplicación de criterios de causalidad (sintaxis). Lo que es relevante es que la persona del partícipe haya contribuido elevando el riesgo de producción del comportamiento o resultado.

El partícipe del partícipe es partícipe en el hecho principal.

Se habla de *doble dolo* para referirse a que el dolo del partícipe tiene que comprender que con su aporte contribuye y, al mismo tiempo, favorece la ejecución del hecho principal. Solo hay participación punible si el hecho por lo menos se ha tentado.

El cómplice no responde más allá de su dolo.

La teoría de los *bienes escasos*<sup>178</sup> es el cartabón para distinguir participación necesaria de la no necesaria. El aporte del cómplice puede hacerse en fase de preparación o de ejecución, pero solo podrá ser esencial en el primero de los dos momentos mencionados. La teoría analizada prescinde de la cuestión de qué es lo que habría sucedido sin la actividad del sujeto, alude a una actividad de especial importancia y asegura que el lenguaje de la ley coincide con el lenguaje corriente. Se acude a la imprescindibilidad de una condición del resultado en el lenguaje corriente.

Cuando se trata de la *entrega de una cosa*, se realizan dos juicios. Uno general y provisional; luego, uno concreto y definitivo acerca de la cualidad "escaso". Desde el punto de vista subjetivo, en el momento de cooperar el sujeto solo puede saber si es difícil o no que el autor se agencie por otra vía de lo que él ofrece. El que entrega una cosa que cree escasa, cuando en realidad no lo es, responde como partícipe no necesario. El que cree que colabora con un objeto abundante que, en realidad, para el autor es escaso, realiza solo una conducta de partícipe no necesario.

<sup>178</sup> Gimbernat Ordeig, *Autor y cómplice en derecho penal*, 1996, ps. 152 y ss., 194 y siguientes.

En el caso de que la contribución consista en *un mero hacer* habrá que tener en consideración tres factores: toda acción claramente criminal que, por serlo, el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo es escasa y constitutiva de cooperación necesaria; la conducta tiene que haber sido causal para el resultado y, por último, ha de producir la remoción de un obstáculo serio para la comisión del hecho delictivo.

El *instigador* es aquel que hace nacer en otro la resolución criminal de realizar un hecho antijurídico. El que determina a otro, mediante influjos psíquicos, creando en él la idea delictiva.

Si el autor ya estaba decidido se lo denomina *omnimodo facturus*.

Se distingue:

- a) *Instigación en cadena*. Consiste en inducir a inducir. Es admitida por la mayoría de la doctrina.
- b) *Coinstigación*. Varios sujetos inducen a uno a cometer el ilícito penal.
- c) *Instigación accesoria*. Se trata de una inducción que depende de otros actos de inducción.
- d) *Inducción mediata*. En ella se atribuye como propia al sujeto de atrás la inducción directa que efectúa el instrumento<sup>179</sup>.

La inducción ha de ser *dolosa*. No hay instigación culposa; tampoco instigación dolosa a delito culposo. El instigador tiene que tener como objetivo, por una parte crear la decisión criminal en otra persona y, por otra parte, que se realice el en-tuerto. Se lo suele denominar *doble dolo*. Si la decisión ya está tomada por el potencial autor, existiría complicidad psíquica. Pero hay que tener en cuenta que la instigación no es un problema de originalidad en la transmisión de la idea, sino la determinación seria e idónea a la comisión del injusto. Tiene que ser dirigida a un hecho determinado y respecto a un agente concreto.

El sujeto que influencia ha de tender a la consumación del hecho delictivo. Si solo pretende la tentativa, estaremos frente al *agente provocador*. La mayoría de la doctrina considera que en este caso la conducta del factor psicológico es impune. Habrá que distinguir el hecho de omitir toda intervención estatal del hecho asumido por el autor hasta el momento de la tentativa inacabada (omitir) y el hecho de influir en el sujeto para que lleve adelante un hecho que no pretendía realizar (acción). En el segundo caso, estamos frente a una instigación punible. El Estado de derecho no puede tener agentes dedicados a criminalizar a supuestos "sujetos indeseables".

<sup>179</sup> Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1996, 15/55, p. 400.

En virtud del *principio de congruencia*, el instigador no responde por el exceso del autor. Por el contrario, en caso de defecto, el inductor solo responde en los límites del hecho cometido por el autor. Hay *exceso cualitativo* cuando el autor realiza un hecho diferente al instigado. Hay *exceso cuantitativo* cuando el autor excede de lo que pretendía el inductor. La instigación se castiga en caso de comienzo de ejecución, pero la instigación sin tentativa es impune.

Existen concursos aparentes entre las diferentes formas de autoría y participación. El partícipe necesario es absorbido por el carácter de partícipe necesario o instigador. La instigación, a su vez, es absorbida por la autoría. Se trata de un caso de subsidiariedad tácita<sup>180</sup>.

Analizadas con una visión actual, la autoría y la participación parecen haber estado influidas por consideraciones implícitas relacionadas al Derecho penal de autor y a un Derecho penal de ánimo<sup>181</sup>.

La doctrina de la intervención de varios en el delito (autoría y participación), en los últimos años, ha experimentado un desarrollo inusitado. Se ingresa así en la tendencia creciente de la dogmática penal actual a resolver todos los problemas de la legislación penal con criterios puramente normativos inspirados en los fines de la regulación, prescindiendo por completo de cualquier consideración pre-jurídica<sup>182</sup>.

Se pretende un fundamento común a todas las formas de la autoría y la participación en todas las modalidades del delito, debido a que un nuevo enfoque dogmático comienza a entender autoría y participación como tipos autónomos de imputación (prescindiendo de la idea tradicional de la accesoriedad de la participación, suplida por la prohibición de regreso) concebidos normativamente, lo que parecería allanar la unificación deseada<sup>183</sup>.

Promociónase la utilización de la prohibición de regreso (introducida por Frank<sup>184</sup>) para establecer la diferencia entre instigación (determinar a otro a la comisión de un entuerto) y la autoría mediata (utilización de un tercero como instrumento para la comisión de un hecho delictuoso) a fin de precisar la diferente sanción en-

<sup>180</sup> Balcarce, *Introducción a la parte especial del derecho penal. Su vinculación con la parte general*, 2009, p. 251.

<sup>181</sup> Sobre lo último, Weigend, *Los límites de la complicidad punible*, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", 2ª época, n° 10, 2002, p. 202.

<sup>182</sup> Cuello Contreras, *Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito*, en "InDret", ene. 2011, disponible en [www.indret.com/pdf/792.pdf](http://www.indret.com/pdf/792.pdf), p. 3.

<sup>183</sup> Cuello Contreras, *Dominio y deber como fundamento común a todas las formas de la autoría y modalidades del delito*, en "InDret", ene. 2011, disponible en [www.indret.com/pdf/792.pdf](http://www.indret.com/pdf/792.pdf), p. 17.

<sup>184</sup> Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze*, 1915, nota III al § 1.

tre un tipo de partícipe y un tipo de autor<sup>185</sup>. La menor sanción que por un principio ha de imponerse a un instigador en orden al autor mediato<sup>186</sup> se observa con mayor rigor en la inducción a la inducción o, como comúnmente se conoce, instigación en cadena<sup>187</sup>. Sin la producción de la tentativa del hecho subsumible en una figura delictiva, la inducción en cadena, puede llevar la imputación a actos preparatorios bastante alejados. Se pone en crisis la prohibición de regreso, la autopuesta en peligro e *in genere* la imputación objetiva. Pareciera ser que en su origen la instigación pretendía satisfacer posibles lagunas de punibilidad en casos de verdadera autoría mediata o autoría intelectual<sup>188</sup>, deslegitimadas por la vigente, en esos tiempos, teoría formal objetiva. Es preciso, pues, verificar desde la óptica descriptiva la *homogeneidad* o congruencia perfecta entre lo instigado y lo realizado. Desde el punto de vista subjetivo, si el sujeto activo se encontraba ya decidido a actuar de la forma que lo realizó (*omnímodo facturus*), puesto que aquí no sería adscribible la inducción. Se presta mayor atención a la complicidad psíquica en donde el partícipe haya producido en la psique del autor (*lato sensu*) una influencia de hecho, aumentando el riesgo.

Ya es un clásico el trabajo de Herzberg en donde da cuenta de la necesidad de imputación objetiva para el caso de la instigación a cometer delitos. La inducción supone la creación del riesgo de que el destinatario ejecute el hecho que se le propone; es indispensable utilizar el vector del riesgo tolerado (o permitido)<sup>189</sup>.

El pronóstico es que la visión del delito como expresión de sentido y el reinado del normativismo hará nacer una teoría de la autoría y la participación en donde autor será quien se encuentre en posición de garante (acción u omisión), mientras que la participación y la inducción serán verdaderas excepciones<sup>190</sup>, con reducción de pe-

<sup>185</sup> Sánchez-Vera Gómez Trelles, *En los límites de la inducción*, en "InDret", n° 2/2012, abr. 2012, disponible en [www.indret.com/pdf/884.pdf](http://www.indret.com/pdf/884.pdf), p. 7.

<sup>186</sup> Olmedo Cardenete, *La inducción como forma de participación accesoría*, 1999, p. 357 y ss.; Sánchez-Vera Gómez Trelles, *En los límites de la inducción*, en "InDret", n° 2/2012, abr. 2012, disponible en [www.indret.com/pdf/884.pdf](http://www.indret.com/pdf/884.pdf), p. 35.

<sup>187</sup> Las palabras "instigación", "incitación" e "inducción" se utilizan como sinónimas e indistintamente tanto en la legislación latinoamericana como por la jurisprudencia y la doctrina (Del Rosal Blasco, *Sobre los elementos del hecho típico en la inducción*, en "Cuadernos de Política Criminal", n° 40, 1990, p. 106).

<sup>188</sup> Precursor, Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, 1965, p. 202 y ss.; Peñaranda Ramos, *Participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1990, ps. 156 y ss., 200 y siguientes.

<sup>189</sup> Herzberg, *La inducción a un hecho principal indeterminado*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", t. XLVIII, fasc. II, may.-ago. 1995, p. 566 y siguientes.

<sup>190</sup> Corell, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit durch Mitwirkung an Kollegialentscheidungen auf der Leitungsebene von Wirtschaftsunternehmen bei vorsätzlichen Begehungsdelikten*, 2007, p. 58 y ss.; Rotsch, *Einheitstäterschaft statt Tatherrschaft. Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformen system in einer normativ-funktionalen Straftatlehre*, 2009, p. 421 y siguientes.

na<sup>191</sup>. Hace algunos años, Bacigalupo preveía: "... se ha llegado a una situación en la que el reconocimiento de una posición de garante en los delitos activos bien podría terminar por convertir a todos los delitos en delitos de infracción de deber"<sup>192</sup>.

**b) Derecho penal internacional**

«... [L]os derechos humanos no pueden tener su fundamento (exclusivo) en el derecho positivo, pues la idea de derechos humanos cobra especial importancia cuando tales derechos son violados o no reconocidos por los ordenamientos jurídicos positivos» \*

Hace ya tiempo que la doctrina avizoraba que las figuras jurídicas de autoría, instigación y participación, que están cortadas para hechos individuales no pueden adaptarse a un acontecimiento delictivo así cuando lo contemplamos como fenómeno total —delitos de guerra, organizaciones, estatales, etcétera—. Estas categorías no están pensadas para hechos delictivos tales como el genocidio. Por eso, fue indispensable que las legislaciones positivas nacionales y la legislación internacional, se decidieran a tipificar el genocidio.

En la actualidad se observa un avance del monismo sobre el dualismo, es decir, la cada vez mayor preponderancia de la ley internacional en el plano interno<sup>193</sup>.

Los delitos de la legislación penal internacional parten normalmente de un gran número de personas implicadas. Una organización estatal o militar, más o menos estable. Aquí el grado de responsabilidad penal a menudo no disminuye al crecer la distancia respecto de la ejecución material del crimen, sino que suele aumentar. En el Derecho penal internacional aportes que se encuentran más alejados de la comisión delictiva como la planificación y la organización pueden ser considerados esenciales y denotar un alto grado de responsabilidad. Una aportación debe ser considerada esencial cuando sin ella el resto de coautores no pueden realizar el plan común.

En el crimen de agresión se restringe el círculo de autores por tratarse de un "crimen de dirigentes".

De acuerdo al Estatuto de la Corte Penal Internacional y la jurisprudencia existe un sistema de intervención delictiva en cuatro niveles.

<sup>191</sup> Sánchez-Vera Gómez Trelles, *En los límites de la inducción*, en "InDret", n° 2/2012, abr. 2012, disponible en [www.indret.com/pdf/884.pdf](http://www.indret.com/pdf/884.pdf), ps. 11 y 12.

<sup>192</sup> Bacigalupo, "Prólogo", en López Barja de Quiroga, *Autoría y participación*, 1996, p. 14.

\* Bulygin, *Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos*, en "Doxa", n° 4, 1987, disponible en [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/1090111/Doxa4\\_05.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/1090111/Doxa4_05.pdf), p. 79.

<sup>193</sup> Fierro, *Autoría y participación en el derecho internacional penal*, en "Revista de Derecho Penal", n° 2005-1, "Autoría y participación-I", p. 59.

En el nivel superior se encuentra la comisión a título de autoría como la forma más grave de intervención en el injusto. Puede ser individual, conjuntamente con otros (empresa criminal conjunta, en donde no es necesario intervenir en fase de ejecución ni que el aporte sea esencial) y a través de otro. Se funda en la teoría del dominio. Vale la pena tener en cuenta que de acuerdo al Estatuto (25.3) se introduce el dominio de la organización y reconoce la responsabilidad del "autor detrás del autor" mediante manipulación. El aparato organizado de poder exige los siguientes requisitos: el hombre de atrás y el ejecutor deben operar dentro de la estructura jerárquica, el aparato debe hacer posible a los superiores que se aseguren la comisión de los crímenes (fungibilidad del ejecutor). Puede haber coautoría entre autores mediatos<sup>194</sup>.

El segundo nivel está reservado a las diferentes formas de inducción. Comprende tanto a quien ordena como a quien induzca. Es una forma de intervención accesoria.

En el tercer nivel se halla la cooperación. La colaboración debe tener un efecto sustancial en la comisión del crimen. Puede ser prestada antes, durante o con posterioridad a su ejecución.

Por último, en el cuarto nivel, como forma más débil de intervención, la contribución a un crimen cometido por un grupo. Aquí se anuda la imputación a la consumación o tentativa de comisión de un crimen de Derecho internacional por un grupo. Es una forma subsidiaria<sup>195</sup>.

En el Derecho penal internacional, en los denominados "aparatos organizados de poder" se estima merecida la pena de la autoría, no solo para el ejecutor material del hecho, sino, y al mismo tiempo, para el o los hombres de atrás. La argumentación ya no se basa en que deba entenderse a los últimos como instigadores —y a la inducción deba corresponderle la misma pena que al autor— sino porque el sujeto de atrás tiene que ser calificado como verdadero (co)autor, según el estado de la dogmática más moderna en la materia, y de la jurisprudencia más reciente<sup>196</sup>. La sanción a ideólogos de genocidios despierta un sentimiento de justicia comprensible. Esto no significa que, a los efectos de su punición, se acepten teorías que *qua* teorías no reúnen la condición para explicar la sanción penal y necesitan constantemente de complementos *ad hoc* para justificarse bajo el pretexto de ser un sistema abierto. Desde 1963 que se postuló la *teoría aparatos organizados de poder* y hasta la fecha no se ha logrado explicar exhaustivamente el fenómeno que pretende describir. Es sumamente precisa la crítica de Aboso: "... el propio Roxin recono-

<sup>194</sup> Véase Fierro, *Autoría y participación en el derecho internacional penal*, en "Revista de Derecho Penal", n° 2005-1, "Autoría y participación-I".

<sup>195</sup> Werle, *Tratado de derecho penal internacional*, 2ª ed., 2012, ps. 284 a 310.

<sup>196</sup> Sánchez-Vera Gómez Trelles, *En los límites de la inducción*, en "InDret", n° 2/2012, abr. 2012, disponible en [www.indret.com/pdf/884.pdf](http://www.indret.com/pdf/884.pdf), p. 13.

ció su limitación al complementarlo con la tesis de Schroeder sobre la 'disposición incondicional' del ejecutor. Contra todos los pronósticos, dicha complementación lejos está de ser armónica, ya que la disposición incondicional del ejecutor para la realización del delito, que presupondría ya la existencia de la resolución general para cometer el o los delitos ordenados, es excluyente de la propia idea de fungibilidad, la que descansa en la posibilidad de rechazar el cumplimiento de la orden recibida desde los mandos superiores"<sup>197</sup>. Además de que la disposición al hecho como tal no es apropiada para la delimitación entre autoría mediata e inducción y que probarla como fenómeno intra-psíquico es sumamente difícil.

La *responsabilidad del superior* es una creación jurídica originaria de Derecho penal internacional. De los delitos de los subordinados responderá el superior cuando lesione de forma reprochable los deberes de control que le son propios. Este tipo de responsabilidad evita la laguna de punibilidad respecto de personas que, de otra forma, quedarían impunes. Es una forma de intervención novedosa, *sui generis*: omisión culpable contraria a deber. El superior es responsable pero en un grado inferior al de aquellos que lo cometen. A fin de que se dé esta responsabilidad es indispensable: 1) la relación superior-subordinado, 2) el primero debe saber o ignorar de forma culposa que el subordinado se propone la comisión de un hecho criminal de Derecho internacional y que ya lo ha cometido, y 3) el superior debe haber omitido la realización de las medidas necesarias y razonables para evitar la comisión o la persecución del hecho criminoso.

### c) Derecho penal económico

«El fenómeno de la globalización tampoco es nuevo desde el punto de vista histórico dado que aparece ya en los antiguos imperios, y jalonó la expansión de los poderes español y portugués en América; además, posibilitó todo el proceso de colonización europea en el Asia, entre otras manifestaciones. Lo que es novedoso, por supuesto, es su irrupción en las sociedades informáticas actuales dando lugar a un complejo fenómeno de interacciones transnacionales, en el cual los emporios financieros de origen privado y grandes bloques económicos amenazan con sustituir al Estado como actor principal» \*

En el Derecho penal económico observamos la misma tendencia, pues las organizaciones empresariales (prolongaciones de la persona natural) también se en-

<sup>197</sup> Aboso, *Los límites de la autoría mediata*, 2014, p. 398.

\* Velázquez, "Globalización y derecho penal", en [www.unifr.ch/ddp11derechopenall/articulos/a\\_20080527\\_34.pdf](http://www.unifr.ch/ddp11derechopenall/articulos/a_20080527_34.pdf).

cuentran conformadas jerárquicamente<sup>198</sup>. Quizás la mayor ambición, del sector apuntado, sea la de superar el principio *societas delinquere non potest* por el cada vez más expandido, y de origen anglosajón, *societas delinquere potest*.

La responsabilidad penal por el actuar en lugar de otro, la responsabilidad del superior de la empresa por el comportamiento de los empleados a su cargo —a raíz de una posición de garante—, la omisión del deber de vigilancia y la imparable inserción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se han convertido en el capítulo más importante del Derecho penal económico y, especialmente, empresarial, en la teoría y práctica<sup>199</sup>.

La primera aproximación fue *el actuar en lugar de otro* a los efectos de hacer extensiva al sujeto individual las cualidades de la persona jurídica en los delitos especiales. Con la cláusula lo que se pretende es resolver un problema de autoría cuando la calificación concurre en el representado y no en el representante que es, sin embargo, el que actúa<sup>200</sup>.

La dogmática del actuar en nombre de otro se identifica con la denominada responsabilidad penal del representante, hallando su ámbito práctico en la criminalidad empresarial<sup>201</sup>. Los denominados delitos económicos son todas las acciones punibles y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación en la vida económica o en estrecha conexión con ella<sup>202</sup>.

La *empresa económica* es una unidad organizada que está determinada por el fin económico al que sirven uno o varios establecimientos a su vez coordinados entre sí.

La persona física como titular de la empresa comienza a ser arqueología jurídica. Las personas jurídicas son ampliamente mayoritarias en este terreno. Por otro lado, las empresas nacionales empiezan a dejar su espacio a las transnacionales.

La *criminalidad de empresa* es todo el ámbito de los delitos económicos en los que por medio de una actuación para una empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa.

<sup>198</sup> Puede verse Urban, *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft*, 2004, p. 27 y siguientes.

<sup>199</sup> *Mutatis mutandis*, Schünemann, *El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro*, en "Revista de Derecho Penal", n° 2005-2, "Autoría y participación-II", ps. 61 y 62.

<sup>200</sup> López Barja de Quiroga, *Autoría y participación*, 1996, p. 95.

<sup>201</sup> Schünemann, *El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro*, en "Revista de Derecho Penal", n° 2005-2, "Autoría y participación-II", p. 51.

<sup>202</sup> Schünemann, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, 2004, p. 17.

Luego, la cláusula se hizo extensiva a las cualidades específicas de personas físicas distintas al autor del delito. El actuar en lugar de otro —comenta García Caverro<sup>203</sup>— fue una respuesta ante los vacíos de punibilidad que se presentaron por la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas y, en este sentido, por la actuación de sus órganos y representantes. La figura sirve, también, para cubrir los vacíos de punibilidad en los delitos especiales propios cometidos por representantes tanto de personas jurídicas, como naturales. Cuando el *extraneus* obra en representación del *intraeus*. El representante ha de realizar un comportamiento que pueda ser considerado como una acción o una omisión punibles. Ingresan dentro de la cláusula de extensión los siguientes elementos objetivos: a) los que provienen de relaciones jurídicas patrimoniales; b) los que son consecuencia de una relación personal de empleo; c) los que son consecuencia de una posición procesal; d) los que son consecuencia de una función social a la que incumben especiales deberes de cuidado; e) los que son consecuencia de obligaciones específicas del comercio; f) los que son consecuencia de obligaciones fiscales.

No son elementos que puedan transmitirse al representante, por incompatibles con la naturaleza de las personas jurídicas, aquellos que respondan a una determinada conformación personal del autor.

La cláusula apareció primero, y en forma dispersa, en la parte especial de los códigos penales. Con posterioridad mutó en regla de la Parte General. La regla normalmente es aplicable a delitos contra el patrimonio o la hacienda pública.

Para algunos autores (v. gr., Roxin) el precepto solo puede utilizarse para los delitos de infracción a un deber —de carácter extrapenal—, clasificación heurística del profesor alemán, para distinguirlos de los delitos de dominio.

Otros, como Schünemann fundamentan la responsabilidad penal, tanto para la comisión como para la omisión impropia, en el dominio sobre el fundamento del resultado. Se trata de una posición de dominio que produce la indefensión (mayor vulnerabilidad) del bien jurídico o sobre una causa esencial del resultado. Es un dominio sobre el ámbito social y, consecuentemente, sobre el fundamento del resultado lesivo. La responsabilidad penal del que actúa en lugar de otro se fundamenta en este dominio, aun cuando no se posea el estatus formal exigido por el tipo penal. Es, sintéticamente, la transmisión de posiciones de garantes. El dominio sobre cosas, personas, personas u operaciones peligrosas, en el campo de la prevención de riesgos laborales, aparece como dominio sobre procesos de producción<sup>204</sup>.

<sup>203</sup> García Caverro, *El actuar en lugar de otro en el derecho penal peruano*, 2003, ps. 25, 26 y 63.

<sup>204</sup> Schünemann, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, 2004, p. 31 y ss. En contra, Radtke, "§ 14 StGB", en *Münchener Kommentar zum StGB, Band 1*, 2003, n° m. 23; Rogall, "§ 9", en *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 2ª ed., 2000, n° m. 17.

En el caso de Gracia Martín, el académico español alude al dominio social que es el que tiene una persona que se encuentra en esa estructura social y, por ello, es capaz de lesionar el bien jurídico protegido. El que realiza en lugar de otro es un sujeto ajeno, en principio, a la estructura social en la que se encuentra el bien jurídico, sin embargo, por un acto fáctico de asunción entra en ese ámbito y puede lesionar el bien jurídico del mismo modo que un *intraeus* natural de la estructura social<sup>205</sup>.

Para García Caverro, siguiendo a Jakobs en esto, distingue competencias por organización e institucionales. En los delitos de dominio, la imputación atribuida a los ciudadanos se basa en ese mínimo rol que, como tal, cumple en la sociedad y que le impone evitar la creación de un riesgo no permitido frente a terceros. En los delitos de infracción de un deber se recurre a los roles especiales que fundamentan deberes especiales a partir de una institución social específica. Ambos pueden ser formulados formalmente como delitos especiales: ora, en sentido amplio; ora, en sentido estricto. En los últimos, si los deberes pueden ser cumplidos por terceras personas, podrá presentarse una actuación en lugar de otro que permita una responsabilidad penal del que no es titular originario del deber institucional. Pero la atribución de responsabilidad en el lugar de otro no se fundamenta en el dominio del hecho, sino en la traslación al *extraneus* de un deber institucional de un *intraeus* (normalmente, mediante la relación de representación, esto es, mediante el vínculo de representación entre el *intraeus* y el *extraneus*)<sup>206</sup>.

De otra parte, los *delitos de propia mano* (término acuñado por Binding<sup>207</sup>) "... el injusto lo constituye el emprender físicamente un acto reprobable, y lo constituye porque el acto indica una actitud defectuosa con respecto a obligaciones personalísimas o tabúes. La naturaleza personalísima sitúa a los delitos de propia mano cerca de los delitos de infracción de deber"<sup>208</sup>.

A fin de evitar lagunas de punibilidad, en este ámbito se suelen construir cláusulas de extensión de la autoría directa para la *intraeus* que actúa a través de otra persona (*extraneus*) que conozca o no de la maniobra ilícita<sup>209</sup>.

<sup>205</sup> Véase la reafirmación de estas ideas en Gracia Martín, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia. A la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidad*, 2003, p. 82 y siguientes.

<sup>206</sup> García Caverro, *El actuar en lugar de otro en el derecho penal peruano*, 2003, ps. 65 y 70.

<sup>207</sup> Binding, *La culpabilidad en el derecho penal*, 2009, p. 157.

<sup>208</sup> Jakobs, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1997, 21/19, p. 731.

<sup>209</sup> Balcarce, *Introducción a la parte especial del derecho penal. Su vinculación con la parte general*, 2009, ps. 213 y 216.

## EXCURSO

La imputación penal en el ámbito de la empresa  
y las estructuras omisivas

La regulación jurídico-penal de la criminalidad empresarial constituye, hoy, un fecundo campo de investigación. Los diversos capítulos que conforman el denominado derecho penal de la empresa<sup>210</sup> “se han especializado de forma tal que constituyen ya tópicos de la actual discusión jurídico-penal”<sup>211</sup>. Así, dentro de su marco general, se da cobijo a temas tan variados como el de la responsabilidad penal de la empresa misma; la responsabilidad personal de sus titulares, de sus órganos de conducción y representación; la responsabilidad por la toma de decisiones en órganos colegiados; etcétera.

Ciertamente, el análisis de la cuestión que proponemos no puede realizarse aisladamente.

En efecto, a la empresa —como realidad socioeconómica— “el derecho debe darle respuesta para su organización, generando medios de imputación, personificación, preferencias, en torno a [sus] (...) bienes y relaciones (...) a favor de los terceros. Cuando la titularidad y desarrollo de la empresa es pluripersonal se afronta a través de otras técnicas de organización, como la societaria”<sup>212</sup>. En otras palabras: “[l]a empresa, como organización económica puede encontrar una forma instrumental organizativa adecuada en la societaria, como medio técnico que el sistema normativo ofrece a la libre decisión negocial. La empresa aparece así como actividad, nucleando bienes en una hacienda comercial reunidos para una actividad económica, y la sociedad es el sujeto que el sistema normativo ofrece como medio técnico-jurídico de simplificación de relaciones jurídicas generadas por la organización económica de la personificación”<sup>213</sup>.

En este marco, resulta evidente que las cuestiones relativas a la determinación de la autoría criminal por delitos sucedidos en el ámbito de la empresa, bajo una forma so-

<sup>210</sup> Sobre el concepto de Derecho penal de la empresa, cfr. Cesano, “Problemas de la responsabilidad penal de la empresa”, en López Mesa - Cesano, *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Contribuciones a su estudio desde las ópticas mercantil y penal*, 2000, ps. 252 y 253.

<sup>211</sup> García Caverio, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, 1999, p. 61.

<sup>212</sup> Richard, *Relaciones de organización. Sistema societario*, 2000, p. 13.

<sup>213</sup> Richard, “Sobre la empresa”, en *Ensayos de derecho empresario. In memoriam Héctor Cámara*, 2006, ps. 61 y 62. De igual opinión, Roitman - Aguirre - Chiavassa, *Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y anotada*, 2006, t. I, p. 6, quienes expresan: “Corresponde al derecho organizar la actividad empresarial y lo hace principalmente a través del derecho societario, al que se ha definido como aquel que regula ‘la estructura organizativa típica, sino exclusiva, prevista por el ordenamiento jurídico para el ejercicio en forma asociativa de la actividad de la empresa’. La legislación societaria provee la estructura normativa de la empresa, el ropaje jurídico dentro del cual la misma se va a desenvolver en el mundo de los negocios”.

cietaria, debe afrontar —al menos con carácter introductorio— una serie de aspectos que se presentan como particularmente problemáticos al momento de querer realizar una imputación. Aspectos tales como la estructura organizativa de la empresa; la distinción entre titularidad, poder y conducción de la sociedad y el creciente fenómeno de la administración de hecho, constituyen —entre otros— realidades que coadyuvan a acrecentar estas dificultades. Realidades cuya cabal comprensión, a su vez, exige la conjunción de perspectivas disciplinares diversas. Por eso lleva razón Palmero cuando sostiene que las especialidades limitan y cercenan el campo de interpretación del Derecho; no siendo factible analizar materias como las que aquí abordaremos “si no se entiende el ‘sustracto’, el dato de la vida real, la composición fáctica y normativa del ente abstracto o colectivo, la dinámica propia de la actividad corporativa, así como los vericuetos técnicos e institucionales que efectivamente desencadenan el conflicto”<sup>214</sup>.

Conscientes de esta situación, a título propedéutico, comenzaremos nuestro desarrollo sistematizando los principales problemas que dificultan la imputación criminal dentro de la estructura de la empresa; para luego describir las repercusiones que, sobre el diseño de estrategias político criminales, producen aquellos problemas. Finalmente, partiendo de la premisa que consideramos más respetuosa de nuestro marco constitucional (esto es, fidelidad a la responsabilidad individual y negación de la responsabilidad de la empresa en sí misma), especificaremos diversas cuestiones dogmáticas que guardan relación con uno de los instrumentos de mayor aceptación para este cometido: las estructuras típicas omisivas.

Ha observado Silva Sánchez que en la empresa “... nos hallamos ante una estructura organizada, lo que incide de modo determinante en el planteamiento y la resolución del problema de la autoría criminal. Se trata, en efecto, de una organización formal basada, en el plano horizontal, en el principio de división de trabajo y, en el plano vertical, en el principio de jerarquía. Resultado de todo ello es la conformación de ámbitos de competencia diferenciada, que abarca, a su vez, la actuación de diversos sujetos en la escala inmediatamente inferior. Dada una estructura así, se comprende que la conducta puramente ejecutiva —la del empleado de la empresa de quien surge el último acto que, por sí solo o en conjunción con otros, produce el hecho delictivo— no es siempre la más relevante, lo que supone un importante cambio de perspectiva respecto al Derecho penal clásico”<sup>215</sup>.

<sup>214</sup> Palmero, “El derecho penal societario”, en *Orientaciones en el derecho comercial. El régimen penal en el derecho comercial*, 2001, p. 114. En atención a estos argumentos —y como premisa metodológica asumida— creemos que no sería factible elaborar un programa de investigación sobre Derecho penal de la empresa que prescindiera de esta ineludible visión pluridisciplinar entre el Derecho mercantil en general (y, dentro de él, especialmente el Derecho societario y concursal) y el Derecho penal. Parafraseando a Ortega y Gasset (recordado, también, por Palmero) una actitud epistemológica que diera la espalda a este presupuesto constituiría el “pasaporte más elegante hacia la ignorancia”. A favor de un estatuto epistemológico multidisciplinar, cfr. Richard, *Insolvencia societaria y cuestiones interdisciplinarias*, en “Anales”, 2007, ps. 41 a 44.

<sup>215</sup> Silva Sánchez, “Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en el derecho español”, en *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, 1995, ps. 368 y 369.



Por todo esto, un destacado sector de la doctrina contemporánea, partiendo de la observación anterior, ha llegado a sostener que la pretensión de reprimir los comportamientos delictivos cometidos en el ámbito de la actividad empresarial mediante el castigo de las personas individuales que pueden integrar los órganos de esta puede conducir a una opción en donde ambos extremos resulten insatisfactorios; a saber: o la responsabilidad solo alcanza a los individuos que conforman los eslabones últimos en el proceso de decisiones, o bien la infracción corre el riesgo de quedar impune, porque nadie reúne con su conducta los requisitos exigidos para imponer la sanción penal<sup>216</sup>.

Malamud Goti, al ocuparse de la cuestión, clasificó las dificultades que para este grupo de casos entraña la utilización de sistemas jurídico-penales de imputación individual en dos tipos: a) de carácter procesal, y b) de carácter sustancial<sup>217</sup>. Por su parte, Righi (quien sigue en este aspecto, argumentos tomados del razonamiento de Malamud Goti) definió el alcance de ambos tipos de dificultades en los siguientes términos: "Los criterios de división y delegación del trabajo que rigen una organización empresarial se convierten en causa de impunidad por la seria dificultad que existe para detectar y probar la responsabilidad. La persona jurídica es obviamente una organización destinada a realizar actividades lícitas, en la cual se pueden cometer comportamientos delictivos en el desarrollo de sus operaciones. En estas condiciones resulta difícil imputar a un alto directivo un comportamiento realizado en el seno del organismo y ejecutado por empleados. Lo que se produce es un parcelamiento de la actividad en fragmentos de conducta realizados por diversas personas, siendo normal que a ninguna de ellas se pueda atribuir el hecho ilícito porque no reúne todos los pre-

<sup>216</sup> Malamud Goti, *Política criminal de la empresa*, 1983, p. 33. Asimismo, Terradillos Basoco, *Derecho penal de la empresa*, 1995, p. 39, enfatiza, por sobre todo, los riesgos de impunidad; y lo hace en los siguientes términos: "La descentralización de las decisiones, característica organizativa de la empresa actual, comporta el riesgo (...) de convertir 'la organización de la responsabilidad (...) en la organizada irresponsabilidad'. En efecto, se produce un desplazamiento de la responsabilidad hacia los sectores inferiores del organigrama, ya que solo ellos llevan a cabo por sí mismos la conducta típica. Y este desplazamiento tiene como efecto un notorio menoscabo de la eficacia preventiva de la norma penal, cuyos márgenes de intervención se reducen en un doble sentido: hacia arriba, porque los directores no realizaron el hecho típico; hacia abajo, porque los ejecutores materiales quedarán frecuentemente al abrigo de la condena, dada la confluencia de factores diversos, como son el desconocimiento de las consecuencias de su propio modo de actuación —fruto de la división de trabajo y de la parcelación de la información en la empresa—; la escasa capacidad de resistencia frente a la actitud prodelictiva del grupo por parte de quien, como regla, está obligado a obedecer dentro de una escala jerarquizada; la eficacia auto exculpatoria de quien siempre puede alegar que actúa de modo altruista en interés de la casa; la alta fungibilidad de los miembros que ocupan las escalas inferiores de la organización, etcétera".

<sup>217</sup> Malamud Goti, *Política criminal de la empresa*, 1983, p. 33. Igual criterio, enfatizando particularmente las dificultades procesales, sigue Silva Sánchez, *Política criminal y técnica legislativa en materia de delitos contra el medio ambiente*, en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", año 3, n° 4 y 5, 1997, p. 142, quien expresa: "Dado que la organización de la empresa adquiere con frecuencia una enorme complejidad puede suceder que, aun constando que 'alguien' en el seno de la misma cometió el delito, resulta imposible determinar quién".

supuestos de la punibilidad (...) Los inconvenientes trascienden el plano procesal, pudiendo incluso proyectarse a problemas de derecho sustancial, como sucede, por ejemplo, en los delitos especiales o los que exigen la concurrencia de elementos subjetivos"<sup>218</sup>.

Los problemas para la determinación de la autoría criminal por delitos que suceden en el ámbito empresarial no se vinculan *únicamente* con las cuestiones derivadas de su organización, tal cual lo acabamos de reseñar.

A ello debe sumarse que, modernamente, es muy raro que confluyan la titularidad de la empresa, el efectivo poder sobre las decisiones que se toman en ese ámbito y su conducción; y ello, dejando de lado, la discusión existente en el ámbito del Derecho societario vernáculo<sup>219</sup>, respecto a la posibilidad o no de las denominadas sociedades unipersonales, en donde si bien existe —para alguna doctrina— una suerte de reconocimiento de "tipicidad social"<sup>220</sup>, no se verificaría una "tipicidad le-

<sup>218</sup> Righi, *Derecho penal económico comparado*, 1991, p. 253.

<sup>219</sup> En el Derecho comparado, son cada vez más los sistemas legislativos que admiten la sociedad de capital unipersonal. Así, refiere Moro, *La sociedad de capital unipersonal*, 2006, p. 60 y ss., que si bien, durante mucho tiempo, Europa miró con desconfianza a la sociedad de un solo socio, la cuestión habría de cambiar "y las naciones europeas (lenta aunque firmemente) iban a ir acogiendo el instituto. En Alemania se adoptó esta figura —en el Derecho positivo— a partir de la reforma de la *GmbHG* en 1980 (ley del 4 de julio de tal año) para la figura de la sociedad de responsabilidad limitada y en 1994 se extendió la posibilidad también a la anónima. En Francia, donde no pocas resistencias había despertado la eventual recepción de la sociedad unipersonal, se la recibió (...) por ley 85-697 de 1985 reformando las nociones de sociedad contenidas en el art. 1832 del CCy en el art. 34 de la ley 66-537, siendo del caso destacar que en 1999 se reconoció también esta posibilidad para la sociedad por acciones simplificada ...".

<sup>220</sup> El fenómeno de las llamadas "sociedades de cómodo", "que supone la existencia de una sola persona detrás del ente societario y la recurrencia a prestanombres o testaferros (a quienes se confiere una infinitesimal participación social) para dar la apariencia de plurisubjetividad exigida por la Ley de Sociedades Comerciales es y ha sido a lo largo del tiempo, práctica reiterada. El tema (...) divide como a pocos a la doctrina autoral y judicial. Ello, lejos de ser casualidad, es a todas luces razonable. La complejidad del tópico y la incontrovertible relevancia práctica del asunto no pueden llevar a otra situación. En defensa de las sociedades de cómodo se sostiene que: a) la plurisubjetividad requerida por el art. 1° [de la Ley de Sociedades Comerciales argentina] es una mera exigencia formal y que, a todo evento (e igualmente), ella se ve cumplimentada al concurrir como titulares de participaciones sociales dos personas; b) que por intermedio de las figuras de la simulación lícita o el negocio indirecto se torna viable su constitución; c) que los usos y costumbres que son la savia del derecho mercantil (como categoría histórica que es) imponen cambios jurisprudenciales ante determinadas necesidades empresariales del momento; d) que en la mayoría de los países del mundo tienen cabida las sociedades de un solo socio y que no pueden darse la espalda a tal realidad; e) que de la constitución de estas sociedades no se deriva daño alguno para terceros ni se contradice el orden interno de todo ente societario; f) que sería inconstitucional por violación del principio de igualdad (art. 16, CN) que al Estado se permita recurrir a este expediente cuando a los particulares se les veda tal posibilidad; g) que la norma del art. 34 de la Ley de Sociedades Comerciales y la figura del socio aparente en él regulada legítima el funcionamiento de

gal”<sup>221</sup>. En efecto, la empresa moderna tiende a un crecimiento sostenido. Esta realidad exige que ella se nutra, cada vez más, de los medios económicos y financieros que le permitan su desenvolvimiento en el proceso de expansión. Esto conduce —en opinión de Vítolo— “a la fragmentación del capital utilizado mediante la incorporación de nuevos agentes que aportan capital diluyéndose, por dispersión, la incidencia de cada uno de ellos en el control de la actividad empresarial”<sup>222</sup>. De este modo, lo que otrora resultaba una constante en la empresa tradicional o familiar —esto es, la identificación entre poder y propiedad— “no se da en la empresa moderna (...) planteándose la disociación entre control y sistema de decisiones”<sup>223</sup>.

Desde otra perspectiva, actualmente tampoco puede discutirse que la complejidad del fenómeno de la empresa moderna se proyecte —en orden a su conducción profesional— en una creciente especialización y diferenciación de funciones.

Sin llegar al extremo “de la posición sustentada por algunos autores que consideran, en un sentido básico, que la única función del titular de una empresa es suministrar el capital y es la gerencia o administración quien tiene la responsabilidad de dirigir la empresa y asegurar su supervivencia, es indudable que la conducción profesio-

esta clase de sociedades; h) que la Ley de Sociedades Comerciales no exige para tener por configurada la plurilateralidad una participación social en determinado porcentaje o proporción —por lo cual no cabe hacer distinciones donde la ley no lo hace (...)—, siendo que cualquier pretensión de fijación de un nivel de titularidad accionaria para revestir la calidad de socio aparece arbitraria y reñida con la Ley de Sociedades Comerciales” (Moro, *La sociedad de capital unipersonal*, 2006, ps. 38 a 40).

<sup>221</sup> Así, la CNCom., Sala E, *in re* “Fracchia Raymond S.R.L.”, tuvo oportunidad de analizar la siguiente situación: se trataba de una sociedad de responsabilidad limitada donde una de las partes invertía una participación del 99,9999% del capital social y la otra titularizaba solo el 0,0001% de él. Ante la pretensión de inscripción, la Inspección General de Justicia, en seguimiento del criterio que el mismo organismo venía sosteniendo sobre el tema, denegó su inscripción. La inexistencia de la pluralidad sustancial de socios —que exige el art. 1º de la Ley de Sociedades Comerciales— fue reputado argumento de por sí suficiente para la toma de tal decisión. Apelada la resolución, la Cámara desestimó la pretensión de la recurrente y mantuvo el criterio de la Inspección General de Justicia. Al respecto, cfr. Moro, *La sociedad de capital unipersonal*, 2006, p. 43 y ss. Por su parte, Roitman - Aguirre - Chiavassa, *Ley de Sociedades Comerciales. Comentada y anotada*, 2006, t. I, al analizar la cuestión desde la exigencia del art. 1º de la ley 19.550, afirman que: “[l]a pluralidad de socios debe existir al momento de constitución del ente y mantenerse durante toda la existencia de la sociedad, ya que de perderse durante la vida de la sociedad y no recomponerse la misma en el transcurso de tres meses, incurrirá en una causa de disolución (art. 98, inc. 4º, LS). Se trata de un requisito sustancial y no meramente formal para la constitución de sociedades, con lo que quedan descartadas, por elección de política legislativa (...), las sociedades unipersonales nacidas de acuerdos de voluntad entre sujetos de derecho privado, denominadas también ‘sociedades de cómodo’”.

<sup>222</sup> Vítolo, *Iniciación en el estudio del derecho mercantil y de la empresa*, 2ª ed., 2005, p. 276.

<sup>223</sup> Vítolo, *Iniciación en el estudio del derecho mercantil y de la empresa*, 2ª ed., 2005, p. 276. De la misma opinión, en la doctrina colombiana, Narváez García - Narváez Bonnet, J. - Narváez Bonnet, O., *Derecho de la empresa*, 2008, p. 102.

nal —o gerencia profesional (...)— es una imposición de los tiempos modernos. Existen, cada vez más, profesionales especializados en la conducción y administración de empresas, y la movilidad horizontal en las gerencias de empresas del mismo ramo o actividad es un fenómeno frecuente en nuestros días”<sup>224</sup>.

Finalmente, tampoco puede soslayarse la dinámica que se produce entre quienes aportan el capital y los que conducen la empresa; dinámica que puede llegar a encarnar cierto conflicto de intereses: quienes “han aportado el capital para el emprendimiento empresarial, tienden a la obtención de un máximo de lucro, pues carecen de otro interés al encontrarse disociados del poder empresarial. Los que conducen la empresa, por su parte, tenderán no solo a la supervivencia de la misma, sino también al crecimiento y la expansión, utilizando la variable del *riesgo empresarial*, concepto totalmente opuesto al de *seguridad* que ilumina el razonamiento del inversor”<sup>225</sup>.

Para concluir esta propeútica no podemos dejar de mencionar otro problema adicional, que suma conflictividad a los intentos de determinación de la autoría criminal en el ámbito empresarial. Dijimos recién que una de las características de la empresa moderna está dada por una tendencia a la escisión entre titularidad de la misma y conducción. Si esto ya representa cierta dificultad, con mayor razón habrá inconvenientes cuando el nombramiento del administrador resulte jurídicamente ineficaz. Actualmente los casos de administración de hecho de una empresa son cada vez mayores<sup>226</sup>. Y los problemas jurídico penales —desde la perspectiva de la imputación— que esta realidad genera son innumerables: la realidad económica —expresa García Cavero— “presenta, en situaciones cada vez más numerosas y variadas, ciertos problemas de imputación de responsabilidad penal para aquellas personas que ejercen fácticamente funciones de administración en la empresa, pero que formalmente no son titulares del cargo de administrador —esto es, desde el caso de un nombramiento con defectos civiles, hasta la inexistencia del mismo—. Si por determinadas circunstancias no existe un órgano debidamente nombrado (...), la calificación jurídica que el tipo penal requiere en determinados casos (delitos especiales) puede significar la

<sup>224</sup> Vítolo, *Iniciación en el estudio del derecho mercantil y de la empresa*, 2ª ed., 2005, p. 277.

<sup>225</sup> Vítolo, *Iniciación en el estudio del derecho mercantil y de la empresa*, 2ª ed., 2005, ps. 277 y 278.

<sup>226</sup> Desde la perspectiva de la doctrina mercantilista, Allende, “Administradores de hecho”, en AA.VV., *El directorio en las sociedades anónimas. Estudios en homenaje al profesor consulto doctor Carlos S. Odriozola*, 1999, p. 277, conceptualiza la figura del administrador de hecho de la siguiente manera: “... aquellos individuos que, por ejemplo, han sido designados como tales en base a una deliberación irregular (en razón de falta de quórum, mayorías no alcanzadas, defectos en la convocatoria, etcétera); o que, habiendo sido formalmente designados ha expirado el término por el cual fueron elegidos y han sido reemplazados, o han sido removidos antes de la expiración del término, y en tales supuestos no se ha hecho saber la cesación en su cargo y su reemplazo correspondiente; o cuya investidura, afectada por causas de incompatibilidad o inhabilitación, desemboca en la remoción y esta es desoída por tales administradores; o cuando aún sin contar con una investidura formal poseen una marcada injerencia en la administración de la sociedad, ejerciendo de hecho o de facto (...) los poderes propios de los administradores regularmente designados”.

impunidad, tanto del administrador de derecho, como del de hecho. En el primer caso por no tener la calificación personal exigida por el tipo penal para poder ser autor, y, en el segundo, por el principio de accesoriedad de la participación<sup>227</sup>.

La combinación de los diversos problemas reseñados ha conducido a que, desde una perspectiva político-criminal, se hayan elaborado distintas respuestas para abordar la criminalidad sucedida en el ámbito empresarial; propuestas que van desde soluciones intermedias que, negando la posibilidad de responsabilizar penalmente a los entes ideales, postulan ora su punibilidad a título contravencional (con lo cual se traslada el problema del ámbito del Derecho criminal al del Derecho penal administrativo), ora la utilización —a su respecto— de medidas de seguridad, hasta el surgimiento de una fuerte corriente de opinión que propugna, directamente, la consagración de un doble sistema de imputación.

Por nuestra parte nos hemos ocupado en investigaciones anteriores de las distintas dificultades que existen en nuestro ámbito jurídico—desde una perspectiva constitucional— a los fines de utilizar las estrategias político criminales recién enunciadas<sup>228</sup>. Por eso siempre nos ha parecido conveniente centrar el esfuerzo en la búsqueda de instrumentos de imputación individual que permitan establecer la responsabilidad del titular de la empresa o, en su caso, de los directores, administradores o—en fin— de quienes ostentan la conducción de aquella y que hubiesen intervenido en el hecho punible<sup>229</sup>.

Entre estos diversos instrumentos—v. gr., autoría mediata, cláusulas de actuación por otro— la doctrina particulariza, con esta finalidad, la utilización de las estructuras típicas omisivas.

Veamos.

Puede decirse que la estructura de la omisión en general y, en especial la forma de la comisión por omisión u omisión impropia, se revela—en la opinión de algunos autores (luego explicitaremos nuestro criterio al respecto)— como un medio especialmente apto para superar las dificultades que ofrece la escisión entre acción y responsabilidad en el ámbito de la criminalidad de los entes colectivos<sup>230</sup>.

<sup>227</sup> García Cavero, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, 1999, ps. 26 y 27.

<sup>228</sup> Cesano, *Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica. Formulaciones teóricas, realizaciones normativas y derecho comunitario en el ámbito de la criminalidad económica*, 2006, ps. 45 a 62.

<sup>229</sup> Cesano, *Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica. Formulaciones teóricas, realizaciones normativas y derecho comunitario en el ámbito de la criminalidad económica*, 2006, p. 67 y siguientes.

<sup>230</sup> Así, Lascano, "Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales", en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*, 2001, p. 388, refiere que "... la solución más eficaz para un importante sector de la doctrina actual es acudir a la estructura de la omisión impropia para atribuir responsabilidad a los superiores jerárquicos en la organización empresarial, que no hubiesen evitado que el hecho delictivo se ejecutase por parte de sus subordinados".

Siguiendo a García Cavero<sup>231</sup>, es dable señalar que esta fundamentación a través de las formas omisivas se ha pretendido realizar sobre dos parámetros: a) por un lado se ha recurrido a la figura de la comisión por omisión con base en una posición de garante del titular de la empresa frente a los delitos cometidos desde la empresa y, por el otro, b) se ha propuesto la creación de un deber de vigilancia del titular de la empresa frente a posibles delitos cometidos desde la misma. A continuación nos ocuparemos de cada una de estas estrategias:

Los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión son las infracciones del deber de impedir un resultado de un delito de comisión.

Una de las características centrales de estos tipos radica en la posición de garante, respecto del bien jurídico, en que debe encontrarse el omitente<sup>232</sup>.

<sup>231</sup> García Cavero, *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª ed., 2007, t. I, p. 695.

<sup>232</sup> Sobre este aspecto existe consenso en la doctrina actual. Así, Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, 1987, p. 389; Righi, *Derecho penal. Parte general*, 2007, p. 366, y Rusconi, *Derecho penal. Parte general*, 2007, p. 397. Junto con este elemento distintivo, la doctrina señala, además, el siguiente: la exigencia de un resultado y el nexo de imputación entre la omisión y aquel. Los problemas que se vinculan con este elemento no son menores. En efecto, los grandes modelos de desarrollo del dogma causal son incapaces de argumentar una relación de causalidad en la omisión. Es que aún conserva toda su fuerza el hecho que—en lo que respecta a los delitos de omisión impropia— esta posibilidad (causalidad) resulta inasible para una sistemática que nunca podrá explicar como algo (concretamente: un resultado) puede ser consecuencia de la nada (una omisión). Esto permite comprender los sucesivos fracasos del positivismo para encontrar, en la omisión impropia, una acción causal que fundamentara la imputación del resultado. En rigor, las tesis causales puras—y en esto seguimos la observación de Benavente Chorres, *La omisión: concepto e imputación objetiva*, 2006, p. 113— en atención a las características respecto de aquella categoría (causalidad) que manejan, no estarían en condiciones de explicar el fenómeno de la responsabilidad del omitente por el resultado acaecido ya que se trataría de una categoría proveniente de las ciencias naturales y, como tal, libre de valoraciones, en tanto que la responsabilidad a título de omisión se desenvuelve en un terreno puramente normativo. Frente a esta constatación, pareciera que la respuesta más convincente debe reconducirse al empleo de las reglas normativas propias de la imputación. Por eso afirmamos que la relación que debe existir entre el resultado no evitado y la omisión, no es una relación de causalidad sino de imputación objetiva. Dicha relación se da cuando la acción omitida hubiera evitado el resultado producido. Sobre estas bases ya no se trata de afirmar la causalidad real de la omisión respecto del resultado, sino la causalidad potencial de una acción no llevada a cabo. Ahora bien ¿cómo saber que la conducta omitida podría haber evitado el resultado? El problema tiene su complejidad por cuanto, en el caso concreto, esa situación no es empíricamente verificable, sino que se trata de una relación hipotética derivada de la razón y la experiencia. En nuestra doctrina, autores como Fierro, por ejemplo, acuden a la aplicación de un procedimiento intelectual que invierte la *conditio sine qua non* y, en lugar de comprobar si, suprimida mentalmente la condición examinada el hecho hubiese sucedido o no, examina si, realizada hipotéticamente la acción debida por parte del sujeto, tal acción hubiese tenido efecto impeditivo del resultado ocurrido (*Causalidad e imputación*, 2002, p. 370). En otras palabras: en vez de utilizar el método de la supresión mental hipotética, emplearíamos el de la inclusión mental hipotética. Otra cuestión discutida es el grado de certeza que requiere esta respuesta en orden al efecto de la inclusión de la conducta debida. La teoría dominante puede sintetizarse así: al garante "solo se

En la doctrina comparada, una de las formas de cubrir los vacíos de punibilidad que pueden derivarse de los delitos ocurridos en el ámbito de la empresa consiste en la configuración jurídico penal de una posición de garantía del titular de aquella. Si bien

le puede imputar el resultado (...) cuando la acción omitida hubiera impedido aquel con una altísima probabilidad, con una probabilidad de máximo grado, con una probabilidad rayana en la seguridad o en la certeza..." (Gimbernat Ordeig, *La causalidad en la omisión impropia y la llamada "omisión por comisión"*, 2003, p. 28). No obstante ello —y sobre todo a partir de las dificultades prácticas de aplicar la fórmula de la probabilidad rayana en la seguridad— otro sector de la doctrina intenta superar esta dificultad apelando al concepto de disminución del riesgo. Así, Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, 1987, p. 391, se inclina por esta solución expresando que existe una infracción del deber de actuar ya cuando el omitente hubiera reducido con su acción claramente el peligro que corría el bien jurídico. Estas cuestiones también tienen incidencia al momento de fundar la responsabilidad del empresario (cuando se trata de una empresa individual) o del director o administrador. Y en el precedente "Storchi y otros", la jurisprudencia fijó un criterio en esta materia al expresar que: "Storchi era el presidente de la empresa que tenía a su cargo —por contrato firmado por él mismo— el control del natatorio, poseyendo además la facultad de establecer el número de personas a emplear —entre ellos lógicamente los guardavidas— y a determinar las remuneraciones, las altas y las bajas de dicho personal empleado; y de realizar las mejoras que estimara necesarias, entre ellas, obviamente, las que hacían a la seguridad del personal y de los usuarios. Sin embargo, a pesar de las importantes mejoras que se realizaron inicialmente en el ámbito del natatorio, al momento del hecho no se había destinado en el lugar el número de guardavidas necesario según la exigencia reglamentaria que ya se analizara, ni se había implementado la plataforma sobreelevada que (...) hubiese significado —cuanto menos— una drástica disminución a niveles permitidos del riesgo de producción del resultado dañoso que posteriormente se vio realizado con la muerte de [la menor] (...). Tomar dichas medidas, cognoscibles para él por estar contenidas en la reglamentación de la actividad de empresario en el ámbito deportivo que desarrollaba como profesión habitual, como el propio Storchi reconociera en su declaración, hubiese significado un esfuerzo práctico y económico menor en relación a la importancia económica y social del emprendimiento que tenía a su cargo. Sucintamente en doctrina se exige en los delitos de omisión, para que un resultado pueda ser imputado a una inactividad: a) o bien que la acción omitida hubiera evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad —doctrina dominante—; b) o bien que se dé la certeza o seguridad de que la acción hubiera impedido el resultado típico —doctrina minoritaria—; c) o bien que la acción omitida hubiera disminuido el riesgo de la producción del resultado —doctrina también en minoría—. Sin embargo, como bien sostiene (...) [Gimbernat Ordeig], siendo que la que se ha denominado 'doctrina dominante', para poder zanjar el problema que se suscita cuando la evitación del resultado depende de la ulterior intervención de un tercero —en el caso de autos, la omisión de Storchi de proveer el segundo guardavidas y la plataforma sobreelevada en el natatorio del club 'All Boys'— la solución habrá que buscarla en el nivel de riesgo permitido de los focos de peligro y en si el correspondiente garante —en este caso el mencionado Fernando Storchi— ha cumplido o no con su obligación de mantener en ese nivel —o de reconducirlo a él, en el supuesto de que hubiera sido ya sobrepasado— el foco de peligro causante del resultado típico (...) siendo que, como se dijo, la implementación de los medios de aseguramiento requeridos habría evitado muy posiblemente el riesgo de producción del resultado o disminuido a un nivel permitido el riesgo de su producción" (para el texto del fallo, cfr. LL, 2007-E-493). Más allá de dejar aquí planteadas estas cuestiones, lo específico de su desarrollo torna necesario su abordaje a través de un trabajo autónomo.

desde hace mucho se ha reconocido, en el tratamiento doctrinal, la posición de garantía del titular de una empresa por los delitos cometidos por sus empleados; el debate sobre su fundamento dogmático no tiene mucha antigüedad.

En el caso del Derecho positivo argentino, empero, existe una dificultad adicional: la posible imputación, a través de una figura omisiva impropia, choca frontalmente con la inexistencia de tipificación a su respecto.

Ciertamente existen legisladas, en la parte especial del Código argentino, algunas figuras omisivas impropias<sup>233</sup>; pero la gran mayoría de hipótesis delictivas que pueden guardar relación con el empleo de esta estructura omisiva en el ámbito empresarial no se hallan tipificadas. En tales casos, nuestros autores reconocen que el empleo de este medio aparece como la emanación de una suerte de Derecho consuetudinario<sup>234</sup>; objetable, desde una perspectiva constitucional, por la clara tensión que produce respecto del principio de legalidad (art. 18, CN).

¿Cómo solucionar esta tensión?

Perdomo Torres, en una enjundiosa investigación, ha sistematizado alguna de las metodologías elaboradas al respecto. Así —recuerda el autor colombiano— que, en la concepción de Heinrich Henkel, dado que el legislador se encuentra frente a una gran variedad de posibles posiciones de garante cuyos elementos individuales pueden ser variados e ilimitados, "... le resulta imposible la sistematización de dichas posiciones mediante la formación de tipos especiales. Por esto, le queda como única alternativa apartarse del intento de regulación especial y casuística y fijar la meta en la elaboración de conceptos generales e indeterminados. Solo una cláusula general, según Henkel, puede ayudar a recepcionar esta diversidad casuística; pero no se debe tratar de una norma especial susceptible de aplicación, sino de una cláusula general que tenga solamente una función regulativa y que le dé al aplicador del derecho una directiva para la toma de decisión en el caso concreto. En consonancia con esta cláusula general le corresponde a la jurisprudencia (...) en trabajo conjunto con la doctrina, la interpretación general de las posiciones de garante y su explicación a través de la puesta en relieve de grupos de casos"<sup>235</sup>.

Fieles a esta concepción, algunas legislaciones han intentado solucionar el problema merced a la introducción, en la Parte General de los códigos, de determinados criterios para determinar la posición de garante; estableciendo, además, una cláusula de equivalencia entre la acción y la no evitación del resultado que caracteriza esta forma de omisión.

<sup>233</sup> V. gr., el art. 144 *quater*, inc. 1º, CP.

<sup>234</sup> Así, tempranamente, Bacigalupo, *Lineamientos de la teoría del delito*, 2ª ed., 1986, p. 122, expresaba que: "[s]u reconocimiento por la doctrina y la jurisprudencia se funda, por lo general, en el *derecho consuetudinario*".

<sup>235</sup> Cfr. Perdomo Torres, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, 2001, ps. 44 y 45. La obra de Henkel, sintetizada por el autor, se intitula *Das Metho-denproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1961, ps. 179 a 193.

Esta tendencia legislativa fue iniciada, en los códigos más recientes, por el párrafo 13.1 del CP alemán<sup>236</sup>; siendo continuada por diversos códigos de aquella región<sup>237</sup>.

Lo mismo ha sucedido en Latinoamérica. Así, el Código Penal de Colombia, en su art. 25, párrs. 2º, 3º y 4º, expresa que: "... Quien tuviere el deber jurídico de impedir el resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o la ley. Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones: 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio. 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas. 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas. 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente. Los numerales 1, 2, 3 y 4 solo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales"<sup>238</sup>.

Otros textos, de nuestro ámbito cultural, incluyen cláusulas similares<sup>239</sup>.

En el caso de la Argentina, el Código vigente no posee una cláusula en esta dirección. Sin embargo, esta tradición no ha sido extraña a los diversos proyectos de reforma que se han elaborado<sup>240</sup>.

<sup>236</sup> La norma en cuestión expresa: "Quien omita evitar la consumación de un tipo penal será penado, según este Código, solo si jurídicamente tiene que responder de que no se produzca la consumación, y cuando la omisión corresponda a la realización del tipo penal a través de un hacer".

<sup>237</sup> Así, por ejemplo, arts. 11 del Código español, 2º del Código de Austria, 10 del Código de Portugal, 40 del Código de Italia, entre otros. El Código Penal francés, por el contrario, no introduce una cláusula expresa en esta dirección; resurgiendo, en la doctrina de ese país, las preocupaciones vinculadas con esta forma de imputación y la garantía de legalidad (al respecto, cfr. Larguier, *Droit pénal général*, 15ª ed., 1995, p. 23 y ss.).

<sup>238</sup> En la doctrina colombiana, sin embargo, algunos autores han considerado que esta cláusula no resultaba necesaria. En este sentido, por ejemplo, Perdomo Torres, *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano*, 2001, p. 15, ha expresado que "... si las acciones y omisiones son convertibles en supuestos de hecho determinados (...) no se le puede otorgar una relevancia jurídica que fundamente responsabilidad. De igual forma, resulta superflua e imprecisa la consagración de un precepto en el cual se establezca que el comportamiento punible puede ser realizado por acción y omisión, pues desde ya es claro que estas trivialidades, propias del estado contingente de una organización, no aportan las bases sobre las cuales se puedan imputar conductas en derecho penal". Pese a ello —aclara el autor— "el texto legal existe", por lo que resulta conveniente y casi obligado "la búsqueda de las ventajas sistemáticas que una norma como esta puede aportar".

<sup>239</sup> V. gr., arts. 13, párrafo 2º del Código de Brasil; 3º, 2ª disposición, Código de Uruguay; 15, Código de Paraguay, entre otros.

<sup>240</sup> En efecto, un análisis de los distintos textos elaborados con la finalidad de sustituir, integral o parcialmente, el Código vigente, pone en evidencia que varios han sido los documentos que

Recientemente, sin embargo, los desarrollos de nuestra dogmática se han mostrado un tanto escépticos respecto de esta solución, prefiriendo un abordaje del problema a partir de la regulación expresa de los tipos omisivos impropios en la Parte Especial del Código Penal. La razón por la cual no convence aquella técnica regulatoria (en la Parte General) puede sintetizarse de la siguiente manera: si —como hemos dicho— existen unos pocos tipos omisivos impropios escritos, no se explica la razón por la cual deba apelarse a una fórmula general para elaborar analógicamente los que no han sido escritos. Los argumentos que se basan en supuestas dificultades de técnica legislativa no tienen más sentido que los que se oponían al *numerus clausus* en los países que consagraban el *crimen culpae*<sup>241</sup>.

De hecho, aun en aquellos países —como el caso de Uruguay— en donde se regula la cuestión en la Parte General del Código, la doctrina —por argumentos similares a los recién expresados— opina en forma crítica respecto de la solución adoptada. Así, Cervini y Adriásolá sostienen que "[l]a fórmula de los delitos de comisión por omisión no solo lesiona los principios de legalidad y taxatividad al derivar en una creación jurisprudencial de equivalencias, sino que también importa el riesgo de que, interpretada con un criterio funcional, termine siendo un mecanismo de imputación que caiga en la responsabilidad objetiva al borrar toda distinción entre *doio* y *culpa*"<sup>242</sup>. De

incluyeron reglas de este tipo. El primero, en esa dirección, fue el Proyecto de 1960, el cual, en su art. 10, además de establecer una cláusula de equivalencia en su párr. 1º, introdujo algunos matices que permitirían afirmar ya la previsión de ciertos criterios materiales para definir la posición de garante. En igual dirección se desarrolló el Proyecto de 1973. El Proyecto de 1974, en su art. 14, hacía referencia a que el deber de actuar debe ser jurídico. Se trataba de una cláusula de equiparación simple porque solo se refería a dicho deber, no estableciendo otro parámetro de equiparación. El Proyecto de 1979 previó en su art. 10 la comisión por omisión, regulando las posiciones de garantía conforme a las fuentes formales de la misma, esto es, la ley, el contrato y la injerencia o actuación precedente. También incluyó una cláusula para regular la materia el Proyecto de 1998 de reformas puntuales del Código Penal. Para un minucioso examen de estos textos, cfr. Costa, *Problemas dogmáticos actuales en los delitos de omisión. Los delitos de comisión por omisión y el principio de legalidad penal frente a su regulación en el Código Penal argentino*, en "Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología", Nueva Serie, n° 3, 2000, ps. 64 a 66.

<sup>241</sup> Así, Zaffaroni - Ataglia - Slokar, *Derecho penal. Parte general*, 2000, p. 552. De la misma opinión, Rusconi, *Derecho penal. Parte general*, 2007, p. 402 y ss. De hecho, los Anteproyectos de Reforma del Código Penal de 2008 y 2014 no incluyen ninguna cláusula de equivalencia en su Parte General.

<sup>242</sup> Cervini - Adriásolá, *El derecho penal de la empresa desde una visión garantista*, 2002, p. 221. Y en la nota 355 (ps. 221 y 222) recuerdan la opinión de Enrique Viana Reyes (*Los delitos impropios de omisión y el principio de legalidad*, LJU, t. 101), quien —en idéntica dirección— afirma: "Pero, en cualquier caso, el tipo que emerge de esa complementación es el corolario de una labor interpretativa del juez, en lugar de ser un mandato de la ley. Este acierto conceptual, que esa misma doctrina ensayó justificar infructuosamente, desde el punto de vista constitucional, es el que demuestra cabalmente la radical incompatibilidad de esas formas delictivas con el principio de legalidad, en general, y con el consagrado por la Constitución y la ley uruguayas, en particular. No es

allí que ambos catedráticos afirmen que: "[n]ada impide la tipificación de conductas omisivas impropias, esto es, con círculos de autores cerrados, como lo son muchas de las contenidas en nuestro Código Penal"<sup>243</sup>.

