

Julio B. J. Maier y  
Alberto M. Binder (comps.)

# EL DERECHO PENAL HOY

HOMENAJE AL  
PROF. DAVID BAIGÚN

Editores del Puerto





# EL DERECHO PENAL HOY

HOMENAJE AL PROFESOR  
DAVID BAIGÚN

JULIO B. J. MAIER Y ALBERTO M. BINDER (COMPS.)

---

Editores del Puerto s.r.l.  
Buenos Aires - 1995

---



© 1995 **Editores del Puerto s.r.l.**  
Tucumán 695, 2° "A"  
(1049) Buenos Aires

Editado en agosto de 1995 en  
Editores del Puerto s.r.l.  
Buenos Aires - Argentina

Impreso en diciembre de 1995  
en los talleres gráficos de  
Editorial Universitaria  
San Francisco 454  
Santiago de Chile  
República de Chile

Published in Argentina  
Printed in Chile

Hecho el depósito de ley 11.723  
ISBN 987-99437-7-5

# EL DERECHO PENAL HOY

HOMENAJE AL PROFESOR  
DAVID BAIGÚN

JULIO B. J. MAIER Y ALBERTO M. BINDER (COMPS.)

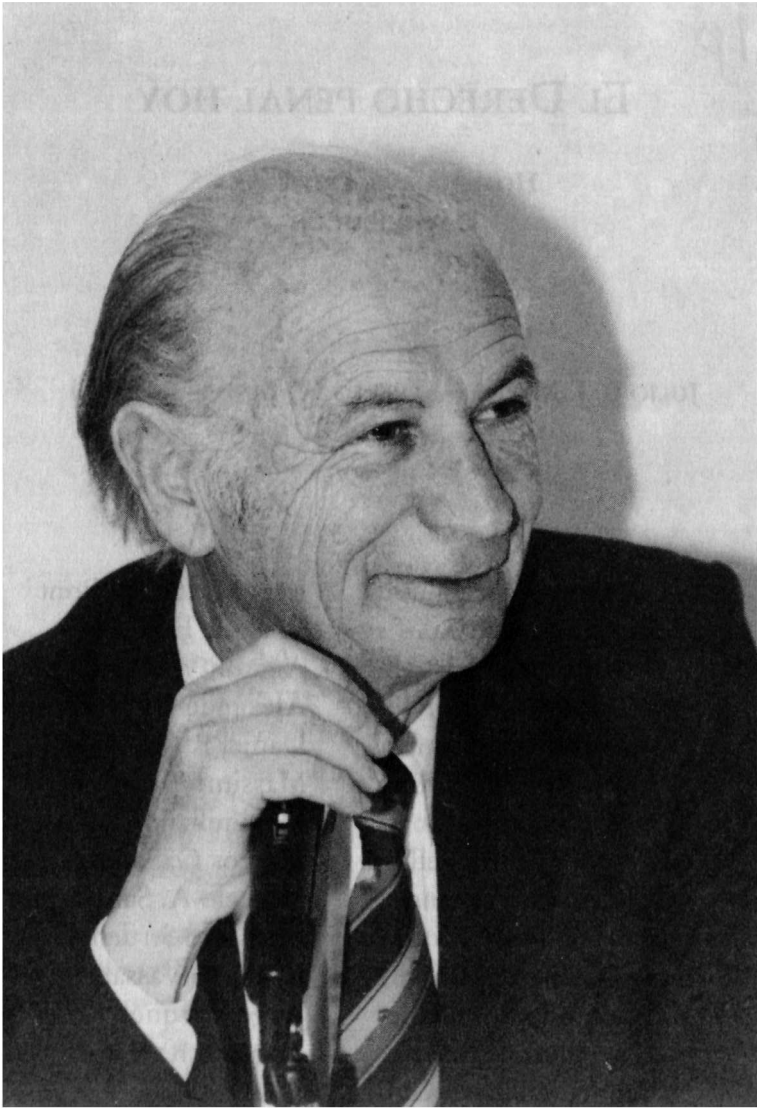
|                                   |                        |
|-----------------------------------|------------------------|
| Enrique Bacigalupo                | Luis Marcó del Pont    |
| Marino Barbero Santos             | Enrique E. Marí        |
| Roberto Bergalli                  | Anatoli V. Naumov      |
| Alberto M. Binder                 | Alexander S. Nikiforov |
| Juan Bustos Ramírez               | Daniel R. Pastor       |
| Rosa del Olmo                     | Massimo Pavarini       |
| Carlos A. Elbert                  | Maximiliano A. Rusconi |
| Zulita Fellini                    | Marcos G. Salt         |
| Gonzalo D. Fernández              | Marcelo A. Sancinetti  |
| A. <i>García Pablos de Molina</i> | Eberhard Struensee     |
| Enrique Gimbernát Ordeig          | Giuliano Vassalli      |
| Edmundo S. Hendler                | Jorge Vázquez Rossi    |
| Julio B. J. Maier                 | Eugenio Raúl Zaffaroni |
| Jaime Malamud Goti                |                        |

---

Editores del Puerto s.r.l.  
Buenos Aires - 1995

---





PROFESOR DAVID BAIGÚN

## ÍNDICE

|  |    |
|--|----|
| Prólogo, JULIO B. J. MAIER Y ALBERTO M. BINDER ..... | 11 |
|--|----|

### § I. NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO PENAL

|  |     |
|--|-----|
| La responsabilidad penal de las personas jurídicas,<br>JUAN BUSTOS RAMÍREZ .....                         | 15  |
| El ingreso de la reparación como tercera vía al Derecho<br>penal argentino, JULIO B. J. MAIER .....      | 27  |
| El rol del Derecho penal en la protección del medio<br>ambiente, LUIS MARCÓ DEL PONT .....               | 53  |
| La renovación democrática del Derecho penal ruso,<br>ANATILI V. NAUMOV Y ALEXANDER S. NIKIFOROV .....    | 59  |
| Persona jurídica y sistema penal: ¿hacia un nuevo<br>modelo de imputación?, MAXIMILIANO A. RUSCONI ..... | 69  |
| Protección del “software” y Derecho penal en la República<br>Argentina, MARCOS G. SALT .....             | 91  |
| Los objetivos del sistema penitenciario y las normas<br>constitucionales, Eugenio R. Zaffaroni .....     | 115 |

### § II. FUNDAMENTOS DE DERECHO PENAL

|   |     |
|---|-----|
| La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición,<br>Enrique Bacigalupo .....  | 133 |
| La responsabilidad del Juez en el Derecho español,<br>Marino Barbero Santos .....   | 155 |
| Bien Jurídico y principio de culpabilidad,<br>Gonzalo A. Fernández .....  | 169 |
| Causalidad, omisión e imprudencia, Enrique<br>Gimbernat Ordeig .....  | 187 |
| Acerca de la legitimación de la “imputación objetiva”<br>como categoría complementaria del tipo objetivo,<br>Eberhard Struensee ..... | 251 |

### § III. LA PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL

|   |     |
|---|-----|
| Tutela del honor de las personas jurídicas en la legislación argentina, Zulita Fellini .....  | 275 |
| El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público. Sobre la inconstitucionalidad del art. 268 (2) del Código Penal argentino, Marcelo A. Sancinetti ..... | 289 |
| Política, delito y delitos políticos, Jorge A. Vázquez Rossi .....  | 317 |

### § IV. JUSTICIA PENAL Y ESTADO DE DERECHO

|  |     |
|--|-----|
| La tentativa española para construir un sistema democrático de justicia penal, Roberto Bergalli .....  | 347 |
| Enjuiciamiento penal y conflictividad social, Edmundo Hendler .....                                    | 375 |
| Una manera peculiar de inculpar: lo que quedó de los juicios a los militares, Jaime Malamud Goti ..... | 385 |
| La libertad bajo caución en el proceso penal por delito fiscal, Daniel R. Pastor .....                 | 407 |
| Emergencia criminal y sistema penal, Giuliano Vassalli .....   | 425 |

### § V. CRIMINOLOGÍA

|  |     |
|--|-----|
| Las drogas y sus discursos, Rosa del Olmo .....  | 455 |
| Abolicionismo: ¿eclecticismo o integración en la criminología?, Carlos A. Elbert .....   | 477 |
| El marco jurídico del movimiento positivista argentino, Enrique Marí .....   | 489 |
| Reflexiones criminológicas y político-criminales sobre la criminalidad de “cuello blanco”, Antonio García-Pablos de Molina ..... | 545 |



|   |     |
|---|-----|
| El orden carcelario: apuntes para una historia material<br>de la pena, Massimo Pavarini ..... | 567 |
|---|-----|

#### § VI. EPÍLOGO

|   |     |
|---|-----|
| Testimonio y palabra. Conversaciones con el Profesor David<br>Baigún, Alberto M. Binder ..... | 599 |
| Obras del Profesor David Baigún.....  | 633 |



## PRÓLOGO

Con motivo de cumplir setenta años de edad y haber cumplido ya, seguramente, medio siglo de vida académica, los amigos del Profesor Dr. David BAIGÚN queremos ofrecerle este libro, producto de nuestro cariño por él y del agradecimiento de varias generaciones por aquello que él representó y nos enseñó. Especialmente, antes que a la manera de introducirnos en lecciones científicas, él nos enseñó una forma de vida digna en la Universidad y como juristas, y, por sobre todo ello, de él aprendimos la razón por la cual los seres humanos, cualquiera sea su nacionalidad, su concepción política, su creencia, su idioma o su raza, son naturalmente iguales y dignos y deben ser tratados de esa manera por los demás. A decir verdad, como quedará expuesto seguramente en el epílogo, él dedicó su vida a este ideal, con las únicas armas que posee un hombre civilizado: su razón, su forma de comunicarse con los congéneres y su presencia; y nos enseñó no sólo su valor, sino, además, a pelear por ese ideal y por esas armas. A ello unió, nuestro querido "Tute", dos cualidades que muy pocos poseen y que, sobre todo en nuestro medio, escasean: en primer lugar, una gran tolerancia sin fin para aquellos que no piensan o sienten como él, genérica o coyunturalmente, y, en segundo lugar, una enorme capacidad de desprendimiento personal que, paradójicamente, convierte en felicidad propia la ayuda al prójimo.

Este libro nació hace mucho. En principio fue una idea conjunta de los Profesores SANCINETTI y MAIER que, por diversas razones, no dio a luz. Quienes hoy escriben este prólogo retomaron la idea varios años después, en Guatemala. Hoy, finalmente, su fruto es visible: un merecido homenaje que el homenajeado resistió cuantas veces pudo, por suerte, sin éxito. El problema más grave que tuvimos consistió en los límites materiales que cualquier casa editorial fijaría. Los amigos del Profesor BAIGÚN, tanto aquí como en el extranjero, y quienes aun sin ser amigos lo estiman, son innumerables. El libro contuvo, por ello, una primera limitación: sólo serían invitados a colaborar en él quienes habían tenido un contacto es-

trecho con el Profesor BAIGÚN: en familia. La colaboración rusa es un ejemplo de ello: contestaron los seguidores por alguien que ya había fallecido. Aun así no alcanzaba. Fue preciso limitar las colaboraciones argentinas a quienes ostentaban cierto grado académico y de allí que se extrañará la ausencia de generaciones más jóvenes, para las cuales el Profesor BAIGÚN fue siempre una puerta de ingreso al Derecho penal. Esta incómoda e ingrata necesidad, ciertamente antipática, pudo ser sorteada muy parcialmente al finalizar la composición del libro: en parte por comprensión de la casa editorial y, en alguna medida, por invitados que no concurrieron a la cita, se pudo llamar a colaborar, en los últimos tiempos, a quienes en la Universidad de Buenos Aires, lugar de trabajo del Profesor BAIGÚN, habían quedado excluidos, por medio de una suerte de concurso interno informal de colaboraciones; una nueva gracia del editor nos permitió publicar todas las colaboraciones entonces enviadas, para no emprender nuevamente la tarea ingrata de excluir algunas. De allí que no se deba interpretar, al menos en principio, la ausencia de alguna colaboración como ausencia del deseo de colaborar en este homenaje.

Nuestro agradecimiento va dirigido, en principio, a todos aquellos que enviaron sus colaboraciones, pero no sólo a ellos. Muchos jóvenes se acercaron desde un comienzo para pedirnos ser incluidos y sólo pudieron prestar un auxilio material o expresar su "complicidad moral" con la idea que preside este libro. Por último, también queremos agradecer a la casa editorial, pues, a pesar de que son nuestros amigos, conocemos el esfuerzo económico que en nuestro país significa publicar este libro, más aún con la magnanimidad con la que ellos asumieron el esfuerzo y nuestros problemas.

Al homenajeado: nuestro primer agradecimiento por su amistad y cariño, nunca retribuido lo suficiente, nuestro segundo agradecimiento por haber perdido la pelea acerca de la necesidad de este homenaje, sentida por todos nosotros, y nuestro tercer y mayor agradecimiento por acompañarnos todavía en la vida cotidiana con su apoyo material y moral y con un optimismo singular, que remarca su juventud intelectual, nunca abandonada por él.

Julio B. J. MAIER - Alberto M. BINDER

Agosto de 1995

**§ I. Nuevas tendencias  
del Derecho penal**



# La responsabilidad penal de las personas jurídicas

*Juan Bustos Ramírez\**

1. El autor que en nuestro medio latinoamericano y con repercusión internacional más ha trabajado el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido, precisamente, David Baigún; más aún, ello se debió no sólo a un interés puramente teórico, sino al hecho de que en el ejercicio de su actividad profesional le tocó conocer la complejidad de la vida económica moderna en razón de la intervención en ella de las personas jurídicas. Es por eso que he estimado que en un homenaje a él no podía faltar una reflexión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2. Ahora bien, en relación a este tema, un escollo prácticamente insalvable hasta ahora es, ciertamente, el hecho de que, unido al nacimiento del Derecho Penal propio del Estado Moderno, aparece el principio básico según el cual sujeto activo de delito sólo puede ser una persona natural<sup>1</sup>.

Ello tenía una explicación político-criminal: por una parte, dejar de lado el radical criterio de responsabilidad objetiva del Antiguo Régimen que había llegado a plantear la responsabilidad de animales y, por otra, la circunstancia de que si se permitía que otros sujetos, los animales o las personas jurídicas, fuesen sujeto activo de delito, resultaría fácil eludir a las personas naturales la acción de la justicia.

Profesor de las Universidades de Chile, Andrés Bello y, en excedencia, Autónoma de Barcelona.

<sup>1</sup> Sobre el tema, cf., en general, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Manual de Derecho Penal. Parte General, actualizada por Hernán Hormazábal Malaréc, 4<sup>o</sup> ed., PPU, Barcelona, 1994, pp. 272 y siguientes.

De ahí que toda la construcción del Derecho Penal y de la dogmática se basó en el principio según el cual sólo las personas naturales podían ser sujeto activo, con lo cual, además, al partir desde ese axioma constructivo, el resultado ha sido que especialmente la dogmática aparece inconciliable en sus planteamientos con una posible postura de que las personas jurídicas también pueden ser sujetos activos de delito.

En efecto, por una parte, la dogmática causalista naturalista se basó en lo fundamental en las teorías de la acción y de la culpabilidad. Ni la acción como impulso voluntario, ni la culpabilidad dolosa o culposa aparecían compatibles con las personas jurídicas. Menos aún la concepción surgida de los planteamientos normativos de la culpabilidad como reproche y de su fundamento en el libre albedrío y todavía con menor razón el finalismo, en que la acción aparecía como vidente frente a la causalidad ciega y, por tanto, si bien ésta podría haberse atribuido también a una persona jurídica en ningún caso la finalidad.

De ahí que todos los intentos por plantear a la persona jurídica como sujeto activo de delito estaban condenados desde el inicio, pues se estrellaban con una dogmática construida sobre presupuestos totalmente diferentes<sup>2</sup>, con lo cual lo que había partido de un axioma se volvía un argumento irracional.

Es por eso que pensamos que desde esta perspectiva es poco lo que se puede hacer por el momento, aún cuando hoy al considerarse la dogmática desde una perspectiva criminal, por lo menos conceptualmente, se puede afirmar que tal axioma no es más que eso y por tanto no demuestra nada, y perfectamente podría concebirse a la persona jurídica como sujeto activo de delito. Sin embargo, ello sigue chocando con una realidad, esto es, que todos los delitos surgen desde esa perspectiva tradicional y de ahí entonces que los tipos legales están en verdad concebidos de modo que el sujeto activo no pueda ser sino una persona natural.

Luego, en el estadio que nos encontramos del Derecho Penal con dos siglos de influencia a todo nivel del principio político criminal

<sup>2</sup> Cf. BARBERO SANTOS, Marino, ¿Responsabilidad penal de las empresas?, en "Estudios de Derecho Penal Económico", Ediciones Universidad Castilla, La Mancha 1994, p. 31 y siguientes.



que sujeto activo de delito sólo puede ser una persona natural, no resulta posible plantear lo contrario. Para ello habría que esperar la configuración de un nuevo Derecho Penal, como pasó con la omisión o la culpa, pero todavía con una revisión más profunda, pues tiene que tocar a la estructura de los tipos legales, en cuanto habrá que configurar tipos legales que ya sea puedan realizarse sólo por personas jurídicas, o bien, tanto por personas naturales como jurídicas.

3. Pero hasta que ese momento llegue es necesario analizar ciertos hechos que se han producido y que implican un cambio político criminal.

En primer lugar en casi todas las legislaciones penales se contemplan diferentes clases de penas para las personas jurídicas. Es decir, desde la perspectiva de la intervención punitiva del Estado<sup>3</sup>, que es lo más real y poderoso, el axioma fundante y limitante del Derecho Penal y de la dogmática tradicional no ha constituido valla alguna y no podía serlo, pues de otro modo el Estado habría dejado de ser tal, ya que la pena es su autoconstatación.

Pero el problema entonces es cuál es el fundamento de esa pena, si la persona jurídica no es sujeto activo de delito y no se le pueden asignar ninguna de las categorías dogmáticas tradicionales de la responsabilidad penal. Y si no hay fundamento alguno querría decir que tales sanciones afectan de modo absoluto las garantías del Derecho Penal y son inconstitucionales, ya que la pena desde los inicios del Derecho Penal y conforme a lo que decía su lema de paternidad señalado por Feuerbach, sólo puede imponerse en razón de un delito cometido, y en este caso la persona jurídica no ha cometido delito alguno, sino que, simplemente, sin fundamento, se le está "comunicando" el hecho cometido por una persona natural.

No hay duda de que la teoría penal tradicional se encuentra ante una contradicción insoluble y necesariamente tiene que llegar a soluciones sui generis, que por tanto nada agregan, sino que son una simple petición de principios.

<sup>3</sup> Como señala MALAMUD GOTI, Jaime, *Persona Jurídica y Penalidad*, Depalma, Buenos Aires 1981, en el derecho anglosajón siempre se ha considerado la punición de la persona jurídica, pp. 33 y siguientes.

El otro problema real con el que se ha encontrado la dogmática tradicional es la circunstancia de que, cada vez con mayor frecuencia, la vida social moderna se lleva a cabo a través de personas jurídicas<sup>4</sup> y, más aún, que las personas naturales pueden cambiar o desaparecer, pero aquellas permanecen y que, además, son aquellas las conocidas en el mundo del mercado y no las personas naturales (Shell, Esso, Nestlé, IBM, etc.). De algún modo este problema ha podido ser en parte solucionado en las últimas décadas sobre la base de la institución del “actuar por otro”<sup>5</sup>.

Conforme a este principio, a la persona natural que actúa en nombre de una persona jurídica se le traspasan todas sus calidades para los efectos de configurar el sujeto activo de un tipo legal. Así, aunque el gerente de una empresa no tenga ninguna deuda personal tributaria, pero en cambio sí la empresa que dirige, dicha calidad de deudor se le traspasa y se puede perseguir su responsabilidad penal conforme al tipo legal de fraude tributario. De este modo se evitó la posible impunidad que se derivaría del hecho que las personas jurídicas no pueden ser sujeto activo de delito, ya que mediante esta institución se puede perseguir la responsabilidad penal de la persona natural.

Sin embargo, con ello se dejó intacto que quien es deudor es la persona jurídica y se utilizó una fórmula que si bien parte por salvar el axioma que sólo las persona naturales pueden ser sujeto activo de delito, por otra implican una “comunicabilidad” que no tiene un fundamento dogmático tradicional sólido, ya que atribuyen una característica que no se tiene, con lo cual en definitiva hay una imputación de responsabilidad objetiva o presunción de responsabilidad y nuevamente sobre la base de que el Estado no puede dejar de ejercer su intervención punitiva. Se está nuevamente en contradicción con los principios garantistas básicos del Derecho Penal tradicional. Ello sólo podría fundamentarse desde otra

<sup>4</sup> Quien en Alemania con mayor fuerza se ha planteado este problema y la necesidad de buscar una fundamentación dogmática es SCHÜNEMANN, Bernd, *Strafrechtsdogmatische und Kriminalpolitische Grundfragender Unternehmenskriminalität*, en Wistra, 1982, pp.41y siguientes.

<sup>5</sup> Sobre el tema en forma muy exhaustiva véase GRACIA MARTÍN, Luis, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, I, Teoría General*, Zaragoza, 1985.

perspectiva, esto es, conforme a un planteamiento político-criminal que diese lugar a la interacción real existente en la vida moderna entre personas naturales y personas jurídicas.

En suma, la dogmática tradicional, como en muchas otras materias, tampoco en ésta logra coherencia y presenta un débil y no fuerte material de trabajo. Su argumentación, por haber partido de muchos axiomas indemostrables, es bastante pobre.

Por otra parte, es también una realidad que cada vez se le reconocen más derechos y consecuentemente se protegen más bienes jurídicos de las personas jurídicas.

Desde siempre se ha señalado que las personas jurídicas tienen patrimonio y que, por tanto, pueden ser sujeto pasivo de delito (estafa, apropiación indebida, hurto, robo, etc.). Pero últimamente no sólo eso, sino también se ha señalado, y así lo establece expresamente nuestra Ley de Abusos de Publicidad, que tienen algo parecido al honor de las personas naturales, que es la reputación. Y por tanto pueden también ser sujetos pasivos de hechos que afecten no sólo su patrimonio, sino también su reputación (hechos falsos o tendenciosos). Más aún, también se les reconoce su capacidad de intervención en el mercado y por tanto que se les puede coartar su libre acceso al mercado, con lo cual se está ante un concepto análogo al de libertad de las personas naturales.

Luego, si consideramos aquellos bienes jurídicos relacionados directamente con la persona en el Derecho Penal moderno y que son la base de éste, resulta que los únicos que no quedan por su propia naturaleza no comprendidos dentro de este desarrollo de reconocimientos a las personas jurídicas son la vida y la salud, pero el resto tan importante como la libertad, el honor y el patrimonio, ya sea de manera idéntica, como el último, o análoga, como los dos primeros, aparecen ya reconocidos a la persona jurídica. Lo cual tiene importancia, pues ello repercute hacia los bienes jurídicos que se relacionan con el funcionamiento del sistema y que están al servicio de los ya enunciado, pues la persona es el eje de la protección de bienes jurídicos.

Así, si respecto de los bienes jurídicos colectivos el sujeto pasivo son todas y cada una de las personas al mismo tiempo, no hay duda de que también aquí quedan consideradas en muchos casos las personas jurídicas (por ejemplo en todos los delitos socioeconó-

micos). Y en cuanto a otros bienes jurídicos, como los institucionales, no hay duda de que si bien el sujeto pasivo es la sociedad como tal, la persona jurídica puede quedar en un plano de igualdad con la persona natural como ofendida por el delito o como víctima directa de él (así en una falsificación de escritura pública de dominio de inmuebles).

4. Es también un principio básico garantista del Derecho Penal desde un principio su carácter realista y ajeno a ficciones, que ha sido en la actualidad gráfica y conceptualmente expresado por HASSEMER en su planteo de un Derecho Penal determinado desde las consecuencias<sup>6</sup>.

Luego, si en relación al hecho de que a las personas jurídicas se les aplica hoy sanciones punitivas y no se quiere caer en una pura ficción, necesariamente hay que reconocer que ello obedece a la existencia de un determinado comportamiento ilícito por parte de la persona jurídica.

Del mismo modo cuando se aplica la institución del actuar por otro, si no se quiere caer en una simple y pura ficción, también necesariamente hay que reconocer que se da un determinado comportamiento ilícito por parte de la persona jurídica, que es justamente el que posibilita que se pueda plantear la comunicabilidad de una característica propia a la persona jurídica e integrante del tipo legal a quien no la tiene, sea que se utilice para ello la teoría de la representación o la de la función. En ambos casos el hecho indesmentible es que la persona natural no posee esa característica indispensable para que se pueda configurar a su respecto el tipo legal correspondiente y, si bien es cierto que tampoco ese tipo legal se puede plantear respecto de la persona jurídica, pues está construido sobre la base de un sujeto activo persona natural, no es menos cierto que en la realidad se parte de un cierto comportamiento ilícito de la persona jurídica. Sólo que como quien ha actuado materialmente, conforme a lo que se requiere en ese caso es la persona natural —aunque quien haya intervenido jurídicamente en forma directa sea la persona jurídica— y, por tanto, es a quien se le pueden atribuir consecuentemente conforme a la es-

<sup>6</sup> HASSEMER, Winfried, Fundamentos de Derecho Penal, tr. de Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona 1984, pp. 34 y siguientes.

estructura del tipo legal todos los demás elementos configuradores de éste. Es decir, dado que no puede ser sujeto activo del delito por su propia estructura teórica la persona jurídica, se recurre entonces a la comunicabilidad de una característica personal de ella.

Por otra parte, también hay que tener en cuenta el reconocimiento de bienes jurídicos a la persona jurídica, que como hemos señalado cada vez es más amplio, lo cual está de acuerdo con su mayor participación en la vida económico social del sistema.

Todo ello implica entonces reconocer que la persona jurídica participa en las relaciones sociales, ya que en la estructura del bien jurídico está la relación social como expresión de los conflictos de necesidades de los sujetos participantes. Y, por otra parte, los tipos legales están basados en la protección de los bienes jurídicos y por eso implican la descripción de un determinado ámbito situacional en que se encuentran las personas.

Luego, si ello es así, quiere decir que hay el reconocimiento que las personas jurídicas llevan a cabo una “determinada forma de participación en la relación social” y que en ese sentido no pueden ser totalmente ajenas al ámbito situacional que describe un tipo legal.

5. Ciertamente lo anterior no puede conducir todavía a estimar que las personas jurídicas son sujeto activo de delito, pues ello como hemos dicho está en contraposición a la forma como se han construido en definitiva los tipos legales y la doctrina penal, esto es, se parte de que sólo pueden recoger de la relación social la interacción de personas naturales, sólo ello aparece seleccionado por el tipo legal, lo cual ciertamente es una cuestión de decisión político criminal. En efecto, como se suponía que para la persona natural sería muy fácil eludir la punibilidad utilizando personas jurídicas que podía crear y suprimir o modificar a su amaño, se decidió, con razón, que sólo podían ser sujetos activos de delito las personas naturales y de ahí que a partir de ello se construyeron los tipos legales durante dos siglos.

Pero en la actualidad los hechos han revelado otra cosa y de ahí que se ejerza a pesar de lo anterior la coacción punitiva del Estado sobre las personas jurídicas. En efecto, la vida moderna señala que también las personas jurídicas pueden incluir, despedir o cambiar a su amaño a las personas naturales y que ello les permite enton-

ces mantener comportamientos delictivos, que en definitiva quedarían impunes.

Hay pues una nueva decisión político criminal, en el sentido de sancionar punitivamente a las personas jurídicas que, sin embargo, no encuentra la correspondiente construcción dogmática, no se da una fundamentación teórica de ello y aparece así como la expresión de la pura fuerza o poder del Estado.

6. Es cierto, y de ello hay que partir, que tiene razón el planteamiento de fondo de la institución del actuar por otro, esto es, que las personas jurídicas no pueden actuar sino con la concurrencia de personas naturales. No hay duda de que las relaciones sociales son primeramente y en forma esencial expresión de las necesidades de las personas naturales, no podría ser de otra manera, pues las personas jurídicas son una construcción de éstas. Si Dios creó al hombre a su imagen y semejanza, éste creó a la persona jurídica a su imagen y semejanza, pero si bien aquél surgió con muchas limitaciones en relación a un creador perfecto, ésta con mucho más respecto precisamente a un creador imperfecto.

Luego es indudable que el Derecho Penal no puede prescindir de esta consideración y siempre en lo esencial obviamente tendrá que ser Derecho Penal de las personas naturales.

Pero también entonces tiene que reconocer que cada vez más resultan imprescindibles las personas jurídicas para el actuar de las personas naturales y en ciertos ámbitos resultan totalmente indispensables en la vida moderna y ella no se puede concebir sin éstas.

Luego, hay que construir, con una dogmática coherente, una fundamentación que implique a su vez todas las garantías y alternativas correspondientes, y sea apropiada a la decisión político criminal de sancionar punitivamente a las personas jurídicas. Es evidente que si no se configura una tal configuración dogmática se está privando de garantías y alternativas a las personas naturales en su participación social, pues como hemos señalado en todo caso las personas jurídicas no existirían y no podrían existir sin las personas naturales. Un Derecho Penal moderno se construye no sólo sobre fundamentaciones, sino al mismo tiempo, y sobre todo, de alternativas junto a las garantías, pues de lo que se trata es que lleve en su interior formas de su propia extinción, con el objeto

de contribuir al máximo al libre desarrollo de las personas. De ahí entonces que si el Derecho implica sanción punitiva a las personas jurídicas, necesariamente tiene que ser sobre estas bases, pues de otra manera sería una nueva manera de volver a formas premodernas de la legislación penal. La diferencia entre legislación penal, propia a una etapa premoderna, y el Derecho Penal, propio a los principios de la Revolución Francesa, reside precisamente en estos postulados, que tienen como fundamento el reconocimiento de la dignidad de la persona y, por ello, que el Estado está al servicio de ella y consecuentemente que sólo ha de darse la sanción punitiva cuando es absolutamente necesaria.