La objeción—decisiva en el pensamiento de Henkel (en el sentido de que esta tipificación llevaría al Código a una extensión desmesurada)—es relativa desde que es responsabilidad del Congreso—responsabilidad que, en nuestra política criminal actual, sin duda se ve desoida<sup>244</sup>—la construcción de un sistema punitivo racional, en donde el Derecho penal sea *la ultima ratio para la protección de bienes jurídicos*; apelando a la tipificación expresa de conductas omisivas impropias, en aquellos casos en donde *realmente* sea necesaria.

Sin embargo—y pese a la indudable inconstitucionalidad de estas formas de imputación—la jurisprudencia argentina viene utilizando, desde hace años, este recurso dogmático para atribuir responsabilidades frente a delitos ocurridos en el ámbito empresario<sup>245</sup>.

admisible que un tipo construido judicialmente cumpla satisfactoriamente con aquello de que nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni tampoco de que la omisión de tal autor, establecida por la interpretación judicial, haya sido expresamente prevista por la ley. De ahí, entonces, la inadmisibilidad de la elaboración doctrinaria de los delitos impropios de omisión en el derecho uruguayo".

<sup>243</sup> Cervini - Adriasola, *El derecho penal de la empresa desde una visión garantista*, 2002, p. 226.

<sup>244</sup> Cfr. Cesano, *Discursos de emergencia y política criminal: tendencias de la política criminal argentina en los albores del siglo XXI*, en "Cuadernos de Política Criminal", Segunda época, n° 86, 2005, ps. 187 a 218.

<sup>245</sup> Así, en un caso en donde se investigaban los efectos (perjudiciales para la salud en general) de la contaminación con efluentes industriales en un curso de agua, por parte de diversas empresas ribereñas, la Cámara Federal de San Marín, *in re* "Averiguación sobre contaminación del río Reconquista" (cfr. *Jurisprudencia Penal de Buenos Aires*, t. 78, sum. n° 361, p. 144), expresó que: "Para estos casos la estructura de los delitos tradicionalmente llamados de comisión por omisión, y más modernamente impropios de omisión, brinda una solución adecuada al problema que se viene tratando: el agente que tiene obligación de actuar en determinado sentido (la llamada posición de garante), mediante una omisión permite que el resultado material se produzca. De aquí se deriva un poder de control sobre las cosas peligrosas, y en el caso de delegación, un deber de cuidado en la elección de su personal según su capacidad y un deber de supervisión general. El titular o directivo no puede librarse de esta posición de garante mediante la designación de garantes auxiliares". Y en el precedente "Storchi y otros", ya citado, el Tribunal Oral n° 1 de la Capital Federal tuvo ocasión de resolver un caso en donde utilizó la omisión impropia para atribuir responsabilidad, por la muerte por ahogamiento de una niña que tomaba clases en la parte profunda de un natatorio, entre otros sujetos, al presidente de la sociedad concesionaria. El Tribunal sostuvo allí que: "Cuando existe *ex ante* una fuente de peligro, el propietario o poseedor—en nuestro caso organizador u operador—efectivo de esas cosas potencialmente peligrosas tiene un deber de evitación que alcanza no solo a los casos de peligros derivados directamente de la cosa, sino también a los que lo hacen de la actuación de terceros—en el caso de Storchi, coordinadores,

Frente a esta constatación—que no es otra cosa que el resultado de la invocación de una larga tradición cultural a favor de la posibilidad de interpretar todo tipo comisivo como omisivo<sup>246</sup>—constituye un deber del operador jurídico establecer criterios lo más firmes posibles que doten de una racionalidad mínima a la utilización de una forma imputativa tan traumática.

Queremos, sin embargo, aclarar algo: desde nuestra perspectiva—y como ya quedó explicitado—la posibilidad de aplicar esta categoría se ve obturada por su tensión con la garantía de legalidad. No obstante, al avizorar la aplicación práctica del instituto a través de la instancia judicial sin que existan, de parte de esa agencia, cuestionamientos mayores, nos vemos obligados a buscar estos criterios; sin mengua de nuestra concepción respecto a la inconstitucionalidad del instituto.

Dos son aquí los problemas que se visualizan: en primer término, el del fundamento de la posición de garante del titular de la empresa y, el otro, relativo a los límites de esta posición.

Veamos cada una de estas cuestiones.

En los orígenes de los desarrollos dogmáticos se propugnó como fundamento de la posición de garante la teoría de las fuentes formales; a saber: la ley, el contrato y la injerencia o conducta precedente. Modernamente, se tiende a abandonar estas fuentes formales, buscando perfilar criterios materiales. Así, Bacigalupo<sup>247</sup> distingue entre: la posición de garante emanada de la existencia de un deber de protección del bien jurídico frente a peligros que pueden amenazarlo (como sucedería en los casos de cuidado de personas necesitadas o de quienes aceptan el cuidado de sujetos que

docentes y guardavidas— cuando el propietario, poseedor u organizador ha omitido previamente las medidas de aseguramiento. Lo anterior implica que el mencionado deber de evitación no tiene como fundamento la responsabilidad por propiedad u organización de la cosa, sino la existencia de una omisión precedente contraria a deber (...). Ahora bien, tal como hemos reseñado previamente ha quedado demostrado en la presente causa la existencia de deberes de aseguramiento que estaba obligado a instrumentar Fernando Storchi, como presidente de 'All Boys 2000 S.A.'—junto al resto del directorio de la empresa—antes de que se produjese la muerte de [la niña], y se señaló además cuál era la fuente de esos deberes—la Ordenanza n° 41.718, publicada el 21 de enero de 1987—. Se dijo [además] que la norma especialmente aplicable era el art. 31 de la citada ordenanza que establece que durante las horas de funcionamiento del natatorio debían estar presentes en el recinto de la misma, dos personas con título de guardavidas, reconocidos por la Municipalidad de Buenos Aires, las que se ubicarán en plataformas sobreelevadas que aseguren la clara visualización de los bañistas, dejando en claro que la dirección competente podrá exigir otro número de guardavidas teniendo en cuenta el funcionamiento del natatorio".

<sup>246</sup> Con su proverbial erudición, Sancinetti recuerda que esta tendencia a la equiparación era conocida desde antiguo. Pese a ello, "las legislaciones derivadas de la codificación no previeron, en general, una 'cláusula de conversión'. Schaffstein enseña que Tiraquellus daba por supuesta como cosa natural la posibilidad de una comisión por omisión, y más bien solo discutía si ella debía ser castigada tan gravemente como la comisión por un hacer activo, o más benignamente" (*Dogmática del hecho punible y ley penal*, 2003, p. 107).

<sup>247</sup> Bacigalupo, *Derecho penal. Parte general*, 1987, p. 392.

realizan actividades de las que pueda resultar un riesgo) y la posición de garante emanada de un deber de cuidado de una fuente de peligro.

Con todo, esta búsqueda de criterios materiales, no ha estado exenta de críticas. En tal sentido, tempranamente, Creus aludía a que tales pautas introducen un inevitable y extenso margen de indeterminación en la tipicidad de estas omisiones; cuestionando —asimismo— la aplicación de la tesis de la vigilancia de fuentes de peligro por cuanto puede mostrarse como desajustada respecto del principio de responsabilidad subjetiva<sup>248</sup>.

Pese a ello —en la doctrina comparada—, autores como García Caveró insisten que —en el estado actual de la cuestión— existiría un franco consenso respecto a que la posición de garantía del empresario no se derivaría de una función de protección de un determinado bien jurídico sino, más bien, de un deber de vigilancia sobre una fuente de peligro. No obstante ello —y en parte por la misma crítica que le habíamos hecho anteriormente a este criterio, en torno a su extrema latitud— García Caveró<sup>249</sup> reconoce que existen, actualmente, numerosos estudios que se han abocado a cumplir esta tarea. Esta profundización en la investigación sobre el fundamento de la posición de garantía ha llevado a que la doctrina penal “configure la posición de garante del titular de la empresa con base en diversos criterios: la injerencia, la relación de autoridad sobre los dependientes o el dominio sobre fuentes de peligro”<sup>250</sup>.

La tesis de la injerencia como fundamento de la posición de garante del empresario es sostenida por cierta doctrina, especialmente, “en aquellos casos en que la producción de un resultado típico (...) sea consecuencia de una actitud criminal colectiva”<sup>251</sup>.

Sin embargo, esta opinión es objetada, entre otros aspectos, por cuanto un tal fundamento difícilmente podrá “ajustarse a los contextos de acción y decisión colectiva, en lo que la acción ejecutiva, el poder de decisión y la base de información necesaria se encuentran difuminados, lo que llevado por Schünemann a sus últimas consecuencias significaría que las modernas formas de organización conducen a ‘una organización irresponsabilidad de todos’”<sup>252</sup>.

Por eso —desde nuestra perspectiva— coincidimos con Schünemann en orden a que el fundamento de la posición de garante del titular de la empresa “puede resultar, pues, tanto de su dominio fáctico sobre los elementos peligrosos del establecimiento como también de su poder de mando sobre los trabajadores”<sup>253</sup>.

El segundo aspecto que debe analizarse es el relativo a los límites de la posición de garante.

<sup>248</sup> Creus, *Derecho penal. Parte general*, 1988, p. 150.

<sup>249</sup> García Caveró, *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª ed., 2007, t. I, p. 696 y siguientes.

<sup>250</sup> García Caveró, *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª ed., 2007, t. I, p. 697.

<sup>251</sup> Reyna Alfaro, *Fundamentos del derecho penal económico*, 2004, p. 157.

<sup>252</sup> Reyna Alfaro, *Fundamentos del derecho penal económico*, 2004, p. 157.

<sup>253</sup> Schünemann, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, 2004, p. 31.

Se plantea aquí la cuestión del círculo de personas por cuyas actuaciones el titular de la empresa resulta garante<sup>254</sup>. El tema, evidentemente, está influenciado por el fundamento que admitamos para la posición de garante.

En tal sentido —y como ya quedó explicitado— nosotros hemos adherido a la concepción de Schünemann. Sobre tal base, podemos efectuar entonces el siguiente distingo:

Quando la posición de garante del empresario se funde en el señorío sobre las cosas y los procedimientos materialmente peligrosos, la responsabilidad recae sobre el titular de esa custodia. Por esta razón, en una empresa en donde se verifica un dominio material escalonado, “cada cotitular de la custodia será responsable según su parte de dominio. Este dominio supone (...) un ámbito espacial de influencia acotado para cada garante, en el que se encuentra el objeto peligroso; con la salida de este ámbito de influencia se extingue el dominio material ...”<sup>255</sup>.

De hecho, en el fallo “Averiguación sobre contaminación del río Reconquista”, el tribunal tuvo muy en claro este distingo al expresar que: “las limitaciones que derivan del principio de legalidad, permiten fundar la responsabilidad del director solo en aquellos casos en que existe una relación de dominio sobre la causa del resultado. Si en una empresa el dominio material se da escalonadamente, cada cotitular de la custodia será responsable según la parte de dominio que mantenga sobre ella (gerente de tal área, jefe de planta, encargado de mantenimiento, del laboratorio, etcétera)”; lo cual supone “un ámbito especial de influencia acotado para el garante, en el que se encuentra el objeto peligroso”.

Con respecto al segundo fundamento de la posición de garante del empresario, este se basa en la responsabilidad de garantía de los superiores por las acciones de sus subordinados. En este caso, el límite o extensión de la posición de garante del titular de la empresa no puede implicar otras medidas de dirección que no sean las específicas del giro; alcanzando únicamente hasta donde el hecho sea expresión del dominio del grupo<sup>256</sup>. Por el contrario, si el subordinado se emancipa, el superior no podrá ser

<sup>254</sup> García Caveró, *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª ed., 2007, t. I, p. 698.

<sup>255</sup> Schünemann, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, 2004, p. 31.

<sup>256</sup> Por eso Gimbernat Ordeig ha expresado que: “Lo único que importa para hacer responder al director de la empresa por una omisión impropia es si el hecho imprudente o doloso que no ha impedido (...) consistió precisamente en que incidió en un foco de peligro relacionado con el establecimiento, provocando ese foco, posteriormente, menoscabos de bienes jurídicos. Por consiguiente, también ha de rechazarse —porque no se trata de hechos relacionados con el foco de peligro— que el dueño que permanece inactivo del negocio tenga que responder por un delito impropio de omisión por la no evitación de eventuales hechos cometidos en el establecimiento tales como hurtos, cohechos, competencias desleales, manipulaciones por parte del *croupier* del casino o por acciones violentas del portero de una discoteca, y ha de rechazarse porque, por una parte, estos hechos punibles no tienen nada que ver con los auténticos focos de peligro de cuyo control está encargado el director de la empresa (...), y porque, por otra parte, (...) ‘al menos sería difícilmente compatible con el uso normal del lenguaje denominar a un trabajador una ‘fuente de peli-

responsabilizado por ese exceso<sup>257</sup>. Si bien respecto de los miembros de la empresa no existen mayores dificultades al respecto, la discusión se torna relevante cuando se analiza la actividad de las personas ajenas a aquella, pero que realizan la actividad típica dentro de la organización de la misma<sup>258</sup>. La doctrina penal actual "se encuentra aquí dividida, en tanto se defiende, por un lado, la limitación del deber de control al personal de la empresa; mientras que, por el otro, se admite en mayor o menor medida una responsabilidad penal también por hechos de sujetos ajenos a la organización"<sup>259</sup>.

Otro problema muy delicado que ofrece esta cuestión es el relativo a aquellas hipótesis en donde el titular del negocio delega parte de sus funciones en los directivos. Este tema es muy actual por cuanto —y de acuerdo a lo ya examinado al inicio de nuestra exposición— hoy es frecuente que el titular de la empresa delegue la administración y gestión en aquellos sujetos. En efecto, la convergencia entre propiedad y administración del negocio responde a las primeras formas empresariales en donde el titular asumía la gestión; circunstancia que ahora no resulta tan frecuente; dado que el desarrollo actual del fenómeno societario ha producido una escisión entre la propiedad y la gestión de aquella.

Esta realidad ha traído como consecuencia que la posición de garantía en la empresa no se plantee respecto del empresario sino respecto de los directivos o administradores de la empresa. "El modelo de la empresa no es más el de la empresa individual, en la que el empresario dirige efectivamente la empresa, sino una empresa en la que los propietarios son solo inversionistas que no entran a tallar en la gestión de la misma"<sup>260</sup>. En estos casos la posición de garantía deberá pasar del empresario a los directivos de la empresa, independientemente de si estos son también propietarios de la misma.

La cuestión se agudiza más en ciertos tipos de sociedades. En tal sentido, tratándose de sociedades anónimas, por ejemplo —sin mengua de lo dispuesto por el art. 266 de la Ley General de Sociedades<sup>261</sup>— la realidad de los negocios "demuestra que en

gro' que tiene que ser vigilada por el superior'..." (*Omisión impropia e incremento del riesgo en el derecho penal de la empresa*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 2001, t. LIV, ps. 18 y 19).

<sup>257</sup> Schünemann, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, 2004, p. 35.

<sup>258</sup> Advierte este extremo Berrueto, *Responsabilidad penal en la estructura de la empresa. Imputación jurídico-penal sobre la base de roles*, 2007, p. 90.

<sup>259</sup> García Caveró, *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª ed., 2007, t. I, p. 698.

<sup>260</sup> García Caveró, *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª ed., 2007, t. I, ps. 699 y 700.

<sup>261</sup> Dispone dicha norma, en su párr. 1º, que: "El cargo de director es personal e indelegable". El precepto es considerado como un "principio imperativo de la regulación societaria, que por ende, está excluido de la autonomía privada" (Solari Costa, "Delegación de facultades en la administración y representación de la sociedad", en AA.VV., *El directorio en las sociedades anónimas. Estudios en homenaje al profesor consulto doctor Carlos S. Odriozola*, 1999, p. 125).

la práctica, la función ejecutiva de la administración de las sociedades medianamente desarrolladas, se trasmite en forma casi total, ya sea en el comité ejecutivo, o en gerentes generales o especiales, en empleados de distintos niveles, o en apoderados designados para actuaciones determinadas o generales; también la delegación se da en asesores externos, en locadores de servicios o mediante un sinnúmero de relaciones que nos presenta la vida de las contrataciones societarias. Así como en su oportunidad se afirmó con razón, que en las últimas décadas se ha producido un desplazamiento del poder de la conducción de la sociedad anónima, desde la asamblea de accionistas, hacia el directorio, hoy se percibe, también claramente, un desplazamiento en ese manejo desde el directorio hacia uno o más empleados jerárquicos (normalmente gerentes), quienes se encuentran en contacto diario con los problemas de gestión, y a quienes se han delegado las facultades de administrar. El directorio se convierte en un miembro anquilosado, estático, con un funcionamiento esporádico y alejado del manejo diario de los negocios de la empresa"<sup>262</sup>.

En situaciones como la recién analizada se producirá, a su vez, una transferencia de la posición de garante ya no en la persona del director sino, por ejemplo, en la de un gerente.

Es indudable que la delegación y su aceptación por parte del delegado implican "una modificación de las competencias y por ende, la creación de una nueva calidad de garante en la persona del delegado. Como se ve, esta circunstancia amplía el ámbito de organización y de responsabilidad del cuadro intermedio de la empresa que recibe el traspaso de la competencia proveniente de su superior"<sup>263</sup>.

Esta constatación genera, a su vez, un interrogante: ¿hasta qué punto podrá exonerarse al superior?

La delegación como eximente de responsabilidad de aquel "solo opera cuando se produce la dotación de dominio, lo que comporta, por lo pronto, que el empresario invista a su delegado de (...) poder de influencia material y de dirección personal. Aquel poder podrá comprender instrumental, capacidad financiera y facultades de paralización de la actividad riesgosa; las competencias de dirección implican la impartición de directrices y, en su caso, la posibilidad de establecer nuevas delegaciones. Dominio significa también información: el delegado debe recibir la formación e información necesarias para observar la función que de él se pretende y que se referirán a los procesos de riesgo que puedan surgir en el ámbito delegado y a los medios de su control"<sup>264</sup>.

<sup>262</sup> Solari Costa, "Delegación de facultades en la administración y representación de la sociedad", en AA.VV., *El directorio en las sociedades anónimas. Estudios en homenaje al profesor consulto doctor Carlos S. Odriozola*, 1999, ps. 125 y 126. A pesar de lo recién afirmado, el autor reconoce que "las grandes decisiones y funciones básicas que asigna la tipología de la administración social, tales como la presentación de balances, la preparación de la memoria —con todo lo que ello significa—, la evaluación sobre la proyección de los negocios y las futuras operaciones, no puede ser materia de delegación" (p. 126).

<sup>263</sup> Ilharrescondo, *Delitos societarios*, 2008, p. 195.

<sup>264</sup> Ilharrescondo, *Delitos societarios*, 2008, p. 195.



No obstante lo explicitado, cierta literatura especializada remarca que este desplazamiento de la posición de garantía en los casos de delegación (del delegante al delegado) no lleva consigo necesariamente la liberación completa de responsabilidad por parte del dueño del negocio<sup>265</sup>. Así, se afirma, que sobre el titular de la empresa permanecerán ciertos deberes de selección, información, control y vigilancia con los que podrían fundamentarse, a su vez, su responsabilidad penal. No obstante se presentan serias dudas sobre si la infracción de estos deberes permite equiparar una omisión a la comisión activa. Por esta razón un sector de la doctrina admite que en estos supuestos se tratará, más bien de una simple participación por omisión (en delito activo) o de una omisión pura de deberes de vigilancia<sup>266</sup>.

Por nuestra parte es necesario distinguir:

La responsabilidad (en estos casos) basada en la omisión pura de deberes de vigilancia, solo puede construirse a partir de una habilitación legal en esa dirección (art. 18, *CN*); regla que resulta ajena al Código Penal argentino, aunque prevista en alguna legislación especial. Por su lado, y con respecto a la posibilidad de que esta cuestión sea tratada como una participación por omisión (en el delito activo) resulta muy atinada la observación que formula Ilharrescondo en el sentido que: "si el órgano de administración delegó totalmente el dominio en el personal de alta dirección y estos últimos han sido investidos de los conocimientos y de los medios para cumplir con sus funciones dentro de la empresa, resulta evidente que se verifica una subrogación de los primeros en el control y vigilancia de los ejecutores inmediatos del delito"<sup>267</sup>.

En estrecha vinculación con la posición de garantía del titular de la empresa se encuentra el castigo al mismo por la infracción dolosa o culposa de un deber de vigilancia de evitar la realización de delitos o contravenciones desde la empresa. Desde un punto de vista político-criminal, este castigo serviría para cubrir los vacíos de punibilidad derivados de las dificultades probatorias de una responsabilidad en comisión por omisión del titular de una empresa complejamente organizada<sup>268</sup>.

En el plano dogmático se trataría de un tipo que solamente podría aplicarse subsidiariamente en el caso de no ser posible una incriminación directa del empresario o sus directivos. Esta configuración dogmática de la infracción del deber de vigilancia "permite ahorrar la demostración de una vinculación del titular o directivo de la empresa con el hecho cometido desde la empresa, bastando la verificación de un defecto organizativo en las medidas de vigilancia. Se trata, por tanto, de un injusto independiente del delito cometido desde la empresa, aunque lo usual es vincular la infracción del deber de vigilancia con la producción de este delito"<sup>269</sup>.

<sup>265</sup> Así, Ilharrescondo, *Delitos societarios*, 2008, p. 195, expresa que "... también ocurre que el delegante no siempre transfiere todo su dominio, reservándose entonces una competencia residual (restos de su posición originaria) respecto al ámbito del delegado".

<sup>266</sup> García Caveró, *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª ed., 2007, t. I, p. 700.

<sup>267</sup> Ilharrescondo, *Delitos societarios*, 2008, p. 198.

<sup>268</sup> García Caveró, *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª ed., 2007, t. I, p. 701.

<sup>269</sup> García Caveró, *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª ed., 2007, t. I, ps. 701 y 702.

Si examinamos la cuestión desde una perspectiva iuscomparada, existe una cláusula que recepta esta propuesta teórica en el Derecho penal administrativo alemán. Nos referimos, concretamente, al § 130 del Cód. de Contravenciones Federal; norma que dispone que: "Quien, en el carácter de propietario o titular de una empresa—dolosa o culposamente—, omitiese adoptar las medidas de vigilancia necesarias para evitar la realización de infracciones amenazadas con pena y vinculadas a la actividad de la empresa, será punible por contravención, si al cometerse una contravención o delito se acredita que la aplicación de la vigilancia debida hubiese evitado esa falta delito".

Si se lo examina con atención, se podrá advertir que dicho parágrafo "crea un deber contravencional de vigilancia (...) que da origen a tipos de omisión propia: el titular de la empresa debe ejercer la vigilancia, control e inspección necesarios para evitar que sus subordinados cometan, con motivo de la actividad de la empresa, infracciones penales o contravencionales. Se entiende, por lo general, que el tipo se cumple con la mera omisión y que el delito o falta constituyen meras condiciones objetivas de punibilidad"<sup>270</sup>.

La doctrina admite que no habría dificultades mayores en instrumentar esta técnica de imputación mientras que la infracción al deber de vigilancia se considere un ilícito administrativo. Pero la cuestión se complica cuando quiere fundarse en aquella infracción una responsabilidad penal *stricto sensu*.

Hay quienes entienden—como sucede con García Caveró—"que una incorrecta administración de la empresa no se muestra aún suficiente para fundamentar desde la lógica del bien jurídico una sanción penal"<sup>271</sup>. Sin embargo, existen autores—como el caso, por ejemplo, de Hilgers<sup>272</sup>— que consideran que el bien jurídico protegido, en este caso (infracción al deber de vigilancia), es el interés público en una organización de la empresa que impida peligros.

<sup>270</sup> Malamud Goti, *Política criminal de la empresa*, 1983, p. 86.

<sup>271</sup> García Caveró, *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª ed., 2007, t. I, p. 703. Por su parte, Ragués i Vallès, "Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales. Problemas de imputación subjetiva", en AA.VV., *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*, 2005, p. 601) objeta esta metodología argumentando que "... esta opción teórica no solo plantea problemas en los que respecta a su compatibilidad con el principio de intervención mínima, sino que surgen serios interrogantes acerca de las consecuencias que una propuesta de este tipo podría tener sobre la realidad empresarial. En efecto (...) uno de los rasgos que caracteriza a las estructuras empresariales es que en ellas no todo el mundo debe hacerlo todo ni tiene tampoco por qué saberlo todo y es precisamente esta posibilidad de dividir el trabajo lo que explica la existencia misma de la empresa como institución. En este contexto, la imposición de deberes muy estrictos de conocimiento a los administradores podría generar un efecto claramente perjudicial para una gestión ágil, por cuanto se echaría a perder una de las principales aportaciones de las estructuras empresariales, como es el de que cada uno pueda concentrarse en lo suyo sin tener que estar excesivamente pendiente de los demás".

<sup>272</sup> Hilgers, *Verantwortlichkeit von Führungskräften in Unternehmen für Handlungen ihrer Mitarbeiter*, 2000, p. 21.

Desde una perspectiva metodológica (y *de lege ferenda*) se discute respecto a la forma en que podría diseñarse esta responsabilidad omisiva; perfilándose dos modelos de regulación: por una parte, la previsión de cláusulas específicas para delitos concretos y, por otra, una cláusula general que declarase punible la infracción por imprudencia de los deberes de control dentro de una estructura empresarial<sup>273</sup>.

Superando el umbral de imputación a título contravencional, el Código Penal español vigente establece en su art. 318 un deber de garantía sobre quienes pudiendo conocer y remediar las infracciones previstas en el Título XV de dicho texto normativo (esto es, delitos contra los derechos de los trabajadores), no hubieren adoptado medidas en tal sentido.

En el sistema positivo argentino encontramos algunas disposiciones que podrían aproximarse a esta concepción. Así, por ejemplo, el art. 48 de la ley 25.156 (Ley de Defensa de la Competencia) dispone, en lo que aquí interesa que: "Cuando las infracciones previstas en esta ley fueren cometidas por una persona de existencia ideal, la multa también se aplicará solidariamente a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales de dicha persona de existencia ideal que (...) por la omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción..."<sup>274</sup>.

En la actualidad, es indiscutible que la empresa se ve enfrentada a una realidad bipolar: puede ser tanto objeto de agresiones perpetradas en su perjuicio<sup>275</sup>; pero, por otro lado, también puede constituirse en un ámbito muy adecuado para la realización de comportamientos ilícitos, con afectación a intereses diversos a los de la corporación.

En este último ámbito —al rechazar la responsabilidad penal de la empresa en sí misma— se hace necesario adoptar instrumentos de imputación "aptos para golpear a los reales sujetos-agentes"<sup>276</sup>. Entre estos instrumentos, tanto desde ciertos sectores de la doctrina como en el ámbito jurisprudencial, se destaca la utilidad de las estructuras omisivas.

<sup>273</sup> Ragués i Vallés, "Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales. Problemas de imputación subjetiva", en AA.VV., *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*, 2005, p. 601.

<sup>274</sup> Otras normas que se aproximan a esta orientación son el art. 8º de la ley 20.680 (Ley de Abastecimiento) y el art. 144 de la ley 24.241 (Sistema Integrado de Jubilaciones). Al respecto, cfr. Cesano, *Estudios sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica. Formulación teórica, realizaciones normativas y derecho comunitario en el ámbito de la criminalidad económica*, 2006, ps. 108 y 109.

<sup>275</sup> Y para ello, la criminalización de los denominados delitos societarios —como sucede, por ejemplo, en el Código Penal español— representa una experiencia interesante. Al respecto, y con una clara metodología multidisciplinar, cfr. García de Enterría, Javier, *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Civitas, Madrid, 1996; 1ª reimpr., 2000.

<sup>276</sup> Lo Monte, "Prólogo", en Cervini - Adriasola, *El derecho penal de la empresa desde una visión garantista*, 2002, p. VIII.

No obstante ello, la particular situación normativa que —al menos en la Argentina— presenta esta categoría dogmática torna necesario que seamos muy precavidos.

Por de pronto, la fundamentación de la posición de garante —que caracteriza a los tipos omisivos impropios— requeriría que, para predicar esta situación respecto del titular de la empresa o —teniendo en cuenta la escisión entre propiedad y gestión— de sus administradores y directores, el Poder Legislativo prevea, con relación a los delitos que podrían asumir esta característica, la tipificación particular de dichas conductas, en la parte especial del Código. Los riesgos de que, a través de esta actitud, pueda efectuarse un aporte respecto del irresponsable proceso inflacionario de que da cuenta la política criminal argentina reciente, deben ser revertidos, precisamente, por el mismo Congreso que debe abandonar sus pulsiones de política oportunista y afrontar el diseño de una verdadera política criminal en donde, el Derecho penal vuelva a ser la *«ultima ratio»* para la protección de bienes jurídicos.

Pero no podemos permanecer ciegos frente a la tradición cultural existente en virtud de la cual —en la mayoría de los casos— la agencia judicial tolera esta forma imputativa (comisión por omisión). Por ello —y a pesar de nuestro convencimiento con relación a su inconstitucionalidad— debemos tratar de construir ciertas pautas de racionalidad en la utilización de esta categoría; criterios dogmáticos que —como los desarrollados *supra*— buscan, por un lado, dar un fundamento preciso a la fuente de posición de garante del empresario y, de otra, explicitar los límites de esta posición; en particular —y con relación a este último aspecto— teniendo en cuenta las situaciones derivadas, por ejemplo, de la ya aludida escisión entre dominio y gestión o de los problemas vinculados con la delegación de la administración.

También —y como una perspectiva *de lege ferenda*— podría utilizarse la tipificación, como delito de omisión propia, de la infracción al deber de vigilancia del titular de la empresa o de quien se encarga de su gestión; como una forma imputativa subsidiaria.

El Derecho penal moderno —y el Derecho penal económico no escapa a esta apreciación— se caracteriza, entre otros aspectos, por un crecimiento en la utilización de los tipos omisivos<sup>277</sup>. Esto puede resultar entendible en la medida que, desde la propia Constitución, se impone un modelo de Estado social de derecho<sup>278</sup>. Sin embargo, también resulta evidente que la proliferación de estas formas de imputación provoca una mayor interferencia en la esfera de libertad de los individuos (si se la coteja con la de los tipos comisivos). Por eso, Mantovani, expresa que el problema político criminal del delito omisivo consiste en la ardua tarea de individualizar un punto de equilibrio entre el principio de excepcionalidad (en atención a la referida mayor interferencia que supone la imputación omisiva) y el principio de solidaridad<sup>279</sup>. Dicho en sus pala-

<sup>277</sup> Para una brillante síntesis de la evolución de la utilización de las formas omisivas, cfr. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., 2007, ps. 127 y 128.

<sup>278</sup> Al respecto, cfr. Cesano, *El bien jurídico protegido en los delitos contra el orden económico: una contribución para su determinación*, en "Revista de Derecho y Tribunales", nº 6, feb. 2008, ps. 14 a 16.

<sup>279</sup> Al respecto, formula interesantes reflexiones en la doctrina colombiana, Perdomo Torres, J. E., "Dos cuestiones actuales en la dogmática del delito de omisión: sobre la supuesta acce-

bras: «Mentre il 'diritto penale dell'azione' reprime il 'male', il 'diritto penale dell'omissione' persegue il 'bene'. Ma fino a che punto? E qui sta un inquietante interrogativo della moderna politica criminale, poiché diritto penale di comandi, con funzione promozionale, rischia di trasformare in diritto penale da strumento di tutela di beni giuridici a strumento di 'governo della società'. Con i connessi pericoli di strumentalizzazione politica e le tensioni coi principi di necessarietà e tassatività del diritto penale»<sup>280</sup>. Por todo ello consideramos que el desafío está en que, la búsqueda de efectividad, no opaque las necesarias exigencias de taxatividad y determinación<sup>281</sup>. Precisamente, bajo esta premisa hemos intentado construir nuestra propuesta.

### § 16. «Iter criminis»

«Uno de los desafíos más descolantes a los que han de hacer frente los científicos actuales es el de transmitir la idea de que es preciso gestionar la incertidumbre» \*

#### a) Principios generales

El camino hacia el delito se compone de ideación del delito y resolución, su preparación, la ejecución, la consumación y el agotamiento.

soriedad y sobre solidaridad", en *El funcionalismo en derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, 2003, ps. 260 a 269.

<sup>280</sup> Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., 2007, p. 128. En la doctrina alemana, Klaus Günther ha señalado como esta utilización desmedida de los delitos omisivos imprudentes (propios de una sociedad de riesgo) no es más que una de las manifestaciones de un cambio de paradigma en lo que concierne al concepto mismo de delito: de la vulneración de un derecho se ha pasado a la infracción de un deber. Tan pronto —dice el autor— "como el comportamiento previo contiene en sí un riesgo cualificado queda fundamentada la posición de garantía —aunque ex ante no se pueda contar objetivamente con resultado alguno—. Sin embargo, entonces se trata, en fin, tan solo de la infracción de un deber" ("De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber: ¿un 'cambio de paradigma' en el derecho penal?", en *La insostenible situación del derecho penal*, 2000, p. 505). Sobre este cambio de paradigma, cfr. Alcácer Guirao, *Sobre el concepto de delito: ¿lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, 2003. También, con una específica referencia al Derecho penal económico, véase Volk, "La dogmática clásica de la parte general ¿amenazada de extinción?", en *La verdad sobre la verdad y otros estudios*, 2007, p. 150.

<sup>281</sup> Lo Monte, "Prólogo", en Cervini - Adriasola, *El derecho penal de la empresa desde una visión garantista*, 2002, p. XII.

\* Cfr. De Grey, "El mantenimiento del sentido de la proporción respecto al miedo a lo desconocido", en *Este libro le hará más inteligente: Nuevos conocimientos científicos para mejorar su pensamiento*, 2012.

La *ideación* es un elemento netamente subjetivo, ajeno a la posibilidad de cualquier tipo de punición.

La *resolución* es el momento volitivo en el cual el agente decide exteriorizar su plan delictivo. También queda fuera del ámbito de la punición.

*Cogitationis poenam nemo patitur.*

La *preparación* se integra con aquellos actos destinados a determinar las circunstancias de tiempo, lugar y modo, logrando los elementos para llevar adelante el acto delictivo.

La *ejecución* es el período que va desde que el sujeto comienza a realizar los actos destinados a cometer el hecho delictuoso, hasta su finalización, previos a la consumación.

La *consumación* es cuando el hecho llevado a cabo por el sujeto activo encuadra en forma perfecta en la figura delictiva.

Por último, el *agotamiento* es cuando el agente obtiene lo que perseguía con la comisión del hecho delictuoso.

La tentativa es el punto de inicio de la posibilidad de endilgar responsabilidad a los intervinientes en un hecho delictivo, sea a título de autoría, instigación o participación. No parece que su regulación independiente y en una regla jurídica de la Parte General de los códigos penales sea demasiado antigua. Más de doscientos años no le han servido a la dogmática para resolver estos problemas.

Se trata de una figura delictiva cuya abstracción es superior a la de las figuras particulares. No obstante, ha de reducirse dicha abstracción a cada una de la figura que la admiten, según los requisitos especiales que se requieren para su imputación (art. 42, CP).

#### b) Derecho penal nuclear

«La ciencia actual manifiesta una mayor incertidumbre, cuando sus éxitos instrumentales aumentan rápidamente su conquista del mundo y del hombre, su poder expansivo.

Es este movimiento y esta eficacia lo que la legitiman: ella triunfa; su éxito provoca reacciones contrapuestas, se pasa de uno a otro extremo, o bien provoca un rechazo radical justificado por los efectos descontrolados (incontrolables) de sus aplicaciones» \*

Por regla, solo son punibles los actos de *ejecución* y *consumación*. Los actos *preparatorios* solo son castigados cuando se los regula en forma independiente por el

\* Balandier, *El desorden. La teoría del caos y las ciencias sociales. Elogio de la fecundidad del movimiento*, 3ª ed., 1993, p. 40.

peligro que *in se* encarnan para bienes jurídicos de carácter supraindividuales. Habrá que tener en cuenta si el acto preparatorio es castigado en el mismo título que el delito consumado o tentado o si se encuentra en un título diferente. En el primer caso, será absorbido —mediante la teoría del concurso de leyes y mediante subsidiariedad implícita— por la tentativa o la consumación, como la tentativa es absorbida por la consumación. La excepción se encuentra en los delitos de emprendimientos, en donde la tentativa y la consumación propiamente dicha se encuentran equiparadas como consumación genérica y, no pocas veces, también los actos preparatorios.

El *agotamiento* se suele castigar independientemente, cuando la conducta es llevada a cabo por un tercero ajeno al agente del delito consumado. En estos casos, el *agotamiento* de algunos delitos retrocede frente a la *consumación* de delitos diferentes. Quien ha consumado no responde, a la vez, por el agotamiento de su hecho delictuoso. En este caso estamos ante un concurso de leyes por *consumación*. Los terceros que no hayan intervenido a título de autores, partícipes o instigadores en el delito consumado, pueden responder por tal delito que transforma en nueva figura consumada el agotamiento.

El delito de *peligro abstracto*, por ser el último escalón susceptible de afectación al soporte material del bien jurídico es insusceptible de tentativa punible puesto que en tal caso se violaría el principio de lesividad<sup>282</sup>.

El delito de *omisión propia* no admite tentativa. En el caso del delito de *omisión impropia* normalmente la tentativa quedará abarcada por la comisión de un delito previo.

La distinción entre la tentativa y los delitos de peligro radica en que en la primera hay dolo de consumación.

Por último no hay tentativa de tentativa.

#### 1 · Accesoriedad

La teoría de la tentativa comparte con la teoría de la participación su carácter *accesorio*. Los casos de tentativa están sujetos a tipos (previstos en la Parte General de los códigos penales) que, a su vez, son accesorios de las figuras previstas en la Parte Especial de los códigos penales. Ergo, desde un punto de vista formal, las figuras de tentativa son figuras dependientes o complementarias de punición. Es punible la tentativa de un hecho subsumible en una figura delictiva; no así el hecho de la tentativa *per se*.

De la conjunción de las reglas de la Parte General con la Parte Especial, surge una nueva figura. V. gr., de la simbiosis entre: “*El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias*

<sup>282</sup> Balcarce, *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª ed., 2014, ps. 66 y 67.

*ajenas a su voluntad ...*” (art. 42, Libro Primero, CP) y “*... al que matare a otro ...*” (art. 79, Libro Segundo, CP), surge el tipo de la tentativa de homicidio: “*El que con el fin de [matar a otro], comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad ...*” (cfr. arts. 42 y 79, CP).

Hay que tener en cuenta que la Parte General del Código Penal tiene por objetivo simplificar su redacción evitando repeticiones absurdas. En tal sentido, las reglas de la tentativa no son aplicables sin su fusión con una figura delictiva. Se entiende, pues, que la tentativa, sin perjuicio de ser un tipo autónomo, solo existe si la Parte Especial del Código Penal prevé un delito de consumación con el cual relacionarla.

Existen diferentes teorías que se disputan el fundamento<sup>283</sup> de la punibilidad de la tentativa.

#### 2 — Teorías que justifican su punibilidad

Según la posición que se tenga sobre la finalidad de la legislación penal, será el grado de represión anterior a la punición de la consumación del delito. La represión aumenta teniendo en cuenta se trate de protección de bienes jurídicos (Birnbach), protección de los elementales valores de la acción desde el punto de vista ético-social (Welzel) o la protección de la vigencia de la norma (Jakobs). En los últimos años la discusión se ha centrado en la lesión de determinados presupuestos imprescindibles para el funcionamiento social, bajo la designación de bien jurídico o el mantenimiento de la configuración social consistente en garantizar la vigencia de la norma. Para la primera, la punición por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; mientras que para la segunda, se conforma en base a la infracción del deber<sup>284</sup>.

Fue Feuerbach el que inició la fundamentación de la punición de la tentativa de carácter *ontológicamente* objetivo basada en la peligrosidad de la acción, en el sentido de posibilidad objetiva de producción del resultado (causalismo). Era el resultado de la idea de la Ilustración de la estricta separación entre Derecho y Moral. Fue producto de las ideas liberales y del contrato social. Sus consecuencias son: 1) impunidad de los actos preparatorios; 2) la menor punición de la tentativa; 3) la impunidad de la tentativa absolutamente inidónea.

Las *teorías objetivas* son aquellas concepciones que fundamentan la punibilidad de la tentativa en función de su peligrosidad<sup>285</sup>. Al igual que el delito consu-

<sup>283</sup> Sobre el tema, Freund, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre*, 1998, p. 268 y siguientes.

<sup>284</sup> Serrano-Piedecabras Fernández, *Fundamentación del injusto de la tentativa*, 2001, p. 17.

<sup>285</sup> Mañalich Raffo, *La tentativa y el desistimiento en el derecho penal. Algunas consideraciones conceptuales*, en “Revista de Estudios de la Justicia”, n° 4, año 2004, disponible en [www.de-](http://www.de-)

mado, requiere un acontecer objetivamente antijurídico<sup>286</sup>. En el delito consumado se castiga la acción que ha causado el resultado; en la tentativa se castiga la acción causalmente adecuada para producirlo. Se comienzan a distinguir tentativas idóneas e inidóneas según su plausibilidad para producir el resultado. Por último, la tentativa (idónea, en todo caso) es un hecho menos grave y, por tanto, ha de castigarse con menor pena que la consumación.

La visión normativista, posterior al causalismo, encontró una gran cantidad de elementos subjetivos distintos del dolo en las figuras delictivas. Al observarse la gran cantidad de los mismos y que en la tentativa el dolo es un elemento subjetivo del entuerto, poco tiempo quedaba para que el dolo pasara al tipo (argumento de la tentativa<sup>287</sup>). Fijado el dolo de la tentativa en el tipo, las distintas posiciones (clásica, neoclásica, finalista, funcionalista) prestaron aquiescencia a la tesis.

Fue también el neokantismo el que descubrió el enorme número de componentes normativos del tipo. Así, los elementos normativos jurídicos, sean requeridos del presupuesto lógico de la norma o que anuncian la existencia de causas de justificación genéricas concurrentes. Entre ellos, un vocablo a veces expreso, a veces implícito: *idoneidad*. Esta situación daría origen a una suerte de tipo normativo bajo el nombre de imputación objetiva o (in)adecuación social (Larenz, Engisch, Honig, Welzel).

En la actualidad, las teorías objetivas se han reconvertido en teorías apegadas a la *imputación objetiva*. De los tres escalones por el cual recorre esta atribución normativa —elevación del riesgo por encima de lo tolerado, realización del riesgo en el resultado, resultado comprendido dentro del ámbito de protección de la norma—, se detiene en el primero a fin de verificar que superó el riesgo tolerado sin que este se haya realizado en el resultado abarcado por el ámbito de protección del tipo. Esta posición normativa no puede dejar de lado los elementos fácticos-jurídicos-científicos-culturales, subjetivos e intersubjetivos. Finalmente, se verifica *ex post* si se ha producido un estado de peligro (resultado jurídico).

La introducción del dolo como elemento subjetivo del injusto del delito intentado trajo como consecuencia que el mismo también perteneciera al ilícito del delito consumado. El finalismo dualista (relación equilibrada entre desvalor de acción y desvalor de resultado) dio fundamento a la concepción subjetiva. La concepción subjetiva se remonta al Derecho romano, remozada luego por los glosadores y postglosadores: *cogitare, agere, sed non perficere*. Al planteo objetivo de Feuer-

recho.uchile.cl/ce/rece/rece4/archivos/tentativa%20y%20desistimiento%20\_JPM\_corregido%20\_16\_.pdf, p. 140.

<sup>286</sup> Frister, *Derecho penal. Parte general*, 2011, 23/1, p. 463.

<sup>287</sup> Welzel, *Derecho penal alemán*, 1993, p. 90.

bach, simultáneamente, se le opuso el pensamiento de Tittman que fundamentaba subjetivamente la tentativa.

Entendía al delito intentado como la voluntad delictiva. Las teorías subjetivas aseguran que la punición de la tentativa se sustenta en la puesta en marcha, por parte del agente, de una voluntad hostil o enemiga respecto del Derecho. La tentativa se justifica ya a partir del ilícito de la motivación del hecho, que reside en la realización del tipo subjetivo<sup>288</sup>. Toda conducta que, según la *representación del agente*, contravenga un mandato o una prohibición jurídico-penal. De otro modo, el comienzo de ejecución de la tentativa, vendrá determinado por la existencia de una voluntad manifestada de lesionar el bien jurídico, con independencia de lo próxima que la acción se encuentre de la lesión. Sus artífices fueron, en Italia, el positivismo criminológico (Garófalo) y, también, la promoción del finalismo por Welzel. Sus consecuencias son: 1) tendencia a la ampliación de la esfera de los actos ejecutivos punibles; 2) igual punición de tentativa y consumación; 3) punición de la tentativa absolutamente idónea.

El pensamiento totalitario germano consideró al hecho delictivo, no como ataque a determinados bienes jurídicos individuales, sino como la lesión de las normas de conducta que sirven al bien común, como contravención a las obligaciones que incumben al individuo frente a la comunidad. Lo importante no es el resultado externamente producido, ni la capacidad objetiva de la acción de producirlo, sino la representación que el autor tiene de su hecho que pone de relieve su posición de aceptación o rechazo del Derecho. Esta idea ha sido reflatada en la actualidad por Jakobs.

Por otra parte es donde se profundiza la promoción de los delitos de emprendimiento o de empresa. En los delitos de emprendimiento, la tentativa y la consumación (y muchas veces, incluso los actos preparatorios) se encuentran equiparados, en cuanto a su punibilidad. Pueden ser expresos —cuando la ley prevé específicamente la equiparación— o implícitos —cuando la ley prevé figuras con resultados y otras con elementos subjetivos volitivos de tendencia interna trascendente—.

El finalismo monista (prevalencia absoluta del desvalor de acción sobre el desvalor del resultado), descendiente de Armin Kaufmann (y su teoría de las normas<sup>289</sup>), y cuyos principales exponentes han sido Struensee y Zielinsky, elimina toda alusión al desvalor de resultado, fundándose la punibilidad en el nudo desvalor de acción. Así, el paradigma de injusto es la tentativa acabada. La verdadera distinción, pues, no radica en la de delito tentado y delito consumado sino en la de tentativa inacabada y tentativa acabada<sup>290</sup>. La tentativa inacabada infringe una nor-

<sup>288</sup> Frister, *Derecho penal. Parte general*, 2011, 1/23, p. 463.

<sup>289</sup> Kaufmann, A., *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, 1977, p. 98.

<sup>290</sup> Zielinski, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, 1989, p. 163.

ma distinta que la tentativa acabada, mientras que existe identidad en cuanto a la norma transgredida por la tentativa acabada y la consumación. El resultado, en su caso, una mera casualidad (o, intraanalíticamente) una condición objetiva de punibilidad. La prohibición hace referencia siempre a una acción final.

En la teoría social del Estado la teoría subjetiva tiene un impulso decisivo como resultado de atribuirse a aquel una función preventiva. Es que al Estado intervencionista le corresponde una función activa en el juego social.

Un desprendimiento de esta es la *teoría del autor* (v. Liszt) cuya base es la mala voluntad comprobada y, con alta probabilidad, subsistente.

Basándose en consideraciones preventivo-especiales, la doctrina de la *peligrosidad del autor* estima no punible toda voluntad manifestada contraria al ordenamiento jurídico, sino solo aquella que se ha demostrado suficientemente peligrosa para un bien jurídico determinado<sup>291</sup>. La teoría comporta una gran imprecisión para distinguir entre actos preparatorios y ejecutivos.

En Jakobs, el motivo de la represión del conato<sup>292</sup> es la expresión de quebrantamiento de una norma. La "vigencia de la norma" opaca al bien jurídico protegido, castigando meras contravenciones sin fundamento material. *Infracción normativa* implica un daño a la vigencia de la norma y no la lesión efectiva de un objeto del bien jurídico. El fundamento penal, entonces, de la tentativa es exactamente el mismo que el de la consumación. Sin embargo, ante la diferencia de pena entre tentativa y consumación, estima que el quebrantamiento de la norma puede estar más fuertemente objetivado en la consumación que en la tentativa, lo que lleva a una culpabilidad más completa<sup>293</sup>. Solo puede perturbar una expresión de sentido comunicativamente relevante. El razonamiento jakobsiano, fundado en la radical reducción de la realidad descrita por la ley a puros predicados de valor conduce a una falacia normativista, consistente en argumentar en base a conclusiones circulares (tautológicas)<sup>294</sup>.

En las teorías que pretenden fundamentar la punibilidad de los institutos penales siempre existe un cuasidilema. Las teorías objetivas corren el peligro de caer en un *versari in re illicita*. Por el contrario, las teorías subjetivas tienen el defecto de caerse en el abismo del *Derecho penal de autor* o en un *Derecho penal de ánimo*.

Las *teorías mixtas*, en las que bien prepondera la óptica objetiva o subjetiva, se introducen ciertos baremos de la doctrina contraria.

<sup>291</sup> Farré Trepal, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, 1986, ps. 21 y 22.

<sup>292</sup> Cicerón, *Catilinarias*, 1961, caps. V y VI.

<sup>293</sup> Jakobs, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., 1997, p. 860.

<sup>294</sup> En este sentido, Serrano-Piedecasas Fernández, *Fundamentación del injusto de la tentativa*, 2001, p. 74.

La *teoría de la impresión* justifica la sanción no solo en la voluntad delictiva demostrada, sino también su impresión sobre la generalidad; sin exigir, sin embargo, una puesta en peligro efectivo, que no concurre en todas las tentativas. Se intercala entre lo objetivo y lo subjetivo. En realidad, parte de la teoría subjetiva de la tentativa y en ella encuentra su fundamento; sin embargo, pretende restringir el conjunto de hipótesis punibles apelando a criterios de carácter objetivo. La vigencia del orden jurídico y la confianza de la comunidad en el Derecho yace en sus tuétanos; por tanto, el comportamiento que produce una conmoción social, por su peligrosidad abstracta, ingresa en el estrato de la tentativa. Sus consecuencias político-criminales son: 1) adopción de criterios objetivos para la delimitación de actos preparatorios y actos ejecutivos; 2) atenuación facultativa de la pena de la tentativa; 3) impunidad de la tentativa irreal.

En la actualidad, acentuando la óptica represiva, la punición de la tentativa (comienzo de los actos de ejecución) se funda en un doble vector. La formulación sintetizada establece que el fundamento de la punición de la tentativa estriba en la necesidad de pena por razones preventivo-generales o preventivo-especiales. Necesidad de la pena que normalmente se deduce de la *puesta en peligro dolosa próxima a la realización típica*; pero que también, de forma excepcional, se puede inferir de una *infracción de la norma* (de flanqueo) que provoque una perturbación del Derecho que se mantiene en una acción próxima al tipo<sup>295</sup>. Con estas teorías se expande el Derecho penal, castigando meras infracciones de deber (*Pflichtwidrigkeit*) o apelando a la peligrosidad criminal (vestigio del positivismo criminológico).

Desde la estructura del particular pensamiento de Jakobs la tentativa no solo se funda en la elevación del riesgo, sino en la realización del resultado *lesión de la norma*. En el juicio de imputación objetiva juega un papel destacado el análisis de si un comportamiento encaja dentro del riesgo permitido o si, por el contrario, ha sido ejercido de una forma tal que pueda catalogárselo como creador de un riesgo jurídicamente desaprobado. Este primer elemento de la imputación objetiva permite ver con relativa claridad que aun cuando muchas actividades sociales generan lesiones a los bienes jurídicos el Derecho penal no reacciona ante cualquiera de estos atentados, sino solo frente a aquellos que provengan de conductas que hayan sido desarrolladas por fuera de los predios de lo tolerable. No se trata entonces de negar la importancia de los bienes jurídicos para el Derecho penal, sino de recalcar que lo que fundamenta su intervención no es la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, sino el despliegue de una actividad que habiendo sido llevada a cabo por fuera del riesgo permitido supone una forma indebida de ataque contra el bien jurídico<sup>296</sup>. Como

<sup>295</sup> Roxin, *Derecho penal. Parte general*, trad. de la 2ª ed. alemana, 1997, t. II, 29/10, ps. 436 y 437.

<sup>296</sup> Reyes Alvarado, *El delito de tentativa*, 2014, p. 71.

adelanté, hay un quebrantamiento de la norma cuando el sujeto despliega una conducta "comunicativamente relevante", entendiéndola por tal aquella con la que el autor evidencia su desconocimiento de la norma<sup>297</sup>.

El tipo *objetivo*, a diferencia del delito consumado, se asienta en el desvalor de comportamiento. Su característica es justamente su carencia de desvalor de resultado.

En el tipo *subjetivo*, se puede afirmar que el dolo en la tentativa se corresponde con el del hecho consumado. No existe *per se* dolo de tentativa. El tipo subjetivo de la tentativa es incongruente, por exceso, en relación al tipo objetivo del delito consumado en tanto se exige, en el derecho local, la existencia de un elemento de tendencia interna trascendente ("con el fin del cometer un delito determinado")<sup>298</sup>. Pero, sin excepción, se va desde el comportamiento al dolo y no de este a la conducta externa (principio de exteriorización del hecho).

No existe tentativa a título de dolo directo de segundo grado ni atribuible a dolo eventual. No hay conato de delito culposo, aunque en el ámbito científico —*lege ferenda*— se considera perfectamente factible. Tampoco de los delitos cualificados por el resultado o también denominados preterintencionales. Los casos de dolo alternativo, pues, tampoco es punible a título de tentativa el resultado no producido, puesto que aquí no existe el "fin de cometer un delito determinado" exigido por la ley nacional. Trátase de los casos en que el sujeto activo quiere realizar una determinada acción, pero no sabe cuál de dos figuras delictivas consumará con ella. Siendo punible la voluntad incondicionada de cometer el hecho delictuoso, se excluyen también los casos de *voluntad condicionada de realizar la acción*. En este caso la resolución de agente, sobre si debe o no realizar la acción, es lo que se halla condicionado. No ha decidido aún si quiere actuar. Esto es; la duda se plantea no sobre si se producirá o no el resultado, sino sobre si quiere o no realizar la acción.

En consecuencia, además del dolo, la parte subjetiva del tipo exige un elemento subjetivo distinto del dolo, de carácter volitivo.

Por supuesto, que si el hecho delictivo consumado exige un elemento subjetivo independiente, también deberá darse para configurar el dolo de la tentativa.

En el tipo *normativo* se criban los elementos descriptivos e internos del agente. Normalmente, los delitos de tendencia interna trascendente tienen como piso el peligro abstracto y como techo el peligro concreto. Por tanto, la tentativa muestra

<sup>297</sup> Jakobs, "Tätverstellung und objektive Zurechnung", en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 277.

<sup>298</sup> Una posición doctrinaria semejante a la prevista por la ley argentina, en Schmidhäuser-Alwart, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 1984, p. 158 y ss. Ya lo había expuesto Luden, *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte*, 1836, p. 260 y ss. También Wächter, *Beilagen zu Vorlesungen über das Deutsche Strafrecht*, 1877, p. 209 y siguientes.

que, tanto en los delitos de peligro abstracto como los delitos de peligro concreto, requieren una prognosis *ex ante* acerca de la superación del riesgo no tolerado.

### 3 — Tentativa y error

En el *delito putativo* (también denominado *imaginario*), el sujeto considera que realiza un comportamiento subsumible en una figura delictiva o que es atrapado por una figura delictiva inexistente. Se trata de un error de prohibición al revés y, por ende, su tentativa, impune, a no ser que importe otro delito. Realiza una valoración jurídica incorrecta, creyendo que ordenamiento jurídico es más exigente de lo que es en realidad<sup>299</sup>.

El error sobre la no tolerancia del riesgo realizado a través del comportamiento, atañe a la valoración jurídico-penal misma y, por ende, no punible. Estamos, en todo caso, en una tentativa supersticiosa.

La diferencia entre tentativa inidónea y un delito putativo impune es un paralelo a la distinción entre error de tipo y error de subsunción. En el caso de la tentativa inidónea, el agente yerra sobre la situación fáctica a subsumir en la norma jurídico-penal, estimando que se dan todos los elementos fácticos y jurídicos extrapenales; en el delito putativo, por su parte, sobre la norma jurídico-penal misma<sup>300</sup>, considerando que el hecho sin relevancia penal encuadra en una figura delictuosa. En el primer caso, estamos ante un error de tipo al revés; en el segundo, ante un error de prohibición al revés.

El error de tipo excluye la punibilidad por atipicidad atento a que no existe resultado y, por consiguiente, no puede haber delito culposo.

El error de prohibición; si es inevitable excluye la responsabilidad penal; si es evitable, puede llevar a la disminución o exclusión de la responsabilidad. Criterios preventivos tornan más plausible la última opción.

La *realización del plan delictivo*, como se expresó anteriormente, es el criterio de imputación normativa. En tal sentido, en lo que respecta al adelantamiento de la consumación habrá de tenerse en cuenta que quien eleva el riesgo por encima de lo tolerado que lleva al resultado material, es responsable del último, si ese producto es la realización del riesgo creado. En una valoración normativa de lo sucedido, el autor ha realizado su plan, incluso aunque la realización del riesgo haya tenido lugar un poco antes de lo que esperaba el sujeto activo. Es una desviación no esencial del curso causal (que nunca puede ser controlado en todos sus detalles)<sup>301</sup>.

No obstante, puede haberse producido el resultado previsto por la figura pero no obstante quedar el delito en tentativa en tanto ese resultado no es la realiza-

<sup>299</sup> Farré Trepal, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, 1986, p. 405.

<sup>300</sup> Friester, *Derecho penal. Parte general*, 2011, 23/18, p. 473.

<sup>301</sup> Roxin, *Derecho penal. Parte general*, trad. de la 2ª ed. alemana, 2014, t. II, 29/67, p. 455.

ción del riesgo elevado por encima de lo tolerado a través del comportamiento. Incluso que ese resultado se encuentre justificado objetivamente.

Generalmente no se pune la tentativa de los delitos imposibles.

Hoy es aceptado, *lege ferenda*, que en la tentativa pueden concurrir subjetivamente las tres formas tradicionales: intención, dolo directo de segundo grado y dolo eventual, aunque algunos consideran que el último modo no posee el suficiente merecimiento de pena<sup>302</sup>.

No obstante, en la Argentina, *lege lata*, solo puede cometerse a título de dolo directo. "El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44" (art. 42, CP). La tentativa exige un elemento de tendencia interna trascendente, que será un delito mutilado de dos o más actos en el caso de tentativa inacabada y de resultado cortado en el caso de tentativa acabada.

#### 4 — El comienzo de ejecución

El *principio de ejecución* es el momento en que se considera iniciada la tentativa. Es el punto de separación entre el mundo de lo punible y lo no punible en el devenir del *iter criminis*. Establecer dicho instante resulta necesario, a la vez que complicado.

La fórmula *comienzo de ejecución* proviene del Código Penal francés de 1810 (art. 2º) y pretende salvaguardar el derecho individual *cogitationis poena nemo patitur*. Más aún, llega a los actos preparatorios, los cuales tampoco son susceptibles de sanción.

Varias teorías se barajan sobre la forma de determinarlo:

##### I — Teorías subjetivas

Han existido diferentes clases de teorías subjetivas.

La *teoría subjetiva extrema* (v. Buri) se conformaba con la simple observación de la voluntad. Hay tentativa tan pronto como la intención antijurídica se reconoce de cualquier forma en las acciones cometidas por el sujeto. Además de no poderse dejar en mano de la subjetividad del autor la determinación del momento a partir del cual existe tentativa, el cartabón puede llevar a comportamientos lejanos a la acción típica<sup>303</sup>.

La *teoría del dolus ex re* exige no solo la exteriorización de la voluntad, sino que de la actividad realizada ha de derivarse qué delitos se querían cometer. Al igual que a la anterior se le ha criticado que puede llevar a castigar acciones preparato-

<sup>302</sup> Puppe, *Der halbherzige Rücktritt, zugleich eine Besprechung zu BGHSt 31, 46*, en "NStZ", 1984, p. 488.

<sup>303</sup> Buri, *Zur Lehre vom Versuche*, en "Der Gerichtssaal", 19, 1867, p. 71.

rias alejadas de la realización de la figura<sup>304</sup>. En sentido muy semejante, se elaboró la teoría de la *univocidad o equivocidad*<sup>305</sup>.

La *teoría basada en la firmeza de la resolución* asevera que la pena de la tentativa debe aplicarse tan pronto como la voluntad delictiva ha sido manifestada tan fuertemente en acciones externas que se debe concluir que el sujeto posee la más seria intención de cometer el delito<sup>306</sup>. Aquí empieza a plantearse la necesidad de abordar el plan del autor para verificar si estamos en zona de punibilidad.

Se intentó restringir las teorías subjetivas a través de parámetros complementarios objetivos o subjetivos. En el primer caso, es el agente quien debe responder sobre la cuestión de la firmeza de su resolución; en el segundo, a través de un observador objetivo con la interiorización de las experiencias generales de la vida<sup>307</sup>.

La crítica general a las teorías subjetivas es la ampliación de los actos ejecutivos en desmedro de los actos preparatorios, restringiendo el ámbito de impunidad.

##### II — Teorías objetivas

También son varias las especies de estas tesis.

En la *teoría objetivo-formal* las acciones ejecutivas se identifican con las acciones típicas y, por ello, se entiende que el comienzo de la tentativa tiene lugar con el comienzo de la acción descrita en el tipo, acudiéndose a tal efecto a las figuras delictivas. Lo decisivo es acudir al uso del lenguaje y a la consideración natural de la vida, que trabaja con tales conceptos de preparación y ejecución. Como toda visión formal se encuentra cerca del círculo vicioso, puesto que, justamente, se trata de saber cuándo se realizan o comienzan las acciones típicas.

Las *teorías objetivo-materiales* descartan que podamos encontrar en la ley formal la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, mediante criterios materiales específicos (v. gr., la concepción natural de Frank).

Las *teorías basadas en la causalidad* pretenden realizar la distinción de acuerdo al diverso significado causal que tienen para el resultado.

La distinción *entre causa y condición* hizo que algunos estimaran que aquellas conductas que eran causa del resultado son ejecutivas mientras que las que constituyen una condición del mismo son preparatorias<sup>308</sup>.

<sup>304</sup> Hälschner, *Das preußische Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1975, I, 183.

<sup>305</sup> Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1996, 13/51, p. 337.

<sup>306</sup> Redslob, *Versuch und Vorbereitung: Auf der Grundlage des deutschen und französischen Strafrechts*, 1908, p. 152 y siguientes.

<sup>307</sup> Bar, *Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform*, 1907, p. 514.

<sup>308</sup> Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, 1965, II, p. 504 y siguientes.



Están los doctrinarios que distinguen las condiciones según su consideración concreta y abstracta<sup>309</sup>. También han sido manifestadas las denominadas *teorías del peligro*. Existe una acción ejecutiva cuando existe un peligro objetivo para el bien jurídico. La crítica es que lo difícil es determinar en qué momento podemos hablar de un peligro decisivo.

La teoría del *ataque al bien jurídico* estima que la acción de ejecución tiene lugar cuando la misma se comporta como una agresión para el bien jurídico protegido. La crítica es que reduce demasiado el ámbito de las acciones ejecutivas.

### III — Teorías mixtas objetivo-subjetivas

En general pretenden vincular el plan del autor con criterios descriptivos externos. Parten de las teorías objetivo-materiales concretándolas con este elemento subjetivo.

Baumann entiende que debe juzgarse desde un punto de vista objetivo, por un espectador objetivo que conoce el plan del autor<sup>310</sup>.

Otros parten del peligro directo para el bien jurídico protegido (teoría de la *puesta en peligro inmediata*), concretándolo con la consideración del plan del autor. Este criterio se utiliza adicionalmente para casos dudosos como los delitos de omisión, en la tentativa y en la *actio libera in causa*).

Welzel, de acuerdo a la teoría de la *inmediatez temporal*, aseguró que la tentativa empieza con aquella actividad con la que el autor, según su plan delictivo, inicia inmediatamente la realización del tipo<sup>311</sup>.

Para Zaczyk, el sujeto activo entra en el estadio de la tentativa cuando o bien comienza la ejecución de la acción típica, o bien, cuando menos, con su acción pasa a "tener en su puño" el concreto bien jurídico, de manera que coloque deliberadamente en una situación de inferioridad frente a él al concreto elemento existencial de la libertad atacado<sup>312</sup>.

En el caso de Kratsch hay tentativa cuando el autor ocasiona una situación que no puede ser tolerada por el Derecho penal, pues sin impedirlo no es posible garantizar una protección efectiva del bien jurídico o que resulte suficiente; cuando con un acto parcial, al tiempo se está poniendo en marcha la realización de toda la conducta típica<sup>313</sup>.

<sup>309</sup> Mayer, H., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1953, p. 284.

<sup>310</sup> Baumann - Weber, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1985, p. 523.

<sup>311</sup> Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969, 11ª ed., p. 190. En esta posición, Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1996, 13/57, p. 339.

<sup>312</sup> Zaczyk, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, p. 311.

<sup>313</sup> Kratsch, *Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel (§ 22, StGB) - ein absolut untauglicher Versuch?*, en "Juristische Arbeitsblätter", 1983, p. 428 y siguientes.

Para Vehling la tentativa comienza en el momento en el que la expectativa normativamente fundada de evitar la realización típica ya no puede seguir basándose en la posición social y en el rol unido a la misma. El agente ha creado, mediante su conducta inadecuada al rol, un riesgo jurídicamente desaprobado y el riesgo creado inadecuadamente por el sujeto activo proporciona indicios de la existencia de intención de realización típica<sup>314</sup>.

La posición *descriptivo-subjetivo-normativa*<sup>315</sup> estima que habrá de iniciarse la realización del tipo de acuerdo a la representación individual del sujeto activo<sup>316</sup>, mediante actos externos que intersubjetivamente se consideren dentro del ámbito de tentativa, de acuerdo a lo previsto por el autor.

De nuevo a hurtadillas de Jakobs. Esa concepción tan amplia del riesgo desaprobado, que incluye dentro de sí la "relación de riesgo" de la conducta con un resultado penalmente relevante, es lo que le permite afirmar que la diferencia entre el delito consumado y la tentativa es meramente cuantitativa.

Esto debería conducir a una pequeña pero importante modificación conceptual, pues si lo que interesa para la creación de un riesgo desaprobado es la trascendencia que él pueda tener desde el punto de vista del Derecho penal, es decir su relación con un determinado resultado penalmente relevante, entonces no debería seguirse hablando de la creación de riesgos jurídicamente desaprobados como un elemento de la imputación objetiva, sino que debería hacerse referencia a la creación de riesgos penalmente relevantes como único componente de la imputación objetiva<sup>317</sup>.

Si de tomar decisión se trata, entendemos que el entuerto de la tentativa está conformado por el desvalor de acción y la conformación de un riesgo por el comportamiento (*ex ante*) y el desvalor de resultado (jurídico) la producción de un estado de peligro concreto para el bien jurídico protegido en la figura (*ex post*). Tiene que existir peligrosidad en el intento y un estado de peligro<sup>318</sup>.

El juicio de peligrosidad establece la presencia de un peligro abstracto (límite último de ataque al soporte material del bien jurídico) para el bien jurídico y con él se descartan las tentativas irreales; el juicio de peligro establece la presencia de un peligro concreto y con él se eliminan las tentativas inidóneas.

<sup>314</sup> Vehling, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, 1991, p. 131.

<sup>315</sup> "Nos confabulamos con nuestro lenguaje para que tanto este como nosotros parezcamos especiales" (Davidson, *Subjetivo, intersubjetivo, objetivo*, 2003, p. 142).

<sup>316</sup> *Mutatis mutandis*, Roxin, *Derecho penal. Parte general*, trad. de la 2ª ed. alemana, 2014, t. II, 29/97, p. 464.

<sup>317</sup> Reyes Alvarado, *El delito de tentativa*, 2014, p. 371.

<sup>318</sup> En el mismo sentido, Serrano-Piedecabras Fernández, *Fundamentación del injusto de la tentativa*, 2001, p. 23.

Respecto de la teoría de la norma, la norma de valoración impide tanto en la tentativa como en la consumación la elevación del riesgo por encima de lo tolerado socialmente. En la consumación ese riesgo ha de realizarse en el resultado. El desvalor de acción (normativamente peligrosa) es el fundamento de la tentativa; el desvalor de acción y el desvalor de resultado fundamentan la consumación.

#### 5 — Clases de tentativa y desistimiento

El desistimiento voluntario exime de responsabilidad por la tentativa, en relación al delito consumado, excepto en aquellas partes del comportamiento que constituyan hechos delictivos *per se* (v. gr., no se sigue adelante con el matar a otro pero ya se ha lesionado) consumados a través de la tentativa del otro delito. De otro modo: el desistimiento de un delito-fin (v. gr., homicidio) no excluye la responsabilidad penal por los delitos-medios (por ejemplo, violación de domicilio, lesiones, privación de la libertad) cometidos a fin de lograr aquel objetivo<sup>319</sup>. Quien se reserva la posibilidad de desistir, se reserva también la posibilidad de realizar o no el tipo. No sería plausible, ergo, hacer depender la punición de una diferencia psicológica que no existe.

Para determinar si existe desistimiento voluntario resulta necesario distinguir entre tentativa inacabada o tentativa propiamente dicha y tentativa acabada o delito frustrado<sup>320</sup>. Si es acabada, exigirá una actuación positiva; si es inacabada, no.

Existe *tentativa inacabada* cuando, según el criterio normativo del *plan del autor*, el sujeto activo ha realizado solo algunos de los actos de ejecución que resultan indispensables para llegar a la consumación. Reúne las condiciones de un delito de tendencia interna trascendente mutilado de varios actos.

En cambio, en la *tentativa acabada*, el agente, de acuerdo al mismo criterio de imputación, debe haber realizado todos los actos de ejecución indispensable para que se produzca la consumación, sin que esta se haya producido. Encuadra en los meandros de los delitos de tendencia interna trascendente de resultado cortado.

El desistimiento varía según se trate de tentativa inacabada o tentativa acabada. No obstante, siempre es necesario que el sujeto activo haya ingresado en fase de ejecución.

En la *tentativa inacabada* el desistimiento voluntario tiene el siguiente protocolo. En tanto el agente no haya hecho aún todo lo necesario según su representación del hecho, para realizar el tipo, basta con que abandone la ulterior ejecución del hecho.

<sup>319</sup> Balcarce, *Derecho penal económico. Parte general*, 2ª ed., 2014, p. 74.

<sup>320</sup> Para España, Farré Trepal, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, 1986, ps. 55 y 56.

En cambio, en la *tentativa acabada*, si el sujeto activo ha realizado todas las acciones necesarias, según su plan de comportamiento para realizar el tipo, tendrá que evitar voluntariamente la consumación mediante una actividad contraria o bien, al menos, esforzarse voluntariamente en pos de ello<sup>321</sup>.

Existen distintas teorías para fundamentar la impunidad del desistimiento voluntario. La doctrina alemana recepta la llamada *teoría del premio*, de acuerdo a la que el desistimiento voluntario aparece como mérito al que debe premiarse con el perdón o levantamiento de la pena. En España se funda la impunidad del desistimiento voluntario en la teoría del *punto de plata* (Feuerbach), desapareciendo la necesidad de pena en orden a la prevención.

La voluntariedad del desistimiento se ha basado en las *teorías psicológicas*, según las cuales es voluntario cuando el sujeto no quiere alcanzar la consumación aunque puede y es involuntario cuando no puede aunque quiere o no quiere porque no puede.

Las *teorías valorativas* consideran que el desistimiento es voluntario si obedece a un motivo susceptible de valoración positiva. Si el desistimiento obedece a la racionalidad del delincuente es punible; si es contrario a esa racionalidad es impune.

En la actualidad, para que exista desistimiento impune se impone como criterio normativo el del *retorno a la legalidad* o a la *senda del Derecho*. Como cartabón más importante para el cumplimiento del requisito del desistimiento hay que admitir el de la contrariedad a su plan en el comportamiento del autor<sup>322</sup>.

Para algunos, se trata de una excusa absolutoria. Opino que es un elemento negativo del tipo.

Se distingue entre tentativa *idónea* e *inidónea*. Aquí se repite históricamente la frase remanida en casi todas las categorías de la teoría del delito: "Apenas si existe una cuestión jurídica y, desde luego, ninguna cuestión criminal sobre la cual se haya escrito tanto como sobre la penalidad de la tentativa inidónea"<sup>323</sup>. Doscientos años de meras opiniones.

Según las teorías *objetivas* exigen, para declarar su punibilidad, el cumplimiento de determinadas características objetivas vinculadas con el concepto de idoneidad.

Dentro de las teorías *objetivas*, se encuentran las *formales*. Buscan el límite en criterios previstos en la legislación, como la de la realización parcial del delito consumado (Binding)<sup>324</sup>. Otros aluden a la *falta de tipo*. No hay que confundir la falta

<sup>321</sup> Frister, *Derecho penal. Parte general*, 2011, 23/9, p. 468.

<sup>322</sup> Roxin, *Derecho penal. Parte general*, trad. de la 2ª ed. alemana, 2014, t. II, 30/379, p. 722.

<sup>323</sup> Frank, *Vollendung und Versuch*, 1905, p. 243.

<sup>324</sup> Binding, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, 1877, III, p. 423.

de consumación con falta del tipo de tentativa. Para esta teoría la falta solo de resultado es tentativa; en cambio, en la falta de tipo falta alguna de las otras propiedades relevantes que componen el tipo, excluido el resultado. Con el descubrimiento de los elementos subjetivos. A partir de tal hecho, se concibe la tentativa y la consumación como dos delitos diferentes<sup>325</sup>.

Las otras especies de las objetivas, son las teorías *objetivo-materiales*. La antigua teoría del peligro fue propuesta por Mittermaier, exigiéndose para la punibilidad de la tentativa la existencia de una relación causal posible entre la acción y el resultado. No hay que tener en cuenta lo que ocurrió en concreto, sino lo que podría haber ocurrido en abstracto. Verificar la potencialidad causal de la acción. Distingue, pues, entre tentativa absoluta y relativamente inidónea. En el caso del *objeto* contra el que se dirige el comportamiento debe ser idóneo para que el ataque delictivo sea adecuado. En cambio, se considera que un *medio* es abstractamente inidóneo cuando no puede causar el resultado bajo ninguna circunstancia. Es concretamente inidóneo cuando en sí el medio es adecuado para producir el resultado, pero en el caso concreto ha sido inadecuado. Con posterioridad se distinguió también entre objeto absoluta y relativamente inidóneo.

La *moderna teoría del peligro* parte de la peligrosidad del hecho en concreto y desde una consideración *ex ante* y rechaza, por consiguiente, la peligrosidad abstracta que defendía la posición que se ha expuesto anteriormente y que era considerada *ex post*. La construcción del observador objetivo nace con ella.

La *teoría subjetiva* estima a la tentativa como voluntad delictiva manifestada y, exclusivamente en este aspecto está sustentada su punición. La teoría de la equivalencia de las condiciones es su presupuesto.

La teoría de la *peligrosidad del autor*, también subjetiva, acentúa la peligrosidad del sujeto activo de cometer el delito, cuando el autor no solo pone en peligro el bien jurídico sino también cuando el agente se ha mostrado como un atacante peligroso. La prognosis, como crítica, es imposible de realizar con seguridad.

También se han propuesto *teorías mixtas*.

En un principio la teoría del *plan del autor* fue netamente subjetiva. Mientras que para Kaufmann y Zielinski la base para la calificación jurídica de la acción debe estar referida solo a la representación personal que el autor tenga de ella; para Jakobs, esa representación debe ser además, socialmente inteligible.

La *teoría de la idoneidad objetiva del plan del autor* exige, para que exista una tentativa punible, que la actividad en la forma en que el agente la ha planeado sea adecuada para causar el resultado. Para que exista un peligro para el ordenamiento jurídico, no basta con que el sujeto activo quiera alcanzar la meta delictiva, además es preciso que su voluntad se ponga de manifiesto a través de una acción que,

<sup>325</sup> Serrano-Piedecabras Fernández, *Fundamentación del injusto de la tentativa*, 2001, p. 19.

si fuera como el agente se lo representa, sería adecuada para producir el resultado. La característica demarcatoria de la teoría objetivo-subjetiva elaborada como carabón delimitador denominada *plan del autor* valora desde una perspectiva externa y no según el parecer del agente. El momento objetivo se inserta por vía de la valoración que la sociedad hace del mencionado diagrama del sujeto activo. Juicio emitido por un observador imparcial situado en el lugar del autor y en posesión de todos los conocimientos que aquel tenía antes del hecho. Consiste pues en un criterio normativo social que se limita a ponderar la potencialidad lesiva de la acción. En consecuencia, el peligro lo sitúa en la acción y no concibe que pueda aparecer como resultado.

Siempre hay que tener como presupuesto que el juicio intersubjetivo de peligrosidad se da tanto en los delitos tentados como consumados. La producción del resultado, y consiguiente nexo causal, pueden ser un indicio, pero nunca una confirmación de la peligrosidad de la conducta. Por eso, también en esos casos, la demostración de la presencia de un riesgo en la acción (la formulación de un juicio de peligro) resulta preceptiva por exigencias dimanantes del principio de imputación objetiva: por exigencias político-criminales que proscriben un Derecho penal de responsabilidad objetiva. En la tentativa, el contenido jurídico del peligro se expresaría objetivamente por su grado de proximidad al momento consumativo del tipo de la Parte Especial que corresponda<sup>326</sup>.

La teoría *ontológico-nomológica* afirma que en una tentativa debemos partir del conocimiento de los hechos (conocimiento ontológico) que posee el agente, junto con el saber experimental (conocimiento nomológico) que la generalidad posee. Si la acción realizada es adecuada según los conocimientos nomológicos generales parece adecuada para producir el resultado. La refutación transcurre por el hecho de no existir un criterio distintivo dogmáticamente entre error fáctico y nomológico.

Entre estas teorías se destaca la *teoría de la impresión*, caracterizada por considerar punible fundamentalmente la manifestación de voluntad contraria al Derecho (elemento subjetivo), pero no en todo caso, sino tan solo cuando a través de la misma se produzca en la mayoría de las personas la impresión de corrupción o de conmoción del ordenamiento jurídico. No se advierte un criterio mínimo para delimitar supuestos punibles de aquellos que no lo son.

Desde una perspectiva *ex post*, toda tentativa es inidónea. En principio, pues, solo se puede hacer la distinción apelando a una óptica *ex ante*. La visión de un espectador objetivo situado en el lugar del autor al actuar, con todos los conocimientos y posibilidades de que entonces se dispone. La imputación objetiva (*rectius*:

<sup>326</sup> Serrano-Piedecabras Fernández, *Fundamentación del injusto de la tentativa*, 2001, ps. 122, 123 y 128.

normativa), en uno de los avances más pronunciados, ha distinguido, en su primer escalón (riesgo) la elevación del riesgo por encima de lo tolerado y, como segundo, la realización del riesgo en el resultado. La elevación del riesgo, como primer escalón, se analiza desde una óptica *ex ante*. La realización del riesgo en el resultado, desde una perspectiva *ex post*. De esta manera se abandona el paradigma causalista, donde el resultado demostraba la idoneidad del comportamiento; por el contrario, la falta de resultado significaba la inidoneidad de la conducta. La regla es la punición de la denominada tentativa idónea. La discusión se plantea respecto de la tentativa inidónea.

Entre los autores se distinguen distintas posiciones:

Toda tentativa, desde una perspectiva *ex post*, es inidónea (respecto de la consumación del delito); solamente quedan excluidas de punición las tentativas irreales o supersticiosas.

Desde una perspectiva *ex post* cabe distinguir entre tentativas idóneas e inidóneas (respecto de la consumación del delito); en las primeras concurre un peligro real, mientras que en las segundas un peligro putativo (aparente). En ambos casos, esta peligrosidad debe establecerse *ex ante*.

La misma posición que la anterior, pero distinguiendo entre tentativas inidóneas relativas —punibles— e inidóneas absolutas —impunes—; la distinción se efectúa en base a consideraciones fácticas.

Roxin y su versatilidad político-criminal va demasiado lejos con su visión repressiva. Pretende un homúnculo medio, que conoce el propósito del agente y reúne los conocimientos especiales del mismo. De este modo, pretende que se responda por una categoría denominada "tentativa inidónea peligrosa". Sin embargo, ese homúnculo, supuestamente objetivo, no conoce de la inidoneidad del objeto o del medio. Pretende refutar las teorías filosóficas de la "relación de reconocimiento" o "deconstrucción legal", asegurando que la jurisprudencia no se ocupa de ese tipo de pensamientos, sino de normas legales. En fin, estima que lo que interesa es la teleología de la regla legal. Vale decir, en lugar de aquellas teorías filosóficas, asume como sustento de su propia posición algo tan relativo como la política criminal, pretendiendo que toda agresión a bienes jurídicos es una tentativa<sup>327</sup>. A pesar de su discurso en relación al bien jurídico, apela luego al discurso de la víctima y, con esto, a las ciencias empíricas. La sociedad del riesgo es el *background* de semejante extensión de la punibilidad.

Sin embargo, el autor deja fuera del ámbito de la punibilidad las "tentativas inidóneas no peligrosas". En tal sentido descarta: a) la tentativa supersticiosa (realización de un hecho delictuoso por medios sobrenaturales fuera del ámbito del ries-

<sup>327</sup> Roxin, *Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea*, en "Revista Latinoamericana de Derecho", año V, n° 9-10, ene.-dic. 2008, ps. 294 y 295.

go); b) la representación de un peligro impune (riesgo tolerado), y c) la representación de una extensión intolerable del peligro (se supone la peligrosidad de un medio que en verdad no lo tiene desde el punto de vista de cualquier persona media y razonable; esto es, representación de un peligro inexistente). Se las suele denominar tentativas irreales.

Lo que se denomina *tentativa inidónea peligrosa* queda abarcada, en la legislación nacional, por el *delito imposible*, el cual es castigado con una pena que puede ir de la mitad al mínimo legal, incluso puede el sujeto activo ser eximido de ella, según su grado de peligrosidad revelada por el delincuente (arg. art. 44, último párrafo, CP). Se trata de los casos de inidoneidad del sujeto, objeto o medios. Aquí *ex ante* existe un peligro estadístico (abstracto) para el soporte del bien jurídico, pero que no se realiza en un estado de peligro. No obstante, esta regulación sigue siendo producto de una visión del Derecho penal altamente subjetivista. Es claro que el delito imposible es una especie de tentativa; por tanto, no puede haber tentativa de delito imposible (esto es, tentativa de tentativa).

Por último, están quienes piensan que toda tentativa desde una perspectiva *ex ante* debe ser idónea respecto a la creación de una concreta puesta en peligro establecida *ex post*; por eso toda tentativa inidónea es impune salvo que por sí misma sea subsumible en algún tipo de peligro abstracto.

### c) Derecho penal internacional

«[P]ese a todas las bestialidades espontáneas y cuasinaturales de la historia universal, nos abandonamos siempre a esa profunda capa de solidaridad en el trato de los hombres entre sí, en el trato de los hombres «face to face»» \*

En este sector, se produce un adelantamiento de la punibilidad mediante la tipificación importada del Derecho angloestadounidense de la conspiración (*conspiracy*). Se encuentra, desde un punto de vista analítico, entre la teoría de la participación y las acciones denominadas *preparatorias* punibles. Regularmente se comprende como un delito autónomo. La realización del hecho principal no constituye un presupuesto de la punibilidad.

En el ámbito internacional, se prevé, sin excepción, la tentativa de todos los crímenes de este tipo. La acción ha de ser un paso importante para la ejecución. Esto es: cuando el objetivo perseguido por el autor se refuerza o confirma. La participación en la tentativa también es punible como así también la tentativa inidónea<sup>328</sup>.

\* Habermas, *Identidades nacionales y postnacionales*, 3ª ed., 2007, p. 113.

<sup>328</sup> Werle, *Tratado de derecho penal internacional*, 2ª ed., 2012, ps. 372 a 376.

No se sanciona a quien desista de la comisión de un crimen o impida de otra forma que se consume, si renuncia íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.

#### d) Derecho penal económico

«Tras la etapa del capitalismo nacional, con su proyección internacionalista/colonialista, el cambio auto-referencial del actual capitalismo global, ¿no puede interpretarse como una suerte de justicia poética, una especie de «negación de la negación»?» \*

En el Derecho penal económico existe la problemática de que la mayoría de las figuras previstas lo son a título de dolo eventual. Por tanto, si se comienza la ejecución con este rasgo subjetivo, no es punible.

Se promocionan en este ámbito los delitos de *emprendimiento*. Son excepciones al principio de que la tentativa se castiga en forma más leve que la consumación. En estas figuras la tentativa y la consumación tienen la misma pena (incluso muchas veces, ciertos actos preparatorios). En estos casos el desistimiento de la tentativa no tiene el efecto de excluir la punibilidad del hecho delictivo<sup>329</sup>.

#### § 17. ¿Culpabilidad o responsabilidad?

«Existe una doctrina sobre la naturaleza y localización de lo mental que prevalece tanto entre los teóricos y aun entre los legos que merece ser considerada la doctrina oficial. La mayoría de los filósofos psicólogos y religiosos aceptan, con algunas reservas, sus tesis básicas, y aunque le reconocen dificultades teóricas, suponen que pueden ser superadas sin que la arquitectura de la teoría cambie» \*\*

El final de la teodicea, en el marco de la teoría del delito, está decantando un Derecho penal vinculado a la convivencia social en una sociedad pluricultural y participativa.

\* Žižek, *En defensa de la intolerancia*, traducción de Javier Eraso Ceballos y Antonio José Antón Fernández, 2008.

<sup>329</sup> Balcarce et al., *Derecho penal. Parte especial. Libro de estudio*, 4ª ed., 2014, p. 56.

\*\* Ryle, *El concepto de lo mental*, 2005, p. 25 (versión en inglés: *The Concept of mind*, 2009, p. 1): «There is a doctrine about the nature and place of minds which is so prevalent among theorists and even among laymen that it deserves to be described as the official theory. Most philosophers, psychologists and religious teachers subscribe, with minor reservations, to its main articles and, although they admit certain theoretical difficulties in it, they tend to assume that these can be overcome without serious modifications being made to the architecture of the theory».

Las nuevas propuestas científicas ponen en crisis la existencia de DIOS, sobre todo a partir del 11 de septiembre de 2001, con el atentado a las Torres Gemelas en Nueva York. La política invierte mucho dinero en pro de favorecer al ateísmo. Se prefiere evitar el mal mayor: al fanatismo terrorista trascendental. El mal menor: el riesgo de sublevación de las masas desposeídas. Como opio de los pueblos, la religión calmaba prometiendo una vida eterna donde los últimos serían los primeros. «La creencia es, en el fondo, una cuestión que depende de un 'autómata que arrastra al espíritu sin que este lo advierta'»<sup>330</sup>. El *burka* de la mujer, que les obliga a tapan el rostro es la imagen de la estrecha abertura de nuestra visión del mundo<sup>331</sup>. La religión, interin, ocupa aquellos espacios inexplorados por la ciencia.

Es así que las nuevas propuestas analíticas suplantán el concepto de *culpabilidad* —de neto corte religioso— por el de *responsabilidad* —con ribetes netamente sociales—, estrato en el que se pretende (por caso, Maurach<sup>332</sup>, Roxin<sup>333</sup>, Bacigalupo<sup>334</sup>) resolver no solo las cuestiones vinculadas a la capacidad para responder por los hechos delictuosos, el conocimiento de la manda y la capacidad de actuar de otro modo, sino también aquello que se concentraba en el cajón de sastre denominado, con anterioridad, *punibilidad*.

#### § 18. Libre albedrío vs. determinismo.

##### Derecho penal y neurociencias

Fue la *Scuola Positiva* (con sus principales exponentes: Enrico Ferri, Cesare Lombroso y Raffaele Garofalo), a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX la que, partiendo de una visión determinista del mundo (coetánea a la visión darwinista del mundo), con base en el mecanicismo causal imperante en el momento, intento suplantár el sistema de penas en un Derecho penal de medidas de seguridad<sup>335</sup>. Al decir de Hassemer, eran los agrimensores de seres humanos<sup>336</sup>. Su legado: un sistema dualista o binario de penas y medidas de seguridad.

<sup>330</sup> Žižek, *El más sublime de los histéricos*, 2013, p. 183.

<sup>331</sup> Dawkins, *El espejismo de Dios*, 2007, p. 419.

<sup>332</sup> La denomina *atribuibilidad*. Véase Maurach - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, 1994, t. 1, 14/22, p. 232.

<sup>333</sup> Roxin, " 'Culpabilidad' y 'responsabilidad' como categorías sistemáticas jurídico-penales", en *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, 1981, p. 57 y siguientes.

<sup>334</sup> Bacigalupo, *Delito y punibilidad*, 2ª ed., 1999, p. 165 y siguientes.

<sup>335</sup> Pérez Manzano, *Fundamentos y fines del derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia*, en "InDret", abr. 2011, disponible en [www.indret.com/pdf/818.pdf](http://www.indret.com/pdf/818.pdf).

<sup>336</sup> Hassemer, *Neurociencias y culpabilidad en derecho penal*, en "InDret", abr. 2011, disponible en [www.indret.com/pdf/821.pdf](http://www.indret.com/pdf/821.pdf), p. 2.

Con posterioridad, sin perjuicio de otras manifestaciones, psicólogos y humanistas, basados en la crítica intelectual de las instituciones y la demolición del sistema de los años '70, promovieron la abolición del Derecho penal, aunque su única oferta concreta era el súper control social a través de un Derecho de medidas de seguridad<sup>337</sup>.

Las ciencias neurales intentan poner nuevamente en crisis las bases tanto de las ciencias duras como de las del espíritu<sup>338</sup>. Al movimiento se lo ha denominado *neurodeterminismo*. La discusión se encuentra *in fieri*<sup>339</sup>.

La neurobiología tiene también qué decir sobre estos temas. En este sentido un sector de la filosofía estima que lo vinculado con el lenguaje pertenece a la filosofía de la mente, es una vinculación entre la mente y la realidad<sup>340</sup>.

La *neuroanatomía* estudia el desarrollo de los sistemas nerviosos. Lo que nos distingue de los otros animales, en la medida en que somos diferentes, se encuentra en el gran tamaño y en las propiedades inusuales de los hemisferios cerebrales.

La *neurofisiología* se encarga del entramado nervioso y sus elementos centrales: las neuronas<sup>341</sup> —cuya forma es de árbol con dendritas ramificadas para la entrada y un único axón para la salida—. Las conexiones entre neuronas, a través de las dendritas, se denominan *sinapsis*. Según la naturaleza del neurotransmisor característico del bulbo y la naturaleza de los receptores químicos que lo reciben del otro lado de la hendidura, la sinapsis será *inhibidora* o *excitadora*. Cuando un impulso de despolarización —denominado potencial de acción u onda— recorre el axón hasta sus extremos presinápticos, su llegada hace que el bulbo terminal libere una sustancia química denominada neurotransmisor a través de la diminuta hendidura sináptica. Existen tres clases de neuronas: las *motoras* (médula espinal)

<sup>337</sup> Plack, *Pläyoder für die Abschaffung des Strafrechts*, 1974, p. 380 y siguientes.

<sup>338</sup> Eicer - Friederici - Koch - Luhmann - Malsburg - Menzel - Monyer - Rosler - Roth - Scheich - Singer, *Das Manifest: Elf führende Neurowissenschaftler über Gegenwart und Zukunft der Hirnforschung*, en "Gehirn und Geist", 6, 13/10/04; Rubia, *El fantasma de la libertad. Datos de la revolución neurocientífica*, 2009, p. 151 y ss. Véase, por caso, el viraje de los filósofos del lenguaje: Searle, *La mente. Una breve introducción*, 2006; Hierro-Pescador, *Filosofía de la mente y de la ciencia cognitiva*, 2005. También, la búsqueda epistemológica de Damasio, "Volver al 'error de Descartes' en el décimo aniversario de su publicación", en *El error de Descartes*, 2010, p. 1. También el análisis de los filósofos sociales: Habermas, *Freiheit und Determinismus*, en "Deutsche Zeitschrift für Philosophie", 6/2004, ps. 871 a 890. También, Meyer, "Roth und Habermas über Willensfreiheit", 29/1/07, en [www.home.uni-osnabrueck.de/luwmeyer/Paper/Roth.Habermas.pdf](http://www.home.uni-osnabrueck.de/luwmeyer/Paper/Roth.Habermas.pdf).

<sup>339</sup> Véase Balcarce, *La culpabilidad: antes y después de la neurociencia*, 2014, p. 77 y siguientes.

<sup>340</sup> Searle, *Intencionalidad. Un ensayo en la filosofía de la mente*, 1992, p. 203.

<sup>341</sup> En los estudios de inteligencia artificial, inevitablemente las neuronas se comparan con las compuertas lógicas en la CPU de un ordenador digital, con sus intrigantes similitudes y diferencias.

que hacen sinapsis sobre una célula muscular; las *sensitivas* que son aquellas cuyo estímulo de entrada es alguna dimensión del mundo exterior al sistema nervioso; las *interneuronas* son variaciones de un mismo tema: entrada dendrítica y salida axónica. Se distinguen en multipolares y bipolares. Las capas formadas por un gran número de neuronas interconectadas constituyen la corteza.

La *neuropsicología* es la disciplina que trata de entender y explicar los fenómenos psicológicos en términos de las actividades neuroquímicas, neurofisiológicas y neurofuncionales del cerebro.

La *neurobiología cognitiva* es un área interdisciplinaria de la investigación cuyo interés es entender las actividades cognitivas específicas que desarrollan las criaturas vivas. Su vitalidad surge de los avances sin parangón de los instrumentos tecnológicos destinados a analizar las microestructuras del cerebro y monitorear las actividades neurales; la aparición de algunas teorías generales sobre la función de redes neurales en gran escala y, por último, los ordenadores modernos han hecho posible que se analicen, de un modo eficiente y revelador, las propiedades funcionales de las estructuras sumamente intrincadas que las recientes teorías asignan a nuestro cerebro<sup>342</sup>.

La *neurofarmacología* tiene como contenido el análisis de las sustancias químicas que puedan servir para prevenir, paliar o curar los problemas de transmisión de las sustancias destinadas al normal funcionamiento del cerebro<sup>343</sup>.

La neurociencia no solo ha producido un repensar el Derecho sino también el ámbito de la filosofía y la ética.

Dos problemas inveterados de la *filosofía de la mente* son: 1) Las otras mentes<sup>344</sup>; 2) La autoconsciencia.

Si se trata de probar la confiabilidad de tus impresiones apelando a tus impresiones, estás argumentando en círculo y no llegarás a ninguna parte<sup>345</sup>.

La pregunta inicial a la que la neuroética fundamental debe dar respuesta es la siguiente: ¿cómo las ciencias naturales pueden profundizar nuestra comprensión del pensamiento moral? Esta pregunta no es nueva, pero lo que sí es relativamente nuevo es la toma de conciencia de la amplitud con que los antiguos problemas

<sup>342</sup> Véase Churchland, P., *Neurophilosophy: Toward a Unified Science of the Mind-Brain*, 1986, p. 35 y siguientes.

<sup>343</sup> Álvarez González - Trápaga Ortega - Morales Valiente, *Principios de neurociencias para psicólogos*, 2ª ed., 2013, p. 63.

<sup>344</sup> Nagel, T., *Otras mentes*, 2000, p. 23 y ss. Expresa este autor, en otra obra, que "... un filósofo preguntará cómo podemos saber que hay algo fuera de nuestras mentes ..." (*¿Qué significa todo esto? Una brevísima introducción a la filosofía*, 1995, p. 5).

<sup>345</sup> Nagel, T., *What does it all mean. A very short introduction to philosophy*, 1987, p. 12. Hay versión en español, *¿Qué significa todo esto? Una brevísima introducción a la filosofía*, 1995, p. 6.

filosóficos emergen en el seno de las neurociencias en rápida evolución, tales como el problema de saber si la especie humana posee en cuanto tal un libre albedrío, lo que significa tener una responsabilidad personal o ser un sí mismo, cuáles son las relaciones entre las emociones y la cognición, o entre las emociones y la memoria<sup>346</sup>. Ya en 1985, Churchland expresaba: "... es el subárea tradicional que llamamos *metaética*, incluyendo la epistemología moral y a la psicología moral, la que resultará informada de forma más dramática por los amplios desarrollos de la neurobiología cognitiva. Y es también la metaética la que ejercerá una influencia recíproca sobre la investigación neurobiológica futura —más específicamente, sobre la naturaleza de la percepción moral, la naturaleza del razonamiento práctico y social, y el desarrollo y corrupción ocasional del carácter moral"<sup>347</sup>.

#### a) *Cuerpo y mente: posiciones*

Los distintos caminos seguidos por la filosofía de la mente y, posteriormente, por la neurobiología se encuentran unidos a la posición de relevantes pensadores. El dualismo tiene su sustento más marcado en Descartes. El verdadero *sí mismo* no es el cuerpo material sino una sustancia pensante no espacial, una unidad individual de elementos mentales muy diferente de nuestro cuerpo material. Esta mente no física interactúa con el cuerpo en forma causal y sistemática.

El *materialismo eliminativo* nace en el pensamiento de Baruch Spinoza quien considera una unidad el cuerpo y la mente.

La inteligencia artificial comienza con Gottfried Leibniz el que, en la segunda mitad del siglo de Descartes (más precisamente, en 1672), construyó una máquina

<sup>346</sup> Evers, *Neuroética. Cuando la materia se despierta*, 2010, ps. 13 y 14.

<sup>347</sup> Churchland, P. M., "Hacia una neurobiología cognitiva de las virtudes morales", en [www.uma.es/contrastes/pdfs/SUPL2001/ContrastesE01-11.pdf](http://www.uma.es/contrastes/pdfs/SUPL2001/ContrastesE01-11.pdf), p. 291. La cursiva es del original. En cuanto a las actitudes proposicionales y la "intencionalidad" (en el sentido de la inteligencia consciente en términos de la psicología tradicional, el autor dice: "... tener contenido o significado es simplemente cumplir una función específica en una economía compleja inferencial/computacional. Y no hay ninguna razón por la cual los estados internos de un cerebro, o inclusive de un ordenador, no puedan cumplir esa función"). Luego agrega: "Hay una ironía histórica en el hecho de que las actitudes proposicionales ocasionalmente hayan sido mencionadas por los filósofos como aquello que permite delimitar lo mental como algo completamente diferente de lo físico. La ironía está en que, cuando examinamos la estructura lógica de las concepciones tradicionales sobre este punto, no encontramos diferencias sino algunas *semejanzas* muy profundas entre la estructura de la psicología popular y la estructura de las teorías paradigmáticamente físicas" (Churchland, P. M., *Materia y conciencia. Introducción contemporánea a la filosofía de la mente*, 2ª ed., 1999, ps. 103 y 104). Sobre *materialismo eliminativo y psicología popular*, véase Ramsey - Stich - Garan, "Connectionism, eliminativism, and the future of folk psychology", en *Philosophy, Mind, and Cognitive Inquiry*, 1990, p. 144.

que podía sumar o restar mediante cilindros rotativos interconectados<sup>348</sup>. La idea, a pesar de estar en contra de Leibniz, fue profundizada por La Mettrie en 1921, lanza al ruedo la idea de que la actividad vital no surgía del principio intrínseco de la materia, ni de alguna sustancia inmaterial, sino de la estructura física y de la organización funcional resultante que la materia podría tener<sup>349</sup>. En 1931, Kurt Gödel publicó un artículo *Sobre las proposiciones formalmente indecidibles y sistemas relacionados*, de donde surgirá su famoso teorema de la incompletitud: toda formulación axiomática consistente en la teoría de los números contiene proposiciones indecidibles; siempre habrá en ellas afirmaciones verdaderas que no pueden demostrarse<sup>350</sup>. En 1937, el matemático inglés Turing<sup>351</sup> publicó otro artículo sobre los números calculables. Allí desarrolló el teorema de Gödel, pudiendo considerarse su trabajo como el origen de la informática teórica. Allí introdujo la denominada *máquina de Turing*, una entidad matemática abstracta que formalizó el concepto de algoritmo y resultó ser la precursora de las computadoras digitales.

El denominado *dualismo* entiende que cada mente es una cosa no física distinta; una sustancia no física; algo que tiene una identidad independiente de cualquier cuerpo físico al que pudiera estar temporariamente unida. El *dualismo sustancial* asegura que cada mente es una cosa distinta no física, algo que tiene una identidad independiente de cualquier cuerpo físico al que pudiera estar temporariamente "unida". Los estados y actividades mentales adquirirían su carácter específico por el hecho de ser estados y actividades de esta sustancia no física única de género.

El *dualismo popular* estima que una persona es literalmente un "fantasma dentro de una máquina": la máquina es el cuerpo humano y el fantasma es una sustancia espiritual cuya constitución interna es totalmente diferente de la materia física pero aún así posee plenamente las propiedades espaciales. En particular, la creencia generalizada es que la mente está *dentro* del cuerpo que controla: dentro de la cabeza, es lo más común, en estrecho contacto con el cerebro.

El *dualismo de las propiedades* no considera ninguna *sustancia* fuera del cerebro, que es algo físico, este tiene un conjunto específico de *propiedades* que no posee ningún otro tipo de objeto físico.

<sup>348</sup> Churchland, P. M., *Materia y conciencia. Introducción contemporánea a la filosofía de la mente*, 2ª ed., 1999, p. 148.

<sup>349</sup> La Mettrie, *El hombre máquina*, 2ª ed., 1962, p. 33 y siguientes.

<sup>350</sup> Nagel - Newman, "El teorema de Gödel", en <http://sistemas.fciencias.unam.mx/~lokylog/images/stories/AlexandriaLogica%20Matematica%20Avanzado/Nagel%20-%20E1%20Teorema%20de%20G%C3%B6del.pdf>, p. 13 y siguientes.

<sup>351</sup> Turing, *Computing machinery and intelligence*, en "Mind. A Quarterly Review of Psychology and Philosophy", vol. LIX, n° 236, oct. 1950, p. 433 y siguientes.

El *conductismo filosófico* afirma que, cuando hablamos acerca de emociones y sensaciones y de creencias y deseos, no hablamos sobre episodios internos fantasmales, sino que se trata de una forma abreviada de hablar sobre modelos reales y potenciales de *conducta*.

Por su parte, el *materialismo reduccionista* estima que los estados mentales son estados físicos del cerebro.

El *funcionalismo*, por su parte, considera que el rasgo esencial o definitorio de todo tipo de estado mental es: 1) el conjunto de relaciones causales que mantiene con los efectos ambientales sobre el cuerpo, 2) otros tipos de estados mentales, y 3) la conducta del cuerpo.

El *materialismo eliminativo* pretende excluir el marco de referencia psicológico por ser una mala representación e incompleta de nuestra naturaleza interna<sup>352</sup>.

Quizás las afirmaciones más extremas de la neurociencia provengan de la última teoría descripta. Cada teoría tiene su propia metodología.

Para el *idealismo* los objetos materiales no existen sino como los "objetos" o "contenidos" de los estados de percepción de mentes conscientes. Para decirlo crudamente, el mundo material no es otra cosa que un sueño coherente. Ahora, si se sostiene que el mundo material es simplemente el sueño de uno, entonces uno es un *idealista subjetivo*. Si se sostiene que el mundo material es el sueño de Dios, un sueño que compartimos todos, entonces uno es un *idealista objetivo*.

La *fenomenología* aduce que la introspección es una suerte de conocimiento supracientífico sobre el yo, una forma especial de conocimiento que se produce a través de la conceptualización.

El *conductismo filosófico* explica el comportamiento como la actividad por todos observable, medible, registrable de los sujetos estudiados: movimientos corporales, ruidos emitidos, cambios de temperatura, sustancias químicas liberadas, interacciones con el medio y demás.

La *psicología cognitiva* pretende explicar las diversas actividades que constituyen la inteligencia —percepción, memoria, inferencia, deliberación, aprendizaje, uso del lenguaje, control motriz y otras—, postulando un sistema de estados internos regidos por procedimientos computacionales, o un conjunto de tales procedimientos en interacción regidos por un conjunto de esos procedimientos. La meta es armar una descripción de la verdadera organización funcional del sistema nervioso humano o del sistema nervioso de cualquier criatura.

La inteligencia artificial es el vástago del cognitivismo<sup>353</sup>.

<sup>352</sup> Churchland, P. M., *Materia y conciencia. Introducción contemporánea a la filosofía de la mente*, 2ª ed., 1999, ps. 24 a 76.

<sup>353</sup> Varela, *Conocer. Las ciencias cognitivas: tendencias y perspectivas. Cartografía de las ideas actuales*, 4ª reimpr., 2005, p. 46 y siguientes.

Según los teóricos de la *inteligencia artificial* que toman el sistema computacional moderno como modelo<sup>354</sup>, no tiene por qué haber diferencia entre nuestros procedimientos computacionales y los que simula una máquina, ninguna diferencia más allá de la sustancia física concreta que sustenta esas actividades. En el ser humano es material orgánico; en el ordenador serían metales y semiconductores<sup>355</sup>.

#### b) La neurociencia frente al Derecho penal

En lo que respecta al Derecho penal, las críticas de los neurocientíficos no afectan tanto a la teoría del injusto (capacidad de acción) como a la teoría de la culpabilidad<sup>356</sup>.

Hoy, las neurociencias, para sus exponentes más extremos, habrían refutado la tesis de que el ser humano actúa en forma libre y voluntaria<sup>357</sup>. Sus armas apabullantes: tomografía por emisión de positrones (PET), imagen por resonancia magnética funcional (IRMF) —escáner cerebral— que mide la actividad hemodinámica cerebral y la *tractografía*<sup>358</sup>. Las ofertas que lanzan a quienes, durante años, han afirmado que no se puede abrir el cerebro para saber lo que se piensa y se decide, es justamente la "lectura del cerebro". El avance tecnológico ha permitido estudiar el encéfalo *in vivo* a través de los estudios de neuroimágenes<sup>359</sup>.

<sup>354</sup> La psicología cognitiva ha adoptado la metáfora del ordenador para pensar sobre la mente.

<sup>355</sup> Churchland, P. M., *Materia y conciencia. Introducción contemporánea a la filosofía de la mente*, 2ª ed., 1999, p. 176.

<sup>356</sup> Feijoo Sánchez, *Derecho penal y neurociencias ¿Una relación tormentosa?*, en "InDret", abr. 2011, disponible en [www.indret.com/pdf/806.pdf](http://www.indret.com/pdf/806.pdf).

<sup>357</sup> Véase un análisis de las preguntas a realizarse sobre el tema en Nagel, T., *¿Qué significa todo esto? Una brevísima introducción a la filosofía*, 1995, p. 27 y siguientes.

<sup>358</sup> En neurociencia, una *tractografía* es un procedimiento que se usa para poner de manifiesto los tractos neurales. Utiliza técnicas especiales de imagen por resonancia magnética (IRM) y análisis de imágenes asistido por ordenador. El resultado se presenta en imágenes bi y tridimensionales. La tractografía se lleva a cabo utilizando una técnica de RM conocida como "Imagen Ponderada por Difusión", que es sensible a la difusión del agua en el cuerpo de forma que se puede utilizar para mostrar su imagen tridimensional. La difusión libre del agua tiene lugar en estas condiciones en todas las direcciones posibles. A esto se le llama difusión "isotrópica". Si el agua difunde en un medio con barreras, la difusión deja de ser uniforme, pasando a ser "anisotrópica". En tal caso, la movilidad relativa de las moléculas a partir del origen tendrá una forma distinta de la esfera. En ocasiones, esta forma se modeliza como un elipsoide, y a esta técnica se la denomina imagen con tensores de difusión. Véase, *Wikipedia. La enciclopedia libre*, <http://es.wikipedia.org/wiki/Tractograf%C3%ADa>.

<sup>359</sup> Pozo Silva, *Imputabilidad penal y mente*, 2010, p. 74. Expresa Churchland: "El 'mal uso' de modos de hablar aceptados con frecuencia es un aspecto esencial del verdadero progreso cien-



No obstante, las teorías de la relatividad (Albert Einstein), de la incertidumbre, de la relación difusa (Heisenberg<sup>360</sup>) y del caos (Edward Lorenz<sup>361</sup>) conspiran seriamente respecto de esta posición.

En muchos casos, como el de los tumores cerebrales<sup>362</sup> que modifican el comportamiento del sujeto volviéndolo inimputable, la neuroimagen ha venido a ratificar que toda teoría científica, tarde o temprano, está destinada a ser suplantada por otra que explique mejor o más cosas que la anterior. En tales casos el proceso penal se halla abierto a través del tipo de prueba en blanco denominado *pericial* y la vía impugnativa prevista bajo el nombre de *recurso de revisión*. La cosa juzgada en contra del condenado tiene mero carácter formal, encontrándose abierto *sine die* su ataque intraprocesal<sup>363</sup>.

A partir de las investigaciones de Libet<sup>364</sup> que demostraron que existe actividad cerebral no consciente con carácter previo a la actividad cerebral consciente, peligrosamente cerca del *quid pro quo*, ha sentenciado el psicólogo Prinz<sup>365</sup>: "no hacemos lo que queremos; queremos lo que hacemos". Por su parte, Roth escribió:

tífico. Tal vez tendremos que acostumbrarnos a la idea de que los estados mentales tienen localizaciones anatómicas y que los estados cerebrales tienen propiedades semánticas" (*Materia y conciencia. Introducción contemporánea a la filosofía de la mente*, 2ª ed., 1999, p. 58).

<sup>360</sup> Cfr. Heisenberg, *Física y filosofía*.

<sup>361</sup> Lorenz, *La esencia del caos*, 2000, p. 36 y ss. Expresa Ghys (*The butterfly effect* 12th International Congress on Mathematical Education Program Name XX-YY-zz (ps. abcde-fghij), 8 July - 15 July, 2012): «In 1972, the meteorologist Edward Lorenz gave a talk at the 139th meeting of the American Association for the Advancement of Science entitled 'Does the flap of a butterfly's wings in Brazil set off a tornado in Texas?'. Forty years later, a google search 'butterfly effect' generates ten million answers. Surprisingly most answers are not related to mathematics or physics and one can find the most improbable websites related to movies, music, popular books, video games, religion, philosophy and even Marxism!».

<sup>362</sup> Consúltese Burns - Russell - Swerdlow, *Right Orbitofrontal Tumor with Pedophilia Symptom and Constructional Apraxia Sign*, en "Archiv Neurology", n° 60, 2003, ps. 437 a 440.

<sup>363</sup> Arocena - Balcarce, *La revisión en materia procesal penal*, 2006, ps. 32 y 33.

<sup>364</sup> Libet, *Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action*, en "The Behavioral and Brain Sciences", n° 8, 1985, ps. 529 a 566; idem, *Mind time. The temporal factor in consciousness*, 2004. Véase también Gazzaniga, *El cerebro ético*, p. 100 y ss.; Rubia (ed.), *El cerebro: avances recientes en neurociencias*, 2009, p. 148 y ss.; Roth, "La relación entre la razón y la emoción y su impacto sobre el concepto de libre albedrío", en *El cerebro: avances recientes en neurociencia*, 2009, p. 113.

<sup>365</sup> Prinz, "Freiheit oder Wissenschaft?", en *Freiheit des Entscheidens und Handelns*, 1996; idem, *Die Reaktions Willensahndlung*, en "Psychologische Rundschau", n° 49, 1998, ps. 10 a 20; Roth, *Das Gehirn und seine Wirklichkeit, Kognitive Neurobiologie und ihre philosophischen Konsequenzen*, 1996, p. 303 y siguientes.

"... el acto consciente de voluntad de ningún modo puede ser el causante del movimiento, porque este movimiento está fijado previamente por procesos neuronales"<sup>366</sup>. El llamado "potencial de disposición de actuar", "potencial de preparación" o "potencial preparatorio motor" (*bereitschaftspotential* —en alemán—, *readiness potential* —en inglés—).

El resultado de la imbricación de la amígdala, el hipocampo y el nudo ventral y dorsal, la memoria emocional de la experiencia (que actúa inconscientemente) tiene la primera y la última palabra en lo que respecta al nacimiento de deseos e intenciones, de manera que las resoluciones tomadas se producen en el sistema límbico uno o dos segundos antes de que podamos percibir las de modo consciente.

Por caso, una lesión en el extremo del lóbulo frontal deja al paciente incapacitado para pensar en alternativas futuras posibles que trasciendan de los asuntos más inmediatos y simples o para distinguir cuidadosamente entre ellos. Los pacientes con lesión en el hipocampo viven un mundo de pesadilla con recuerdos que no llegan a más de unos pocos minutos atrás, excepto aquellos recuerdos originales de los hechos más distantes en el pasado, arraigados antes de que ocurriera la lesión. El tejido cerebral puede ser físicamente perturbado por objetos invasivos; puede ser aplastado por tumores en crecimiento o por presión de fluidos; puede morir y atrofiarse por falta de suministro de sangre localizado, o puede ser destruido selectivamente por enfermedad o deterioro. Según la posición específica, dentro del cerebro, de la lesión producida por cualquiera de estas causas, generalmente resultan pérdidas específicas de habilidades psicológicas del paciente.

Dos temas a tener en cuenta. En primer lugar, la simple correlación de una lesión en la región X con la pérdida de alguna función cognitiva F no significa que la región X tenga la función F. Solo significa que alguna parte de la región X está específicamente involucrada de algún modo en la ejecución de F. En segundo lugar, muchas veces la deficiencia es difícil de describir, como abarca un cambio global en la personalidad del paciente, y algunas veces su descripción es difícil de creer<sup>367</sup>.

La transmisión a través de la unión sináptica es un elemento fundamental en toda la actividad nerviosa, y que dicha transmisión es de naturaleza química. Al recibir un impulso o estímulo, el bulbo terminal axonal libera una sustancia química llamada neurotransmisor que rápidamente se propaga por la cisura sináptica para interactuar con los receptores químicos del otro lado. Cualquier cosa que frustre o exagere estas actividades químicas tendrá un efecto profundo sobre la comunicación nerviosa y sobre la actividad nerviosa colectiva.

<sup>366</sup> Roth, "Worüber dürfen Hirnforscher reden - und in welcher Weise?", en *Hirnforschung und Willensfreiheit Zur Deutung der neuesten Experimente*, 2004, p. 66 y siguientes.

<sup>367</sup> Seguimos a Churchland, P. M., *Materia y conciencia. Introducción contemporánea a la filosofía de la mente*, 2ª ed., 1999, ps. 181 a 210.

Muchos avances se han producido en los productos químicos que son paliativos a estos defectos químicos. Si pudiéramos descubrir la naturaleza y los orígenes de los complejos desequilibrios químicos que subyacen en las principales formas de enfermedad, podríamos curarlas directamente e incluso prevenirlas por completo.

Aunque sin la perspectiva sustitutiva de la pena por la medida de seguridad, también se ha comenzado a tratar las psicopatías como posibles causales de imputabilidad o semi imputabilidad<sup>368</sup>.

Por último, se ven como posibles ciertos *enhancements* (mejoramientos cerebrales)<sup>369</sup>. Es más, existen científicos que afirman como presente la *ciborgización* de los seres humanos: "Dichas tecnologías, una vez que entran en funcionamiento en los diversos aparatos e instituciones de nuestro entorno, hacen mucho más que posibilitar el almacenamiento externo y la transmisión de ideas: constituyen una mejora del nivel de prestaciones mentales, una convulsión cognitiva que modifica y transforma la arquitectura de la mente humana"<sup>370</sup>.

Es indudable que algunos casos que resolvemos en la actualidad con imposición de penas probablemente en el futuro se resolverán gracias a dichos avances neurocientíficos, mediante la opción por medidas de seguridad, corrección o tratamiento<sup>371</sup>.

#### EXCURSO

##### Neurociencias e imputabilidad penal

Existe consenso doctrinario en orden a que el Código Penal argentino vigente ha adoptado un sistema *mixto* para la determinación de la imputabilidad penal<sup>372</sup>, el cual se puede caracterizar como *psiquiátrico-psicológico-valorativo*<sup>373</sup>.

<sup>368</sup> Cancio Meliá, "Psicopatía y derecho penal: algunas consideraciones introductorias", en [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20130508\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20130508_02.pdf) y [www.fder.edu.uy/contenido/penal/cancio.pdf](http://www.fder.edu.uy/contenido/penal/cancio.pdf), p. 529.

<sup>369</sup> Sobre el tema, Merkel, *Novedosas intervenciones del cerebro. Mejora de la condición humana mental y límites en el derecho penal*, en "Revista de Derecho Penal", n° 2011-1, "Imputación, causalidad y ciencia-III", p. 69; Romeo Casabona, *Consideraciones jurídicas sobre los procedimientos experimentales de mejora ("enhancement") en neurociencias*, en "Revista de Derecho Penal", n° 2012-2, "Culpabilidad: nuevas tendencias", p. 37.

<sup>370</sup> Clark, "¿Somos 'cyborgs' natos?", en *El nuevo humanismo. Y las fronteras de la ciencia*, 2007, p. 105.

<sup>371</sup> Feijoo Sánchez, *Derecho penal y neurociencias ¿Una relación tormentosa?*, en "InDret", abr. 2011, disponible en [www.indret.com/pdf/806.pdf](http://www.indret.com/pdf/806.pdf), p. 9.

<sup>372</sup> De esta opinión, De la Rúa, *Código Penal argentino. Parte general*, 2ª ed., 1997, p. 456. En igual dirección, cfr., entre otros, Righi, *La culpabilidad en materia penal*, 2003, p. 118.

<sup>373</sup> En nuestro ámbito cultural, esta es la opinión de Frías Caballero, *Capacidad de culpabilidad penal*, 1994, ps. 186 y 187.

De acuerdo al art. 34, inc. 1º, el presupuesto biológico de la imputabilidad penal está definido en forma negativa<sup>374</sup>, esto es, *inexistencia* de una alteración morbosa de las facultades mentales; de una insuficiencia de estas o de una grave perturbación de la conciencia.

Tanto la insuficiencia como la alteración morbosa de las facultades constituyen enfermedades de la mente<sup>375</sup>. Esta conceptualización puede ser generadora de ciertas tensiones por cuanto, su determinación busca referencia en el saber psiquiátrico, tensiones que resultan visibles cuando se emplean algunas concepciones de la psiquiatría forense que reconstruyen su objeto a partir de *investigaciones categoriales*. Martínez Pina ha descrito este paradigma apelando a una metáfora muy gráfica: "... el paradigma actual de la especialidad (...) defiende que la psiquiatría (...) [es] un jardín botánico de reducidas dimensiones, con un número limitado de especies de arbustos, *los diagnósticos categoriales*, plantas estas que las visualiza sin raíces, como seres evanescentes sostenidos en el aire, sin origen ni conexión con su entorno, sin crecimiento programado, ni movilidad supuesta, como una naturaleza muerta. Nada que ver con el modelo de entramado de redes neuronales del fundamento biológico que sustenta la actividad cerebral..."<sup>376</sup>. Por eso, el mantenimiento de esta suerte de "botanización kraepeliana decimonónica, como pensamiento absoluto para la psiquiatría", inmersa ya en la era de la biología molecular, hace que existan más trastornos fuera del DSM<sup>377</sup> que dentro de él, y que "la especialidad siga convertida en una máquina de hacer fotografías unidimensionales y crear diagnósticos estáticos..."<sup>378</sup>.

Quizá por esto se explique aquel escepticismo de alguna doctrina reciente cuando señala que la descripción legal de las posibles causas de exclusión de la imputabilidad genera especiales dificultades, en la medida en que se apoya "en sistemas psiquiátricos de clasificación que están discutidos y, al menos en parte superados"<sup>379</sup>.

Esta afirmación es correcta en la medida en que se la acompañe de dos precisiones íntimamente vinculadas.

Por una parte, el concepto de este presupuesto biológico está ligado a la *evolución* de la psiquiatría en general (y de psiquiatría forense en especial), lo cual exige reco-

<sup>374</sup> Núñez, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1999, p. 182.

<sup>375</sup> Núñez, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1999, p. 182.

<sup>376</sup> Martínez Pina, *Psiquiatría y psicoanálisis en el marco de las neurociencias*, 2008, p. 15.

<sup>377</sup> Con esta abreviatura se indica al Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales).

<sup>378</sup> Martínez Pina, *Psiquiatría y psicoanálisis en el marco de las neurociencias*, 2008, p. 16. Críticamente respecto de los sistemas de clasificación, cfr., también, Berrios, *Hacia una nueva epistemología de la psiquiatría*, 2011, p. 118. De hecho, el propio DSM-5 expresamente realiza advertencias respecto de la utilización de su sistema clasificatorio para la psiquiatría forense. Al respecto, cfr. *American Psychiatric Association, Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM-5*, 2013, ps. 13 y 14.

<sup>379</sup> Rusconi, *Derecho penal. Parte general*, 2007, p. 331.

nocer el carácter esencialmente dinámico de su objeto. En efecto, si se repara en el tratamiento que de esta cuestión viene haciendo la doctrina vernácula —lo cual es extensible, desde luego, a los desarrollos científicos foráneos— podrán observarse, por lo menos, tres momentos respecto a la definición de enfermedad mental. Así, en un principio, la denominada tesis alienista (desarrollada, en nuestro ámbito, por Nerio Rojas y Emilio Federico Bonnet) equiparó el concepto de enfermedad mental a un trastorno psicopatológico de la esfera intelectual (psicosis). Sin embargo, con posterioridad, esta conceptualización fue criticada porque no tenía en cuenta al sujeto en su totalidad sino que lo dividía en diferentes esferas, donde las funciones afectivas y volitivas no eran debidamente atendidas<sup>380</sup>.

En este contexto evolutivo, actualmente, el concepto de enfermedad mental no debiera prescindir de las perspectivas de la neuropsiquiatría, entendiendo por tal al entrecruzamiento de disciplinas clínicas que relacionan las afecciones mentales o emocionales a una función cerebral alterada<sup>381</sup>. Las modernas neurociencias —se señala— “han demostrado a través del análisis de pacientes con lesiones en lóbulo frontal que no se requiere únicamente un conocimiento teórico sobre lo bueno y lo malo para que dicha información factual se traduzca en comportamientos socialmente adaptados, sino que se requiere algo del orden emocional para que dichos conocimientos se traduzcan en inhibiciones efectivas”<sup>382</sup>.

La segunda precisión se vincula con el estatuto deontológico de la actividad pericial en psiquiatría forense. En efecto, el escepticismo explicitado en la expresión doctrinaria transcrita cobra gran significación en la medida en que se olvide que la formación de aquel especialista debe ser necesariamente continua; con una actualización permanente. Como lo recuerda Castex: junto a una burocracia positivista y decadente (identificada con postulados alienistas) se impuso una postura del perito psiquiatra que asumía roles cuasi oraculares, cuando, en realidad, su contribución para el es-

<sup>380</sup> Silva - Mercurio - López, *Imputabilidad penal y neurociencias. La inimputabilidad por razones psiquiátricas a la luz de las neurociencias actuales*, 2012, p. 57. Siguiendo esta crítica, Núñez, *Manual de derecho penal. Parte general*, 4ª ed., 1999, p. 183, señaló: “La psiquiatría —a la que corresponde la decisión— partiendo ahora de la unidad de la mente humana, ha ampliado la noción de enfermedad mental a los trastornos de otra índole, particularmente afectivos, y comprende en el concepto las neurosis y las personalidades psicopáticas”. Por su parte, en la doctrina española, Martínez Garay, *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, 2005, p. 365, define esta categoría como la “exigibilidad de conducta adecuada a derecho por no encontrarse alterada de manera relevante la estructura de los procesos psíquicos —cognitivos y afectivos— de la decisión de voluntad que dio lugar a la realización del delito”.

<sup>381</sup> Desde otra perspectiva (*concepción restringida*) la neuropsiquiatría es definida como aquella disciplina que se ocupa de las complicaciones psiquiátricas de las enfermedades neurológicas. Al respecto, cfr. Berríos, “¿Qué es la neuropsiquiatría?”, *Boletín Electrónico* n° 8, 15 de junio de 2005, en [www.deficitdeatencionperu.org/berrios%20castellano.htm](http://www.deficitdeatencionperu.org/berrios%20castellano.htm).

<sup>382</sup> Mercurio, *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas para viejos problemas*, en “Vertex. Revista Argentina de Psiquiatría”, vol. XX, n° 83, ene.-feb. 2009, p. 68. De hecho, en el próximo acápite intentaremos demostrar la fecundidad de esta interrelación.

clarecimiento de las cuestiones sometidas a su saber debe partir de una clara conciencia de sus propios límites<sup>383</sup>.

Los señalamientos efectuados deben ponernos en alerta respecto de la gravitación del componente valorativo en la fórmula legal que analizamos. En este sentido, resulta muy atinada la observación efectuada por Sánchez-Ostiz Gutiérrez en cuanto a que no puede reducirse la inimputabilidad a una operación de subsunción en la ley. Por el contrario, se trata de un juicio de atribución y no hay que sucumbir a la tentación de convertir las causas de inimputabilidad en “tipos legales” en los que se subsume la situación fáctica que afecta a la imputabilidad (su presupuesto empírico-biológico). Dicho planteamiento supondría aproximar culpabilidad y tipicidad, cuando se trata de juicios que responden a operaciones de diversa entidad: una es de atribución, de imputación, mientras que la otra es de valoración de los datos fácticos y subsunción bajo la ley<sup>384</sup>.

En la actualidad, es necesario tener en cuenta en la elaboración del concepto de ciertas causas de exclusión de la culpabilidad —concretamente la inimputabilidad, en su presupuesto biológico— ciertas investigaciones provenientes de las neurociencias; como lo son aquellas referidas a los daños que puede haber sufrido el agente en los lóbulos frontales y su incidencia en la capacidad de autocontrol.

La etiología del daño cerebral es muy variada, pudiendo distinguirse entre internas (v. gr., ciertas enfermedades genéticas y neurodegenerativas, que afectan al cerebro por un hecho no accidental) y adquiridas (por ejemplo, un traumatismo craneoencefálico producto de un accidente). La lesión cerebral normalmente lleva a un cambio de la actividad neuronal. Este cambio afecta a una o más áreas incluidas la cognición, comunicación verbal, memoria, atención y concentración, razonamiento, pensamiento abstracto, funciones físicas, comportamiento psicosocial y procesamiento de la información. Las investigaciones en neurociencias señalan que entre los muchos factores que pueden contribuir al desarrollo de ciertos trastornos de conducta, los exámenes neuropsicológicos indican que uno de ellos puede estar representado por daños cerebrales en el lóbulo frontal del cerebro del sujeto, lo cual interfiere en su capacidad de planificar, evitar los riesgos y aprender de sus experiencias negativas.

Precisamente, en esta dirección, se indica que la lesión de una estructura cerebral, que altere el mecanismo inhibitorio, puede producir un aumento considerable de la agresión. También es factible, por incidencia de aquella misma etiología (daño cerebral), que resulten afectados los mecanismos que se encargan de las funciones sociales o de la tolerancia a la frustración. En cualquier caso, “cuando ocurre un aumento no característico de la agresión en un período relativamente corto de meses o aún de pocos años, y no es evidente ningún otro factor aparente, como causas hormonales o ambientales, los investigadores pueden sospechar de una lesión cerebral. Esta agre-

<sup>383</sup> Castex, “Función psiquiátrica psicológica forense y valoración jurídica normativa de las conductas tipificadas penalmente”, en *Daño psíquico y otros temas forenses*, 1997, p. 103.

<sup>384</sup> Sánchez-Ostiz Gutiérrez, *Recensión a Lucía Martínez Garay, La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, en “InDret”, n° 4/2009, oct. 2009, disponible en [www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/141390/192901](http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/141390/192901), p. 5.

sión puede caracterizarse por períodos breves y repentinos de intensa ira, fuera de proporción con los estímulos que la provocaron, o por aumentos generales de hostilidad, desasosiego o problemas de interacción social”<sup>385</sup>.

Desde la investigación de Harlow respecto de Phineas Gage<sup>386</sup>, se han publicado numerosos estudios de casos que describen problemas de agresión acompañados de daños en varias áreas del sistema límbico y en los lóbulos frontales del cerebro<sup>387</sup>.

<sup>385</sup> Renfrew, *La agresión y sus causas*, 2005, p. 104.

<sup>386</sup> El 13 de septiembre de 1848, Phineas Gage se encontraba realizando su trabajo, que consistía en introducir una carga de dinamita en una roca con la ayuda de una barra de metal. Luego de un momento de distracción y por accidente, la carga explotó e hizo que la barra con que estaba trabajando —de 3 cm. de ancho, 109 de largo y de 5 kilos y medio— le atravesara la mejilla izquierda, el cerebro y llegara hasta la parte superior de su cabeza, saliendo despedida a más de treinta metros de distancia. Gage sobrevivió al accidente y poco tiempo después se encontraba consciente y con capacidad para contestar a todas las preguntas que se le realizaban. Gage recuperó completamente algunas de sus funciones cerebrales superiores, su lenguaje, su inteligencia y memoria. Antes de la lesión, Gage era un hombre responsable, serio, trabajador y socialmente adaptado. Sin embargo, con posterioridad al accidente, su médico John Martyn Harlow, comenzó a notar ciertos cambios en la personalidad del paciente. Gage se tornó infantil, irreflexivo, irresponsable, sus acciones eran caprichosas e impulsivas. Gage falleció en 1861. Su cráneo fue conservado en el Warren Anatomical Museum de la Universidad de Harvard. Esto permitió que Hanna y Antonio Damasio reconstruyeran las áreas lesionadas durante el accidente, revelando que la lesión había afectado la corteza prefrontal de Gage. La descripción realizada la tomamos de Mercurio, *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas para viejos problemas*, en “Vertex. Revista Argentina de Psiquiatría”, vol. XX, n° 83, ene.-feb. 2009, p. 63.

<sup>387</sup> Renfrew, *La agresión y sus causas*, 2005, ps. 104 y 105, reseña distintas investigaciones que comprueban estos aspectos. Así, Reeves y Plum examinaron el caso de una paciente que a lo largo de los años se había hecho extremadamente irritable. Al buscar ayuda médica, durante el examen, aquella se comportó de manera hostil y poco cooperativa; golpeando, arañando e incluso tratando de morder al facultativo que la estaba evaluando. No obstante, en ocasiones, después de tales episodios, la paciente se sentía incómoda por lo que había hecho y expresaba su arrepentimiento. El origen de su problema era un tumor que abarcaba la región ventromedia del hipotálamo, región cerebral que tiene propiedades inhibitorias relacionadas con la agresión. Por su parte, Zeman y King describieron varios casos de personas aparentemente normales que se volvieron hipersensibles e irritables, profiriendo amenazas, cometiendo asaltos y hasta intentos de homicidio, a quienes se les encontraron tumores en la región septal, otra estructura del sistema límbico que ayuda a inhibir a la agresión. Finalmente, el propio Renfrew analiza la situación de un joven de dieciocho años, por él evaluado, que fue llevado a un hospital en un estado de agresión casi constante. Tuvo que ser contenido físicamente para que no lastimara al personal del nosocomio. Mientras que su vocabulario parecía desarrollarse normalmente, el joven paciente demostró dificultades conductuales escolares al comenzar el primer año de educación primaria. Su problema de agresión comenzó a desarrollarse, en progresivo aumento, a partir de los diez años. Las pruebas neuropsicológicas indicaron que gran parte de su cerebro estaba dañado, con el mayor daño en el lóbulo temporal izquierdo. Para otro estudio de casos, cfr. Valdés-Torrealba N., *La corteza prefrontal medial controla el alerta conductual y vegetativo. Implicancias en desórdenes de la conducta*, en “Revista Chilena de Neuropsiquiatría”, vol. 44, n° 3, 2006, ps. 195 a 204.

Normalmente las categorías dogmáticas vinculadas con las fórmulas de la imputabilidad penal —como sucede con el art. 34, inc. 1° del CP argentino o sus equivalente en el derecho comparado— se refieren a formulaciones normativas que a veces no reparan, adecuadamente, en los efectos que pueden aparejar determinadas formas de daño cerebral sobre el autocontrol del individuo que ha delinquido. Esto se agrava aún más cuando no se trata de lesiones cerebrales adquiridas, con lo cual el conocimiento de aquel daño no tiene un antecedente externo que permita inferirlo.

Lleva razón Weier cuando sostiene que, con respecto a esta constelación de casos y de la posible incidencia, a su respecto, de causas de exención de la responsabilidad (inimputabilidad), es donde cobra su real significación el examen cuidadoso de los resultados neurocientíficos para determinar qué daños en la estructura del cerebro pueden provocar (en el agente) comportamientos típicos y antijurídicos. Es en este contexto, en la *evaluación de posibles trastornos mentales*, donde habría que considerar los avances de la neurociencia<sup>388</sup>.

Junto a estas investigaciones que demuestran cierta relación entre aumento de agresividad y daños lobulares, también las neurociencias —aunque en un estadio menor de desarrollo respecto de las indagaciones anteriores— vienen analizando la cuestión de la vinculación entre alteraciones cerebrales y las personalidades psicopáticas. El tema no es menor porque, como es sabido, este aspecto merece un tratamiento jurídico dispar (en orden a su imputabilidad) por parte de nuestra literatura científica. Antes de sistematizar los argumentos jurídicos al respecto, nos detendremos, brevemente, en cómo ha sido caracterizada esta cuestión (personalidades psicopáticas) por parte de las ciencias psico-médicas.

En sentido estricto, la psicopatía no ingresa en el DSM-IV<sup>389</sup>, aunque se reconocen algunas de sus características a través del trastorno antisocial de la personalidad. Por ello, el diagnóstico y la definición de aquel concepto dependen de instrumentos de análisis externos de conducta; en particular el *Psychopathy Checklist / Revised* (PLC-R),

<sup>388</sup> Weier, ¿Refutan las ideas de la neurociencia el concepto de culpabilidad del § 20 del Código Penal?, en *Neurociencias y derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, 2013, p. 478.