7. Pero si bien no es posible en el estadio actual del Derecho Penal, frente a la actual configuración de los tipos legales, que las personas jurídicas pudiesen ser sujeto activo de delito, ello no quiere decir que no hay ninguna otra manera de establecer una fundamentación a su responsabilidad penal.

En efecto, hemos señalado que las personas jurídicas aparecen en gran medida como imprescindibles en la actuación de las personas naturales y que a ellas se les reconoce participación en la relación social, precisamente debido a ello se les protege determinados bienes jurídicos. Entonces, las personas jurídicas prestan una colaboración o coparticipación en las actuaciones de las personas naturales y, por tanto, en relación a un injusto se les puede atribuir la calidad de participación o coactuación.

En otras palabras, la solución no estaría hoy a nivel del sujeto activo, sino de la participación. Se podría decir que resulta extraño que quien no puede ser sujeto activo de delito pueda ser partícipe, pero ello no es algo tan anómalo en el Derecho Penal, pues en todos los delitos especiales sólo pueden ser sujeto activo determinadas personas y, no otras, pero éstas pueden participar en ese hecho. Ciertamente en este caso la cuestión es más radical, pues las personas jurídicas nunca podrán ser sujeto activo, pero ello se debe precisamente a que los tipos legales han sido configurados en forma específica para la persona natural, lo cual entonces no es obstáculo para que las personas jurídicas puedan participar en ellos, ya que aparece como posible que su colaboración sea indispensable.

Ahora bien, tal colaboración puede surgir tanto en relación al funcionamiento organizativo de la empresa o persona jurídica (por

ejemplo, por la forma que se toman sus decisiones sociales o de administración), o bien, por la forma en que están configurados sus estatutos, por ejemplo por su excesiva flexibilidad en los controles o la poca transparencia en relación a la toma de decisiones.

8. Pero si bien con la fundamentación a partir de la participación se obvian los más graves problemas referentes a la configuración de los tipos legales y por tanto en general respecto a la teoría del delito, ello no quiere decir que no queden cuestiones por resolver. Pero estimamos que resulta más sencillo a partir de la participación elaborar una dogmática autónoma.

Un primer problema sería en relación al carácter de la colaboración, esto es, si es puramente objetiva o tiene aspectos subjetivos. ¿Basta con el hecho de objetivamente propiciar o favorecer una actuación típica y antijurídica de la persona natural o se requiere además algún elemento subjetivo? Pareciera que en cuanto a la colaboración misma basta con una consideración puramente objetiva, lo que no excluye sin embargo la necesidad de establecer límites garantistas, por una parte, conforme a la teoría de la adecuación, establecer una relación determinada entre la colaboración y el actuar injusto de la persona natural y, por otra, la exigencia que ya sea los estatutos o las decisiones sean de carácter válido conforme al respectivo ordenamiento, en caso contrario la responsabilidad penal será sólo de las personas naturales, sin perjuicio de las cuestiones de carácter administrativo jurídico respecto a la persona jurídica. Es decir, de todos modos hay un momento subjetivo o decisonal que está referido a la aprobación de los estatutos o a la manera de la configuración de las decisiones en los órganos de funcionamiento de la persona jurídica.

Un segundo problema dice referencia ya no con la teoría del delito, sino con la teoría del sujeto responsable. Hemos sostenido que responsabilidad es igual a exigibilidad, esto es, que la cuestión de la relación entre el sistema y la persona por el hecho realizado implica averiguar qué le puede exigir el sistema al sujeto como respuesta, lo cual depende precisamente de las condiciones que haya creado el sistema, por eso la responsabilidad es siempre compartida.

Ahora bien, qué características especiales tiene la teoría del sujeto responsable en relación a las personas jurídicas.



Sólo podría enunciarse de modo general, ya que no sería posible hablar de imputabilidad o de conciencia del injusto, pero sí de exigibilidad de la conducta, es decir, únicamente se podría dar como causal de falta de responsabilidad la no exigibilidad de otra conducta. Lo cual podría surgir, por ejemplo, por una parte, por el hecho que la propia regulación dada por el sistema es sumamente defectuosa y, por tanto, posibilita a su vez la configuración de estatutos poco transparentes, o bien, por otra, porque los propios controles de los organismos estatales han determinado decisiones específicas en el funcionamiento organizativo de la persona jurídica, que han sido precisamente las que han posibilitado la realización de los hechos ilícitos.

Por último, en cuanto a la teoría de la determinación de la pena. Ello naturalmente obliga a considerar penas que estén de acuerdo con la naturaleza de la persona jurídica, lo que por lo demás ya se ha dado en la práctica legislativa. También considerar especialmente sanciones alternativas de carácter reparatorio o indemnizatorio (por ejemplo, restablecer el medio ambiente afectado más un fondo para propiciar medidas de protección o mantención del medio ambiente). Es decir, tener en especial consideración a la víctima en la teoría de la determinación de la pena y, por ello, propiciar también y sobre todo en este ámbito, formas de conciliación que permitan terminar anticipadamente con el proceso penal.

En conclusión, en la actualidad no es posible pretender elaborar una teoría del Derecho Penal para las personas jurídicas, en virtud de la vigencia durante dos siglos del principio político criminal y dogmático que sólo las personas naturales pueden ser sujeto activo de delito. Pero, dado que hoy cada vez con mayor fuerza predomina el principio político criminal que a la intervención de las personas jurídicas en la vida social moderna debe también, llegado el caso, aplicarse sanción punitiva, es necesario elaborar una teoría penal. Esta pareciera entonces dado el límite anterior señalado, que sólo puede construirse dogmáticamente en la teoría del delito en torno al problema de la participación en el delito y en la teoría del sujeto responsable sobre la exigibilidad de la conducta y, naturalmente, donde la construcción es más fácil, pues es lo que dice directamente relación con el punto de vista político criminal, es en la teoría de la determinación de la pena. Frente a los planteamientos aparentemente contradictorios actuales en la teoría del

Derecho Penal, que las personas jurídicas no pueden ser sujeto activo de delito, pero que sí pueden ser sujetos a los que se les imponga una sanción punitiva, la única vía de fundamentación plausible y al mismo tiempo garantista y de alternatividad es la de construir una teoría propia de participación en el hecho delictivo de la persona natural, sobre la base que ciertamente ellas intervienen al interior de las relaciones sociales, que son el concepto base del objeto de protección del Derecho Penal, esto es, los bienes jurídicos.

Luego, los planteamientos político-criminales de bien jurídico y de exigibilidad permiten, el primero, en la teoría del delito y, el segundo, en la teoría del sujeto responsable, una configuración dogmática en torno a la persona jurídica junto a la ya antigua de la persona natural.

# El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal argentino

*Julio B. J. Maier\**

## § 1. DOS MANERAS DE OBSERVAR EL DERECHO PENAL

### A. El Derecho penal como poder del Estado

Hemos dicho antes de ahora, en varios ensayos escritos y orales, a manera de tesis sin verificación excesiva, que el Derecho penal, en el sentido con el que utilizamos actualmente esa denominación, en el mismo sentido en el que se determina su distinción con otras ramas jurídicas, es una creación moderna<sup>1</sup>. Negativamente, la tesis pretende aclarar que, en una medida apreciable, este instrumento regulador de la conducta humana, existente y vigente de manera natural para quienes hoy convivimos —al punto de que intuitivamente lo suponemos absolutamente imprescindible para la vida de relación, más allá de los tiempos o de la historia de las civilizaciones, pasadas o futuras, históricamente reales o imaginadas— en verdad no existió siempre o, cuando menos, no existió en toda organización social y en la forma básica hoy conocida, y hasta es predecible su desaparición en un futuro remoto, si varían las condiciones de la organización social<sup>2</sup>. En este sentido, la tesis

\* Profesor de la Universidad de Buenos Aires

<sup>1</sup> Cf. MAIER, Julio B. J., El sistema penal hoy: entre la inquisición y la composición, en Revista "Derecho penal", Ed. Juris, Rosario (Arg.), 1993, n° 2, pp. 45 y ss.; Entre la inquisición y la composición, en Revista "No hay Derecho", Buenos Aires, 1992, n° 6, p. 28.

<sup>2</sup> Esto es, básicamente, aquello que propone la escuela de los llamados abolicionistas: CHRISTIE, Nils, Limits to pain, Universitetsforlaget, Oslo, 1981 (traducción castellana: Los límites del dolor, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1988); HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jaqueline, Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa, Ed. Ariel, Barcelona, 1984 (trad. de Politoff,

pretende situar el nacimiento de la cuestión penal, antes bien, de la utilización institucional de la pena (estatal) como legitimación de la violencia para el control de los súbditos, en el momento de la aparición del poder político centralizado, del Estado nacional moderno, según es aceptado comúnmente<sup>3</sup>. Desde ese momento histórico, y no desde otro, en un estudio que pretende sólo seguir las grandes líneas del desarrollo de las ideas políticas y jurídicas (macrohistórico) sobre la base de cortes diacrónicos, pena es sinónimo de extrañamiento de la voluntad particular como condición de la reacción jurídica en ciertos conflictos sociales, por tanto, de persecución penal pública o estatal, en fin, de poder penal estatal para perseguirla y aplicarla, por tanto, de reglas jurídicas de aplicación, de Derecho penal, material y procesal, y, por fin, de una nueva manera de concebir o definir la palabra justicia y el método para “hacerla”, concepto sinónimo, a su vez, de averiguación de la verdad, de indagación<sup>4</sup>; se concederá, cuando menos,

---

Sergio, de Peine perdues. Le système pénal en question). Excelente resumen sobre los puntos de partida de esta escuela, comparado con los de la llamada criminología crítica y referido al estudio de una comunidad concreta en la tesis de maestría de GIESZEN, Hans P. J., *Criminología emancipadora y manejo de situaciones-problema*, Universidad de Zulia, Maracaibo (Venezuela), 1989, Introducción y cap. I, pp. 1 y ss. Crítica de este punto de vista y relativización de sus puntos de partida en PAVARINI, Massimo, ¿Abolir la pena? La paradoja del sistema penal, en Revista “No hay Derecho”, Buenos Aires, 1990, año I, n° 1, pp. 4 y siguientes.

<sup>3</sup> Cf. WEBER, Max, *Economía y sociedad*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1944, Segunda parte, VIII, § 2, en especial pp. 665 y ss., IX, § 2, p. 1056; BARRATA, Alessandro, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal*, en Revista “Poder y Control”, Ed. PPU, Barcelona, 1986, N° 0, p. 79; entre nosotros, ha expresado la misma idea y tratado el mismo fenómeno, BOVINO, Alberto, *Sobre el consentimiento del no ofendido*, en revista “Derecho penal”, Ed. Juris, Rosario (Arg.), 1993, n° 2, p. 2; FERNÁNDEZ BLANCO, Carolina y JORGE, Guillermo, *Los últimos días de la víctima (Hacia una revalorización del rol del ofendido)*, en Revista “No hay Derecho”, Buenos Aires, 1993, Año IV, n° 9, I, pp. 14 y ss.; NINO, Carlos Santiago, quien, entre nosotros, se ha ocupado como nadie por intentar definir el concepto de “pena” (cf. *Los límites de la responsabilidad penal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980, Primera parte, Cap. III, pp. 197 y ss.) parte de una identificación cultural básica del concepto con la existencia del Estado nacional moderno, más aún, pretende justificarla sólo desde la organización social racional que fundó el Estado de Derecho, aunque no se preocupe por el nacimiento o la transformación histórica del concepto, ni mencione como característica concreta su modo de ser de reacción estatal.

<sup>4</sup> Cf. FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Gedisa, México, 1988, en especial pp. 76 y siguientes.

que esos conceptos se implican los unos a los otros y que éste, y no otro, es el Derecho penal que nosotros conocemos como tal, culturalmente, o, dicho de otra manera, la realidad que nos representamos bajo ese concepto. Se trata, básicamente, de un Derecho autoritario, en el sentido de un derecho de la autoridad, que deja de lado, por regla casi absoluta, toda influencia de la voluntad particular, inclusive la de aquél que es portador del interés o, con lenguaje actual, del bien jurídico protegido, en la administración de la reacción contra el ataque, esto es, se trata, en fin, del derecho a castigar, a infligir un mal o a desarrollar violencia por parte del Estado contra una persona, a manera de reacción por aquello que representa, que hizo o que dejó de hacer, según la época histórica a la cual nos referimos. La gran revolución que pretendió engendrar el Iluminismo, cuando se plasmó positivamente (legislación napoleónica y todas las que fueron su consecuencia en Europa continental), sólo significó una reforma del sistema —remezón tardío del verdadero terremoto político que significó la creación del Estado-Nación, la centralización del poder político, por un lado, y, consecuentemente, la Inquisición, por el otro—, pues ella —sin desconocer sus virtudes políticas y su vocación por defender la dignidad humana— dejó intactas las bases ya citadas tanto del sistema político como del sistema penal que es su consecuencia<sup>5</sup>.

La tesis ha sido contradicha, con cierto éxito, por la comprobación de la existencia de la pena, ciertamente el instituto básico al cual se refiere el Derecho penal, con anterioridad a él<sup>6</sup>. En efecto, de pena y hasta de Derecho penal podemos hablar, en sentido lato, desde mucho tiempo antes<sup>7</sup>, aun lo podemos hacer por fuera del Derecho penal institucionalizado<sup>8</sup>, pero, si así lo hacemos, mentaremos un sentido completamente distinto de aquél con el

<sup>5</sup> BOVINO, Sobre el consentimiento del no ofendido, citado.

<sup>6</sup> BARATTA, Alessandro, Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal, cit., pp. 77 y siguientes.

<sup>7</sup> Tómese como ejemplo la exposición de MOMMSEN, Theodor, Derecho penal romano, Ed. Temis, Bogotá, 1976.

<sup>8</sup> Cf. BARATTA, op. cit., p. 78. Cf., al respecto, ZWEKIC, Ugljesa-FINDLAY, Mark, Para un análisis de los mecanismos informales de control social, en "Poder y Control", Ed. PPU, Barcelona, 1987, n° 1, pp. 21 y ss., y PASQUINELLI, Carla, Poder sin Estado, en "Poder y control", idem ant. cit., pp. 39 y siguientes.

que hoy comprendemos este fenómeno jurídico-social, utilizaremos las mismas palabras con sentido diferente o para significar algo distinto de aquello que se estudia o resulta involucrado tras la llamada cuestión penal. Por supuesto, un corte sincrónico de ciertos períodos históricos, de ciertas organizaciones sociales, verificaría, casi seguramente, que una cuota de “pena autoritaria”, es decir, aplicada sin más por algún titular del poder soberano, siempre hubo, pero, seguramente, esos cortes no podrían demostrar, genéricamente, el predominio de esta forma de ejercicio del poder por sobre —o, tan siquiera, la “existencia al lado de”— otra menos autoritaria, en la cual el poder político centralizado no reemplazara drásticamente a la voluntad de los particulares o a su interés expresado. Como ya lo dijimos, no nos interesa aquí la constatación histórica particular, el hallazgo histórico, sino, antes bien, los grandes sistemas jurídico-sociales, razón por la cual procedemos por cortes diacrónicos de las organizaciones sociales.

Desde este punto de vista, Derecho penal o pena son equivalentes a poder estatal, de ejercicio directo<sup>9</sup>; aún más, se trata, al menos hoy, de un poder legitimado por las reglas jurídicas, heterónomas por naturaleza a los súbditos o ciudadanos, y del mayor poder coactivo autorizado por el Derecho, por sus reglas, al Estado. Las teorías especulativas que sirven de fundamento o de justificación a la pena estatal, cualquiera que sea su signo, teológico (expiación),

<sup>9</sup> Que se trata antes bien de un poder, que de un deber, según pretende la formulación del principio de legalidad, en materia procesal, fundado en la igualdad ante la ley, que procura reaccionar contra toda persona que se comporta con infracción a un mandato o a una prohibición de carácter penal, resulta políticamente claro: se conoce no sólo la elevada cifra negra u oscura de la criminalidad, conformada, básicamente, por la ausencia de denuncia en la mayoría de los casos, resultante de la falta de conocimiento del mismo denunciante o de su voluntad de no revelar públicamente el delito; se conoce también, empíricamente, el funcionamiento absolutamente selectivo del Derecho penal; y, sin embargo, el Estado no ha organizado mecanismo alguno idóneo de verificación directa de las infracciones penales para aproximarse más a la idea de legalidad, ni siquiera organiza así a su propia policía de seguridad. Más aún: una organización tal, para brindar eficiencia en ese aspecto, no es querida por el orden jurídico democrático, que no prohija un Estado gendarme, como sería el necesario para estos fines, sino que, por el contrario, lo desalienta.

Desde el punto de vista político, entonces, cuenta sólo el poder que adquiere el Estado para perseguir penalmente y aplicar penas, mediante las reglas del Derecho penal.

ético (retribución) o utilitario (prevención general o especial), parten de esta idea, que contribuyen a fundar o a justificar. Es por ello también que las argumentaciones dogmáticas coherentes suponen una norma de principio cuyo contenido es el deber de obediencia al Estado<sup>10</sup>. Para quienes se empeñan en desarrollar esta idea aflora, temprano o tarde, la caracterización del Derecho penal como Derecho público, esto es, de reglas referidas principalmente a la autoridad estatal y a su forma de ejecución, errónea desde otro punto de vista<sup>11</sup>, y la concepción de que el caso concreto a resolver plantea un conflicto que, si bien puede poseer aristas privadas, como conflicto entre personas que conviven en relación, representa, en realidad, un conflicto entre la organización social soberana y un súbdito o ciudadano de ella<sup>12</sup>.

Quizás, para reflejar toda la idea que pretendemos, debemos ensayar aún un recorrido histórico más que sintético, mínimo. De Derecho penal, en el sentido propio y limitado con el que hoy queremos utilizarlo, sólo podemos hablar desde una determinada época histórica de nuestra civilización, representada por la aparición del poder político centralizado, en los albores de la Edad moderna, desde el nacimiento del Estado-Nación, merece, todavía, una aclaración. En este último sentido es correcto explicar que, en su comienzo (Inquisición), la pena era expresión pura del poder político o represivo del Estado, que había concentrado, salvo ligeras ex-

<sup>10</sup> BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, (reimpresión de la 4ª edición, Leipzig, 1922), Ed. Scientia, Aalen, 1965, § 13, I, p. 82, y § 14, pp. 96 y ss.; no otra cosa supone la Grundnorm de Kelsen, Hans (*Reine Rechtslehre*, 2ª edición, Ed. Franz Deuticke, Viena, 1960, n° 34, pp. 196 y ss.), como piedra fundamental de la cadena de vigencia, una vez creado el Estado (sobre ello, con mayor proximidad al problema, mi *Derecho procesal penal argentino [DPPa]*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. 1a, § 1, C, 2, pp. 79 y ss.).

<sup>11</sup> Cf., por ejemplo, BINDING, según cita de la nota anterior. La crítica a esta inclusión, a mi juicio básicamente correcta, en Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la justicia*, (2ª edición), Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1970, p. 200, concepción que integra nuestra crítica en DPPa, cit., § 2, C, 1, b, pp. 127 y siguiente.

<sup>12</sup> HIRSCH, Hans-Joachim, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht*, en "Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann", Ed. Carl Heymann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, VI, 2, c, pp. 708 y ss. (hay traducción castellana de Maier-Pastor, "Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal", en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 108 y ss.). En sentido crítico, FERNÁNDEZ BLANCO-JORGE, *Los últimos días de la víctima*, cit., p. 16.

cepciones, el monopolio de la fuerza o de la violencia legitimada por el orden jurídico; el Derecho penal propiamente dicho, sin embargo, reconoce un comienzo posterior: aparece recién cuando reglas jurídicas correspondientes al Estado de Derecho, que reconocen básicamente esta realidad y las reglas que la representan idealmente, intentan gobernar ese poder casi sin fronteras y arbitrario, para someterlo a ciertas limitaciones jurídicas, en homenaje al ser humano y su dignidad. Es por ello que, con razón, Cesare BECCARIA y su libro, *De los delitos y de las penas*<sup>13</sup>, son mencionados como la partida de nacimiento del Derecho penal. Allí se expresa claramente la idea de aceptar como necesario, en principio, el poder concedido mediante este instrumento, para intentar limitarlo sobre la base de reglas jurídicas, de manera consecuente con el cambio previsto o deseado en la organización estatal (Estado de Derecho).

## **B. El Derecho penal como forma de solución de conflictos sociales**

Sin embargo, se puede observar al Derecho penal o, dicho con mayor propiedad, a su actuación eventual, desde otro atalaya<sup>14</sup>. Todo caso penal está generado, desde su base, por un conflicto social a resolver, conflicto que sólo formalmente se puede describir como la afirmación de la voluntad de quien lo genera, que prioriza su propia regla de actuación frente a la norma estatal que le indica cómo conducirse en la ocasión. Materialmente, en cambio, nos hallamos, por regla general, frente a un conflicto social entre un agresor u ofensor, quien delinque, y un agredido u ofendido, quien soporta la agresión y es portador del interés o bien jurídico que la norma protege, y ello sucede aun en los casos que atacan o ponen en peligro bienes jurídicos considerados colectivos, supraindividuales o universales, por difícil que sea la determinación particular de las víctimas.

<sup>13</sup> Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, en *Opere*, Ed. Mediobanca, Milano, 1984, vol. I, pp. 15 y siguientes.

<sup>14</sup> Cf., entre nosotros, en este único sentido, la propuesta final de FERNÁNDEZ BLANCO-JORGE, *Los últimos días de la víctima*, cit., III, p. 18, quienes pretenden reducir al máximo el sistema penal a un sistema de solución de conflictos con una proposición coherente.



Quien observa al Derecho penal desde este punto de vista, al menos acompañando una visión que reconoce en él el ejercicio del poder estatal frente a la infracción de sus normas, referidas a las expectativas básicas para la convivencia pacífica y a la existencia de la organización social, puede privilegiar la solución del conflicto antes que la reacción violenta de la fuerza estatal contra el agresor, en la que consiste la aplicación de la pena estatal, pues ella no es, incluso por definición del mismo orden jurídico, la única manera posible o imaginable para resolverlo. Por supuesto, este observador estará regularmente alejado de las llamadas teorías absolutas (expiación - retribución) como exposición del fin de la pena y de su justificación —a menos que se acuda a eufemismos lingüísticos— y más próximo a las llamadas teorías utilitarias o preventivas<sup>15</sup> o a rechazar de plano toda justificación de la pena estatal, como sucede con los abolicionistas<sup>16</sup>.

La visión tampoco es extraña a la historia del Derecho penal, siempre que ella se extienda, según sucede habitualmente, a momentos anteriores al nacimiento del Estado moderno y, en consecuencia, a la estatalización plena de la pena. Es conocida la dependen-

<sup>15</sup> Cf. ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Ed. C.H. Beck, München, 1993, t. I, § 3, p. 47 (traducción castellana de Liliana Blanco, Patricia S. Ziffer y Daniel R. Pastor, "Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad", en AA.VV., *Determinación judicial de la pena*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1993, pp. 48 y siguiente), cuya explicación convence frente a la de HIRSCH, citado en nota al pie n° 12, quien ha objetado también el ingreso de la reparación como consecuencia jurídico-penal, por implicar un regreso de la idea de retribución al Derecho penal.

En verdad, el argumento de HIRSCH se vincula más, entre nosotros, a la idea de la participación del ofendido por el delito en el procedimiento penal, pues, como aquí se ha sostenido largo tiempo por la dogmática procesal penal (ver nota al pie n° 43), él implicaría un regreso de la venganza privada al ámbito de la persecución penal. Trabajos empíricos no parecen demostrar este extremo, al menos genéricamente o de un modo que persuada, por su generalidad, de la inconveniencia de conceder esa intervención (ver nota al pie n° 44). Empero, no se puede negar que, en casos particulares, esa finalidad, que recuerda a la venganza de sangre de épocas antiguas y sociedades primitivas, puede presidir la intervención de la víctima en la persecución penal. Con ello no varía, sin embargo, el problema de la aplicación de una pena estatal, máxima venganza a la cual puede aspirar la víctima.

<sup>16</sup> Ver nota al pie n° 2; BELOFF, Mary, "Teorías de la pena: la justificación imposible", en *Determinación judicial de la pena*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1993, pp. 53 y siguientes.

cia de la reacción, inclusive de tipo penal, de la queja de una persona, llámese acusador privado o popular<sup>17</sup>, pero más conocido es aún el sistema que precedió inmediatamente a la centralización del poder político, durante la época del Derecho local o feudal, con fuente en la costumbre, que, por principio, postergaba la reacción autoritaria frente a la solución real del conflicto social concreto entre sus protagonistas de carne y hueso. La composición —según fue denominado el sistema entre nosotros— entre los protagonistas reales del conflicto social, cuya materialidad consistía en un contrato reparatorio negociado entre ofendido y ofensor, constituía la meta ideal del sistema, que pretendía, de esa manera, el regreso de ambos al orden pacífico comunitario, esto es, terminar la guerra, declarada por la acción ilícita, mediante un acuerdo de paz pactado por los protagonistas<sup>18</sup>.

Pero el método compositivo de solución de conflictos tampoco resulta absolutamente extraño al orden jurídico posterior a la creación de los Estados nacionales, inclusive en el propio Derecho penal, aunque revista carácter excepcional. Por de pronto y hasta hace escasos años, el Derecho de la sociedad de las naciones —orden jurídico incipiente: Derecho internacional público— lo adoptó como forma principal de solucionar conflictos entre Estados (los sujetos de derechos en esta sociedad particular). En efecto, sucedido un conflicto, la vía de la negociación pactada entre los Estados en conflicto es la primera que se intenta, con cierta paciencia, y sólo si ella fracasa, sobreviene la guerra entre Estados, inevitable, como sucedía en el llamado Derecho común de la época antigua entre personas y en conflictos interpersonales. Sólo en los últimos años se observa un decidido crecimiento de la fuerza pública aplicada a la manera de un poder político supranacional centralizado.

En Derecho penal han subsistido los delitos privados, que no sólo

<sup>17</sup> Según sucedió en el Derecho ático y en el romano: cf. MAIER, DPPa, cit., t. 1b, § 5, C, pp. 29 y siguientes.

<sup>18</sup> Acerca del régimen de la composición, cf. SCHMIDT, Eberhard, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, (reimpresión de la 3ª edición), Ed. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen (R.F.A.), 1983, §§ 3-32, pp. 21 y ss.; HENKEL, Heinrich, Strafverfahrensrecht, Ed. W. Kohlhammer, Stuttgart-Köln, 1953, § 3, pp. 10 y ss.; síntesis en MAIER, DPPa, § 5, B, pp. 23 y siguientes.

tornan dependiente de la voluntad del ofendido la existencia oficial del conflicto, sino que, además, respetan el mismo principio de autonomía de la voluntad como principal modo de solucionarlo, con privilegio sobre la pena y el procedimiento estatal, y a la reparación natural o simbólica como contenido del acuerdo; piénsese, en el Derecho penal argentino, en los delitos de acción privada (CP, 73), inclusive en los de instancia privada aunque de persecución pública (CP, 72), en la retractación para las ofensas contra el honor (CP, 117) y en el casamiento con la ofendida para los ataques principales contra la honestidad o la libertad sexual (CP, 132).

Esta visión del Derecho penal favorece, como regla de principio, sin duda, su aplicación meramente supletoria al caso conflictivo planteado<sup>19</sup>, su utilización como ultima ratio del sistema jurídico, sólo en el caso de que los protagonistas o ciertas instancias que los sustituyen<sup>20</sup> no puedan, por sí mismos, componer el conflicto

<sup>19</sup> La subsidiariedad es una de las características —al lado del carácter fragmentario— que se atribuye al Derecho penal (cf. ROXIN, *Strafrecht*, cit., § 2, XI, pp. 17 y s.). Regularmente esta característica se ha centrado en el reclamo político de que la imputación penal sea utilizada por el legislador mesuradamente, sólo en el caso de que otros instrumentos jurídicos de la política social no resulten suficientes para prevenir comportamientos desviados (ultima ratio). El reclamo no parece haber tenido mayor suerte, pues asistimos, universalmente, a una verdadera “inflación penal”, en el sentido de autorizaciones crecientes de la ley que conceden, cada vez en mayor medida, poder penal a los organismos estatales operantes del sistema punitivo, relación que hoy se puede observar desde atalayas diversos: se suman las relaciones jurídicas en las cuales operan normas de prohibición o de mandato, al punto de que casi no existen ya relaciones para las cuales, tras de ellas, no exista alguna norma penal; y, cada vez en mayor medida, se pretende responder al reclamo del ciudadano de seguridad frente al delito con penas aumentadas, inclusive de modo desproporcionado, y, peor aún, con “penas anticipadas”, de aplicación durante el procedimiento tendente a comprobar si existe un hecho punible, al punto de que ya se habla de la “pena de proceso” o del “proceso como pena” (cf., entre nosotros, PASTOR, Daniel, “Disertación sobre la libertad bajo caución en el proceso penal por delito fiscal”, en este mismo libro, § 3, I, II, quien cita a FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione*, 2ª edición, Ed. Laterza, Roma-Bari, 1989, p. 760).