<sup>389</sup> La versión traducida del DSM-5 tampoco incluye, como unidad nosológica autónoma, a las psicopatías. No obstante, y al igual que en la versión anterior, algunos de los criterios propios de la definición de la psicopatía se indican dentro de los trastornos destructivos del control de los impulsos y de la conducta. La cuestión de la inclusión de las personalidades psicopáticas en esta última edición del *Manual* fue un tema de intenso debate, que estuvo presente, en los trabajos preparatorios. De hecho, en uno de los documentos que sirvieron de base para la versión definitiva se incluían, entre los desórdenes de personalidad, a los trastornos antisociales/psicopáticos. La literatura científica reflejó, en este punto, ciertas discrepancias. Para una opinión crítica al respecto, cfr. Shedler-Beck-Fonagy-Gabbard-Gunderson-Kernberg-Michels-Westen, *Personality Disorders in DSM-V*, en “Am J Psychiatry 2010”; 167:1026-1028; disponible en [www.psychnews.psychiatryonline.org/article.aspx?articleid=102446](http://www.psychnews.psychiatryonline.org/article.aspx?articleid=102446). Por su parte, Esbec-Echeburúa, *La reformulación de los trastornos de la personalidad en el DSM-V*, en “Actas Españolas de Psiquiatría”, ene.-feb. 2011, vol. 39, n° 1, p. 15, se han pronunciado en forma favorable respecto de aquella inclusión.

elaborada por el psicólogo canadiense Robert D. Hare<sup>390</sup>, mediante el cual se obtiene una puntuación (en principio sobre veinte ítems) en atención a que concurren en la persona determinadas características de personalidad que se expresan en su conducta. Sobre tal base, la psicopatía es caracterizada como "una completa ausencia de empatía, lo que conduce al psicópata a una disposición anormal que puede calificarse de 'daltonismo moral': los psicópatas presentan una completa ausencia de frenos inhibitorios respecto de la realización de comportamientos socialmente desvalorados"<sup>391</sup>.

Actualmente, la investigación científica respecto de las psicopatías está siendo objeto de profundización. Los protagonistas de esta evolución son tanto los métodos de neuroimágenes estructurales o morfológicas (tales como la tomografía computarizada y el *positron emission tomography* —PET—), como el procedimiento del escáner cerebral, conocido como *functional magnetic resonance imaging* (fMRI)<sup>392</sup>. Estas nuevas tecnologías abren fecundas perspectivas para el estudio de la psicopatía al desplazar la metodología utilizada hasta el momento (que se aproxima al fenómeno desde fuera, esto es, desde el comportamiento externo de quien padece la afección), por otra que prioriza la observación directa del funcionamiento del cerebro, identificando así diferencias anatómico-funcionales entre psicópatas y no psicópatas. Estos estudios— señala Cancio Meliá— "en rapidísimo progreso en la actualidad, han generado, en lo esencial, dos hipótesis: por un lado, varios autores apuntan a diferencias morfológicas en el sistema de respuesta emocional (amígdala y sistema paralímbico...); por otro, a diferencias en el ciclo de ansiedad / atención (...). Al lego, en todo caso, le llaman la atención los paralelismos entre sujetos psicópatas y personas que han sufrido lesiones en el córtex ventromedial prefrontal..."<sup>393</sup>.

Hemos señalado que la fórmula legal de la imputabilidad utilizada por el Código Penal argentino es mixta. Y uno de los aspectos más complejos de esta estructura dogmática se relaciona con la capacidad, que se requiere al sujeto, *para captar y aprehender el valor*, esto es, la *capacidad de valorar*.

<sup>390</sup> Esbec - Echeburúa, *La reformulación de los trastornos de la personalidad en el DSM-V*, en "Actas Españolas de Psiquiatría", ene.-feb. 2011, vol. 39, n° 1, p. 15, califican como muy importante la inclusión de las psicopatías por parte de algunos de los documentos preparatorios, previos a la edición definitiva de la versión del DSM-5, porque "supone el reconocimiento de la entidad diagnóstica que propuso Cleckley y que ha desarrollado, entre otros, Hare (...) y cuya validez de constructo tiene un amplio respaldo empírico".

<sup>391</sup> Cancio Meliá, "Psicopatía y derecho penal: algunas consideraciones introductorias", en *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, 2012, p. 266. Pese a lo que decimos en otro lugar (respecto a la falta de inclusión expresa de la personalidad psicopática en el DSM-V), al abordar los trastornos destructivos del control de los impulsos y de la conducta, entre los criterios diagnósticos del trastorno de la conducta, se incluye la evaluación de la ausencia de remordimientos o culpabilidad y de la carencia de empatía.

<sup>392</sup> Al respecto, cfr. Corda, "Neurociencias y derecho penal desde el prisma de la dimensión procesal", en *Neurociencia y proceso judicial*, 2013, ps. 110 y 111.

<sup>393</sup> Cancio Meliá, "Psicopatía y derecho penal: algunas consideraciones introductorias", en *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, 2012, p. 269.

Nuestro Código, para explicitar el efecto psicológico que debe acompañar al presupuesto biológico, utiliza la expresión "comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones".

En la doctrina vernácula —y especialmente al analizar la cuestión de la imputabilidad de las personalidades psicopáticas— existen autores que consideran que la expresión "comprender" debe considerarse como abarcadora solo de la incapacidad intelectual y volitiva; de tal modo que, admitida teóricamente una incapacidad puramente emocional, no cabría en los términos de la ley<sup>394</sup>. Incluso, en forma más reciente, Tenca señala "que el psicópata es un ser sociable, en tanto carece de toda patología orgánica; conoce y quiere, está en condiciones de saber que a su conducta la amenaza una pena y al contramotivarse igualmente elige cometer el delito. Además, también vivencia los valores, porque está capacitado para sentirse culpable y sentir el reproche"<sup>395</sup>.

Sin embargo, otro sector de nuestra literatura científica admite, en estos casos, la posibilidad de la inimputabilidad. De la Rúa, por ejemplo, expresa que: "Es correcto el planteamiento en relación al efecto psicológico, pues la condición biológica, como insuficiencia o alteración de facultades, comprende el plano emocional en el que se desenvuelve la psicopatía. El grado de afectación de los poderes de comprensión y de gobierno debe ser examinado en el caso concreto, atento la diversidad de formas y grados de la categoría de psicópatas y su eventual confluencia con otros factores, determinando su falta completa (inimputabilidad) o su disminución (semiimputabilidad)"<sup>396</sup>.

Ciertamente, estas cavilaciones no son patrimonio exclusivo de nuestro Derecho. Por el contrario, en la doctrina italiana, a partir de la fórmula del art. 85 del CP<sup>397</sup>, también se plantean perplejidades similares. Así Fiandaca y Musco, al analizar las expresiones *capacità di intendere e di volere*, coinciden en que "la mención legislativa particularizada de la capacidad de 'entender' y de la capacidad de 'querer', considerada a la luz de los modernos conocimientos psicológicos, suscita algunas reservas, puesto que la psique del hombre es una entidad fundamentalmente unitaria, por lo que sus diversas funciones se relacionan entre sí, y se influyen recíprocamente. También se ha objetado —en verdad, no sin fundamento— que las funciones psíquicas relevantes a los fines de la imputabilidad no pueden limitarse solo a la esfera intelectual y volitiva, en cuanto el comportamiento humano es en gran parte condicionado también (o sobre todo) por los sentimientos y los afectos"<sup>398</sup>.

<sup>394</sup> Fontán Balestra, *Derecho penal. Introducción y parte general*, 4ª ed., 1964, p. 185.

<sup>395</sup> Tenca, *Imputabilidad del psicópata*, 2009, p. 133.

<sup>396</sup> De la Rúa, *Código Penal argentino. Parte general*, 2ª ed., 1997, ps. 468 y 469.

<sup>397</sup> Dispone el art. 85: «*Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era imputabile. È imputabile chi ha la capacità di intendere e di volere.*».

<sup>398</sup> Fiandaca - Musco, *Derecho penal. Parte general*, 2006, p. 332.

¿Pueden, las investigaciones en neurociencias, introducir algún aporte en esta discusión?

En nuestra opinión, la respuesta a este interrogante debe ser afirmativa.

Para llegar a esta conclusión estimamos conducente realizar dos precisiones:

En primer término, comulgamos con la tesis que sostiene que "la comprensión de la criminalidad del acto a la que se refiere el Código de fondo argentino, presupone la internalización o introyección de un valor, y no el mero conocimiento teórico de la diferencia entre lo justo y lo injusto, lo bueno y lo malo. Se requiere algo más que lucidez perceptiva, se requiere capacidad valorativa para internalizar, introyectar, en definitiva para comprender"<sup>399</sup>.

Indudablemente —y esta es la segunda precisión— la caracterización que acabamos de realizar supone definir el término comprensión, desde una perspectiva que integra también lo emocional. Dicho sintéticamente: lo que está ausente (o seriamente disminuido) en las personalidades psicopáticas "es la capacidad de comprender a los demás, y, por ello, de sentir emociones de cierta profundidad, y, en última instancia, también la de comprender emocionalmente lo que está bien"<sup>400</sup>.

¿Qué contribución realiza la neurociencia al respecto?

Uno de los aportes que merece ser atendido es el de las relaciones entre *daño cerebral* y *capacidad de empatía*. Investigaciones recientes han demostrado que las personas afectadas de daño cerebral sobrevenido o adquirido *presentan*, con frecuencia, diversos trastornos neurocognitivos y emocionales, incluyendo en ellos cambios en sus capacidades de empatía; entendiéndose por tal a la capacidad de comprender, ser consciente, ser sensible o experimentar los sentimientos, pensamientos y experiencias de otros, sin que estos hayan sido comunicados de manera objetiva o explícita<sup>401</sup>. En efecto, los estudios practicados por Jiménez-Cortés y colaboradores indican que "los pacientes con lesiones frontotemporales derechas tienen peores puntuaciones en la dimensión 'preocupación empática' (tienen más dificultades para tener sentimientos de compasión y preocupación hacia otros). Estos hallazgos son congruentes con los múltiples estudios que han puesto de relieve que la interrupción de los circuitos frontotemporales derechos (corteza orbito-frontal, amígdala, insula, polo anterior temporal...), incluyendo la corteza frontal ventromedial, son cruciales en la aparición de trastornos en la cognición social en el concepto amplio del término"<sup>402</sup>.

<sup>399</sup> Mercurio, *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas para viejos problemas*, en "Vertex. Revista Argentina de Psiquiatría", vol. XX, n° 83, ene.-feb. 2009, p. 67.

<sup>400</sup> Cancio Meliá, "Psicopatía y derecho penal: algunas consideraciones introductorias", en *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, 2012, p. 280.

<sup>401</sup> Jiménez-Cortés - Pelegrín-Valero - Tirapu-Ustárriz - Guallart-Balet - Benabarre-Ciria - Olivera-Pueyo, *Trastornos de la empatía en el daño cerebral traumático*, en "Revista Neurol", 2012; 55 (1), p. 1, disponible en <http://es.scribd.com/doc/99470730/Trastornos-de-la-empatia-en-el-dano-cerebral-traumatico>.

<sup>402</sup> Jiménez-Cortés - Pelegrín-Valero - Tirapu-Ustárriz - Guallart-Balet - Benabarre-Ciria - Olivera-Pueyo, *Trastornos de la empatía en el daño cerebral traumático*, en "Revista Neurol", 2012; 55

Los resultados de estas investigaciones coadyuvan a brindar argumentos empíricos que justifican la extensión del concepto de comprensión de la criminalidad que hemos postulado. En tal sentido, existe cierto consenso respecto a que algunas lesiones cerebrales interfieren en la capacidad para traducir el conocimiento puramente intelectual, racional, en acciones socialmente aceptables. En otras palabras, aunque se conozca la diferencia teórica entre lo correcto y lo incorrecto —lo que en la psiquiatría forense tradicional ya permitiría postular que el sujeto puede estar en juicio y, desde el punto de vista nosológico ser imputable—, las afectaciones lobulares pueden impedir que este conocimiento se traduzca en un proceso de inhibición efectiva<sup>403</sup>.

### c) Las teorías reforzadas de la culpabilidad

Hay penalistas que se encuentran muy preocupados por el discusión entre libre albedrío y determinismo; los hay que estiman que la discusión no incide para nada

(1), p. 8, disponible en <http://es.scribd.com/doc/99470730/Trastornos-de-la-empatia-en-el-dano-cerebral-traumatico>. Esta indagación, como decimos en el texto, parte del presupuesto de daños cerebrales (sobrevenidos o adquiridos) verificados. Junto a este tipo de investigaciones, y desde mediados de la década de los noventa, Damasio comenzó a desarrollar una perspectiva con ciertas particularidades. Nos referimos, concretamente, a la hipótesis de los marcadores somáticos (*El error de Descartes*, 2010). Según Damasio los marcadores somáticos "son un caso especial de sentimientos generados a partir de emociones secundarias. Estas emociones y sentimientos han sido conectadas, mediante aprendizaje, a resultados futuros predecibles de determinados supuestos. Cuando un marcador somático negativo se yuxtapone a un determinado resultado futuro, la combinación funciona como un timbre de alarma. En cambio, cuando lo que se superpone es un marcador somático positivo, se convierte en una guía de incentivo" (*El error de Descartes*, 2010, p. 205). Este autor ha puesto en relación la hipótesis de los marcadores somáticos con los estudios vinculados con las psicopatías. Al respecto expresa: "Es ciertamente posible que la sociopatía de desarrollo surja de la disfunción dentro del mismo sistema global que se hallaba deteriorado en Gage, al nivel cortical o subcortical. Pero, sin embargo, más que el resultado de una lesión macroscópica directa ocurrida en la edad adulta, el deterioro de los sociopatas de desarrollo provendría de una circunferencia anormal y de una emisión anómala de señales químicas, y empezaría en una fase temprana del desarrollo. Comprender la neurobiología de la sociopatía podría llevar a su prevención o tratamiento. También podría ayudar a comprender el grado en que los factores sociales interactúan con los biológicos para agravar la condición, o para incrementar su frecuencia, e incluso esclarecer aquellas condiciones que superficialmente pueden ser similares y, sin embargo, estar determinadas en gran parte por factores socioculturales. Cuando la maquinaria neural que sostiene específicamente la formación y el despliegue de los marcadores somáticos se lesiona en la edad adulta, como le ocurrió a Gage, el dispositivo del marcador somático ya no funciona adecuadamente, aunque hasta entonces hubiera sido normal" (*El error de Descartes*, 2010, ps. 210 y 211). Para un análisis que admite algunos presupuestos de esta línea investigativa, cfr. Valdés - Torrealba L., *La corteza prefrontal medial controla el alerta conductual y vegetativo. Implicancias en desórdenes de la conducta*, en "Revista Chilena de Neuropsiquiatría", vol. 44, n° 3, 2006, ps. 195 a 204.

<sup>403</sup> Mercurio, *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas para viejos problemas*, en "Vertex. Revista Argentina de Psiquiatría", vol. XX, n° 83, ene.-feb. 2009, p. 68.

en la teoría de la culpabilidad jurídico-penal<sup>404</sup>. Hay juristas libredeterministas o gnósticos (en franca retirada), agnósticos y deterministas (que, sin embargo, apuestan a un concepto normativo de libertad).

No obstante, en cuanto a la primera aseveración proveniente de las neurociencias (determinismo), el Derecho penal ha reforzado sus teorías normativas de la culpabilidad<sup>405</sup>.

Están los que estiman que al ciudadano se lo trata "como si" fuera libre y la pena se coloca efectivamente (teoría agnóstica-pragmática)<sup>406</sup>. La responsabilidad se refiere, en razonamiento circular, a la asequebilidad normativa del inculpaado existente en el momento de los hechos. Y esto es justamente lo que dice la ley (concepto formal), pero nada agrega a la discusión.

Una base muy endeble<sup>407</sup>. Si el fundamento de la culpabilidad acaba desembozando en una ficción, las críticas de ciertos neurocientíficos y psicólogos ya citados se han de considerar como certeras.

El libre arbitrio sería algo así como un fenómeno asentado en las estructuras elementales de la existencia de comunicación social y el propio entendimiento que el ser humano tiene de sí mismo<sup>408</sup>.

Existen quienes, como Burkhardt, fundan el principio de culpabilidad en el *principio de creencia*, de acuerdo al cual la responsabilidad penal de una persona debe enjuiciarse sobre los hechos tal como ella creía que eran<sup>409</sup>; la libertad subjetiva, la

<sup>404</sup> Feijoo Sánchez, *Derecho penal y neurociencias ¿Una relación tormentosa?*, en "InDret", abr. 2011, disponible en [www.indret.com/pdf/806.pdf](http://www.indret.com/pdf/806.pdf), p. 21.

<sup>405</sup> Feijoo Sánchez, *Derecho penal y neurociencias ¿Una relación tormentosa?*, en "InDret", abr. 2011, disponible en [www.indret.com/pdf/806.pdf](http://www.indret.com/pdf/806.pdf).

<sup>406</sup> La describe Günther, "Acción voluntaria y responsabilidad criminal", en *El problema de la libertad de acción en el derecho penal*, 2007, p. 95. Véase Demetrio Crespo, *Libertad de voluntad: investigación sobre el cerebro y la responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y derecho penal*, en "Revista de Derecho Penal-I", n° 2-2012, "Culpabilidad: nuevas tendencias", p. 104.

<sup>407</sup> Así Burkhardt, "La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente en el derecho penal", en *El problema de la libertad de acción en el derecho penal*, ps. 62 y 63. Apelando a la falacia de la mayoría popular, Luzón Peña, *Libertad, culpabilidad y neurociencias*, en "Revista de Derecho Penal", n° 2012-2, "Culpabilidad: nuevas tendencias-I", p. 157.

<sup>408</sup> Schünemann, "La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo", en *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, p. 156; Demetrio Crespo, *Libertad de voluntad: investigación sobre el cerebro y la responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y derecho penal*, en "Revista de Derecho Penal", n° 2-2012, "Culpabilidad: nuevas tendencias-I", p. 68.

<sup>409</sup> Burkhardt, "La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente en el derecho penal", en *El problema de la libertad de acción en el derecho penal*, 2007, p. 32. La crítica, en Singer,

experiencia de libertad<sup>410</sup>. Solo así se puede mantener el principio de culpabilidad personal<sup>411</sup>. El último está originado en la psicología popular (*folk psychology*), según el cual la persona se percibe a sí misma como libre (autopercepción). Se funda en la perspectiva de la primera persona<sup>412</sup>. La descomposición de las reglas del lenguaje emocional que deben formularse en la perspectiva de la "primera persona" no puede modificar la práctica de atribuciones en un lenguaje científico que debe ser descrito desde la perspectiva de un observador en "tercera persona", porque las afirmaciones que expresan sus propios sentimientos no se traducen en la teoría mecanicista del vocabulario para describir procesos neuronales en el cerebro<sup>413</sup>. La psicología popular ha empezado a sentir fuertes presiones y está en franco descenso. Se la ha criticado: En todo caso, la sensación o conciencia subjetiva de libertad no puede representar más que un motivo para preguntarse si se corresponde con la realidad y lo que viene constatando la ciencia<sup>414</sup>. Churchland habla de pobreza explicativa y predictiva en la psicología popular y se pregunta si tiene la integridad categorial como para merecer la preservación de su familiarizada ontología<sup>415</sup>. La psicología tradicional, para el *materialismo eliminativo*, es una concepción irremediablemente primitiva y profundamente confusa de las actividades internas. La idea contemporánea es que no podemos esperar que la psicología ordinaria presente algo más que una etapa que las neurociencias puedan ayudarnos a superar.

"Veran schaltungen legen uns fest: Wir sollten aufhören von Freiheit zu sprechen", en *Hirnforschung und Willensfreiheit. Zur Deutung der neuesten Experimente*, Suhrkamp, 2004, ps. 30 a 65.

<sup>410</sup> Burkhardt, "La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente en el derecho penal", en *El problema de la libertad de acción en el derecho penal*, 2007, p. 45.

<sup>411</sup> Burkhardt, "La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente en el derecho penal", en *El problema de la libertad de acción en el derecho penal*, 2007, p. 41.

<sup>412</sup> Sobre las distintas nominaciones, Burkhardt, "La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente en el derecho penal", en *El problema de la libertad de acción en el derecho penal*, 2007, ps. 29, 32, 34 y 39. Explica el autor que "... las perspectivas de la primera y la tercera persona son mutuamente excluyentes en el sentido de que no pueden adoptarse ambas al mismo tiempo, pero que son complementarias (y, por ello, no se contradicen entre sí) en cuanto que ambas son necesarias para una descripción completa de la conducta humana" (p. 31; la cursiva, en el original).

<sup>413</sup> Stübinger, *¿Persona o paciente? Comentarios sobre el principio de culpabilidad en el derecho penal desde el "punto de vista de la investigación del cerebro"*, en "Revista de Derecho Penal", n° 2012-2, "Culpabilidad: nuevas tendencias-I", ps. 252 y 253. Reforzando su posición a través de Wittgenstein, *Investigaciones filosóficas*, 1988, § 281 y siguientes.

<sup>414</sup> Feijoo Sánchez, *Derecho penal y neurociencias ¿Una relación tormentosa?*, en "InDret", abr. 2011, disponible en [www.indret.com/pdf/806.pdf](http://www.indret.com/pdf/806.pdf), p. 26.

<sup>415</sup> Churchland, P. M., *Reduction, Qualia, and the Direct Introspection of Brian States*, en "Journal of Philosophy", vol. LXXXII, n° 1, 1985.

El pensamiento apuntado va más allá de todas las críticas antes aludidas: niega que pueda efectuarse fácilmente una reducción interteórica —inclusive una reducción específica de especie— del marco conceptual de la psicología popular al de la neurociencia plenamente desarrollada<sup>416</sup>.

En sentido semejante, en el sistema anglosajón, se parte de un sentimiento compartido de culpabilidad, una percepción subjetiva.

Para Jakobs —quien se autoasume determinista—, hay que colocar los códigos y programas del Derecho dirigidos cognitivamente a las personas para crear libertad de acción social. En esta corriente, Feijoo asegura que denominamos culpabilidad en el marco de la teoría jurídica del delito a la infracción de la norma (el injusto) que socialmente no tiene otra explicación que la ausencia de una disposición jurídica mínima<sup>417</sup>. La culpabilidad se identifica con prevención general<sup>418</sup>. El orden normativo ofrece a las personas una orientación que deben seguir o responder por la desviación (salvo coacción insuperable). Si a los integrantes de la sociedad se les delega la decisión sobre cómo configurar sus contactos sociales, es decir, sus comunicaciones se encuentran organizadas de forma descentralizada, no queda más remedio que exigirles el respeto externo a las normas<sup>419</sup>. A cambio de la capacidad de autoadministración las personas son destinatarias de derechos y deberes construidos comunicativamente para los cuales resultan competentes para ajustarse al derecho<sup>420</sup>. Las personas, por ello, son competentes para procurarse una motivación fiel al derecho. La responsabilidad es el precio de este sentido de libertad<sup>421</sup>. La libertad pertenece exclusivamente al mundo social y no al mundo de la naturaleza. La sociedad así configurada no es objeto de estudio de las neurociencias. Al final se encuentra una correspondencia entre autoadministración (autonomía) y responsabilidad, pero no entre libre albedrío y responsabilidad. La redargución que en general se hace a la teoría funcional es que deja demasiado de lado los criterios normativos de legitimación del castigo frente al ciudadano que tiene que sufrir una pena en un sistema democrático.

<sup>416</sup> Churchland, P. M., *Materia y conciencia. Introducción contemporánea a la filosofía de la mente*, 2ª ed., 1999, p. 79.

<sup>417</sup> Feijoo Sánchez, *Derecho penal y neurociencias ¿Una relación tormentosa?*, en "InDret", abr. 2011, disponible en [www.indret.com/pdf/806.pdf](http://www.indret.com/pdf/806.pdf), p. 28.

<sup>418</sup> La crítica a esta identificación en Maiwald, *El concepto normativo de culpabilidad de Reinhard Frank desde una visión actual*, en "Revista de Derecho Penal", n° 2012-2, "Culpabilidad: nuevas tendencias", p. 236.

<sup>419</sup> Feijoo Sánchez, *Derecho penal y neurociencias ¿Una relación tormentosa?*, en "InDret", abr. 2011, disponible en [www.indret.com/pdf/806.pdf](http://www.indret.com/pdf/806.pdf), p. 43.

<sup>420</sup> Günther, *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005, p. 47.

<sup>421</sup> Prinz, *Kritik des freien Willens: Bemerkungen über eine soziale Institution*, en "Erschienen in Psychologische Rundschau", 55 Jg., n° 4, 2004, ps. 198 a 206.

Una tercera posición, de origen anglosajón y compartida por autores alemanes, como Günther, a través de una *concepción negativa*<sup>422</sup> basada en el concepto de responsabilidad penal en la noción de persona como ciudadano con derecho a participar en los procedimientos de legitimación democrática, explica que la culpabilidad no se regula de modo afirmativo, sino negativo, haciendo uso del modelo regla-excepción (presunción *iuris tantum*<sup>423</sup>). Quien comete un delito sin actuar bajo circunstancias anormales y no posee condiciones mentales anormales debe ser hecho responsable de acuerdo con la ley. No es el fundamento para la justificación de la culpabilidad, sino las consecuencias empíricas de una exclusión de la culpabilidad, las que crean el punto de partida para su discusión crítica. La libre voluntad es una derivación indirecta como una especie de producto residual de cada regla fundamental de exclusión<sup>424</sup>. Efectivamente, ni en el *StGB* ni en el *CP* se encuentra una definición positiva de qué significa ser culpable, sino solo el catálogo de circunstancias que la excluyen, bajo el entendimiento de que en su presencia el sujeto no pudo actuar de otro modo. La atribución de responsabilidad es más una cuestión de normas que de hechos.

Están, también, los que pretenden fundar empíricamente el libre arbitrio en los conocimientos de la antropología, la sociología, la psicología y la psiquiatría y normativamente en las creencias sociales sobre la misma, llevando a la expresión a una axiomatización, libre de cualquier crítica<sup>425</sup>. Sin embargo, la neurociencia entra en discusión empírica franca con las ciencias apuntadas. Solo apelando a los viejos paradigmas de tales sectores se puede seguir afirmando la libertad. En lo que respecta a las creencias sociales, se le pueden aplicar las mismas críticas que a la psicología popular: que yo crea no significa que algo sea realidad. Por último, la axiomatización impide la justificación externa del concepto y la libre discusión sobre el mismo.

El ataque neurocientífico a las bases del libre albedrío ha demostrado, es nuestro ver, la escasa consistencia que tienen las distintas posiciones acerca de la teoría

<sup>422</sup> Coincide Burkhardt, "La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente en el derecho penal", en *El problema de la libertad de acción en el derecho penal*, 2007, p. 40.

<sup>423</sup> Pastor, "Estudio introductorio", en *El problema de la libertad de acción en el derecho penal*, 2007, p. 10.

<sup>424</sup> Stübinger, *¿Persona o paciente? Comentarios sobre el principio de culpabilidad en el derecho penal desde el "punto de vista de la investigación del cerebro"*, en "Revista de Derecho Penal", n° 2012-2, "Culpabilidad: nuevas tendencias-I", p. 263. Véase Merkel, *Novedosas intervenciones del cerebro. Mejora de la condición humana mental y límites en el derecho penal*, en "Revista de Derecho Penal", n° 2011-1, "Imputación, causalidad y ciencia-III", p. 69; Roth, *Das Gehirn und seine Wirklichkeit. Kognitive Neurobiologie und ihre philosophischen Konsequenzen*, 1996, p. 303 y siguientes.

<sup>425</sup> Luzón Peña, *Libertad, culpabilidad y neurociencias*, en "Revista de Derecho Penal", n° 2012-2, "Culpabilidad: nuevas tendencias-I", p. 199 y siguientes.



de la culpabilidad, como así también su carácter de presunción *iuris tantum*, en abierta contradicción con la presunción de inocencia ya en el proceso penal. No sé cuál es el futuro de las neurociencias; sí sé que el concepto de culpabilidad ha mostrado su lado flaco.

Hay quienes rechazan de plano la neurociencia afirmando que al Derecho penal no le afectan los conocimientos científicos.

Otros, que la verdad que se busca en el Derecho penal no es una verdad científica, sino formal<sup>426</sup>. Llama poderosamente la atención que un autor como Hassemer, contrario a toda posibilidad de "poder actuar de otro modo" tenga un planteo indeterminista<sup>427</sup>.

Están quienes asumen la absoluta dependencia del Derecho penal de los conocimientos neurocientíficos.

Nosotros entendemos que el Derecho penal no se encuentra ajeno a los conocimientos provenientes de las ciencias duras, sin que meras aproximaciones incipientes puedan modificar las bases jurídicas actuales. Junto a Demetrio Crespo es correcto preguntarse: "... de qué lado recae en realidad el mal llamado 'fallo categorial' [Hassemer], del de las ciencias empíricas como las neurociencias y las otras ciencias humanas que estudian el comportamiento humano, por atreverse a 'opinar' sobre nuestro 'reputado' sistema de atribución de responsabilidad penal, o más bien, del lado del Derecho penal, por operar con demasiada frecuencia sobre una insuficiente y muy endeble base empírica"<sup>428</sup>. Agrega el profesor de Castilla - La Mancha: "En mi opinión es importante no perder de vista que la carga de la justificación del castigo recae del lado de quien afirma su legitimidad y que por lo tanto no es posible 'pasar de puntillas' cuando se trata de averiguaciones acerca de los condicionantes que tiene el comportamiento humano que consideramos culpable. El punto de partida correcto no puede preservar la 'buena conciencia', sino una *consideración abierta a otras ciencias*, dejando espacio a aquellas posibilidades de cambio que sean oportunas en orden a un Derecho penal mejor y sobre todo más humanitario"<sup>429</sup>.

<sup>426</sup> Por ejemplo, Hassemer, *Límites de los conocimientos en el proceso penal. ¿Nueva determinación a través de las ciencias empíricas del ser humano?*, en "Revista de Derecho Penal", n° 2010-1, "Imputación, causalidad y ciencia-I", p. 20 y siguientes.

<sup>427</sup> Lo advierte Demetrio Crespo, *Libertad de voluntad: investigación sobre el cerebro y la responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y derecho penal*, en "Revista de Derecho Penal", n° 2-2012, "Culpabilidad: nuevas tendencias-I", p. 88.

<sup>428</sup> Demetrio Crespo, *Libertad de voluntad: investigación sobre el cerebro y la responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y derecho penal*, en "Revista de Derecho Penal", n° 2-2012, "Culpabilidad: nuevas tendencias-I", p. 109.

<sup>429</sup> Demetrio Crespo, *Libertad de voluntad: investigación sobre el cerebro y la responsabilidad penal. Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y derecho penal*, en "Revista de Derecho Penal", n° 2-2012, "Culpabilidad: nuevas tendencias-I", p. 69.

No obstante, si la ciencia diera un paso más y llegara al consenso de que los seres humanos no solo estamos determinados en el plano neurológico más elemental sino que nuestra conducta es psicológicamente compulsiva y estamos programados desde nuestra fecundación o desde nuestro nacimiento; lo que se ha designado como *pandeterminismo* o *fatalismo*, pues todas las elecciones se encontrarían predeterminadas por una fuerza superior<sup>430</sup>; tendríamos que tratar a los seres humanos de manera meramente instrumental<sup>431</sup>.

Se advierte una tendencia a buscar maneras de predecir y esquivar lo previsible a través de cambios de acciones muy anteriores a las que producen un desenlace no querido. Uno de estos procesos es el de "... *asignación estratégica de la atención*", y argumenta que esa es justamente la técnica que subyace al autocontrol. Solemos suponer frecuentemente que la fuerza de voluntad está vinculada con la posesión de una sólida fibra moral, pero nos equivocamos. Con lo que realmente guarda relación la fuerza de voluntad es con la capacidad de dirigir adecuadamente el foco de nuestra atención, aprendiendo a controlar esa breve lista de cuestiones presentes en nuestra memoria operativa o de trabajo.

"Herbert Simon lo ha expresado de un modo inmejorable: 'El exceso de información empobrece notablemente la atención'. El cerebro es una máquina limitada, y el mundo un lugar desconcertante, repleto de datos y de distracciones. La inteligencia es la capacidad de analizar dichos datos a fin de conseguir que adquieran un poco más de sentido. Y como también ocurre en el caso de la fuerza de voluntad, esta capacidad exige una adecuada asignación estratégica de la atención. Permítanme realizar una observación final: en las últimas décadas, la psicología y la neurociencia han erosionado gravemente la noción clásica de libre albedrío. Resulta que el inconsciente es la parte más importante de la mente. Y sin embargo, no por ello dejamos de poder controlar el foco de nuestra atención, ya que está en nuestra mano centrarlo en aquellas ideas que pueden ayudarnos a alcanzar el éxito"<sup>432</sup>. De otro costado, interin, serán importantes los mejoramientos a fin del tratamiento penitenciario y la protocolización de las psicopatías (DMS-V) como trastorno mental.

Por último, los *enhancements* significarán una nueva legislación o reinterpretación de figuras delictivas vinculadas a la integridad psicofísica.

Prevenía Churchland: "Si cada uno de nosotros poseyera un conocimiento neurocientífico (cosa que ahora percibimos nebulosamente) de las variedades y causas

<sup>430</sup> Sobre el tema, Rubia, *El controvertido tema de la libertad*, en "Revista de Occidente", n° 356, ene. 2011, disponible en [www.revistas culturales.com/revistas/PDF/9711368.pdf](http://www.revistas culturales.com/revistas/PDF/9711368.pdf), p. 17.

<sup>431</sup> Feijoo Sánchez, *Derecho penal y neurociencias ¿Una relación tormentosa?*, en "InDret", abr. 2011, disponible en [www.indret.com/pdf/806.pdf](http://www.indret.com/pdf/806.pdf), p. 47.

<sup>432</sup> Cfr. Lehrer, "Controle el foco de su atención", en *Este libro le hará más inteligente. Nuevos conocimientos científicos para mejorar su pensamiento*, 2012.

de las enfermedades mentales, de los factores que intervienen en el aprendizaje, las bases neurológicas de las emociones, la inteligencia y la socialización, entonces la totalidad de la desdicha humana podría disminuir mucho. El simple aumento de la comprensión mutua que hiciera posible el nuevo marco podría contribuir sustancialmente a lograr una sociedad más pacífica y humanitaria. Por supuesto, también habría ciertos riesgos: mayor conocimiento significa mayor poder, y del poder también puede hacerse un mal uso<sup>433</sup>. Por otro lado, si las máquinas—aludo a la inteligencia artificial—llegan a simular todas nuestras actividades cognitivas internas, hasta el último detalle computacional, negarles la categoría de personas sería nada más que una nueva forma de racismo<sup>434</sup>.

### § 19. La teoría del error

«Se considera, generalmente, que la posibilidad epistémica es subjetiva y relativa, a diferencia de las posibilidades lógicas y físicas, que se suponen totalmente objetivas» \*

La teoría del error es el anverso de la teoría del delito. Se trata de la ignorancia o error del sujeto que realiza una conducta subsumible en el tipo objetivo de una figura.

Dos teorías han tenido preeminencia en el tema del error: la del *dolo* y la de la *culpabilidad*. El fundamento de la diferenciación se encuentra en la ubicación de la conciencia de la antijuridicidad dentro de la analítica del delito. Para la primera se ubica dentro del substrato *dolo*—*dolus malus*—ubicado en la culpabilidad; para la segunda, fuera del *dolo*—*dolus naturalis*—ahora residente en el tipo.

De ambas teorías han existido dos versiones: unas *estrictas*; las otras *restringidas*. A las últimas se las designa de esta manera por haber sometido a las primigenias a ciertas matizaciones, flexibilizando las derivaciones de las teorías originarias.

La teoría del *dolo* se clasifica en estricta o restringida según se requiera una conciencia actual—estricta—o sea suficiente con una conciencia potencial de la antijuridicidad del comportamiento; esto es, un alto grado de evitabilidad que lleva a la ceguera ante el derecho y a la enemistad con el mismo.

La teoría de la culpabilidad se bifurca en estricta o restringida conforme a si los presupuestos fácticos de la causa de justificación se entienden en el mismo plano

<sup>433</sup> Churchland, P. M., *Materia y conciencia. Introducción contemporánea a la filosofía de la mente*, 2ª ed., 1999, p. 79.

<sup>434</sup> Churchland, P. M., *Materia y conciencia. Introducción contemporánea a la filosofía de la mente*, 2ª ed., 1999, p. 176.

\* Dennett, *La libertad de acción*, 2ª ed., 2000, p. 169.

que los presupuestos fácticos del tipo preceptivo o prohibitivo—restringida—o en el mismo plano de los preceptos, prohibiciones o permisiones—estricta—.

La teoría del *dolo* restringida aparece como más represiva que la estricta; por el contrario, la teoría restringida de la culpabilidad aparece como menos represiva que la estricta.

En la actualidad es predominante en el Derecho penal nuclear y tradicional la teoría de la culpabilidad restringida. Son contundentes los argumentos de Hruschka: "Como las reglas permisivas figuran en el mismo plano que las prescripciones y prohibiciones, figuran también los supuestos de hecho de las causas de justificación en el mismo plano lógico que los tipos de los delitos comisivos y omisivos"<sup>435</sup>.

Ante la competencia institucional que implican el Derecho penal económico y el Derecho penal de riesgo, se promociona, en sus ámbitos, la aplicación de la teoría del *dolo* estricta, por ser la más flexible, respecto al reconocimiento del error en todas sus aristas.

Existe un punto de contacto extremo entre el principio de legalidad, la cantidad y calidad de las figuras delictivas y, por último, la teoría del error. El principio de legalidad, como presupuesto de un Derecho penal de prevención (o disuasorio) carece de esa capacidad cuando las figuras se alejan del eje de aquellos comportamientos que los distintos controles sociales institucionalizados explicitan como contrarios a la convivencia social (calidad) o cuando la usina legislativa las produce en forma exponencial y desordenada (cantidad). Aquí la teoría del error, como consecuencia de la crisis del principio de legalidad, tiende a flexibilizarse y alcanzar los niveles de la teoría del *dolo* estricta en desmedro de la teoría de la culpabilidad (estricta o restringida). La doctrina, hace tiempo, viene pronunciándose sobre las distintas teorías del error que deben regir, según se trate del Derecho penal nuclear o de Derecho penal periférico.

### EXCURSO

- a) Delito y diversidad cultural. Aproximaciones desde la teoría del error

Todas las sociedades contemporáneas son hasta cierto punto *heterogéneas*. En este sentido, señala Macdonald, que el pluralismo cultural existe, en mayor o menor medida, en las sociedades modernas, con lo cual, más que buscar una definición de esta categoría, debe ponerse énfasis en la manera, el grado y el funcionamiento del pluralismo dentro de la sociedad particular en que aquel se manifiesta<sup>436</sup>.

<sup>435</sup> Hruschka, "Reglas de comportamiento y reglas de imputación", en *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2005, p. 39.

<sup>436</sup> Barfield (ed.), *Diccionario de antropología*, 2000, p. 491.

Esta aclaración preliminar se impone, porque, indudablemente, el pluralismo tiene matices especiales en orden al Estado nacional al que nos referimos.

En este sentido, no es lo mismo el pluralismo derivado de la coexistencia de comunidades originarias, que experimentan, en muchos casos, procesos de re-etnificación (que responden a causas variables), a las que se suman distintos movimientos migratorios, con identidades culturales particulares, propio de Latinoamérica; que la realidad Europea, en donde la heterogeneidad guarda conexión únicamente con el aumento de aquellos flujos (inmigrantes); con lo cual lleva razón Bartolomé al utilizar la expresión de una *diversidad de las diversidades* para el caso de nuestra región<sup>437</sup>.

Pese a estas particularidades, aquella coexistencia deja entrever algunos problemas comunes. En efecto, el pluralismo de las sociedades modernas puede provocar el surgimiento de conflictos entre las distintas normas de referencia de las culturas que interactúan, dando lugar así a fenómenos de particular relevancia para el Derecho penal.

Es claro que, los temas involucrados en esta relación resultan de una amplitud tal que exigirían una obra autónoma. Al solo título de ejemplo mencionamos algunos de los problemas que pueden generarse: particularidades que debe afrontar la ejecución del encierro carcelario cuando el destinatario de la condena pertenece a un grupo étnico distinto (v. gr., tensiones con los internos pertenecientes a otra etnia, en cuestiones vinculadas con prácticas religiosas o alimenticias)<sup>438</sup>; coexistencia de sistemas jurídicos consuetudinarios con el sistema penal estatal<sup>439</sup>; etcétera. Sin embargo,

<sup>437</sup> Bartolomé, *La diversidad de las diversidades. Reflexiones sobre el pluralismo cultural en América Latina*, en "Cuadernos de Antropología Social", n° 28, 2008, esp. ps. 37 y 38.

<sup>438</sup> Al respecto, Mapelli Caffarena, "Perspectivas actuales de la pena privativa de la libertad con especial referencia a la población reclusa extranjera", en *Estudios jurídicos*, 2001, p. 40: "Se han detectado algunos conflictos interculturales, cuando por razones de espacio ha sido necesario compartir celdas. Conflictos tales como ordenación del mobiliario, distintos niveles de exigencia higiénica" o, a partir de la influencia más específica de la diversidad religiosa (población musulmana), han surgido problemas relativos a reclamos vinculados con cambios de dieta, cambios de horario (mes de Ramadán), etcétera.

<sup>439</sup> Al respecto, cfr. Cesano, *Delito y diversidad cultural: algunas reflexiones sobre el caso argentino*, en "Revista del CESLA", n° 6, año 2004, ps. 58 a 62. Para un caso de colisión entre la justicia estatal y las pautas consuetudinarias de la comunidad guaraní, cfr. Moreira, *Antropología del control social*, 2001, ps. 98 a 103. El Anteproyecto de reforma de Código Penal de la Nación argentina, redactado por la Comisión creada por decr. 678/12, regula expresamente esta situación en su art. 19, inc. 2°, letra b): "El juez podrá imponer la pena por debajo del mínimo previsto en la escala conminada, o incluso prescindir de ésta, en los siguientes casos: (...) b) Pueblos originarios: sanciones. Cuando el agente fuere parte de un pueblo originario, el delito se hubiere cometido entre sus miembros y hubiere sufrido una sanción conforme a sus costumbres. Se atenderá a la magnitud de la sanción sufrida y a la gravedad del hecho". Para su texto, cfr. *Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica, Buenos Aires, 2014, p. 343.

nuestro interés aquí se vincula con las cuestiones que se derivan de la comisión de un delito por parte de un miembro de una cultura determinada (v. gr., inmigrantes, comunidades originarias, con mayor o menor grado de interrelación con otros grupos portadores de patrones culturales diversos), cuando la conducta realizada, pese a hallarse en conformidad con la cultura a la que pertenece el autor, no lo está con la productora de la norma penal codificada.

El Derecho penal comparado muestra una gama de construcciones especiales destinadas a ser utilizadas en estos casos.

Previo a sistematizarlas, es necesario que reiteremos lo siguiente: *no discutiremos aquí el caso de la coexistencia de un sistema penal consuetudinario, que funciona dentro de su cultura, y un sistema estatal que, al mismo tiempo, pretende aplicar la norma codificada*. Estas situaciones, constituyen *hipótesis diversas* a las que planteamos por cuanto, la vigencia de un sistema jurídico consuetudinario está señalando, en palabras de Macdonald, la convivencia de dos sistemas institucionales diversos en una misma unidad política estatal; categoría distinta a la que nos ocupa y que, ciertamente, merece una solución diferente; que, de hecho, ya tiene regulación expresa en algunos ordenamientos jurídicos, como sucede con el Código Procesal Penal de Bolivia, cuyo art. 28 expresa: "Se extinguirá la acción penal cuando el delito o la falta se cometa dentro de una comunidad indígena y campesina por uno de sus miembros en contra de otro y sus autoridades naturales hayan resuelto el conflicto conforme a su Derecho Consuetudinario Indígena, siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías de las personas establecidos por la Constitución Política del Estado".

Este texto recoge la previsión del Convenio 169 de la OIT, en cuanto, en su art. 9° 1, preceptúa: "1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros". En el ordenamiento jurídico argentino, el reciente Código Procesal Penal de la provincia de Neuquén dispone, en su art. 109, que: "Cuando se tratare de un hecho cometido por un miembro de un pueblo indígena se aplicará en forma directa el art. 9° 2. del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo". El citado art. 9° 2 del Convenio señala que: "Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia".

Por su parte, el anteproyecto de reforma de Código Penal de la Nación argentina, redactado por la comisión creada por decr. 678/12, regula expresamente esta situación en su art. 19, inc. 2°, letra b): "El juez podrá imponer la pena por debajo del mínimo previsto en la escala conminada, o incluso prescindir de ésta, en los siguientes casos: (...) b) Pueblos originarios: sanciones. Cuando el agente fuere parte de un pueblo originario, el delito se hubiere cometido entre sus miembros y hubiere sufrido una sanción conforme a sus costumbres. Se atenderá a la magnitud de la sanción sufrida y a la gravedad del hecho".

Indudablemente, estos sistemas resultan más respetuosos de la diversidad, en la medida que se adecuan, aun con ciertos matices, al Convenio mencionado. No obstante ello, consideramos que la aplicación inmediata del Convenio en nuestro ámbito cultural, exigirá, con carácter previo, una "previa investigación antropológica des-

tinada a precisar los alcances y ámbitos de vigencia del derecho consuetudinario de los pueblos originarios”<sup>440</sup>.

- b) Comisión de un delito por parte de un miembro de una cultura determinada, cuando la conducta realizada, pese a hallarse en conformidad con la cultura a la que pertenece el autor, no lo está con la productora de la norma penal codificada

Seguidamente realizaremos una sistematización de las principales construcciones jurídicas de las que da cuenta el Derecho comparado para resolver la situación que nos atañe.

1 — No obstante las diferencias existentes entre el sistema penal norteamericano y los procesos de codificación tributarios de la legislación continental europea, es interesante detenernos en la respuesta que, con relación a estas cuestiones, se vienen desarrollando a nivel de precedentes en aquel ámbito cultural. Por de pronto, debe señalarse que, pese a lo que pueda creerse, existen diversos fallos que analizan esta cuestión, tanto en relación a inmigrantes (que mantienen una fuerte identidad cultural) como de comunidades originarias.

Respecto del primer grupo (migrantes) destaca, entre otros, el caso “Kargar”<sup>441</sup>, resuelto por la Corte del Estado de Maine. Se trataba de un refugiado afgano, que vivía junto a su familia en Estados Unidos de América, que fue denunciado por su niñera (ciudadana norteamericana) porque, en presencia de esta, el imputado besó el peine de su hijo de un año y medio de edad. El imputado jamás negó el hecho, limitándose a argumentar que, dentro de su cultura, tal hecho es una expresión de afecto paternal, desprovisto de toda connotación sexual. Condenado en la instancia, el supremo Tribunal del Estado revocó el fallo, absolviéndolo del delito imputado, resaltando el carácter cultural y no sexual del comportamiento. También, con relación a inmigrantes, pueden mencionarse los casos “People v. Kimura”, “People v. Chen” y “State v. Hussaini”<sup>442</sup>.

Con relación a las comunidades originarias, puede mencionarse la resolución de la Corte Suprema de California al fallar el precedente “People v. Woody”<sup>443</sup>, respecto del uso sacramental del peyote (cactus con propiedades psicoactivas y alucinógenas

<sup>440</sup> Cesano, *Los encuentros de la antropología con el saber jurídico penal*, 2015, p. 54.

<sup>441</sup> Cit. por Vázquez González, *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, 2010, p. 136.

<sup>442</sup> Todos mencionados por Vázquez González, *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, 2010, ps. 135 a 137.

<sup>443</sup> Cit. por Couso Salas, “Mapuches y derecho penal”, en *Derecho y pueblo mapuche. Aportes para la discusión*, 2013, p. 190.

que la legislación norteamericana califica como droga) por parte de un miembro de una comunidad navaja, en donde se resolvió la absolución, al identificar una colisión de intereses señalando que aquel comportamiento constituía la esencia de una expresión religiosa de “un peso considerable”.

La solución adoptada por el ordenamiento jurídico-penal norteamericano se asienta sobre las denominadas *cultural defences*. Según refiere Vázquez González, la *cultural defence* “es una estrategia de defensa en materia penal que consiste, en su sentido más general, en una amplia gama de formas en las que la evidencia acerca de la educación o costumbre cultural de un acusado pueden influir en la resolución judicial sobre la culpabilidad o responsabilidad”<sup>444</sup>.

Desde luego que no existe un reconocimiento legal de esta doctrina. En todo caso, se hace necesario enfatizar que para que pueda ser alegada es preciso que se esté frente a delitos cuya motivación obedezca, única o principalmente, a razones culturales. Fundamentalmente, la discusión y aplicación de esta defensa tiene lugar “dentro de la esfera subjetiva —*mens rea*—, es decir, de qué manera el condicionamiento cultural pudo haber influido en el comportamiento del infractor.

2 — Los sistemas jurídicos codificados de tradición europea continental, también se enfrentan con esta problemática.

Así se señala, en el caso de España, un hecho juzgado en 1ª instancia por la Audiencia Provincial de Cádiz, el 19 de marzo de 2009 y en 2ª instancia por el Tribunal Supremo que dictó sentencia el 8 de enero de 2010. El *factum* fue el siguiente: se condenó como autores de un delito de agresión sexual a los procesados, padres de la víctima, por obligar mediante amenazas y coacciones a su hija de catorce años a mantener relaciones sexuales con un hombre, también procesado, con el que la menor había sido obligada a contraer matrimonio en un viaje al país de origen de los acusados, Mauritania. Y si bien se alegó el condicionamiento cultural de los acusados, tanto la Audiencia como el Tribunal Supremo proclamaron que “la vulneración de un derecho tan elemental del ser humano, como el de su libertad sexual, no puede de ninguna forma quedar condicionado a circunstancias tales como las del origen cultural de quien lo agrede”<sup>445</sup>. Más allá de que, luego, volveremos sobre la tensión entre el derecho a la diversidad y ciertos derechos humanos individuales, lo cierto es que, mencionamos esta situación para ilustrar la vigencia de esta problemática en el ámbito europeo.

Desde luego que esto también se verifica, en nuestra región. Para el caso de Chile, la ilustrada investigación de Couso Salas intitulada *Mapuches y derecho penal*, da cuenta de una abundante jurisprudencia vinculada con las comunidades originarias.

<sup>444</sup> Vázquez González, *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, 2010, p. 153.

<sup>445</sup> Vázquez González, *Inmigración, diversidad y conflicto cultural. Los delitos culturalmente motivados cometidos por inmigrantes (especial referencia a la mutilación genital femenina)*, 2010, p. 138.

Y, en nuestro país, diversos trabajos vienen mostrando situaciones vinculadas con comunidades mapuches y wichi<sup>446</sup>.

¿Cuáles son, en estos casos, las construcciones jurídicas con que se pretende afrontar esta problemática?

Básicamente estas construcciones han girado alrededor del binomio antijuricidad / justificación y de la culpabilidad.

A ellas nos referiremos a continuación.

García Vitor, a partir del art. 75, inc. 17 de la CN, pretendió construir una solución, para estos casos, sobre la base de la justificación. Expresaba el autor que "cuando no se puede circunscribir territorialmente a los miembros de una etnia, permitiendo que rija su propio sistema de castigos (...), en la confrontación de las culturas nos podemos encontrar con una colisión de deberes, entendida esta como una exigencia que se impone a un sujeto de cumplir, en una misma situación, a un mismo tiempo, con dos deberes, de tal manera que la satisfacción de uno de ellos no puede sino realizarse en detrimento del otro"<sup>447</sup>. En estos casos —continuaba García Vitor— uno de los interrogantes que se presenta es el de si, el deber incumplido, constituye un injusto merecedor de pena o si se está en presencia de un actuar justificado. Para responder a esta cuestión, el autor citado centralizaba su argumentación sobre la base de la siguiente premisa: "la (...) reforma constitucional argentina ha incluido dentro de las atribuciones del Congreso (art. 75) una norma por la que dispone reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, garantizando el respeto a la identidad. La disposición constitucional aporta a la discusión, en el ámbito nacional, un importante elemento que nos permitiría solucionar el problema de la diversidad —cuando se sustenta en las culturas abarcadas—, construyendo una causa de justificación, marginada de su solo asentamiento en la actuación por conciencia. Es indudable que en la disyuntiva de cumplir con un deber que surge de la propia cultura y otro impuesto por una norma de la cultura hegemónica, si se opta por el primero, el actuar que incumple el segundo, estará justificado"<sup>448</sup>.

Por otra parte, la otra perspectiva de análisis de esta cuestión se vincula con la culpabilidad y sus formas de exclusión.

En efecto, tradicionalmente, las soluciones legislativas más frecuentes se han desarrollado en este ámbito; en particular a través de fórmulas que consagran la inimputabilidad o la eximente del error de comprensión (como una especie de error de prohibición).

Si se observa la codificación penal latinoamericana en perspectiva histórica, es posible observar distintos sistemas legislativos que abordaron esta problemática a tra-

<sup>446</sup> Cfr. Cesano, *Sistema penal y diversidad cultural. Una aproximación desde la teoría del error*, en "Breviarios de Derecho Penal y Procesal Penal", 2006.

<sup>447</sup> García Vitor, *Diversidad cultural y derecho penal (aproximación al tema). Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos*, 1994, p. 22.

<sup>448</sup> García Vitor, *Diversidad cultural y derecho penal (aproximación al tema). Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos*, 1994, ps. 23 y 24.

vés de la inimputabilidad; tal el caso del viejo Código Penal de la República de Bolivia de 1973, en cuyo art. 17, inc. 5°, disponía que: "Son inimputables: (...) el indio selvático que no hubiere tenido ningún contacto con la civilización".

Por otra parte, en la jurisprudencia argentina, el caso conocido como *Matanza de Lonco Luan*, también fue tratado desde la óptica de la inimputabilidad; aunque —y esto es importante destacar— la solución jurídica que se le dio al caso, no basó su argumentación en la condición de los imputados (esto es su pertenencia mapuche) sino que tuvo por acreditado, a partir de distintos informes periciales, un trance místico colectivo que impidió, a los imputados, en el momento del hecho, dirigir sus acciones<sup>449</sup>.

Destacamos la idea de que esta visión se realiza en perspectiva histórica porque suscribimos las críticas que respecto de esta solución se han realizado.

En efecto, construir respuestas jurídicas a partir del concepto de inimputabilidad no resulta correcto. En rigor, quien pertenece a una cultura diversa (sea inmigrante o

<sup>449</sup> La solución dada al caso mereció la crítica, desde la perspectiva antropológica. En esta dirección, cfr. Kalinsky, *El concepto de imputabilidad en la llamada matanza de Lonco Luán*, en "Revista Cusho", vol. 5, n° 1, 1999/2000, ps. 24 a 33. En rigor, la construcción jurídica del magistrado se encontraba notablemente influida por elementos tomados de la antropología psiquiátrica; del que no eran ajenos algunos de los postulados de la *cross-culture psychiatry*. De hecho, uno de los peritos que intervino en aquel proceso fue Fernando Pagés Larraya, prestigioso médico psiquiatra que realizó importantes investigaciones de psiquiatría transcultural, publicando —fruto de aquellas indagaciones— en 1982, el libro *Sobre lo irracional en la cultura*, en cuatro volúmenes, editados por la Fundación para la Educación, la Ciencia y la Cultura (sobre esta obra y su autor, cfr. Conti, *Entre la epidemiología psiquiátrica y la antropología cultural: Fernando Pagés Larraya, un pensamiento singular*, en "Vertex. Revista Argentina de Psiquiatría", vol. XXIII, n° 105, sep.-oct. 2012, ps. 386 a 389). Es interesante sintetizar algunos aspectos centrales de la argumentación del juez en el decisorio de sobreesamiento, fechado en la Ciudad de Zapala (provincia del Neuquén), el 11/12/79: "Luego de un erudito y pormenorizado estudio de las características principales de las creencias religiosas mapuches —grupo étnico al que pertenecen los imputados— y de la secta pentecostal, como así de su progresiva penetración en la zona, explica el doctor Pagés Larraya las formas de asimilación por el grupo de determinados aspectos del milenarismo religioso, y su inevitable incompreensión de otros, que reinterpretaron, adoptándolos en todo o en parte a sus propias vivencias. Destaca la imprescindible participación de un líder, característica del movimiento milenarista, y la forma habitual de sus reuniones rituales. También describe los estados de éxtasis, sus causas y efectos. Posteriormente se estudian y analizan psiquiátricamente a cada uno de los procesados, para pasar a considerarlos como grupo social y finalmente concluir con la determinación del estado mental de los detenidos al momento del hecho. Con singular claridad, el perito señala que la particular situación étnico social de estos grupos 'los hace receptivos a «mensajes salvadores» que surgen por lo general, en los grupos etnógrafos, de un extranjero que no pertenece al grupo dominante'. Asimismo, 'en forma personal al sentimiento escatológico, vivido como una sensación indefinible de «fin del mundo», es perceptible en los integrantes de los movimientos milenaristas', como lo demuestra la pericial que se referencia, sensación que asimismo forma parte de los sentimientos de la cultura mapuche. Y esta sensación es una realidad concreta para quienes participan de ella: 'la predicación de un exorcista carismático que siente dentro de sí mismo, sin duda y mistificación alguna, vivo el reino de DIOS' ...".

miembro de una comunidad originaria) podrá ser inimputable por las mismas causas que puede serlo quien no pertenece a ella y se desenvuelve conforme a la cultura responsable de la codificación de la norma.

Sin abandonar, empero, el ámbito de la *culpabilidad*, existe un importante sector de la doctrina jurídico-penal que viene proponiendo una solución para esta problemática a partir del *error de comprensión*; entendido como una especie del *error de prohibición*. Así se considera que la solución técnicamente apropiada para excluir de la calificación como delito, a la conducta de un integrante de una cultura diversa que, en un caso concreto, no estuvo en la posibilidad de comprender que su acción estaba reprobada por la cultura codificadora, es "... acudir a una causa de inculpabilidad basada en ausencia del conocimiento [o comprensión] de la antijuridicidad de la acción. Y conforme a la amplitud que opera el error de prohibición excusante en la teoría, la inculpabilidad puede ser declarada tanto cuando el indígena [o inmigrante] (...) ignoraba [o no comprendía] que su acción contravenía las reglas penales vigentes, como también cuando él supuso que las circunstancias de hecho permitían la realización legítima de la acción que se le imputa..."<sup>450</sup>.

Legislativamente, uno de los primeros casos que conocemos de recepción de esta tesis es el del Código Penal del Perú de 1991<sup>451</sup>. Dispone, al respecto, el art. 15 que: "El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será exi-

<sup>450</sup> Yrureta, *El indígena ante la ley penal*, 1981, p. 130. La última hipótesis mencionada por la autora se subsume en una causa de justificación putativa.

<sup>451</sup> Con anterioridad al nuevo texto, rigió en el Perú el denominado "Código de Maúrtua" (que fue objeto, durante su vigencia, de diversas modificaciones). La cuestión indígena se regulaba allí en los arts. 44 y 45. La primera norma, disponía en su primer y segundo párrafo, que: "Tratándose de delitos perpetrados por salvajes, los jueces tendrán en cuenta su condición especial, y podrán sustituir las penas de penitenciaría y de prisión por la de colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado que no excederá de veinte años. Cumplidos dos tercios del tiempo que según la ley correspondería al delito si hubiere sido cometido por un hombre civilizado, podrá el delincuente obtener libertad condicional si su asimilación a la vida civilizada y su moralidad lo hacen apto para conducirse". Por su parte, el art. 45 alude a delitos perpetrados "por indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo", ordenando a los jueces, en estos casos, tener en cuenta "... su desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres" a los efectos de reprimir conforme a la regla del art. 90 (disminución de la pena para las hipótesis de eximentes incompletas). Asimismo, "... podrán (...) sustituir las penas de penitenciaría y de relegación por la colocación en una colonia penal agrícola por tiempo indeterminado no mayor que el correspondiente al delito, señalando el plazo especial en que el condenado está autorizado a obtener libertad condicional..." (para los textos legales transcritos, cfr. Bustos Ramírez - Valenzuela Bejas, *Derecho penal latinoamericano comparado. Apéndice: parte general de los códigos y proyectos*, 1983, t. III, p. 451 y ss.). Sin embargo, es de advertir que, ya durante la vigencia de aquel texto, calificadas opiniones doctrinarias se levantaron contra la solución propiciada por la norma. Así, Hurtado Pozo, *La teoría del delito. Apuntes para su elaboración de acuerdo a las disposiciones del Código Penal peruano*, en "Revista de Derecho y Ciencias Políticas", vol. 37, n° 1, ene.-abr. 1973, ps. 131 y 132.

mido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida se atenuará la pena"<sup>452</sup>.

Al referirse a este precepto, Peña Cabrera ha expresado que: "Habida cuenta de la consagración positiva del error de prohibición"<sup>453</sup>, y atendiendo a la heterogeneidad étnico-cultural de nuestro país, se hizo necesario que el nuevo Código Penal resaltase normativamente el respeto por los valores culturales distintos —nunca mejores ni peores a los de la sociedad occidental— en el sentido de que no se criminalicen conductas socialmente aceptadas en los grupos culturales"<sup>454</sup>; enfatizando en seguida que: "Según esta norma, si la conducta es vista como 'normal' dentro de su propio espacio cultural, y ante los ojos del derecho oficial ella es reputada como delictiva, predominará la valoración del grupo cultural. Si el autor, de acuerdo con sus pautas (personales, culturales y sociales), tenía una creencia equivocada de que el hecho no estaba prohibido, porque no conocía la norma o la conocía mal, entonces al no ser exigible el conocimiento de la antijuridicidad de su acción, ella no se le puede reprochar"<sup>455</sup>.

Asimismo, también suele utilizarse, especialmente a nivel de desarrollos jurisprudenciales, para abordar esta problemática la argumentación a partir de la existencia de un error sobre los límites de la justificación. En la doctrina judicial argentina, hemos detectado algunos casos que apelan a esta solución. Así, el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, tuvo oportunidad de realizar un importante desarrollo al respecto. Así lo hizo al fallar el precedente "Puel"<sup>456</sup>. En lo sustancial, el tribunal pata-

<sup>452</sup> Tomamos el texto de la edición del Código publicada en "Doctrina Penal", año 14, 1991-B, p. 657 y siguientes.

<sup>453</sup> Dispone el art. 14, párr. 2º: "El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena".

<sup>454</sup> Peña Cabrera, "El error de prohibición y el error culturalmente condicionado de los artículos 14 (2º párrafo) y 15 del Código Penal peruano", en AA.VV., *De las penas. Libro homenaje al profesor Isidoro De Benedetti*, 1997, p. 384. Para un análisis de la aplicación judicial de esta eximente, cfr. Villavicencio Terreros, *Tratamiento penal de la diversidad cultural por la justicia estatal del Perú*, en "Revue Internationale de Droit Pénal", vol. 82, 2011/3-4, ps. 559 a 573.

<sup>455</sup> Peña Cabrera, "El error de prohibición y el error culturalmente condicionado de los artículos 14 (2º párrafo) y 15 del Código Penal peruano", en AA.VV., *De las penas. Libro homenaje al profesor Isidoro De Benedetti*, 1997, p. 395. Debemos destacar, empero, que muy prestigiosos autores sostienen que el nuevo texto peruano no establece, en *puridad*, una eximente a través del error. Tal parece ser el criterio de Hurtado Pozo al expresar que: "En nuestra opinión, a pesar de la intención de los redactores del art. 15, expuesta en la Exposición de Motivos del Proyecto, el art. 15, debido al contexto normativo en el que debe ser interpretado, se afilia más a la propuesta de considerar las diferencias culturales como causas de inimputabilidad que a la iniciativa de Zaffaroni para considerar una circunstancia de inculpabilidad" ("Reforma penal, técnica legislativa y dogmática penal", en AA.VV., *El penalista liberal*, 2004, p. 1054).

<sup>456</sup> La hipótesis fáctica del caso fue la siguiente: un miembro de una de las comunidades mapuches asentada en la provincia del Neuquén, destruyó una serie de estacas que habían sido colocadas (con fines demarcatorios de un estudio hídrico) en el terreno de la comunidad, con autoriza-

gónico argumentó que: "debe reconocerse que, en principio, no parece incorrecto el análisis del magistrado al considerar lícita la realización de los estudios que, posteriormente, resultaron dañados por el imputado. Ello así, por cuanto —como lo advierte el sentenciante— quienes colocaron los instrumentos dañados (estacas), se encontraban autorizados por el Lonco V. P. y que, dichas tareas fueron realizadas en terrenos de la comunidad (...) Pero que aquellas tareas, objetivamente, fueran lícitas, no exime al sr. juez, de haber profundizado el análisis en un aspecto de carácter subjetivo, que surge de la propia sentencia (como alegado por el imputado según los dichos de los testigos C. y V.), en el sentido de que, él obró de esa manera, por cuanto entendió que, las tareas desarrolladas, lo eran en una tierra de su propiedad y que, no obstante ello, no había requerido su autorización (...) [E]sta circunstancia, da pie a una causa de justificación putativa (art. 34, inc. 1º, CP) (...) [En tal sentido, entendemos] que las causas de justificación putativas 'son aquellas (...) [en las que] el sujeto agente, debido a una estructuración errónea del campo físico en su campo conductual, alega que le asistieron [las justificantes] en respaldo de su conducta desajustada' (...) Una de las formas que puede asumir esta eximente es la del ejercicio de un derecho (art. 34, inc. 4º, CP) putativo. Bajo este concepto, precisamente (entre otras manifestaciones), entrarían aquellos casos en los que, el agente, da a una situación jurídica determinada, una *extensión que en realidad no tiene* (...) En [nuestra opinión], es sobre esta premisa, que debe darse solución al caso. En efecto, [interpretamos] —porque así surge de las constancias de la sentencia— que P. procedió a la destrucción de las tareas realizadas (levantamiento de las estacas) porque consideró que, al no haberse solicitado su autorización y tratándose de tierras que '*consideraba*' como propias, estaba —al obrar de esa manera— ejerciendo un legítimo derecho (art. 34, inc. 4º, CP), sin reparar que, tales tierras, en rigor —como lo puntualiza el *a quo*—, pertenecían a la comunidad. De esta forma, el imputado, creyó estar en su derecho (art. 34, inc. 4º) de no permitir la realización de los estudios que se practicaban; empero, tal creencia —en el caso— se vio viciada por un error no imputable (art. 34, inc. 1º) por las particularidades culturales a las que [aludíramos] (...) que lo llevaron a actuar en la forma en que lo hizo, no obstante que el propio *decr. 863/96* transfería las tierras a favor de la 'Agrupación Mapuche Puel' y no de él"<sup>457</sup>.

Por su parte, la Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia, también invocó (aun cuando no como argumento exclusivo) esta eximente para un caso en donde se había procesado a dirigentes de la comunidad *Qom* por el delito previsto por el art. 194 del CP (entorpecimiento de transporte por vía terrestre). Una de las vocales que integró la Cámara señaló que "... de los testimonios brindados por los imputados surge, una vez más, la situación de vulnerabilidad que padecen las distintas comunidades aborígenes (...). Han dicho que necesitan atención médica y agua, necesidades bá-

ción del lonco. El juez correccional, condenó al imputado por el delito de daño. Recurrida en casa-ción, la sentencia fue revocada, disponiendo, el Tribunal Superior de Justicia de la provincia, la absolución del imputado.

<sup>457</sup> Para el texto del fallo, cfr. "Ley, Razón y Justicia", año 2, n° 3, 2000, ps. 223 a 230.

sicas que en este momento histórico ya no debieran ser demandadas. Por otra parte, requieren a las autoridades la restitución de sus tierras. Ahora bien (...) sabido es que las distintas etnias gozan de una especial protección constitucional a partir de la Reforma del año 1994, en la cual se estableció en el art. 75, inc. 17 que: '*Corresponde al Congreso (...) reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones*'. Asimismo, la Constitución de la Provincia de Formosa establece en su art. 79 que: '*La Provincia reconoce al aborigen su identidad étnica y cultural...*'. Que los citados reconocimientos constitucionales de derechos y garantías constituyen a la vez límite y fundamento para que las autoridades efectúen las políticas necesarias a efectos de asegurar la efectividad de la protección constitucional. Por otra parte, entiendo que es tarea de la Justicia el hacer prácticos los derechos enunciados, los que por sí mismos son operativos y deben aplicarse *per se*, evitando que las cláusulas constitucionales devengan retóricas y vacías de contenido. En este sentido, no puedo pasar por alto la circunstancia de que las autoridades de la provincia de Formosa han desatendido los múltiples reclamos de las comunidades indígenas en violación de preceptos de orden superior, llevando a tales grupos al extremo de reclamar, por el único medio que entienden efectivo, el reconocimiento de sus prerrogativas, asistiendo razón a la defensa en este punto. Por otro lado, en los presentes autos se advierte que colisiona el derecho de los imputados a peticionar a las autoridades, con la conducta típica del art. 194 del CP, y el juez de grado ha entendido que debe prevalecer la libertad de tránsito. No coincido con aquella postura, ya que en un sistema republicano, donde el poder emana de la comunidad y donde los gobernantes tienen el deber de servir a los gobernados, el ejercicio del derecho de petición genera para las autoridades, una obligación mínima, cual es la de atender y analizar las peticiones que reciben (...) Y, en este caso puntual, la apreciación axiológica debe efectuarse sin olvidar las particulares circunstancias del caso. En tal inteligencia, he formado mi convicción en el sentido de que, en la especie, *los imputados obraron en la creencia de que se encontraban amparados por los derechos de reunión y petición. Todo ello valorado dentro del contexto social y particular en que la conducta se produjo, porque tanto la reflexión como la posibilidad de información dependen del contenido valorativo que la circunstancia concreta provee a la persona en su singular situación*"<sup>458</sup>.

Entre las construcciones jurídicas que acabamos de sintetizar, no todas gozan de idéntico consenso.

<sup>458</sup> Cfr. *expte. 50.713*, "Autores varios s/Infracción art. 194, CP", CF Resistencia, 6/11/12, *ef-Dial-AA7B67*, publicado el 6/12/12.

En este sentido, argumentar sobre la base de la justificación ha merecido ciertos reparos. Al respecto, por ejemplo, señala Carnevali que “[s]i bien puede parecer razonable el esfuerzo dirigido al reconocimiento de la identidad cultural, parece, en cambio, discutible e incluso, peligroso, que el reconocimiento cultural de los pueblos minoritarios permita justificar actos atentatorios a bienes que la sociedad mayoritaria estima valiosos. Es decir, resulta difícil de admitir para una sociedad que la práctica de ciertos actos generen *deberes de tolerancia* y, por tanto, estimarlos legítimos, solo por estar fundados en el respecto a la costumbre de ciertas culturas. Basta pensar en los conflictos que pudieran presentarse de justificarse actos de maltrato familiar o de lesiones corporales (...) decisiones de esta naturaleza (...) pueden dar lugar a manifestaciones de desestabilidad social, contraproducente, examinado desde una perspectiva preventivo general”<sup>459</sup>.

Más allá de la del concepto de tolerancia, que puede merecer algunas objeciones, desde la perspectiva del multiculturalismo, la tensión con derechos humanos individuales, como enseguida analizaremos, no deja de ser una cuestión a considerar.

Sin embargo, fijar cierta posición respecto de este tema, exige aproximaciones graduales.

Por una parte comulgamos con el pensamiento de Sanz Morán cuando sostiene que la culpabilidad se halla animada por un principio diferente al de la antijuridicidad. Ya que aquella (culpabilidad) consiste “en la determinación —y desaprobación— del enlace personal o subjetivo entre el autor y su acción”, constituyendo así “el ámbito en el que penetra en el concepto de delito el criterio valorativo de que se ha de tratar lo desigual como desigual”<sup>460</sup>. Si se comparte esta noción, quizá la solución más apropiada para estos problemas que plantea la diversidad, se relacione, más bien, con el error directo sobre la existencia y límites de una causa de justificación. Ya hemos mencionado, que existen fallos judiciales que nutren su argumentación con esta perspectiva. En rigor, quien por su condicionamiento cultural discrepa con la norma codificada no necesariamente carece de conciencia de la antijuridicidad. Lo que sucede es que este sujeto no comparte los valores jurídicos del grupo social que codi-

<sup>459</sup> Carnevali, *El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno*, en “Política Criminal”, n° 3, 2007, A6, p. 27, disponible en [www.politicacriminal.cl](http://www.politicacriminal.cl). Por nuestra parte, nos hemos mostrado contrarios a la utilización, para estos casos, de la justificación en Cesano, “Tendencias actuales de la teoría general de las causas de justificación”, en AA.VV., *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI. Derecho penal*, t. III, 2010, p. 410. La objeción en cuestión no es trasladable a la utilización de la teoría del error porque el efecto general que produce una situación de justificación (tornar la conducta conforme a Derecho) no sucede en los casos de exculpación por error. Un comportamiento excusado (por tal causa) sigue siendo —y así lo observa la comunidad toda— incorrecto desde el punto de vista jurídico de la sociedad que produce la norma codificada, y en donde se inserta la subcultura a la que pertenece el autor del delito; esto es, sigue siendo para aquella sociedad un comportamiento que no es conforme a Derecho; aunque el agente no sea responsable de haberlo cometido.

<sup>460</sup> Sanz Morán, “Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena”, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor D. José Cerezo Mir*, 2002, p. 156.

fica y con el que convive; esto es: no acepta tales valores y, en consecuencia infringe los mandatos jurídicos alegando los principios o normas propias de su cultura. Es por eso que, coincidiendo con Trapero Barreales, creemos que para estos autores puede tener relevancia este error directo sobre las causas de justificación. En efecto, el autor tiene un conocimiento de la situación objetiva que está realizando; en tanto que su error afecta a la valoración jurídica que se deriva de tal hecho objetivo; no es consciente de dicha valoración jurídica porque considera que su conducta está permitida por el ordenamiento jurídico al creer que concurre una causa de justificación no reconocida objetivamente por el Derecho o, al menos, no en la extensión que considera<sup>461</sup>.

Ahora bien, nadie niega —antes bien, todo lo contrario— que el respeto a la diversidad, en tanto derecho colectivo, merece ser resguardado. Empero no es correcto pensar que tal derecho pueda hacerse valer, incluso, por sobre otros derechos fundamentales individuales (sea de miembros de la misma cultura del autor o de uno que comparta los valores de la cultura codificadora). En tal sentido no debe perderse de vista que todo el “aparato conceptual de los derechos humanos descansa sobre un imperativo moral: el valor intrínseco de la vida, la libertad y la dignidad del ser humano. En el logro de este imperativo tendrán que complementarse tanto los derechos individuales como los colectivos”<sup>462</sup>. Por tal razón, en la medida en que la conducta inspirada en un patrón cultural distinto no signifique una alteración a un derecho individual básico (vida, integridad física, libertad sexual o dignidad de la persona)<sup>463</sup>, la falta de comprensión de una norma jurídico penal por parte de quien integra una cultura diversa a la productora de la regla codificada, deberá generar un tratamiento di-

<sup>461</sup> Trapero Barreales, *El error en las causas de justificación*, 2004, ps. 482, 483, 516 y 517.

<sup>462</sup> Así, Stavenhagen, *Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales*, en “Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho”, Instituto Tecnológico Autónomo de México, n° 3, oct. 1995, p. 120.

<sup>463</sup> Ferrajoli, *aun cuando con un énfasis diverso al que sostenemos en el texto*, analiza esta cuestión en los siguientes términos: “Los derechos fundamentales son siempre leyes del más débil frente a la ley del más fuerte, que bien puede ser la ley expresada por sus mismas culturas, incluidas las que conviven en nuestros propios países occidentales, que protegen al individuo de su propio ambiente cultural e incluso familiar, a la mujer frente al padre o al marido, al menor frente a los padres, a los oprimidos de las prácticas opresivas de sus culturas. Piénsese en la clitoritomía o en las prácticas de segregación realizada por los talibanes: son lesiones graves en perjuicio de la integridad física, la libertad y la dignidad de las mujeres que ningún respeto de la cultura ajena puede justificar, por la misma razón por la que no es justificable el código de honor mafioso, el homicidio ‘por causa de honor’, o el duelo y otros similares. Son, en efecto, solo los individuos, y no las culturas, los sujetos débiles tutelados por los derechos fundamentales, que estructuralmente son siempre individuales y no colectivos. Y sería, eso sí, un signo perverso de eurocentrismo, no ya afirmarlos, sino negarlos en perjuicio de quienes por ventura pertenecen a pueblos que no han realizado nuestro mismo recorrido histórico, ‘vinculándolos’ (...) a un específico (además de presumiblemente irreplicable) contexto de civilización; por lo que, mientras tanto, las mujeres afganas deberían esperar, para su liberación, a que sus padres y maridos realicen su revolución francesa” (*Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 2001, ps. 369 y 370).



ferenciado. De hecho, los fallos ya mencionados permiten ver cómo puede funcionar esta exigente sin ningún tipo de colisión cuando los derechos afectados no revisten la esencialidad recién reseñada. Por el contrario, si el bien jurídico encarnado en la prohibición delictiva afecta aquellos intereses esenciales, la exculpación no será de recibo. De allí que coincidamos con la valoración realizada por Kymlicka al expresar que: "Necesitamos un concepto de justicia que integre la equidad entre los diferentes grupos etnoculturales (a través de los derechos de las minorías) con la protección de los derechos individuales de la mayoría y la minoría (a través de los derechos humanos tradicionales)"<sup>464</sup>.

### § 20. Concursos

«La comprensión de textos no puede estar libre de presuposiciones; no puede, por así decirlo, llevarse a cabo en el vacío» \*

El fenómeno de los concursos se plasma en cuatro reductos: el concurso de leyes, el delito continuado, los concursos real e ideal.

#### a) Concurso de leyes

La regla metodológica es que las figuras penales estén separadas las unas de las otras. Funcionan como entelequias neutrales e independientes.

Sin embargo, puede ocurrir que, algunas de ellas, se superpongan en ciertos elementos. Cuando una de ellas alcanza para aprehender todo el desvalor del hecho o de los hechos concurrentes desplaza al o a los demás y estamos frente a un caso de concurso de leyes.

Entre los concursos de leyes se destacan los siguientes:

1. *Especialidad*: se realiza cuando una ley es más específica que otra (en virtud de la intensidad de la descripción). Rige el principio *lex specialis derogat legi generali*.
2. *Consumción*: se produce cuando la realización de una figura delictiva (más grave) comprende, al menos por regla general, la realización de otra (menos grave). Cuando la valoración de un delito ya se ha agotado al realizar la de otro. La regla es *lex consumens derogat legi consumptae*. Puede tratarse de un hecho que acompaña normalmente a otro (concomitante) o de un hecho posterior copenado.

<sup>464</sup> Kymlicka, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, 2003, p. 106.

\* Aarnio, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, 1991, p. 113.

3. *Subsidiariedad*: implica que un tipo penal se impone de modo auxiliar, solo si el hecho atrapado por él no está a su vez alcanzado por otros preceptos que le imponen mayor pena. Es aplicable el *lex primaria derogat legi subsidiariae*. La subsidiariedad puede ser expresa o tácita, según se encuentre prevista expresamente en la ley o sea indispensable la interpretación sistemática. Existe una *subsidiariedad impropia* en donde la ley remite a todo otro precepto en donde se encuentre una pena mayor o una especificación de mayores elementos (conjunción de subsidiariedad propia y especialidad). Entre los casos abarcados se encuentran: a) la realización de figuras imperfectas y figuras perfectas, en los que se interviene en distintos roles, en los que las formas de participación más grave absorben la más leves; b) los delitos de paso en donde la ley castiga distintas fases del *iter criminis*, pero las formas más perfectas subsumen las menos perfectas.
4. *Alternatividad*: concurre cuando dos tipos contienen descripciones de la acción que pugnan entre sí, de modo que se excluyen recíprocamente. Es el contrapunto de la especialidad. Para la doctrina mayoritaria, deja de constituir, ya por razones lógicas, un subgrupo del concurso de leyes.

#### b) Delito continuado

Básase en la concurrencia de varios hechos —cada uno, delictivo *per se*— que por su *dependencia* entre sí están sometidos a una sola sanción legal. Pueden darse los siguientes supuestos: 1) Cuando en un mismo contexto de conducta delictiva el hecho se ejecuta en forma dividida; 2) En el caso de que cada uno de los hechos particulares sean la secuela de una situación delictiva que permanece; 3) Cuando los hechos posteriores son los efectos de una misma trama delictiva; 4) Por último, si entre los varios hechos media una relación de servidumbre.

#### c) Concurso real

El concurso real consiste en la pluralidad de hechos, que son independientes entre sí pero que concurren y son enjuiciados en el mismo proceso judicial.

La concurrencia real puede ser simultánea (concurso propiamente dicho) o sucesiva (reiteración delictiva); homogéneo o heterogéneo.

La clasificación, ergo, es:

1. *Concurso real homogéneo*: los varios hechos independientes se ejecutan en el mismo contexto de tiempo y lugar, encuadrando en la misma figura delictiva.
2. *Concurso real heterogéneo*: los varios hechos independientes se cometen en un mismo contexto espacio-temporal, pero encuadran en diversas figuras penales que nada tienen que ver entre sí.

3. *Reiteración homogénea*: se trata de hechos autónomos que se realizan en un contexto espacio-temporal distinto, subsumibles en el mismo tipo delictivo.
4. *Reiteración heterogénea*: los hechos autónomos se ejecutan en distintos contextos de lugar y tiempo y se adecuan a figuras penales diferentes.

#### d) *Concurso ideal*

Existe concurso ideal cuando un hecho cae bajo más de una sanción penal. Es una reglamentación del principio de imposibilidad de doble imposición sobre el mismo hecho.

### § 21. La dogmática de la pena

«También nosotros somos oscuros y gratuitos.  
Tampoco nuestro lugar es el nuestro. También nosotros tenemos que morir.  
La extrañeza de lo otro, la cual nos cuestiona, nos hace solidarios con ello.  
Es nuestro propio ser-otro como nosotros somos el suyo» \*

Las teorías *absolutas*, fundadas en el valor *justicia*, afirman que se castiga porque se delinquirió. Su principio básico es *punitur quia peccatum est*. La pena tiene carácter reparatorio (teoría de la indemnización ideal, teoría de la curación) o retributivo (divina —Stahl<sup>465</sup>—, moral —Kant<sup>466</sup>— o jurídica —Hegel<sup>467</sup>—), constituyendo un mal solamente necesario, sino también querido por el autor<sup>468</sup>.

Las teorías *relativas* se fundan en el valor *utilidad*. Se castiga para que en el futuro no se vuelva a delinquir. El principio que las rige es el *ne peccetur*. Son sus especies la prevención general y la prevención especial.

La *prevención general* apunta al total de los ciudadanos que conforman la sociedad; ora, coaccionándolos psicológicamente para que no se cometan nuevos

\* Einrich, *Ensayo sobre la dificultad de decir no*, 2012, p. 69.

<sup>465</sup> Soler, *Derecho penal argentino*, 4ª ed., 11ª reimpr., 1994, t. II, p. 373.

<sup>466</sup> Kant, *La metafísica de las costumbres*, 4ª ed., 2005, ps. 156 y 167.

<sup>467</sup> Hegel, *Líneas fundamentales de la filosofía del derecho*, 1937, ps. 113 y 114.

<sup>468</sup> Maurach - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, 1994, t. 1, ps. 86 y 87. Primer crítico, Klug, "Despedida de Kant y Hegel", en *Problemas de la filosofía y de la pragmática del derecho*, 1989, ps. 32 y 33. En contra de las teorías neoabsolutistas, Schönemann, "La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo", en *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, p. 172; ídem, *Aportes de la teoría de la pena en la filosofía. Pensamientos sobre Immanuel Kant*, en "Pensamiento Penal y Criminológico", año VII, n° 11, 2007, 2008, p. 335; Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, p. 27; también, Fletcher, *Gramática del derecho penal*, 2008, p. 235.

delitos (negativa)<sup>469</sup>; ora, restableciendo su confianza en el Derecho, reforzando su fidelidad al Derecho o estabilizando expectativas en el cumplimiento de la norma (positiva)<sup>470</sup>. La *prevención especial* apunta al sujeto responsable por el hecho delictivo, procediendo a su eliminación del círculo social (corrigiéndolo, intimidándolo o inocuizándolo) para que no cometa nuevos delitos (negativa)<sup>471</sup>, readaptándolo o reeducándolo (positiva)<sup>472</sup>.

También existen las teorías *mixtas*, intermediadoras o de combinación<sup>473</sup>. Se trata de aquellas concepciones que apuntan a encontrar una compensación entre las teorías absoluta y relativa, sobre la base de puntos de vista de justicia y criterios finalistas. Las teorías de la unión pretenden obtener soluciones de compromiso<sup>474</sup>. Se las critica duramente: "Las combinaciones teóricas incoherentes en materia de pena son mucho más autoritarias que cualquiera de las teorías puras, pues se suman las objeciones de todas las que pretenden combinar y permiten la peor decisión en cada caso. No se trata de una solución jurídico-penal a la arbitrariedad y la consiguiente renuncia a su función primaria"<sup>475</sup>.

Existe, incluso, una tendencia a considerar "círculo de teorías muertas"<sup>476</sup> a las vinculadas a las denominadas retributivas, de la prevención especial—tanto positiva como negativa— y a las de prevención general negativa. Pareciera ser que la última posibilidad para el normativismo extremo es la prevención general positiva (fidelidad al Derecho, confianza en el Derecho).

La nueva tendencia nos muestra el auge de las teorías relativas. La pena se impone a partir de criterios de utilidad pública. De prevención general (estabilización de expectativas sociales en relación a la vigencia de la norma) y obtención de la menor desocialización posible (ocaso de la esperanza resocializadora), producida prioritariamente por la privación de la libertad, a través de la puesta a disposición del ciudadano

<sup>469</sup> Feuerbach, *Tratado de derecho penal*, trad. por la 14ª ed. alemana, 2007, § 14, p. 52.

<sup>470</sup> Hassemer, "Prevención general y aplicación de la pena", en *Principales problemas de la prevención general*, 2004, p. 59.

<sup>471</sup> Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, 1998, p. 61.

<sup>472</sup> Cfr. Dorado Montero, *El derecho protector de los criminales*, 1915.

<sup>473</sup> Sobre ellas, Lüderssen, "La función preventivo-general del sistema del delito", en *Principales problemas de la prevención general*, 2004, p. 118.

<sup>474</sup> Righi, *Teoría de la pena*, 2001, p. 31.

<sup>475</sup> Zaffaroni - Alagia - Slokar, *Derecho penal. Parte general*, 2000, p. 68. Desde la filosofía analítica, Cid Moliné - Moreso Mateos, *Derecho penal y filosofía analítica (a propósito de "Diritto e ragione" de Luigi Ferrajoli)*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", t. XLIV, fasc. I, ene.-abr. 1991, p. 173.

<sup>476</sup> Frisch, *Pena, delito y sistema del delito en transformación*, en "InDret", jul. 2014, disponible en [www.indret.com/pdf/1065.pdf](http://www.indret.com/pdf/1065.pdf), p. 8.

no condenado los medios para lograr su inserción y la comprensión de la sociedad, si así él lo quiere. En un Estado de derecho, la imposición de una pena será legítima en tanto y en cuanto la violencia que surge del delito, a la que se pretende evitar en el futuro y de la que podría generarse contra el individuo enrostrado a título de venganza, la cual puede provenir de la víctima o de los demás integrantes de la sociedad (necesidad), facilitando de esta manera la estabilización de expectativas sociales (prevención general), mediante el consenso relativo a la validez de la norma (Derecho penal mínimo) con la menor desocialización posible para el penado (prevención especial).

### § 22. Sistema de consecuencias jurídico-penales

«Las fronteras, que ya estaban confundidas en la época clásica entre el encierro, los castigos judiciales y las instituciones de disciplina, tienden a borrarse para constituir un gran continuo carcelario que difunde las técnicas penitenciarias hasta las más inocentes disciplinas, transmite las normas disciplinarias hasta el corazón del sistema pena y hace pesar sobre el menor ilegalismo, sobre la más pequeña irregularidad, desviación o anomalía, la amenaza de la delincuencia» \*

Históricamente las legislaciones penales han tenido dos consecuencias de carácter jurídico-penal: las penas y las medidas de seguridad. Por esto, se los llamó sistemas dualistas o binarios.

En la actualidad se promueve la introducción de la *reparación* como tercera vía del Derecho penal, pero en el ámbito del Derecho público.

Asimismo, la incipiente introducción de responsabilidad penal de las personas jurídicas ha producido la inserción legal de *consecuencias jurídicas accesorias*, como cuarta vía.

### § 23. La ejecución penal

«Cuando una persona obtiene un mal resultado, es difícil que vuelva a repetir el último movimiento, y si, por el contrario, gana, lo repetirá con toda probabilidad por haberle sido de provecho. No es más que la táctica de castigo o recompensa en acción» \*\*

En su trabajo señero de los años '70, del siglo pasado, Roxin expresaba un pensamiento que actualmente se ha convertido en trivial. Resulta imposible preparar

\* Foucault, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, 1ª reimpr., 1989, p. 304.

\*\* Sigmund, "Reciprocidad indirecta, instinto de evaluación y prestigio", en *Cultura*, 2012, p. 120.

para la libertad a una persona privada de todas las libertades. A partir de estas premisas y el fracaso de las teorías paternalistas de la prevención especial positiva, hoy se reconoce que el tratamiento solo se puede imponer con el consentimiento del condenado y debe apuntar a la menor desocialización posible.

Quien observa la actividad de los operadores judiciales en la ejecución penal, principalmente por estas latitudes, descubre rápidamente que, solo cegando y acallando la realidad infrahumana en la que viven los privados de la libertad, puede mantenerse en boga el alienado discurso de la reinserción social. La globalización, si alguna repercusión ha de tener a nivel nacional, será a los efectos de buscar estándares semejantes en todos los países acerca de los mínimos requisitos que han de establecerse en lo que respecta a la vivencia y convivencia de los reclusos. Así sabremos en qué medida se cumplen las reglas internacionales que establecen los derechos de estas personas.

### EXCURSO

#### Principios constitucionales básicos de la ejecución penal

##### a) Introducción

En dicha búsqueda de estándares similares en todos los países acerca de los mínimos requisitos que han de establecerse en orden a la vivencia y convivencia de los reclusos, parece imprescindible remarcar que, en el caso argentino, y por imperio del art. 75, inc. 22 de la *CN argentina*<sup>477</sup>, varios *instrumentos internacionales de derechos humanos* —entre los que se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>478</sup> (Nueva York, 1966), la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>479</sup> (San José de Costa Rica, 1969) y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes<sup>480</sup> (Ginebra, 1984)— han adquirido *jerarquía constitucional*<sup>481</sup>.

<sup>477</sup> Disposición esta que, en lo que interesa a los fines de este texto, establece que los tratados internacionales sobre derechos humanos allí enumerados, "... en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".

<sup>478</sup> En adelante, *PIDCP*.

<sup>479</sup> En adelante, *CADH*.

<sup>480</sup> En adelante, *CT*.

<sup>481</sup> Según acabamos de aseverar, mediante la regla del art. 75, inc. 22 de la *CN* se superó la vieja discusión relativa a la *posición jerárquica* de los tratados internacionales y las leyes nacionales. Es que la reforma constitucional de 1994, además de equiparar a ciertos tratados internacionales de derechos humanos con la propia Constitución de la Nación, *consagró la superioridad jerárquica de los tratados respecto de las leyes*; lo hizo en los siguientes categóricos términos: "Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes".

Como consecuencia de ello, estos instrumentos internacionales, aunque no se han incorporado materialmente al "cuerpo" de la Constitución formal, han pasado a integrar junto con esta el llamado "bloque de constitucionalidad federal", que se ubica en la cúspide del orden jurídico interno del Estado y se erige, así, en *principio fundante y de referencia* para la validez de las restantes normas del sistema.

Con el dictado de la citada regla constitucional quedó zanjada la vieja discusión relativa a la *posición jerárquica* de los *tratados internacionales* —instrumentos de carácter convencional que vinculan a los Estados Parte, imponiéndoles obligaciones en el marco del Derecho internacional, por haber sido firmados y ratificados por gobiernos que se comprometieron a cumplirlos— y las *leyes nacionales*<sup>482</sup>.

A partir de la reforma constitucional de 1994, entonces, la interpretación *integrada* de las disposiciones de los arts. 31 y 75, inc. 22 de la Carta Magna conduce a reconocer que un conjunto de normas de *raigambre constitucional* —ora incluidas en el propio articulado de la Ley Suprema, ora previstas en instrumentos internacionales constitucionalizados— *tiene supremacía en relación con las leyes dictadas por el Congreso de la Nación* (art. 28, CN), y desde luego que también respecto del Derecho provincial o "local" (arts. 5º, 31, 123 y 129, CN).

<sup>482</sup> Antes de la reforma constitucional de 1994, la cuestión de la *relación jerárquica entre el Derecho interno y el Derecho internacional* no estuvo exenta de dificultades, sino que dio lugar a numerosos, a la vez que divergentes fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así, en el precedente "Chantrain", el cimero tribunal nacional sostuvo que —en la organización jerárquica del ordenamiento jurídico argentino— la Constitución se encuentra en la cúspide, luego se sitúan las leyes nacionales, y por debajo de ellas, los tratados (CSJN, 1/1/47, "Chantrain", CSJN-Fallos, 208:84). Para justificar esta interpretación, el Alto Cuerpo se basó en el art. 31 de la Ley Suprema de 1853 —en cuanto señalaba que: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales"— y en el *supuesto orden literal de prelación contenido en aquel*, del que se deducía una relación jerárquica entre las normas de la Constitución, de las leyes de la Nación y los tratados con potencias extranjeras. Con posterioridad, la Corte consolidó un *criterio diferente*, según el cual: "No existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Y respecto de ambos rige el principio de que las normas posteriores derogar a las anteriores" (CSJN, 6/11/63, "Martín y Cía. Ltda. S.A. c. Administración Gral. de Puertos", CSJN-Fallos, 257:99). Este nuevo estándar, entonces, igualaba las leyes a los tratados. Esta jurisprudencia sería luego modificada radicalmente en el caso "Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros", en el que el Máximo Tribunal del país reconoció la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes de la Nación. Lo hizo en los siguientes términos: "[L]a Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (...) confiere primacía al derecho internacional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La Convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno" (CSJN, 7/7/92, "Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros", CSJN-Fallos, 315:1492).

La vigencia de este "bloque de constitucionalidad federal" acarrea importantes efectos jurídicos en el ordenamiento jurídico interno del país<sup>483</sup>.

Entre estas derivaciones, podemos mencionar como más relevantes las siguientes: la *aplicabilidad directa de los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad*; la *inconstitucionalidad de las actuaciones del Estado contrarias a los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad federal*; la *expansión de la labor interpretativa de los jueces* quienes, a la hora de aplicar la Constitución y garantizar su supremacía, no solo deben tener en cuenta el texto constitucional sino además los instrumentos que integran el bloque; la *incorporación de principios de interpretación del Derecho internacional*; y la *atribución de poder vinculante a instrumentos internacionales de derechos humanos que carecían del mismo*, entre otros.

Ahora bien, en lo que a la ejecución de las penas privativas de la libertad se refiere, este bloque de constitucionalidad federal contiene pautas de política penitenciaria y reglas sobre la situación jurídica de las personas privadas de la libertad que conforman un verdadero *programa constitucional de la ejecución de las medidas de encierro carcelario* al que debe adaptarse la normativa inferior sobre la materia<sup>484</sup>.

A los efectos de dar cuenta brevemente de las principales prescripciones que componen dicho programa constitucional de la ejecución penitenciaria, conviene escudriñar, por un lado, el propio texto de la Constitución Nacional argentina, y, por el otro, el de los tratados constitucionalizados por virtud del art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema.

El art. 18 de la CN argentina, ya desde su versión original de 1853, establece en su parte final: "*Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice*".

Se trata de una norma que, según la tesis a la que adherimos, consagra el *principio de humanidad en la ejecución de las penas privativas de la libertad*, que constituye la máxima que debe regir todo el sistema de ejecución de la pena de encierro.

Por otro lado, muchos de los instrumentos internacionales nombrados en el art. 75, inc. 22 de la CN incluyen una pluralidad de disposiciones directamente vinculadas con la ejecución de la pena privativa de la libertad.

Así, en lo que concierne al *Derecho penal de las personas mayores de dieciocho años de edad* (arg. art. 1º, CDN—Nueva York, 1989—), las convenciones internacionales de derechos humanos constitucionalizadas traen normas que consagran los siguientes derechos: a que el régimen penitenciario consista en un tratamiento cuya finalidad esencial sea la *reforma y la readaptación social* del condenado (arts. 10, ap. 3º, PIDCP; 5º, ap. 6º, CADH); a que toda persona privada de libertad sea tratada humana-

<sup>483</sup> Sobre la impronta de la reforma constitucional de 1994 en el ámbito de los derechos humanos, véase Bazán, *La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina*, en "Estudios Constitucionales", año 5, n° 2, 2007, p. 137 y siguientes.

<sup>484</sup> Salt, "Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina", en Rivera Beiras - Salt, *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*, 1999, p. 155.

mente y con el respeto debido a la *dignidad inherente al ser humano* (arts. 10, ap. 1º, PIDCP; 5º, ap. 2º, 2ª disposición, CADH); a que nadie sea sometido a *torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes* (arts. 7º, 1ª disposición, PIDCP; 5º, ap. 2º, 1ª disposición, CADH; 16, ap. 1º, CT); y a no ser constreñido a ejecutar un *trabajo forzoso u obligatorio* (arts. 8º, ap. 3º, letra a, PIDCP; 6º, ap. 2º, CADH).

Pero no estaría completa nuestra descripción del universo normativo-jurídico aplicable a la *cuestión penitenciaria*, si no hiciéramos mención de los *instrumentos internacionales no contractuales*.

En efecto, existe un extenso conjunto de instrumentos internacionales —en un importante número, originados en el marco de la Organización de las Naciones Unidas—, que incluyen reglas, principios y directrices vinculados con *temas de derechos humanos*.

Las específicas denominaciones de estos instrumentos, o incluso la “forma” que ellos presentan, son variopintas, pues los hay bajo el nombre de “reglas mínimas”, “principios básicos”, “recomendaciones” o “códigos de conducta”, entre otros.

Desde una perspectiva general, a las prescripciones consagradas en estos instrumentos hay quienes las llaman reglas de *soft law*<sup>485</sup> o *weak law*<sup>486</sup>, aunque ha sido la primera de estas alocuciones la que parece haber ganado mayor preferencia entre los especialistas, a pesar de las críticas que ha recibido, por su carácter ambiguo o poco claro.

Esta *categoría normativa* comprende instrumentos relativos a la administración de justicia penal en general, a la vez que grupos de disposiciones concernientes a tópicos específicos, tales como, por ejemplo, el problema alimentario mundial<sup>487</sup>, los menores en conflicto con la ley penal<sup>488</sup>, los derechos humanos de las personas que no son nacionales del país en que viven<sup>489</sup>, la situación de las víctimas de delitos o de abusos

<sup>485</sup> Para esta denominación, véase, por todos, Bovino, “Instrumentos internacionales de derechos humanos no contractuales. Valor jurídico”, en [www.abogados.com.ar/instrumentos-internacionales-de-derechos-humanos-no-contractuales-valor-juridico/404](http://www.abogados.com.ar/instrumentos-internacionales-de-derechos-humanos-no-contractuales-valor-juridico/404).

<sup>486</sup> Para un análisis global del tema del *soft law*, véase AA.VV., *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*, 2000. Sobre los aspectos generales de aquel concepto, véase Baxter, *International law in “her infinite variety”*, en “International and Comparative Law Quarterly”, vol. 29, oct. 1980, ps. 549 a 566.

<sup>487</sup> Asunto del que se ocupa la “Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición”, aprobada el 16 de noviembre de 1974 por la Conferencia Mundial de la Alimentación, convocada por la Asamblea General en su Res. 3180 (XXVIII), del 17/12/73; y que hizo suya la Asamblea General en su Res. 3348 (XXIX), del 17/12/74.

<sup>488</sup> Materia sobre la que versan las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores” (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General en su Res. 40/33, del 28/11/85, y las “Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil” (Directrices de Riad), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Res. 45/112, del 14/12/90.

<sup>489</sup> Tema que es objeto de la “Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No Son Nacionales del País en que Viven”, adoptada por la Asamblea General de la ONU mediante Res. 40/144, del 13/12/85.

de poder<sup>490</sup>, la violencia contra la mujer<sup>491</sup> y, en lo que interesa particularmente a los fines de esta investigación, los derechos de las personas detenidas o en prisión.

Justamente, en lo tocante a los derechos de los reclusos, las reglas del *soft law* comprenden, entre otros, los siguientes conjuntos normativos: las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”<sup>492</sup>, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus Res. 663 C (XXIV) del 31/7/57 y 2076 (LXI) del 13/5/77; los “Principios de Ética Médica aplicables a la Función del Personal de Salud, especialmente los Médicos, en la Protección de Personas Presas y Detenidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes”, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Res. 37/194, del 18/12/82; el “Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión”, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Res. 43/173, del 9/12/88; y los “Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos”, aprobados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Res. 45/111, del 14/12/90. Es un dato relevante mencionar que el 17 de diciembre de 2015, la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante Res. 70/175, aprobó una minuciosa revisión de las citadas “Reglas Mínimas”, las que, en su nueva versión, han pasado a ser identificadas como “Reglas Mandela”.

Para escudriñar el *valor de estos instrumentos*, conviene subrayar, en primer lugar, un dato elemental, a saber: más allá del reconocimiento teórico que se les atribuya, ellos *forman parte del Derecho internacional de los derechos humanos*.

Se trata de un conjunto de instrumentos abierto y flexible, que no se opone al *hard law* internacional público o Derecho “obligatorio” consagrado por los tratados internacionales, sino que *lo antecede o, incluso, lo complementa*.

Conforme puntualiza acertadamente Toro Huerta, la naturaleza “informal” del *soft law* permite “... adaptar el sistema jurídico a los complejos desarrollos de los procesos de globalización mundial y abre espacios de participación a otros actores que están excluidos de los procesos formales de creación normativa. Esto otorga legitimidad al sistema y presiona políticamente a los Estados que prefieren cumplir de buena fe sus ‘compromisos’ en materias de interés general para la comunidad internacional”<sup>493</sup>.

Además, las *propias disposiciones de estos instrumentos internacionales no convencionales* consagran la *obligación de respetar las exigencias que ellos establecen*.

<sup>490</sup> Cuestión que es contemplada en los “Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder”, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Res. 40/34, del 29/11/85.

<sup>491</sup> Tópico sobre el que versa la “Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer”, aprobada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 48/104, del 20/12/93.

<sup>492</sup> En adelante, “Reglas Mínimas”.

<sup>493</sup> Toro Huerta, *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*, en “Anuario Mexicano de Derecho Internacional”, vol. VI, 2006, ps. 544 y 545.

Un ejemplo de ello podemos encontrarlo en el principio 7.1 del "Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión", que prescribe: "Los Estados *deberán prohibir por ley todo acto contrario a los derechos y deberes que se enuncian en los presentes principios*, someter todos esos actos a las sanciones procedentes y realizar investigaciones imparciales de las denuncias al respecto".

Pero, más importante que todo esto es enfatizar que las exigencias contenidas en los aludidos instrumentos internacionales de derechos humanos que carecen de carácter contractual deben ser respetadas por los Estados "... porque los órganos internacionales de protección de los derechos humanos *recurren a ellas para utilizarlas como criterios interpretativos de las normas convencionales que aplican en sus resoluciones*"<sup>494</sup>.

Asu vez, la *jurisprudencia* de órganos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>495</sup>, al igual que la *opinión* de agencias internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>496</sup>, deben *servir de guía* para la interpretación de los preceptos de los instrumentos sobre derechos humanos de tipo convencional: concretamente, y en el caso de estas dos instituciones, de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>497</sup>.

De allí que las disposiciones de este tipo de instrumentos se erijan en una valiosa *fuerza de interpretación* sobre el alcance y contenido de los derechos vinculados con la libertad personal y otros derechos humanos contenidos en las convenciones internacionales.

Por otra parte, no puede dejarse de resaltar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el valiosísimo precedente "Verbitsky"<sup>498</sup>, erigió a las "Reglas Mínimas pa-

<sup>494</sup> Cfr. Bovino, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, 1998.

<sup>495</sup> En este sentido, en el precedente "Girolidi", la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que "... la 'jerarquía constitucional' de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, 'en las condiciones de su vigencia' (art. 75, inc. 22, párr. 2º, esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación" (CSJN, 7/4/95, "Girolidi", CSJN-Fallos, 318:514).

<sup>496</sup> Lo sostiene la Corte Suprema en el caso "Bramajo": "La opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [señala el cimitero tribunal argentino] *deben servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*" (CSJN, 12/9/96, "Bramajo", CSJN-Fallos, 319:1840).

<sup>497</sup> Sobre esto, véase Cafferata Nores, *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, 2000, p. 11.

<sup>498</sup> CSJN, 3/5/05, "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/Hábeas corpus", disponible en [www.cels.org.ar/common/documentos/fallo\\_csjn\\_comisarias\\_bonaerenses.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/fallo_csjn_comisarias_bonaerenses.pdf).

ra el Tratamiento de los Reclusos" de Naciones Unidas en el *estándar internacional* que, en materia de derechos de los reclusos, debe *respetar el Derecho argentino*.

Justamente, en dicha causa, al alto cuerpo federal refirió: "Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas —si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal— *se han convertido, por vía del art. 18 de la CN, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad*"<sup>499</sup>.

En este aspecto, el fallo no podría haber sido más acertado, toda vez que las Reglas Mínimas —hoy *aggiornadas* y devenidas en Reglas Mandela— constituyen uno de los documentos internacionales más antiguos relativos al trato de las personas en prisión y han logrado muy amplio reconocimiento por su valor e influencia en el desarrollo de la política y la práctica penal.

Además, estas reglas —aunque son *mínimas*<sup>500</sup>— se caracterizan por un *mayor nivel de detalles prácticos* sobre los deberes inherentes al cuidado de los reclusos que el que suele encontrarse en las declaraciones, convenciones y convenios; de allí que las cortes nacionales e internacionales y otros cuerpos las hayan utilizado para dar a conocer el cuidado al que tienen derecho las personas en custodia.

Finalmente, en una categoría normativa jerárquicamente inferior, corresponde mencionar las disposiciones jurídicas relativas a la ejecución penitenciaria *de rango infraconstitucional*.

Así, en el plano legislativo, la ley nacional argentina 24.660, de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad<sup>501</sup> (BO, 16/7/96), sienta las reglas a las que debe ajustarse la ejecución de esta especie de pena, en todas sus modalidades.

Conforme lo expresa el art. 229 de LEPL, ella es "... *complementaria del Código Penal*", o sea, es de Derecho común, y parcialmente modificatoria del Código Penal<sup>502</sup>, por lo que constituye un conjunto normativo que legisla sobre una materia cuya regulación ha sido delegada por las provincias al gobierno federal y corresponde, en consecuencia, al Congreso de la Nación.

Precisamente, en la diagramación de nuestra *forma federal de Estado* (art. 1º, CN), toda la legislación sustantiva ha sido confiada a la Legislatura Nacional, puesto que, mientras el art. 121 de la CN argentina establece que las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al gobierno federal, el art. 75, inc. 12 de la Carta Magna dispone que es atribución de la Legislatura Nacional dictar, entre otros, el Código Penal.

Además de ser "parcialmente modificatoria del Código Penal", la ley penitenciaria argentina citada es, en estas materias, no solo *lex posterior* respecto del digesto criminal, sino también *lex specialis*.

<sup>499</sup> Consid. 39.

<sup>500</sup> Lo que importa afirmar que —en la materia sobre la que versan— ellas establecen el "piso", o sea, los estándares bajo los cuales no deben caer las condiciones de detención de las personas.

<sup>501</sup> En adelante, LEPL.

<sup>502</sup> Laje Anaya, *Notas a la ley penitenciaria nacional*, 1997, p. 302.

Las normas jurídicas relativas a la ejecución de la pena privativa de la libertad son reglas de Derecho material porque tienen por objeto la *definición del contenido de las penas de encierro* previstas en el art. 5° del CP, esto es, la *determinación de las características cualitativas que tendrán las penas privativas de la libertad* en todo el país. Son, en definitiva, disposiciones que dotan de contenido a la exigencia constitucional de *legalidad de la ejecución o legalidad ejecutiva* (art. 18, CN), que demanda que una ley anterior al hecho del proceso defina, además del delito y de la pena, las *modalidades de cumplimiento de la sanción*.

Desde luego que esta asignación de la competencia para legislar en materia de ejecución al Congreso de la Nación no impide que se reconozca que las provincias conservan poder para dictar normas referidas a la ejecución de *naturaleza administrativa o procesal*.

Es que, según se desprende de todo cuanto se ha anotado precedentemente, lo delegado por las provincias al gobierno federal es el *poder para dictar reglas sustantivas sobre la ejecución* (arg. art. 75, inc. 12, CN), por lo que las atribuciones para *legislar acerca de aspectos administrativos o procesales de ella* son potestades originarias de las provincias, que estas no han confiado al gobierno federal, y que habilitan a los Estados provinciales para dictar normas sobre ejecución, siempre que, haciéndolo, no alteren las normas materiales acerca de dicho tópico.

Por eso, la finalidad del art. 228 de la ley nacional 24.660, en cuanto establece que la Nación y las provincias "... procederán, dentro del plazo de un año a partir de la vigencia de esta ley, a revisar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes, a efectos de concordarlas con las disposiciones contenidas en la presente", no es habilitar a las provincias a dictar normas sustantivas de ejecución, sino evitar que las provincias, al dictar normas de ejecución dentro de la órbita de su competencia (administrativa o procesal), "... puedan introducir ápices frustratorios de las reglas sustantivas de ejecución, que son competencia del Congreso de la Nación"<sup>503</sup>.

Ahora bien, presentado el universo normativo aplicable en materia de ejecución penitenciaria, pasaremos a examinar los principios fundamentales que rigen esta problemática contenidos en la citada ley complementaria del Código Penal, así como también los incluidos en las disposiciones de raigambre constitucional reglamentadas por tales normas infraconstitucionales, ni en las reglas de *soft law*—instrumentos internacionales de derechos humanos de carácter no convencional— que se ocupan del tratamiento de los reclusos y de la *cuestión carcelaria*.

La ley nacional 24.660 establece los "Principios básicos de la ejecución" en su Capítulo I, aunque, como se observará, ellos se ven complementados por otros principios generales que surgen del resto del articulado del texto legal.

No está de más anotar que, en este contexto, la expresión "principio" debe entenderse, o bien como sinónimo de "directriz" o bien como equivalente a "principio en sentido estricto"<sup>504</sup>.

<sup>503</sup> Cesano, *Estudios de derecho penitenciario*, 2003, p. 69.

<sup>504</sup> Sobre la distinción entre ambas clases de principios, véase Atienza, *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, 1993, p. 27; ídem, *El sentido del derecho*, 2001, p. 74.

Una *directriz* es una norma de carácter muy general que señala la deseabilidad de alcanzar ciertos objetivos o fines de carácter económico, social, político o jurídico; un *principio stricto sensu*, una exigencia de tipo moral, que establece derechos<sup>505</sup>.

La nombrada ley penitenciaria consagra ambas clases de principios.

Así, por ejemplo, dicho conjunto normativo materializa una *directriz* en su art. 1°, cuando, al receptor el llamado "ideal resocializador", prescribe que la ejecución de la pena privativa de la libertad "... tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad del comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social ...". Ha de quedar claro que no es una imposición moral, sino una meta de tipo jurídico, al logro de la cual deben procurar acomodarse la totalidad de las disposiciones de la ley que siguen a la invocada norma inicial.

A su vez, encontramos un *principio en sentido estricto* en, v. gr., la norma del art. 5°, párr. 2° de la ley nacional 24.660, de la que surge que toda actividad distinta de la convivencia, la disciplina y el trabajo consistente en la realización de las labores generales del establecimiento o comisiones que se le encomienden al recluso de acuerdo a los reglamentos, forma parte del llamado "tratamiento penitenciario" y es de carácter voluntario. Como consecuencia de ello, el interno tiene, por virtud de una exigencia moral fundada en el principio de dignidad de todo ser humano, un verdadero derecho a no ser constreñido a llevar a cabo actividades como las relativas al estudio y al trabajo relativo a la producción de bienes y servicios y concebido como actividad especializada, formativa y trascendente.

Por lo demás, hay que añadir que esta ley trae tanto *principios explícitos*, como *principios implícitos*.

Se trata de la *primera categoría*, cuando el estándar brinda razones para la acción de los órganos jurisdiccionales, o sea, cuando forma parte del razonamiento justificatorio de las decisiones de los tribunales, porque tiene su origen en una determinada fuente de Derecho<sup>506</sup>. Es, por ejemplo, el caso de principios como el "principio de reserva penitenciaria" receptado expresamente por el art. 2°, en cuanto refiere: "*El condenado podrá ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley y las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten...*".

El principio, en cambio, es *implícito* cuando entra a formar parte del razonamiento de los órganos jurisdiccionales, no en virtud de su origen en fuente alguna, sino por una cualidad de su contenido, que se muestra en su adecuación o coherencia en relación con las reglas y principios basados en fuentes<sup>507</sup>. Un ejemplo de este grupo pue-

<sup>505</sup> Cfr. Atienza, *El sentido del derecho*, 2001, p. 74, donde el jurista limita las metas que pueden fijar las directrices, a las de índole económica, social o política. Por nuestra parte, no encontramos razones por las cuales deban quedar excluidos de ese catálogo los objetivos de tipo jurídico.

<sup>506</sup> Sobre este concepto, véase Atienza - Ruiz Manero, *Sobre principios y reglas*, en "Doxa", n° 10, 1991, p. 112.

<sup>507</sup> Atienza - Ruiz Manero, *Sobre principios y reglas*, en "Doxa", n° 10, 1991, p. 112. Si, como observaremos *infra* en el texto principal, no es infrecuente que se encuentren inconvenientes cuando se procura apreciar si un determinado estándar es una norma o un principio, lo mismo su-

de hallarse en el "principio de no marginación": la ley nacional 24.660 no lo prevé en forma explícita en su capítulo destinado a regular los "Principios básicos de la ejecución" (Capítulo I), sino que, en otros capítulos, incorpora preceptos que se dirigen al alcanzar el objetivo de morigerar los efectos desocializadores de la ejecución de la pena privativa de la libertad, es decir, a mitigar el aislamiento del interno respecto de sus semejantes en el medio libre. Nos referimos a disposiciones como la del art. 158—que establece que el interno tiene "... *derecho a comunicarse periódicamente, en forma oral o escrita, con su familia, amigos, allegados, curadores y abogados, así como con representantes de organismos oficiales e instituciones privadas con personería jurídica que se interesen por su reinserción social...*"—o la del art. 161—según el cual las comunicaciones orales y escritas que reciba o remita el interno "... *solo podrán ser suspendidas o restringidas transitoriamente, por resolución fundada del director del establecimiento, quien de inmediato lo comunicará al juez de ejecución o juez competente...*"<sup>508</sup>. Podrá observarse, entonces, que los principios pueden reconocerse por vía inductiva, a través de la reconstrucción del sistema normativo con la ayuda de la interpretación teleológica.

Pues bien, una lectura detenida del Capítulo I de la ley, en particular, y de toda ella, en general, permite individualizar los principios fundamentales que inspiran a dicho conjunto normativo.

Se trata de auténticos *ideales regulativos* cuya interrelación se orienta a hacer posible la consecución del objetivo de la ejecución penitenciaria que, también como principio básico, adopta la ley.

Estas directrices fundamentales de la ejecución del encierro carcelario son el principio de *reinserción social* como meta de la ejecución de la pena privativa de la liber-

cede, e incluso con mayor profundidad, cuando se intenta distinguir un principio explícito de uno implícito. Es que, en relación con estos últimos, no solo se presenta el problema de cómo deben ser usados en cuanto premisas de una argumentación jurídica, sino también el de *cómo justificar su mismo empleo como tales premisas*. Sobre este tópico, argumentaremos que los teóricos del Derecho, en concepción que compartimos, han asegurado que afirmar que "X es un principio implícito" de cierto sector normativo "... es lo mismo que las reglas y principios explícitos correspondientes son coherentes con X y que a tales reglas y principios explícitos, entendidos como formulaciones lingüísticas, debe adscribirseles un contenido proposicional que resulte coherente con X" (Atienza - Ruiz Manero, *Sobre principios y reglas*, en "Doxa", n° 10, 1991, p. 119).

<sup>508</sup> La misma función desempeñan las normas de la ley nacional 24.660 que instituyen métodos transicionales, como las salidas transitorias (art. 16 y ss.) y la semilibertad (art. 23 y ss.), que permiten que el condenado sometido inicialmente a un tratamiento institucional, abandone el establecimiento por un tiempo breve o relativamente breve, para dedicarse a una actividad social, laboral o cultural, y aquellas que regulan métodos semiinstitucionales, como la prisión discontinua y la semidetención (art. 35 y ss.), que desde el comienzo mismo de la pena dividen su ejecución en dos partes, que se desarrollan alternadamente en una institución basada en el principio de autodisciplina y el medio libre. Todas estas disposiciones legales se erigen en instrumentos dirigidos a tornar operativo el principio de no marginación del recluso respecto de quienes viven fuera de la cárcel.

tad; el principio de *reserva penitenciaria*; el principio de *control jurisdiccional permanente*; el principio de *régimen progresivo, con tratamiento interdisciplinario, programado e individualizado*; el principio de *igualdad*; el principio de *respeto a la dignidad del interno*; el principio de "democratización"; y el principio de *no marginación*.

En lo que sigue, analizaremos algunos de estos principios, comenzando con el de legalidad ejecutiva, del que se deriva la antes mencionada directriz de "reserva" penitenciaria, formalmente consagrada en el art. 2° de la ley nacional 24.660, según el cual el condenado "... *podrá ejercer todos los derechos no afectados por la condena o por la ley y las reglamentaciones que en su consecuencia se dicten y cumplirá con todos los deberes que su situación le permita y con todas las obligaciones que su condición legalmente le impone*". Manifestamos que la reserva penitenciaria es, de alguna manera, una *derivación lógica* del principio constitucional de legalidad del art. 18 de la CN, ya que el ámbito de reserva que se pretende amparar está determinado por todos aquellos derechos que no han sido perjudicados en forma legítima y de modo expreso por la resolución jurisdiccional que pone término al proceso o por la ley.

Tras ello, dedicaremos algunos párrafos al principio de control jurisdiccional permanente de la ejecución de la pena de encierro carcelario, pues su relevancia lo amerita. No menor es la trascendencia de las demás directrices que hemos mencionado, pero desarrollar en forma específica en esta oportunidad conspiraría contra la sistematicidad de la presente obra<sup>509</sup>.

#### b) La legalidad ejecutiva

Uno de los pilares del Estado constitucional y democrático de derecho consiste en reconocer a cada individuo un ámbito de libertad que le es inherente, y que está protegido contra las intervenciones provenientes del Estado y de las demás personas.

De acuerdo con ello, si entendemos que la libertad es—en una aproximación general y sin ánimo de adentrarnos en la riqueza del debate filosófico desarrollado en derredor de este concepto<sup>510</sup>— la aptitud de la persona para obrar sin coacciones, resulta plausible afirmar que ella puede manifestarse de diversas formas. En este sentido, es razonable decir que, según el ámbito de autodeterminación que proteja la inmutabilidad de coacción, la libertad puede adquirir expresiones físicas o sociales<sup>511</sup>.

En el orden físico, la libertad de la persona es su capacidad de autodeterminarse en el tiempo y en el espacio sin restricciones que no provengan de justa causa. Desde esta perspectiva, ser libre equivale a no hallarse sometido a ninguna forma de impedimento para disfrutar de autonomía con el fin de moverse y de pleno arbitrio para escoger las opciones materiales de cotidianidad. La libertad física garantiza a toda per-

<sup>509</sup> Estos otros principios pueden ser estudiados, en detalle, en Arocena, *Los principios básicos de la ejecución de la pena privativa de la libertad*, 2014.

<sup>510</sup> Para una síntesis de algunas cuestiones vinculadas con el concepto de libertad, cfr. Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, 2005, p. 248 y siguientes.

<sup>511</sup> Seguimos aquí la caracterización que efectúa Lozano Bedoya, *Derechos de las personas privadas de libertad. Manual para su vigilancia y protección*, 2006, ps. 77 y 78.



sona el derecho a buscar el lugar donde permanecer y a escoger los sitios donde no quiere hallarse. En esta esfera se desenvuelven la libertad personal, la libertad de circulación y la libertad de residencia.

En su proyección social, la libertad es la potencia de la persona para decidir su particular proyecto de vida y para adoptar, entre las más amplias opciones legítimas, los comportamientos y actos que estime conformes a ese proyecto e idóneos para lograrlo. Asociados a este plano de la autodeterminación se encuentran, entre otros, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a las libertades de conciencia y religión, el derecho a la libertad de información, opinión, expresión, etcétera.

Quiénes se encuentran cumpliendo una pena de prisión están sometidos a un régimen que restringe de manera rigurosa la libertad en su proyección física. Más específicamente: lo que ven afectado es —en palabras de Posada Segura— la libertad de abandono del centro penitenciario donde se está cumpliendo la condena<sup>512</sup>.

El problema más grave, sin embargo, se vincula con la posible afectación de las demás proyecciones sociales de la libertad. Recuérdese que hemos mencionado, entre los derechos que pueden ejercitarse en ese ámbito (proyección social de la libertad) al derecho a un desarrollo personal. Este derecho, ha sido caracterizado en la doctrina italiana reciente por Ruotolo, como un valor que “permite interpretar correctamente el catálogo constitucional positivo individualizando, en la parte relativa a las libertades, su tendencial omnicomprensividad”<sup>513</sup>. Ello así, por cuanto, “el concepto de libertad previsto en la Constitución se presenta en los términos de una libertad positiva, entendida como autodeterminación del individuo en todas las direcciones posibles (civiles, ético-sociales, económico-políticas, etcétera)”<sup>514</sup>. De allí que a su amparo se desarrollen dimensiones tan variadas como la de la libertad de crear una familia, la opción de ejercer la maternidad, el derecho a la sexualidad; etcétera.

En el ámbito penitenciario, frente a la posible afectación de estas expresiones sociales de la libertad, se hace indispensable construir mecanismos de protección que eviten desbordes ilegítimos. Y es aquí donde cobran relevancia dos garantías esenciales: la de legalidad ejecutiva y la tutela judicial efectiva<sup>515</sup>.

<sup>512</sup> Posada S., *La ejecución de la pena privativa de la libertad como parte inseparable del proceso penal*, en “Nuevo Foro Penal”, n° 64, tercera época, año 1, ene.-abr. 2003, p. 124. La doctrina, sin realizar mayores distinguos, suele afirmar que el encierro carcelario restringe la libertad de locomoción. En rigor, esta proyección de la libertad física, entendida como la libertad de moverse o caminar dentro de un área determinada, no debería verse afectada por la prisión. Quizá la modalidad más próxima de cercenamiento estaría dada por los casos de imposición de la sanción disciplinaria de permanencia en alojamiento individual. Empero, ni aún así sería legítima su cancelación absoluta por cuanto, la ejecución de dicha sanción, a partir de la vigencia de la ley 24.660, debe hacerse en celdas “cuyas condiciones no agraven ilegítimamente la detención”.

<sup>513</sup> Ruotolo, *Derechos de los detenidos y Constitución*, 2004, ps. 99 y 100.

<sup>514</sup> Ruotolo, *Derechos de los detenidos y Constitución*, 2004, p. 100.

<sup>515</sup> Cesano, *Legalidad y control jurisdiccional. Construcción de garantías para lograr un “trato humano” en prisión. Reflexiones a partir de la realidad carcelaria argentina*, en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, Nueva Serie, año XXXVII, n° 111, sep.-dic. 2004, ps. 777 a 799.

En efecto, el estado de encarcelamiento “no significa que los derechos de la persona puedan ser totalmente descuidados, sino que (...) las respectivas manifestaciones exteriores de esos derechos deben ser permitidas”<sup>516</sup> en caso de que no resulten contrarias a la esencia de la pena que se ejecuta. Como lo sostiene, en la literatura jurídica portuguesa, Pinto de Miranda Rodrigues: “... el recluso mantiene, durante la ejecución de la pena, la titularidad de los derechos fundamentales; (...) la restricción de (...) [esos] derechos, libertades y garantías (...) tiene que operarse por vía legal (...) y (...) la ley solo puede restringir esos derechos cuando la limitación sea ‘inherente al sentido de la condena’...”<sup>517</sup>.

Por su parte, la vigencia de la garantía de legalidad requiere del fortalecimiento de la tutela judicial. Como tempranamente lo ha reconocido el Tribunal Constitucional español: “[e]l juez de vigilancia penitenciaria quien ha de velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades de los presos condenados al constituir un medio efectivo del control del principio de legalidad y una garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”<sup>518</sup>.

Ahora bien, el principio de legalidad en tanto exige que la limitación de un derecho fundamental emane de una norma del congreso, sin duda, representa un avance. Sin embargo, este criterio de validez *formal* no es, todavía, suficiente. Y no lo es por cuanto, como lo ha sostenido Ferrajoli— “el sistema (...) sobre la producción de normas (...) no se compone solo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las leyes. Incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos. Así, una norma —por ejemplo, una ley que viola el principio constitucional de igualdad— por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste con una norma sustancial sobre su producción”<sup>519</sup>.

<sup>516</sup> Ruotolo, *Derechos de los detenidos y Constitución*, 2004, ps. 101 y 102.

<sup>517</sup> Pinto de Miranda Rodrigues, “Derechos de los reclusos y control jurisdiccional de la ejecución de la pena de prisión”, en Muñagorri Lagúa - Pinto de Miranda Rodrigues - Rivera Beiras, *Legalidad constitucional y relaciones penitenciarias de especial sujeción*, 2000, p. 56.

<sup>518</sup> Cfr. STC del 30/6/83. El criterio ha sido reiterado con posterioridad, por ejemplo, a través de la STC del 21/1/87. Para estos criterios jurisprudenciales, cfr. Fernández García, “Hacia la nueva reforma del derecho penitenciario”, en Berdugo Gómez de la Torre - Sanz Mulas, *Derecho penal de la democracia vs. seguridad pública*, 2005, p. 198 y nota 76.

<sup>519</sup> Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 1999, ps. 20 y 21. En forma reciente, Ruiz Miguel ha expresado que los términos *validez formal* y *validez material* se corresponden con la diada *vigencia* y *validez*, respectivamente. Según este autor, el concepto de vigencia se puede identificar con la noción de pertenencia y la validez con la de conformidad con las normas jerárquicamente superiores. En su análisis, Ruiz Miguel llega a la conclusión que la distinción formulada por Ferrajoli —y que nosotros hemos utilizado en el texto— no resulta “tan innovadora” como podría parecer a simple vista. Lo explica de esta manera: “¿Qué ocurre con la idea de obligatoriedad o aplicabilidad en la concepción de Ferrajoli? Como se verá, depende de la pertenencia y no

Esta distinción es relevante por cuanto, la ley —y no pocas veces la actividad reglamentaria que a partir de ella se construye— limita derechos de los internos apelando a expresiones cargadas de vaguedad.

En efecto: ¿cuándo una restricción resulta “inherente al sentido de la condena”?

Esta pregunta no es, en absoluto, ingenua desde que su formulación se corporiza en conceptos que se caracterizan por su notoria *indeterminación*. Máxime teniendo en cuenta que, en no pocos casos, sectores corporativos (representados por los funcionarios penitenciarios) actúan como grupos de presión expertos que —al decir de Díez-Ripollés— pueden “realizar importantes manipulaciones de los hechos a analizar y (...) de las propuestas a formular, que pueden determinar notablemente el ulterior devenir legislativo”<sup>520</sup> y —agregamos nosotros— reglamentario.

Esta última apreciación es muy relevante desde que, en el ámbito penitenciario —y a pesar de las críticas tanto doctrinarias como de los innegables avances que se vienen plasmando en los desarrollos de los tribunales constitucionales europeos y latinoamericanos<sup>521</sup>— tiene, todavía, un fuerte arraigo la teoría administrativista de las relaciones especiales de sujeción. ¿Y cómo no ha de tener predicamento en la praxis pe-

de la conformidad, de manera que una norma es jurídicamente obligatoria mientras pertenece al sistema y, por tanto, no deja de ser obligatoria mientras no cese su pertenencia, sea por anulación por falta de conformidad o sea por simple derogación, en uno y otro caso por parte de un órgano competente en el sistema” —“Validez y vigencia: un cruce de caminos en el modelo garantista”, en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2005, ps. 213 a 217—. Por su parte, el propio Ferrajoli respondió a estas críticas afirmando que: “Es (...) [al] contrario, la tesis kelseniana de la identidad entre vigencia y validez la que carece de capacidad explicativa en las actuales democracias constitucionales, en las que la prescripción normativa y la actividad concreta de las jurisdicciones constitucionales muestran cotidianamente la existencia de normas legislativas vigentes pero inválidas. En definitiva, la distinción entre el concepto de ‘vigencia’, vinculado exclusivamente a las formas del acto normativo, y el de ‘validez’, vinculado además a sus contenidos o significados prescriptivos, aumenta la complejidad conceptual de la teoría de acuerdo con la mayor complejidad estructural de los estados constitucionales de derecho, de tal forma que la primera logra explicar el fenómeno de la invalidez de las leyes vigentes a partir de su incoherencia con las normas constitucionales, sin que ello disminuya en absoluto su capacidad explicativa en relación con lo que sucede en los estados legislativos de derecho, en los que validez y vigencia de las leyes coinciden a causa de la ausencia de normas de grado superior a las leyes. De aquí surge una teoría dotada de un mayor grado de intención, pero no de menos extensión, a la que servía para dar cuenta únicamente de los estados legislativos de derecho” (*Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, 2006, p. 60).

<sup>520</sup> Díez-Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, 2003, p. 34.

<sup>521</sup> Al respecto, cfr. Cesano, *Legalidad y control jurisdiccional. Construcción de garantías para lograr un “trato humano” en prisión. Reflexiones a partir de la realidad carcelaria argentina*, en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, Nueva Serie, año XXXVII, n° 111, sep.-dic. 2004, ps. 783 y 784 (con referencias a precedentes de la Corte Constitucional alemana, italiana y el Tribunal Constitucional español) y 784 a 786 (analizando los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

nitenciaría esta doctrina —elaborada en Alemania a partir de las obras de Laband y Mayer<sup>522</sup>— si, como lo refiere Reviriego Picón, recordando las enseñanzas de Martínez Escamilla, a través de su actuación “le aflojamos el corsé (...) [al] principio de legalidad, de la reserva de ley y del respeto a las garantías de los derechos de los administrados”<sup>523</sup>?

Por eso resulta tan importante buscar criterios que permitan limitar la actividad legislativa y reglamentaria en la medida en que, bajo la vaguedad e imprecisión que subyace a la invocación de que determinada restricción resulta inherente al sentido de la condena, puedan afectarse derechos fundamentales de los internos.

Para quienes admiten la posibilidad de limitar legalmente el ejercicio de ciertos derechos fundamentales, constituye una preocupación recurrente la búsqueda de condiciones precisas que den un marco a esta actividad limitadora.

Con tal propósito, durante mucho tiempo, la teoría constitucional desarrolló la denominada *cláusula del contenido esencial*<sup>524</sup>. De hecho, diversos textos constitucionales europeos, expresamente, aluden a este criterio. Así lo hacen, por ejemplo (y aun cuando con ciertos matices diferenciales), la Ley Fundamental alemana de 1949 (art. 19, incs. 1° y 2°) y la Constitución española de 1978 (art. 53, ap. 1°).

El funcionamiento de este principio se articula sobre la distinción entre un núcleo esencial del Derecho, resistente a cualquier transformación y, por tanto, beneficiario de ese efecto específico de protección y una zona exterior al mismo que sí está expuesta a la evolución y al cambio; por lo que en ella no es aplicable el efecto específico de protección<sup>525</sup>.

Sin duda, uno de los problemas más arduos que ofrece esta cláusula se vincula con el método de determinación del contenido esencial.

Los esfuerzos desarrollados en este sentido han sido muy variados. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, en algunos de sus fallos, explicó este concepto indeterminado graficando la situación con la de dos círculos concéntricos; correspondiéndose con el más oculto o interno el contenido esencial o el ámbito nuclear de protección, y con el círculo exterior el contenido periférico o accidental del Derecho. Respecto del primero (contenido esencial) se prohíbe cualquier afectación por cuanto significaría el vaciamiento de ese derecho; hipótesis que no se verificaría si la intervención legislativa se vincula con el círculo exterior.

<sup>522</sup> Cesano, *Legalidad y control jurisdiccional. Construcción de garantías para lograr un “trato humano” en prisión. Reflexiones a partir de la realidad carcelaria argentina*, en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, Nueva Serie, año XXXVII, n° 111, sep.-dic. 2004, p. 782.

<sup>523</sup> Reviriego Picón, “Los derechos de los reclusos”, en *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, Santiago Sánchez González (coord.), 2006, p. 453.

<sup>524</sup> Para una introducción general sobre este concepto, cfr. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*, 1994.