De la característica de subsidiariedad se habla aquí pero en un sentido diferente: en el sentido de que la ley prefiere —y manda consecuentemente a los funcionarios que deben aplicarla— que, en el caso concreto, se conceda prioridad a la solución del conflicto por una vía distinta de la penal, cuando ella sea posible.

<sup>20</sup> Las asociaciones intermedias, para el caso de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, intereses difusos en el sentido de la pluralidad de víctimas y la dificultad que existe en su determinación individual y concreta.

y arribar así a una solución pacífica, que deje de lado o, por lo menos, aminore la respuesta violenta en la que consiste la pena estatal<sup>21</sup>.

La lucha política entre ambas visiones ideales del sistema penal, presentada por sus extremos, es todo un símbolo de la hora actual y divide claramente a quienes se ocupan de él<sup>22</sup>; las marchas y contramarchas de la legislación ratifican ese símbolo, con el agregado de que la política criminal y el Derecho penal ya no son sólo objeto de la meditación de especialistas y legisladores, sino que, antes bien, constituyen la materia más redituable del periodismo comercial, en especial del televisivo, entre nosotros continuamente ocupado con el tema, que cuenta con un mínimo bagaje intelectual para su tratamiento. Aquí nos ocupamos, en un sentido político claramente identificable, precisamente, del desarrollo de una de esas visiones o puntos de partida del Derecho penal y de su ingreso pausado, si se quiere, tímido, inconcluso, desordenado y parcialmente inimaginable, al Derecho penal argentino<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Al respecto, suenan —metafóricamente— onomatopéyicas las palabras, casi centenarias, de BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, cit., t. I, § 41, p. 288, expresadas para defender la separación estricta entre pena y reparación del daño: “la pena provoca una herida, el resarcimiento del daño cura otra, en lo posible, sin causar una segunda” (resaltado y traducción propia).

<sup>22</sup> Síntesis inteligente en FERNÁNDEZ BLANCO-JORGE, *Los últimos días de la víctima*, cit., II, pp. 16 y siguiente.

<sup>23</sup> La otra visión también existe entre nosotros. Como ejemplo extremo merece ser citada la paráfrasis de FRANCESCO CARNELUTTI que KENT, Jorge, *Suspensión del juicio a prueba* (“probation”), en *La Ley*, Buenos Aires, diario del 13/12/1994, Año LVIII, N° 238, pp. 1 y s., a propósito de una de las instituciones representativas del ingreso de la reparación como “tercera vía” del Derecho penal, hace suyas, transcribiéndolas como propia: “No en vano FRANCESCO CARNELUTTI ha escrito estas agudas palabras [resaltado nuestro]: ‘... conocer el espíritu de un hombre quiere decir conocer su historia ... Todo esto no es posible si el protagonista no abre, poco a poco, su alma. Este tipo de protagonistas que son los delincuentes tienen, por definición, almas cerradas. Al mismo tiempo en que solicitan la amistad, oponen la desconfianza y la sospecha. Impregnados de odio, ven el odio aun donde no existe más que amor. Son como animales selváticos, que sólo con infinita delicadeza y paciencia se pueden domesticar ...’”.

He estado tentado de resaltar una multitud de palabras, pues ninguna de ellas tiene desperdicio; al final sólo resalcé —pues todo el párrafo quedaba resaltado— aquellas que revelan que el autor nacional citado coincide con esta sentencia, con la que, según creo, no hubieran coincidido, en su época, ni siquiera los principales sostenedores del positivismo criminológico, como GARÓFALO y FERRI. Ubi-

## § 2. EL REGRESO DE LA “COMPOSICIÓN”

### A. Delito y composición del conflicto

Son representativas las ideas actuales que WEIGEND, en su informe sobre la discusión de las Jornadas de docentes en materia penal de la República Federal de Alemania, del año 1981, atribuye al Prof. MAIHOFFER: “... como se llega a vivir hoy un renacimiento de algunos elementos del procedimiento de partes, y, también, de la idea de reparación. Él señala el hecho de que ya en el sistema compositivo antiguo se había desarrollado una forma mixta entre pena y resarcimiento jurídico-civil del daño, que es designada hoy, a menudo, como previa al Derecho penal. En verdad, empero, se había llevado a cabo en ese sistema originario de Derecho penal libre, hoy redescubierto, una reintegración del autor, mientras que la mediatización del conflicto individual y grupal por intermedio de la paz de Dios o estatal condujo, como se conoce, a la formación de un Derecho penal servil a la autoridad, contra los súbditos. En un Derecho penal entre hombres libres e iguales, la reparación debería ser, consecuentemente, la sanción primaria, y la terminación del litigio por un contrato expiatorio y por la compensación del daño, el procedimiento prevaleciente. El movimiento de espiral del desarrollo histórico remite así hoy a la situación que dominaba antes de la mediatización de los conflictos sociales: donde viven sujetos de derechos en una forma asociativa democrática, donde el sentido de la pena es la reinserción en la sociedad, allí el ofendido, como afectado en sentido propio, será promovido a una figura central del procedimiento penal”<sup>21</sup>. Esas palabras sintetizan, enfáti-

---

cado yo en las antípodas de esta tesis, difícilmente verificable, me pregunté, primero, pese a que no soy poseedor de un gran sentimiento religioso, en qué clase de esta polarización de los seres humanos, de esta sociedad maniquea, ubicaría el autor a Cristo e, inmediatamente después, en qué clase se ubicaría él mismo. Ac-to seguido, yo mismo intenté ubicarme en alguno de esos polos y confieso aquí que no lo conseguí, que me asaltó el miedo y, poco después, el terror. He releído la sentencia —todo un hallazgo— varias veces y lo único que consigo es aterrorizarme más, pues si un publicista nos advierte de esta manera, tienen que existir personas, en nuestra sociedad, dispuestas a aplicarnos esa receta.

<sup>21</sup> Cf. WEIGEND, Thomas, Tagungsbericht (Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehretagung 1981 in Bielefeld [Tagungsbericht], en “Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” [ZStW], n° 93, Ed. W. de Gruyter, Berlin-New York, 1981, pp. 1283 y ss. (traducción propia).

camente, la situación actual tanto en el Derecho penal material, como en el Derecho procesal penal<sup>25</sup>. Por supuesto, se trata de una cuestión político-criminal con partidarios<sup>26</sup> y opositores<sup>27</sup>, que, por lo demás, no se desarrolla linealmente, en el sentido de opuestos contradictorios, sino que, antes bien, admite matices relativos al mayor o menor acogimiento de las soluciones consensuadas o por aplicación del principio de la autonomía de la voluntad de alguno de los protagonistas en el sistema penal, con el efecto excluir o aminorar la pena que esas soluciones provocan.

## **B. La reparación como tercera vía**

Ciertamente, la reparación y la pena no constituyen las únicas soluciones materiales de un conflicto individual o grupal. Son imaginables, también, por ej., soluciones conciliatorias, terapéuticas o educativas obtenidas por expresión de voluntad del propio autor o por consenso entre víctima y victimario: piénsese, por ej., en la *solución terapéutica o educativa de la actual ley relativa a las sustancias controladas* (Ley n.º 23.737, arts. 17, 18 y 21<sup>28</sup>) o en la posibilidad de concluir de este modo conflictos relativos a la violencia doméstica o familiar. Pero la reparación —natural o simbólica—, sin duda, o bien engloba por extensión de su concepto las demás soluciones sustitutivas de la pena, inclusive aquellas que no consisten en una prestación directa a la víctima, como el trabajo o prestación de bien común a favor de la comunidad o de una institución de bien público (CP, 27 bis, 8º), o bien representa, con su

<sup>25</sup> Visión ampliada: MAIER, Julio B. J., "Víctima y sistema penal", en AA.VV., De los delitos y de las víctimas, cit., pp. 183 y siguientes.

<sup>26</sup> Entre los juristas del Derecho penal, siempre moderados para la recepción de nuevas tendencias político-criminales, cf., por ej., ROXIN, Claus, "Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke", en Wiedergutmachung und Strafrecht, al cuidado de SCHÜCH, Heinz, Ed. W. Fink, München, 1987, pp. 37 y ss. (hay traducción castellana de Maier-Carranza: "La reparación en el sistema de los fines de la pena", en AA.VV., De los delitos y de las víctimas, cit., pp. 129 y siguientes).

<sup>27</sup> En el mismo sentido, cf., por ej., HIRSCH, Hans-Joachim, "Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht. Über die Grenzen strafrechtlicher Aufgaben", en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Ed. Karl Heimann, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, pp. 699 y ss. (versión castellana de Maier-Pastor: "Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal", en AA.VV., De los delitos y de las víctimas, cit., pp. 91 y ss.).

<sup>28</sup> Ver también CP, 27 bis, 4º, 5º y 6º.

significado restringido (enmienda a favor de la víctima), la forma paradigmática de sustitución de la pena y la que presenta mayores posibilidades de utilización práctica inmediata.

Tampoco la reparación representa un problema nuevo, inclusive como centro de gravedad de la cuestión penal. Estuvo allí en sus comienzos, con la organización social primitiva carente de un poder político centralizado, según hemos visto, cuando reinaba la composición, como forma común de solución de los conflictos sociales y, después de un prolongado ostracismo, ligado al que sufrió la víctima individual sobre quien recaía el daño proveniente de un delito, regresó para ocupar un lugar sobresaliente en la reflexión penal: el positivismo criminológico rescató el tema al incluir a la reparación entre las funciones y tareas del Derecho penal; la pena integral comprendía, para esta corriente de pensamiento, la reparación de los daños, aun cuando, de una manera impropia, ella era perseguida oficialmente —por el Estado que también perseguía penalmente— y sin consideración al interés de la víctima real<sup>29</sup>. Esta manera autoritaria del regreso de la reparación al Derecho penal, propia del enfoque positivista acerca de la cuestión penal, que agregaba poder al control social estatal, en lugar de limitarlo, parece haberse frustrado en razón del empecinamiento de esa corriente de ideas por estatalizar al extremo las instituciones sociales, por transformarlas en instituciones estatales sin advertir los intereses privados en juego, el derecho de la decisión particular a su respecto y, en su caso, la justicia de su defensa personal<sup>30</sup>. No obstante, no

<sup>29</sup> Cf. GARÓFALO, R. *Indemnización a las víctimas de delito*, Ed. La España Moderna, Madrid, 1929, ps. 60 y ss.; FERRI, Enrico, *Sociología criminal*, Ed. Centro Editor de Góngora, Madrid, s.f., t. 2, p. 199 y n° 88, II, pp. 275 y siguientes.

<sup>30</sup> Tras de esta idea se halla un “Estado paternalista” muchas veces ingenuo, cuyas decisiones y acciones —mejor dicho: las de sus funcionarios— portan, por naturaleza, el signo de “buenas” o “beneficiosas” objetivamente, razón por la cual el interés individual carece de consideración, pues no representa, objetivamente, aquello que es bueno o beneficioso. Obsérvese, en el CP, 34, 1°, el concepto “peligroso para sí mismo”, fundante de la aplicación de una medida de seguridad privativa de libertad por tiempo indeterminado, para aproximarse a esta idea. Repárese, posteriormente, en el art. 19 de la Constitución nacional (“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados” [resaltado nuestro]). Piénsese, ahora, en alguien que, sin provocar daño alguno que se extienda a otro, desea llevar a cabo un comportamiento tan extraño que, desde el punto de vista de la mayoría, es “per-

fue escasa la influencia de esa corriente de ideas, ni aquello que quedó de ella en las legislaciones positivas, una vez que el positivismo criminológico abandonó, derrotado, la escena cultural y política del Derecho penal<sup>31</sup>. Todavía hoy existen países en los cuales la reparación del daño representa una función obligatoria de la persecución penal estatal<sup>32</sup>. En nuestro país representa un hito la discusión que giró alrededor del art. 29 del CP, cuyo texto originario —en el proyecto— obligaba al juez a ordenar en la sentencia condenatoria, de oficio —esto es, sin haber sido demandada—, la reparación de perjuicios y cuyo texto final, convertido en ley, no pudo eliminar la regla, discutida como de carácter privado, sino, tan sólo, aminorar su impacto, trasformando un mandato en una facultad (“podrá ordenar”), que se ha interpretado, correctamente, como la necesidad de que quien tiene derecho a reclamar los

---

judicial” para él mismo, como, p. ej., quien presta su consentimiento para que otro se apodere de sus cosas, de parte o de todo su patrimonio, o, con el paradigma extremo de esta discusión, para dejar de vivir (testigo de Jehová que no permite ser trasfundido o quien no quiere alimentarse o ser alimentado, o que, en grado extremo de deshidratación, no permite que se le incorpore suero). Tampoco el desarrollo del Derecho civil es extraño a esta idea: ver el nuevo art. 152 bis, incs. 1º y 2º, incorporado al CC por ley 17.711. La antigua discusión acerca de la instigación o colaboración para el suicidio de otro y sobre el homicidio por requerimiento, referente al valor del bien jurídico “vida” y a su disponibilidad, en el Derecho penal, pone en acto un ejemplo extremo del problema: el cuño liberal de nuestro CP de 1921 aparece en la pena, absolutamente disminuida respecto del homicidio, de la instigación y ayuda al suicidio (CP, 83).

<sup>31</sup> La determinación legal de la pena por escalas penales cuyos mínimos y máximos distan bastante entre sí, sucedáneo del ideal positivista de la pena indeterminada, y las medidas de seguridad con encierro (CParg., 34, 1º) y para reincidentes (CParg., 52), incluso indeterminadas en su duración, en principio, constituyen ejemplos de esa influencia residual, entre nosotros.

<sup>32</sup> España, por ej.: LEC (Ley de Enjuiciamiento Criminal), 108, que establece para el *ministerio público* la obligación de entablar contra el imputado la acción civil, conjuntamente con la penal, aun con prescindencia de la voluntad del ofendido, y cree, con ello, satisfacer procesalmente la condición que impone, correctamente, la ley penal material (CP, 20, último párrafo). Ver también LEC, 110, II, que insiste en la decisión de oficio sobre la reparación, esto es, sin consideración al interés expresado del ofendido. No parece que esta solución conjunta del sistema represente “un gran avance” (AA.VV., Código penal, comentarios y jurisprudencia, 20, p. 61), sobre todo porque “Ejercitada la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal. ...” (LEC, 112).



daños emergentes de un delito, según la ley civil, los demande en el juicio criminal, constituyéndose expresamente en actor civil<sup>33</sup>.

La reparación, como forma de componer conflictos sociales, no es, entonces, un problema nuevo —existió siempre y existe hoy, desde luego, en el Derecho privado—, aun en el Derecho penal; empero, sí se trata de un problema actual dentro de la reflexión jurídico-penal. Su novedad consiste en el retorno, según ya lo advertimos, de la composición, del consenso y, en fin, del principio de la autonomía de la voluntad individual al centro de la escena penal, mediante el efecto de desplazar, total o parcialmente, su instrumento característico, la pena estatal y, con ello, toda o parte de la aplicación del sistema penal en su conjunto, en especial, su manera característica de pensar que desarrolla una organización social sobre la base de premios y castigos, pecadores y virtuosos, obedientes y desobedientes, condenados e inmaculados, imputados y no procesados, en fin, sobre la base de una polarización intolerante, a la cual debe reducirse todo juicio social sobre una persona y todo procedimiento destinado a asegurar la convivencia pacífica, a decir verdad, ineficiente para lograr los fines que se propone por varios motivos, pero debido, quizás, a la reducción de la realidad que opera en su base. Este retorno elimina, por principio, la mayor acumulación de poder estatal tras las normas de Derecho penal e inclina la balanza hacia un sistema que contemple también al Derecho penal, aun parcialmente, como un regulador de conflictos sociales que busca su solución por intermedio de acuerdos racionales sobre la paz social, cuando ella resulta alterada por acción u omisión de uno de los integrantes de esa sociedad.

Se ha dicho, por ello, que el regreso de la reparación del daño al sistema penal —y, con ella, del interés concreto de la víctima o de las víctimas del hecho punible y de los mecanismos de compensación [asunción voluntaria de obligaciones] y conciliación a los que la reparación concede un lugar— constituye una “tercera vía” de

<sup>33</sup> Cf. NÚÑEZ, Ricardo C., *La acción civil en el proceso penal*, (2ª edición), Ed. Córdoba, Córdoba (Arg.), 1982, Tít. II, Caps. I y II, pp. 23 y ss. y ; VÉLEZ MARICÓNDE, Alfredo, *La acción civil reparatoria*, Ed. del autor, Córdoba (Arg.), 1965, Cap. I, ps. 7 y siguientes.

reacción frente al ilícito penal culpable, al lado de las dos tradicionales hoy, la pena y las medidas de seguridad y corrección, cuya incorporación masiva discute actualmente el Derecho penal y cuyo ingreso a él ya ha comenzado, muy parcialmente y de modo desordenado, a través de variadas instituciones<sup>34</sup>. En el debate político-científico del Derecho penal tradicional la discusión está limitada, de manera genérica, a la incorporación de esta tercera vía como sustituto de la pena en el ámbito de los delitos leves o de mediana gravedad y como atenuante de la pena o determinante de la concesión de beneficios —por ej., la ejecución condicional de la pena o la libertad condicional anticipada— en los delitos graves. Los matices de la discusión acerca del ámbito de utilización posible de esta solución no pueden ser estudiados aquí: van desde una posición extrema, externa al Derecho penal y crítica de su aplicación, que pretende su reemplazo o, más que ello, su negación, y, precisamente por ello, se esfuerza por demostrar que la reparación no es una pena, sino todo lo contrario<sup>35</sup>, pasan por posiciones de máxima pero internas del Derecho penal como la de MAIHOFER, ya citada<sup>36</sup>, arriban, en la mayoría de los casos, a postulaciones moderadas, como la antes informada de manera genérica<sup>37</sup>, y hasta reconocen opositores a la idea, quienes señalan que la repa-

<sup>34</sup> Cf. ROXIN, Claus, *Strafrecht*, cit., t. I, § 3, p. 47 (versión castellana de Liliana Blanco, Patricia S. Ziffer y Daniel R. Pastor, "Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad", en AA.VV., *Determinación judicial de la pena*, cit., pp. 48 y siguiente).

Ejemplos universales de su ingreso y de las dificultades políticas para su incorporación al Derecho continental, en ROXIN, *Strafrecht*, cit., nota al pie n° 54, y del mismo autor, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit., traducción castellana, pp. 131 y ss., y p. 142.

<sup>35</sup> Los abolicionistas: cf. los autores y libros citados en nota al pie n° 2 y CHRISTIE, Nils, "Los conflictos como pertenencia", (traducción castellana de Bovino, Alberto y Guarigliá, Fabricio), en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, cit., p. 172.

<sup>36</sup> Ver § 2, A.

<sup>37</sup> En castellano se puede leer sobre ellas ROXIN, Claus, "La reparación en el sistema de los fines de la pena" (traducción de Maier-Carranza de *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, cit.), en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires 1992, pp. 129 y ss., quien informa sobre abundante bibliografía y, en el mismo libro, MAIER, "Víctima y sistema penal", cit., 2, pp. 195 y siguientes.

ración no es, básicamente, tarea o función del Derecho penal y su utilización en él siempre debe ser reducida y, en el contexto general, insignificante<sup>38</sup>.

Reparación significa, básica y sintéticamente, regreso al status quo ante (CC, 1083), esto es, más próximamente, colocar al mundo en la posición en la que él estaría de no haber emprendido el autor la obra antijurídica o de no haber omitido, antijurídicamente, aquella acción que le era debida. Sin embargo, este concepto involucra sólo a la reparación natural, clave del sistema; empero, la tercera vía incluye también la reparación simbólica, y no tan sólo la tradicional, consistente en la reparación in genere del patrimonio de la víctima (CC, 1078)<sup>39</sup>, sino, además, soluciones similares, como la novación de la obligación por otra que la víctima prefiera<sup>40</sup> o la decisión de una prestación que contemple el interés público<sup>41</sup>, alternativamente a la obligación a favor de la víctima o conjuntamente con ella, según los casos.

Tampoco el concepto de víctima se corresponde con el tradicional, relativo a la víctima individual. Los llamados bienes jurídicos colectivos, supraindividuales o universales, con su dificultad para determinar cada una de las víctimas concretas que sufren la afectación o puesta en peligro de un bien jurídico que portan, han permitido extender el concepto de víctima mediante sustitutos grupales, generalmente las asociaciones intermedias, a las que se les permite la defensa del interés difuso en el cual consiste el bien

<sup>38</sup> En castellano se puede consultar la opinión de HIRSCH, Hans-Joachim, en los dos artículos publicados en el libro de AA.VV., De los delitos y de las víctimas, a saber: "La reparación del daño en el marco del Derecho penal material", traducido por Elena Carranza, pp. 53 y ss., y "Acerca de la posición de la víctima en el Derecho penal y en el Derecho procesal penal", traducción de Maier-Pastor, pp. 91 y siguientes.

<sup>39</sup> La cuestión ha sido discutida vivamente en el Derecho argentino a raíz del Anteproyecto de CP de 1960: ORGAZ, Alfredo y SOLER, Sebastián, Aspectos civiles de la reforma penal, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 19 y ss., 47 y ss., 103 y siguientes.

<sup>40</sup> En lugar de la reposición de la cosa dañada, la entrega de otra o la prestación de un servicio que la víctima necesita.

<sup>41</sup> Prestación de servicios a favor del Estado o de una institución de bien público; CP, 27 bis, inc. 8°.

jurídico protegido, por su pertenencia plural, cuando la defensa de ese bien o valor constituye el objeto de la asociación<sup>42</sup>. El Estado mismo aparece como víctima de acciones u omisiones que ya no se limitan a los bienes jurídicos tradicionales, de los que es portador, en razón de que él también ingresa en la distribución, sino, antes bien, de bienes jurídicos relacionados con su actividad directiva en torno a su misión de lograr el bien común, como sucede hoy en los delitos que, genéricamente, afectan la economía nacional (delitos que afectan o ponen en peligro los medios de pago internacionales, el tráfico de mercaderías desde y hacia el territorio nacional y los procedimientos para determinar quiénes deben contribuir y el alcance de la obligación de contribuir a las rentas públicas).

La justificación de la incorporación de la reparación como tercera vía del Derecho penal reconoce argumentos de tipo especulativo ya conocidos por los juristas, utilizados para justificar la pena estatal o para explicar los fines que ella debe perseguir, otros debidos al empuje avasallante de movimientos políticos que bregan por incluir a la víctima como factor importante del sistema penal y, por fin, argumentos empíricos, extraños por ello a la ciencia normativa, pero tan o más válidos que los que ella elabora a la hora de decidir una política criminal concreta. Entre los primeros se observa que la reparación del daño por voluntad del autor permite, seguramente con mayor eficiencia que la pena, solucionar el conflicto social y, en ocasiones, un regreso casi perfecto a la paz jurídica, por reposición del estado ideal al que hubiera conducido la expectativa fundada en la observancia de la norma, o, cuando menos, en el intento de alcanzar una situación similar<sup>43</sup>. Ello favorece, dicho de otra manera, el alcance de fines relativos a la prevención general positiva, por la satisfacción de la conciencia jurídica general que se genera cuando el conflicto se ha superado y el efecto docente que muestra el valor protegido por la norma, reconocido por el propio autor del hecho punible. De la misma manera, el au-

<sup>42</sup> Ver, por ej., CPP Italia, 91 y ss. Cf. MAIER, "La víctima y el sistema penal", cit., 2, VI, p. 213.

<sup>43</sup> Aquello que ROXIN llama prevención integración: cf. Strafrecht, cit., p. 47, n° 64 (versión castellana: p. 49).

tor que conoce y reconoce, de alguna manera, el interés de la víctima y lo satisface, en la medida y condiciones para él posible, acepta primariamente el valor de la norma y lleva a cabo una acción, quizás la más significativa si es sincero, para su reinserción en la comunidad jurídica (prevención especial positiva).

La corriente de opinión que clama porque se reconozcan los intereses de las víctimas de los delitos recibe, a través de esta respuesta, que privilegia a la reparación en lugar de la pena o que le concede ciertos efectos en relación a ella, una respuesta racional: al menos ya la pena no significa un obstáculo para la reparación como sucede en el Derecho penal de dos vías, en las que el encierro, la pena pecuniaria a favor del Estado o la inhabilitación del autor no sólo prevalecen frente a la reparación, sino que, además, la tornan, de ordinario, imposible. Algunos han observado en este privilegio de la reparación frente a la pena y en la intervención consiguiente del ofendido en el procedimiento penal, un regreso a la retribución<sup>44</sup> y a la venganza privada, debido a los poderes crecientes de quien sufre el ataque y al interés subjetivo que guía sus acciones, por sobre el interés objetivo, base de la persecución penal estatal en el Derecho continental<sup>45</sup>. Es posible que ello suceda, lo cual no importa juicio alguno acerca de su injusticia —a determinar en el caso concreto por la decisión judicial— y menos acerca de la necesidad de la exclusión de ese interés para solucionar el

<sup>44</sup> HIRSCH, "La reparación del daño en el marco del Derecho penal material", cit., pp. 64 y siguiente.

<sup>45</sup> Entre nosotros estos argumentos han dominado la escena de la reforma procesal penal, desde antiguo: cf. Exposición de motivos del CPP Córdoba (1939), Ed. oficial, Córdoba (Arg.), 1941, pp. 26 (4<sup>o</sup>) y 36 y s., opinión de sus proyectistas Sebastián SOLER y Alfredo VÉLEZ MARICONDE; ver, al respecto, resumen de las posiciones en CLARÍA OLMEDO, Jorge A., Tratado de Derecho procesal penal, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1962, t. II, n° 559 y ss., pp. 347 y ss.. Recientemente la discusión volvió a plantearse en el mismo ámbito, con ocasión del debate acerca del Proyecto CPP Nación 1966: cf. LEVENE (h), Ricardo y FRANK, Jorge L., en Síntesis de las observaciones y modificaciones propuestas al proyecto de ley del Poder Ejecutivo de reformas al Código Procesal Penal de la Nación, H. Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, 1989, I, pp 27 y 28, y II, pp. 34 y s. y 44; en el mismo debate, pero con opinión inversa, proponiendo aún mayores facultades para la víctima: D'Álbora, Francisco J., Federación Argentina de Colegios de Abogados y LLERENA, Patricia, I, pp. 27 y 28, y II, p. 76.

conflicto. Investigaciones empíricas parecen demostrar lo contrario<sup>46</sup>.

Precisamente, las investigaciones empíricas desarrolladas acerca de los fines preventivos de la pena, en especial la crisis de la pena privativa de libertad y del ideal de la pena-tratamiento, para la resocialización o reinserción social del autor, han determinado, frente a su fracaso, la necesidad de buscar nuevos caminos para prevenir los ilícitos penales y evitar un daño mayor, en especial, la violencia realimentada del sistema, que, para los partidarios del Derecho como regulador de conflictos sociales y de su manera de solucionarlos, intenta poner fin a un conflicto creando otro nuevo entre el autor y el Estado y dejando sin solución al planteado en la realidad<sup>47</sup>.

Para el Derecho penal de cuño político liberal, el ingreso de esta tercera vía al Derecho penal tiene un fundamento jurídico específico: el llamado principio de subsidiariedad, que caracteriza al Derecho penal, expositor de las máximas autorizaciones jurídicas, en un Estado de Derecho, para el ejercicio de la coacción estatal, como ultima ratio de la política social<sup>48</sup>. Después de que la teoría del Derecho penal intentó influir sobre la legislación para que sólo sometiera a pena comportamientos que, probadamente, no admitieran otra solución por una vía jurídica distinta a la pena estatal (ultima ratio), infructuosamente (la llamada "inflación penal"), encontró, por fin, con la incorporación de la reparación como ter-

<sup>46</sup> ROXIN, Strafrecht, cit., p. 47, n° 63 (versión castellana: p. 48); HULSMAN y BERNAT DE CELIS, Sistema penal y seguridad ciudadana, cit., n° 45 y 46, pp. 106 y ss.; BIERBAUER-FALKE-KOCH, "Konflikt und Konflikterledigung. Eine interdisziplinäre Studie über die Rechtsgrundlage und Funktion der Schiedmannsinstitution", en AA.VV., Zugang zum Recht, 1978, pp. 141 y siguientes.

<sup>47</sup> Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich, La crisis de la política criminal, en Revista "Doctrina penal", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 45 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco, La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito, en Revista "Doctrina penal", 1979, pp. 625 y ss.; BERGALLI, Roberto, La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella, Ed. Sertesa, Barcelona, 1980, Segunda parte, Cap. VI, pp. 267 y ss., y ¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?, Inst. Criminología, Univ. de Madrid, Madrid, 1976. Ver las palabras de BINDING en nuestra nota al pie n° 20, significativas para este punto de vista.