<sup>525</sup> Está de acuerdo con esta caracterización Aba Cotoira, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, 1999, p. 198.

El concepto recién ensayado nos conduce, en forma inevitable, a plantear las dos teorías desenvueltas en derredor a esta categoría, esto es, las tesis absoluta y relativa. La diferencia principal entre las teorías absolutas y relativas reside en que, "desde un entendimiento relativo de la garantía, no hay distinción entre esta y el principio de proporcionalidad, toda vez que el contenido esencial queda reducido peligrosamente al hacerse depender de la justificación de la limitación. Por el contrario, desde una concepción absoluta, el contenido esencial permanece a toda costa inalterable con independencia de la justificación de la limitación, pues esa parte del contenido del derecho siempre es la misma, esto es, absoluta".

Si se repasa la doctrina judicial de algunos tribunales constitucionales europeos —siguiendo sus líneas maestras y con el consiguiente riesgo que entraña toda generalización— podría decirse que, tanto el Tribunal Constitucional Federal alemán como el Tribunal Constitucional español se han pronunciado a favor de la teoría absoluta. Así, el Tribunal Constitucional alemán ha expresado, por ejemplo, que: "ni siquiera intereses dominantes en la comunidad pueden justificar una intervención en el núcleo absolutamente protegido de la configuración de la vida privada; ni cabe una ponderación de acuerdo con el criterio de proporcionalidad"<sup>526</sup>.

No obstante lo dicho, Prieto Sanchís ha señalado que "en la teoría de los derechos fundamentales más reciente el aspecto clave de la actividad limitadora" se orienta "más bien a la necesidad de justificar cualquier medida o disposición restrictiva"<sup>527</sup>, con lo cual, y sin hacer abandono de la cláusula de contenido esencial, actualmente parecieran imponerse ciertas concepciones que tratan de armonizar las diferencias entre las teorías absolutas y relativas. En esa dirección, Häberle se ha mostrado partidario de la conjunción de ambas técnicas, pues considera que se ha de estudiar la garantía del contenido esencial abandonando posturas extremas, es decir, poniendo en relación la denominada teoría absoluta, para lo cual lo importante es un núcleo mínimo intangible de las libertades jurídico-fundamentales, con la teoría relativa basada en la indagación de existencia de otros bienes y valores constitucionales que justifican la limitación de los derechos fundamentales<sup>528</sup>.

Esta propuesta, por lo demás, aparece ya con cristalización positiva en algunos textos constitucionales; cual es el caso del art. 18, aps. 2º y 3º de la Constitución portuguesa de 1976.

En lo que hace al ordenamiento jurídico argentino, si bien no encontramos una cláusula tan explícita como la ofrecida por los sistemas extranjeros ya citados (esto es, Alemania, España y Portugal), esto no significa que aquellos desarrollos argumentativos no puedan ser aquí aplicados.

<sup>526</sup> Cfr. BverfGE 34, 238 (245), cit. por Aba Catoira, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, 1999, p. 206 y nota 248.

<sup>527</sup> Prieto Sanchís, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, 2002, p. 62.

<sup>528</sup> Häberle, "El legislador de los derechos", en *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, 1991, ps. 120 a 122.

En este sentido, como lo ha demostrado Cianciardo<sup>529</sup>, ya antes de la reforma constitucional de 1994, el principio de proporcionalidad se lo hacia reposar en el texto de los arts. 28 y 33 de la Constitución histórica; fundamentación que, con la incorporación de los distintos instrumentos de derechos humanos que menta el art. 75, inc. 22, 2ª cláusula de la CN, se torna aún más visible a través del art. 30 del Pacto de San José de Costa Rica.

Hasta aquí nos hemos ocupado de los límites del legislador. Pero ¿qué sucede con la actividad reglamentaria de la administración?

En virtud de lo dispuesto por el art. 99, inc. 2º de la CN, el Poder Ejecutivo expide los "... reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias...". La última precisión de la norma constitucional importa afirmar —en palabras de Fernández Salmerón— que "el reglamento, en tanto que producto normativo esencialmente subordinado, debe respetar una serie de límites como requisito inexcusable para su validez"<sup>530</sup>; límites que, precisamente, se vinculan con el respeto a la jerarquía normativa y a la adecuación a los derechos fundamentales que surgen de la parte dogmática de nuestra Ley Fundamental y de los tratados de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad<sup>531</sup>.

De manera tal que, como principio general, resultará inadmisibles, desde una perspectiva constitucional, que a través de un decreto reglamentario se restrinja un derecho fundamental cuando la ley no lo ha hecho.

Igualmente, si una ley —respetando los criterios ya trazados (esto es la conjunción entre el respeto al núcleo esencial y a la proporcionalidad)— restringe un derecho fundamental, la norma reglamentaria no podrá intensificar, aún más, la limitación del derecho ya afectado. En tal sentido, quizá, uno de los aspectos más interesantes sea el de analizar si, tales reglamentaciones, se adecuan o ajustan a la ley o si, por el contrario, la facultad reglamentaria, en algunos casos, las desborda en perjuicio de los derechos del interno.

<sup>529</sup> Cianciardo, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2004, p. 38.

<sup>530</sup> Fernández Salmerón, *El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria*, 2002, p. 208.

<sup>531</sup> Como podrá advertirse, la caracterización realizada supone aplicar también a este producto normativo (reglamento), las categorías de validez formal y sustancial (o material) que elabora Ferrajoli respecto de la ley. Coincide con la posibilidad de utilizar estos conceptos con relación a los reglamentos, Guastini. Sin embargo, este autor no condiciona su aplicación al hecho de que, el sistema constitucional en donde se dicte el reglamento, sea rígido o flexible: "Así, por ejemplo, también en un régimen de constitución flexible es inválido por razones sustanciales el reglamento del ejecutivo que esté en conflicto con la ley. Véase, en tal sentido, el art. 4º, párr. 1º de las Disposiciones Preliminares del Código Civil italiano —'Los reglamentos no pueden contener normas contrarias a las disposiciones de las leyes'— adoptado en 1942, o sea, justamente en un régimen de constitución flexible" —"Rigidez constitucional y normatividad de la ciencia jurídica", en *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, 2005, p. 246—.

El tema planteado no es, por cierto, patrimonio exclusivo del Derecho de ejecución penal. Es por ello que, antes de tratarlo desde la perspectiva estrictamente penitenciaria, se hace necesario describir, mínimamente, esta problemática desde la óptica más general del Derecho constitucional y administrativo.

Ha sostenido Bianchi que un análisis de la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina permite apreciar que, el Máximo Tribunal federal, ha redactado algunas fórmulas generales a las cuales acude cuando tiene que resolver la validez constitucional de un reglamento de ejecución. La más frecuente dice así: el Poder Ejecutivo no excede en su facultad reglamentaria que le acuerda la Constitución Nacional, por la circunstancia de que no se ajuste en su ejercicio a los términos de la ley, siempre que las disposiciones del reglamento no sean incompatibles con los preceptos legales, propendan al mejor cumplimiento del fin de aquella o constituyan medidas razonables para evitar su violación y se ajusten, en definitiva, a su espíritu<sup>532</sup>.

Obviamente, puede ocurrir que el decreto no utilice idénticas expresiones que la ley que reglamenta pero no por ello habrá un exceso si ha respetado el espíritu del texto legal. Sin embargo es posible que haya, en las normas reglamentarias, una auténtica incompatibilidad con los preceptos legales o que establezcan excepciones irrazonables, frustratorias de los fines perseguidos por el instituto legal. Tales casos, conforman las hipótesis de exceso a las que antes aludiéramos.

Es claro que, en caso de verificarse un desborde en la reglamentación, dicho acto deviene inconstitucional. Ello así, por cuanto, de esta manera, el Poder Ejecutivo se está arrogando potestades legislativas y conculcando la división de poderes que debe ser asegurada en un Estado republicano.

Enmarcada la discusión en sus límites teóricos y normativos generales, corresponde ahora focalizar el objetivo al ámbito penitenciario.

Desde nuestra perspectiva cualquier ley que pretenda restringir un derecho fundamental del interno (más allá del que es inherente a la ejecución de la pena [esto es: libertad en su proyección física, tal cual la hemos conceptualizado «supra»]) debe quedar subordinada a los dos principios limitativos de la actividad del legislador que anunciáramos más arriba y que, de acuerdo a la concepción que reputamos como más favorable para la plenitud de los derechos, funcionarán de manera complementaria: el de proporcionalidad (en el sentido que, el sacrificio que supone la restricción del derecho, debe estar justificado en atención al mayor valor del interés que se pretende resguardar a través de la limitación)<sup>533</sup> y el de preservación del contenido esencial

<sup>532</sup> Bianchi, *El control de los reglamentos de ejecución por medio del recurso extraordinario*, ED, 108-826.

<sup>533</sup> Sobre el principio de proporcionalidad, en particular, cfr. González-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, 1990, p. 29 y ss. Recientemente, Borowski, *La estructura de los derechos fundamentales*, 2003, ps. 129 a 131, ha realizado un interesante análisis de este principio, distinguiéndolo, a su vez, en tres subprincipios: a) idoneidad (una medida estatal es idónea si su adopción conduce a que se alcance o se favorezca la obtención del fin legítimo perseguido por el Estado), b) necesidad (una medida estatal no es necesaria si su fina-

de los derechos constitucionales reconocidos (definido sobre la base de que, aún cuando exista un interés razonable, este no puede llegar a esterilizar, en forma absoluta, el derecho amparado). Veamos un ejemplo desarrollado a partir de un sistema legislativo hipotético. Es evidente que, pese a la condena, el interno no puede ver afectado su derecho a comunicarse, libremente, en forma epistolar. Esta comunicación supone tanto el derecho a recibir como enviar correspondencia.

Supongamos que recibe una carta. Es razonable que, en estos casos, la misiva sea revisada por la autoridad administrativa a través de sensores u otros medios eficaces para detectar la posible introducción de objetos o sustancias no autorizadas; e incluso que se exija su apertura, por el destinatario, en presencia de un funcionario<sup>534</sup>. Es posible que esta circunstancia pueda ser entendida como una restricción a la expectativa de intimidad del interno; empero, la limitación de tal derecho pareciera ser proporcionada frente al interés que se quiere salvaguardar (piénsese, por ejemplo, que a través de ese control pretenda evitarse la introducción de sustancias prohibidas [v. gr., estupefacientes]).

Imaginemos ahora que, en esa carta recibida, efectivamente, se intentó introducir una sustancia prohibida. A partir de la constatación de esta circunstancia, el director del establecimiento suspende el ejercicio del derecho del interno a recibir comunicaciones escritas. Supongamos que, el modelo legislativo en cuestión, establezca una suspensión «sine die» del derecho<sup>535</sup>.

No hay duda de que tal actitud sería legal.

Pero, ¿sería, constitucional, desde una perspectiva de validez sustancial, de acuerdo a la terminología utilizada por Ferrajoli?

Consideramos que no, por cuanto la autorización legal terminaría neutralizando un derecho constitucionalmente amparado. En otras palabras, si existe un mecanismo específico con la finalidad de evitar el ingreso de sustancias prohibidas (revisión de la correspondencia y apertura ante el funcionario) ¿cuál sería el sentido de tolerar una suspensión a un derecho tan elemental? Pareciera que aquí, el contenido esencial de un derecho constitucional quedaría vacío, frente a una consecuencia poco flexible de la ley; la que, en este caso hipotético, contaría con instrumentos menos lesivos para resguardar los fines de seguridad que se persiguen.

lidad también puede ser alcanzada por otro medio por lo menos igualmente eficaz, y que a la vez no restrinja el derecho fundamental afectado o lo restrinja con una intensidad menor), y c) proporcionalidad en sentido estricto (que exige llevar a cabo una ponderación de bienes entre la gravedad o la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, por una parte, y, por otra, el peso de las razones que la justifican).

<sup>534</sup> Como de hecho ocurre con el art. 135 del decr. nacional 1136/97.

<sup>535</sup> En el caso de la legislación argentina (ley 24.660) esto no es así por cuanto, la suspensión, aunque prevista, solo puede ser con carácter transitorio (art. 161). Empero, no se crea que la disposición en cuestión no es susceptible de objeciones. En efecto ¿qué se entiende por "transitorio"? ¿quién determina la duración de esa suspensión? La legalidad ejecutiva, tal como la entendemos, exigiría una mayor precisión en esta previsión limitativa.

Vayamos ahora, dentro del mismo derecho que venimos tratando (derecho a la comunicación) a analizar la cuestión de los límites en la actividad reglamentaria. Detengámonos en una manifestación particular de este derecho; concretamente el secreto de las comunicaciones. Aquí, nuestro desarrollo partirá de un caso real; esto es, no hipotético como el anteriormente efectuado.

En 1979 se dictó en España la Ley Orgánica General Penitenciaria. Dicha ley no exceptionaba del régimen general el tratamiento de las comunicaciones postales entre internos de diversos establecimientos. Antes bien, las previsiones de la ley "parecían acoger bajo su tenor todo tipo de comunicaciones (...) [n]o en vano la misma rúbrica del Capítulo VIII del Título II (...) no era otra que 'Comunicaciones y visitas'. Sin mayores precisiones o acotaciones"<sup>536</sup>. La precitada Ley Orgánica determina, como primera providencia, que los internos en los centros penitenciarios se encuentran autorizados para comunicarse periódicamente, bien de forma escrita, en su propia lengua —con el máximo respeto a la intimidad—, tanto con sus familiares o amigos como con los representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria. Ello, lógicamente, en el supuesto de que no se hubiera producido su incomunicación judicialmente. Las eventuales restricciones que menta la ley, encuentran justificación en razones de seguridad y buen orden del establecimiento. Esta potestad está atribuida al director del centro penitenciario, que habrá de hacerlo en forma motivada, por causas concretas que justifiquen la medida restrictiva y dando cuenta siempre a la autoridad judicial competente.

Dos años después de la sanción de la ley, en 1981, se dictó el Real Decreto 1201, conocido como Reglamento Penitenciario. Y este decreto optó por singularizar las comunicaciones escritas que pudieran cursarse entre sí los internos alojados en distintos centros penitenciarios. Y lo hizo en una forma sensiblemente restrictiva (en comparación con el texto de la ley), al establecer que "[e]n todo caso, la correspondencia entre los internos de distintos establecimientos se cursará a través de la dirección y será intervenida". De hecho, los juzgados de vigilancia penitenciaria advirtieron el desborde reglamentario. Y así, a título de ejemplo, por auto del 12 de agosto de 1992, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Soria, estimó procedente la queja de un interno al que se le habían intervenido las comunicaciones con otra interna de otro centro penitenciario, con invocación al texto del decreto, "señalando que las previsiones del Reglamento vulneraban el principio de jerarquía normativa y no tutelaban de manera efectiva el secreto de las comunicaciones"<sup>537</sup>. Igual posicionamiento adoptó el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Sevilla, en auto del 13 de octubre de 1995<sup>538</sup>.

<sup>536</sup> Reviriego Picón, *El secreto de las comunicaciones en los centros penitenciarios: comunicaciones escritas "entre" reclusos*, en "Boletín de la Facultad de Derecho", 2ª Época, n° 26, 2005, p. 578.

<sup>537</sup> Reviriego Picón, *El secreto de las comunicaciones en los centros penitenciarios: comunicaciones escritas "entre" reclusos*, en "Boletín de la Facultad de Derecho", 2ª Época, n° 26, 2005, p. 580, nota 11.

<sup>538</sup> Reviriego Picón, *El secreto de las comunicaciones en los centros penitenciarios: comunicaciones escritas "entre" reclusos*, en "Boletín de la Facultad de Derecho", 2ª Época, n° 26, 2005, p. 580, nota 11.

Como producto de esta situación, casi tres lustros después, con el nuevo Reglamento Penitenciario dictado en 1996, se enmendó esta situación, exigiéndose resolución motivada del director que justificase la medida e inmediata comunicación al juez. De esta manera —y como lo advirtió la más calificada doctrina española— la restricción "ya no era 'en todo caso' sino que nos encontrábamos ante una mera habilitación, a la que, lógicamente habrían de dar contenido los principios antes referidos por la ley para las limitaciones genéricas"<sup>539</sup>.

Precisados ciertos criterios y vinculados ya con la cuestión penitenciaria, en esta parte de la exposición, intentaremos poner de relieve ciertas áreas en donde las fricciones pueden hacerse más evidentes. Para ello nos referiremos no solo a la situación argentina sino que, además, nos detendremos en algunos casos de los que da cuenta la doctrina judicial comparada.

Refiere Bernal Pulido que el derecho al libre desarrollo de la personalidad —que en nuestro sistema positivo encuentra fundamento en los arts. 20, ap. 1°, de la *DUDH* y XXIX de la *DADDH*; ambos integrantes, a partir de la reforma de 1994, del bloque de constitucionalidad federal<sup>540</sup>— representa una suerte de cláusula general residual de libertad que no se superpone con los márgenes semánticos de las libertades constitucionales específicas con reconocimiento expreso (v. gr., expresión, conciencia, intimidad, etcétera). Por tal razón dentro de su ámbito —y como ya lo anticipamos— se enmarcan asuntos tan heterogéneos como la posibilidad de contraer matrimonio, ser madre, definir la apariencia, la clase de educación que se quiera tener, el procedimiento médico que se está dispuesto a aceptar cuando se está enfermo, etcétera<sup>541</sup>.

Precisamente dentro de este ámbito, se han provocado algunas tensiones con la actividad legislativa y reglamentaria en cuanto se pretendió limitar los derechos de los internos. Veamos algunos ejemplos.

Un caso interesante es el que tuvo que conocer el Tribunal Constitucional español a través de la STC 49/1996. Entre las hipótesis de hecho que se habían planteado en el amparo, se encontraba la siguiente situación: la administración penitenciaria, invocando la norma legal que pone en cabeza de la misma velar por la salud del interno (art. 3º, ap. 4º, *LOGP*), pretendió imponerle al amparista (que padecía de una grave dolencia) un tratamiento médico forzoso. El tribunal acogió la acción favorablemente afirmando que: el derecho a la integridad física no consiente la imposición de una asistencia médica contra la voluntad del interno; especialmente razonable a la vista de las discrepancias entre los propios especialistas sobre la operación, y así declaró que "la decisión de permitir una agresión de esa envergadura aunque con la finalidad

<sup>539</sup> Reviriego Picón, *El secreto de las comunicaciones en los centros penitenciarios: comunicaciones escritas "entre" reclusos*, en "Boletín de la Facultad de Derecho", 2ª Época, n° 26, 2005, p. 581.

<sup>540</sup> Sobre la incidencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos constitucionalizados sobre el Derecho de ejecución penal, cfr. Cesano, *Estudios de derecho penitenciario*, 2003, ps. 22 a 25.

<sup>541</sup> Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, 2005, p. 250.

curativa es personalísima y libérrima..."<sup>542</sup>. Debe destacarse que, a diferencia de lo que sucede en el sistema positivo argentino, ni aquella norma legal ni la reglamentación entonces vigente (dictada 1981) poseían una disposición específica como la del art. 149 de la ley 24.660 en donde, expresamente, se requiere, además de la autorización del juez, el consentimiento expreso del interno o de su representante legal. El fallo, también resulta importante por cuanto demuestra la pervivencia, en la mentalidad de los funcionarios de prisión y en la propia legislación específica, de proyecciones derivadas de la doctrina de las relaciones especiales de sujeción. Ello, sobre todo, si se tiene presente que, no obstante el silencio de dichas disposiciones (que fueron interpretadas en el sentido de una habilitación para imponer el tratamiento), dentro del ordenamiento jurídico español existía ya una clara disposición contenida en la Ley General de Sanidad (art. 9º) que tutelaba la libertad de tratamiento de los enfermos en general; con excepción de aquellos casos en donde existiera un peligro para la salud o incapacidad del paciente. Aclaremos, sin embargo, que el Reglamento Penitenciario vigente (que data de 1996), en su art. 210, se ha ocupado expresamente del problema del consentimiento en lo que concierne al tratamiento.

Otro ámbito que resulta muy prolífico para estas fricciones está constituido por el ejercicio de la sexualidad; derecho que no ha sido abordado desde la óptica constitucional con uniformidad, ya que, para algunos autores, constituye una de las facetas del derecho a la intimidad y, para otros, conforma una de las manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>543</sup>. Sea cual fuese su encuadramiento, las tensiones que pueden provocarse en este ámbito resultan paradigmáticas. Desde nuestra perspectiva, tesis que también ha sido admitida por la jurisprudencia nacional, pareciera más adecuado enmarcar el derecho como parte de aquel que garantiza el libre desarrollo de la personalidad. Pero veamos cómo puede manifestarse esta tensión. De acuerdo al art. 167 de la ley 24.660, la persona legitimada para la visita íntima es el cónyuge o, a falta de este, la persona con quien el interno mantiene vida marital permanente. Tal disposición excluye, al menos a partir de un canon interpretativo lingüístico, la posibilidad de que el penado o la penada mantenga la visita con una persona de otro sexo, cuya vinculación afectiva fuese posterior a su privación de libertad. Obviamente, tal situación, resultaría frustratoria de determinados derechos fundamentales. Y sostenemos esto toda vez que cuando el legislador estableció un régimen diferenciado, limitativo del ejercicio de este derecho, utilizó un criterio no razonable. Es que la posibilidad de recibir visitas íntimas no solo ha sido consagrada como un medio para fomentar la continuidad de una relación afectiva estable, que ya

<sup>542</sup> Reviriego Picón, "Los derechos de los reclusos", en *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, 2006, p. 460.

<sup>543</sup> Se muestran partidarios de la primera tesis, Reviriego Picón, "Los derechos de los reclusos", en *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*, 2006, p. 465, y Fortich - Gröer, *El derecho a la intimidad de los reclusos. La libertad sexual y las visitas íntimas*, en "Más Derecho", año 2, dic. 2001, n° 2, p. 392. Por el contrario, considera este derecho como una faceta del libre desarrollo de la personalidad, Lozano Bedoya, *Derechos de las personas privadas de libertad. Manual para su vigilancia y protección*, 2006, ps. 129.

existía al momento de la detención, sino que (y sin dejar de reconocer la importancia de este aspecto), la finalidad de la norma debe ir más allá de ese interés, tutelando, de manera integral, otros derechos que integran el desarrollo de la personalidad; como es, por ejemplo, el derecho a la maternidad. Pensemos en el siguiente caso: una mujer condenada que, al momento de disponerse su encierro, carecía de cónyuge y tampoco mantenía una unión de hecho subsumible en las exigencias de la ley. Si a esta persona se le ha impuesto una pena privativa de libertad muy extensa, es posible que vea frustrado aquel derecho. En esta dirección resulta ilustrativo mencionar el siguiente caso resuelto por nuestros tribunales, con antelación a la sanción de la ley 24.660, pero utilizando un fundamento normativo similar al que recepta el art. 167. En efecto, una interna condenada a la pena de reclusión perpetua solicitó a la autoridad penitenciaria autorización para acceder al régimen de visitas íntimas. La autoridad administrativa denegó dicho pedido sobre la base de que la norma reglamentaria correspondiente (a la sazón, la Res. 162/93 del Ministerio de Justicia de la Nación) solo permitía esa posibilidad a los internos que fueran casados o que se encontraban, antes del ingreso a la institución penitenciaria, en una relación de concubinato; extremos estos que no se cumplimentaban en el caso por tratarse de una relación de amistad que había nacido entre la interna y un miembro de un organismo de derechos humanos que efectuaba visitas de carácter institucional. Ante la negativa, la peticionante solicitó a la Cámara Federal que, como tribunal de ejecución, revisara la medida. La Cámara hizo lugar a la autorización entendiendo que las exigencias de las normas reglamentarias, al negar el régimen a quien había logrado una relación estable posterior a la detención, implicaba un tratamiento desigual contrario al art. 16 de la CN. Por otra parte, el tribunal consideró que: "... atento a la calidad de perpetua de la sanción impuesta a la peticionante (...) cerrar la puerta al beneficio planteado implicaría en el caso de 'A., C.' quien cuenta con treinta y ocho años de edad, cercenar de manera definitiva la posibilidad de una eventual maternidad, situación esta que tampoco corresponde ser suplida con la exigencia de una matrimonio civil, toda vez que tal requisito sería violatorio de la norma asentada en el art. 19 de la CN"<sup>544</sup>.

Y aun cuando no se tratara de una situación tan extrema como la recién analizada, estimamos que la restricción legal afectaría, igualmente, otra arista vinculada con el derecho al desarrollo personal, cual es el ejercicio de la sexualidad como manifestación de la dignidad humana<sup>545</sup>. No en vano, la Corte Constitucional colombiana ha expresado que "[l]a relación sexual es una de las principales manifestaciones de la sexualidad. La privación de la libertad conlleva una reducción del campo del libre desarrollo de la personalidad, pero no la anula. La relación física entre el recluso y su visitante es uno de los ámbitos del libre desarrollo de la personalidad que continúa protegido aún en prisión, a pesar de las restricciones legítimas conexas a la privación de la libertad"<sup>546</sup>.

<sup>544</sup> CF San Martín, Sala I, 15/5/95, "A., C.", JA, 1995-IV-471 y 472.

<sup>545</sup> Cesano, *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, 1997, p. 169.

<sup>546</sup> Cfr. Corte Const., sentencia T-269 de 2002, cit. por Lozano Bedoya, *Derechos de las personas privadas de libertad. Manual para su vigilancia y protección*, 2006, p. 129.

No obstante lo dicho, la situación creada por la ley ha sido corregida a través de la actividad reglamentaria. En efecto, el art. 56, parte 2ª del decr. 1136/97, expresamente contempla la situación de que previa evaluación de la calidad del vínculo "... se podrá autorizar esta modalidad de visita en el caso de una relación afectiva iniciada con posterioridad a la privación de libertad". Fortich y Gröer, correctamente, advierten que "el reglamento excede sus fines ya que además de reglamentar los supuestos contemplados en la ley, crea un supuesto nuevo"<sup>547</sup>. Si bien, la observación es cierta, resulta evidente que, al tratarse de una cláusula que favorece la extensión de un derecho, la situación no tensiona la garantía de legalidad<sup>548</sup>.

También constituye un ámbito muy sensible a esta problemática, el derecho a la privacidad de las comunicaciones. En este sentido, la Corte Suprema de la Nación Argentina tuvo oportunidad de pronunciarse, con fecha 19 de octubre de 1995, con relación a un hábeas corpus interpuesto por un interno alojado en la Unidad Penitenciaria Federal n° 7 (Resistencia, provincia del Chaco), en donde se cuestionaban las facultades de la administración para controlar la correspondencia remitida y receptada por el accionante. Concretamente, el fallo nos informa sobre la situación de un condenado al cual las autoridades del penal donde cumplía su sanción le examinaban y censuraban el texto de las cartas que remitía al exterior de la cárcel y le rechazaban las misivas que entregaba en sobre cerrado; basándose, para ello, en los arts. 91 y 92 del entonces vigente decr.-ley 412/58, y en los arts. 3º, 4º y 5º del régimen de correspondencia para los internos condenados<sup>549</sup>. La Corte decidió<sup>550</sup>, por mayoría de votos, que en el caso eran inconstitucionales las disposiciones aplicadas por la autoridad penitenciaria.

Los fundamentos de la mayoría pueden ser agrupados en dos bloques:

- a) Por una parte, los doctores Moliné O'Connor, López y Bossert fundaron su decisión sobre la base de:
  1. El régimen de correspondencia para los internos condenados constituye una extralimitación reglamentaria que excede las facultades otorgadas por

<sup>547</sup> Fortich - Gröer, *El derecho a la intimidad de los reclusos. La libertad sexual y las visitas íntimas*, en "Más Derecho", año 2, dic. 2001, n° 2, p. 392.

<sup>548</sup> En el mismo sentido, Fortich - Gröer, *El derecho a la intimidad de los reclusos. La libertad sexual y las visitas íntimas*, en "Más Derecho", año 2, dic. 2001, n° 2, p. 392.

<sup>549</sup> En lo específico, tales previsiones reglamentarias disponían: arts. 3º. "La correspondencia epistolar y telegráfica será objeto de supervisión y censura..."; 4º. "Si a juicio de la Dirección del establecimiento resultara inconveniente dar curso —por su contenido— a una carta, se procederá a efectuar la devolución de la misiva al remitente, informándole sobre las causas motivadoras..."; y 5º. "No se autorizará la entrada o salida de correspondencia en la que se empleen signos o palabras convencionales, se utilice lenguaje obsceno, se haga alusiones o emitan juicios con respecto al régimen interno o al personal de servicio..." (cfr. "Boletín del Servicio Penitenciario Federal", n° 1266/1979).

<sup>550</sup> CSJN, 19/10/95, "Dessy, Gustavo G.", LL, "Suplemento de Jurisprudencia Penal", ejemplar del 26/6/96, ps. 18 a 38.

el art. 99, inc. 2º de la CN, desde el momento que impone una restricción del secreto epistolar "absoluta y permanente", cuando la ley penitenciaria no establecía la censura para la carta emitida. Por otra parte, el art. 5º, para fundar la negativa al envío de la correspondencia del interno, aludía a circunstancias carentes de la más mínima racionalidad. Así, en lo que respecta a la referencia al "lenguaje obsceno", no se advierte cuál sería el interés legitimante del Estado para intervenir la correspondencia privada del recluso a efectos de que este guarde un lenguaje decoroso. Tampoco resulta razonable la prohibición de que las misivas "hagan alusiones o emitan juicios respecto del régimen interno o del personal del Servicio Penitenciario Federal", no solo por no guardar vinculación con los objetivos de seguridad y re-socialización previstos en la ley penitenciaria, sino además, por cercenar un medio idóneo —tal vez el único— con que cuentan los reclusos para hacer llegar al mundo exterior denuncias o reflexiones sobre el ámbito carcelario, y aun reclamar ayuda ante los abusos de la autoridad<sup>551</sup>.

2. El propósito de la readaptación del penado, que debe estar en la base del tratamiento carcelario, se ve controvertido por disposiciones y actos de autoridad, como son los considerados en la causa, ya que censurar y obstaculizar la comunicación del recluso con el exterior es un modo de distanciarlos del medio social al que debería reintegrarse tras el cumplimiento de la pena<sup>552</sup>.
  - b) Por su parte, los doctores Fayt, Petracchi y Boggiano fundaron su postura, a través de un voto concurrente, sobre los siguientes argumentos<sup>553</sup>:
    1. El ingreso de un individuo en prisión no lo despoja de la protección de la ley y, en primer lugar de la Constitución Nacional. "Los penados son, no obstante ello, 'personas' titulares de todos los derechos constitucionales, salvo las libertades que hayan sido constitucionalmente restringidas por procedimientos que satisfagan todos los requerimientos del debido proceso"<sup>554</sup>.
    2. El razonamiento esgrimido por las autoridades del Servicio Penitenciario, en virtud del cual las restricciones en materia de correspondencia encuentran su base normativa en el art. 12 del CP, fue expresamente rechazado. Al respecto se afirmó: "El argumento planteado encierra, en rigor, una tesis poco menos que alarmante. Por ella, la pena del Derecho penal podría en cierta forma ir emancipándose del principio de legalidad (...). Aquella [la pe-

<sup>551</sup> Cfr. fundamento jurídico n° 9.

<sup>552</sup> Cfr. fundamento jurídico n° 10.

<sup>553</sup> Por cierto que, en el voto concurrente, se coincidió con los argumentos de los doctores Moliné O'Connor, López y Bossert (cfr., en este sentido, fundamentos jurídicos nros. 13 y 18). Empero, a estos argumentos, los doctores Fayt, Petracchi y Boggiano añadieron otros nuevos que serán considerados en este apartado.

<sup>554</sup> Cfr. fundamento jurídico n° 9.

na], de esta manera no se limitaría férreamente a las estrictas previsiones de las leyes punitivas y a los alcances de la sentencia que la aplica, sino que comenzaría a expandirse, por vía de influencia o implicaciones, hacia campos de límites insospechables. El presente caso, visto según la defensa mencionada, sería muestra de ello. Nada hay en el Código Penal, ni en ninguna otra norma, que imponga como pena a un condenado la privación absoluta del derecho constitucional al secreto de sus comunicaciones"<sup>555</sup>.

3. La seguridad de una prisión y la finalidad de impedir que desde su interior sean conducidas actividades delictivas, configuran propósitos sustanciales e incuestionables del Estado, a los que debe atenderse con empeño. Sin embargo, y si bien es cierto que la afectación de dichos propósitos estatales podría plantearse a través de la correspondencia, no será a partir de simples probabilidades que la administración penitenciaria pueda cercenar, en la forma que lo hizo, el derecho a la privación de la correspondencia del interno. Lo contrario importaría afirmar que todos los reclusos son permanentemente sospechosos de dirigir organizaciones criminales y de planear fugas y reincidencias por medio epistolar, razonamiento que conculca el principio de inocencia, cuya garantía (respecto de hechos posteriores a la sentencia) ampara también a los condenados que se encuentran cumpliendo la pena<sup>556</sup>.
4. Por fin, luego de criticar las expresiones utilizadas por el art. 5º del reglamento relativo a la correspondencia epistolar de los internos (en donde se coincide con los argumentos de los doctores Moliné O'Connor, López y Bossert), el voto concurrente focaliza su cuestionamiento contra el art. 92 de la ley penitenciaria. La norma invocada por el Servicio Penitenciario —se afirma— peca, desde el punto de vista constitucional, de una vaguedad inaceptable, incompatible con la terminante manda constitucional que garantiza la inviolabilidad de los papeles privados (una "ley determinará en qué casos y con qué justificativos" podrá procederse a tomar conocimiento de la correspondencia epistolar, expresa el art. 18 de la CN). Es evidente —continúa la Corte— "que disponer, como lo hace el art. 92 del decr.-ley 412/58, que 'la correspondencia (...) se ajustará a las condiciones de (...) supervisión y censura que determinen los reglamentos', traduce un mandato de una latitud tan extrema que no confiere, al encargado de la reglamentación, estándares objetivos ni precisos". De allí que se propicie, también, la declaración de inconstitucionalidad de este precepto<sup>557</sup>.

Asimismo, también resulta una garantía respecto de la cual siempre se cierne una tentación reduccionista a la vinculada con la tutela judicial efectiva.

<sup>555</sup> Cfr. fundamento jurídico n° 10.

<sup>556</sup> Cfr. fundamento jurídico n° 15.

<sup>557</sup> Cfr. fundamento jurídico n° 18.

Todos conocemos que la administración penitenciaria posee potestades de carácter disciplinario<sup>558</sup>. Sin embargo, la misma ley de ejecución establece que la imposición de una sanción resulta jurisdiccionalmente controlable. Ello deriva del art. 96 de la ley 24.660. No obstante, la última parte de dicha disposición prevé un mecanismo de confirmación ficto al disponer que, si el juez de ejecución o juez competente no se expidiese dentro de los sesenta días, la sanción quedará firme.

¿Qué opinión nos merece este precepto?

Obviamente negativa. Es que, una norma como la transcrita, tensiona, abiertamente, garantías constitucionales elementales al configurar una suerte de denegación de justicia. Recuérdese, en este sentido, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 25). Al respecto, la Convención regional no solo confiere el "derecho a un recurso sencillo y rápido (...) ante los jueces o tribunales competentes" sino que, además, exige a los Estados Parte "garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal (...) decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso" (art. 25, ap. 2º, letra a). La garantía en cuestión no hace otra cosa que no sea exigir, a las partes signatarias, la previsión de un recurso efectivo. Se trata de una auténtica obligación de resultado por cuanto —como apunta Hitters— "... no es suficiente con que exista en el Derecho interno la posibilidad abstracta de ejercer un carril de este tipo, sino que es necesario que el mismo (es decir, el recurso) produzca los efectos deseados, esto es, que sea efectivo para proteger el bien jurídico tutelado"<sup>559</sup>. En otras palabras: el efectivo acceso a la justicia que ampara el pacto regional no se satisface por la simple previsión de una vía recursiva; "no basta con legislar el andamiaje adjetivo —que en nuestro caso sería el del art. 96—, sino que resulta imprescindible que los tribunales produzcan soluciones concretas y fallos justos ante las reclamaciones de los interesados"<sup>560</sup>. Y esta exigencia jamás podrá ser satisfecha con una previsión como esta (la del art. 96) en la cual, el silencio del juez (esto es: la omisión de resolver) es presumida por el legislador como una respuesta confirmatoria del ejercicio de la potestad disciplinaria penitenciaria.

Sobre tal base, no pueden quedar dudas de que la disposición final del art. 96 de la ley 24.660, resulta inconstitucional<sup>561</sup>. Es evidente que dicha previsión se traduce en una inadmisibles limitación al derecho que tiene todo interno a una tutela judicial efectiva<sup>562</sup>.

<sup>558</sup> Sobre estas potestades, cfr. Cesano, *Un estudio sobre las sanciones disciplinarias penitenciarias*, 2002.

<sup>559</sup> Hitters, *Derecho internacional de los derechos humanos*, 1993, t. II, ps. 162 y 163.

<sup>560</sup> Hitters, *Derecho internacional de los derechos humanos*, 1993, t. II, p. 163.

<sup>561</sup> Gambier - Rossi, *Derecho administrativo penitenciario*, 2000, p. 65.

<sup>562</sup> Y cierta doctrina judicial argentina así lo ha declarado, apelando a estos argumentos. Cfr. JEP 1º Nom. Córdoba, auto interlocutorio n° 9, 17/4/08, publicado en *Zeus Córdoba*, año VII, t. 13, 9/12/08, ps. 668 a 672.



Sin duda, podríamos continuar con ejemplos de esta naturaleza. Sin embargo, la muestra nos parece demasiado elocuente y nos autoriza a formular algunas reflexiones finales.

Expresó Norval Morris: "La cárcel debería ser, si el mundo no estuviera lleno de paradojas, el verdadero paradigma del reinado de la ley. Hasta hace pocos años era, por el contrario, un territorio reservado a la discrecionalidad incontrolada, un coto de poder personal inmune al proceso legal. Como lo expresó un tribunal, el preso 'es, por el momento, esclavo del Estado'" <sup>563</sup>.

Y esta descripción —que en algunos aspectos tiene cierta vigencia; aún cuando, en estos últimos años, pueda considerarse como un tanto excesiva— resultaba (y resulta, en lo que queda de remanente) un producto de diversos factores. Uno de ellos es la ya mentada teoría de las relaciones especiales de sujeción. Pero además, la situación se agrava a partir de cierta falta de sensibilidad en lo que atañe a las atribuciones legislativas y reglamentarias que, como hemos ejemplificado *supra*, en no pocos casos afectan derechos fundamentales de los internos que no deberían verse restringidos o limitados; al no resultar —tales limitaciones— consustanciales con el contenido de la pena que se está ejecutando.

Para que la posibilidad de estas afectaciones se vean limitadas, creemos que puede ser útil intentar extraer, de todo cuanto llevamos expuesto, ciertas reglas generales:

En primer lugar, la restricción de cualquier otro derecho fundamental del interno que no sea el que, estrictamente se corresponde con la esencia de la pena de prisión, solo puede realizarse por ley.

Esta garantía, sin embargo, exige mucho más que respetar un mecanismo constitucional vinculado con el órgano estatal del que debe emanar ese producto normativo. Junto a la validez formal, subrayamos el gran valor del concepto de validez material que predica Ferrajoli.

Precisamente, para ser respetuosos de esta última exigencia nos pareció importante apelar a ciertas técnicas desarrolladas en la argumentación de la teoría constitucional. En particular: la cláusula del contenido esencial del Derecho y el principio de proporcionalidad. En este contexto, para que una restricción sea válida desde una perspectiva material, no puede afectar el núcleo estricto del derecho fundamental, de tal suerte que lo vacíe de contenido. Pero además, aún cuando la limitación se refiera a la periferia de ese derecho, es necesario que sea idónea, estrictamente necesaria y proporcionada; en el sentido de que debe responder a una ponderación de bienes entre la gravedad o la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, por una parte, y, por otra, el peso de las razones que la justifican.

La actividad reglamentaria que puede proyectarse en relación con la legislación, también tiene que estar presidida por el principio de legalidad. Nada más que, desde esta perspectiva, la legalidad supone que la ley, válida tanto desde una perspectiva formal como sustancial —siempre utilizando la expresión de Ferrajoli—, debe prevalecer respecto de todos los actos del Estado, es decir, debe ser jerárquicamente superior al resto de las disposiciones administrativas; las cuales deben ajustarse a aquella.

<sup>563</sup> Morris, *El futuro de las prisiones*, 5ª ed., 1998, p. 44.

Por fin, la efectividad de estos conceptos está íntimamente relacionada con el ejercicio de una función jurisdiccional muy atenta. La legalidad, en los diversos aspectos que la hemos concebido (reserva de ley, validez sustancial y prioridad de la norma legal sobre el resto de las disposiciones administrativas), resulta irremediamente inviable si no se garantiza, adecuadamente, la tutela judicial efectiva.

### c) Control jurisdiccional

La cárcel es refractaria a cualquier tipo de control externo<sup>564</sup>. Obviamente, el control jurisdiccional no escapa a este principio.

¿A qué se debe esta resistencia?

Sin duda a diversos factores. Sin embargo, existen dos que confluyen muy especialmente:

a) Por un lado, la vieja doctrina de las relaciones especiales de sujeción desde cuya óptica, ciertos sectores —no solo de la administración sino incluso (como lo veremos *enseguida*) del propio Poder Judicial—, pretenden legitimar la devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos. En efecto, el mandato judicial de ejecución de la pena de prisión determina que "entre la administración y el condenado exista una relación especial de sujeción, esta relación especial de sujeción significa que la administración en función de la prestación de ese servicio establece unas relaciones no jurídicas con la población penitenciaria, una especie de relaciones internas o domésticas que le permiten regular todo lo que es la ejecución de la pena privativa de libertad en un campo completamente ajeno al control del Derecho"<sup>565</sup>.

b) Pero, esta resistencia al control tampoco podría explicarse sin que concurra cierta complicidad de los integrantes del Poder Judicial: hay sectores de este que consideran que —salvo cuestiones excepcionales (y vinculadas estrictamente con determinados derechos penitenciarios [por ejemplo, libertad condicional])— lo que sucede en el mundo carcelario, precisamente porque ocurre bajo esta relación especial de sujeción, debe desarrollarse con prescindencia de la intervención de la judicatura. Se trata de lo que, en la literatura jurídica norteamericana, se conoce como la *hands off doctrine*, "literalmente doctrina de manos afuera, que significa no entrometerse, salvo en situaciones muy excepcionales, [con] la administración penitenciaria"<sup>566</sup>.

<sup>564</sup> Así lo entiende Mapelli Caffarena, "Ejecución y proceso penal", en AA.VV., *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*, 1997, p. 61. La observación, tempranamente, había sido efectuada por Foucault: "Que la prisión no es hija de las leyes, ni de los códigos, ni del aparato judicial; que no está subordinada al tribunal como instrumento dócil o torpe de las sentencias que da y de los esfuerzos que quisiera obtener; que es él, el tribunal, el que es, por relación a ella, exterior y subordinado" (cfr. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, 17ª ed., 1991, p. 314).

<sup>565</sup> Mapelli Caffarena, "Ejecución y proceso penal", en AA.VV., *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*, 1997, p. 61.

<sup>566</sup> Rotman, *El sistema carcelario en Estados Unidos. Régimen legal de las cárceles y derechos de los presos (situación actual en los Estados Unidos)*, en "Lecciones y Ensayos", n° 66, 1996, p. 60. Según el autor, en los Estados Unidos de América los argumentos a favor de esta doctrina eran "el federalismo, la división de poderes, la inidoneidad de los jueces para tratar problemas penitencia-

Sentada esta premisa, estamos en condiciones de plantear el objetivo que se persigue a través de este capítulo. Este —tal cual lo adelantamos en la presentación— no será un análisis dogmático de las competencias de los jueces de ejecución, de acuerdo a tal o cual sistema jurídico particular. Y no lo será porque, en parte, esta resistencia al control que caracteriza a la prisión, es también —como recién lo anunciamos— consecuencia de las actitudes de los propios jueces<sup>567</sup>, de tal suerte que de poca utilidad —al menos desde el punto de vista de lo conceptual— será detenernos en aquella cuestión normativa. Lo que pretendemos aquí es otra cosa: trazar los grandes marcos que deben orientar a ese control así como las actitudes que se esperan de la judicatura de ejecución. Sin duda esto supone involucrarse con ciertas posturas ideológicas. Nada de malo hay en ello; más bien, todo lo contrario: es útil perfilar ciertos principios —ajustados a determinada concepción del mundo— y que no necesariamente deben coincidir con la visión que se describe desde una particular norma jurídica (un sistema positivo en concreto).

El juez de ejecución debe garantizar que, en el cumplimiento de la pena, la administración no incurra en desviaciones de poder —producto de prácticas prohibidas al amparo de la ideología de seguridad y orden— que terminen restringiendo derechos no afectados por la sanción impuesta.

Esto supone, centralizar la atención, al menos, en tres aspectos.

En primer término, controlar la legalidad de los procedimientos administrativos sancionatorios. Tal control supone el ejercicio de una *amplia* revisión en sede judicial, de lo resuelto por la instancia administrativa. La adjetivación de esta actividad (en el sentido de que tiene que ser amplia) responde a que la misma no debe limitarse a revisar la corrección del procedimiento (por ejemplo, que el interno tuvo posibilidad de ejercer su derecho de defensa material) sino, además, a verificar que lo decidido (la verificación de la falta) no sea producto de la pura discreción administrativa sino el fru-

rios y el peligro de que los tribunales se vieran inundados por un torrente de demandas sin fundamento ni sustancia jurídica alguna". Sin embargo —señala Rotman— durante la década del sesenta del siglo pasado se verificó un paulatino abandono de esta concepción.

<sup>567</sup> Así, por ejemplo, en la Argentina, la Cámara Nacional de Casación Penal, a través de su Sala II, expresó que las cuestiones "relacionadas con la función de control penitenciario, de competencia originariamente administrativa, *excepcionalmente resultan recurribles ante el juez de ejecución*", declarando así mal concedido un recurso de casación deducido por la defensa de un interno; ante el rechazo que el juez de instancia había efectuado respecto de una apelación con motivo de una sanción disciplinaria. El caso llegó a la Corte quien, al revocar lo decidido por la casación, y luego de enlazar la garantía de tutela judicial efectiva (en la etapa ejecutiva) con el principio de legalidad, entre otros argumentos, expresó: "Que uno de los principios que adquiere especial hábito dentro de las prisiones es el de legalidad, ello por cuanto la manera en que las autoridades penitenciarias le dan contenido concreto al cumplimiento de la pena dispuesta por la autoridad judicial y sus sucesivas alteraciones, pueden implicar una modificación sustancial de la condena, y por lo tanto queda a resguardo de aquella garantía" (fundamento jurídico n° 16, fallo R. 230.XX-XIV, *in re* "Romero Cacharane", 9/3/04).

to de un razonado análisis, fundado en prueba idónea. Esto último supone —dado que, por regla, la instancia administrativa no suele guiarse por estos principios— producir prueba, mencionada por el interno al fundar su actividad recursiva, así como garantizar la intervención de la defensa técnica (ajena a la sustanciación administrativa).

En segundo lugar, es necesario que el juez pondere ciertas decisiones administrativas (ya no sancionatorias) que pueden limitar derechos fundamentales, en orden a su razonabilidad. Hemos ya dicho que la restricción de derechos tiene que reducirse a la esencia de la pena que se ejecuta. Esto implica examinar cada restricción para constatar, en cada caso, si la misma guarda conexión con una habilitación legal (tanto en sentido formal como sustancial) así como, si la manera en que reglamentariamente la misma se ejecuta resulta respetuosa de los perfiles legales que la autorizan. En este sentido, la administración —en ocasiones— impone ciertas restricciones acudiendo a conceptos vagos (v. gr., necesidad del tratamiento, razones de seguridad, etcétera); que no guardan relación con la garantía mínima (legalidad, formal y sustancial) que debe presidir la imposición de la limitación. Solo así "se evitará tanto un agravamiento ilegal del sufrimiento de la pena en los hechos, como la imposición de restricciones arbitrarias que funcionan como verdaderas penas paralelas, mediante reglamentos, acciones o disposiciones de los funcionarios carcelarios de pretendida naturaleza organizativa o disciplinaria. Porque el Estado 'tiene el deber de no exigir más de lo que la sentencia y la ley reclaman', y el penado 'el derecho de no sufrir más restricciones o limitaciones que las establecidas allí' "<sup>568</sup>.

Finalmente, es necesario evitar que el dolor que la pena supone se intensifique por déficit o limitaciones materiales; igualmente capaces de agravar ilegítimamente las condiciones de detención. En tal sentido, el órgano jurisdiccional debe controlar que la ejecución de la pena no vulnere la dignidad del condenado (propia de su condición de persona) sea ya, por ejemplo, por la mala calidad o insuficiente cantidad de alimentación; por falta de tratamiento médico o farmacológico; por el hacinamiento, producto de la superpoblación; por falta de calefacción idónea en época invernal; etcétera.

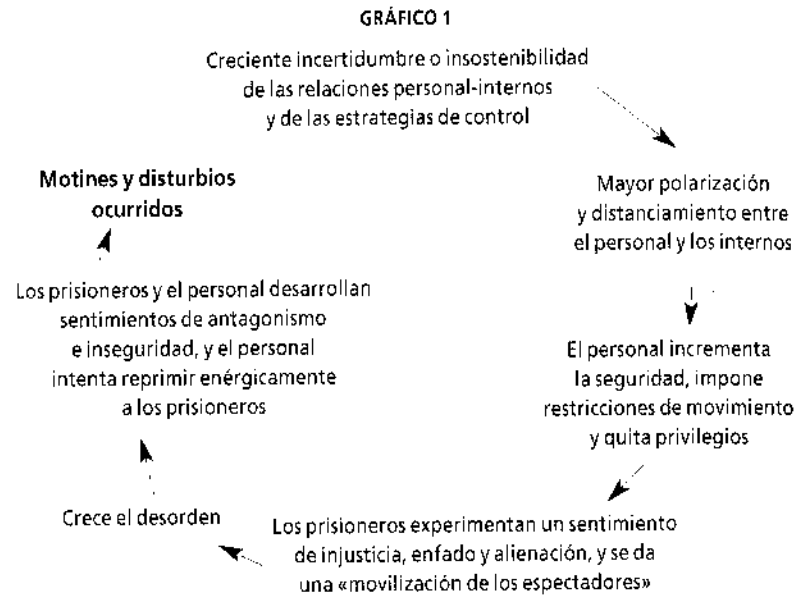
La importancia de estos controles no se agota en el resguardo de un derecho individual que pueda verse afectado.

En rigor —y sin dejar de reconocer la trascendencia de lo anterior— el celo puesto en este cometido puede coadyuvar a evitar situaciones mucho más graves en el mundo carcelario (concretamente, revueltas o motines). Es que, sucede a veces que, por diversas circunstancias, las estrategias de control que ejerce la administración pueden volverse problemáticas. Esto ocurre por diversas razones: un cambio en la organización o la dirección de la prisión, el sentimiento de que las condiciones de detención están empeorando o la sensación, entre los penados, de la existencia de un tratamiento injusto. Con todo —y como bien lo puntualiza Matthews<sup>569</sup>— una vez que esta dinámica se po-

<sup>568</sup> Cafferata Nores, *Proceso penal y ejecución de la pena*, en "Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional", n° 3, 1998, p. 47.

<sup>569</sup> Matthews, *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*, 2003, p. 112.

ne en acción, es probable que se genere una mayor polarización entre el personal y los internos, que se acreciente el sentimiento de antagonismo e inseguridad y disminuya el nivel de tolerancia entre ambas partes. En este punto, cualquier disparador puede servir para convertir el enfado y la frustración en una revuelta (véase GRÁFICO 1).



**FUENTE:** Matthews, *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*, 2003, p. 113.

De allí que, supervisar adecuadamente estos aspectos (sanciones, condiciones materiales), pueda disminuir la amplificación del espiral del desorden; atenuando la tensión en un establecimiento penitenciario.

La autoridad jurisdiccional también debe ocuparse de reducir, en la mayor medida posible, los efectos despersonalizadores que entraña la institución carcelaria (proceso de prisionalización)<sup>570</sup>.

Una política penitenciaria progresista tiene que estar siempre muy atenta a este aspecto, a través del denominado principio de atenuación o ejecución penitenciaria mínima. En virtud del mismo se "reclama un constante incremento de los espacios de relación con el mundo libre"<sup>571</sup>, siendo este principio el fundamento de instituciones

<sup>570</sup> Cafferata Nores, *Proceso penal y ejecución de la pena*, en "Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal y Práctica Profesional", n° 3, 1998, p. 47.

<sup>571</sup> Mapelli Caffarena, "Presupuestos de una política penitenciaria progresista", en AA.VV., *Francesco Carrara. Homenaje en el centenario de su muerte*, 1988, p. 251.

propias del régimen de progresividad (v. gr., derechos consustanciales con el período de prueba —por ejemplo, salidas transitorias—, libertad condicional, etcétera).

En tal sentido, en no pocas ocasiones, la administración suele utilizar estas instituciones (propias de la progresividad) como medio de gobernabilidad de la prisión. Esto se advierte, por ejemplo, cuando pese a verificarse los requisitos legales de acceso a determinada etapa (v. gr., período de prueba), se retrasa injustificadamente la promoción del interno. Es aquí donde la judicatura debe tener una intervención activa; velando por evitar la fuerte discrecionalidad que caracteriza a estas actitudes de la administración, por medio de una atenta revisión de aquellas decisiones.

Es necesario establecer una distinción nítida entre progresividad y tratamiento penitenciario. La importancia de esta diferenciación está dada en que el tratamiento responde a un objetivo diverso que el régimen de progresividad.

Esto significa —en una apreciación teórica, por cuanto legislativa y reglamentariamente existe cierta tendencia a confundirlos— que la flexibilización del encierro carcelario —como respuesta al principio de atenuación o ejecución penitenciaria mínima— no puede verse frustrada por la falta de adhesión a los programas de tratamiento. Si no tenemos presente esto, la cárcel se transformará, siguiendo la gráfica expresión de Rivera Beiras y Dobón, en un laberinto de obediencias fingidas<sup>572</sup>.

Si, como pensamos, se hace necesario diferenciar ambos conceptos (régimen progresivo de tratamiento), ¿qué objetivo se persigue a través del ofrecimiento de este último? La respuesta no puede ser otra que la reinserción social del interno; entendido este concepto en el sentido de lograr el mero respeto de la legalidad (readaptación social mínima). Pese a ello, son conocidas las diversas críticas que —desde distintas concepciones de la criminología— se dirigen a esta finalidad resocializadora. No obstante, y a pesar de la seriedad de aquellas objeciones, parece claro que a quien se encuentra privado de su libertad (en cumplimiento de una sentencia condenatoria) el Estado deberá ofrecerle algún programa de tratamiento, orientado al logro de aquel objetivo (reinserción social)<sup>573</sup>. De lo contrario, la pena pierde toda su legitimación.

<sup>572</sup> Dobón - Rivera Beiras, *Secuestros institucionales y derechos humanos: la cárcel y el manicomio como laberintos de obediencias fingidas*, 1997. Al respecto, cfr., en particular, Rivera Beiras, *Secuestros institucionales y sistemas punitivos/premiales*, 1996, ps. 13 a 43. Como también lo ha explicado Bombini —siguiendo la opinión de Pavarini— "... esta flexibilidad [la propia del régimen de progresividad] es la que permite que la pena merecida, en su determinación legislativa y judicial, pueda ser después reconsiderada en la fase ejecutiva, en cuanto a su duración e intensidad, lo que significa enriquecer la pena misma con una ulterior ductibilidad funcional —aunque pierda sus características de abstracción e igualdad—, para volverse más desigual en cuanto particular (...). Y justamente, las exigencias del gobierno de la cárcel —como cualquier 'institución total'— encuentran adecuada satisfacción en la conocida lógica de 'premios y castigos' (...) que desarrolla 'hacia lo bajo' un poder amplio de decisión de naturaleza administrativa para gobernar la complejidad del sistema penal y penitenciario ..." (cfr. *Poder Judicial y cárceles en la Argentina. Un acercamiento socio-jurídico a la jurisprudencia en torno a la cuestión carcelaria*, 2000, p. 215).

<sup>573</sup> Cesano, *El tratamiento penitenciario*, en "Revista de Derecho Penal y Procesal Penal", año I, n° 1, 2007, p. 65.

Este tratamiento debe ser: a) de carácter voluntario<sup>574</sup>; b) general, en el sentido de que es un ofrecimiento realizado a todo interno, sin ningún tipo de discriminación, y c) responder a los siguientes principios: partir de un estudio científico, de corte interdisciplinario, respecto del penado; individualizado; complejo, al ser el producto de una integración de varios métodos coordinados; continuo y programado<sup>575</sup>.

Ahora bien, si a través del tratamiento se persigue este objetivo resocializador mínimo, parece lógico que el órgano jurisdiccional no puede desentenderse de este aspecto. Por el contrario, entendemos que la autoridad judicial debe tener una incidencia en él, no solo controlando que, al amparo del tratamiento, se vulnere la dignidad del condenado (recuérdese que el modelo rehabilitador debe aspirar únicamente a obtener el mero respeto de la legalidad, no estando autorizada ningún tipo de intromisión ilícita que pueda afectar la intimidad de la persona), sino también —frente a las carencias de la administración— obligando a estructurar programas específicos e incluso, evaluando y orientando el mismo.

Lo recién señalado puede advertirse con facilidad, por ejemplo, respecto del tratamiento de la criminalidad sexual. En el caso de la Argentina, por regla, el tratamiento psicológico en general está subordinado al pedido del interno<sup>576</sup>. Estos tratamientos se orientan a abordar problemas vinculados con la institucionalización del interno (efecto despersonalizador de la prisionalización). Sin embargo, no hay ofrecimientos específicos para quienes se encuentran condenados por estas modalidades delictivas.

¿Existen estos programas?

La literatura especializada parece dar una respuesta afirmativa a este interrogante. En este sentido se ha dicho que las perspectivas cognitivistas pueden ofrecer cierta ayuda a quienes han sido condenados por este tipo de delitos, intentando evitar, de este modo, eventuales recaídas. Según lo reporta la bibliografía, el objetivo principal de estos programas es la disminución de futuras actuaciones abusivas, al ayudar a los penados a tener más conciencia y así desarrollar respuestas alternativas a los disparadores asociados con su conducta desviada y lograr empatía por sus víctimas y por otras personas<sup>577</sup>. En esa dirección —sostienen los adherentes a la concepción cognitivista— “es necesario que el abusador ‘reprocese’ su propia historia como víctima, lo cual conlleva la resignificación y el desarrollo de las motivaciones para entender, modificar, y revisar continuamente las conductas desadaptadas por el resto de sus vidas”<sup>578</sup>.

<sup>574</sup> Cesano, *La voluntariedad del tratamiento penitenciario: ¿hacia un nuevo modelo en la ejecución de la pena privativa de la libertad?*, en “Nuevo Foro Penal”, n° 68, jul.-dic. 2005, ps. 175 a 187.

<sup>575</sup> Cesano, *El tratamiento penitenciario*, en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, año I, n° 1, 2007, p. 70 y siguientes.

<sup>576</sup> Lo cual, desde la perspectiva de la voluntariedad del tratamiento que postulamos, no resulta objetable.

<sup>577</sup> Cesano, *El tratamiento penitenciario*, en “Revista de Derecho Penal y Procesal Penal”, año I, n° 1, 2007, p. 74.

<sup>578</sup> Holzwarth - Tamagnone - Barrionuevo - Supersti, “¿Existe la ‘peligrosidad sexual’?”, en *Ejercicio concreto del poder penal. Límites, abusos, desafíos*, 2006, p. 82. Asimismo, cfr. Guillamon-

Evidentemente si se admite (como de hecho, en ciertos sistemas positivos sucede)<sup>579</sup> que la ejecución material de la pena privativa de libertad en orden al desarrollo y conducción del tratamiento constituye una atribución administrativa, la inexistencia de estos tratamientos hará que, durante el encierro carcelario, a quien ha sido condenado por estas formas de criminalidad (sexual) nada se le ofrezca para un abordaje individualizado y específico de la problemática asociada. Y es allí donde cobra relevancia la actuación jurisdiccional: será el juez el que deba disponer la creación de programas específicos, con la recomendación de que, la autoridad penitenciaria, los ofrezca al penado.

Lo que caracteriza a las decisiones judiciales es que estas son formuladas con la finalidad de dirimir un litigio entre dos partes, respecto a las cuales el juez que dicta la decisión es un tercero, ajeno al pleito<sup>580</sup>.

Cuando se trata de la judicatura de ejecución, en principio, las partes involucradas en el incidente son: el interno —cuya personalidad jurídica se completa con la intervención del defensor— y el Ministerio Público Fiscal<sup>581</sup>.

Sin embargo, en algunas ocasiones, la administración penitenciaria puede constituirse técnicamente en una parte procesal. Ello sucede, por ejemplo, cuando el director del establecimiento carcelario es quien propone la incorporación del interno al régimen de salidas transitorias (como sucede en la legislación argentina).

Lo dicho hasta no significa que, entre el interno y la administración no puedan existir intereses contrapuestos que merezcan la intervención judicial. Es que, dejando de lado lo estrictamente incidental, ante cualquier petición que realiza el penado es posible que la autoridad carcelaria la resuelva en sentido desfavorable a su pretensión; situación en la que el juez, como tercero ajeno a la controversia, tendrá que decidir.

Lo recién sintetizado nos da el marco adecuado para formular la siguiente ponderación: es necesario que la judicatura de ejecución asuma —y mantenga—, en todo caso, una actitud de absoluta independencia de criterio frente a la administración; que avenge —en el ánimo del interno— cualquier temor de parcialidad. Es que, la experiencia en muchos países ha demostrado que la dedicación exclusiva de los jueces a

degui, *La resocialización de los delincuentes sexuales ¿Es posible? Una perspectiva comparada*, en “Ícaro. Revista de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad y el Encierro”, año I, n° 1, 2006, ps. 232 a 237.

<sup>579</sup> Por ejemplo, en la Argentina, cfr. el art. 10 de la ley 24.660.

<sup>580</sup> Hernández Marín, *Las obligaciones básicas de los jueces*, 2005, p. 19.

<sup>581</sup> Se discute sobre la conveniencia o no de la intervención, con carácter de parte, del acusador particular (querrelante conjunto o adhesivo, según los diversos sistemas procesales). Al respecto, cfr. Cesano, *La exclusión del particular damnificado en los incidentes de ejecución frente a un modelo de “justicia reparatoria” (a propósito del art. 81 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires)*, JA, n° 6258, número especial “Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires”, ejemplar del 8/8/01, ps. 15/20. También, Salt, “La participación de la víctima en la etapa de ejecución penal. ¿Un nuevo desafío para la política criminal moderna?”, en *Estudios en homenaje al doctor Francisco J. D’Albora*, 2005, ps. 605 a 616.

las tareas propias de la ejecución, con contacto permanente con el ámbito carcelario, puede generar una particular relación con las autoridades de la administración que genere desconfianza en los internos; quienes terminan por percibir una asimilación del juez con las autoridades penitenciarias, sin alcanzar a comprender la necesaria diferenciación de roles que tiene que existir<sup>582</sup>.

Esta independencia de criterio no depende exclusivamente de la actitud interna de los jueces. Para lograrla, también se hace necesario cortar cierta dependencia respecto de los equipos técnicos de la administración; circunstancia que exige un esfuerzo institucional enderezado a la formación de cuerpos profesionales idóneos, bajo la dirección de la judicatura<sup>583</sup>.

El juez de ejecución se encuentra con una actividad que tiene distintas aristas particulares, si se la coteja con el resto de la judicatura. Es que las prisiones son micro sociedades que funcionan con una enorme diversidad de dificultades, "en donde se confunden problemas sanitarios con problemas educacionales, problemas de tratamiento de las personas, problemas terapéuticos", etcétera<sup>584</sup>. Normalmente quienes ejercen la función judicial penal durante la etapa investigativa<sup>585</sup> y de juicio no se encuentran profesionalmente calificados para afrontar esta constelación de situaciones tan variadas. De allí que se reclame la necesaria especialización para esta judicatura<sup>586</sup>. Especialización que tiene que ser no solo jurídica (por la confluencia disciplinar

<sup>582</sup> Salt, "La figura del juez de ejecución en América Latina", en AA.VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, 2005, p. 464.

<sup>583</sup> Bueno Arús, "Control judicial de la administración penitenciaria y Constitución española", en AA.VV., *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía*, 1996, p. 121, reclama "la disponibilidad por los jueces de vigilancia del suficiente número de peritos o de equipos enteros de especialistas en las cuestiones relativas al tratamiento, cuyos informes o dictámenes les permitieran contrastar los informes técnicos emitidos por los (...) equipos de observación y tratamiento de los establecimientos penitenciarios".

<sup>584</sup> Mapelli Caffarena, "Ejecución y proceso penal", en AA.VV., *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*, 1997, p. 63. La misma observación es efectuada por Tinedo Fernández, *Alcance de la función jurisdiccional en fase de ejecución*, Cap. Criminol. [online]. sep. 2006, vol. 34, n° 3, 323-337; disponible en [www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0798-95982006000300002&lng=es&nrm=iso](http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-95982006000300002&lng=es&nrm=iso).

<sup>585</sup> En los casos en que esta permanezca en manos de los jueces de instrucción; por cuanto, de lo contrario (y tal como sucede en los sistemas acusatorios) corresponderá al Ministerio Público Fiscal.

<sup>586</sup> Como bien lo puntualiza Bueno Arús: la creación de esta magistratura "no responde a un sentimiento de recelo hacia los tribunales sentenciadores, a quienes correspondía con anterioridad [y, en algunos sistemas jurídicos—incluso de la Argentina—, todavía corresponde] dicho cometido, ni tampoco al montaje de una organización judicial fantasmagórica y desconectada de la realidad, sino más bien a un sentimiento de especialización de la jurisdicción en las dos fases de determinación y ejecución de la pena privativa de libertad, que garantice al máximo el respeto del principio de individualización y, por consiguiente, de la finalidad preventivo-especial de aquella"

de diversas ramas del Derecho [penal, procesal, constitucional y administrativo]) sino con fluidos vasos comunicantes hacia saberes no normativos<sup>587</sup> (en particular: criminología, sociología, antropología y psicología)<sup>588</sup>.

Por supuesto que esta formación específica no exime—tal cual lo señalamos en el acápite anterior— del necesario esfuerzo institucional tendiente a la creación de equipos técnicos auxiliares. Estos son esenciales; pero la formación interdisciplinaria sigue siendo importante, al menos, con el objeto de obtener un rendimiento mayor de aquellos cuerpos.

Los grandes marcos de intervención que—en nuestra opinión—debe tener el juez de ejecución hace que, esta judicatura, tenga que caracterizarse por un notable activismo; participación dinámica y enérgica que—dada la función de control de legalidad y las dificultades que, en ocasiones, se observan para un fluido ejercicio de la de-

(La ciencia del derecho penal: un modelo de inseguridad jurídica, 2005, p. 139. La aclaración entre corchetes nos corresponde).