<sup>48</sup> Cf. ROXIN, Strafrecht, cit., § 2, XI, n° 28 y ss., pp. 17 y s. y § 3, , III, n° 65, p. 47 (versión castellana: p. 49).

cerca vía, un mecanismo posible y efectivo para imponer al Estado, en los casos concretos que deben juzgar sus tribunales y perseguir sus fiscales, la subsidiariedad de la pena estatal, que cede frente a la reparación del daño ocasionado por el autor. De tal manera, con esa solución, la prédica en favor de una utilización limitada de la violencia estatal, legitimada por el Derecho, para dar solución a conflictos sociales tiene un principio de ejecución compulsivo para los operadores del Derecho penal. Si a esa solución le sumamos mecanismos procesales de realización —como el enfrentamiento regulado del autor con su víctima para lograr la compensación o la misma conciliación— tornaremos subsidiaria también, al menos parcialmente, la persecución penal, con todos sus efectos criminógenos nocivos sobre la persona del imputado, que ella ya presenta antes de dar nacimiento a la pena formal. El sistema penal se transformará, total o parcialmente según los ámbitos en los cuales se admita la “tercera vía”, no hay duda alguna, en una instancia para hallar una solución racional del conflicto con intervención de sus protagonistas verdaderos, aunque no pierda su carácter coactivo, problema principal al que se enfrenta esta solución.

Precisamente este problema es el que coloca en tela de juicio toda la propuesta política, en sí absolutamente razonable. El autor o, peor aún, el imputado, del cual se desconoce, en términos de una sentencia penal, si es “merecedor” de una pena, se ve sometido a una propuesta compensatoria bajo la “espada de Damocles” de la aplicación de una pena, en una sentencia eventual cuyo signo —absolución o condena— él no domina ni puede calcular totalmente en la mayoría de los casos. Por lo demás, la víctima se verá sometida a un enfrentamiento relativamente compulsivo con el autor presunto, quizás no querido por ella, según las reglas materiales y procesales que rijan la incorporación de esta solución al Derecho penal. Estos problemas, que plantea la instrumentación de la reparación como tercera vía, no son, a mi juicio, insuperables. A pesar de que esta introducción no tenga por objeto presentar una forma concreta de incorporación, basta pensar en la extensión temporal de la opción durante el procedimiento, para que el imputado, eventualmente, pueda evitar los efectos de una sentencia condenatoria, total o parcialmente (en este último caso, conseguir un nuevo debate sobre la medición de su pena, posterior a la sentencia condenatoria, por razones preventivo-generales o preventi-

vo-especiales<sup>49</sup>), por apelación voluntaria al proceso compensatorio. Desde el lado de la víctima, la posibilidad de que ella prefiera el sistema absolutamente privado de litigio con el autor presunto o ya declarado tal, por apelación a las reglas del Derecho privado, puede solucionar la ardua cuestión, siempre que su opinión no sea vinculante para la aplicación, por parte de la justicia penal, de esta tercera vía.

Un problema que carece de solución, al menos por el momento, emerge de contemplar la diferente posición de poder —socio-económico, fundamentalmente— que precede al enfrentamiento entre víctima y victimario. En efecto, la desigualdad social, que existe en la realidad como sustrato de aplicación del Derecho penal —juicio verificable empíricamente—, se traslada directamente, sin más, al ámbito de la administración de justicia y, sobre todo, al sistema penal. Sólo un sistema fundado en la solidaridad social, que conceda a quienes no pueden defenderse por sí mismos, en relativa igualdad de posiciones con su adversario, una asistencia idónea, puede pretender atenuar los efectos de la desigualdad<sup>50</sup>. El

<sup>49</sup> Cf. MAGARIÑOS, Mario, "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena", en AA.VV., *Determinación judicial de la pena*, cit., V y VI, pp. 82 y siguientes.

<sup>50</sup> En ello sí le asiste razón al movimiento a favor de la víctima, en el sentido de reclamar para las víctimas de los delitos la posibilidad de tener acceso idóneo a la instancia judicial y, por ello, equiparación al imputado, que goza del favor (¿?) de la defensa oficial. Empero, si el movimiento pro víctima reparara en la forma según la cual cumple el Estado su deber de dar asistencia en juicio al imputado, al menos entre nosotros —juicio necesariamente generalizante—, seguramente harían causa común con estos últimos.

Ésta es la razón por la que el problema no tiene aún solución, como no la tiene tampoco en el ámbito de la justicia de Derecho privado. Reparar esa desigualdad manifiesta, tanto para víctimas como para victimarios, mediante un sistema racional de asistencia para aquellos que no pueden procurársela por sus propios medios, es una tarea esencial del Estado de Derecho, más aún cuando él, modernamente, pretende agregar el calificativo de social. Cf. GUARIGLIA, Fabricio, *El nuevo sistema de defensa de oficio en el procedimiento penal*, en *Jur. Arg.*, Buenos Aires, diario del 20/5/1992, n° 5777, pp. 4 y ss. y GORANSKY, Mirna, *Informe sobre la defensa oficial en el Proyecto de 1986*, inédito, para ejemplificar un sistema que pretendió reunir el deber del Estado y el deber de solidaridad de los profesionales del Derecho, con el fin de dar solución al problema. Más allá de ello, información tanto jurídica como empírica sobre el problema, sin duda crucial y lastimoso entre nosotros, en GARITA VILCHEZ, Ana Isabel, *La defensa pública en América Latina desde la perspectiva del Derecho procesal penal moderno*, Ed. Ilanud, San José (Costa Rica), 1991.



problema no es, por ello, un problema específico del sistema penal, que, sin embargo, lo sufre en varias direcciones<sup>51</sup>, ni es solucionable por ese sistema, internamente, pero la preocupación es legítima y debe tener una respuesta en el sistema.

No obstante todas las dificultades, la incorporación de la reparación como tercera vía del Derecho penal resalta como principal beneficio, según mi opinión, el valor del principio de la autonomía de la voluntad en la solución de los conflictos sociales, por sobre la autoridad de la decisión estatal. A propósito, rescato la siguiente sentencia de Sebastián SOLER, en su polémica con Alfredo ORGAZ sobre la cuestión de la incapacidad civil de los condenados a pena privativa de libertad: “Tengo la impresión de que los afanes protectores nos obligarían a proteger por igual a todo preso declarándolo incapaz; pero sospecho que entonces el interesado clamaría que lo amáramos un poco menos”<sup>52</sup>. La misma impresión me asalta cuando observo el problema tanto desde el costado de la víctima, como desde el lado opuesto correspondiente al imputado.

### § 3. EL DERECHO PENAL ARGENTINO Y LA “TERCERA VÍA”

Sin duda, el Derecho penal argentino no es totalmente extraño a esta tercera vía. No sólo merece citarse genéricamente el reconocimiento de acciones penales privadas (CP, 73), con su juego de voluntades entre acusador y acusado, que permite la conciliación entre ellos (CPP Nación, 424), evitar conflictos judiciales o terminar los iniciados (CP, 59, 4°, y 60; CPP Nación, 420, 422 y 423) y hasta prescindir de la pena reconocida en una sentencia firme de condena (CP, 69), sino, además, el apoyo, más teórico que real, que brinda al declarar que “La obligación de indemnizar es preferente... al pago de la multa” (CP, 30).

Pero, en un sentido más coincidente con el tema particular que tratamos, nuestra ley penal conoce, desde su origen, soluciones

<sup>51</sup> Basta pensar en la selectividad verificada en el sistema: cf. SACK, Fritz, *Selektion und Kriminalität*, en “*Kriminologisches Journal*”, Frankfurt, 1971, p. 397; detalles, con bibliografía, en KAISER, Günther, *Kriminologie*, (2ª edición), Ed. C.F. Müller, Heidelberg, 1988, § 41, 5, pp. 341 y siguientes.

<sup>52</sup> ORGAZ, Alfredo y SOLER, Sebastián, *Aspectos civiles de la reforma penal*, cit., p. 44.

prácticas que implican el reconocimiento, si bien limitado y excepcional, de esta tercera vía. La retractación (CP, 117), en los delitos contra el honor, implica admitir, en ese ámbito, el valor de la reparación natural por sobre la pena. Pero aun en delitos graves, como aquellos que afectan la honestidad o la libertad sexual, se prevé un sustituto de la pena, que, a pesar de haber sido catalogado por los penalistas bajo el rubro de una excusa absolutoria post facto, representa, en verdad, una solución del caso, por consenso o conciliación máxima entre víctima y victimario (el casamiento con la ofendida: CP, 132), que excluye la solución penal y la aplicación íntegra de ese sistema (CPP Nación, 339, 2°, y 336, 1°).

Idénticamente, la reparación cumple un papel destacado en dos institutos relativos a la teoría general de la pena, en el CP argentino: la condenación condicional (CP, 26), en tanto para su concesión resulta de importancia la “actitud posterior al delito” que observó el condenado y “las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad”, y la rehabilitación respecto de la pena de inhabilitación (CP, 20 ter, I y II), absoluta o especial, condición específica y necesaria para decidirla. Quizás la utilización natural, rutinaria y cotidiana de estos mecanismos nos haya acostumbrado a dejar de pensar en aquello que ellos representan verdaderamente.

Pero, además, quien conozca la práctica de nuestros tribunales, sobre todo en materia de delitos contra el patrimonio, puede ser testigo de que, encubiertamente y por apelación a cualquier fundamento fáctico o jurídico, una enorme cantidad de procedimientos penales, especialmente por delitos contra el patrimonio, son solucionados por acuerdos entre víctima y victimario, o, al menos, entre las partes en conflicto, que apenas permanecen ocultos detrás, por ej., de un desestimiento de la querrela interpuesta o de una explicación del denunciante.

Se debe reconocer, sin embargo, que, conforme al Derecho positivo, la última es una práctica viciosa, sin la cual, empero, el ministerio público y los tribunales estarían más que sobrecargados de trabajo, a la par de cuestionar enormemente el éxito de la persecución penal, y, por otro lado, los mecanismos jurídicos sólo constituyen una verdadera excepción en la aplicación de la ley penal, salvo la condenación condicional, acerca de la cual, empero, cabe

también reconocer que la reparación del daño por el condenado no ha jugado, en la práctica, un papel preponderante.

Hoy, en cambio, por diferentes reformas de la ley penal, la reparación se incorpora al Derecho penal, de una manera más decidida, como tercera vía. La primera aparición, un tanto inesperada, está representada por una ley especial, la llamada "ley penal tributaria y previsional" (n° 23.771, promulgada el 22/2/1990), cuyo art. 14 permite, bajo ciertas condiciones y por vez primera, inhibir la pena amenazada y la persecución penal con la aceptación y cumplimiento de la obligación eludida (cumplimiento de la acción mandada o reparación del daño sufrido por la acción prohibida). Más modernamente (ley n° 24.316, promulgada el 13/5/1994), se incorpora un nuevo Título (XII, arts. 76 bis a 76 quater) a la parte general del CP argentino, introduciendo una institución cuya aplicación extendida, si sus reglas son aplicadas extensivamente —a favor del imputado—, como corresponde, está llamada a transformar la realidad antes apuntada. Se trata de la suspensión del juicio a prueba, institución que permite, en casos de delitos leves y de mediana gravedad, como su nombre lo indica, prescindir de la persecución penal si el imputado reclama y admite, básicamente, cumplir ciertas instrucciones que, a manera de admonición, establece un tribunal, entre las cuales la reparación del daño en la medida de lo posible (CP, 76 bis, III, y 76 ter, IV), obligatoriamente, y la realización de trabajos no remunerados en favor del Estado o de instituciones de bien público (CP, 76 ter, I, y 27, 8°) o la misma solución terapéutica (CP, 76 ter, I, y 27 bis, 5° y 6°), facultativamente, están llamadas a jugar un papel esencial.

No corresponde al objeto de este trabajo orientar la aplicación de estos institutos, de generación reciente, mediante la interpretación de las reglas que los rigen, tarea ardua y problemática, según ya se ha visto en el escaso tiempo de vigencia, por insuficiencia de la reglamentación, pero, antes bien, por el estupor de los jueces y funcionarios que deben aplicarlos quienes, a juzgar por la aplicación práctica, han sentido sensiblemente el efecto de estas reglas como una rebaja del poder que ejercitan, precisamente la finalidad genérica que ellas se proponen cumplir.

Por el contrario, el objeto del trabajo se corresponde con la idea general que nuestro amigo y colega homenajeado, el Prof. Dr. Da-

vid BAIGÚN, pregonó como función principal del análisis del jurista y de la discusión en materia de Derecho penal: establecer las bases políticas de funcionamiento de un sistema penal integrado y conducir al sistema, mediante argumentaciones racionales y coherentes lógicamente, al punto óptimo de un Derecho penal respetuoso del Estado de Derecho y de la diversidad, en una sociedad gobernada por la solidaridad entre los semejantes y, de esta manera, contribuir a su humanización desde la elaboración científica. Tal pregón, que a mí me transmitió incluso con su ejemplo personal, promovió ésta, mi modesta colaboración en su homenaje.

# El rol del Derecho penal en la protección del medio ambiente\*

*Luis Marcó del Pont\*\**

## I. INTRODUCCIÓN

El análisis penal de la protección del medio ambiente es nuevo en Argentina. Contamos con pocos estudios sobre el tema y son escasas las investigaciones con un enfoque criminológico. Sin embargo, cada día es más acuciante la preocupación de la sociedad, que demanda respuestas o soluciones.

Son claros los graves daños ocasionados al medio ambiente, ya sea a través de la contaminación de aguas, aire y suelos. Hay un vacío en la legislación penal argentina. El Código Penal no ha sido actualizado y por eso planteamos la necesidad de introducir un tipo penal y de discutir cuáles pueden ser las medidas más efectivas para su instrumentación.

En materia de protección del medio ambiente advertimos que no hay ausencia de normas, sino que éstas son superabundantes, difusas y generalmente dispersas en leyes, decretos y ordenanzas de carácter administrativo, sin mayor eficacia. Se calcula que en Argentina hay unas tres mil normas referidas a recursos silvestres y existen leyes nacionales, como la ley n° 20.248 de Salud Pública

\* Ponencia presentada en las Jornadas Preparatorias del IX Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Buenos Aires, 7 al 10 de agosto de 1994.

\*\* Profesor de Criminología de la Universidad Nacional de Córdoba.

que contiene normas para la preservación de los recursos del aire, otras leyes sobre suelos, aguas, mar, aire, flora, bosques y forestación, fauna, caza, pesca, sustancias peligrosas, ruidos, residuos, minería, planificación y ordenamiento territorial, energía, áreas protegidas, protección general de la naturaleza y leyes generales. En total se contabilizan más de 100 instrumentos jurídicos entre leyes nacionales y provinciales. A su vez, cada provincia tiene su ley del medio ambiente y en el nivel municipal hay infinidad de ordenanzas. Ello significa que hay un arsenal de disposiciones para proteger el medio ambiente, pero falta eficacia.

Hay normas en las constituciones provinciales argentinas más modernas, como son los casos de Córdoba, San Juan, Jujuy, Salta, La Rioja y recientemente se ha introducido una norma en la nueva Constitución Nacional argentina. La disposición constitucional reconoce el derecho de los habitantes a gozar de un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, así como el deber de preservarlo para las generaciones futuras. Establece también que todo el daño al ambiente debe ser recompuesto y que el Estado debe proveer a la utilización racional de los recursos naturales y a la preservación del patrimonio entre otras obligaciones. Hay leyes nacionales y provinciales y ordenanzas municipales muy variadas, pero falta el tipo penal en el Código Penal argentino, como lo establece la legislación penal alemana, española, o la mexicana de Veracruz.

Está bien que las constituciones establezcan normas de protección ambiental, pero eso solo no basta. Hay que implementarlas en el nivel ejecutivo y práctico del Derecho Penal y en las ordenanzas de los municipios donde existe una mayor inmediatez en la detección de las infracciones.

Hay dos niveles. Uno es el de los delitos, que es privativo del Derecho Penal y otro el de las contravenciones, que es de competencia administrativa y municipal.

Por supuesto que la cuestión no está en la represión sino en la prevención. Es decir que hay que arbitrar todas las medidas para evitar los daños al medio ambiente y cuando éstas han fracasado se tendrá que utilizar excepcionalmente el Derecho Penal.

## **II. EL CÓDIGO PENAL**

El Código Penal argentino prácticamente no contiene normas de protección al medio ambiente. Existen disposiciones vinculadas a los delitos contra la salud pública, como son el envenenamiento o adulteración de aguas potables, o alimentos o medicinas (art. 200 a 208). Es un tipo penal al que se le agregó el término contaminar (ley n° 17.567) y ha merecido distintas interpretaciones doctrinarias, sobre todo en relación a la contaminación de aguas potables. Es un delito de peligro, ya que no requiere la concreción del daño, sino que protege el interés social.

Otros tipos penales del viejo código penal argentino de 1921 son los delitos de daños (art. 184) y de incendio (art. 186) con el evidente propósito de proteger la propiedad y no el medio ambiente. De todos modos son normas que pueden ayudarnos en la defensa ecológica.

## **III. LEYES ESPECIALES**

Hay leyes especiales como la n° 24.051 de residuos peligrosos, que establece normas penales, en su art. 55, donde remite a las mismas penas del art. 200 del Código Penal “al que, utilizando los residuos a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general”. Es claramente un delito de peligro y es interesante lo que establece en materia de sanciones, ya que extiende la responsabilidad de personas jurídicas, a los casos de los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes “...que hubieren intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir”. La competencia es federal (art. 58).

Otra ley especial es la n° 22.421, que protege la fauna silvestre, con sanciones penales de prisión muy leves (de un mes a un año, en un caso y de dos meses a dos años en casos agravados).

## **IV. PROYECTOS LEGISLATIVOS**

Hay numerosos proyectos de reformas al Código Penal que dier-

men en la legislatura. El P.E. envió uno en 1991, hay otro de diputados de Córdoba, en el que hemos colaborado, y hay proyectos de un Código Ambiental.

El proyecto de 1991 establece penas de multas fijas y me parece criticable. Si bien tiene mínimos y máximos bastante amplios, con sanciones económicas elevadas, se corre el riesgo de los procesos de cambios económicos. Lo que hoy parece mucho mañana no es nada. Me inclino por establecer como sanción económica un porcentaje del capital social de la empresa, o una fórmula mixta de combinar mínimos y máximos fijos y una segunda alternativa vinculada a establecer porcentajes del capital social de la empresa contaminante. De esta forma me parece que el sentido de prevención general de la norma puede resultar más adecuado y eficaz.

El proyecto de 1991 remite a las leyes o reglamentos del medio ambiente, en vez de establecer un tipo concreto en la ley penal. Al mismo tiempo en el caso de que resultare la muerte o lesiones gravísimas para una o más personas, o se hubiere producido un daño irreversible o catastrófico, se establece pena de prisión de tres a diez años y multa de cien mil a cuatrocientos mil pesos.

La misma pena la prevé para los que importaren, introdujeran y transportaren los residuos provenientes de otros países en transgresión al art. 3, cap. I, de la ley n° 24.051.

El tipo penal sanciona la conducta de introducir “y” transportar residuos en el territorio y sus espacios aéreos y marítimos. Debí establecerse la conjunción “o”, para que la exigencia no sea doble, sino que funcione en cualquiera de las dos hipótesis.

Es decir, me parece que el tipo penal está exigiendo demasiado y bajo el punto de vista del interés social habría que sancionar cualquiera de las dos conductas, introducir o transportar.

## **V. PROPUESTAS**

1) Es fundamental que a nivel de las constituciones se establezca expresamente el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado y el deber de conservarlo. También incluir una utilización racional de los recursos naturales e indicar la necesidad de estable-



cer sanciones penales y administrativas y la reparación del daño causado.

2) Se debe incluir en el Código Penal un capítulo de Delitos de protección al medio ambiente o a la ecología.

3) El tipo penal debe ser de peligro, ya que no se requiere el daño efectivo sino que se protege el interés social. La norma debe prever cualquier “peligro a la salud pública o a la riqueza ecológica”.

4) Se debe establecer un tipo abierto y genérico en cuanto a las formas de contaminar, como: “el que por cualquier medio provoque la contaminación”. No debe importar la jurisdicción del bien protegido, ya sean aguas, tierra, o atmósfera.

5) Una de las cuestiones más difíciles es la de las sanciones, que deben ser actualizadas, diversificadas y eficientes.

6) Las multas no deben ser fijas sino adecuadas y relacionadas con el capital social de la empresa o agente contaminante, estableciéndose un porcentaje sobre éste, que puede llegar hasta el 25%, como se prevé en la legislación estadounidense.

7) Otras sanciones efectivas son la clausura temporal o definitiva del establecimiento que contamine. También la intervención a la empresa para no perder las fuentes de trabajo y los derechos de los obreros, como tiene establecida la legislación española y el proyecto argentino de 1991.

8) El solo hecho de que exista la ley penal no es suficiente. Es necesario que ella se aplique y se complemente con otras medidas de carácter preventivo.

9) La legislación en materia ecológica es más simbólica que real. En vez de contar con un número exagerado de normas administrativas, serían convenientes pocas normas de ejecución efectiva incluidas en el Código Penal. La justicia penal es más rápida y expeditiva y nos ayudaría a crear una política criminal que no ha tenido desarrollo en materia de protección al medio ambiente.

10) Las tareas de prevención son prioritarias. Los medios de comunicación pueden cumplir un papel muy importante, mostrando las agresiones que sufre el medio ambiente, como por ejemplo la de-

forestación, la quema de los bosques, la contaminación del aire por medio del smog y los ruidos, la transformación de los ríos de vida en ríos muertos. Mostrando todos estos daños, podemos ayudar a concientizar a la población sobre un problema en el que lo esencial es la prevención y no la mera represión inoficiosa, formal y poco eficaz.

11) Se deben intensificar los controles. Las normas administrativas o penales sin equipos de control no cumplen con sus objetivos o fines.

12) Se deben planificar programas culturales y educativos con fines ecológicos. La escuela cumple un papel fundamental; también los medios de comunicación, especialmente la TV educativa.

13) Hay que asegurar la reparación de los daños efectuados al medio ambiente, ya sea a través de los propios agresores o del Estado en una responsabilidad ineludible. Hay que aplicar el principio “el que contamina, paga” establecido en la Declaración de Río.

14) Los Estados deben establecer convenios de cooperación, que incluyan un intercambio de experiencias sobre programas y resultados en materia de prevención y de eficacia legislativa.

# La renovación democrática del Derecho penal ruso\*

*Anatoli V. Naumov\*\**  
*Alexander S. Nikiforov\*\*\**

Es bien sabido que la legislación penal es, prácticamente siempre, una respuesta que, en más o en menos, se adecua al desarrollo social y económico de un país. De allí que las reformas del Derecho penal estén siempre conectadas con los cambios en las esferas socio-económica, ética, cultural y política de la sociedad. El Derecho penal ruso, en particular, puede ser un ejemplo de tal respuesta al complejo desarrollo de Rusia como sucesora de la antigua Unión Soviética. Y más que eso, cualquier análisis escrupuloso del proceso de renovación de la legislación penal rusa refleja sustancialmente no sólo los éxitos de este proceso, sino también sus fallas y retrocesos.

En la Unión Soviética, el comienzo de las reformas democráticas, iniciadas por el entonces gobernante Partido Comunista, fue anunciado “desde arriba” tan temprano como en la primavera de 1985 (el inicio de la era GORBACHEV). Ello planteó una propuesta formal, de hecho muy abstracta, de perestroyka y renovación democrática de la sociedad socialista, la construcción de un socialismo con un “rostro humano”. Sin embargo, el Partido Comunista soviético no se atrevió a realizar una reforma real durante un gran período de

\* Traducción de Alberto Bovino.

\*\* Profesor y Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología en el Instituto del Estado y el Derecho de la Academia de Ciencias Rusa.

\*\*\* Investigador senior en el mismo Departamento.

tiempo. Así, la primer reforma democrática de la legislación penal, a pesar de su importancia, fue realizada en un lapso de cuatro años. Nos referimos a la derogación de las disposiciones que atribuían responsabilidad penal por la llamada agitación y propaganda antisoviética (Sección 70 del Código Penal). Bajo la anterior legislación, este delito era definido como la distribución o tenencia, con intención de subvertir o debilitar el poder soviético, de material escrito, impreso, u otros trabajos conteniendo panfletos contra el sistema soviético. Las escalas penales de esta sección eran altísimas. En la época de STALIN, la acusación de propaganda y agitación contrarrevolucionaria fue una de las prácticas más extendidas entre la gente que en ese momento se encontraba en los superpoblados campos de trabajos forzados (este fue el “delito” por el que fue condenado Alexander I. SOLJÉNITSIN). También se impusieron condenas por este delito en épocas bastante recientes, entre los ‘60 y ‘80.

Lo que realmente sucedió fue que la responsabilidad penal por propaganda antisoviética (contrarrevolucionaria) o agitación restringió el derecho de los soviéticos a su libertad, v. gr., su derecho a la libertad de conciencia y a leer a su propia discreción. Por décadas, la prueba del propósito antisoviético (del propósito antirrevolucionario) estaba relacionada, en la práctica judicial, con el establecimiento de algún elemento del tipo objetivo. Al mismo tiempo, la calificación, por ejemplo, del contenido de la literatura poseída como contrarrevolucionaria (antisoviética) convalidaba la presunción del propósito contrarrevolucionario de la persona perseguida. ¿Pero quién y cómo podía evaluar una pieza literaria que una persona poseía como contrarrevolucionaria? En la era de la represión stalinista, la cuestión se había resuelto del modo más simple. Si, por ejemplo, ayer el autor del trabajo había sido denunciado como “enemigo del pueblo”, hoy todo lo que ese autor se había animado a escribir se transformaría automáticamente en “contrarrevolucionario”. Por esta razón, un libro descubierto durante el curso de un allanamiento transformaría “legítimamente” a su lector en un “criminal contra el Estado”. La historia de la lucha contra determinados delitos contra el Estado de especial gravedad en los ‘60 y ‘70, e incluso a comienzos de los ‘80, dan testimonio de que no hubo cambios sustanciales en este tema. La diferencia sólo consistía en el nombre de los autores, no en el enfoque a través del cual se definía a la literatura como antisoviética.

Naturalmente, en la era de la perestroyka y de la renovación democrática, particularmente en el contexto de la glasnost (apertura) declarada, el viejo texto de la Sección 70 del Código Penal fue derogado. Prácticamente al mismo tiempo fue derogada la Sección 190-1, que establecía responsabilidad penal para la difusión de insinuaciones falsas contra el sistema social y público soviético. Esta ley, obviamente antidemocrática, fue establecida en 1966 para perseguir disidentes y devino una especie de “reserva” en relación a la disposición sobre responsabilidad penal por propaganda y agitación antisoviética (fue aplicada frecuentemente cuando no existía prueba suficiente de la imputación por “propaganda y agitación”). Mientras tanto, arreciaron las críticas contra la recién adoptada (exactamente al mismo tiempo que se derogaba la responsabilidad penal por agitación y propaganda antisoviética) Sección 11-1 de la Ley sobre delitos contra el Estado para toda la Unión. Esta Sección 11-1 establecía responsabilidad penal por desobediencia y descrédito de agencias públicas, funcionarios y organizaciones sociales. Su primer defecto consistió en el amplísimo círculo de funcionarios cuya dignidad debía ser protegida por la disposición. También hubo una represión indebidamente estricta por este delito: una persona declarada culpable podía ser condenada a privación de libertad por un período de hasta tres años. Se debe notar que el concepto legal de “descrédito” era extremadamente vago y, por ello, permitía que algunos funcionarios encargados de la persecución penal pudieran aplicar esta figura discrecionalmente. Por esta razón, esta disposición podía convertirse en el instrumento de persecución de las personas consideradas indeseables. Todas estas circunstancias, en conjunto, garantizaron una vida corta de estas nuevas disposiciones, que resultaron finalmente derogadas.

La construcción de las reglas del Estado de Derecho, declarada como uno de los fines de la perestroyka, significa la búsqueda del principio de separación de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial). Si tenemos en cuenta la terrible tradición de sujeción del poder judicial al poder político, que persistió muchos años, se comprenderá los problemas vinculados con la decisión de otorgar un poder real a los jueces. Éste fue el caso de la Unión Soviética y, también, de la Rusia moderna. Los tribunales habían sido un cuerpo subordinado al contexto partidocrático del sistema político. Por ello, una de las primeras medidas consistió en la adopción de una

Ley sobre responsabilidad por desobediencia de las resoluciones del Poder Judicial (noviembre de 1989). La ley estableció responsabilidad penal por obstruir la investigación judicial, por amenazar y por ofender a un juez o a un asesor del pueblo.

Poco tiempo antes (en 1988), hubo un intento de eliminar la psiquiatría penal en la Unión Soviética por medio del propio derecho penal. En la era de la *zastoy* (estancamiento económico) clásica soviética (desde los '60 hasta mediados de los '80) se había practicado el diagnóstico de enfermedades mentales y la internación "civil" en un hospital psiquiátrico como un método ampliamente difundido para librarse de los disidentes. De este modo, las autoridades ni siquiera necesitaban demostrar, por ej., la comisión del delito de agitación y propaganda antisoviética. Sin una investigación y sin una condena, una persona considerada indeseable era internada en un hospital psiquiátrico, hecho que significaba una real privación de libertad. En este sentido, se puede recordar que aun en los '80 Andrei D. SAHAROV fue internado en un hospital psiquiátrico. Allí, los psiquiatras intentaron "curarlo", para eliminar sus rasgos psicopatológicos —tales como su libertad de conciencia, su interés por la verdad y su profundo repudio por la violación de los derechos humanos—.

Esta vergüenza para la psiquiatría —y la práctica judicial— soviética ha sido puesta de manifiesto por la *perestroyka* y la *glasnost*, en las que se estableció responsabilidad penal para quien disponga el internamiento psiquiátrico de una persona sana. La disposición agregada al Código Penal en este sentido prevé una sanción estricta, que incluye la pena privativa de libertad.

En julio de 1991, el Parlamento de la Unión aprobó, entre los últimos actos legislativos de esta asamblea, los nuevos Fundamentos de Legislación Penal que habrían de suplantar los Fundamentos de 1958. Los nuevos Fundamentos nunca entraron en vigencia por el colapso de la Unión Soviética que sucedió inmediatamente después de su aprobación legislativa. Desafortunadamente, el contexto político del colapso de la Unión hizo que no se prestara demasiada atención a esta legislación. Sin embargo, creemos que este desarrollo merece, por lo menos, una apreciación desprejuiciada, pues los nuevos Fundamentos dirigieron la legislación penal por la senda de la democratización. Ellos redujeron sustancialmente la cantidad de delitos para los cuales se preveía pena de muerte.

También incluyeron una serie de disposiciones que aumentaban la individualización de la responsabilidad penal y de la pena y, en consecuencia, su equidad. Por ejemplo, se dispuso una sección especial que establecía las categorías delictivas, según la cual los delitos se dividían en cuatro clases, de acuerdo con la naturaleza y magnitud de su peligrosidad social. Así, el contenido, naturaleza y gravedad de las consecuencias de la ley penal sobre el autor del hecho tenían que depender de la clase de delito cometido. Los Fundamentos incluyeron la imputabilidad disminuida, que tuvo en cuenta los casos de alteración mental de los culpables que no excluyen por completo su imputabilidad. Los Fundamentos ampliaron la categorías de circunstancias que excluyen la criminalidad del hecho, agregando, por ejemplo, la ejecución de una orden. La lista de delitos que no prevén pena privativa de libertad también se amplió. La legislación penal de la Federación Rusa seguramente incluirá éstas y algunas otras innovaciones progresistas y democráticas.

El colapso de la Unión Soviética en agosto de 1991 y la adquisición por parte de Rusia de una calidad de Estado genuina hicieron posible la reforma de la legislación penal en un contexto que señalaba el rechazo de la ideología anterior y el reconocimiento de una nueva. Esta nueva ideología incluye: prioridad de los valores individuales frente a los valores de clase, el abandono de la lealtad para con la “elección socialista”, una transformación radical hacia un Derecho penal fundado en la idea básica de la protección de los derechos y libertades de las personas, prohibiciones penales adecuadas al contexto de la transición hacia una economía de mercado. Un ejemplo de esta tendencia fue la derogación de ciertas reglas, tales como las establecidas en las Secciones 142, 198 y 209 del Código Penal de la Federación Rusa, que violaban gravemente los derechos humanos.

La Sección 142 violaba sustancialmente los derechos humanos en una esfera tan íntima como la de la libertad de conciencia. Preveía responsabilidad penal para la infracción de disposiciones que regulaban la separación entre la Iglesia y el Estado, y entre la Iglesia y el sistema educativo. Los comentarios oficiales a esta Sección del Código Penal incluían en esta figura penal actos tales como la realización de servicios o ritos religiosos en instituciones, organizaciones o empresas estatales o públicas, como también la enseñanza de la fe (incluso al propio hijo). La derogación de esta prohibición penal de obvio contenido antidemocrático ha significado un rechazo

crucial a la tradicional discriminación soviética contra los creyentes.

El Estado socialista militarizado y totalitario construido en esta era también privó a las personas de otros derechos humanos elementales. Entre ellos: la libre elección de un lugar para vivir y de la actividad laboral. La supresión de estas libertades contradecía la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. El Estado soviético no sólo prohibió el ejercicio de estos derechos inherentes al ser humano, sino que en los casos en que una persona los ejercía, atribuía a estas violaciones el carácter de hechos delictivos. La Sección 198, por ejemplo, estableció responsabilidad penal para la violación de las llamadas reglas del sistema de circulación y pases (*propiska*) ya desde los '30, en el período de las mayores atrocidades e injusticias. Esta disposición penal, que tenía su contrapartida en el Derecho administrativo, reguló las relaciones sociales mucho más lejos de la esfera regulada por el Derecho penal. Según esta regla, se podía "criminalizar" el hecho de la convivencia entre esposos, o entre los padres y sus hijos adultos. El punto era que el sistema de *propiska* en Moscú y otras grandes ciudades permitía condenar esta convivencia a través del hecho de condenar y hacer cumplir pena por la comisión de otros delitos (la lista no era breve). Así, alojar a una persona que había sido liberada de su privación de libertad y retornaba a su hogar, en su departamento con su esposa (o marido), padres o hijos, era un comportamiento que merecía la imposición de una pena. Por lo tanto, la abolición de esta Sección del Código Penal representa, indudablemente, una señal de la transformación democrática en la nueva Rusia.

La Sección 209 establecía responsabilidad penal para la vagancia, la conducta de mendigar u otras formas de vida consideradas parasitarias. Esta última figura fue la que generó problemas, especialmente en los '60, cuando se aprobaron en la Unión Soviética distintas leyes que establecían responsabilidad administrativa y penal por evasión de la obligación de desempeñar un "trabajo socialmente útil" y por llevar un modo de vida llamado "parasitario". La adopción de estas disposiciones fue justificada como una forma de cumplir con la implementación del deber de trabajar establecido constitucionalmente. El punto era qué significaba la expresión "trabajo socialmente útil". La práctica judicial interpretó que la expresión sólo se refería a las clases de trabajo reguladas por el Derecho laboral. Una de



las primeras víctimas de esa interpretación fue I. BRODSKY, poeta y traductor, luego premiado con el Nobel, que se ganaba la vida con traducciones consideradas bastante irregulares. El tribunal que juzgó su caso en 1964 condenó a BRODSKY a exilio administrativo por cinco años, y no tomó en cuenta que él trabajaba intensamente y de modo “útil para la sociedad”. Esta interpretación del “modo de vida parasitario” fue utilizada hasta la derogación de esta disposición penal. Un grupo de estudios de casos penales sobre “modo de vida parasitario” realizados al azar por algunos investigadores señaló que en la mayor parte de esos casos, “parasitismo” significaba la subsistencia con la ayuda y apoyo económico de los padres, esposo, compañero sexual u otras relaciones. Por lo tanto, la derogación de esta figura penal es testimonio del proceso de democratización en el ámbito de la responsabilidad penal.

A fines de 1991 se abolió la pena de muerte para delitos vinculados con operaciones de cambio, hurto de bienes estatales y públicos por valores especialmente elevados y por cohecho pasivo. Según la ley del 27 de mayo de 1993, la pena de muerte no puede ser impuesta a las mujeres y, respecto a los hombres, no puede ser impuesta a los de 65 o más años. Las disposiciones de la Declaración Rusa de los derechos y libertades del ser humano y el ciudadano se hallaban en la base de todas estas innovaciones. Según la Constitución Rusa de 1993, sólo se puede imponer pena de muerte, hasta su abolición por la legislación federal, como castigo extraordinario para delitos especialmente graves contra la vida, y en esos casos se debe conceder al imputado el derecho a ser juzgado por un tribunal de jurados.

Las disposiciones de la legislación penal soviética siempre habían protegido estrictamente la economía centralmente planificada. Por esta razón, el proceso ruso hacia una economía de mercado ha sido caracterizado por el rechazo de la responsabilidad penal por delitos tales como la actividad comercial privada y la intermediación comercial (Sección 153), la especulación en el mercado negro (Sección 154) y otros hechos similares. Bajo esta legislación, la actividad comercial privada era un delito y se castigaba severamente. Esa actividad se definía como una actividad lucrativa consistente en producir bienes o prestar servicios en las esferas cultural, familiar o de otro tipo, a espaldas de las organizaciones estatales o públicas. En la práctica, la violación a estas reglas han sido las causa

más frecuente de condena de personas que crearon, bajo el auspicio de empresas socialistas, varios negocios privados produciendo bienes en cantidades escasas. Los prisioneros más frecuentes por este tipo de delitos eran personas dotadas de habilidades comerciales genuinas, organizadores competentes de la producción. Sus talentos profesionales, sin embargo, no se adecuaban al marco de la economía rígidamente centralizada y planificada. La implementación de la nueva legislación (del tiempo de la perestroyka) sobre propiedad, concesión y privatización de las empresas ha transformado a todas estas “empresas y organizaciones estatales o públicas” en entidades inútiles para una actividad económica al servicio de la sociedad. La legislación tornó legítima la actividad económica privada y condujo al rechazo de la posibilidad de atribuir responsabilidad penal por este tipo de actividades.

Una medida típicamente socialista consistía en la prohibición penal de la intermediación comercial de los particulares. Desde el punto de vista “clásico” de la economía política socialista, se afirmaba que toda intermediación comercial es utilizada por el intermediario para generar un ingreso inmerecido (esa actividad no se consideraba una actividad “laboral”). De este modo, se despojaba a la intermediación de toda utilidad social y se la consideraba una actividad criminal. Esta interpretación del problema condujo a una situación en la cual la intervención del Estado no podía resolver la cuestión (por ej., el suministro de productos agrícolas a la población). Frutas y vegetales cultivadas por agricultores se pudrían y echaban a perder pero el Estado no permitía a los “particulares” transformarse en participantes en el proceso de intermediación comercial, pues consideraba a esta actividad como un retorno al capitalismo. En el contexto de la transición hacia una economía de mercado, se tornó evidente que la intermediación es una actividad *intrínsecamente útil para el desarrollo del comercio* y que, aún más, es su *conditio sine qua non*.

Por otro lado, se adoptaron varias disposiciones penales. Estas nuevas normas intentan proteger las recientes relaciones económicas y establecen responsabilidad penal, por ejemplo, para la violación de la legislación antimonopolios y para la competencia desleal (Secciones 154-3, 162-4, 162-5, 175-1), y para la evasión impositiva (Secciones 162-1, 162-2, 162-3).

Esa tendencia a proteger penalmente las relaciones económicas propias de la economía de mercado ahora vigente se expresa en la Ley de Reformas al Código Penal y al Código Procesal Penal de la Federación Rusa, que fue aprobada por la Asamblea Federal a fines de junio de 1994. El punto central de esta ley es la incorporación que ella hace de las disposiciones constitucionales que garantizan la igualdad de todo tipo de propiedad. Según la Constitución Rusa de 1993, en la Federación Rusa están legalmente permitidas e igualmente protegidas la propiedad privada, estatal, municipal y otras clases de propiedad. Sin embargo, el Código Penal vigente contiene diferentes delitos contra distintas clases de propiedad. La protección penal de la propiedad socialista (pública y estatal) fue considerada una prioridad máxima. Por lo tanto, los delitos contra la propiedad socialista estaban incluidos en un capítulo especial (que estaba ubicado antes del capítulo sobre delitos contra las personas) y merecían penas más severas que los delitos contra la propiedad privada. Ahora, esta diferencia e inequidad ha sido abolida, y la responsabilidad penal por los delitos contra la propiedad es idéntica para todas las clases de propiedad.

Los Estados que han surgido en lugar de la anterior Unión Soviética, en particular Rusia, se han convertido en el escenario de desarrollos complicados y contradictorios que condujeron a un incremento dramático de los índices delictivos, especialmente en el área del crimen organizado. Es por ello que la Ley de Reformas mencionada, al desarrollar las nociones tradicionales de participación criminal, ha establecido, también, el concepto de grupo organizado para cometer delitos y las condiciones de imputación de responsabilidad penal para la creación y conducción de esos grupos. La Ley de Reformas incluye un nuevo delito, el terrorismo (Sección 213-3), que consiste en provocar explosiones, generar incendios o realizar otros actos que puedan causar la muerte de personas, producir daños sustanciales sobre los bienes o provocar otras consecuencias graves, con la intención de alterar la seguridad pública o influir en el proceso de toma de decisiones de las autoridades legítimas del Estado. Según la nota a esta Sección del Código Penal, quien participa en la preparación de un acto de terrorismo puede obtener inmunidad si advierte a las autoridades oportunamente, o si de cualquier otro modo contribuye a evitar el acto de terrorismo (la finalidad preventiva de esta disposición es obvia).

Dado el incremento de delitos violentos (especialmente los homicidios dolosos), nuestra legislación ha tenido que ampliar el derecho de las personas a ejercer la defensa propia. Desde hace poco tiempo, se admite la protección de la vida, de los derechos y de los intereses legítimos del agredido, sea por parte de las autoridades o de los individuos, y se considera legítima la defensa, aun cuando ella implique causar cualquier daño al agresor, si la agresión fue acompañada por violencia que arriesgue la vida de quien se defiende o de un tercero, o que implique la amenaza inminente de una violencia semejante.

Ciertamente, en la legislación penal vigente existen algunas disposiciones que sobreviven y contradicen el desarrollo democrático que tiene lugar actualmente en Rusia. Mientras tanto, hacen falta algunas disposiciones penales aún inexistentes para proteger ciertos logros ya alcanzados en este proceso de democratización complejo y controvertido. Finalmente, estos problemas serán resueltos por el nuevo Código Penal Ruso. El proyecto de Código ya ha sido redactado y en este momento está sometido a discusión. Rusia contará pronto con un nuevo Código Penal adecuado a las nuevas condiciones que se alinean con las transformaciones democráticas ya ocurridas.

# Persona jurídica y sistema penal: ¿hacia un nuevo modelo de imputación?

*Maximiliano Adolfo Rusconi\**

## I. INTRODUCCIÓN. LA PERSPECTIVA POLÍTICO-CRIMINAL

Se convoca al sistema del derecho penal, en los últimos tiempos, a una serie de replanteos y modificaciones de profundidad creciente que obligan a suponer que el modelo tradicional será, en un futuro cercano, transformado casi en su totalidad.

La búsqueda de ciertos efectos de política criminal y la satisfacción de algunas necesidades puntuales de protagonismo social del derecho penal actúan como comunes denominadores de todos estos intentos. Las evaluaciones externas fuerzan al modelo clásico de imputación al constante reacomodamiento de los presupuestos de punibilidad y a corregir el juego de relaciones internas. Somos testigos de propuestas renovadas de cambios en el contenido de las categorías tradicionales, de la creación de otras nuevas y de la aniquilación sistemática de algunos conceptos, hasta hace poco tiempo considerados “inmutables”.

Este cuadro ha caracterizado, en verdad, a casi todo el desarrollo del derecho penal conocido. Sin embargo, los últimos 20 años se distinguen porque el modelo de imputación penal está dando claras muestras de recepción sistemática de estos embates de política criminal.

Este reacomodamiento social del sistema del hecho punible ofrece datos para el optimismo en cuanto a la propia riqueza del modelo de imputación<sup>1</sup>. A pesar de ello, a menudo existe algún temor rela-

\* Universidad de Buenos Aires.

<sup>1</sup> Ver, RUSCONI, Maximiliano, Sistema del hecho punible y política criminal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.

cionado con el abandono de ciertos principios garantizadores de raigambre iluminista, pilares de un derecho penal liberal.

Entre estas dos sensaciones se gesta el futuro del derecho penal.

En este contexto, uno de los problemas reconocibles de política criminal es el de la relación entre persona jurídica y derecho penal. Es decir, la ecuación compuesta por un derecho penal estructurado sobre la base de una persona física que delinque y una realidad social que demuestra que las personas jurídicas en su actuación cotidiana generan situaciones de enorme costo social y ético<sup>2</sup>.

Este cuadro ha sido correctamente descrito, recientemente, por Hans-Joachim HIRSCH: “se hace referencia al significativo papel que tales empresas asumen en la vida social hoy, y al aumento de casos en los cuales la empresa en su conjunto aparece como el verdadero autor. Se considera insatisfactorio que la empresa pueda trasladar, en cierta medida, la propia punición a las personas individuales que actúan por ella. Esto, tanto más cuando la pena de multa, que es la que está aquí en el primer plano, tiene que resultar más baja, por su propia naturaleza, ante personas individuales, que aquella que podría ser mensurada ante personas jurídicas, en caso de que fueran punibles. Pero a esto se agrega, asimismo, que, con frecuencia, la punición de las personas individuales que actúan por la empresa ni siquiera afecta a éstas en forma sensible, dado que la empresa puede restituirles la multa y no pocas veces esto entra en los cálculos, de antemano, al cometer el hecho punible. Además, se señala que, en vista de la enorme magnitud de muchas empresas económicas, existe la dificultad de identificar el autor individual, o a los autores individuales, dentro de la empresa”<sup>3</sup>.

Ante esta “necesidad social” de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas frecuentemente se afirma que el principio *societas delinquere non potest* tiñe totalmente al derecho penal de

<sup>2</sup> Una adecuada consideración, delimitada a la actividad de las empresas transnacionales, en TIEDEMANN, Klaus, Aspectos penales y criminológicos de las actividades de las empresas transnacionales, en revista “Derecho Penal y Criminología”, U.E.C., Bogotá, 1982, vol. V, N° 17, pp. 199 y siguientes.

<sup>3</sup> HIRSCH, Hans-Joachim, La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas, tr. de Patricia S. Ziffer, del original en alemán, de la conferencia dictada el 17/3/1993 en la Academia de Ciencias de Renania-Westfalia (Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden).

origen continental-europeo, tanto como que ello no ha sido así en todas las épocas. Incluso, llamativamente, el apogeo máximo de ese principio político-criminal se produjo en el derecho romano, justamente aquél para el cual todavía eran ajenos los conceptos de corporación y de persona jurídica<sup>4</sup>.

Este cuadro se transforma totalmente en la Edad Media, incluso de la mano de impulsos provenientes del derecho canónico. Sólo a raíz del movimiento intelectual-garantista de los siglos XVIII y XIX se comienza a objetar, aunque con fuerza inconstante, la responsabilización de las personas ideales. Sin embargo, esta oposición no se basa tanto en argumentos éticos o filosóficos, como en la explicación de una merma en la necesidad político-criminal de un sistema enérgico de sanciones a este tipo de personas, es decir, la oposición se sustenta exclusivamente en fundamentos político-criminales<sup>5</sup>. Un ejemplo de ello lo constituye, aparentemente, el aporte de Erlangen MALBLANC en el año 1793, quien, al decir de Hirsch, “sólo reiteraba las antiguas objeciones relativas a que la naturaleza del delito y de la pena hacía inadmisibles una pena para las asociaciones, y más bien carecía de pretensiones desde el punto de vista científico. Por ello el verdadero fundamento del cambio producido en ese entonces se advierte en otra cosa, en el hecho de que los procesos en contra de corporaciones se habían hecho cada vez menos frecuentes, porque el poder de los señores se había afirmado con más fuerza, y de allí que medidas de tanto peso como la

<sup>4</sup> HIRSCH, op. cit., pp. 1101 y ss. También ver TIEDEMANN, Klaus, Lecciones de Derecho Penal Económico, Ed. PPU, Barcelona, 1993, p. 233: “... da que pensar el hecho de que el postulado latino *societas delinquere non potest* sea de dudosa genuinidad histórica y que hasta la Revolución Francesa (1791) la punibilidad de las asociaciones en Europa continental era admitida y habitual. La introducción de una única y exclusiva punibilidad “personal” (de las personas naturales), es, por ello, relativamente reciente y necesitada actualmente de discusión como de reforma”.

<sup>5</sup> En el mismo sentido puede verse, JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal. Parte General, tr. de la 3ª edición alemana de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, t. I, p. 300: “Hasta fines del s. XVIII y principios del XIX no tuvo lugar el giro hacia la concepción puramente individual de la pena que en Alemania ha permanecido vigente hasta nuestros días. Pero los argumentos decisivos en su favor no han procedido de las dos grandes teorías del s. XIX sobre la persona jurídica (teoría de la ficción y teoría de la realidad), sino de consideraciones dogmáticas y político-criminales”.

condena de municipios enteros o de otras agrupaciones de personas ya no fuera necesaria. Esto significa que en ese momento había desaparecido la necesidad práctica y política de una pena para las asociaciones. Y esto favoreció que hallaran resonancia las objeciones teóricas<sup>6</sup>.

Hoy en día, el enfoque político-criminal, como hemos visto, tiende, sin dudas, a favorecer la aceptación del principio *societas delinquere potest*. La pretensión de satisfacer las necesidades político-sociales de prevención general con la mera punición de las personas físicas que cometen ilícitos en el marco de la gestión de la persona jurídica debe ser rechazada<sup>7</sup>. Tal propuesta no toma en cuenta la propia complejidad de las nuevas organizaciones empresarias que favorecen la despersonalización de las decisiones y la intervención fragmentada de varios agentes, generando, asimismo, límites insuperables para detectar el sujeto responsable del ilícito<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> HIRSCH, op. cit., p. 1102.

<sup>7</sup> En el sentido de la tesis que rechazamos, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 208: "Esto no quiere decir que el derecho penal deba permanecer impasible ante los abusos que, especialmente en el ámbito económico, se producen a través de la persona jurídica, sobre todo cuando ésta adopta la forma de sociedades anónimas. Pero en este caso procede castigar a las personas físicas individuales que cometen realmente tales abusos, sin perjuicio de las medidas civiles o administrativas que proceda a aplicar a la persona jurídica como tal (disolución, multa, prohibición de ejercer en determinadas actividades, etc.)".

En los últimos años se deposita gran expectativa en la figura de la "actuación a nombre de otro" de recepción legislativa, por ejemplo, en España y Alemania. Se cree que tal instrumento dogmático podría satisfacer las necesidades político-criminales. Entre nosotros, GARCÍA, Luis y LLERENA, Patricia, *Criminalidad de empresa, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1990, Tercera Parte, a cargo de LLERENA, Patricia, "Pautas para la determinación de la responsabilidad penal de directivos", p. 102: "creemos que la doctrina de la 'actuación en lugar de otro', solucionaría la laguna de punibilidad frente a la cual un magistrado se puede llegar a encontrar... ya que la totalidad de dichos elementos concurren en dos personas que están engranadas entre sí de forma tal que se reparten entre ellos en forma incommunicable y parcial los mismos".

<sup>8</sup> RIGHI, Esteban, *Derecho Penal Económico Comparado*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1991, pp. 252 y s. También MALAMUD GOTTI, Jaime, *Persona jurídica y penalidad*, Depalma, Buenos Aires, 1981, pp. 110 y s.: "Frente a la delincuencia registrada en virtud de la sociedad, el derecho penal tradicional se muestra impotente". Este autor señala dos motivos fundamentales: "a) el primero, quizá el más visible, atañe a una cuestión procesal consistente en la dificultad, si no en la imposibilidad de detectar al autor o al partícipe del delito dentro de una organización donde la conducta aparece entrelazada en relaciones complejas de producción. En otras palabras, con demasiada frecuencia se presencia la aparición de un documento falso de tal o cual sociedad, sin que sea posible establecer quién lo confeccionó,



Por otro lado, la decisión de la persona física, en el marco de la organización empresarial, se encuentra totalmente condicionada por el papel que desempeña; toda persona que ocupe ese lugar funcional sufrirá el mismo condicionamiento, que será probablemente inmodificable debido a la permanencia de la gestión empresarial y la fungibilidad de las personas físicas. Haciendo un paralelo con la teoría dominante de la autoría en aparatos de poder, aquí el “autor de escritorio” es la propia persona jurídica (!), razón por la cual el “factor criminógeno” sigue intacto”. A estas dificultades debe sumarse la constante disociación entre “ejecutores” y “decisores” y entre “decisores” y “favorecidos económicamente con el ilícito”.

## II. LOS PROBLEMAS DOGMÁTICOS EN EL SISTEMA DE IMPUTACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

### a. El problema de la capacidad de acción

Uno de los argumentos más reiterados por los representantes de la tesis de la vigencia irrestricta, aún hoy, del principio *societas delinquere non potest* descansa en la propia teoría de la acción<sup>10</sup>, que por sí sola había perdido vigencia como verdadero problema dogmático<sup>11</sup> y, a través de la reflexión político-criminal sobre el

---

ni quién supo de la falsedad como para poder imputársele el uso doloso de ese documento; b) una segunda familia de problemas surge del derecho penal de fondo. Resulta de la división de trabajo que a menudo sean varios quienes intervengan en los diferentes tramos de la acción típica, de modo tal que ninguno de los intervinientes haya realizado el injusto típico (ya sea desde el punto de vista objetivo, ya del subjetivo)... el empleado A inserta su firma en un documento en blanco. B, su compañero, lo llena sin interesarse ni por la causa ni por la naturaleza del documento; el gerente lo eleva al comité de operaciones, el cual a su vez decide descontarlo. Ni quien insertó la firma, ni quien completó el documento, ni el comité, han ‘falsificado’ o ‘estafado’ típica y culpablemente, ya que la maniobra resultó de la misma estructura organizativa”.

<sup>9</sup> RIGHI, op. cit., pp. 252 y siguientes.

<sup>10</sup> En este sentido Muñoz Conde, op. cit., p. 209: “[no] pueden ser sujetos de acción penalmente relevante, aunque sí puedan serlo en otras ramas del ordenamiento jurídico, las personas jurídicas (*societas delinquere non potest*). Desde el punto de vista penal, la capacidad de acción, de culpabilidad y de pena exige la presencia de una voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona individual, que no existe en la persona jurídica, mero ente ficticio al que el derecho atribuye capacidad a otros efectos distintos a los penales”.

<sup>11</sup> No era necesaria la aclaración de HIRSCH, en el sentido de que aquí no están en juego las antiguas antinomias teóricas entre los diferentes conceptos de acción (causal, social y final): “... el problema también es independiente de la polémica

problema aquí tratado, pretende mantener el lugar de privilegio científico que alguna vez tuvo.

Según este enfoque, las personas jurídicas no poseen “capacidad de acción” propia, sino que, por el contrario, a ellas le son imputadas normativamente acciones naturales producidas y dirigidas por otras personas ya no jurídicas: sus órganos. De acuerdo con esta opinión, tal debilitamiento de las exigencias de imputación no puede soportar los requisitos materiales y normativos del hecho punible<sup>12</sup>.

La respuesta clásica a tal objeción, esgrimida principalmente por VON LISZT, ha pretendido demostrar que las personas ideales sí tienen capacidad de acción, del mismo modo que la tienen en el ámbito del derecho civil, por ejemplo, para celebrar contratos. Se sostenía que no era coherente reconocer tal capacidad de acción en un ámbito normativo y negarla en otro<sup>13</sup>.

---

de la dogmática penal, relativa a si, con relación a la estructura de la acción penalmente relevante, se debe partir de un concepto de acción final, causal o social. De lo que se trata en nuestra cuestión, a diferencia de lo que ocurre en aquélla, no es de los elementos estructurales del actuar, sino de su relación con el sujeto”, op. cit., p. 1105.

Sin embargo, ver una opinión contraria en MAURACH-ZIPF, cit. en la nota siguiente.

<sup>12</sup> A favor de la tesis de la incapacidad de acción, también, MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, Derecho Penal. Parte General. 1, tr. de la 7ª ed. alemana de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aïmona Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994, pp. 238 y ss. Estos autores fortifican su postura en el marco de la vigencia, quizá un tanto trasnochada, del concepto final de acción: “... el reconocimiento de la capacidad penal de acción de la persona jurídica conduciría a consecuencias insostenibles. Ello ya era así según el concepto tradicional de acción. No obstante, una concepción similar sería inaceptable de acuerdo a los criterios del finalismo, los cuales distancian al concepto de acción del mero provocar un resultado penalmente relevante y presentan a la acción de modo incomparablemente más fuerte, como un producto original del individuo, es decir, del hombre particular”.

Sin embargo, en esta afirmación de MAURACH-ZIPF, parece desconocerse que la herencia más importante dejada por el finalismo clásico consiste, más que en el dato óptico de la acción, en el modelo de imputación, modelo que ha podido convivir, sin demasiadas dificultades, con un sistema de atribución cada vez más normativo y, con ello, divagante de las exigencias naturales, como el concepto de persona.

<sup>13</sup> VON LISZT, Franz, Tratado de derecho penal, tr. de la 20ª ed. alemana de Luis Jiménez de Asúa, Reus, Madrid, 3ª ed., t. II, pp. 299 y ss.: “Según el derecho imperial vigente, no sólo tienen capacidad jurídica los individuos, sino que también la poseen las personas sociales, las asociaciones; es decir, que también pueden realizar manifestaciones de voluntad, capaces de producir trascendencia jurídica.

Aun así, parece correcto aceptar que, en el ámbito de las cuestiones aquí tratadas, es preciso abandonar cualquier intento de diseñar el sistema de imputación sobre bases causales, ónticas o naturales<sup>14</sup>. No es posible explicar el modelo de responsabilidad de las personas ideales de la mano de las viejas pretensiones de las ciencias físicas en la teoría del ilícito. Sin embargo, no deberíamos creer que este abandono se debe en forma exclusiva a los requerimientos del problema político-criminal de la responsabilidad de

---

Sin embargo, abstracción hecha de ciertas disposiciones genéricas, su capacidad jurídica no se extiende al terreno de los actos punibles: *societas delinquere non potest...* Sin embargo, se debe afirmar que el reconocimiento de la responsabilidad penal de las sociedades, hasta donde llegue su capacidad civil, y la punición de tales entidades, en cuanto son sujetos independientes de bienes jurídicos, se presentan, no sólo como posible, sino, asimismo, como conveniente". Y en nota al pie, concluía el autor alemán: "la opinión del texto no se asienta sobre meras especulaciones, sino sobre los hechos de la vida: los delitos de las corporaciones son posibles jurídicamente; pues, por una parte, las condiciones de la capacidad de obrar de las corporaciones, en materia penal, no son fundamentalmente distintas de las exigidas por el derecho civil o por el derecho público [este último argumento no se ha tenido en cuenta ordinariamente]; cualquier sociedad puede contratar; puede también celebrar contratos dolorosos o leoninos, o no cumplir los contratos celebrados, de los que se derivan obligaciones de dar (*Lieferungsverträge* —parágrafo 239 del Código Penal—). Por otra parte, la corporación es un sujeto de bienes jurídicos (derechos patrimoniales, derecho electoral, derecho de existencia y derechos relativos al honor), que pueden ser criminalmente lesionados o destruidos... Es recomendable la aceptación de esta doctrina, pues, por una parte el acto detrás del cual se encuentra, no uno ni varios individuos, sino una corporación, alcanza una significación distinta y mal evaluada; y, por otra parte, es contrario tanto a la justicia como a la política criminal, dejar impune al culpable y cargar exclusivamente la responsabilidad sobre un órgano de voluntad ajena".