<sup>587</sup> Así opina Bueno Arús, "Control judicial de la administración penitenciaria y Constitución española", en AA.VV., *Discrecionalidad administrativa y control judicial. I Jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía*, 1996, p. 121: "El primero de esos mecanismos [se refiere a los mecanismos más idóneos para facilitar a los jueces de vigilancia la comprensión de los informes técnicos de la administración] consistiría en proporcionar a los jueces de vigilancia una formación específica para el mejor ejercicio de sus poderes en un ámbito que, como sabemos, es por su naturaleza interdisciplinario. Es decir, que 'los jueces de vigilancia deben constituir una especialización, similar a la que actualmente existen en el campo de la justicia de menores, y recibir una formación criminológica adecuada para la valoración de los elementos de juicio propios del régimen y del tratamiento penitenciario'".

<sup>588</sup> Salt ("La figura del juez de ejecución en América Latina", en AA.VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier*, 2005, p. 464, nota 58) vincula esta apertura interdisciplinaria con concepciones obsoletas. Al respecto sostiene: "La ilusión de la función resocializadora de la cárcel entendida en su concepción antigua y la influencia de los supuestos cambios de la personalidad de la persona privada de libertad a través de la pena privativa de la libertad está presente en algunos autores que sostienen la necesidad de que los jueces de ejecución tengan especiales conocimientos de criminología y ciencias de la conducta". En rigor, el reproche debe ser matizado. Aun cuando actualmente no se comparta un concepto esencialmente conductista del tratamiento (tesis con la cual nosotros coincidimos) esto no significa que la resocialización pueda lograrse sin la proposición de diversos programas (laborales, educativos formales, culturales, etcétera). Y evidentemente las dificultades que pueden derivarse de la implementación de estos programas escapan a lo estrictamente normativo. Frente a una hipotética inactividad de la administración que se limita a ofrecer un programa educativo formal sin reparar en las dificultades de aprendizaje del interno ¿qué hará el juez? Pareciera que, desde el comportamiento esperable, la jurisdicción debería intervenir y dar directivas para la solución del problema. Mas, ¿sobre qué base científica abordaría el problema? Los conocimientos de Derecho poco pueden aportar al respecto. Pero pensemos en casos más complejos. ¿Qué sucede cuando se condena a prisión a una persona de un grupo étnico diferente? ¿Cómo se aborda el tratamiento en estos casos? Es claro que, un juez que limite su saber a lo estrictamente jurídico, puede tropezar frente a estas situaciones.

fensa técnica en el ámbito carcelario— no es conveniente que esté, necesariamente, supeditada al pedido de la parte interesada (reclamo del interno) sino que, también, debe estar abierta a cierto margen de actuación oficiosa.

Pero, además, la posible existencia de desbordes legales y reglamentarios, alimentados por la doctrina de las relaciones especiales de sujeción, tornan también imperioso que, en esta judicatura especializada, esté suficientemente desarrollada la fina intuición que exige la función de control de constitucionalidad; ello no solo evitando restricciones (legales o reglamentarias) indebidas respecto de derechos fundamentales sino, igualmente, frente a posibles casos de inconstitucionalidad por omisión<sup>589</sup>. En cualquier caso (sea que se detecte una norma violatoria de la Constitución o una situación fáctica —que por no tener debida cobertura jurídica (omisión)— tensiona, igualmente, una garantía política superior), las decisiones del juez de ejecución —en ocasiones— pueden ser fuentes de posibles cambios legislativos<sup>590</sup>; hipótesis en la cual, tales fallos pueden asumir la forma de sentencias bilaterales<sup>591</sup>.

<sup>589</sup> Tiedemann ilustra esta función, a partir de un caso resuelto por el Tribunal Constitucional alemán: "El Tribunal Constitucional ha asumido una verdadera función de impulso sobre todo en materia penitenciaria a partir de una sentencia de 1972, en la que declaró que la carencia de un fundamento de rango de ley en esta materia solo resultaba aceptable desde un punto de vista constitucional tan solo como algo transitorio, de modo tal que con este motivo y tras cien años de reclamarlo la doctrina científica y la opinión pública, el legislador se vio obligado a promulgar una ley general penitenciaria que entró en vigor el 1º de enero de 1977. Así, un asunto de tan poca monta como la retención de una carta injuriosa de un preso por parte de la Dirección de una cárcel dio lugar al abandono de la teoría tradicional de la 'relación especial de sujeción' como base de legitimación para la restricción de derechos fundamentales en el sistema penitenciario" ("La Constitución y el derecho penal", en *Derecho penal. Homenaje al doctor Raúl Peña Cabrera*, 1991, p. 654).

<sup>590</sup> Cesano, *Derecho penitenciario: aproximación a sus fundamentos*, 2007, p. 79.

<sup>591</sup> Así, por ejemplo, en el precedente "Mignone", la Corte Federal argentina revocó una sentencia de la instancia anterior por la cual se confirmaba la constitucionalidad de una norma del Código Electoral de la Nación en virtud de la que se vedaba el derecho al sufragio respecto de quienes se encontraban privados de su libertad a título cautelar. Además de declarar la inconstitucionalidad del precepto cuestionado, la Corte urgió a los poderes Ejecutivo y Legislativo para que, en un término de seis meses, tomasen las medidas conducentes para hacer efectivo el derecho afectado respecto de todos aquellos internos que se encontraban en esa situación. En su momento, al ocuparnos de esta cuestión, dijimos que la actitud de la Corte era novedosa "por cuanto, hasta ahora, no ha sido muy frecuente, en nuestro Derecho constitucional, encontrar decisivos que inviten a los otros poderes a realizar, en términos de generalidad, una conducta alojada en la órbita de su competencia funcional" (Carnota - Cesano, *El voto de los presos*, 2007, p. 117). Es que —como bien lo puntualizara Carnota en trabajo anterior— en función de esa práctica, "[l]os jueces se han metido de lleno en la política penitenciaria, la han sentado en sus premisas centrales, y convocan a los otros órganos de poder a que la desarrollen. No lo han hecho de manera unilateral (lo cual por cierto violaría la división de poderes), ni han pormenorizado esa política, sino que conjugan la tarea en forma 'bilateral' entre la justicia y los cuerpos políticos" (*Política penitenciaria y sufragio. Las sentencias "bilaterales" en el derecho argentino*, LL, 2002-C-1411 y 1412).

Claro está que la actitud (activismo) que esperamos respecto de los jueces de ejecución debe enmarcarse —siguiendo la distinción weberiana que emplean Schmill y Cossio— en una ética de la responsabilidad.

¿Qué queremos significar con esta expresión?

Quien actúa conforme a una ética tal tiene que interpretar a las normas jurídicas desde un punto de vista instrumental y empírico. Preferirá "aquella individualización de la norma a aplicar que genere el menor daño posible y, en caso de que las circunstancias lo permitan, que produzca algún beneficio. Por lo tanto, el interprete, órgano del Estado, tiene que llevar a cabo dos funciones de importancia extraordinaria: 1. Establecer el conjunto de interpretaciones posibles de la forma que le exige cumplimiento, y 2. Determinar las consecuencias probables de cada una de esas posibles interpretaciones, sin que de ninguna manera queden excluidas las consideraciones de justicia o moralidad que pueda tener"<sup>592</sup>. Sobre la base de ello, el juez atenderá a las consecuencias que su decisión pueda producir, "consecuencias no solo inmediatas, sino también mediatas"<sup>593</sup>.

Alguna situación particular observada puede ayudar a comprender el concepto recién enunciado.

Se insiste —con razón— en que el trabajo penitenciario debe aproximarse a las condiciones laborales del mundo libre (por ejemplo, en lo que concierne al salario, a los accidentes de trabajo, etcétera). En esa inteligencia, en el caso de la Argentina, la ley de ejecución establece que el interno recibirá como remuneración un salario que *no será inferior a las tres cuartas partes del salario mínimo, vital y móvil* (art. 120, LEPPL).

Sin embargo, algunos estados provinciales (v. gr., Córdoba), en sus normas reglamentarias (art. 16, Anexo V, decr. 344/08), autorizan, a su vez, una *reducción* de ese *quantum* sobre la base de una diferenciación en diversas categorías (en orden a la mayor o menor capacitación exigida); reducción que es fijada por la jefatura del servicio penitenciario. Es evidente que, en este caso, la resolución jurisdiccional de un reclamo efectuado por un penado —en el sentido de que *no* se le practique esa reducción— podría tener, más allá del caso concreto, una repercusión directa sobre el ofrecimiento mismo de programas de esa índole. Es que, en esta reglamentación (la de Córdoba), el trabajo penitenciario es diseñado como una suerte de *derecho de aplicación progresiva*; de manera tal que si, por ejemplo, se dispusiese la *exigibilidad de la aplicación de la norma federal* (es decir, la remuneración no podrá ser inferior a las tres cuartas partes del salario mínimo), *sin ningún tipo de discriminación*, el efecto colateral de aquella decisión podría ser el de producir una contracción en el ofrecimiento de trabajo.

En otras palabras, ante la expectativa de que se generalice un criterio judicial que imponga el pago, como mínimo, de las tres cuartas partes del salario, la administra-

<sup>592</sup> Schmill - Cossio, "Interpretación del derecho y concepciones del mundo", en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 2003, p. 83.

<sup>593</sup> Schmill - Cossio, "Interpretación del derecho y concepciones del mundo", en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 2003, p. 83.

ción, para cumplir con ese estándar, podría preferir —por tratarse de un derecho de aplicación progresiva— ajustar las remuneraciones a lo dispuesto en el citado art. 120 de la ley federal y al mismo tiempo (como el ofrecimiento de trabajo depende, entre otros aspectos, de una cuestión de capacidad presupuestaria del gobierno —por eso se habla de un derecho de aplicación progresiva—) disminuir el número de cupos. La ponderación jurisdiccional, inspirada en una ética de la responsabilidad, supondría, en este caso, por un lado, tener en cuenta el posible efecto mediato (desfavorable) de la resolución (retraimiento de las ofertas de cupo) y de otro que, la reducción en cuestión, en la medida en que se base en criterios de mayor capacitación, podría resultar razonable, rechazando, en definitiva, el hipotético planteo.

d) Reflexiones adicionales sobre el control judicial permanente de la ejecución de la pena privativa de la libertad

Hoy por hoy, pocos discuten que la vigencia plena de los derechos de los reclusos exige más que su mera proclamación a nivel normativo, sea este legal o, aun, constitucional. Son necesarios mecanismos internos de garantías que, como la *judicialización de la ejecución penitenciaria*, aseguren que la aplicación práctica de las disposiciones penitenciarias no termine por vaciar de contenido las reglas de garantía relativas a los penados<sup>594</sup>.

Desde este punto de vista, puede decirse que la necesidad de control judicial de la ejecución de la pena privativa de la libertad se *deriva* del principio de *legalidad de la ejecución o legalidad ejecutiva*<sup>595</sup> (art. 18, CN), el que, como hemos observado en el apartado precedente, exige que una *ley anterior al hecho del proceso* defina el delito, la pena y, fundamentalmente, las *modalidades de cumplimiento de la sanción*. Es evidente que de nada serviría la posibilidad de conocer anticipadamente las conse-

<sup>594</sup> Para expresarlo con palabras de Picca: "Existe una problemática en relación a los derechos humanos. En primer lugar hay que distinguir entre la declaración de los derechos, por un parte, y su protección. En efecto, la afirmación de los derechos en actos solemnes (Constituciones, Declaraciones) no constituye en sí misma una garantía de estos derechos. Ahora bien, la protección de los derechos supone concebir un sistema jurídico que es difícil llevar a cabo, y, como consecuencia, a menudo va a faltar en las legislaciones. En la mayoría de los casos nos contentamos con la afirmación de los derechos sin que por ello se organice su protección" (*Derechos humanos y sistema penal*, en "Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología de San Sebastián", número extraordinario 12, dic. 1998, p. 85).

<sup>595</sup> En esta orientación, López Barja de Quiroga aduce: "Nuestro sistema social se rige orgánicamente por el principio de legalidad, y éste, como una de sus más importantes manifestaciones, contiene el principio de que no puede ejecutarse pena que no se encuentre previamente establecida ni en forma distinta a la regulada normativamente. Ciertamente no es necesario insistir demasiado en que la ejecución de una pena puede revestir en múltiples ocasiones más importancia que la propia duración de la misma. No es lo mismo la condena penal que su ejecución. La manera de ejecutar una pena forma parte de la esencia misma e íntima de la pena" (*Instituciones de derecho procesal penal*, 1999, ps. 587 y 588).

cuencias penales de la propia conducta si posteriormente estas pudieran ser *aplicadas en forma arbitraria e incontrolable*<sup>596</sup>.

Es que no basta con la existencia de *importantes instancias de control supranacional*, ejercidas por organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, que intervienen reaccionando frente a la lesión de un derecho fundamental o previniendo la producción de este resultado, mediante la puntualización de las condiciones de detención que —por deficitarias— podrían conducir a tal afectación de derechos elementales.

Hacen falta, como hemos aseverado, *mecanismos de garantías internos*, es decir, provistos por el propio Estado, ora nacional, ora provincial.

La exigencia de fiscalización judicial de la privación de la libertad no es sino una manifestación específica del *deber estatal de conceder acceso al control judicial de cualquier acto de la administración* que afecte o pueda afectar derechos o libertades fundamentales de las personas<sup>597</sup>. Sin embargo, la *especial situación* que se pretende regular justifica una necesidad de *control judicial más celoso, más atento*.

En efecto, la estrecha y continua interrelación entre el agente penitenciario y el recluso favorece la generación de conflictos y, con ello, el peligro constante de afectación de los derechos fundamentales del interno, por lo que un control intenso de la actividad de la administración penitenciaria resulta imperativo.

En torno a esto último, conviene decir, incluso, que muchas veces los riesgos para los derechos fundamentales de los reclusos provienen de la *sobreevaluada centralidad* que la agencia penitenciaria atribuye a las cuestiones relativas a *la seguridad, la disciplina y el orden interno* en el establecimiento carcelario. En función de tales prioridades, no es infrecuente que el personal penitenciario ajuste toda su actividad al logro de un control estricto que evite posibles desviaciones del condenado, sin reparar en las eventuales afectaciones a los derechos del recluso que ello acarrea. Suele acudir, en muchos casos abusivamente, a un *endurecimiento del régimen disciplinario y a fuertes excesos de seguridad*, a través de medidas que, en tanto puedan resentir derechos fundamentales de los internos más allá de la afectación que permite la ley, *resultan difícilmente compatibles, cuando no simplemente contrarias, a las finalidades resocializadoras que se pretenden alcanzar*<sup>598</sup>.

La judicialización de la pena de encierro aparece, así, como un instrumento indispensable para la realización del principio de legalidad ejecutiva, y presupone, por un lado, la *asignación de competencia específica* para intervenir en el control de la ejecución de la sanción privativa de la libertad a una magistratura especializada, y, por el

<sup>596</sup> Giostra, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale: dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, 1983, p. 64.

<sup>597</sup> Bovino, "Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos", en *Justicia penal y derechos humanos*, 2005, p. 125.

<sup>598</sup> Cesano, *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, 1997, p. 155.

ción, para cumplir con ese estándar, podría preferir —por tratarse de un derecho de aplicación progresiva— ajustar las remuneraciones a lo dispuesto en el citado art. 120 de la ley federal y al mismo tiempo (como el ofrecimiento de trabajo depende, entre otros aspectos, de una cuestión de capacidad presupuestaria del gobierno —por eso se habla de un derecho de aplicación progresiva—) disminuir el número de cupos. La ponderación jurisdiccional, inspirada en una ética de la responsabilidad, supondría, en este caso, por un lado, tener en cuenta el posible efecto mediato (desfavorable) de la resolución (retraimiento de las ofertas de cupo) y de otro que, la reducción en cuestión, en la medida en que se base en criterios de mayor capacitación, podría resultar razonable, rechazando, en definitiva, el hipotético planteo.

d) Reflexiones adicionales sobre el control judicial permanente de la ejecución de la pena privativa de la libertad

Hoy por hoy, pocos discuten que la vigencia plena de los derechos de los reclusos exige más que su mera proclamación a nivel normativo, sea este legal o, aun, constitucional. Son necesarios mecanismos internos de garantías que, como la *judicialización de la ejecución penitenciaria*, aseguren que la aplicación práctica de las disposiciones penitenciarias no termine por vaciar de contenido las reglas de garantía relativas a los penados<sup>594</sup>.

Desde este punto de vista, puede decirse que la necesidad de control judicial de la ejecución de la pena privativa de la libertad se deriva del principio de *legalidad de la ejecución o legalidad ejecutiva*<sup>595</sup> (art. 18, CN), el que, como hemos observado en el apartado precedente, exige que una *ley anterior al hecho del proceso* defina el delito, la pena y, fundamentalmente, las *modalidades de cumplimiento de la sanción*. Es evidente que de nada serviría la posibilidad de conocer anticipadamente las conse-

<sup>594</sup> Para expresarlo con palabras de Picca: "Existe una problemática en relación a los derechos humanos. En primer lugar hay que distinguir entre la declaración de los derechos, por un parte, y su protección. En efecto, la afirmación de los derechos en actos solemnes (Constituciones, Declaraciones) no constituye en sí misma una garantía de estos derechos. Ahora bien, la protección de los derechos supone concebir un sistema jurídico que es difícil llevar a cabo, y, como consecuencia, a menudo va a faltar en las legislaciones. En la mayoría de los casos nos contentamos con la afirmación de los derechos sin que por ello se organice su protección" (*Derechos humanos y sistema penal*, en "Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología de San Sebastián", número extraordinario 12, dic. 1998, p. 85).

<sup>595</sup> En esta orientación, López Barja de Quiroga aduce: "Nuestro sistema social se rige orgánicamente por el principio de legalidad, y éste, como una de sus más importantes manifestaciones, contiene el principio de que no puede ejecutarse pena que no se encuentre previamente establecida ni en forma distinta a la regulada normativamente. Ciertamente no es necesario insistir demasiado en que la ejecución de una pena puede revestir en múltiples ocasiones más importancia que la propia duración de la misma. No es lo mismo la condena penal que su ejecución. La manera de ejecutar una pena forma parte de la esencia misma e íntima de la pena" (*Instituciones de derecho procesal penal*, 1999, ps. 587 y 588).

cuencias penales de la propia conducta si posteriormente estas pudieran ser *aplicadas en forma arbitraria e incontrolable*<sup>596</sup>.

Es que no basta con la existencia de *importantes instancias de control supranacional*, ejercidas por organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, que intervienen reaccionando frente a la lesión de un derecho fundamental o previniendo la producción de este resultado, mediante la puntualización de las condiciones de detención que —por deficitarias— podrían conducir a tal afectación de derechos elementales.

Hacen falta, como hemos aseverado, *mecanismos de garantías internos*, es decir, provistos por el propio Estado, ora nacional, ora provincial.

La exigencia de fiscalización judicial de la privación de la libertad no es sino una manifestación específica del *deber estatal de conceder acceso al control judicial de cualquier acto de la administración* que afecte o pueda afectar derechos o libertades fundamentales de las personas<sup>597</sup>. Sin embargo, la *especial situación* que se pretende regular justifica una necesidad de *control judicial más celoso, más atento*.

En efecto, la estrecha y continua interrelación entre el agente penitenciario y el recluso favorece la generación de conflictos y, con ello, el peligro constante de afectación de los derechos fundamentales del interno, por lo que un control intenso de la actividad de la administración penitenciaria resulta imperativo.

En torno a esto último, conviene decir, incluso, que muchas veces los riesgos para los derechos fundamentales de los reclusos provienen de la *sobreevaluada centralidad* que la agencia penitenciaria atribuye a las cuestiones relativas a la *seguridad, la disciplina y el orden interno* en el establecimiento carcelario. En función de tales prioridades, no es infrecuente que el personal penitenciario ajuste toda su actividad al logro de un control estricto que evite posibles desviaciones del condenado, sin reparar en las eventuales afectaciones a los derechos del recluso que ello acarrea. Suele acudir-se, en muchos casos abusivamente, a un *endurecimiento del régimen disciplinario* y a *fuertes excesos de seguridad*, a través de medidas que, en tanto puedan resentir derechos fundamentales de los internos más allá de la afectación que permite la ley, *resultan difícilmente compatibles, cuando no simplemente contrarias*, a las finalidades resocializadoras que se pretenden alcanzar<sup>598</sup>.

La judicialización de la pena de encierro aparece, así, como un instrumento indispensable para la realización del principio de legalidad ejecutiva, y presupone, por un lado, la *asignación de competencia específica* para intervenir en el control de la ejecución de la sanción privativa de la libertad a una magistratura especializada, y, por el

<sup>596</sup> Giostra, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale: dalle misure alternative alle sanzioni sostitutive*, 1983, p. 64.

<sup>597</sup> Bovino, "Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos", en *Justicia penal y derechos humanos*, 2005, p. 125.

<sup>598</sup> Cesano, *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*, 1997, p. 155.



otro, el *ensanchamiento del ámbito de "jurisdiccionalización"* mediante una ampliación de las funciones judiciales durante la etapa de ejecución—que se atribuyen al juez especial—, en detrimento de las tareas confiadas a la administración penitenciaria.

La institución del *juez de ejecución penal o juez de vigilancia penitenciaria* constituye, justamente, la elemental materialización de los aludidos mecanismos de control interno de la ejecución de la pena privativa de la libertad.

Su surgimiento como figura vigente dentro del Derecho positivo tuvo lugar en Brasil, en su ya lejana Ley Federal de 1922<sup>599</sup>. A su vez, en Europa, fue Italia el primer país en introducir, no solo el oficio del *giudice di sorveglianza*, sino también unas secciones de vigilancia destinadas a garantizar la uniformidad en sus decisiones<sup>600</sup>; lo hizo en el Código Penal de 1930 (Código "Rocco"), pero la competencia de la magistratura especializada se ampliaría luego en las leyes del 26 de julio de 1975 y 24 de noviembre de 1981. Con posterioridad al antecedente italiano, la función de un determinado órgano jurisdiccional encargado de controlar la ejecución penitenciaria se instituiría en Francia y Portugal<sup>601</sup>, para luego proliferar en múltiples países del mundo occidental<sup>602</sup>.

Según Asencio Cantisán, la aparición de la magistratura de ejecución penal responde a un doble orden de motivaciones, a saber: por un lado, la "reapropiación" por parte del poder judicial de una parcela cada vez más esencial del proceso; y, por el otro, la transformación de la ejecución de una etapa estática a una fase del proceso con una impronta dinámica debida a la función resocializadora de la pena<sup>603</sup>.

A esto último hay que subrayarlo especialmente, toda vez que, hasta no hace mucho tiempo, la doctrina jurídica *controvertía el carácter o naturaleza* de la ejecución, discutiéndose si se trata de un instituto que corresponde al Derecho penal sustantivo, al Derecho procesal o al Derecho administrativo.

A favor de esta última alternativa, se invocaba un principio según el cual "*la jurisdicción se pierde con la sentencia*", en una concepción que algunos pocos defienden

<sup>599</sup> Asencio Cantisán, *El juez de vigilancia*, en "Revista de Estudios Penitenciarios", n° 237, 1987, p. 9.

<sup>600</sup> Alonso de Escamilla, *El juez de vigilancia penitenciaria*, 1985, p. 183.

<sup>601</sup> En Portugal, desde 1944, actúan tribunales de ejecución de penas, que deciden principalmente sobre la aplicación, el mantenimiento o el cese de las medidas de seguridad, mientras que, en Francia, el *Juge de l'application des peines* (juez de aplicación de penas) comenzó a desempeñarse en algunos establecimientos en 1945, pero se instituyó formalmente con la reforma del Código de Procedimiento Penal en marzo de 1958—Beristain, *Las cárceles del mundo nos exigen más atención, sinceridad y colaboración*, en "Ilanud", año 9-10, nros. 23-24, disponible en [www.ilanud.or.cr/A083.pdf](http://www.ilanud.or.cr/A083.pdf)—.

<sup>602</sup> Para los antecedentes históricos y legislativos que precedieron la institución del rol del juez de vigilancia penitenciaria en España, véase Rivera Beiras, *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*, 2006, ps. 610 a 612.

<sup>603</sup> Asencio Cantisán, *La intervención judicial en la fase ejecutiva de la pena privativa de libertad*, en "Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología de San Sebastián", número extraordinario, ene. 1988, p. 57.

en estos días y que, incluso, tuvo repercusión en las leyes de procedimiento que, todavía hoy, siguen definiendo a la sentencia como la *resolución que dicta el tribunal para poner término al proceso* (arg. art. 141, CPP-Córdoba).

Para nosotros, el programa constitucional de la ejecución de la pena privativa de la libertad y, específicamente, el art. 3° de la ley nacional 24.660 despejan todo margen de dudas respecto del asunto, y consagran la directriz que establece que la materialización del encierro carcelario, en todas sus modalidades, se lleva a cabo en el marco de una *verdadera etapa del procedimiento judicial*, porque es una *cuestión materialmente concretizada por órganos administrativos*—en general, y en la República Argentina, los servicios penitenciarios provinciales y federal— *pero sometida al permanente control jurisdiccional*<sup>604</sup>.

El aserto, desde luego, y con arreglo a lo que acaba de adelantarse, no desmerece el hecho de que resulten de *naturaleza administrativa* las actuaciones del Derecho penitenciario efectuadas por la administración pública en orden a la *planificación, dirección y gestión de los centros penitenciarios*, por parte de los órganos creados particularmente para tales fines<sup>605</sup>, o sea, de las *agencias estatales* que—bajo la forma de ministerios, secretarías, direcciones y/o servicios penitenciarios— tienen la función de organizar los establecimientos destinados a la guarda y custodia de los reclusos. Así se desprende claramente del art. 10 de la citada ley penitenciaria argentina, que puntualiza: "*La conducción, desarrollo y supervisión de las actividades que conforman el régimen penitenciario serán de competencia y responsabilidad administrativa, en tanto no estén específicamente asignadas a la autoridad judicial*".

<sup>604</sup> En igual sintonía, Künsemüller Loebenfelder—haciendo suyas las palabras de Politoff—, asegura que "... la consideración de la ejecución de la pena como una simple actividad administrativa significa renunciar a las preguntas sobre la legitimidad y funciones del Derecho penal, inteligibles si se prescinde de lo que pueda suceder en la práctica por obra del legislador y de las decisiones judiciales. Las decisiones jurídico-penales provocan consecuencias que habitualmente inciden muy íntimamente, muy profundamente en los derechos más esenciales de los individuos, por lo que los efectos que producen en la realidad social la legislación penal, el proceso penal y la pena son realmente conocidos y valorados como deseados o no deseados" (*La judicialización de la ejecución penal*, en "Revista de Derecho", vol. 1, n° XXVI, 2005, p. 115).

<sup>605</sup> Véase, en este sentido, Corbella i Duch, Josep, *Los derechos fundamentales a la vida, integridad física, intimidad y a la tutela judicial efectiva en la relación jurídica penitenciaria*, tesis presentada para optar al título de doctor en Derecho, Universidad de Barcelona, Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales, abr. 1997, en "TDR. Tesis Doctorales en Red", disponible en [www.tesisenred.net/handle/10803/1414](http://www.tesisenred.net/handle/10803/1414), ps. 623 y 624. En su tesis, este autor español subraya, mediante consideraciones que podrían aplicarse al ordenamiento jurídico argentino, que el Derecho penitenciario forma parte del bloque de legalidad que regula el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, por cuyo motivo es Derecho público; que en su aplicación concurren órganos de naturaleza jurisdiccional, encuadrados dentro del Poder Judicial, y órganos integrados en la estructura de la administración pública; y que la coexistencia de las actuaciones de tipo administrativo antes mencionadas y de actuaciones—que nosotros detallamos *infra* en el texto principal— que corresponden a los órganos jurisdiccionales permite, en algún sentido, caracterizar la naturaleza del Derecho penitenciario como "mixta, jurisdiccional-administrativa".

En este sentido, Ayán ha aseverado que "... el proceso de ejecución está a cargo, fundamentalmente, del órgano jurisdiccional y es, por lo tanto, una etapa del proceso, siempre, claro está, que se trate de actos que, estando destinados a dar cumplimiento a las providencias contenidas en la sentencia o a resolver los incidentes o recursos que se susciten durante su realización, reclamen una decisión judicial sobre el particular. En cambio, tratándose de aquellos actos que tiendan a dar cumplimiento material de la decisión judicial, constituyen una manifestación eminentemente administrativa"<sup>606</sup>.

No podemos sino concordar con el maestro cordobés, aunque diremos que el principio de control jurisdiccional permanente requiere *aun más* que la mera decisión del juez de vigilancia penitenciaria sobre las cuestiones inherentes al cumplimiento de las providencias incluidas en el pronunciamiento definitivo o sobre los incidentes de ejecución: en efecto, interpretado progresivamente y en el contexto del pensamiento dominante en el Derecho penitenciario actual, el rol del magistrado como encargado del control jurisdiccional permanente requiere de una actitud *proactiva* —que, desde luego, no vulnere las exigencias del principio del contradictorio o el rasgo *adversarial* que debe caracterizar a toda etapa del proceso penal— dirigida a *garantizar el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina, los derechos del condenado no afectados por la condena o por la ley* (arg. art. 3º, LEPL), como así también a *evitar o hacer cesar toda vulneración de los derechos del recluso* (arg. art. 4, inc. a, LEPL).

De otra parte, la misma interpretación progresiva y contextualizada de la función del magistrado de ejecución penal impone que se entiendan aquellas disposiciones legales que caracterizan a la sentencia como la resolución jurisdiccional que pone término al proceso, en el sentido de pronunciamiento del juez que pone término al proceso en relación con el *primer momento* de la función jurisdiccional, o sea, el de la *cognición*. Luego de este sobreviene otro momento de la jurisdicción, *igualmente procesal*, que es practicado por jueces que deben lograr que el mandato individualizado en la sentencia sea observado prácticamente por medio de la fuerza necesaria y que ello suceda con respeto de los derechos y garantías del condenado. Se trata, pues, de la etapa de ejecución, que es, nos permitimos reiterar, una verdadera etapa del procedimiento penal, y no una actividad de corte puramente administrativo.

Por lo demás, en lo tocante a la relación entre los juzgados de ejecución penal y las administraciones penitenciarias, parece pertinente traer a colación los dichos de Racionero Carmona, quien refiere que, en el ámbito de la *cuestión carcelaria*, "... Jurisdicción y Administración se hallan en una especialísima relación de asociación; de tal modo que resultaría imposible el funcionamiento de la máquina penitenciaria de no existir una suerte de 'colaboración institucional' sobre la base de la lealtad recíproca. Esta colaboración, desde luego, debe ser exigida en todos los ámbitos de la Administración Pública —coordinación frente al caos y al derroche de medios—, pero más aún en este sector que tiene como destinatarios a ciudadanos privados de libertad en unos centros que constituyen el modelo más complejo de «instituciones totales», aquellas

<sup>606</sup> Ayán, *Ejecución penal de la sentencia*, 1998, ps. 23 y 24.

que regulan, en su integridad temporal y espacial, al ser humano. Tanto más cuanto que, como veremos, las competencias se entremezclan de modo no siempre fácilmente discernible"<sup>607</sup>.

En la misma línea argumental, y luego de enfatizar que los jueces de ejecución deben ser órganos jurisdiccionales y no agentes administrativos —porque "... una figura híbrida, juez y agente penitenciario al mismo tiempo, es, en general, rechazada"—, Künsemüller Loebenfelder reconoce que "... en la práctica debería existir una estrecha colaboración entre el sector administrativo o burocrático y el sector jurisdiccional, ya que la fase ejecutiva penal necesita de la colaboración de un sector de la administración del Estado, esto es, la administración penitenciaria, para que el juez pueda hacerla efectiva"<sup>608</sup>.

La "colaboración institucional" que sus respectivos —e interrelacionados— ámbitos de incumbencias imponen a las *agencias estatal y penitenciaria* es innegable; sin embargo, la realidad muestra que la instancia carcelaria suele ser recelosa respecto de la actividad del juez de ejecución penal, por la sencilla razón de que las principales incumbencias de este incluyen, entre otras, el control de cualquier eventual vulneración de los derechos del condenado, y tal vulneración en la mayoría de los casos suele provenir, justamente, de los operadores carcelarios. De tal suerte, la "dinámica relacional" que se produce entre magistratura de vigilancia carcelaria y administración penitenciaria queda *definida* como una vinculación del tipo "controlador/controlado", con las rispideces que esa determinación de roles suele generar, máxime en casos como los de una institución total como la cárcel que, hasta la no muy antigua creación de los juzgados de ejecución penal, se erigía en un espacio ajeno a todo tipo de control externo, en general, y del Poder Judicial, en particular.

Es un *work in progress* el desafío de remover los obstáculos ideológicos y "preconcepcionales" que originan la *visceral* "incomodidad" que es frecuente advertir en los operadores carcelarios respecto de la función y la actividad del juez de vigilancia penitenciaria. De alguna manera, una responsable, comprometida, adecuada y respetuosa actuación de los magistrados de ejecución penal (en su carácter de encargado del control de legalidad y tutela de derechos) deberá conducir a una loable *naturalización* o *internalización* —por parte de la administración penitenciaria— del rol que le cabe a dichos jueces como "instancias de control" de lo que sucede en el interior de las cárceles.

Ahora bien, retornando a lo que veníamos expresando con anterioridad a esta breve digresión, conviene añadir que los riesgos para los derechos de los reclusos —que determinan la necesidad del control jurisdiccional del encierro carcelario— no provienen únicamente del factor *endógeno* constituido por la conflictiva relación entre el condenado y los operadores penitenciarios.

<sup>607</sup> Racionero Carmona, *El juez de vigilancia penitenciaria: historia de un afán. Minorías y prisión*, en "Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología de San Sebastián", n° 12 extraordinario, dic. 1998, p. 39.

<sup>608</sup> Künsemüller Loebenfelder, *La judicialización de la ejecución penal*, en "Revista de Derecho", vol. 1, n° XXVI, 2005, p. 119.

Por el contrario, tales peligros derivan, en no pocas ocasiones, de factores exógenos, esto es, factores ajenos al contexto penitenciario propiamente dicho.

En esta sede de análisis, corresponde hacer mención de la responsabilidad que cabe al Estado —más concretamente, a las *agencias ejecutivas* del Estado— en la disposición de las *condiciones, prerequisites o recursos necesarios* para que la ejecución de la pena privativa de la libertad no se traduzca, en los hechos, en la inevitable vulneración de los derechos de los reclusos.

Sin perjuicio de que, muchas veces, el mejoramiento de las condiciones carcelarias puede lograrse "... a través de cambios de políticas, así como por la creatividad del personal [penitenciario], y no solo por medio de grandes gastos financieros"<sup>609</sup>, no puede negarse que la "cuestión" económica ocupa un lugar fundamental en la determinación de los elementos indispensables para una ejecución penitenciaria respetuosa de los derechos fundamentales de los reclusos.

Así, por ejemplo, para que el lugar de alojamiento de los internos satisfaga las *exigencias de la higiene*, sea acorde a las *particularidades del clima* y respete las necesidades elementales de *volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación*, resulta indispensable que el Estado destine las erogaciones necesarias para la construcción, remodelación o refacción de los centros de detención cuyas características arquitectónicas así lo permitan.

Lo mismo puede afirmarse en orden a las *instalaciones sanitarias del establecimiento penitenciario* —que deberán ser adecuadas para que el recluso pueda satisfacer sus necesidades naturales en el momento oportuno, en forma aseada y decente— y las *instalaciones de baño y de ducha* —que deberán ser adecuadas para que cada recluso pueda y sea requerido a tomar un baño o ducha a una temperatura adaptada al clima y con la frecuencia que requiera la higiene general según la estación y la región geográfica, pero por lo menos una vez por semana en clima templado—. Esta infraestructura requiere de la inversión de los recursos económicos imprescindibles para la configuración de los espacios y servicios que erijan tales instalaciones en el interior de la unidad penal.

También la *alimentación* de buena calidad, bien preparada y servida, cuyo valor nutritivo sea suficiente para el mantenimiento de su salud y de sus fuerzas se logra solo con los recursos económicos y materiales indispensables para gestionarla.

Otro tanto es dable afirmar, finalmente, en lo tocante a los *servicios médicos y los servicios internos de hospital* de los establecimientos penitenciarios: únicamente podrán estar provistos del material, del instrumental y de los productos farmacéuticos necesarios para proporcionar a los reclusos enfermos los cuidados y el tratamiento adecuados: ciertos gastos financieros son inevitables si se quiere contar con los recursos que posibiliten estas prestaciones.

Sentado esto, diremos que, para nosotros, el control jurisdiccional permanente de la ejecución de la pena privativa de la libertad *debe proyectarse también sobre este terreno*.

Precisamente, las instancias de contralor interno han de cumplir su rol en esta esfera, a los efectos de que el juez competente, realizadas las constataciones pertinentes,

<sup>609</sup> Reforma Penal Internacional, *Manual de buena práctica penitenciaria*, 2ª ed., 2002, p. 62.

tes, requiera a las *agencias ejecutivas del Estado las prestaciones que fueren menester* para que las administraciones penitenciarias cuenten con los recursos económicos, financieros y materiales que les permitan contar con las condiciones necesarias para una ejecución del encierro carcelario respetuosa de los derechos del recluso.

En este sentido, el art. 208 de la ley nacional 24.660 establece: "*El juez de ejecución o juez competente verificará, por lo menos semestralmente, si el tratamiento de los condenados y la organización de los establecimientos de ejecución se ajusta a las prescripciones de esta ley y de los reglamentos que en su consecuencia dicte el Poder Ejecutivo. Las observaciones y recomendaciones que resulten de esas inspecciones serán comunicadas al ministerio competente*"<sup>610</sup>.

La supervisión jurisdiccional es ineludible en este aspecto, en razón de un *estado de cosas* que es palmario, y que es claramente descrito por Prado en los siguientes términos: "A veces faltan los adjetivos para calificar cómo los Estados (no) asumen sus deberes para con el sistema penitenciario. No es que sea algo muy novedoso decir que los gobernantes se han desentendido de manera casi absoluta de sus internos a lo largo de la historia. Prueba de ello son las condiciones de deterioro y sobrepoblación de las cárceles, mal llamadas de esa manera, pues otras denominaciones definirían mejor a esos depósitos de seres humanos. Se puede decir que existe a escala mundial una grave crisis de los sistemas penitenciarios, cuya matriz encontramos en fallas esenciales, propias de toda esa idea de la cárcel, de ese conjunto de creencias y de esa concepción que responde a intentos de dar tratamiento, cuando en la cárcel no hay trato, sino maltrato. La realidad es que la cárcel desvía aún más a quienes debería regenerar, lo que, desde hace algún tiempo, está poniendo en tela de juicio toda esa concepción"<sup>611</sup>.

En la misma dirección, en la Conferencia Centroamericana de Jueces de Vigilancia y/o Ejecución de la Pena y de Ejecución de Medidas al Menor, celebrada en San Salvador (El Salvador) los días 28 y 29 de marzo de 2003<sup>612</sup>, se consideró que "... los jueces y juezas de vigilancia y/o ejecución de la pena y de ejecución de medidas al menor son un instrumento importante para fiscalizar los derechos de las personas privadas de libertad, pero no representan la solución a los amplios problemas penitenciarios que afectan a los países de la región, responsabilidad que tienen los Estados"<sup>613</sup>.

<sup>610</sup> Por cierto que el contralor de la ejecución no se agota en la instancia judicial; también el poder del Estado que ejerce la función administrativa es llamado a cumplir un rol aquí. Lo dispone de ese modo el art. 209 de la ley penitenciaria de nuestro país, que aduce: "*El Poder Ejecutivo dispondrá que inspectores calificados por su formación y experiencia, designados por una autoridad superior a la administración penitenciaria efectúen verificaciones, por lo menos, semestrales con los mismos propósitos que los establecidos en el art. 208*".

<sup>611</sup> Prado, "Prólogo", en AA.VV., *A la sombra de la sociedad. Situación penitenciaria en Latinoamérica*, 2007, p. 12.

<sup>612</sup> Co-organizada por Reforma Penal Internacional y el Ministerio de Justicia de El Salvador, con el apoyo de la Comisión Europea.

<sup>613</sup> "Conferencia Centroamericana de Jueces de Vigilancia y/o Ejecución de la Pena y de Ejecución de Medidas al Menor", Reforma Penal Internacional, Oficina para América Latina, 2003, p. 2, donde, además, se pone énfasis en que "... se debe fortalecer el rol de los jueces y juezas de vi-

Es una disposición *dirigida primordialmente al poder del Estado encargado de la función administrativa*<sup>614</sup>.

Reforma Penal Internacional explica: "Las inspecciones que examinan cuidadosamente los regímenes o los examinan oficialmente para asegurar que las políticas y las prácticas cumplan con las leyes y regulaciones son una importante salvaguardia para los reclusos y el personal. Los reclusos tienen el derecho de cumplir sus sentencias bajo las condiciones estipuladas por las leyes y regulaciones; el personal tiene el deber de hacer cumplir el encarcelamiento en conformidad con las mismas leyes y reglamentos. Las inspecciones realizadas correctamente garantizan que así sea. Además, este tipo de inspecciones pueden tener un valor preventivo. La detección temprana de condiciones y prácticas inaceptables puede evitar situaciones más serias. Igualmente, el reconocer buenas políticas y prácticas ayuda a reforzarlas y asegura su permanencia, facilitando el logro de objetivos penales y penitenciarios"<sup>615</sup>.

Sentado todo esto conviene añadir que, en el terreno de la discusión dogmática tardomoderna, todavía se discute sobre el *tribunal competente para ejercer el control*.

Parte de la doctrina jurídica postula la conveniencia de que el control jurisdiccional de la ejecución de la pena lo lleve a cabo el *mismo tribunal* que juzgó y condenó al acusado, puesto que el juez de mérito, por su contacto con la causa, posee un *singular conocimiento del hecho y de la personalidad del autor*.

Para nosotros, la atribución de competencia específica para actuar en la vigilancia de la ejecución del encarcelamiento punitivo a un juez especializado, se justifica por un *sinúmero de razones* (tanto pragmáticas como dogmático-jurídicas) de las que, en este texto, habremos de mencionar solo una, muy vinculada con el argumento brindado en defensa de la posición opuesta.

Nos referimos, puntualmente, a la *diferente perspectiva* o, si se quiere, el *distinto objeto de análisis* de, respectivamente, el momento de la *actividad jurisdiccional* relativo a la *cognición*—que se materializa en la declaración de certeza contenida en la sentencia del juez penal—, y su momento de *ejecución forzada* de las providencias contenidas en la resolución definitiva.

En efecto, a los fines de decidir sobre la punibilidad de un acontecimiento supuestamente delictivo, el juez repara en las *características del hecho* que se atribuye al

vigilancia y/o ejecución de la pena y de ejecución de medidas al menor, como fiscalizadores del accionar del Estado en materia penal y penitenciaria, con el objetivo de garantizar el respeto de los derechos humanos, constitucionales y penitenciarios de las personas privadas de libertad".

<sup>614</sup> Es verdad que la *vaguedad* de la regla podría tornar "discutible" la afirmación del texto principal, en el sentido de que es una directriz orientada preponderantemente a los poderes ejecutivos; de cualquier modo, si no se compartiera esta interpretación, no podrá negarse que esa misma *textura abierta* de la disposición permite que, entre los varios destinatarios posibles de la norma (jueces, fiscales, organizaciones no gubernamentales u otros organismos), se incluya, justamente, a los poderes estatales que ejercen la función administrativa.

<sup>615</sup> Reforma Penal Internacional, *Manual de buena práctica penitenciaria*, 2ª ed., 2002, p. 161.

acusado. Así, en función de ellas, el magistrado resuelve acerca de la reprochabilidad del autor por la comisión de un hecho determinado en sus caracteres esenciales.

Por el contrario, en la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta por la sentencia definitiva, el magistrado debe parar mientes, no ya en el hecho individual que dio lugar al reproche dirigido al autor, sino en otras cuestiones, a saber: el *respeto de las garantías constitucionales en el trato otorgado al condenado* (arg. art. 35 bis, inc. 1º, CPP-Córdoba), la *mayor o menor observancia*—por parte del recluso— de las *normas que rigen el orden, la disciplina y la convivencia* dentro de un establecimiento penitenciario (arg. art. 100, LEPL), y la *evolución personal del interno de la que sea deducible su mayor o menor posibilidad de adecuada reinserción social* (arg. art. 101, LEPL). Se ocupará de todo ello, por cierto, con el objeto de lograr la *apropiada reinserción social del penado* (art. 1º, LEPL).

De tal suerte, el juez a quien se confía la vigilancia de la ejecución de la pena de encierro carcelario debe *tutelar la vigencia de las garantías del interno y justipreciar el desenvolvimiento del recluso dentro de la institución total*, procurando, sin injerencias arbitrarias en el ámbito propio de la dignidad personal del condenado, que el transcurso de su vida intramuros *lo prepare para, le facilite o propicie su futura reincorporación a la vida en sociedad*.

Es un cometido que, de ordinario, *resulta de difícil cumplimiento* para alguien que, como el juez que decidió la condena del recluso, puede tener su *ánimo teñido* por la "manera de ser" del interno que podría considerarse caracterizada o expresada por el hecho delictivo que él ha perpetrado.

Exigir a un mismo magistrado que, con igual vehemencia, probidad e imparcialidad, se ocupe, primero, de *juzgar el hecho* cometido por una persona, y, luego, de agotar los medios disponibles para lograr que el enclaustramiento punitivo se traduzca en un eficaz *proceso resocializador* del recluso, parece una *pretensión no exenta de las importantes dificultades* que se desprenden del *natural preconcepto* que todo ser humano—incluso el juez—tiene respecto de quien ha cometido un delito o, al menos, cierta clase de infracciones, como, por ejemplo, los delitos comúnmente llamados "aberrantes".

Entonces, demandarle al juez que—para que intervenga adecuadamente en la injerencia resocializadora del interno—haga "tabla rasa" en su subjetividad con relación a una persona que él ha condenado por la comisión de un hecho delictivo implica, en no pocos casos, reclamarle una suerte de "trastorno de identidad disociativo", en función del cual posea dos personalidades: una para juzgar imparcialmente un hecho supuestamente delictivo, otra para procurar enérgicamente la resocialización de quien comprobadamente ha cometido la infracción; y que, incluso, tenga un importante *grado de pérdida de memoria* respecto del impacto en su ánimo que pudiera haberle causado el injusto que debió juzgar<sup>616</sup>.

<sup>616</sup> Para evitar el riesgo de que el juez de ejecución se vea de alguna manera *influenciado en su ánimo* por el hecho delictivo cometido por el recluso, hay quienes postulan que la remisión de la causa a este magistrado especializado prescinda de incluir la sentencia de condena, en la que se determina clara, precisa y circunstanciadamente el acontecimiento histórico que—por ser configurativo de delito—sustentó la condena a pena privativa de la libertad dictada contra el imputado.

Todo cuanto se ha puntualizado, pues, justifica la instauración de una *magistratura especializada*, que sea llamada a intervenir cuando la sentencia de condena a una pena privativa de la libertad se encuentre firme. Como puede observarse, ella se muestra como un expediente apto para asegurar la *neutralidad*, la *imparcialidad* del juez que debe controlar una ejecución de la pena privativa de la libertad, respetuosa de los derechos del recluso, a la vez que eficazmente enderezada a favorecer la positiva reinserción social del condenado. En otras palabras, instituir órganos jurisdiccionales con competencia específica para vigilar la ejecución de la pena de encierro carcelario se erige en una herramienta imprescindible para garantizar que dicha tarea se practicará por jueces que puedan presumirse *carentes de sentimientos adversos al condenado*<sup>617</sup>. La intervención de un tribunal especializado durante la etapa de ejecución, en suma, permitirá que el encargado de fiscalizar la ejecución de la sanción privativa de la libertad carezca, en principio, de una *actitud interna que pueda influir perturbadoramente en la necesaria exclusión de una posición previa* relacionada con el asunto en el que debe actuar.

Es que, reiteramos, el detallado *conocimiento del hecho delictivo* que determinó la condena del imputado no necesariamente habrá de coadyuvar en la implementación de un celoso control jurisdiccional de la ejecución de la pena impuesta a aquel, sino que, en un número no menor de casos, *condicionará desfavorablemente* la eficaz intervención del magistrado en el control del respeto de las garantías del recluso y de la injerencia resocializadora del enclaustramiento punitivo.

No parece inoportuno remarcar aquí que, conforme ha afirmado Maier, la palabra "juez" no se comprende, al menos en el sentido moderno de la expresión, sin el calificativo de "imparcial"; este adjetivo integra hoy, desde un punto de vista material, el concepto de "juez", cuando se lo refiere a la descripción de la actividad concreta que le es encomendada a quien juzga<sup>618</sup>. La imparcialidad, en consecuencia, es una *característica definitoria* del rol que desempeñan quienes son llamados a ejercer la función decisoria en el proceso judicial (cometido que, desde luego, comprende la tarea de los magistrados que deben vigilar la ejecución de la pena privativa de la libertad), lo que torna imprescindible que se instituya la magistratura encargada de la vigilancia penitenciaria procurando evitar que —en los asuntos sometidos a su consideración— sus jueces intervengan *sin prejuicios a favor o en contra de las personas* acerca de las cuales deben decidir<sup>619</sup>.

Nótese, incluso, que la propia Corte Suprema de Justicia ha reputado *incompatible con la garantía de la imparcialidad del tribunal la acumulación de funciones* diversas en un mismo magistrado<sup>620</sup>. De esto se sigue que, como ya hemos aducido, la *impar-*

<sup>617</sup> *Mutatis mutandis*, Bacigalupo, "La imparcialidad del tribunal", en *El debido proceso penal*, 2005, p. 93.

<sup>618</sup> Maier, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., 2ª reimpr., 2002, t. I, p. 739.

<sup>619</sup> *Mutatis mutandis*, Maier, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., 2ª reimpr., 2002, t. I, ps. 739 y 740.

<sup>620</sup> CSJN, 17/5/05, "Llerena". No desconocemos que, en este precedente, el más Alto Tribunal de la Nación estimó que las funciones que no pueden atribuirse a un mismo tribunal —o riesgo de

*cialidad del órgano jurisdiccional al que se encomienda el control de la ejecución de la pena de encierro* requiere que sea uno *distinto* de aquel al cual le compete una función bien diferente de esta, como lo es la de juzgar una conducta presuntivamente delictiva. Solo así se evitará toda posibilidad de que "el juez de la ejecución" pueda tener *preconceptos* originados en la previa valoración de la responsabilidad penal del imputado.

Por lo demás, la conformación de una tal magistratura, por su propia especificidad, puede ser lograda mediante *jueces con una formación particularizada*, que incluya conocimientos propios del variado abanico de saberes —distintos de los *estrictamente jurídicos*— que resultan necesarios para comprender la *especial situación anímica y espiritual* en que se encuentra quien cumple una pena privativa de la libertad en una institución total. Estamos haciendo alusión, entre otros, a conocimientos tales como los propios de la criminología, la psicología, la psiquiatría y la sociología. La naturaleza de los temas a resolver por el juez de ejecución penal —asevera Subijana Zunzunegui— "... exige un perfil judicial transdisciplinar"<sup>621</sup>.

Finalmente, y yendo ya al "rol institucional" específico que le toca al juez de vigilancia penitenciaria, diremos que, a lo largo de todo su articulado, la ley penitenciaria argentina prevé una multiplicidad de funciones que corresponden al juez de ejecución o juez competente, las que pueden ser sistematizadas distinguiendo entre *funciones de tutela, funciones decisorias* en cuestiones relativas a las modalidades de ejecución "en sentido estricto", *funciones de control y funciones de mero conocimiento*.

En cuanto a las *funciones de tutela*, cabe anotar que, mientras el art. 4º, letra a) de la ley nacional 24.660 establece que será competencia judicial durante la ejecución de la pena resolver las cuestiones que se susciten cuando se considere vulnerado alguno de los derechos del condenado, el art. 67 dispone que el magistrado deberá resolver fundadamente y en un tiempo razonable todas las peticiones y quejas que presente el interno.

En lo tocante a las *funciones decisorias en cuestiones relativas a las modalidades de ejecución* "en sentido estricto", ha de puntualizarse que es tarea del juez disponer las salidas transitorias y el régimen de semilibertad, precisando las normas que el condenado debe observar, y efectuar modificaciones, como así también, en caso de incumplimiento de tales reglas, suspender o revocar el beneficio cuando la infracción fuere grave o reiterada (art. 19, *LEPPL*). Le corresponde al juez de ejecución o juez competente la concesión de la libertad condicional (art. 28, *LEPPL*) y la revocación de la mis-

violentar el principio de imparcialidad del órgano jurisdiccional— son las de investigar y juzgar; sin embargo, a nuestro modo de ver, la misma doctrina es aplicable a nuestro caso, desde que, como decimos en el texto principal, resulta inconcuso que juzgar a una persona y controlar la ejecución de la pena impuesta a ella son *funciones distintas*.

<sup>621</sup> Cfr. Subijana Zunzunegui, *El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad*, en "Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología", 2005, n° 07-11, disponible en <http://icriminet.ugr.es/recpc07/recpc07-11.pdf>, p. 17.

ma en las hipótesis previstas por el ordenamiento jurídico (arg. art. 15, CP). También es tarea del juez disponer la prisión domiciliaria (art. 33, LEPPL), y revocarla cuando el condenado quebrante injustificadamente la obligación de permanecer en el domicilio fijado o cuando los resultados de la supervisión efectuada por un patronato de liberados o servicio social así lo aconsejaren (art. 34, LEPPL). Al juez de ejecución se confieren atribuciones para disponer la ejecución de la pena mediante la prisión discontinua y la semidetención (art. 35, LEPPL); determinar el plan de ejecución de ellas, los horarios de presentación obligatoria del condenado, las normas de conducta que se compromete a observar en la vida libre y la obligación de acatar las normas de convivencia de la institución (art. 45, LEPPL); y revocar estas alternativas, en caso de incumplimiento grave o reiterado de las normas fijadas (art. 49, LEPPL). Será el juez quien "... podrá sustituir, total o parcialmente, la prisión discontinua o la semidetención por la realización de trabajo para la comunidad no remunerado fuera de los horarios habituales de su actividad laboral comprobada. En tal caso se computarán seis horas de trabajo para la comunidad por un día de prisión. El plazo máximo para el cumplimiento de la pena con esta modalidad de ejecución será de dieciocho meses" (art. 50, LEPPL). Por último, es tarea suya disponer la incorporación del condenado al régimen de libertad asistida (art. 54, LEPPL), y revocar este beneficio (art. 56, LEPPL), cuando se da alguna de las hipótesis que señala la ley.

Con referencia a las *funciones de control*, el ordenamiento jurídico prescribe que el juez de ejecución o juez competente debe autorizar todo egreso del condenado del ámbito de la administración penitenciaria (art. 4º, inc. b, LEPPL). También debe autorizar al condenado a no presentarse en la institución en la que cumple la prisión discontinua por un lapso de veinticuatro horas cada dos meses (art. 37, LEPPL) o en la institución en la que cumple la semidetención durante un lapso no mayor a cuarenta y ocho horas cada dos meses (art. 44, LEPPL). Es necesaria la intervención judicial para la disposición anticipada del fondo de reserva (art. 128, párr. 2º, LEPPL). A su vez, le incumbe al magistrado autorizar a la administración penitenciaria para que el interno sea trasladado a centros asistenciales médicos o psiquiátricos del medio libre (arts. 147 y 186, LEPPL), sea sometido a operaciones de cirugía mayor o cualquier otra intervención quirúrgica o médica que implicaren grave riesgo para la vida o fueren susceptibles de disminuir permanentemente sus condiciones orgánicas o funcionales (art. 149, LEPPL) o sea alimentado forzosamente (art. 151, LEPPL). Igualmente tiene potestades para autorizar al interno, en caso de enfermedad o accidente grave o fallecimiento de familiares o allegados con derecho a visita o correspondencia, a cumplir con sus deberes morales, excepto cuando se tuviesen serios y fundamentados motivos para resolver lo contrario (art. 166, LEPPL). Por otra parte, el juez de ejecución o juez competente conocerá de los recursos que interponga el interno contra las sanciones disciplinarias que se le aplicaren (art. 96, LEPPL).

En virtud de sus *funciones de mero conocimiento*, el juez de ejecución o juez competente verificará, por lo menos semestralmente, y mediante las inspecciones necesarias, si el tratamiento de los condenados y la organización de los establecimientos de ejecución se ajustan a las prescripciones de la ley nacional 24.660 y de los reglamentos que en su consecuencia dicte el Poder Ejecutivo (art. 208, LEPPL). Además, él deberá ser informado del traslado del interno de un establecimiento a otro (art. 72, LEPPL);

de la adopción de medidas de sujeción del interno, si otros métodos de seguridad hubieran fracasado y con el único propósito de que aquel no se cause daño a sí mismo, a un tercero o al establecimiento (art. 75, inc. c, LEPPL); de los traslados del interno a un establecimiento de carácter asistencial médico o psiquiátrico o a un centro apropiado del medio libre, cuando —en este último supuesto— razones de urgencias hubieren imposibilitado el requerimiento de la autorización del juez (art. 147, LEPPL); de las operaciones de cirugía mayor del interno cuando, en caso de extrema urgencia y previo informe médico, no hubiera podido solicitarse la autorización del juez (art. 149, LEPPL); de la negativa del interno a ingerir alimentos (art. 151, LEPPL); de las suspensiones o restricciones a las comunicaciones orales o escritas del interno (art. 161, LEPPL), y de la enfermedad, accidente grave o fallecimiento del interno (art. 165, LEPPL).

- e) Medidas de seguridad respecto de inimputables adultos por incapacidad mental: principios generales y garantías

Mientras que la pena estatal constituye la respuesta frente a la culpabilidad del autor, la medida de seguridad lo es frente a su peligrosidad. Este distinto fundamento entre penas y medidas no significa que —como ocurriera antaño— ambas reacciones penales sean totalmente diferentes. En tal sentido, la doctrina moderna se caracteriza por trazar un proceso de aproximación entre ellas, en tanto que la pena ya no se asocia a la retribución sino a concepciones preventivas y la medida, a su vez, ha dejado de ser considerada como un mecanismo benefactor, para acabar aceptándose su carácter aflictivo. Este reconocimiento de que la medida de seguridad es —al igual que la pena— un instrumento de control social que limita derechos individuales, ha determinado que se imponga el criterio de exigir respecto de aquella las mismas garantías que se demandan para la pena<sup>622</sup>.

Esta disquisición tiene su razón de ser en tanto que, para los casos de conductas típicas y antijurídicas desplegadas por personas mayores de edad que, por deficiencia mental, resultan incapaces de culpabilidad, el derecho positivo ha reservado, como reacción estatal frente a ese comportamiento, una medida de seguridad.

Enmarcada la cuestión así nuestro desarrollo se orientará a discurrir sobre dos aspectos que consideramos centrales, esto es:

- a) El presupuesto que ha de verificarse para imponer la medida de seguridad, consistente en la internación psiquiátrica, en casos de inimputabilidad por enfermedad mental.
- b) Las principales garantías (sustantivas y procesales) que deben preceder y acompañar a la imposición y ejecución de esa medida de seguridad.

La mera declaración de inimputabilidad (en los términos del art. 34, inc., 1º del CP argentino) no autoriza la intervención estatal a través de la imposición de la medida de seguridad prevista en el párr. 2º, del inc. 1º de la misma disposición. Para que ello

<sup>622</sup> Vaello Esquerdo, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2004, p. 127.

sea posible, además, resulta necesario que concorra un "peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás". De esta manera "la imposición y la continuación de la medida se encuentran condicionadas al juicio de peligrosidad"<sup>623</sup>.

¿Cómo debe construirse ese juicio?

En principio, parece razonable afirmar que la peligrosidad delictual —entendido este concepto en el sentido de acciones con capacidad de lesionar o poner en peligro intereses protegidos penalmente<sup>624</sup>—, no debe determinarse como una calidad inherente ni a la enfermedad mental ni a la ejecución del hecho concreto que motivó el proceso: una persona acusada de la comisión de un delito "puede, en los términos de la ley, ser declarada inimputable por padecer una enfermedad mental sin que esa declaración conlleve, necesariamente, un juicio de peligrosidad en su contra ni una medida de seguridad privativa de libertad"<sup>625</sup>. Por eso —con absoluta corrección— ha expresado Frisch que para la aplicación de una medida de seguridad a un inimputable adulto (por incapacidad de culpabilidad fundada en una enfermedad mental) no bastan "los meros datos sobre la enfermedad" o "las afirmaciones estadísticas acerca de la delincuencia de tales enfermos", siendo menester que el hecho antijurídico cometido "constituya la expresión de ciertos rasgos y disposiciones condicionadas por la enfermedad"<sup>626</sup>. Siguiendo esta concepción Ziffer ha podido afirmar que: "[e]l dictado de la medida presupone la existencia de una situación patológica que, con arreglo a los conocimientos científicos vigentes, conduce a la incapacidad de la persona para manejarse en la vida social sin divergencias graves (delitos significativos o autolesiones que pongan en peligro la vida), y que se trata de una situación persistente, no meramente ocasional"<sup>627</sup>.

Antes de continuar, permítasenos hacer la siguiente digresión: la ley dice que la internación, como medida, se legitima a partir de la existencia de un peligro respecto de que el interno se dañe a sí mismo o a los demás.

¿Qué opinión nos merece la posibilidad de habilitar la medida para casos en donde la peligrosidad se interpreta en función de un riesgo de autolesión respecto del incapaz?

Nadie duda, tal cual recién lo dijimos, que tal posibilidad es *legal*.

Sin embargo, ¿qué lectura constitucional podría hacerse al respecto?

Las medidas son, junto a la pena, una consecuencia frente al delito. Y la intervención estatal tiene, en todo caso, el presupuesto que, a través de la conducta concreta,

<sup>623</sup> Hegglin, *Los enfermos mentales en el derecho penal. Contradicciones y falencias del sistema de medidas de seguridad*, 2006, p. 338.

<sup>624</sup> De la Rúa, *Código Penal argentino. Parte general*, 2ª ed., 1997, p. 475.

<sup>625</sup> Hegglin, *Los enfermos mentales en el derecho penal. Contradicciones y falencias del sistema de medidas de seguridad*, 2006, p. 338.

<sup>626</sup> Frisch, *Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del derecho penal*, en "Indret. Revista para el Análisis del Derecho", 3/2007, disponible en [www.indret.com/pdf/450\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/450_es.pdf), ps. 27 y 28.

<sup>627</sup> Ziffer, *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal*, 2008, p. 195.

se ponga en peligro un bien jurídico ajeno. Esto es consustancial al principio de lesividad u ofensividad. Dicha garantía es relacionada generalmente con la necesidad de que "la formulación de los tipos penales se estructuren sobre la base de conductas que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico ajeno"<sup>628</sup>. Es por eso que lleva razón Tarditti cuanto argumenta que "[f]rente al inimputable, ese principio debe tener un rol en la interpretación de la procedencia de la medida de seguridad, a través de la interpretación de la fórmula de la peligrosidad como fundamento de su imposición"<sup>629</sup>. De allí que se sostenga que la idea de peligrosidad para sí (es decir: la autolesión) —analizada desde la perspectiva de este principio— podría sustentar válidamente medidas asegurativas no penales, como lo son las del Derecho civil, pero desvirtuaría el fundamento penal de la medida<sup>630</sup>.

La medida de seguridad se ejecuta a través de la internación psiquiátrica.

¿Cuál es la finalidad de esta internación? Esta medida de seguridad tiende, fundamentalmente, "a hacer desaparecer el peligro" que justificó su dictado<sup>631</sup>.

Por eso, al momento de analizar la posibilidad de cese, es importante distinguir entre curación y desaparición del peligro.

En nuestro concepto, coincidimos plenamente con lo expresado por Hegglin, en el sentido de que la peligrosidad debe comportarse como un límite frente a la intervención estatal. En efecto, aún en aquellos casos en los que la patología no se haya curado, si el juicio pericial recomienda la externación del paciente —sin mengua de la continuidad del tratamiento terapéutico— esta circunstancia ya habilita el cese de la medida de seguridad. En este sentido, la doctrina es categórica: el cese de la medida "se condiciona a la desaparición del peligro, no a la curación"<sup>632</sup>.

El aspecto recién señalado tiene su importancia. En efecto, en la praxis judicial nos encontramos con una situación frecuente: los dictámenes periciales de los cuerpos de psiquiatría forense que suelen recomendar la externación por inexistencia de peligro actual pero, invocando un peligro eventual, postulan la necesidad de continuidad del tratamiento. Sobre esta base fáctica, algunos tribunales, han admitido la continuidad de la medida de seguridad ya no como internación sino bajo la forma de un tratamiento ambulatorio<sup>633</sup>. Por nuestra parte nos hemos opuesto a esta tendencia<sup>634</sup> por

<sup>628</sup> Tarditti, *Los inimputables adultos: invisibles del sistema jurídico*, en "Nuevo Pensamiento Penal y Criminológico", año II, n° 2, 2001, p. 109.

<sup>629</sup> Tarditti, *Los inimputables adultos: invisibles del sistema jurídico*, en "Nuevo Pensamiento Penal y Criminológico", año II, n° 2, 2001, ps. 109 y 110.

<sup>630</sup> Tarditti, *Los inimputables adultos: invisibles del sistema jurídico*, en "Nuevo Pensamiento Penal y Criminológico", año II, n° 2, 2001, p. 110.

<sup>631</sup> De la Rúa, *Código Penal argentino. Parte general*, 2ª ed., 1997, p. 476.

<sup>632</sup> De la Rúa, *Código Penal argentino. Parte general*, 2ª ed., 1997, p. 477.

<sup>633</sup> Así, CAC. Córdoba, *in re* "Cornu, Andrés".

<sup>634</sup> Véase, al respecto, R.I. n° 4/2007, *in re* "A., V. L. s/Ejecución de medida de seguridad", Zeus Córdoba, n° 274, año VI, 11/12/07, t. 11, p. 664.

entender que "en el sistema del Código, este tratamiento ambulatorio no viene a representar, en puridad técnica, una medida de seguridad alternativa"; ello así por cuanto —una tal interpretación— "tensionaría el principio de legalidad (...), al prever una medida de seguridad no establecida legalmente".

Hemos dicho que, en la actualidad, la diferenciación entre penas y medidas de seguridad ha dejado de ser obvia. Ello —como lo recuerda en la doctrina española López Barja de Quiroga—, sobre todo a partir de que la fundamentación de la pena tiende a abandonar respuestas fundadas en teorías absolutas (retribución) para alimentarse en concepciones propias de las denominadas teorías de la unión<sup>635</sup>.