<sup>14</sup> En realidad, ya hace tiempo que el concepto de acción se encontraba cuestionado como elemento útil para resolver problemas de la teoría del ilícito, independientemente de sus posibilidades para transformarse en un requisito cada vez más normativo. "Si un concepto ontológico de acción se entiende de modo que sólo abarque el control del curso de un acontecimiento material y libre de valor, entonces dicho concepto no tiene ninguna utilidad: no es idéntico al dolo, no proporciona ningún dato para la teoría del error y tampoco se puede deducir nada de él en otros terrenos. Pero si se incluye la dimensión del sentido en el concepto de acción, éste pierde su carácter previo, se convierte en un producto jurídico-normativo por excelencia y ya no tiene tampoco ninguna utilidad: luego entonces es posible desarrollar las teorías del dolo y de la participación exactamente igual —e incluso mejor— desligándolas totalmente del concepto de acción y partiendo de los contenidos de sentido propios de las mismas". ROXIN, Claus, *Contribución a la crítica de la teoría final de la acción*, en "Problemas básicos del derecho penal", tr. de Diego Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, p. 95.

las personas ideales; no hace falta recordar la vigencia en los últimos 50 años (HONIG-LARENZ), o más modernamente desde la década de los años 70 (ROXIN), del desarrollo de la teoría de la imputación objetiva o un sistema no causal, normativo, de atribución en el ámbito del ilícito, en donde todos los datos físicos —o casi todos—, el autor o la nitidez empírica de su injerencia han perdido, quizá para siempre, un protagonismo reconocible (v. gr.: tampoco en los delitos de omisión pura —propia— existe un autor al cual atribuirle, ciertamente, un curso causal lesionador determinado).

No se dice algo novedoso cuando se muestran estas dificultades o datos sistemáticos. El desdibujamiento de las colaboraciones puramente físicas en el ilícito, acarrea, cómo lógica consecuencia, un debilitamiento del “autor”, identificable como un agente que ha puesto en el mundo real una condición para la producción del resultado. En este sentido las personas jurídicas estarían tan sometidas a una decisión normativa de atribución como las personas físicas.

Por otro lado, se ha sostenido, también, que la objeción proveniente de la llamada “capacidad de acción” no toma en cuenta que en un considerable sector de la teoría de la participación del derecho penal tradicional responde quien, en verdad, no ha realizado personalmente la acción, por ejemplo, el autor mediato<sup>15</sup>. Los sostenedores del *societas delinquere non potest* podrían responder junto con HIRSCH, aunque con argumentos más aparentes que reales, que “el coautor y el autor mediato además de la participación objetiva en el dominio del hecho, están vinculados a la acción de los otros, en todo caso, por una decisión concreta”<sup>16</sup>. Aun así, la objeción de HIRSCH sólo es efectiva frente a los casos, por así decirlo, “tradicionales” de autoría mediata, pero parece obviar lo que sucede en las formas de autoría dentro de un aparato de poder<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> El ejemplo de la coautoría, generalmente citado, no es correcto. En la coautoría existe un verdadero y objetivo dominio del hecho, como también sucede en los casos clásicos de autoría mediata que arriba referimos.

<sup>16</sup> HIRSCH, op. cit., p. 1105.

<sup>17</sup> STRATENWERTH, Günter, Derecho Penal. Parte General. I. El hecho punible, tr. de la 2ª ed. alemana de 1976 de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, p. 242: “Dado que el sujeto que lleva a cabo la ejecución se puede reemplazar por otro cualquiera, no se necesita ni la coacción ni el error para atribuirle el dominio del hecho al que obra por detrás”.

Allí la doctrina ha tenido que recurrir a la idea de fungibilidad del instrumento para poder pasar por alto una real ausencia del dominio del hecho clásico de las teorías material-objetivas de la autoría y un sujeto —distinto— que sí posee todas las características de un ejecutor responsable de la realización del ilícito. Más que en un dominio final o material, la atribución de autoría se ha basado en fuertes exigencias de política criminal, como las que hoy imponen la revisión de los límites dogmáticos para la atribución de ilícitos a las personas ideales<sup>18</sup>.

Entre nosotros, Eugenio Raúl ZAFFARONI ha defendido enérgicamente la tesis de la incapacidad de acción, aunque no queda claro si lo hace, en definitiva, por razones de lege lata o lege ferenda.

Por un lado, afirma que “las personas jurídicas no tienen capacidad de conducta, porque el delito según surge de nuestra ley es una manifestación individual humana”. El autor argentino transmite aquí la sensación de que quien debe y puede generar el ámbito normativo para tal regulación es el propio legislador. Sin embargo, párrafos más adelante se puede leer: “la voluntad de la acción humana es un fenómeno psíquico que no puede concebirse en una persona jurídica”; y, seguidamente, forzando un nuevo giro, expresa: “el conocimiento del aspecto objetivo del hacer, como fenómeno psíquico, no puede asignársele a la persona jurídica, sino a través de una ficción legal que ninguna disposición autoriza”<sup>19</sup>.

Un salto metodológico similar puede encontrarse en S. MIR PUIG. El autor español, respondiendo a la cuestión de las —por él llamadas— “razones dogmáticas de la irresponsabilidad de la persona jurídica” afirma que “no puede discutirse tal incapacidad” —de acción—, pero “para que la misma constituyese la razón dogmática de la irresponsabilidad penal de la persona jurídica, sería preciso que no faltase antes la presencia de un hecho antijurídico... la co-

<sup>18</sup> En este sentido, recobran actualidad las palabras de Enrique AFTALIÓN, pronunciadas hace 40 años: “si aún subsiste alguna dificultad para compaginar la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la llamada ‘teoría jurídica del delito’, ¡peor para esta última!... Se advierte entonces, de golpe, que la cuestión no consiste en preguntar si es posible hacer penalmente responsables a las personas jurídicas... sino en averiguar si ello es justo o no”, Derecho Penal Administrativo, Arayú, Buenos Aires, 1955, pp. 135 y siguiente.

<sup>19</sup> Tratado de Derecho Penal, Ediar, Buenos Aires, 1981, t. III, pp. 58 y siguiente.

misión de delitos por persona jurídica no es típica. Ello significa que el legislador se ha limitado a castigar ‘acciones humanas’... Se sigue de ahí que la actuación de una persona jurídica no queda sujeta a responsabilidad penal porque no constituye una ‘acción’ en el sentido del Código Penal. Esto no significa que la persona jurídica no sea capaz de ‘acción’ en otros términos jurídicos. Significa únicamente que el Código Penal se refiere a ‘acciones humanas’”. Y culmina el autor español, “por ello, negar a la persona jurídica la capacidad de acción en el derecho penal y no en otros sectores del derecho, como el civil, no supone operar con un concepto jurídico de acción en lo penal, sino sólo remitirse a un concepto de acción humana”<sup>20</sup>.

La argumentación de MIR PUIG es altamente llamativa hasta el punto que resulta necesario recordar —o consensuar— qué significa que el concepto de acción sea “jurídico”. Podemos afirmar, de modo sencillo y sin entrar en complicaciones innecesarias, que este concepto será jurídico toda vez que esté sometido, para el trabajo hermenéutico, a las decisiones del legislador a la hora de plasmar semánticamente su significado en el texto normativo. Si Mir Puig tiene razón y podemos advertir que las respuestas sobre la capacidad de acción en el derecho privado y penal difieren, entonces no hay razones para negar que estamos, efectivamente, operando con un concepto de acción definido normativa o jurídicamente y, por lo tanto, absolutamente modificable desde la misma ley penal.

Todo esto parece demostrar que el planteo crítico proveniente de la incapacidad de acción nace y desarrolla sus argumentos en planos distintos a los convenientes: no se trata de saber si las personas jurídicas tienen una capacidad de acción real, identificable en el mundo físico, sino de averiguar si es legítimo imputarles las acciones realizadas por quienes, indudablemente, sí la tienen y actúan en su representación: sus órganos. Es decir, nada de esto es nuevo; se trata de una manifestación más de la normativización del ilícito que ya no es más “causación” sino “imputación”.

### **b. La cuestión de la capacidad de culpabilidad**

Desde hace varios años domina la tesis que funda el *societas delinquere non potest* en la carencia de “capacidad de culpabilidad”

<sup>20</sup> MIR PUIG, Derecho Penal. Parte General, PPU, Barcelona, 1990, p. 189.

de la persona ideal<sup>21</sup>, es decir, se reconoce en ella un impedimento insalvable para comprender la criminalidad del accionar y actuar conforme a esa comprensión, o, en otras palabras, se afirma que está ausente el “poder en lugar de ello”<sup>22</sup>.

Aquí es preciso llamar la atención, desde el comienzo, sobre el carácter sorpresivo de fundar una oposición tan enérgica a la responsabilidad penal de las personas jurídicas de la mano, justamente, del concepto quizá más inestable sistemáticamente de la teoría del delito: la categoría dogmática de la culpabilidad. Qué papel cumple —si cumple alguno— la idea de autodeterminación contenida en el clásico “poder en lugar de ello”, qué elementos contiene la categoría de la culpabilidad, son cuestiones sobre las que hoy existen más dudas que certezas y un pronóstico con afirmaciones pretendidamente inmodificables es científicamente riesgoso y aventurado. Es por ello que la tesis negativa en la versión de la “incapacidad de culpabilidad”, sin estar claro todavía qué cosa es la culpabilidad, no puede reclamar una fuerza de convicción terminante.

Frente a esta objeción se ha ofrecido una solución drástica: suplantarlo, sólo para el caso de las personas ideales, la culpabilidad por el principio del “interés público preponderante”. A ello se ha respondido en forma clásica que “se estaría renunciando a la garantía del Estado de Derecho, que ofrece el concepto de culpabilidad frente a castigos inadecuados... la imposición de sanciones punitivas sin culpabilidad constituiría en definitiva, materialmente, un cuerpo extraño en el derecho penal. Éste quedaría desnaturalizado, en esa medida, convirtiéndose en un mero derecho de responsabilidad”<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1980, 18ª ed., t. I, v. 1º, p. 331: “la verdadera razón de la doctrina que limita la responsabilidad penal a la persona individual y excluye la de la persona moral o social radica sobre todo en el resalte del elemento de la culpabilidad. Sólo la persona individual puede ser responsable porque no hay responsabilidad sin culpabilidad y esto sólo es posible en la persona individual”.

<sup>22</sup> Formuló esta objeción, desde el sistema clásico, y haciendo hincapié en la comprobación del dolo en el nivel de la culpabilidad, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en *La Ley*, Buenos Aires, 1947, t. 48, pp. 1049 y siguiente.

<sup>23</sup> HIRSCH, *op. cit.*, p. 1109.

Tal prevención olvida, sin embargo, que la aplicación de medidas de seguridad no representa otra cosa que aquello que aquí se quiere evitar; a pesar de que el criterio “cuantificador” de la peligrosidad —propio de las medidas de seguridad— mire, de algún modo, más al futuro que al pasado, ello no puede ocultar que las puertas del poder penal del Estado, en el marco del Estado de derecho, sólo se abren luego de un hecho ilícito —típico y antijurídico—. Esta advertencia, junto con la similitud en el grado de violencia, hacen que la afirmación “la sanción sin culpabilidad es un cuerpo extraño para el derecho penal”, sea un tanto arriesgada.

Por ejemplo, hoy ya no sonaría extraña la propuesta de suplantarse el juicio de culpabilidad por criterios de proporcionalidad, que podrían ofrecer un límite razonable al *ius puniendi* estatal<sup>24</sup>. Así como la decisión político-criminal preferible al momento de diseñar el sistema de imputación penal de las personas físicas reside en mantener la vigencia del aspecto garantista del principio de culpabilidad, aun frente a un posible costo científico —indemostrabilidad del principio fundamental del libre albedrío—, no hay demasiados obstáculos para revisar esa decisión externa cuando se evalúa la conducta de un ente ideal.

Del mismo modo, el juicio de culpabilidad puede ser redefinido, como lo propone ahora el derecho comunitario europeo, atendiendo a la comparación del accionar de la empresa con otras del mismo tamaño o importancia económica similar y situación fáctica equivalente; al decir de Tiedemann: “esto se corresponde con doctrinas penales que basan el concepto de la culpa en la comparación con el cumplimiento de deberes por personas calificables como razonables”<sup>25</sup>. Sin ir más lejos, la calificación de evitabilidad del error de prohibición es un buen ejemplo de este tipo de enjuiciamiento comparativo.

Ahora bien, incluso al tomar como parámetro las concepciones más clásicas de la culpabilidad y sostener político-criminalmente

<sup>24</sup> Por ejemplo, RIGHI, op. cit., p. 261: “Un sistema de esas características puede ser consagrado legislativamente, preservando las garantías que resultan compatibles con la idea del estado de derecho, siempre que se mantengan pautas de proporcionalidad al medir la reacción penal”.

<sup>25</sup> TIEDEMANN, Klaus, Lecciones..., cit., p. 233.



el mito indeterminista, el juicio de imputación subjetiva no tendría por qué ofrecer especiales dificultades.

En primer lugar, desde el punto de vista terminológico se ha demostrado que el concepto “culpabilidad” no es, de ningún modo, ajeno a la vida de las corporaciones y de los propios Estados<sup>26</sup>. En el lenguaje cotidiano es relativamente común, por ejemplo, que se le atribuya a una empresa, de la mano de ese término, la responsabilidad por la producción de un daño ambiental<sup>27</sup>. Se piensa, incluso, que con ello se aplica, aquí también, no una imputación ética-mente indiferente, sino un parámetro moral<sup>28</sup>.

A ello se suma el reconocimiento del honor en las personas ideales a través de su protección jurídica.

Por último, no parece necesario detenernos a justificar las razones por las cuales vale, también para las asociaciones, y una vez mantenido el mito indeterminista a partir de una decisión netamente político-criminal, el “poder en lugar de ello”, la posibilidad fáctica de actuar de modo distinto al hecho ilícito.

Incluso en el campo de la imputación subjetiva que atiende a determinados déficits de conocimiento —error de prohibición—, es factible evaluar, por ejemplo, la presencia de un error *iuris* en alguna decisión orgánica de la persona ideal que signifique un ilícito.

Tampoco es atendible la tesis que pretende aniquilar la legitimidad de este juicio de responsabilidad en las personas jurídicas al afirmar que se trata de la utilización de un modelo de culpabilidad grupal referido a los socios de la persona ideal. Aquí la confusión es más que evidente: la culpabilidad de la persona ideal no resulta equivalente a la sumatoria de las culpabilidades individuales (el voto minoritario de una decisión orgánica ilícita es un buen ejemplo). Tal argumentación es una reacción instintiva y equivocada

<sup>26</sup> Ver, HIRSCH, *op. cit.*, p. 1109.

<sup>27</sup> Sobre el problema de la responsabilidad de las personas jurídicas en el contexto de la dogmática penal de la protección del medio ambiente, RUSCONI, Maximiliano, Algunas cuestiones referidas a la técnica legislativa del delito ecológico, en AA.VV., “Delitos no convencionales”, Del Puerto, Buenos Aires, 1994, pp. 169 y siguientes.

<sup>28</sup> HIRSCH, *op. cit.*, p. 1109.

frente a la injusticia del perjuicio económico del socio que emitió opinión contraria al acto ilícito. Sin embargo, ello representa un efecto inevitable de la enorme violencia social que despliega el derecho penal, al que por supuesto no es ajeno el derecho penal más tradicional: la condena privativa de la libertad del padre de familia y eventual sustento económico principal del grupo perjudica al resto de los integrantes, ajenos, por supuesto, a la comisión del ilícito<sup>29</sup>. Yendo más lejos aún, tampoco las decisiones jurisdiccionales, comerciales o contravencionales están exentas de perjudicar a los socios “minoritarios”.

### **c. La personalidad de la pena estatal**

La cuestión de la pena estatal, en especial los capítulos referidos a su justificación ética y manifestación práctica, es otra de las líneas argumentales que se han utilizado a favor del mantenimiento del *societas delinquere non potest*. Nuevamente, como se ve, un problema teórico que no atraviesa una época de oro en cuanto a su consideración científica recobra algo de su antigua lozanía de la mano de la temática aquí tratada. En verdad, este camino de objeción ha sido bastante errático, por lo cual intentaremos ordenar previamente los argumentos expuestos.

En primer lugar, se puede encontrar en la literatura jurídica que se ocupa del tema afirmaciones tales como la que expresa que la pena, al manifestar un “juicio de desaprobación ético-social de la so-

<sup>29</sup> En lo esencial, argumenta en este punto, correctamente, CHICHIZOLA, Mario, La responsabilidad penal de las personas de existencia ideal, en *La Ley*, t. 109, p. 692: “Tampoco, al admitir la capacidad delictual de las personas jurídicas se castiga a terceros inocentes. La sancionada es la entidad que ha cometido el delito y si bien es cierto que los integrantes de la misma que no han participado en la infracción pueden resultar indirectamente perjudicados, en proporción a la medida de su interés en la sociedad, lo mismo acontece con la familia de la persona física condenada por un delito, y en forma mucho más intensa, porque el encarcelamiento del padre de familia no sólo incide en el presupuesto familiar, sino que priva a la esposa e hijos del condenado de su presencia en el hogar, produciendo una dolorosa sensación... Por lo demás, no debe confundirse el patrimonio de la persona moral —sobre el que recae la pena— con los de sus miembros, que por otra parte, así como resultan beneficiados con los buenos negocios de la sociedad, lógico y justo es que también sufran las consecuencias de sus actividades delictuosas”.

ciudad” y contener “un tratamiento del delincuente que lo condena como personalidad moral”, será sólo aplicable a las personas naturales<sup>30</sup>.

También se sostuvo, como objeción, “la imposibilidad de aplicar una pena privativa de la libertad a la persona ideal”<sup>31</sup>.

Con respecto a las afirmaciones referidas a la imposibilidad del “juicio ético de desaprobación” y del “tratamiento del delincuente como persona moral” se debe recordar que tal prevención sólo se justifica si previamente se ha tomado la decisión definitiva sobre el contenido ético de la sanción y la configuración político-criminal de la misma; pero aun así, sólo si se creyera que tales decisiones deben ser inmutables, inmodificables. Nada de esto ha sucedido en el derecho penal actual. Muy por el contrario, en estos tópicos rige la más absoluta inestabilidad político-criminal. Todo parece indicar que la pena, como consecuencia jurídica del delito, se encuentra expuesta a las más intensas revisiones, incluso en lo que respecta a las personas naturales: sin ir más lejos, repárese en la ya clásica crisis del tratamiento penitenciario. Frente a este estado de cosas, parece haber lugar suficiente para el desarrollo autónomo de un sistema especial de reacciones penales, sometido a justificación ética o político-social determinada de acuerdo con la necesidad político-criminal a satisfacer.

Similares consideraciones merece la objeción que toma en cuenta los requisitos de ejecución de la pena privativa de la libertad. Tal planteo no merece especial atención: un sistema penal de responsabilización de las personas jurídicas generalmente prevee un modelo de reacciones penales adecuado a las características del sujeto pasivo de la sanción.

Un poco más atendible es el argumento, presentado por Karl ENGELSCHE en 1953, que se refiere a la posible violación del principio de personalidad de las penas. Se afirma que al sancionar a las personas jurídicas se estaría reaccionando contra personas inocentes, socios que no han tenido ninguna participación en la comisión del ilícito.

<sup>30</sup> HIRSCH, op. cit., p. 1112.

<sup>31</sup> CUELLO CALÓN, op. cit., I, p. 316, quien cita a MESTRE como un partidario de esta objeción.

A ello se ha contestado de diversos modos. Se afirma, por ejemplo, que la sanción no recae en el “socio inocente” sino en un ente distinto con personalidad autónoma reconocida jurídicamente<sup>32</sup>. Para tal demostración del sujeto pasivo de la sanción se podría reparar, incluso, en el tipo de penas previstas en las legislaciones que, indudablemente, por sus mismas características, se dirigen a la persona ideal (v. gr., disolución de la sociedad).

Por otro lado, también se ha respondido que se trata de riesgos esencialmente vinculados a la actividad empresaria que se manifiestan sólo a través de los “efectos mediatos de la punición de la corporación”. Se sostiene que “así como, de la actividad de una asociación, nacen ventajas para el socio, así también son posibles desventajas”<sup>33</sup>. Asimismo, la organización empresaria ofrece infinidad de variantes para reducir este tipo de riesgos: elección de órganos confiables, sistemas de control de gestión transparentes, desarrollo de modelos respetuosos de la ética en los negocios, evaluación permanente de los posibles costos jurídicos del logro de objetivos, etcétera.

Cada uno de estos planteos lleva algo de razón; sin embargo, es indudable que la intervención del derecho penal en el control de la actividad ilícita del ente ideal generará algún daño, allí donde no es deseable político-criminalmente. Frente a ello, lamentablemente, poco se ha podido hacer desde el mismo nacimiento del poder penal del Estado. Como ya dijimos, estos efectos secundarios (por su lejanía con el conflicto penal inicial) son conocidos también en el derecho penal tradicional. La punición, repetimos, de un integrante del grupo familiar produce daños tangibles al resto: económicos, espirituales, de planificación, de reputación, etcétera.

Sólo es posible, a simple vista, perfeccionar el sistema de reacciones penales buscando reducir el impacto de violencia, tender a la reparación del daño y limitar al máximo los efectos no deseados de la sanción. Sin embargo, esta búsqueda le corresponde a todo el sistema penal, no es patrimonio exclusivo de las dificultades propias de la sanción de las corporaciones.

<sup>32</sup> RIGHI, op. cit., p. 259.

<sup>33</sup> HIRSCH, op. cit., p. 1116.

### III. ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE UN MODELO LEGISLATIVO RECIENTE<sup>34</sup>

El proyecto de Código Penal para la República de Guatemala incorpora en el título VII, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", once artículos que pretenden sentar la base de un modelo de imputación, en buena medida, especial.

En primer lugar, se debe destacar la decisión de los autores del proyecto de limitar, o circunscribir, el ámbito de responsabilidad penal a determinados ilícitos que por sus características son susceptibles, sin fricción, de atribuirse al funcionamiento de la perso-

<sup>34</sup> Me refiero a continuación al Proyecto de Código Penal para la República de Guatemala (1991). Ese proyecto tuvo como antecedente inmediato el Anteproyecto redactado por el jurista argentino Alberto BINDER. A efectos de revisar ese Anteproyecto se formó una comisión integrada por Lic. HUGO PELLEGER ROBLES, Lic. Mario Guillermo RUIZ WONG, Lic. Héctor Hugo PEREZ AGUILERA, Lic. Luis Alberto CORDÓN Y CORDÓN, Lic. Julio Ernesto MORALES PEREZ, Lic. Héctor Aníbal DE LEÓN VELASCO, Lic. Gonzalo MENENDEZ DE LA RIVA, Luis Fernando MONROY MAIREN —secretario—, todos de Guatemala y los profesores argentinos David BAIGÚN y Julio B. J. MAIER —asesores—. El Prof. BAIGÚN tuvo influencia decisiva en la redacción final del modelo de imputación de las personas jurídicas, en el informe de la Comisión se puede leer: "... se arribó a una redacción que deja margen para la interpretación de la posibilidad de someter a la persona jurídica a una pena o medida de seguridad y corrección de las previstas en la ley. En esa redacción se prefirió la formulación propuesta por el prof. BAIGÚN, especialista en el tema, pues para el prof. MAIER resultaba absolutamente necesario la inclusión como presupuesto de la responsabilidad penal de la persona jurídica, la base de un hecho ilícito, es decir, típico y antijurídico, cometido por las personas físicas que actúan como representantes de la persona jurídica. Se optó por el criterio del prof. BAIGÚN que suprimió la palabra 'ilícito' del texto, pues si bien considera obviamente que el hecho de la persona jurídica debe ser típico y antijurídico, la presencia de ese vocablo puede generar confusiones en cuanto al desarrollo del proceso interno del órgano y la actuación de cada uno de los miembros por un lado y la resolución del órgano por el otro, oscureciendo de algún modo la división clara del proyecto entre responsabilidad de la persona jurídica y responsabilidad personal. Es opinión del prof. BAIGÚN que en esta materia hay quienes congloban el hecho ilícito de la persona jurídica y de las personas físicas que la integran y, quienes, por el contrario, escinden terminantemente entre la imputación a la persona jurídica y la que se puede hacer a los miembros que la componen. Esta es la posición que recoge el anteproyecto y, como consecuencia de que en este ámbito no se traslada el principio de culpabilidad tradicional de las personas físicas a las personas jurídicas, descarta la invocación del error de prohibición por la persona jurídica aunque este mismo mecanismo pudiera ser argüido por las personas humanas. La eliminación del vocablo 'ilícita', en definitiva, despeja todas las dudas que pudieran girar en torno de estos problemas".

na ideal. Ello, sin lugar a dudas, parece preferible toda vez que esta incursión del derecho penal hacia ámbitos no tradicionales requiere estar atentos a una peligrosa “inflación” del poder penal del Estado. En el mismo artículo (art. 47) se estipula una regla básica en el modelo proyectado destinada a posibilitar la imputación sólo: “cuando se tratare de actos realizados por sus órganos regulares, siempre que se hallaren dentro del giro u objeto normal o aparente de sus negocios”. Se pretende circunscribir la esfera posible de ilicitud al ámbito normativo de existencia del ente ideal.

Asimismo, se incorpora una norma general de imputación de las omisiones, con una descripción somera de situaciones de garantía, incluso por injerencia: “también será imputable la omisión de un acto, cuando la persona jurídica estuviere legalmente obligada a hacerlo, hubiere aceptado formalmente ese deber, o dicha obligación surgiere de un acto ilícito precedente de esa misma persona o de otra vinculada a ella”. Tal fórmula pretende ofrecer una respuesta en un ámbito de por sí sensible, a las conocidas objeciones provenientes del principio de legalidad que se oponían a la equiparación de las omisiones a los delitos de comisión previstos expresamente en la ley penal.

Al mismo tiempo se prevé en la norma contenida en el artículo siguiente (art. 48) un modelo paralelo para la imputación de los ilícitos cometidos por las personas físicas que actuaren como representantes de la persona jurídica, con el claro objetivo político-criminal de evitar el desarrollo de un sistema de absoluta impunidad detrás de la organización de la empresa. En el primer párrafo se deja claro que el sistema de imputación mantendrá “las reglas generales previstas para la ilicitud de las personas físicas”, es decir, el modelo de ilícito personal.

En el artículo comentado se tiene en cuenta, además, el conocido caso del representante que actúa sin poseer la calidad personal requerida en el tipo penal para el sujeto activo —delitos especiales propios—, es decir, la figura de la “actuación en nombre de otro” que pretende sortear, por imperativos político-criminales, algunos obstáculos provenientes de una correcta interpretación del *nullum crimen*<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> BACIGALUPO, Enrique, Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro), refiriéndose

En el proyecto —art. 48— se puede leer: “si la ilicitud o la agravación dependiese de calidades personales que posee la persona jurídica, aquellas se extenderán a quienes de algún modo participaron de la realización de los actos u omisiones y conocían esas calidades personales, aun cuando no las hubiesen poseído”. Tal disposición sigue, en general, los lineamientos de técnica legislativa del artículo 15 bis del Código Penal español, del artículo 12 del Código Penal portugués, del § 14 del Código Penal alemán —a través de la “ley de introducción de la legislación sobre infracciones al orden” del 24 de mayo de 1968— y, en nuestro país, coincide básicamente con la inspiración del art. 27 de la ley n° 23.737 de estupefacientes.

Con respecto, por ejemplo, al modelo español, el Proyecto incorpora, con ventaja, la exigencia subjetiva del conocimiento del especial elemento de la autoría —con pretensión pedagógica evidente y recomendable en un nuevo ámbito de protección penal—; además, a diferencia de la disposición española, determina con claridad la escala aplicable al ilícito —la del delito especial—.

Como no podría ser de otra manera, se establece un sistema especial, acomodado a las características de la persona jurídica, de reacciones penales, en el cual se prevé: a) cancelación de la personalidad jurídica, b) multa, c) suspensión total o parcial de actividades, d) pérdida de beneficios estatales, e) prestaciones obligatorias y f) la publicidad de la sentencia condenatoria.

En lo relativo a la regulación de las pautas de determinación legislativa de la pena de multa (art. 52) se prevé la equivalencia entre una “unidad multa” y un día de prisión. Para la estipulación del valor de la unidad multa se determina un marco legal entre 100 y 10.000 quetzales, valor actualizable por la Corte Suprema.

---

al art. 15 bis del Código Penal Español: “Se trata de una disposición que tiene la finalidad de eliminar las lagunas de impunidad que se generarían de aplicar las reglas generales de participación y la tipicidad a los casos en que el deber especial incumbe a una persona jurídica, pero no a su representante, quien, sin embargo, es el que realiza el comportamiento necesario para infringir tal deber”, en “Comentarios a la legislación penal”, vol. V, p. 371.

También, MALAMUD GOTI, Jaime, Las penalidades a sociedades y sus directivos por el hecho del agente, en “Doctrina Penal”, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 558 y siguientes.

En todas estas disposiciones se debe destacar la orientación nítida hacia la reparación del daño causado, tendencia que llega a su máxima expresión en la explicación legislativa de las denominadas en el proyecto “prestaciones obligatorias”:

Siempre que la falta o el delito cometido por una persona jurídica hubiere implicado el daño a un bien o interés colectivo, el tribunal, además de las penas previstas, podrá establecer actividades o prestaciones de bien público, orientadas a la reposición de las cosas al estado anterior o al querido por la ley. El cumplimiento de estas actividades o prestaciones será obligatorio para la persona jurídica.

Para finalizar cabe indicar que se prevé, asimismo, un conjunto de medidas de seguridad, “cuando la reiteración de los delitos o faltas hiciere presumir fundadamente la continuación de las prácticas delictivas o pusiere en peligro el interés público sobre la buena fe en los negocios”. Estas medidas son las siguientes: a) la creación de un consejo de vigilancia especial determinado por el tribunal; b) la auditoría periódica de las actividades de la persona jurídica; c) la obligación de presentar estados contables en plazos que fijará el tribunal; y d) la obligación de requerir autorización judicial para la realización de actos particulares”.

Para la determinación judicial de estas medidas se establece un plazo máximo de 5 años, salvo el caso de que el plantel de dirección se mantenga, en cuyo caso el plazo se amplía a 10 años.

#### IV. CONCLUSIÓN

Las reflexiones precedentes dejan la sensación de que la actual situación del sistema del hecho punible es favorable a la aceptación de un modelo de responsabilidad penal de los entes ideales. Ello obedece a que las clásicas objeciones a esta iniciativa han sido basadas en puntos de partida que en la actualidad tienen poca cabida en la dogmática penal. Los reflejos ónticos de la argumentación proveniente de la teoría de la acción y los ético-retributivos de los obstáculos nacidos en la idea de culpabilidad no logran convencer a quien considera la imperiosa necesidad político-criminal de ejercer un control sobre la actividad ilícita de las corporaciones.

La culpabilidad ha dejado de ser reproche moral y el ilícito se ha divorciado para siempre de la antigua demanda de participaciones causales en el resultado. Es por ello que ya para las personas naturales, ya para las ideales, hoy se trata del desarrollo de un modelo



de atribución cada vez más normativo y teñido de consideraciones político-criminales. Estas mismas consideraciones sugieren fortalecer la tendencia garantista para el control de los ilícitos de las personas físicas y acentuar las posibilidades de un modelo de imputación efectivo para las personas jurídicas que, por supuesto, ofrezca alternativas de limitación razonable de la reacción estatal.

Sin embargo, un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas debe incluir algunas características especiales: 1) en primer lugar debe tender, sin dudas, a la reparación de daño como consecuencia jurídica del delito preferible desde la propia ley penal. Ello debe ser así ya que, eventualmente, la actuación de las personas jurídicas puede afectar bienes jurídicos colectivos en considerable magnitud; 2) en segundo lugar se debe limitar la cantidad de delitos de la parte especial imputables al ente ideal (numerus clausus).

Con este trabajo pretendo, antes que ninguna otra cosa, rendir un cálido homenaje al Prof. David BAIGÚN. Las generaciones más jóvenes, que aspiran a participar con méritos propios en la ciencia del Derecho Penal, que pretenden, con ilusiones intactas, aportar esfuerzo e ideales para la consolidación de un modelo de país cada vez más respetuoso del estado de derecho, que buscan, en fin, una vida comunitaria más justa, le deben a BAIGÚN tener cerca un ejemplo de honestidad, honorabilidad y de una vida académica socialmente comprometida.

Los próximos años atestiguarán sobre si la generación a la cual pertenezco ha podido mantener este camino sin claudicar y este será, posiblemente, el mejor homenaje.



# Protección del *software* y Derecho penal en la República Argentina

## ¿Creación jurisprudencial de tipos penales?

Marcos G. Salt\*

### I. INTRODUCCIÓN

La utilización del derecho penal como mecanismo de protección de los derechos de los creadores del software es un tema sumamente complejo que ha adquirido fundamental importancia en el derecho comparado a partir del auge de los sistemas automáticos de información y su influencia en el desarrollo y la economía de la sociedad moderna<sup>1</sup>. En él se confunden interesantes aspectos de técnica jurídica con complejas cuestiones de política y estrategia internacional e importantes y encontrados intereses económicos<sup>2</sup>.

Universidad de Buenos Aires.

A nadie escapa la importancia económica y estratégica que ha adquirido el desarrollo de la tecnología informática. Las transacciones comerciales, los procesos industriales, las investigaciones, la seguridad, la sanidad, etc. dependen cada día más de la tecnología informática. De esta manera, la influencia de la informática en la vida diaria de los habitantes y de los distintos países (como factor de desarrollo) ha generado lo que se conoce como la "segunda revolución industrial". Esta "revolución informática" será, según algunos autores, incluso, más transformadora que la revolución industrial del siglo XIX. Cf. SIEBER, Ulrich, Documentación para una aproximación al delito informático, en "Delincuencia Informática", PPU, Barcelona, 1992, pág. 65.

<sup>2</sup> En la base de la discusión hay un juego de antagonismos que se manifiestan en diversos planos. Por un lado es necesario tener en cuenta los intereses de los innovadores de software y al mismo tiempo proteger a los usuarios. Por otra parte, los sistemas de protección deben limitarse ante la necesidad del avance de las ciencias. La tendencia a extender la protección no sólo a la "expresión" sino también a las "ideas" puede tener como efecto obstruir la innovación. Dos intereses están en pugna: el interés público en estimular la actividad creativa y el interés público de tener acceso a la información. Por último, en el campo de la política

La cuestión, como no podía ser de otra manera, generó intrincadas discusiones en los foros internacionales<sup>3</sup> y en el ámbito legislativo y judicial de la mayoría de los países. Fue objeto, además, de intrincadas negociaciones internacionales en el plano bilateral y en convenciones multilaterales. En nuestro país, por el contrario, la importancia y complejidad de los problemas que plantea la búsqueda de un adecuado sistema de protección del software frente a la copia ilícita contrasta, de manera asombrosa, con la escasa atención que el asunto ha suscitado. En particular, en lo que respecta a la utilización del derecho penal como medio de coerción frente a la conducta de la copia ilegítima de programas, la simpleza con la que ha sido resuelto el problema por la doctrina y, lo que es más grave aún, por la jurisprudencia de nuestros tribunales, no puede menos que sorprendernos.

A nadie escapa que la política criminal, especialmente la decisión de criminalizar conductas disvaliosas, ha estado siempre influenciada por factores económicos y políticos<sup>4</sup>. Pues bien, la cuestión que nos ocupa se vincula de manera extraordinaria a estos factores. Por este motivo, es imprescindible que al analizar la realidad jurídica no perdamos de vista el marco económico y político que condiciona las tendencias legislativas y jurisprudenciales que apa-

---

internacional, una protección excesiva del software contribuirá a ampliar la brecha tecnológica entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo.

<sup>3</sup> Han realizado aportes en esta materia la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y la Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD). Recientemente, la cuestión fue objeto de tratamiento en el XV Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal (A.I.D.P) celebrado en Río de Janeiro, Brasil, en setiembre de 1994.

<sup>4</sup> La definición de una conducta como delito no proviene de una cualidad de la conducta en sí misma; antes bien, es la consecuencia de un proceso de selección social que, en nuestro sistema jurídico, sólo puede concretarse a través de una ley sancionada por el Congreso Nacional.

Sobre el proceso de creación de tipos penales advierte STRATENWERTH: "...hay, sin duda, intereses reales y poderes que influyen en la concreta conformación del Derecho Penal. Así como no es posible concebir el proceso de conformación del derecho con el esquema de la opresión de una clase explotada por otra dominante, tampoco es posible que la ciencia del Derecho penal se paralice en un estado de inocencia crítico ideológico en el que todas las transformaciones del derecho se expresen como sucesos puramente vinculados a la historia del espíritu.". Cf. STRATENWERTH, Günter, Derecho Penal. Parte general, Edersa, Madrid, 1982, pp. 2 y ss.

recen como una síntesis, una resultante, de una pugna de intereses quizá no resuelto aún adecuadamente en nuestro medio jurídico. A la descripción de este aspecto dedicaremos el cap. II del trabajo. En el cap. III, haremos una breve referencia al tratamiento que ha recibido la cuestión en el derecho comparado. Este enfoque nos permitirá conocer la evolución legislativa y jurisprudencial en los principales países del mundo y, especialmente, los problemas a los que se ha enfrentado el régimen del derecho de autor en la protección de los programas de computación.

Por último, dedicaremos el cap. IV a examinar la utilización de la coerción penal como herramienta de protección del software en la República Argentina. Analizaremos la actividad desarrollada por los distintos poderes del Estado en relación a la protección de los programas de computación (jurisprudencia, decretos del Poder Ejecutivo y proyectos de ley con estado parlamentario en el Congreso de la Nación). El trabajo pretende demostrar que la utilización de la coerción penal en la protección del software constituye un ejemplo de tipos penales creados por decisiones judiciales, avalladas por un decreto inconstitucional del Poder Ejecutivo, olvidando el papel ineludible que les toca a los legisladores en la definición de las conductas punibles. No es nuestra intención pronunciarnos por la desprotección de los productores de software. Ni siquiera pretendemos tomar una posición sobre cuál es el sistema más adecuado o sobre la conveniencia político-criminal de combatir la copia de programas de computación con el derecho penal. Antes bien, nuestra intención es revelar que, de lege lata, y con independencia de si esto es bueno o malo, la persecución penal de este tipo de conductas, tal como es llevada adelante por los tribunales penales de la Capital, es violatoria del principio de legalidad<sup>5</sup>.

## II. EL MARCO ECONÓMICO Y POLÍTICO

En una primera etapa, el software carecía de trascendencia económica y era entregado sin cargo por las empresas a quien adquiría

<sup>5</sup> Hay infinidad de conductas que, a título personal, nos pueden parecer disvaliosas desde el punto de vista ético o moral y que, sin embargo, no son delito. Por suerte, en nuestro sistema constitucional ni nosotros ni los jueces —mucho menos el Poder Ejecutivo— tenemos el poder de decidir, por más convencidos que estemos de su disvalor social, su definición como delitos.

un equipo físico. La industria del software como explotación independiente comienza a fines de la década del '60 cuando los productores de hardware, siguiendo una política diseñada por el gobierno de Estados Unidos, emprenden la comercialización de los programas por separado de los equipos físicos y surgen las primeras empresas dedicadas exclusivamente al diseño y comercialización de software. En los últimos años, esta actividad comercial ha tenido un enorme crecimiento y, actualmente, las empresas del sector han alcanzado una trascendencia económica fundamental. El mercado mundial, con una fuerte concentración en Estados Unidos, Japón, Alemania, Gran Bretaña y Francia, fue calculado en el año 1989 en 40.000 millones de dólares. Estados Unidos participa en alrededor del 70% de las ventas mundiales<sup>6</sup>.

Estos datos explican por sí solos el porqué de la preocupación que el gobierno de Estados Unidos demostró en la promoción de tendencias legislativas y jurisprudenciales que permitieran una protección legal "fuerte" del software a nivel internacional<sup>7</sup>. La estrategia principal fue impulsar a los distintos Estados a adoptar la protección del software a través del régimen de propiedad autorral, abandonando la tendencia a la protección del sistema de patentes. Esta política, lejos de ser ingenua, se apoya en razones económicas trascendentales. El régimen del derecho de autor mejora enormemente la posición de los países exportadores de programas de computación. En especial, a diferencia del régimen de patentes que es de base territorial y exige la revelación de los conocimientos involucrados, el régimen del derecho de autor, en virtud

<sup>6</sup> Datos obtenidos de documentos de la Subsecretaría de Informática y Desarrollo de la República Argentina, citados por Hilda N. BATTO en Protección Jurídica del software, publicado en "Derecho y Tecnología Informática", Temis, Bogotá, setiembre de 1989, p. 49.

<sup>7</sup> Señala Carlos María CORREA: "...el liderazgo de los Estados Unidos en la producción y comercio del software ha sido determinante para la definición de las actuales pautas prevalecientes en materia de protección de aquel. La mayoría de los países en desarrollo que establecieron reglamentaciones en la materia, lo han hecho para satisfacer las demandas de las firmas y los gobiernos extranjeros, en particular de los Estados Unidos, en lugar de hacerlo para satisfacer las necesidades locales."; cf. Protección del software: estudio de caso sobre el desarrollo del derecho económico", en "Revista de Derecho Industrial" N° 36, Depalma, setiembre de 1990, p. 558.

de la validez de las convenciones internacionales<sup>8</sup>, otorga protección de carácter universal desde el mismo momento de la creación intelectual y sin necesidad de cumplimentar demasiados requisitos formales. Por estos motivos, el gobierno de Estados Unidos, en respuesta a los reclamos de las empresas americanas de software, trabajó, activamente, en medidas directas de política exterior<sup>9</sup>, sancionando comercialmente a los países que se negaran a proteger “adecuadamente” los derechos de propiedad intelectual de los productores norteamericanos de software.

En el caso de nuestro país, las necesidades e intereses son, en realidad, singularmente diferentes a las de los países exportadores. Como en la mayoría de los países en desarrollo, la producción del software se halla todavía en etapa artesanal<sup>10</sup>. Por otra parte, el mercado se encuentra altamente concentrado y con un importante predominio del software de origen extranjero<sup>11</sup>.

La definición del sistema de protección legal influirá, de manera decisiva, en el futuro de la industria local y en las posibilidades del desarrollo de la investigación. Un sistema de protección excesiva no mejorará las posibilidades de crecimiento de la industria local sino que, antes bien, favorecerá las prácticas monopólicas de las empresas que dominan el mercado, generando, casi con seguri-

<sup>8</sup> Nuestro país es signatario de la Convención de Berna sobre derechos de autor de 1886 y de la Convención Universal de Ginebra de Derechos de Autor de 1952.

<sup>9</sup> En 1984 el Departamento de Comercio recomendó al gobierno de los Estados Unidos que activara sus esfuerzos para combatir la piratería en materia de software, exigiendo el respeto de los derechos de propiedad intelectual a aquellos países que buscaran acceder al mercado estadounidense. Cfr. Carlos María CORREA, *Protección del software: Estudio de Caso Sobre el Desarrollo del Derecho Económico*, cit., p. 566. El autor, en un interesante relato, informa sobre la influencia de las presiones norteamericanas y los resultados obtenidos a nivel legislativo en países desarrollados como Japón y Australia, y en países en desarrollo como Brasil, Corea del sur y Egipto.

<sup>10</sup> El 70 % del mercado, cuyo tamaño es muy reducido (ha sido estimado en 34,4 millones de dolares en 1985), es abastecido con software importado. Cf. los datos suministrados por Hilda N. BATTO, op. cit., pág. 54.

<sup>11</sup> La facturación de diez empresas alcanzó el 78,7 % del mercado, a su vez dos empresas representaron el 57,3 % y una el 41,3 %. Cf. la exposición de motivos del proyecto presentado por Juan CAVALLARI y otros, Expte. 1135-D-91, T.P. n° 33 del Congreso de la Nación), con cita de DEL BELLO, J., *Producción y comercio de software en la República Argentina*, Subsecretaría de Informática y Desarrollo de la Nación, 1987.

dad, un aumento importante de los costos de inversión privados y estatales que provocarán un aumento de la brecha tecnológica que nos separa de los países desarrollados.

En razón de estos motivos, un importante sector de la doctrina ha realizado una crítica profunda a la tendencia acrítica a aceptar los sistemas de protección del software propuestos por los países exportadores en términos abstractos, esto es, sin analizar las necesidades e intereses de los distintos sectores involucrados y de los distintos países<sup>12</sup>.

De nuestra parte, la explicitación de este marco político-económico nos será de utilidad para comprender los conflictos penales generados alrededor de esta cuestión.

### III. LA PROTECCIÓN DEL SOFTWARE EN EL DERECHO COMPARADO

#### a. El triunfo del derecho de autor

La protección del software a través de las normas del derecho de autor se ha impuesto en la mayoría de los países desarrollados<sup>13</sup>. Entre otros países, han sancionado leyes especiales, introduciendo el software en el régimen de protección de las leyes de propiedad intelectual, Estados Unidos (1980), Australia (1984), Alemania (1985), Francia (1985), Reino Unido de Gran Bretaña (1985), Japón (1985), España (1987), Brasil (1987) y Chile (1990)<sup>14</sup>. Sin em-

<sup>12</sup> Señala CORREA: "El tipo y alcance de la protección del software deben ser determinados sobre la base de un análisis integral de los aspectos tecnológicos, económicos y legales involucrados. En especial se debería tomar en cuenta la situación del país —el desarrollo tecnológico, el tipo de software producido, etc—.

Una consideración fundamental debería centrarse en el eventual impacto de un régimen legal sobre la difusión y la producción local de software". Cf. CORREA, Carlos María, *Protección del software: Estudio de caso sobre el desarrollo del derecho económico*, cit.; también, CORREA, Carlos M. y otros, *Derecho Informático*, Depalma, Buenos Aires, 1987.

<sup>13</sup> El criterio propuesto por los EE.UU. se impuso finalmente. Un estudio del estado de la legislación en los 43 principales países del mundo determinó que en cada uno de ellos existe, de alguna manera, aplicación del derecho de autor. KEPLINGER, Michael, *International protección for computer programs*, cit. por Denis BORGES BARBOSA, *Programas de computación y documentación técnica asociada*, en *Revista del Derecho Industrial*, Depalma, Año 12, n° 36, nota n° 5, p. 627.

<sup>14</sup> Para un informe pormenorizado de la legislación comparada, cf. Ulrich SIEBER, *The international handbook on computer crime*, John Wiley and Sons Ltd.,



bargo, muchos de estos países, advirtiendo que el software tenía diferencias sustanciales con las obras tradicionalmente protegidas por el derecho de autor, introdujeron modificaciones en las leyes de propiedad intelectual, adecuándolas a las necesidades que la protección del software exigía. Estos cambios alteraron el funcionamiento de institutos clásicos del derecho de autor como el plazo de protección y el alcance de los derechos morales. Dentro de este grupo, sobresalen las legislaciones de Francia, Japón y Brasil<sup>15</sup>.

El modelo de protección vigente en Brasil resulta de especial interés para nosotros. La compatibilidad de los sistemas jurídicos es una de las barreras que deberá afrontar el incipiente mercado regional Mercosur. Brasil es un ejemplo paradigmático de legislación obtenida bajo la presión de los EE.UU. en el ámbito de negociaciones bilaterales<sup>16</sup>. Sin embargo, la legislación sancionada introduce importantes modificaciones con relación al régimen de protección del derecho de autor clásico intentando mejorar la situación de los productores y los usuarios locales<sup>17</sup>. De esta manera, Brasil, aun so-

---

Londres, 1986, pp. 197 y ss; Computer related crime: Analysis of legal policy, Organisation for Economic Cooperation and Development, (O.E.C.D), París, 1986, cap. III, pp. 48 y ss.; también los informes nacionales publicados en Computer crimes and other crimes against information technology, International Review of Penal Law, Editions Erès, París, 1993.

<sup>15</sup> Para un análisis de las distintas legislaciones y sus antecedentes históricos, cf. CORREA y otros, Derecho Informático, op. cit., pp. 102 y siguientes.

<sup>16</sup> El estado brasilero debió dejar de lado un proyecto elaborado en el Congreso en el año 1984 que es un ejemplo de sistema de protección sui generis, alejado de la legislación de patentes y del derecho de autor. En el año 1985 el presidente Reagan anunció oficialmente el inicio de procedimientos económicos contra Brasil por su política en el sector de computación, culminando con las posibilidades de convertir este proyecto en ley. Cf. BORGES BARBOSA, D., Programas de computación y documentación técnica asociada, en Revista del Derecho Industrial, cit., p. 623.

<sup>17</sup> La ley permite la copia del programa adquirido lícitamente cuando la reproducción es necesaria para el uso apropiado del programa, y fija obligaciones al titular de los derechos de comercialización como corregir errores, brindar servicio técnico y la prohibición de retirar el producto del mercado durante el periodo de validez técnica. La ley establece también un sistema de regulación de la comercialización que prevé una reserva de mercado a favor de programas desarrollados localmente. Cf. Carlos María CORREA, Protección del software: Estudio de caso sobre el desarrollo del derecho económico, op. cit., pág. 569.

portando las presiones directas de Estados Unidos, ha establecido un sistema de protección más benigno para los intereses locales que el que pretende imponer en nuestro país la jurisprudencia a través de la aplicación directa, sin modificación alguna, del régimen de la Ley 11.723.

#### b. El derecho de autor y sus inconvenientes

##### ¿Hacia un nuevo sistema de protección?

Como hemos visto, presionados o no, muchos de los países desarrollados y en vías de desarrollo adoptaron el régimen legal de los derechos de autor como medio para la protección del *software*.

Sin embargo, son demasiados los problemas que han surgido en la aplicación de este régimen de protección, incluso, paradójicamente, en la jurisprudencia de los países que más trabajaron por su aceptación<sup>18</sup>.

En este punto, haremos una somera descripción de estos inconvenientes, en especial de aquellos relacionados con el objeto de este trabajo y que nos permitirán comprender por qué la aplicación de las normas de la Ley de Propiedad Intelectual (11.723) a la protección del *software* como creación intelectual que, según veremos, adoptó nuestra jurisprudencia, resulta forzada y, en el ámbito del derecho penal, violatoria del principio de legalidad<sup>19</sup>.

La razón principal que justifica esta afirmación es que el *software*, por sus características, no se adapta al concepto de obra científica, literaria, artística o didáctica protegida por el derecho de au-

<sup>18</sup> Los problemas que presenta el régimen del derecho de autor para la protección del software han llevado a una corriente importante de la doctrina a proponer reformas en las leyes de derechos de autor o, incluso, el cambio del sistema de protección adoptando el sistema de patentes industriales o un sistema *sui generis*. Cf., entre otros, Stanislaw SOLTYSINSKI, Protección de los programas de computación: aspectos comparativos e internacionales, en "Revista del Derecho Industrial", año 12, n° 36, Depalma, 1990, p. 598.

<sup>19</sup> Por motivos de espacio, dejamos de lado las objeciones de tipo político y económico que ha recibido la protección del software a través del derecho de autor. Especialmente se ha resaltado la necesidad de proteger los intereses de los usuarios y de los países en desarrollo modificando el sistema de registro y divulgación, las obligaciones del productor y el alcance y los plazos de protección. Cf. CORREA, Carlos María, El software en los países en desarrollo: implicaciones de la protección legal, Coloquio de Buenos Aires; también, BATTO, Hilda, Protección jurídica del software, op. cit.

tor<sup>20</sup>. La “obra” protegida por el derecho de autor y el software son entes ontológicamente diferentes. En especial, según destaca gran parte de la doctrina especializada, la obra protegida por el derecho de autor es información que se agota en sí misma, constituye por sí misma un fin y es en sí misma un resultado, mientras que el software es sólo un instrumento para obtener otros resultados<sup>21</sup>. Además, los programas están destinados a operar de una determinada manera una máquina y no a la comunicación con un ser humano. Estas diferencias esenciales producen muchos de los problemas a los que haremos referencia en este punto, que provienen, precisamente, de aplicar al software el régimen de derecho de autor que fue concebido para proteger creaciones intelectuales de características diferentes y que, por este motivo, prevé soluciones que resultan inadecuadas<sup>22</sup>.

Una primer discusión se planteó al momento de decidir si el mero uso del software sin autorización del titular constituía una repro-

<sup>20</sup> “En la actualidad se ha convenido en forma unánime en que ha sido una gran falacia en la literatura jurídica clasificar al software como una creatividad artística, literaria o científica. Funcionalmente, la programación en computación constituye un arte moderno de ingeniería”. Cf. Stanislaw SOLTYSINSKI, Protección de los programas de computación: aspectos comparativos e internacionales, op. cit. Para un extenso análisis con abundantes citas doctrinales y jurisprudenciales sobre la dificultad de comprender los programas de computación y el concepto de “obra” protegida por el derecho autoral, cf. CORREA y otros, Derecho Informático, Depalma, Buenos Aires, 1987, pp. 69 y ss. En el mismo sentido, IRIBARNE, Rodolfo, Pautas para una legislación sobre programas de computación, La Ley, t. 1985-C, pp. 1161. No parece coincidir con esta idea PELLICORI, quien señala: “...los jueces locales han orientado su pensamiento en el sentido hoy predominante a nivel mundial. Tajantemente ha reconocido la Cámara Penal la calidad de obra intelectual que tiene el software...”, cf. PELLICORI, Oscar, Novedades en la jurisprudencia argentina sobre piratería de software, Revista D.A.T., año III, n°. 33, 1991, p. 20.

<sup>21</sup> “...el programa es un medio y no un fin; es en suma un recurso para llegar a un fin. Y téngase expresamente en cuenta que es un recurso técnico, activado por una máquina a la que, a su vez, si no se le incorpora la creatividad o actividad intelectual del usuario, no es nada.”, cf. Abel Virglio DOZO MORENO, La copia del programa de computación y el delito penal, Licurgo, Buenos Aires, 1990.

<sup>22</sup> “La incorporación de los programas de computación dentro del sistema existente de leyes de copyright, acarrea tantos problemas simplemente porque las leyes están, sobre todo, dirigidas a proteger las obras culturales antes que las innovaciones culturales.”, cf. Stanislaw SOLTYSINSKY, Protección de los programas de computación, cit., p. 608.

ducción ilegal de acuerdo al régimen del derecho de autor tradicional. Este régimen prohíbe la reproducción de una obra pero no el mero uso. Por ejemplo, a nadie se le ocurriría que leer una obra protegida o incluso usar los conocimientos que transmite (arreglar un auto conforme a los consejos de un manual o cocinar lo que un libro de recetas sugiere), esté prohibido. Por esta razón, en principio, un programa podría ser utilizado en distintas computadoras o en una red sin que esto suponga una violación al régimen del derecho de autor siempre que no fuera reproducido en el soporte físico<sup>23</sup>.

También ha generado dificultades la definición de los límites de la protección por este medio. De acuerdo a los principios generales de la propiedad intelectual, el derecho de autor no protege las ideas sino sólo su forma de expresión<sup>24</sup>. Las ideas, en cambio, pertenecen al dominio público y no son apropiables. Un ejemplo puede ayudar a comprender la distinción. Si un artista realiza una obra pictórica tomando como modelo el paisaje de las cataratas del Iguazú, su derecho de autor alcanza a la expresión y no a las cataratas del Iguazú que pueden ser pintadas por cuanto autor lo desee sin violar derecho alguno. Del mismo modo, un procesador de textos puede incluir la función de subrayar o de archivar docu-

<sup>23</sup> En este aspecto las leyes de propiedad intelectual tradicionales no amparan suficientemente a los productores de software. Muchos de los países que sancionaron leyes especiales para incluir el software en el marco de regulación de las leyes de propiedad intelectual dieron solución a este problema. Así, por ejemplo, la ley 85.660 que regula la protección del software en Francia, estableció en el art. 47 que se considera infracción a la ley de derecho de autor la utilización de un programa sin la autorización de su autor o sus cesionarios. En el mismo sentido, la legislación japonesa, aunque agrega el requisito de que la utilización sea con fines comerciales. Antonio MILLÉ sostiene que en nuestro país, aun sin que se modificara la ley 11.723, el uso no autorizado de un programa constituye delito: "...resulta imposible utilizar un programa sin copiarlo desde el soporte magnético de almacenamiento a la memoria RAM del sistema. Por lo tanto el usuario no licenciado cometerá también el delito previsto por el art. 72, inc a) de la ley 11.723...". Cf. Antonio MILLÉ, *La protección penal del software*, *El Derecho*, t. 128, pág. 863. La solución de MILLÉ conduce a situaciones absurdas. Si como él afirma, el uso genera siempre una reproducción, en el régimen de la ley 11.723, ningún programa podría ser utilizado, ni siquiera por los adquirentes legítimos, sin incurrir en una conducta ilícita.

<sup>24</sup> Para una clara distinción de los conceptos de idea y expresión, cf. CHALOUPIKA, Pedro, *La propiedad de las ideas*, en *Derechos Intelectuales* N° 3, Astrea, Buenos Aires, 1988, p. 50.

mentos sin violar el derecho de autor de la gran cantidad de productos existentes en el mercado que “expresan” de una manera determinada la misma “idea”. Sin embargo, la separación entre idea y expresión en el campo del software es particularmente difícil y ha generado innumerables debates judiciales en los países que adoptaron la protección del régimen de los derechos de autor<sup>25</sup>. En primer lugar, es difícil determinar a qué elementos constitutivos del software<sup>26</sup> alcanza la protección contra la copia ilegítima de acuerdo al derecho de autor. En segundo lugar, excepto en los supuestos de “copia servil” (copia directa de la obra ajena), no hay claridad para diferenciar la copia ilícita de la creación nueva fundada en el libre aprovechamiento de las ideas en aquellos casos en los que se desarrolla un nuevo programa que cumple las mismas funciones o parecidas a un sistema anterior, pero sin copiarlo directamente<sup>27</sup>. Las falencias de las normas del derecho de autor

<sup>25</sup> “El software no es expresión pura ni idea pura. A menudo ambas se unen tan entrañablemente que —si la expresión es el resultado necesario de la idea— no puede haber protección, bajo el riesgo de impedir el acceso a la solución técnica misma”. Cf. BORGES BARBOSA, D., Programas de computación y documentación técnica asociada, cit., p. 631. Para un reseña de la discusión generada en la jurisprudencia norteamericana y los métodos utilizados para separar idea de expresión en aquellos casos donde no se verifica la copia literal de un programa (copia “servil”), cf. William BIERCE, Recientes decisiones judiciales norteamericanas en materia de software, en revista “Derecho de Alta Tecnología”, año V, n° 51, noviembre de 1992, p. 1 y Antonio MILLÉ, Los más recientes casos norteamericanos en materia de Propiedad Intelectual sobre software, en revista “Derecho de Alta Tecnología”, año III, n° 28, diciembre de 1990, p. 10.