Con todo, esta aproximación ha traído como una consecuencia muy saludable la construcción de garantías precisas con relación a las medidas; inspiradas en criterios similares a las estructuradas respecto de la imposición de la pena.

Sistematizando estas garantías podríamos decir que, en orden al Derecho sustantivo, estas se refieren, primordialmente, a la legalidad y a la proporcionalidad.

En lo que concierne a la legalidad, esta se traduce en que la imposición de una medida solo podrá tener lugar cuando concurren los presupuestos establecidos, con carácter previo, en la ley. En el caso de los inimputables adultos por incapacidad mental, esto supone que el sujeto haya llevado a cabo, encontrándose en tal estado, un hecho típico y antijurídico y que, por la peligrosidad —definida de acuerdo a los parámetros que ya analizamos— resulte necesaria la imposición de la internación.

Ciertamente, al hablar de que la medida debe ajustarse a la ley previa, vigente al momento de la comisión del hecho, la garantía derivada del principio de reserva y vinculada con la irretroactividad de la ley más gravosa y de la retroactividad y ultraactividad de la ley penal más benigna resultan también de plena aplicación en estos casos.

El punto no resulta ocioso de aclarar por cuanto, durante algún tiempo y mientras se quiso mantener una diferenciación rígida entre pena y medida —lo cual, según lo dicho, actualmente, desde una perspectiva teórica no se sostiene—, algunos autores negaron la posibilidad de aplicar el principio de benignidad para los casos de medidas. Así, por ejemplo, se distinguía entre una medida curativa y aquella que no tenía ese carácter; admitiéndose la no vigencia respecto de las curativas del principio *tempus regis actus*, y, por consiguiente, concluyéndose que, si con posterioridad a la comisión del hecho el legislador modificaba en forma más gravosa una medida —en cuanto a su duración o procedencia— no habría ningún obstáculo en aplicarla.

Por nuestra parte, entendemos que el caso debe regirse por los principios constitucionales generales que se aplican también respecto a la pena. Es así que, si hay un cambio posterior al hecho y más gravoso (por ejemplo, en cuanto a la extensión de la medida), su posible aplicación retroactiva vulneraría el art. 18 de la CN, en tanto consagra el principio de irretroactividad de la ley penal más gravosa. Por el contrario, si al momento del hecho, la medida resultaba absolutamente indeterminada y, por una modificación posterior, se establece —en virtud del principio de proporcionalidad— un determinado máximo (en su duración), esa ley puede aplicarse retroactivamente al ser más beneficiosa para el incapaz.

<sup>635</sup> López Barja de Quiroga, *Derecho penal. Parte general*, 2002, p. 60.

La otra garantía que guarda íntima relación con el Derecho penal sustantivo es el principio de proporcionalidad.

Refiere Bernal Pulido<sup>636</sup> que este principio, en su variante de la interdicción de exceso, es el criterio para controlar la constitucionalidad de la ley en el marco de estas relaciones, siempre desde el punto de vista de la afectación del derecho de defensa respectivo. En esta variante, el principio de proporcionalidad está conformado por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

De acuerdo con el subprincipio de idoneidad, toda ley penal, como intervención en la libertad general de acción y otros derechos fundamentales, debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo.

Desde la perspectiva del subprincipio de necesidad, para que una intervención penal en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado.

Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto exige que, para que una intervención resulte legítima, el grado de realización del objetivo de la intervención (es decir, la protección del bien jurídico) debe ser, por lo menos, equivalente al grado de afectación de la libertad o del derecho fundamental.

A la luz de estos conceptos, pareciera claro que un régimen tan poco flexible como el del art. 34, inc. 1° del CP, puede resultar objetable en la medida, por ejemplo, que no establece ningún tope en lo que concierne a la extensión de la medida.

Han existido planteos ante la Cámara Nacional de Casación Penal en orden a la inconstitucionalidad, por falta de determinación temporal, de esta medida<sup>637</sup>. Y creemos que una solución a este problema puede darse a partir del principio que analizamos. Evidentemente si se trata de la imposición de una medida en donde el hecho típico y antijurídico antecedente tiene un *quantum* punitivo máximo en abstracto de, por ejemplo, tres años, sostener la continuidad de una internación psiquiátrica por encima de ese lapso temporal puede resultar —desde la perspectiva de este principio— intolerable. Precisamente, en el Derecho comparado, el Código Penal español establece una limitación en esta dirección, a saber: la medida no puede sobrepasar temporalmente el máximo de la pena prevista para la infracción cometida.

En esta dirección es entendible —y auspiciosa— la postura doctrinaria que sostiene que, en dichos casos, de persistir la base legítima de la medida (peligrosidad) una solución podría ser la de aplicar analógicamente (se trata de una analogía *in bonam partem*) las reglas de la condena de ejecución condicional o la libertad condicional, suspendiendo la ejecución de la internación a prueba con la obligación de continuidad de un tratamiento ambulatorio<sup>638</sup>.

<sup>636</sup> Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, 2005, ps. 134 a 136.

<sup>637</sup> Para un panorama al respecto, cfr. Tapia, *¿Son inconstitucionales las medidas de seguridad previstas en el art. 34, inc. 1°, apartados 2° y 3° del Código Penal argentino?*, en "Pensamiento Penal y Criminológico", año V, n° 9, 2004, p. 202 y siguientes.

<sup>638</sup> Tarditti, *Los inimputables adultos: invisibles del sistema jurídico*, en "Nuevo Pensamiento Penal y Criminológico", año II, n° 2, 2001, p. 112.



Desde lo procesal, las garantías vinculadas con esta medida se refieren fundamentalmente a:

1. Principio de inocencia: esto significa que la resolución que impone la medida debe exponer la certeza fundada en la prueba de la existencia de un hecho típico y antijurídico, así como también la participación que le cupo al incapaz en el mismo.
2. Necesidad de motivación especial del decisorio que impone la medida: en el sentido que debe fundarse, con suficiencia, la existencia de peligrosidad, como presupuesto legitimante de la internación.
3. Derecho a la defensa efectiva: el cual alcanza no solo a la prueba de la participación del incapaz en el hecho típico y antijurídico, sino también en la determinación de la peligrosidad. Esto asimismo supone el derecho a controlar la proporcionalidad de la medida.
4. Control jurisprudencial permanente: finalmente, otra de las garantías procesales esenciales guarda relación con la necesidad de que exista un control jurisdiccional permanente respecto de la ejecución de la medida.

Un aspecto interesante de analizar es el de la compatibilidad de las leyes de salud mental (opuestas a la manicomialización) con digestos penales —como es el caso del argentino— que aún mantienen, como medida, la internación en este tipo de institución total. En este sentido, para el caso de nuestro país, a nivel nacional se dictó la ley 26.657 (de salud mental).

¿Cuál es la incidencia de esta ley sobre las medidas de seguridad reguladas por el art. 34, inc. 1º del CP? Debemos señalar, en primer término que la citada ley 26.657 no derogó disposición alguna del Código Penal. Es más: con relación al alta, el mecanismo dispuesto por el art. 23, se exceptúa para el caso del art. 34 del CP.

Sin embargo, esto no significa que los principios generales que inspiran a este nuevo texto —influenciados, directamente, por diversos instrumentos internacionales de Naciones Unidas respecto a esta temática (cfr. art. 2º)— puedan ser desoidos. En este sentido estimo que el sistema actual de medidas de seguridad que surge del art. 34, inc. 1º del CP resulta desajustado frente a estas directrices internacionales; las que, por otra parte, han reparado en las tendencias gravitantes de la psiquiatría moderna. Al respecto, no puede olvidarse que el Derecho es un producto cultural y que, como tal, en no pocos aspectos (e, indudablemente, este es uno de ellos) se nutre de saberes extrajurídicos; cuya comprensión exige una metodología interdisciplinaria. Quizá uno de los ámbitos en donde más se torna imperativo este diálogo sea, precisamente, el de las medidas de seguridad para inimputables adultos por enfermedad mental. La denuncia respecto de la rigidez de la internación manicomial (art. 34, inc. 1º, CP) que realiza nuestra doctrina<sup>639</sup> resulta tributaria de las concepciones psiquiátricas actuales, que fueron defendidas, en la década de los setenta del siglo XX por científicos de

<sup>639</sup> Tarditti, *Los inimputables adultos: invisibles del sistema jurídico*, en "Nuevo Pensamiento Penal y Criminológico", año II, nº 2, 2001, p. 112.

la talla de Franco Basaglia o Luigi Daga. En efecto, pretender —como respuesta frente a un eventual comportamiento autolesivo (riesgo para sí)— la imposición de un encierro manicomial *sine die* importa desoir décadas de evolución de la psiquiatría. La experiencia de Basaglia en el hospital psiquiátrico provincial de Gorizia, en donde tuvo como tarea la coordinación del pasaje de las estructuras tradicionales a las futuras unidades locales social-sanitarias, representó el primer paso en la atormentada historia de la transformación del manicomio. Y con posterioridad, cuando ingresó al hospital de Trieste, luego de cinco años de gestión, de los mil doscientos asistidos con métodos tradicionales, solo permanecían quinientos internados. Los demás eran atendidos, con estructuras de día y terapias ambulatorias, en seis centros de salud mental dislocados en diversas zonas de la ciudad<sup>640</sup>. La referencia realizada tiene su sentido porque consideramos que la ley 26.657 está marcando una tendencia, que se ajusta a concepciones que, en otras latitudes, tienen ya un arraigo significativo.

Hasta aquí nos hemos ocupado de cuestiones dogmáticas. Sin embargo, la problemática de las medidas respecto de los inimputables mayores de edad en razón de incapacidad mental ofrece un aspecto que, aunque no estrictamente normativo, tampoco puede ser descuidado.

En efecto, si pericialmente se determina que no hay peligrosidad actual respecto del sujeto, se impone el cese de la medida. Sin embargo, esto no significa que los problemas hayan concluido. O, por lo menos, que la situación del enfermo haya variado (recuérdese que cese no significa curación de la patología). Es probable que, en rigor y para algunos casos, las dificultades recién comiencen. Es que estas internaciones judiciales forzosas —sobre todo las prolongadas— en no pocos casos producen una erosión en la red de relaciones familiares del enfermo.

Ante esta realidad es necesario que los órganos jurisdiccionales actúen con fino tacto. En efecto:

a) En primer término es necesario que, durante la ejecución de la medida, no se tomen decisiones que importen una desvinculación del paciente con su medio familiar. Por ejemplo: su derivación a otro establecimiento hospitalario, en donde permanecerá internado, alejado de sus referentes afectivos.

Es por eso que, cuando se tenga que decidir dicha circunstancia es necesario sopesar este aspecto con la finalidad de autorizar o no la derivación. No se trata, por cierto, de un problema que dependa de la mayor o menor sensibilidad de quien deba tomar la decisión. Existen claras directivas internacionales que dan la orientación adecuada. Es así que entre los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 17 de diciembre de 1991, el Principio 7, en su ap. 2º, ex-

<sup>640</sup> Bergalli, *In memoriam Franco Basaglia (el desobediente al poder psiquiátrico)*, en "Doctrina Penal", año 3, 1980, ps. 800 y 801. Sobre este cambio en la realidad italiana, cfr. Daga, "Ospedali psichiatrici giudiziari e sistema penitenziario. Storia, sviluppo e prospettive", en *Scritti e discorsi 1980-1993*, 2008, p. 26 y siguientes.

presamente consagra que: "Cuando el tratamiento se administre en una institución psiquiátrica, el paciente tendrá derecho a ser tratado, siempre que sea posible, cerca de su hogar o del hogar de sus familiares o amigos y tendrá derecho a regresar a la comunidad lo antes posible".

b) En segundo término, y también vinculado con esta necesidad de evitar que se erosione la red de contención familiar, es importante que se realicen revisiones periódicas con la finalidad de evaluar la conveniencia o no de la continuidad de la medida de internación. Las normas internacionales recién mencionadas también dan claras directivas en este sentido. Así, el Principio 17, acápite 3º, exige que el órgano de revisión examine "periódicamente los casos de pacientes involuntarios a intervalos razonables..."; en tanto que el principio 3º establece que el enfermo mental "tendrá derecho a vivir y a trabajar, en la medida de lo posible, en la comunidad"; precisando el Principio 9º, en su acápite 1º, que: "Todo paciente tendrá derecho a ser tratado en un ambiente lo menos restrictivo posible y a recibir el tratamiento menos restrictivo y alterador posible que corresponda a sus necesidades de salud y a la necesidad de proteger la seguridad física de terceros".

Ciertamente que este principio de mínima permanencia en una institución total no solo permite sortear el debilitamiento de las redes de contención sino que, para aquellos casos en que, con antelación a la comisión del hecho típico y antijurídico, el incapaz tuviese alguna inserción al medio laboral, evitará la pérdida del mismo.

c) En tercer lugar, existen casos en donde se puede advertir cierto rechazo del paciente por parte del núcleo familiar. Esta es una cuestión delicada por cuanto, más allá que se disponga el cese de la medida, lo más común es que el enfermo mental deba continuar con un tratamiento ambulatorio. Y aún cuando —como hemos dicho— si no hay peligrosidad actual no es posible disponer un tratamiento ambulatorio coactivo a título de medida, no es menos cierto que, desde un punto de vista preventivo, la pervivencia de ese tratamiento puede llevar a que no se sucedan episodios en el futuro. Aquí, la contención familiar resulta clave. Es por eso que, cuando se advierte esta problemática, es necesario un activismo judicial mayor.

Esto no significa desconocer que, en muchos casos, esta recomposición del tejido familiar resulte compleja; sobre todo cuando la criminalidad desplegada por el enfermo mental se ha proyectado sobre ese núcleo.

De cualquier manera, todo esfuerzo en esa dirección debe ser intentado.

d) Finalmente, sería deseable que existiese una suerte de asistencia postmedida. Es decir: que a través de un órgano estatal o una asociación privada con personería jurídica se brindase ayuda —no solo material— a quien es externado por el cese de la medida.

Sin duda que estas tareas requieren coordinación de distintos estamentos: no basta la buena voluntad judicial si no se cuenta con igual actitud por parte de las autoridades públicas sanitarias.

Sánchez Galindo recordaba: "Toda comunidad quiere olvidar o meter en el arcón más recóndito, a quienes padecen enfermedades mentales: la familia los expulsa y el Estado los acoge sin la atención plena que deberían recibir, la cual debe ser cada vez

más, dentro del ámbito de los derechos humanos"<sup>641</sup>. Pues bien, el desafío cotidiano consiste —parafraseando al maestro mexicano— en atender con más ciencia, conciencia, paciencia y eficacia a este sector fraterno desigual, que reclama de una atención especializada.

## § 24. El tratamiento penitenciario y los saberes neurocientíficos

### a) *Pensamientos de partida*

En los últimos años, las *neurociencias* se han convertido —si se nos permite la expresión *posmoderna*— en un recurrente *trending topic* en el ámbito de la investigación científica.

También en el terreno del Derecho penal ha hecho aparición este fenómeno, captando de tal modo la atención de los juristas que, como acertadamente expresa Sánchez-Ostiz, bien se puede hablar ya de un "neuroderecho penal"<sup>642</sup>.

Las reflexiones sobre las posibles vinculaciones entre las disciplinas que estudian el funcionamiento del cerebro y el Derecho criminal comienzan a rendir sus primeros frutos ya en las obras pioneras de Gerhard Roth<sup>643</sup> y Wolf Singer<sup>644</sup>, a las que se añaden la de carácter divulgativo editada por el periodista Christian Geyer<sup>645</sup>, y la editada por Brent Garland<sup>646</sup>.

No obstante, la propia literatura científica sobre neurociencia, desde un inicio, se empeña en destacar sus *importantes problemas epistemológicos*. En esta orientación, Álvarez González, Trápaga Ortega y Morales Valiente enfatizan que "... la investigación en neurociencias plantea dificultades extraordinarias debido a dos tipos de problemas: los inherentes a la complejidad del funcionamiento cerebral y los que impone un campo que, por su naturaleza, es interdisciplinario"<sup>647</sup>. Y el diálogo entre disciplinas como, por ejemplo, la neuroanatomía, la neurofisiología, la farmacología, la neurocirugía, la psicología y, aun, el Derecho, resulta ver-

<sup>641</sup> Sánchez Galindo, *Los enfermos mentales delincuentes en México*, en "Nuevo Pensamiento Penal y Criminológico", año II, n° 2, 2001, p. 163.

<sup>642</sup> Sánchez-Ostiz, *Obras generales sobre derecho penal y neurociencias*, en "InDret", n° 1/2014, p. 19.

<sup>643</sup> Roth, *Fühlen, Denken, Handeln. Wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, 2001.

<sup>644</sup> Singer, *Ein neues Menschenbild? Gespräche über Hirnforschung*, 2003.

<sup>645</sup> Geyer, *Hirnforschung und Willensfreiheit. Zur Deutung der neuesten Experimente*, 2004.

<sup>646</sup> Garland, *Neuroscience and the Law. Brain, Mind and the Scales of Justice* 2004.

<sup>647</sup> Álvarez González - Trápaga Ortega - Morales Valiente, *Principios de neurociencias para psicólogos*, 2ª ed., 2013, p. 63.

daderamente difícil en razón de que estas especialidades tienen un *diferente grado de desarrollo*, a la vez que trabajan con categorías de muy *variados niveles de abstracción*.

Más allá de esto, la necesidad de que el Derecho penal pose su mirada en los avances de las neurociencias parece inocultable si —como anota Nieva Fenoll— se repara en que la conclusión más inquietante de los neurofilósofos es la siguiente: si resulta que el cerebro parece “pensar” por sí solo, dado que la reacción que se detecta en el cerebro de un sujeto parece ser previa a la sensación de voluntad de dicho sujeto a la hora de ejecutar una acción, en realidad *el ser humano no sería responsable*. “El individuo no sería más que una marioneta en manos de su cerebro, precondicionado por él mismo y sus decisiones independientes”<sup>648</sup>. Esto colocaría en severa crisis a los fundamentos del juicio de reproche que reside en la base de sustentación teórica del Derecho penal, y este, en cuanto tal o, al menos, como lo conocemos hasta ahora, *se acabaría*.

Como puede advertirse, la trascendencia del tema es capital, toda vez que, en último término, se vincula con las posibles respuestas a un interrogante central para la teoría penal y filosófica, a saber: *¿Es el hombre—o puede serlo— responsable de sus acciones?* Es que uno de los problemas que muchos neurocientíficos creen haber desentrañado es, justamente, el del libre albedrío, que es un elemento que se ubica en la base de la gran mayoría de las teorías de justificación del castigo penal, e incluso de la responsabilidad moral. Se trata, pues, de volver a reflexionar sobre el crucial asunto de la responsabilidad —penal y, todavía, moral— individual.

Desde luego que no habremos de cometer la imprudencia de expedirnos aquí, en tan breve espacio, sobre un asunto tan intrincado como el concerniente a la capacidad de influencia que, sobre las teorías penales, pueda predicarse respecto de las investigaciones y constataciones de las neurociencias. Con todo, si diremos, permitiéndonos un gesto igualmente imprudente, que la información con la que contamos demuestra que los experimentos de estas últimas disciplinas no parecen todavía suficientemente sólidos como para minar “... la creencia de sentido común de que las acciones tienen lugar porque hemos decidido realizarlas”<sup>649</sup>.

<sup>648</sup> Nieva Fenoll, “Presentación”, en AA.VV., *Neurociencia y proceso judicial*, 2013, p. 13.

<sup>649</sup> González Lagier, “¿La tercera humillación? (sobre neurociencia, filosofía y libre albedrío)”, en AA.VV., *Neurociencia y proceso judicial*, 2013, p. 28, donde el autor añade: “Parece razonable exigir para que una hipótesis quede bien establecida que ésta se apoye en datos empíricos obtenidos de manera fiable, que provea una adecuada explicación de los mismos, que elimine otras hipótesis alternativas igualmente plausibles con tales datos empíricos y que se inserte de manera coherente con el resto de conocimientos. Pues bien, al parecer ni los experimentos ‘tipo Libet’ son altamente fiables (persisten problemas de medición del tiempo y no se ha logrado un alto porcentaje de predicciones acertadas, ni explican adecuadamente todos los datos empíricos (la conciencia de la toma de decisión queda como un epifenómeno al que es difícil encontrar un sentido),

De cualquier manera, el tiempo y las nuevas indagaciones neurocientíficas nos dirán —probablemente en un futuro no muy lejano— si el *work in progress* que constituyen los estudios en estos terrenos logran superar las limitaciones de sus conclusiones actuales y consiguen acreditar científicamente la tesis de que el ser humano no actúa en forma libre y voluntaria, sino que está determinado en sus procesos de decisión por un “potencial de preparación del cerebro”<sup>650</sup> que consiste en cambios eléctricos producidos en determinadas áreas cerebrales que preceden a la ejecución de una acción futura. Conforme sostuvimos antes, si así sucediera, el Derecho penal, en particular, y el Derecho todo, en general, deberán mutar hacia algo muy distinto de lo que son hoy. Si, por el contrario, las aportaciones de las neurociencias no alcanzaran una definitiva acreditación de la ausencia de la libertad de acción del ser humano, su contribución a nuestra disciplina no sería menor, puesto que, en definitiva, el “neuroderecho”, aun con las conclusiones provisionales a las que ha llegado hasta la fecha, ha tenido como magnífica consecuencia la necesidad de *revisión*, por parte de la doctrina penal, *del concepto jurídico-penal de culpabilidad y de su alcance normativo actual*.

Para nosotros, los modernos estudios neurobiológicos y, como consecuencia de ellos, los conocimientos que la investigación cerebral ha obtenido sobre el (auto)gobierno de la conducta del ser humano imponen *una nueva lectura de las tradicionales categorías que integran la justificación del reproche —primordialmente, la de la culpabilidad— y el castigo penal*, en la que —se trata solo de nuestra modesta opinión— *parece tan inconveniente aislarse de los aportes de las neurociencias, como reconstruir todo el Derecho penal a partir de una traslación acrítica de las indagaciones derivadas de las disciplinas biológicas*.

ni eliminan hipótesis alternativas plausibles (como que los resultados solo sean válidos para acciones sencillas que no requieren deliberación); y desde luego chocan frontalmente con creencias muy arraigadas”.

<sup>650</sup> La “teoría del potencial de preparación” (*readiness potential theory*) se basa en los experimentos realizados en la década de los ochenta del siglo pasado por Benjamin Libet, que demostraron que el instante señalado por los participantes de tales experiencias como el instante de la decisión consciente de realizar un movimiento simple como el de mover un dedo tiene lugar unos 200 milisegundos antes de la realización del mismo, es decir, más o menos 350 milisegundos después de que empezara a registrarse el “potencial de disposición”, lo que, quizás, podría significar que el cerebro había tomado la decisión “por su cuenta”, antes de que los intervinientes del experimento fueran conscientes de ella (no es esta, sin embargo, la conclusión a la que arriba Libet, aunque sí otros investigadores de igual prestigio como, por ejemplo, Prinz, “Freiheit oder Wissenschaft?”, en *Freiheit des Entscheidens und Handelns*, 1996, p. 99). Para una descripción del experimento hecha por el propio neurólogo estadounidense, véase Libet, *Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action*, en “The Behavioral and Brain Sciences”, n.º 8, 1985, ps. 529 a 539.

En palabras de Mobbs, Lau, Jones y Frith: «*The goals of science and of law are different. However, important legal questions such as moral blameworthiness, culpability, responsibility, and the likelihood of recidivism depend to some degree on improved understandings of human behaviour. Therefore, biological advances in understanding human brain architecture and function may overlap in important ways with legal inquiries. New studies of the criminal brain are likely to shape moral views on responsibility and free will, with possible impacts on how legal systems punish and treat criminals*»<sup>651</sup>.

El enorme valor de las polémicas que ha generado la reflexión sobre los posibles aportes de las "ciencias del cerebro" a la "cuestión criminal" radica, justamente, y entre otros aspectos, en la preocupante conclusión a la que podríamos vernos obligados a arribar, a saber: que el *Derecho criminal*, no obstante el enorme grado de abstracción y sofisticación que ha alcanzado en sus bases teóricas, ha apoyado las bases fundacionales de la responsabilidad penal en conceptos de plausibilidad discursiva, dogmática o, incluso, "científica", de dudosa consistencia.

Como aduce Balcarce: "La responsabilidad aparece como de dificultosa, por no decir imposible, acreditación empírica, con un tinte de constructo social, basado en las creencias intersubjetivas populares, relativa culturalmente, con un visible carácter normativo y de contornos pocos definidos positivamente. El ataque neurocientífico a las bases del libre albedrío ha demostrado, es mi ver, la escasa consistencia que tienen las distintas posiciones acerca de la teoría de la culpabilidad, como así también su carácter de presunción *iuris tantum*, en abierta contradicción con la presunción de inocencia ya en el proceso penal. No sé cuál será el futuro de las neurociencias; sí sé que el concepto de culpabilidad ha mostrado su lado flaco"<sup>652</sup>.

En lo personal, no podríamos estar más de acuerdo con la sentencia.

Pero, más allá de este dato —que seguramente a poca gente importará—, no se nos podrá negar el carácter turbador del aserto: durante años, los penalistas hemos fundamentado la sanción penal sobre la base de un concepto de culpabilidad que hoy, en función de esclarecedores conocimientos científicos "duros", aparece carente de suficiente sustento teórico y, preponderantemente, empírico.

<sup>651</sup> Mobbs - Lau - Jones - Frith, *Law, Responsibility, and the Brain*, en "PLoS Biology", abr. 2007, vol. 5, n° 4, p. 699. Traducimos: "Los objetivos de la ciencia y del derecho son diferentes. Sin embargo, importantes preguntas legales tales como la culpa moral, la culpabilidad, la responsabilidad y la probabilidad de reincidencia dependen en algún grado de los conocimientos mejorados sobre el comportamiento humano. Por lo tanto, avances biológicos en la comprensión de la arquitectura del cerebro humano y su función pueden superponerse de importantes maneras con preguntas legales. Los nuevos estudios del cerebro criminal probablemente configuren visiones morales sobre la responsabilidad y el libre albedrío, con posibles impactos sobre cómo los sistemas legales castigan y tratan a los criminales".

<sup>652</sup> Balcarce, *La culpabilidad: antes y después de la neurociencia*, 2014, ps. 100 y 101.

El mencionado jurista argentino enfatiza: "Entiendo que el Derecho penal no se encuentra ajeno a los conocimientos provenientes de las ciencias duras, sin que meras aproximaciones incipientes puedan modificar las bases jurídicas actuales. No obstante la mera hipótesis determinista permite avizorar cuál sería la consecuencia para las regulaciones penales"<sup>653</sup>, y —para dejar clara la referencia— agrega: "... si la ciencia diera un paso más y llegara al consenso de que los seres humanos no solo estamos determinados en el plano neurológico más elemental sino que nuestra conducta es psicológicamente compulsiva y estamos programados desde nuestra fecundación o desde nuestro nacimiento; lo que se ha designado como *pandeterminismo* o *fatalismo*, pues todas las elecciones se encontrarían pre-determinadas por una fuerza superior; tendríamos que tratar a los seres humanos de manera meramente instrumental. La legislación penal desaparecería ineluctablemente como así también la ética y la religión. Las bases políticas del Estado deberían reverse"<sup>654</sup>.

Al parecer, los penalistas tenemos una buena razón para preocuparnos. Así lo pensamos porque el debate "neurociencias/Derecho penal" es, en definitiva, solo una discusión de tiempos sobre la racionalidad de los discursos, pero que no cambiará fundamentalmente el modo de ver al ser humano por el Derecho; pero un imperativo categórico es, sin lugar a dudas, reparar en lo siguiente: "... un dilema epistemológico debería resonar en la mente de quienes detentan el poder. Resulta horroroso, en una sociedad pluralista, que a los que no creen en otra vida (o más aún, no la quieren) se les imponga, en base al 'como si fuera', una privación de la libertad que, para él, no es ni más ni menos que la muerte en vida durante el tiempo de la condena"<sup>655</sup>. Y esto, además, nos hace pensar si no habrá mucho acierto en el dictamen de Greene y Cohen: «*For the law, neuroscience changes nothing and everything*»<sup>656</sup>.

#### b) Las neurociencias y el castigo penal

Hemos señalado que, en nuestra opinión, los relativamente recientes estudios neurobiológicos y los conocimientos que la investigación cerebral ha obtenido sobre el (auto)gobierno de la conducta del ser humano reclaman una nueva lectura, no solo de la culpabilidad penal, sino también del castigo penal, e incluso —y en

<sup>653</sup> Balcarce, *La culpabilidad: antes y después de la neurociencia*, 2014, p. 101.

<sup>654</sup> Balcarce, *La culpabilidad: antes y después de la neurociencia*, 2014, ps. 102 y 103.

<sup>655</sup> Balcarce, *La culpabilidad: antes y después de la neurociencia*, 2014, p. 117.

<sup>656</sup> Greene - Cohen, *For the law, neuroscience changes nothing and everything*, en "Philosophical Transactions of The Royal Society, Biological Sciences", 2004, vol. 359, n° 1451, ps. 1775 a 1785. En lengua española: "Para el Derecho, la neurociencia cambia nada y todo".

*especial— de su ejecución.* Sobre esto último versará específicamente esta contribución.

Si se pretenden estudiar seriamente las posibles contribuciones de las neurociencias a la configuración del tratamiento penitenciario, resulta imprescindible formular algunas *estipulaciones previas*.

En este sentido, es conveniente recordar que —según subrayamos con anterioridad— las convenciones internacionales de derechos humanos constitucionalizadas por el art. 75, inc. 22 de la CN<sup>657</sup> traen normas que consagran distintos derechos, entre los cuales se encuentra el derecho de todo recluso a que el régimen penitenciario consista en un tratamiento cuya finalidad esencial sea la *reforma y la readaptación social* del condenado (arts. 10, ap. 3º, PIDCP; 5º, ap. 6º, CADH).

Asimismo, estos tratados internacionales establecen que toda persona privada de libertad tiene derecho a ser tratada humanamente y con el respeto debido a la *dignidad inherente al ser humano* (arts. 10, ap. 1º, PIDCP; 5º, ap. 2º, 2ª disposición, CADH).

A este conjunto de normas se añade, finalmente, la ley nacional argentina 24.660, de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad (BO, 16/7/96), que sienta las reglas a que debe ajustarse la ejecución de esta especie de pena, en todas sus modalidades.

Pues bien, esta ley complementaria del Código Penal establece ciertos "Principios básicos de la ejecución" en su Capítulo I, cuyo art. 1º prescribe que la ejecución de dicha especie de pena tiene por finalidad lograr que el condenado logre su *adecuada reinserción social*.

Para concluir, y acercarnos un poco más a nuestro específico objeto de estudio, es pertinente remarcar que, a partir de la interpretación sistemática de los arts. 1º, 5º y 6º de la ley nacional 24.660 se extrae con meridiana claridad que uno de tales principios establece que la reinserción social del condenado debe lograrse mediante un *régimen progresivo, con un tratamiento interdisciplinario, programado e individualizado* que resulte *apropiado para la finalidad enunciada*.

El ordenamiento jurídico, pues, no se conforma con que la ejecución de la pena privativa de la libertad procure la adecuada reinserción social del condenado, sino que exige, además, que tal cometido se desarrolle *por medio de determinadas herramientas*, a saber: un *régimen penitenciario* y un *tratamiento carcelario* que reúnan determinadas condiciones.

<sup>657</sup> Mediante la regla del art. 75, inc. 22 de la CN quedó zanjada la vieja discusión relativa a la *posición jerárquica* de los tratados internacionales y las leyes nacionales. Es que la reforma constitucional de 1994, además de equiparar a ciertos tratados internacionales de derechos humanos con la propia Constitución de la Nación, *consagró la superioridad jerárquica de los tratados respecto de las leyes*; lo hizo en los siguientes categóricos términos: "Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes".

El *régimen penitenciario* es el conjunto de normas que regulan todos los aspectos de la vida de las personas privadas de su libertad en cumplimiento de una pena; en particular, los relativos a la convivencia, la disciplina y el trabajo.

En cambio, el *tratamiento penitenciario* es el conjunto de actividades terapéutico-asistenciales que se desarrollan en el interior carcelario, que tienen por finalidad lograr la adecuada reinserción social del condenado.

Es un distingo importante, porque el ordenamiento jurídico establece que serán *obligatorias "las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo"*, y que toda otra actividad que integre el tratamiento tendrá "*carácter voluntario*" (art. 5º, LEPPL).

La *obligatoriedad del régimen penitenciario* se justifica en la pretensión de asegurar un *desarrollo ordenado de la vida carcelaria*.

Por su lado, el carácter facultativo del *tratamiento penitenciario* se explica en la *vigencia del derecho a la dignidad personal del interno —de jerarquía constitucional* (arts. 10, ap. 1º, PIDCP; 5º, ap. 2º, 2ª disposición, CADH)—, que presupone el respeto irrestricto a su *capacidad de adoptar libremente sus propias decisiones* sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que lo rodea, esto es, a su *aptitud de autodeterminarse respecto de sus propios intereses sin injerencias externas*.

Pero, además de este fundamento dogmático-jurídico de la naturaleza voluntaria del tratamiento, existe una *justificación utilitarista* —si es que cabe la expresión— de este rasgo.

En efecto, la eficacia de cualquier tratamiento penitenciario presupone, como *elemento necesario*, la *adhesión voluntaria y activa del penado* a la intervención terapéutico-asistencial de la agencia penitenciaria, esto es, su libre, genuina y, aun, colaboradora sujeción a tal injerencia estatal. Es que, cualquier cambio psicológico, cualquier cambio de comportamiento que se pretenda en el condenado solo podrá aspirar a un grado plausible de eficacia si el recluso *asume voluntaria y decididamente* un tratamiento penitenciario dirigido a tal fin.

A este respecto, Roxin aduce que "... hasta la mejor terapia carece de sentido si el condenado no la acepta. Los esfuerzos terapéuticos *solo pueden tener éxito si el recluso coopera voluntariamente* en el desarrollo resocializador de su personalidad"<sup>658</sup>.

Mas esa *adhesión voluntaria* del preso al tratamiento penitenciario, para ser admitida como tal, debe ser *genuina*, esto es, producto de una decisión adoptada por el recluso con discernimiento, intención y libertad (art. 260, CCCN). Y, como es sabido, la violencia es un vicio de la voluntad, por lo que la fuerza irresistible y las amenazas que generan el temor de sufrir un mal grave e inminente que no se pue-

<sup>658</sup> Roxin, "Transformaciones de la teoría de los fines de la pena", en AA.VV., *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje al profesor Claus Roxin*, 2001, p. 224.

dan contrarrestar o evitar en la persona o bienes de la parte o de un tercero, causan la nulidad del acto (art. 276, CCCN).

En razón de todo ello, entonces, ha de quedar claro que las actividades terapéutico-asistenciales que conforman el tratamiento penitenciario solo pueden implementarse en procura de la adecuada reinserción social del recluso cuando este se somete a tal intervención de la agencia penitenciaria del Estado, por virtud de una decisión genuinamente voluntaria. La educación, el trabajo remunerado —no ya las labores generales del establecimiento carcelario—, el asesoramiento psicológico individual y la terapia de grupo, entre muchas otras actividades que integran el tratamiento penitenciario, deben continuar proveyéndose a los condenados, pero sobre una base *exclusivamente voluntaria*. No debe haber indicación alguna de que la liberación de un preso pueda acelerarse debido a su participación en tales programas, ni de que pueda postergarse a causa de su omisión de tomar parte.

Ya dichas estas cosas, señalaremos que las *neurociencias* tienen por objeto *conocer el funcionamiento del cerebro*.

Ante esto, parece innegable que la configuración de un tratamiento penitenciario orientado a que el recluso —una vez recuperada su libertad— opte por acomodar su comportamiento a las exigencias de la legalidad, *debe tener en cuenta los aportes que puedan llevar a cabo aquellas disciplinas*.

Lo aseverado es de tal forma, puesto que el delito es, en la concepción que nosotros defendemos, un *conflicto social* que produce una lesión jurídica, que es provocado por una decisión autónoma de un ente responsable (persona) al que se puede reprochar y que puede explicarse en función de “factores de riesgo” de delincuencia vinculados con el inicio, el mantenimiento y la finalización de la actividad delictiva<sup>659</sup>; y entre estos factores de riesgo delictivo podrían ubicarse *ciertos rasgos y características biológicas que determinarían o, al menos, predispondrían al sujeto a cometer delitos*.

En esta última sede de análisis es, en definitiva, donde podrían mostrar su mayor capacidad de rendimiento las contribuciones de las neurociencias al estudio y desarrollo de los tratamientos penitenciarios de reclusos. La configuración del cerebro de determinadas personas podría erigirse, según algunos postulados neurobiológicos, en “factor de riesgo” delictivo —*de carácter claramente estático*— que ayudaría a comprender la etiología del fenómeno delictivo.

<sup>659</sup> Estos “factores de riesgo” delictivo, concebidos como aquellas circunstancias que se enlazan con el inicio, el mantenimiento y la finalización de la actividad criminal de una persona, pueden ser clasificados en “estáticos” y “dinámicos”, conforme su mayor o menor posibilidad de modificación. Ejemplo de la primera categoría es la psicopatía de una persona, mientras que sus cogniciones o el consumo de drogas pueden emplazarse entre los factores dinámicos de riesgo criminal. Sobre todo esto, véase Redondo Illescas - Andrés Pueyo, *La psicología de la delincuencia*, en “Papeles del Psicólogo”, vol. 28(3), 2007, p. 149.

Podrán avizorarse ya las derivaciones posteriores de estas tesis: ante una persona determinada en sus acciones por la particular configuración de su cerebro, todo tratamiento penitenciario dirigido a lograr que el recluso adquiera *herramientas* que le permitan desarrollar sus competencias sociales para una vida lícita y, con ello, preferir opciones de vida emplazadas en el marco de la legalidad, *no tendría ninguna justificación ni razón de ser*. Las medidas de seguridad se impondrían, pues, como alternativa única ante un tal sujeto biológicamente determinado en su comportamiento peligroso para terceros.

Con todo, y como hemos señalado previamente, la información neurocientífica hoy disponible demuestra que los experimentos de las “ciencias del cerebro” no resultan *todavía* suficientemente sólidos como para echar por tierra la “intuición” de que las acciones tienen lugar porque hemos decidido realizarlas.

Ante esta —al menos, por ahora— provisional estrechez de las conclusiones neurobiológicas, podemos aseverar que los *aportes de las ciencias del cerebro en relación con la diagramación del tratamiento penitenciario* habrán de apreciarse, especialmente, en los ámbitos que describiremos a continuación.

Primeramente, en la *determinación de las características individuales de tipo neurobiológico* que, en el caso de cada recluso singular, se erijan en *factores estáticos de riesgo delictivo*, que contribuyen al riesgo actual de inicio o mantenimiento de la actividad delictiva, pero que son de difícil o, en algunos supuestos, de imposible modificación.

En este espacio, las constataciones neurobiológicas en modo alguno deben conducir a una nuda aceptación de una suerte de “manifestación *tardomoderna*” del positivismo criminológico decimonónico —y su figura del *delincuente nato* producto de características o anomalías corporales o mentales de los individuos—, sino a la identificación, por vía de exclusión, de las circunstancias que, por su carácter dinámico, *deben ser especial, específico y preponderante objeto de trabajo* de los profesionales encargados de la implementación del tratamiento carcelario orientado a la reinserción social del delincuente.

El descubrimiento de los rasgos específicos de la configuración neurobiológica del individuo posibilitará que el tratamiento penitenciario se centre adecuadamente en aquellos aspectos, *que justamente son las aristas distintas de los aspectos concernientes a la particular disposición cerebral de cada ser humano*, susceptibles —atento su carácter “dinámico” o *sustancialmente modificable*— de beneficiarse con una injerencia estatal adecuada para reducir la vulnerabilidad de un individuo que culminó en su prisionización por la comisión reprochable de un hecho delictivo<sup>660</sup>.

<sup>660</sup> Con referencia a la eventual existencia de rasgos del cerebro del delincuente que determinan su conducta antisocial, cabe señalar que los neurocientíficos, partiendo de la premisa de que el hombre se encuentra biológicamente determinado, proponen el control del delito a través

Los tratamientos penitenciarios, en lo que a su componente psicológico se refiere, consisten en actividades cuyo objetivo es reducir los factores de riesgo dinámicos que se asocian a la actividad delictiva, entendida esta como fenómeno complejo, multicausal y, por ello, necesitado de múltiples y diversas intervenciones. Ahora bien, es dable aseverar que la actividad delictiva se origina y se mantiene por diversas circunstancias, entre las cuales se incluyen, *no solo posibles rasgos biológicos* (por ejemplo, baja actividad del lóbulo frontal), sino también, y acaso especialmente, *la interacción del sujeto con el contexto, la ruptura de sus vínculos sociales y su vulnerabilidad.*

En este sentido, corresponde subrayar que una elemental caracterización de dicho estereotipo del sujeto cuya desmañada comisión de delitos —que se evidencia en la importante cantidad de hechos sorprendidos en flagrancia— *lo lleva a la condena y, con esta a la cárcel,* puede extraerse de los informes correspondientes a las estadísticas oficiales en materia de criminalidad y funcionamiento del sistema de justicia de la República Argentina<sup>661</sup>, de las que surge que tal arquetipo puede sintetizarse en el perfil de un *hombre joven, soltero, con escasa instrucción, desocupado y sin capacitación laboral, que comete delitos contra la propiedad,* en su mayoría, robos, hurtos o conatos de estos ilícitos, y que está emplazado en el grupo de la población *pobre o indigente.*

Ante este estado de cosas, las alternativas de tratamiento penitenciario que *a priori* se muestran más adecuadas o, si se quiere, con mayor idoneidad potencial para procurar la adecuada reinserción social del condenado son los *modelos cognitivo-conductuales, de aprendizaje social y cognitivo-sociales,* en los que la finalidad de la injerencia de los servicios penitenciarios es entrenar a individuos con déficits en habilidades, cogniciones y emociones prosociales, en competencias imprescindibles para la vida social. Este entrenamiento en herramientas indispensables para la inserción legal del condenado en el ambiente social se lleva a cabo por medio de estrategias tales como, por ejemplo, *el desarrollo de nuevas habilidades, el desarrollo del pensamiento, la regulación emocional y el control de la ira.* También el *modelado de conductas alternativas, la discusión de dilemas, el desarrollo de autoeficacia en res-*

del *tratamiento neurológico;* pero este, como veremos luego en el texto principal, es pasible de consistentes reproches, entre los que se encuentra, como objeción “de partida”, la aparentemente ineludible falta de legitimidad de la posibilidad de que el Estado imponga intervenciones de tales características en contra de la voluntad de personas “autónomas”. La vulneración al “principio de autodeterminación” del ser humano, derivado de la “regla de reserva” del art. 19 de la CN, parecería palmaria en esta hipótesis.

<sup>661</sup> Sobre esto, véase Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP), Dirección Nacional de Política Criminal en Materia de Justicia y Legislación Penal (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina), “Informe Anual 2014”, disponible en [www.jus.gob.ar/medial3074134/informe\\_sneep\\_argentina\\_2014.pdf](http://www.jus.gob.ar/medial3074134/informe_sneep_argentina_2014.pdf) (accedido el 9/5/16).

*puestas asertivas en lugar de agresivas, y el entrenamiento atribucional sobre claves sociales.* En orden al desarrollo de nuevas habilidades, parece evidente que el arquetipo de las personas alojadas en las cárceles argentinas demanda que el tratamiento ofrezca a esos jóvenes con escasa instrucción, desocupados y sin capacitación laboral *instrumentos eficientes para su propia emancipación y preparación para la vida lícita en contexto de libertad;* y las características de los reclusos que acaban de citarse aportan “buenas razones” para sostener que, para estas personas, las herramientas apropiadas para su reinserción social vienen dadas por proceso de formación de su personalidad que comprende la *instrucción del individuo y su capacitación laboral;* ellas le permitirán contar con herramientas prosociales para ser “competentes” en el tráfico social y laboral. Sin perjuicio de todo esto, también resulta imprescindible que el condenado aprenda *nuevas habilidades y hábitos de comunicación no violenta, de responsabilidad familiar y laboral, y de motivación de logro personal,* entre otros, los que sentarán las bases para que el recluso advierta la *utilidad del tratamiento y acepte el cambio que se quiere alcanzar con el mismo.*

Por otro lado, es claro que el estereotipo de persona cuya torpe comisión de delitos la lleva a la cárcel *no se agota en estos hombres jóvenes que cometen delitos contra la propiedad,* a los que antes nos hemos referidos, o, incluso, en sujetos temerarios o que cometen delitos por convicción. Estos mismos individuos de sexo masculino, solteros, poco instruidos, sin ocupación ni capacitación laboral llenan, en las estadísticas, un importante lugar en tanto autores de delitos contra las personas y delitos contra la integridad sexual. De aquí que aspectos tales como, por ejemplo, los *componentes compatibles con los trastornos de personalidad psicopáticos de tipo antisocial, límite o paranoide,* o con la *perversidad o la estructuración parafilica del psiquismo del sujeto,* materializan aristas a tener particularmente en cuenta a la hora de desentrañar —para el diseño de un tratamiento penitenciario adecuado a las mismas— las causas que hacen que el poder punitivo se concrete en vinculación con una persona determinada.

Pero las aportaciones de las neurociencias en orden a la diagramación del tratamiento penitenciario se muestran útiles también en la *acreditación de casos de personas con daños cerebrales* que no han tenido incidencia alguna en la capacidad de culpabilidad del sujeto, pero no obstante *han influido en la generación de comportamientos violentos, sádicos, sexualmente desviados o equivalentes a estos.*

En esta dirección, es dable afirmar que, si existe evidencia científica que compruebe acabadamente que hay relación entre déficits neurológicos y perpetración de delitos —o, al menos, de *cierta clase* de delitos—, parecería en principio razonable que se indague sobre las posibilidades de las injerencias neurológicas para remover las causas de esa índole que inciden en la aparición de conductas como las mencionadas.

Con todo, esta posibilidad ha de colisionar con atendibles objeciones, no solo de corte jurídico (como la que hemos adelantado al hacer referencia a los riesgos de

lesión al principio de autodeterminación y al derecho a la dignidad de la persona), sino también de tipo "empírico", derivados de un tratamiento neurológico que pueda *modificar la estructura cerebral del delincuente*.

Sentado esto, déjense que profundicemos este apartado en forma ordenada y analítica.

1 — A título preliminar, corresponde subrayar aquí que *no deben descartarse las técnicas cognitivo-conductuales —ni los modelos de aprendizaje social, ni los modelos cognitivo-sociales—* para el universo de casos que ahora examinamos, pues también el tratamiento de la hétero-agresión o la perversión en personas con lesiones cerebrales responde positivamente a este tipo de estrategias. Es que, aun cuando los individuos con un mayor riesgo en factores estáticos (históricos y personales, no modificables) requieren intervenciones más intensivas, el comportamiento violento, sádico o perverso de personas con lesiones cerebrales —pero capaces de comprender la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones— no parece nunca impulsado *únicamente* por tales daños anatómicos, sino también por elementos dinámicos de riesgo criminal cuyo abordaje reduce la "idoneidad criminógena" (*sit venia verbo*) de aquellos. El daño sufrido en el córtex prefrontal del cerebro *predispone pero no determina totalmente* a la persona a cometer actos delictivos, conforme lo prueba el hecho de que existen sujetos que tienen esa zona lesionada, mas no han cometido ningún delito. De tal suerte, en estas hipótesis, el trabajo sobre distorsiones cognitivas, el desarrollo de la empatía con las víctimas, la mejora de la capacidad de relación personal, la disminución de actitudes y preferencias sexuales hacia la agresión o hacia los niños, la prevención de recaídas, el autorregistro de emociones de ira, la desensibilización sistemática y la relajación, el modelado de comportamientos no violentos, el reforzamiento de respuestas no violentas, el entrenamiento en comunicación y la reestructuración cognitiva de creencias sexistas y justificadoras de la violencia constituyen *ingredientes terapéuticos eficaces para limitar el "catálogo" general de factores de riesgo de una persona violenta, sádica o perversa*, e incluso limitar, como sostuvimos, la incidencia criminógena del daño en el cerebro del sujeto.

Por lo demás, el valor de dichas técnicas para estos supuestos se extrae igualmente de una circunstancia que debe ser mencionada, a saber: la neurociencia no nos puede decir que el cerebro piensa, cree, sabe, tiene la intención o toma decisiones; las personas en su conjunto son los objetos de aplicación de tales conceptos. Y las personas no solo poseen un funcionamiento cerebral determinado, sino también *procesos deliberativos* que le permiten *escoger entre distintas alternativas en función de complejos juicios morales, valorativos o de índole equivalente*. De aquí que la naturaleza de la subjetiva y la conciencia *deben interpretarse y explicarse incluyendo*, además de los datos biológicos o naturales, *los elementos sociales y culturales en los aquellas se apoyan*, o sea, datos de carácter intersubjetivo.

2 — Los daños cerebrales a los que nos referimos son las llamadas "lesiones limitadas", o sea, lesiones ubicadas en zonas particulares y exactamente localizadas de la corteza cerebral, que *no tienen incidencia en la disminución de la imputabilidad penal, pero sí en la generación del comportamiento agresivo*.

Sin perjuicio de que las lesiones limitadas pueden producirse en uno u otro de los cuatro lóbulos del cerebro, nuestra atención descansa específicamente en los daños localizados en los lóbulos frontales, porque estas lesiones *tienen una influencia profunda en la personalidad del sujeto*. Las personas que padecen lesiones en el córtex prefrontal tienen dificultades a la hora de estabilizar su conducta, careciendo de un propósito general en sus acciones. Se producen en estos individuos *fallas en las respuestas afectivas y emocionales al momento de adecuarse a las situaciones ambientales*, probablemente como consecuencia de una pérdida de la influencia moduladora ejercida por el neocórtex sobre los mecanismos límbicos —a través del lóbulo frontal—, y aquellos usualmente exhiben drásticos cambios de humor y carácter, como euforia y falta de iniciativa. Nos detenemos en estos casos, en definitiva, porque las lesiones en los lóbulos frontales de una persona *afectan el centro de toma de decisiones*, que además aporta la comprensión fundamental para que sintamos por nosotros mismos y tengamos empatía con otros, y la *capacidad de elegir —en función de emociones y razones— las opciones más favorables para nuestra supervivencia social* en una comunidad jurídicamente organizada. Y *hay buenas razones, e incluso estudios de campos que así lo demuestran*, para hallar en los daños de los lóbulos frontales de un sujeto factores determinantes o condicionantes, no solo de su comportamiento social *genéricamente errático*, sino conductas agresivas, violentas o sádicas.

Junto a estos déficits cerebrales pueden apreciarse asimismo *modificaciones físicas evidentes que afectan sobre todo a los neuromoduladores dopamina y serotonina*, que *juegan un papel muy importante en el control de los impulsos*. Si bien los déficits en el sistema de la serotonina *están condicionados en buena medida genéticamente*, también pueden resultar de influencias negativas del entorno de carácter muy variado desde la etapa previa al nacimiento (abandono, violencia, abusos, etcétera).

Causas de la agresividad desde esta perspectiva pueden ser, en primer lugar, un déficit afectivo-emocional primario, que conduce a una valoración errónea de los sucesos del entorno, y en segundo lugar, un sentimiento de amenaza e inseguridad como consecuencia del aislamiento social en la infancia. Se advierte, en definitiva, la identificación de factores tanto biológicos como *externos* a la configuración cerebral de las personas o *ambientales —sit venia verbo—*, que condicionan la conducta agresiva o sexualmente antisocial. No reparar en uno u otro de estos aspectos nos haría incurrir en el yerro de una posible "antropología omnicompreensiva" que hace que importantes factores psíquicos, sociales y culturales que contribuyen a condicionar los fenómenos psicocerebrales queden fuera de nuestra consideración.



3 — El tratamiento neurológico que, *juntamente* con las terapias cognitivas o de aprendizaje social, puede resultar idóneo para tratar estas lesiones cerebrales con influencia en el comportamiento hétero-agresivo de un ser humano, debe hallarse teniendo siempre en cuenta el "programa constitucional" de la ejecución de la pena privativa de la libertad que rige en nuestro país, *en cuanto exige que la realización del encierro carcelario persiga una finalidad preventiva especial positiva y que lo haga respetando la dignidad del recluso.*

En función de esto, parece posible pensar en la admisibilidad de *intervenciones psicofarmacológicas* para tratar la agresividad del condenado. Esto lo afirmamos reparando más en *los aspectos bioquímicos del comportamiento antisocial agresivo*, que en la anatomía del cerebro —*de una persona con daños en la corteza prefrontal o cualquier otro sector decisivo en la toma de decisiones morales y sociales, o incluso de un sujeto sin una estructura cerebral lesionada*—, la "neurogenética" de la agresión o los factores ambientales condicionantes. Es que, en general, las investigaciones experimentales indican que *la disminución de la serotonina aumenta la conducta agresiva*, a la vez que *el incremento de serotonina disminuye esta clase de comportamiento.*

Consolidez científica, Gallardo-Pujol, Forero, Maydeu-Olivares y Andrés-Pueyo señalan: "... a pesar de los espectaculares avances que se han producido recientemente en las técnicas de neuroimagen, se precisan también aproximaciones complementarias para el estudio del cerebro de los sujetos violentos para apreciar no solo cómo son estructuralmente, sino para ver *cómo funcionan bioquímicamente.* En este sentido, sobresalen los estudios de Virkunen *et al*, quienes relacionaron la función serotoninérgica con trastornos relacionados con el control de los impulsos (...) Con posterioridad, el grupo de Coccaro ha relacionado con bastante éxito la función serotoninérgica con comportamientos del espectro antisocial (...), como por ejemplo la agresión impulsiva. La serotonina (5-HT) no ha sido el único neurotransmisor implicado en el comportamiento antisocial, aunque sí el más importante. Concretamente, se ha demostrado que niveles bajos de 5-HT se asocian a niveles más elevados de impulsividad y agresividad, e incluso las manipulaciones que reducen los niveles de 5-HT incrementan posteriormente los niveles de impulsividad y agresividad (...) También se han visto implicados otros neurotransmisores, como la dopamina. Así, parece que el comportamiento agresivo requiere que las neuronas dopaminérgicas mesocorticolímbicas permanezcan intactas (...), aunque estas neuronas también están implicadas en aspectos motivacionales en otros comportamientos. El ácido -aminobutírico (GABA), la noradrenalina, el óxido nítrico o la monoaminooxidasa (MAO), entre otros, se han relacionado de una forma u otra con aspectos del comportamiento antisocial ..." <sup>662</sup>

<sup>662</sup> Gallardo-Pujol - Forero - Maydeu-Olivares - Andrés-Pueyo, *Desarrollo del comportamiento antisocial: factores psicobiológicos, ambientales e interacciones genotipo-ambiente*, en "Revista de Neurología", 2009, 48 (4), p. 193.

En función de esto, es dable postular la admisibilidad, acaso conveniencia<sup>663</sup>, de incluir, *dentro del tratamiento penitenciario que voluntariamente acepte realizar el recluso condenado por la comisión dolosa de un delito violento, intervenciones psicofarmacológicas* que se valgan de sustancias que, como por ejemplo la fluoxetina, inhiben la recaptación de serotonina (que incrementa sus niveles), mediante una clara y comprobada acción antiagresiva en sujetos con conducta violenta e impulsiva.

Así y todo, la finalidad preventivo especial positiva que el ordenamiento jurídico argentino atribuye a la ejecución de la pena privativa de la libertad y, más aun, el principio constitucional de respeto a la dignidad personal del interno demandan que *dicha aceptación voluntaria del tratamiento carcelario se exprese, en específica relación con esta clase de terapias farmacológicas, a través de un consentimiento libre e informado*, que el individuo deberá prestar expresamente luego de haber sido impuesto de los efectos, posibles reacciones colaterales y todo otro aspecto relevante de las mismas, como así también de la absoluta e incondicionada facultad de retirar su conformidad cuando lo estime pertinente.

Por lo demás, es evidente que la legitimidad del tratamiento neurológico farmacológico para la remoción de las determinantes neurológicas del comportamiento agresivo *se encuentra absolutamente subordinada a la existencia de evidencia científica suficiente en orden a las sustancias que se pretendan utilizar, su composición, sus efectos, sus posibles derivaciones colaterales, sus contraindicaciones y toda otra información de trascendencia.*

Para quien pueda pensar que este tipo de injerencia farmacológica resulta más *agresiva* o, si se quiere, más *invasiva* que las técnicas cognitivo-conductuales, del aprendizaje social o cognitivo-sociales, diremos que se trata de un posible reproche carente de sustento. Lo afirmado es de tal forma, porque *no solo los tratamientos neurológicos de índole farmacológica inciden en el funcionamiento —e incluso la estructura— del cerebro, sino que también las terapias cognitivas tienen ese efecto.* Sea una u otra de estas alternativas terapéuticas la que se utilice, si ella resulta eficaz y consigue el efecto de resocialización es porque a través del tratamiento se han conseguido modificar las conexiones neuronales —las estructuras cere-

<sup>663</sup> En esta orientación, ya hay autores que, desde la neuroética, aseguran que los avances neurocientíficos *pueden tener un destacado papel en el ámbito jurídico*, mediante el uso —al que nos venimos refiriendo en el texto principal, y cuyo posible empleo siempre *lo subordinamos a la legitimidad derivada del respeto irrestricto a los límites materiales* (resocialización del recluso como fin de la pena, respeto a la dignidad del condenado y consideración de este como verdadero sujeto de Derecho, entre otros) que *definen* la ejecución de la pena en nuestro ordenamiento jurídico —*de técnicas o neurofármacos como medidas asociadas a la pena o a la rehabilitación de transgresores* (Capó *et al*, *Neuroética. Derecho y neurociencia*, en "Ludus Vitalis", vol. XIV, nº 25, 2006, p. 173).

brales—, y ello a través de modificaciones bioquímicas en el propio cerebro; solo así se modifican las pautas de conducta del individuo<sup>664</sup>.

Esto es así, como vimos, en razón de los efectos que tiene la adversidad ambiental sobre el desarrollo del comportamiento antisocial: los factores ambientales —insistimos— interactúan con los genéticos, transformándolos, e inciden conjuntamente en la variabilidad de la agresividad y de los trastornos de conducta de los seres humanos. Se trata, en síntesis, de la comprobada relación directa entre el efecto del entorno en combinación con determinados genes, a los que aquel modifica, influyendo en la generación de conductas antisociales agresivas o violentas.

4 — En específica vinculación con los casos de sujetos cuya agresividad responde a *lesiones cerebrales en el córtex prefrontal*, conviene añadir que existen estudios que comprueban contundentemente que no solo *psicofármacos antidepressivos o anticonvulsivos* como la citada fluoxetina (u otros como, por ejemplo, la sertralina, la fluvoxamina o el citalopram) poseen certificada *acción antiagresiva*. También producen este efecto los *ansiolíticos* como, *verbi gratia*, la benzodiacepina. Sin lugar a dudas que corresponderá a la ciencia trabajar sobre *protocolos de comprobación de resultados de los efectos de los distintos psicofármacos* que se muestren consistentemente sustentados por evidencia efectiva y confiable, y se amplíe así el listado de sustancias que puedan ofrecerse al recluso que libre e informadamente consienta a que se le suministren agentes que incidan positivamente sobre los *determinantes bioquímicos de la conducta antisocial agresiva*.

### c) *Meditaciones de cierre*

Para culminar, diremos que, para nosotros, la diagramación de un sistema de justicia penal, e incluso de un programa de ejecución de la pena privativa de la libertad orientada a lograr la adecuada reinserción social del delincuente, no debe, a esta altura del desarrollo de los conocimientos *multidisciplinarios*, evitar acriticamente que se conjuguen las aportaciones de los neurocientíficos con las de los psi-

<sup>664</sup> Pérez Manzano, *Fundamentos y fines del derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia*, en "InDret", abr. 2011, disponible en [www.indret.com/pdf/818.pdf](http://www.indret.com/pdf/818.pdf), p. 30. En el mismo texto, la jurista española añade: "La diferencia reside en que las terapias psicológicas y educativas tradicionales parecen seguir un método indirecto y más lento de incidencia en el cerebro que los tratamientos neurológicos más modernos, de modo que estos pueden ser más aflictivos y acabar afectando la identidad personal. Ni la velocidad con la que se produce el efecto deseado ni el carácter directo de su incidencia en el cerebro convierte en ilegítimos los tratamientos neurológicos, solo los hace más peligrosos si sus efectos fueran negativos o afectan a la propia identidad personal; por ello se ha de exigir un mayor control por la comunidad científica para admitir que los tratamientos han sido contrastados de forma suficiente y un mayor control por las instituciones jurídicas en la autorización de las terapias individuales como respuesta al delito" (ps. 30 y 31).

cólogos, los investigadores clínicos y los científicos sociales, con el objetivo de que el jurista construya una dogmática penal que no prescindiera de una estructura conceptual de las interacciones entre el cerebro, el comportamiento y el contexto social, que llegue a tener impacto en la ley, en la política social y también en el campo del funcionamiento de la administración de justicia criminal<sup>665</sup>.

Hay quienes, como Ryan, aseguran: "Una Nueva Rehabilitación ha surgido de recientes avances científicos en la farmacología, la genética, y la neurociencia. Esta Nueva Rehabilitación se diferencia en la forma de la rehabilitación que era popular antes de los años '70. Ella se enfoca en el comportamiento del delincuente más que en su carácter, y, por consiguiente, es más propicia para alcanzar la reforma del delincuente por transformaciones bioquímicas en vez de cambios de los caracteres de los delincuentes. Reconocer el papel significativo de la ciencia en la consecución de esta Nueva Rehabilitación es esencial para comprender su nuevo carácter. Y la comprensión de este nuevo carácter es importante para la determinación del papel que esta Nueva Rehabilitación debería jugar en nuestro sistema de justicia criminal"<sup>666</sup>.

Parte de cuanto hemos expresado en el presente texto quizás transite en la dirección señalada por la jurista norteamericana, pues hemos procurado demostrar cómo los conocimientos de las neurociencias pueden contribuir a la configuración del tratamiento penitenciario, por ejemplo —y en otras formas—, a través del establecimiento de las bases de intervenciones psicofarmacológicas que logren comprobados efectos antiagresivos en sujetos con conducta violenta e impulsiva que hayan consentido libre e informadamente ingerir tales psicofármacos.

Ahora bien, no coincidiremos con Ryan, en cuanto a que las demandas constitucionales de la dignidad humana "... sugieren que los esfuerzos en la rehabilitación debieran tratar los caracteres de los delincuentes más que solamente sus comportamientos, que pueden ser más superficiales en su naturaleza. Una mayor apreciación de la importancia de la farmacología, la genética, y la neurociencia, puede

<sup>665</sup> *Mutatis mutandis*, Pozuelo Pérez, *Sobre la responsabilidad penal de un cerebro adolescente. Aproximación a las aportaciones de la neurociencia acerca del tratamiento penal de los menores de edad*, en "InDret", abr. 2015, p. 21.

<sup>666</sup> Ryan, *Science and the new rehabilitation*, en "Legal Studies Research Paper Series", n° 97, 2013, p. 51. En el original se lee: «A New Rehabilitation has emerged from recent scientific advances in pharmacology, genetics, and neuroscience. This New Rehabilitation differs in form from the rehabilitation that was popular prior to the 1970s. It focuses on offender behavior rather than offender character, and, as a result, is more hospitable to achieving offender reform through biochemical transformations instead of changes in offenders' characters. Recognizing science's significant role in bringing about this New Rehabilitation is essential to understanding its new character. And understanding this new character is important to determining the role that this New Rehabilitation should play in our criminal justice system» (la traducción es nuestra).

ayudar a funcionarios con poder de decisión a guiar a este nuevo movimiento de rehabilitación en la dirección correcta”<sup>667</sup>. Para nosotros, un *Estado democrático de Derecho y basado en el principio de la autonomía individual*, como el argentino, exige que la adecuada reinserción social del delincuente que persigue la ejecución de la pena privativa de la libertad se logre en función de un modelo de “resocialización para la legalidad” o *paradigma resocializador mínimo*<sup>668</sup>, que se oriente exclusivamente a lograr que el condenado adecue su *comportamiento externo* al marco de la ley, y no que interiorice y haga suyos los criterios valorativos dominantes en la sociedad en que ha de integrarse. Es que esto último importaría, sin más ni más, una *intolerable violación del derecho a la dignidad humana*, que —como hemos visto— ha sido específicamente consagrado por el art. 10, ap. 1° del PIDCP, y por el art. 5°, ap. 2°, 2ª disposición de la CADH, respecto de toda persona privada de libertad: este derecho a la dignidad personal reconoce, como perteneciente a cada ser humano, una capacidad personal que le permite adoptar —libremente, sin ninguna injerencia estatal— sus propias decisiones sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que lo rodea.

<sup>667</sup> Véase Ryan, *Science and the new rehabilitation*, en “Legal Studies Research Paper Series”, n° 97, 2013, p. 51, donde textualmente se lee: «*Constitutional demands of human dignity suggest that rehabilitative efforts ought to treat offenders’ characters rather than just their behaviors, which may be more superficial in nature. A greater appreciation for the importance of pharmacology, genetics, and neuroscience, may help decisionmakers to shepherd this new rehabilitative movement in the right direction*» (la traducción nos corresponde).

<sup>668</sup> Sobre la distinción entre paradigmas de “resocialización para la moralidad” y de “resocialización para la legalidad”, véase Arocena, *Los principios básicos de la ejecución de la pena privativa de la libertad*, 2014, p. 71 y siguientes.

## Capítulo III

### La Parte Especial

«El instinto, la intuición o la lucidez, es que primero conduce a las creencias que la razón subsiguiente confirma o refuta; pero la confirmación, cuando es posible, consiste en último término en la conformidad con otras creencias igualmente instintivas. La razón es una fuerza armonizadora, controladora, más que creativa. Hasta en el reino más puramente lógico es la lucidez la primera en llegar a lo nuevo» \*

En los últimos años se ha renovado la discusión sobre los límites del principio de legalidad en el ámbito de las figuras delictivas como así también la necesaria generalización de la parte especial.

#### § 25. El principio de legalidad

«Con demasiada frecuencia ser experto no es suficiente para comprender cabalmente el contenido del Derecho penal» \*\*

Se nos enseñó que el corolario de la determinación del delito y de la pena (*lex certa*), vinculado a la interpretación de la ley, solo tenía excepciones: las leyes penales en blanco y los tipos abiertos.

Hoy sabemos que el tipo tiene tres clases de apertura: a) una amplísima, la que proviene de los caracteres del lenguaje natural que, de manera necesaria, utiliza el legislador (textura abierta, ambigüedad, vaguedad); b) otra amplia, proveniente de la necesaria remisión que todas las figuras tienen a las otras ramas jurídicas; por

\* Russell, *Misticismo y lógica. Y otros ensayos*, 1ª reimpr., 2010, p. 41.

\*\* Husak, *Sobrecriminalización. Los límites del derecho penal*, 2013, p. 52.