<sup>26</sup> El concepto de software abarca diversos elementos que se agregan en las distintas etapas que comprende su construcción (idea, algoritmo, organigrama, código fuente, código objeto y documentación complementaria). Estos elementos presentan características diferentes que pueden influir sobre el alcance de las normas del derecho de autor. Por ejemplo, el código fuente es legible para el ser humano y el código objeto no. Cf. Carlos M. CORREA, Derecho Informático, cit., p. 57.

<sup>27</sup> Cf. un debate interesante de la jurisprudencia norteamericana en Ejan MACKAAY, La imitación del software a través de la jurisprudencia norteamericana o el revés de la trama del look and feel, en revista “Derecho de Alta Tecnología”, año III, n° 28, diciembre de 1990, p. 1. En este trabajo, el autor relata varios precedentes judiciales en los que se discutió la aplicación de la doctrina del look and feel que brinda protección a los autores que sienten lesionados sus derechos, no por la copia sino por una imitación excesiva.

para solucionar estos conflictos ha dejado en manos de los jueces un amplísimo margen para la determinación de las conductas prohibidas que ha generado a los productores y usuarios incertidumbre sobre el alcance de la protección.

Otro escollo que se ha presentado deriva de que el régimen del derecho de autor, pensado para creaciones de tipo personal, no da respuesta adecuada a los problemas que pueden generar los desarrollos de software realizados por empleados en relación de dependencia o contratados especialmente en el ámbito de las empresas dedicadas a la producción de software. En estos casos, determinar quién es el titular de los derechos de autor que tradicionalmente fueron considerados esencialmente personales es dificultoso<sup>28</sup>.

Por último, además de los derechos patrimoniales, el régimen de protección de los derechos de autor prevé el reconocimiento de derechos morales. El papel que pueden cumplir los derechos morales de los autores en la protección del software es muy discutido. Su ejercicio podría ocasionar importantes perjuicios a los usuarios y a los países en vías de desarrollo que dependen del software extranjero. El derecho de retracto, por ejemplo, permite al autor retirar la obra de circulación cuando él lo desea. El derecho a la integridad de la obra le permite oponerse a la modificación de ella. Esto significa que si el usuario quisiera realizar alteraciones o adaptaciones del programa que adquirió legítimamente para lograr una mejor utilización, estaría violando los derechos de autor<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Muchos de los países que sancionaron leyes especiales para regular la protección de los programas dentro de las leyes de propiedad intelectual dieron solución a este inconveniente. Por ejemplo, el art. 45 de la ley francesa establece que, salvo estipulación en contrario, los derechos sobre los programas creados por empleados en el ejercicio de sus funciones pertenecen al empleador. En el mismo sentido, la legislación de Japón, Austria, Brasil y Chile.

<sup>29</sup> Esta situación generó también modificaciones en las leyes de propiedad intelectual. Por ejemplo, la legislación francesa prevé que el autor, salvo estipulación en contrario, no puede oponerse a las adaptaciones ni puede ejercer el derecho de retracto (art. 46). Incluso en los EE.UU. se ha admitido legislativamente la posibilidad de realizar alteraciones de los programas legalmente adquiridos aunque ha generado discrepancias jurisprudenciales el alcance del término "adaptaciones" permitidas, cf. Stanislaw SOLTYSINSKI, op. cit., p. 587.

#### IV. EL CASO ARGENTINO

##### a. La protección penal del software en las normas vigentes

###### 1. La aplicación de las sanciones penales previstas en la ley 11.723

En nuestro país, a diferencia de la mayoría de los países que optaron por proteger los programas de computación mediante el régimen del derecho de autor, no se ha sancionado una ley especial. La aplicación del régimen de la ley de Propiedad Intelectual (ley 11.723)<sup>30</sup> a este tipo de conflictos y, por ende, de sus normas penales, ha sido, antes bien, una creación jurisprudencial que analizaremos en el punto siguiente.

Esta corriente jurisprudencial se vio facilitada en sus orígenes por dos disposiciones emanadas de Direcciones nacionales dependientes del Poder Ejecutivo. Por un lado, en la disposición 15/75 confirmada por los artículos 3.2 y 3.3 de la disposición 42/88 de la Dirección Nacional de Propiedad Industrial, se resolvió impedir el otorgamiento de patentes a los solicitantes que reivindiquen, como objeto principal, un programa de computación y, por el otro, la Dirección Nacional del Derecho de Autor dictó la resolución 3/87 bis que establece que la obra de software y los contratos que a ésta se refieran serán registrados por la Dirección Nacional del Derecho de Autor con la colaboración de la Cámara Argentina del software.

La ley de Propiedad Intelectual (ley 11.723) contiene un capítulo de sanciones penales que, como veremos en el punto siguiente ha sido aplicado, sin límites precisos, por nuestros tribunales en este tipo de conflictos. En lo que importa a los fines de este trabajo, la ley 11.723 establece:

“art. 71. Será reprimido con la pena establecida por el art. 172 del Código Penal, el que de cualquier manera y en cualquier forma defraude los derechos de propiedad intelectual que reconoce esta ley.

“art. 72. Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se consideran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece, además del secuestro de la edición ilícita:

<sup>30</sup> La ley 11.723 fue publicada en el Boletín Oficial el día 30/9/1933 (Adla, 1920-1940, 443).

a) el que edite o reproduzca por cualquier medio o instrumento una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derechohabientes.

b) el que falsifique obras intelectuales, entendiéndose como tal la edición de una obra ya editada, ostentando falsamente el nombre del editor autorizado al efecto.

c) el que edite, venda o reproduzca una obra suprimiendo o cambiando el nombre del autor, el título de la misma o alterando dolosamente su texto.

d) el que edite o reproduzca mayor número de los ejemplares debidamente autorizados”.

Como se puede apreciar, el art. 71 establece una disposición genérica, en cierta manera imprecisa y excesivamente abierta, que define como defraudación toda infracción a la ley. En el art. 72 se describen más claramente casos especiales de defraudación. Para la construcción de los tipos penales, estas normas deben integrarse con las disposiciones de los arts. 1 y 2 de la Ley 11.723 que establecen cuáles son las obras protegidas (objeto material sobre el que puede recaer la conducta típica), y cuáles son los derechos reconocidos a los autores que pueden ser defraudados.

## 2. El asombroso decreto que se anula a sí mismo<sup>31</sup>

Recientemente, el Poder Ejecutivo Nacional ha dictado un decreto sorprendente. El decreto n° 165/94<sup>32</sup>, bajo el título “Precísase un marco legal para las diferentes expresiones de las obras de software y bases de datos así como sus diversos medios de reproducción”, pretende aclarar que el software encuadra en el concepto de obra de la ley 11.723 y define, además, qué es reproducción ilícita a los fines de la aplicación de la ley 11.723. De esta manera, dejando de lado preceptos constitucionales fundamentales para el

<sup>31</sup> La idea del título pertenece a un interesante trabajo de Martín BOHMER en el que analiza críticamente el decreto presidencial. La tesis central del trabajo, a la que adhiero, es que el decreto del Poder Ejecutivo, al dar una nueva definición de la palabra “obra” de la Ley de propiedad intelectual, crea, de manera inconstitucional, nuevos tipos penales y demuestra, al mismo tiempo, que las conductas que pretende criminalizar, no están alcanzadas por la ley penal vigente. Cf. BOHMER, Martín, La protección jurídica del mercado informático y un decreto que se anula a sí mismo, en “La Ley”, Buenos Aires, del 20 de setiembre de 1994.

<sup>32</sup> El Poder Ejecutivo dictó el Decreto 165/94 el día 3 de febrero de 1994. Fue publicado en el Boletín Oficial el día 8 de febrero de 1994.



derecho penal liberal, el Poder Ejecutivo procura crear nuevos tipos penales. Es indiscutible que el decreto, al ampliar el alcance del concepto "obra"<sup>33</sup> del artículo 1º de la ley 11.723, que actúa como elemento normativo que describe el objeto material sobre el que debe recaer la conducta típica de los distintos tipos penales previstos en la ley (arts. 71 y ss.) y al definir la acción típica "reproducir"<sup>34</sup> ha alcanzado conductas que no estaban previamente definidas en la ley de Propiedad Intelectual.

El Poder Ejecutivo Nacional, quizás engegucido por su costumbre de abusar de los decretos, pretende también constituirse en legislador penal. Lo que no deja de llamar la atención es que la "intención" de legislar más allá de sus posibilidades, ampliando mediante un decreto los alcances de las normas penales de ley 11.723 no se oculta tras intrincadas ficciones jurídicas como en otras oportunidades sino que, antes bien, se expresa con total impunidad en la misma exposición de motivos<sup>35</sup>.

La oportunidad política del dictado del decreto es también difícil de comprender. Luego de arduas discusiones en el marco del Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT), se ha arribado

<sup>33</sup> El artículo 1º, incs. a y b del decreto, pretende incorporar al concepto de obra protegida del art. 1º de la Ley 11.723 los distintos elementos que componen un programa de computación y definir las bases de datos protegidas. Así, entre otros elementos, interpreta que el concepto de obra alcanza a los distintos tipos de diseños, a los programas fuente y objeto (en el caso de este último deja de lado la discusión generada en el derecho comparado en razón de que el código objeto no es ni siquiera perceptible para el ser humano sino que es un mensaje destinado al computador) y la documentación técnica.

<sup>34</sup> Se establece en el art. 1º, inc. c del decreto:

"c) se considerarán procedimientos idóneos para reproducir obras de software o de base de datos a los escritos o diagramas directa o indirectamente perceptibles por los sentidos humanos, así como a los registros realizados mediante cualquier técnica directa o indirectamente procesables por equipos de procesamientos de información."

<sup>35</sup> "Que los avances tecnológicos que se han producido en materia informática, hacen necesario precisar un marco legal de protección que contribuya a asegurar el respeto de los derechos de propiedad intelectual sobre las obras producidas en ese campo.

Que para ello, resulta conveniente especificar las diferentes expresiones de las obras de software y bases de datos, así como sus diversos medios de reproducción para una más eficaz aplicación de la Ley de Propiedad Intelectual" (el subrayado es nuestro).

a un acuerdo según el cual los países en vías de desarrollo se comprometen a modificar sus legislaciones de propiedad intelectual en un plazo de diez años y los países desarrollados se comprometen a disminuir los subsidios agrícolas en un plazo de siete años. Desde este punto de vista, la intervención del Poder Ejecutivo otorgando aún mayor protección que la requerida por los países centrales, inclusive antes de que los acuerdos entren en vigencia y sin que se reduzcan los subsidios agrícolas que perjudican a nuestro país, no parece el mejor de los negocios<sup>36</sup>.

El Poder Ejecutivo se suma así, con una torpeza inexplicable, a la cruzada contra los "piratas del software".

Más sorprendente aún resulta la primera repercusión que el decreto provocó en la jurisprudencia. Una resolución de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional parece reconocer la aptitud del decreto para crear tipos penales. El fallo confirma un sobreseimiento por atipicidad, fundamentando la decisión en la imposibilidad de aplicar el decreto retroactivamente a hechos sucedido antes de su publicación<sup>37</sup>.

#### b. La protección penal del software en la jurisprudencia.

##### Los jueces crean tipos penales

De acuerdo a la jurisprudencia mayoritaria de los tribunales penales de la Capital Federal, la copia ilegítima de un programa de

<sup>36</sup> El decreto motivó que un grupo de legisladores elevara un duro proyecto de pedido de informes al Poder Ejecutivo. Cf. Expediente 5171-D-93, T.P 219. del Congreso de la Nación. El pedido de informes resalta, además de la inconveniencia económica del decreto, que la determinación del Poder Ejecutivo implica abandonar la negociación conjunta con los países del Mercosur dificultando la integración legislativa y facilita las prácticas monopólicas y oligopólicas del sector.

<sup>37</sup> En realidad la resolución judicial no es clara por lo que preferimos reproducir sus partes principales para que el lector extraiga sus propias conclusiones:

"El Decr. 165/94, otorgó al software y a las bases de datos la calidad de "obra", siendo publicado con posterioridad a los hechos de autos.

Ahora bien, la reproducción no autorizada de una obra se encuentra reprimida por el artículo 72 inc. a de la Ley 11.723, dado su amplio carácter protectorio. Más no puede acudirse a la interpretación de la norma citada en primer término, con el objeto de convalidar su aplicación retroactiva y sancionar conductas que a la sazón, no estaban tipificadas o cuanto menos, eran objeto de divergencia jurisprudencial y doctrinaria." ( resolución del día 28/10/94 dictada en la causa C. 1972 del registro de la Sala VI, denominada "Pelicori s/d").

computación encuadra típicamente en las previsiones de los artículos 71 y 72 de la Ley 11.723<sup>38</sup>.

Esta tendencia jurisprudencial admite múltiples críticas. En primer lugar, la aplicación de las normas penales de la ley de Propiedad Intelectual a los programas de computación se mueve en el difícil límite entre la interpretación extensiva de las normas penales (intra legem) y la aplicación analógica prohibida por el principio de legalidad (extra legem)<sup>39</sup>. Este problema merecía, por lo menos, ser analizado con mayor cuidado. En principio, es indiscutible que hay razones de peso para señalar que la copia de programas de computación no está prevista en los tipos penales de la Ley de Propiedad Intelectual<sup>40</sup>, pues, como hemos visto, el software no encuadra fácilmente en el concepto de "obra" protegido por la ley de Propiedad Intelectual que integra los tipos penales previstos en sus arts. 71 y 72<sup>41</sup>. Por lo demás, la ley fue sancionada en una épo-

<sup>38</sup> Cf., a modo de ejemplo, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal de Instrucción N° 11, causa "García Zilvano, Gustavo y otros", resuelta el 31/7/89, publicada en JA, t. 1989-III, pag. 709; C.N.Crim., Fallo de la Sala 1ª del 17/11/88, Causa N° 34.267, publicado en JA, t. 1988-IV, pag. 708; C.N.Crim., fallo de la Sala III del día 30/5/91, Causa N° 29.031 "Ashton Tate Corp."; C.N.Crim., Fallo de la Sala II del día 28/5/92, Causa N° 41.123 "Bausch y Lomb Argentina S.A." y, recientemente, fallo de la Sala I de la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, en la causa "Lotus Dvelopment Corp. Y Ashton Tate Corp", resuelta el 4/4/94.

<sup>39</sup> Señala Sebastián SOLER: "Una cosa no es lícita al Juez; no porque se lo prohíbe la lógica, sino el orden jurídico: legislar, de modo que viole la garantía acordada por los arts. 18 y 19 de la CN.: castigar un hecho no prohibido por su semejanza con uno prohibido...". Cf. Derecho Penal Argentino, Tipográfica Editora Argentina, primera reimpresión, Buenos Aires, 1951, t. I, p. 157.

<sup>40</sup> Cf. especialmente Abel Virgilio DOZO MORENO, La Copia del Programa de Computación y El Delito Penal, cit., y CORREA y otros, Derecho Informático, cit. En sentido contrario las explicaciones de MILLÉ, Antonio, Software: Novedades en el Derecho positivo argentino y la jurisprudencia argentina, Revista DAT, año VI, n° 68, abril de 1994.

<sup>41</sup> Un antecedente interesante a los fines del análisis es el de la incorporación legislativa como "obra" protegida por la Ley 11.723 de los fonogramas. La ley 23.741 promulgada el 18.10.89 introdujo al fonograma como obra protegida limitando el alcance de la protección penal a los casos de copia con fin de lucro. No alcanzamos a comprender ¿qué razón justifica que en el caso de los fonogramas, que en realidad se comprenden mejor en el concepto de obra de la Ley 11.723 que los programas de computación, fuera necesaria una ley especial y en el caso del software alcance con una construcción jurisprudencial?

ca en la que los programas de computación eran inimaginables. Los tribunales creen haber solucionado de manera sencilla un problema que, según creemos, merece un tratamiento más complejo. Todas las dificultades que suscita la aplicación del régimen de protección autoral al software, a los que hicimos referencia en el punto III de este trabajo, no recibieron respuesta ni han sido tratados en los fallos; más aún, creemos que ni siquiera han sido advertidos. Esta tendencia jurisprudencial acrítica se fue conformando al amparo de lo que podríamos denominar el fenómeno de la “publicidad académica”. Desde el año 1986, época aproximada en que comenzó en la República Argentina la persecución de lo que se denominó “piratería del software”, se publicaron en las revistas jurídicas especializadas gran cantidad de artículos y se organizaron infinidad de seminarios y conferencias. Toda esta actividad perseguía justificar la aplicación de las normas penales de Ley 11.723 a todas las conductas que, según el sentido popular, quedaban comprendidas en el concepto de “piratería del soft”. La proliferación de estos trabajos, lejos de ser casual, parece responder a la labor de los profesionales que defienden el interés de los grandes productores de soft en nuestro país, quienes se propusieron generar una corriente doctrinaria favorable a la utilización de las normas penales de la ley 11.723 en la protección de los programas de computación y, de esta manera, influir en los fallos judiciales. El resultado no podía ser más favorable. Los tribunales aplicaron acríticamente, casi en forma automática, esta doctrina. Frases tales como “según afirma la doctrina dominante” o “como sostienen unánimemente los autores” se convirtieron en muletillas de uso común —casi un sello— de las resoluciones de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal<sup>42</sup>.

Las resoluciones judiciales, probablemente por desconocimiento, al encuadrar los programas de computación en el concepto de obra protegida por la ley 11.723 y aplicar las normas penales que

<sup>42</sup> Por este motivo creemos que la utilización de las normas penales de la Ley 11.723 en la protección de los programas de computación es un caso testigo interesante para advertir la importancia que tiene en una sociedad la actividad académica independiente. En efecto, nos enfrenta cara a cara con los resultados del deterioro del nivel de la universidad y de la capacitación de los miembros del Poder Judicial en nuestro país.

ésta prevé, no hacen ningún tipo de distinción entre los distintos elementos que componen un programa de computación. Tampoco hay precisión al momento de definir —en los casos de programas de computación— la acción típica de “copiar” o “editar”. No se discrimina entre la copia servil y los desarrollos realizados a partir del conocimiento de un programa. Tampoco hay claridad sobre la necesidad de definir, en el ámbito de los programas de computación, y por supuesto en el caso concreto que se falla, la expresión, protegida por el derecho de autor, de las ideas, de libre utilización en la sociedad. De esta manera, sin reparar en que el Congreso Nacional no ha dictado ninguna ley al respecto, la jurisprudencia creó un sistema de protección penal incluso más amplio que el de los países que sancionaron leyes especiales sobre la materia<sup>43</sup>.

La doctrina emanada de los fallos jurisprudenciales puede sintetizarse de la manera siguiente:

1. La copia del programa de computación constituye una de las conductas reprimidas penalmente por los artículos 71 y 72 de la ley de Propiedad Intelectual 11.723 (esta decisión implica reconocer el carácter de “obra intelectual” del software) y, de acuerdo con esta definición, no hay distinción entre la violación a los derechos patrimoniales y los derechos morales de los autores (por lo menos la ley 11.723 no la hace y, si los jueces admiten que el régimen de la ley es aplicable a los programas de computación, la violación de los derechos morales debería ser también punible).

<sup>43</sup> La intención de “legislar” de algunos jueces, tipificando una conducta que les parece especialmente reprochable, y que por este motivo “debe ser punible”, lejos de ocultarse en complejas argumentaciones jurídicas, aparece clara en algunas resoluciones judiciales:

“... Es tarea de los jueces empeñar nuestros esfuerzos, pese a la estructura que tenemos, para que la piratería sea eliminada cuanto antes y totalmente para evitar que dicho flagelo se vaya imponiendo en las transacciones comerciales sobre el software. De lo contrario estos hechos se mantendrán en la impunidad y atentaran contra el futuro de la informática”. Causa “García Silvano” del Juzgado de Instrucción n° 11, resolución del día 31/7/89.

“...decidir que acciones como las que podrían estar investigándose en esta actuaciones son atípicas, abre peligrosas puertas hacia la desprotección de todo trabajo intelectual inédito...”. Causa Lotus Development Corp..., voto de los Dres. Horacio CATTANI y Horacio VIGLIANI en la resolución de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal.

Como el lector advertirá los textos parecen más la exposición de motivos de un proyecto legislativo que la motivación de una resolución judicial.

2. No se establece distinción alguna entre la copia con fines comerciales y la denominada "copia para uso propio"<sup>44</sup>.

3. La protección penal se extiende a los programas extranjeros, sin requisitos formales adicionales, siempre que reúna los recaudos de publicación establecidos en la Convención de Ginebra sobre los Derechos de Autor de 1952<sup>45</sup>.

De esta forma, los tipos penales creados por la jurisprudencia han solucionado la situación de incertidumbre que la aplicación del régimen de la ley 11.723 a los programas de computación generaba sobre la determinación de las conductas punibles. La solución, en principio, es la persecución penal amplia de todo lo que aparenta ser (o se denuncia como) un acto de piratería de software. La justicia penal interviene con toda su violencia (prisiones preventivas, allanamientos, secuestro de material, etc.), como arma al servicio de las grandes empresas de software. Sin embargo, no hay aún (o por lo menos no las conocemos) causas en las que se haya dictado sentencia condenatoria. En realidad, la coerción penal se manifiesta a través del proceso mismo, una suerte de "pena de proceso" como mecanismo de control del mercado informático.

Un caso nos ayudará a entender las consecuencias que tendría la aplicación a ultranza de la doctrina jurisprudencial que relatamos: el gerente de sistemas de una empresa decide cambiar el procesador de textos que se utiliza en los veinte departamentos que componen la estructura administrativa de la firma. Con este objetivo,

<sup>44</sup> En un sentido contrario, el Juez de Instrucción José Luis MÉNDEZ VILLAFANE, resolvió:

"...cabe señalar que la reproducción cuestionada ha sido para uso propio, o sea, sin propósito de comercialización, lo que no constituye delito por no haberse obrado con fines de lucro..." Cfr. Res. del 31 de octubre de 1990, Causa N° 27.931, del Juzgado de Instrucción N° 13, secr. 13.

Sin embargo la resolución fue revocada por la Cámara del Crimen sin pronunciarse, expresamente, por el problema de fondo. La misma discusión en el caso "Lotus Development Corp. y Ashton Tate Corp. resuelto por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal el día 4/4/94.

<sup>45</sup> La obra extranjera debe haber cumplido con los requisitos de la Convención Universal de Derechos de Autor de 1952. Así lo ha resuelto la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en el Plenario Ferrari de Gnisi del 30/11/81, publicado en JA, t. 1982-II, p. 562.

adquiere veinte originales de un software “enlatado” diseñado por una multinacional de origen estadounidense.

A los seis meses, el representante legal de la firma estadounidense presenta una denuncia ante la justicia penal por violación a la ley 11.723. El juez de instrucción ordena un allanamiento y secuestra gran cantidad de material informático dejando prácticamente sin sistema a la firma.

Los abogados de la empresa estadounidense ofrecen no presentarse como querellantes en el proceso penal y brindar toda la colaboración a su alcance para que la causa culmine a cambio de la compra de 200 originales del software.

Las conductas imputadas son las siguientes:

1. Cada uno de los directores de departamento ha realizado una copia de seguridad del software adquirido.

2. En algunos departamentos el original adquirido legalmente ha sido utilizado en varias computadoras personales que funcionan en red.

3. El gerente de sistemas ha realizado una copia del software original en la computadora personal que utiliza para impartir los cursos de capacitación a los empleados de los distintos departamentos.

4. Los analistas de la empresa han realizado pequeñas modificaciones a los programas originales para adecuarlos a las necesidades de los distintos departamentos.

Como el lector advertirá, la jurisprudencia emanada de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal de la Capital Federal, sin advertir que el régimen de la ley 11.723 es inadecuado para la solución de los conflictos que se generan alrededor del software, permite ampliar el campo del derecho penal a situaciones absurdas. Las cuatro hipótesis que plantea el caso serían punibles. De la misma manera, conforme a esta doctrina, debería aplicarse una pena de un mes a seis años de prisión a quien dentro de su domicilio utilizara un programa adquirido legalmente en dos computadoras distintas o a un profesor que utilizara para dar clases en la computadora de un colegio un programa que adquirió regularmente<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> Sinceramente creemos que los mismos jueces que estarían dispuestos a dictar

### c. Los proyectos legislativos

Para completar el objetivo que nos propusimos en la introducción, esto es, analizar la actividad de los distintos poderes del Estado en relación a la utilización del derecho penal como herramienta de protección de los derechos de los creadores de software, resta conocer la posición del Poder Legislativo. A diferencia del Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo no se ha pronunciado aún: no ha sido sancionada ninguna ley especial que regule la cuestión. Sin embargo, resulta interesante el análisis de los proyectos legislativos que tienen actualmente estado parlamentario. De esta manera, podemos conocer las tendencias parlamentarias y, por lo menos, hacer un pronóstico sobre cuál sería la solución si el Poder Legislativo sancionara finalmente una ley sobre el régimen de protección del software.

Todos los proyectos que cuentan con estado parlamentario regulan la incorporación del software al sistema de protección de la ley 11.723. Sin embargo, demuestran, en su propuesta normativa (por supuesto, unos más que otros), conocimiento y preocupación por los problemas que el sistema de protección del software a través del derecho autoral presenta y por la necesidad de regular adecuadamente los intereses de los grandes productores de software extranjeros con las necesidades de desarrollo del mercado local. La incorporación de la coerción penal aparece así limitada en sus alcances.

En líneas generales las principales innovaciones de los proyectos legislativos son las siguientes:

1. introducen los programas de computación dentro del concepto de obra protegido por la Ley 11.723<sup>47</sup>.

---

un procesamiento en estos casos encontrarían luego la solución para no arribar a una sentencia condenatoria.

<sup>47</sup> En el Proyecto presentado por el diputado CORTESI (0695-D-89. Trámite Parlamentario 45) se establece:

“1° Agrégase como último párrafo del artículo 1° de la Ley 11.723 el siguiente: También comprende a ... programas fijados en cualquier medio de expresión que puedan ser percibidos, reproducidos o comunicados de cualquier manera, sea directamente o con ayuda de máquinas u otro procedimiento ordenador”

En el mismo sentido, Proyecto ROGGERO (3362-D-90, T.P 107) y Proyecto CAVALLARI (1135-D-91, T.P 33).



2. exigen el fin de lucro en el tipo penal<sup>48</sup>.
3. permiten las copias y las adaptaciones necesarias para la utilización del programa y las copias de seguridad realizadas por el usuario legítimo<sup>49</sup>.
4. regulan la relación empleado-empleador<sup>50</sup>.
5. reducen los plazos de protección.
6. exigen la inscripción y el depósito del programa fuente para obtener la protección de la ley<sup>51</sup>.
7. establecen causales de nulidad de los derechos para los casos de no comercialización o suspensión de la comercialización en el territorio nacional<sup>52</sup>.

Es sencillo advertir que, de concretarse esta “tendencia legislativa” en la sanción de una ley especial que regule la incorporación del software como obra protegida por la ley 11.723, la amplísima utilización del derecho penal para la solución de este tipo de conflictos, generada por las decisiones judiciales, sería limitada a cauces más racionales. Por lo pronto, si el lector compara la solución del caso planteado en el punto anterior, utilizando alternativamente como normas la doctrina de la jurisprudencia y los proyectos legislativos, coincidirá seguramente con nuestra conclusión.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Nuestro país se ha sumado, de manera peculiar, a la lista de países en vías de desarrollo sometidos a las necesidades de los grandes exportadores de software. El derecho penal, la herramienta más violenta de coerción estatal, queda también a su servicio y es imposible saber con qué alcances (parece haber quedado en manos

<sup>48</sup> “3° Agrégase al artículo 72 de la Ley 11.723, los siguientes incisos:

e) El que con fines de lucro y sin autorización expresa del productor, reproducere... o programa de ordenador o computadora.” cf. Proyecto CORTESI antes citado.

<sup>49</sup> Proyecto CORTESI, art. 7°; Proyecto ROGGERO, art. 1° y Proyecto CAVALLARI, arts. 6° y 7°. El proyecto CAVALLARI permite además el uso para fines didácticos.

<sup>50</sup> Cf. Proyecto CAVALLARI, arts. 8°, 9° y 10.

<sup>51</sup> Cf. Proyecto CAVALLARI, art. 14° y siguientes.

<sup>52</sup> Cf. Proyecto CAVALLARI, art 27.

de los jueces la creación de tipos penales e incluso la limitación de sus alcances). A diferencia del proceso que tuvo lugar en los países desarrollados, en nuestro país no fue necesario que una ley especial tipifique como delito la copia del software. Una campaña de “publicidad académica”, el error grosero de una tendencia jurisprudencial que olvidó principios básicos del derecho penal y un decreto del Poder Ejecutivo reemplazaron en la engorrosa tarea al Poder Legislativo, dejando más que conformes, por ahora, a los grandes productores de software<sup>55</sup>.

El Dr. David BAIGÚN ha dedicado parte de su actividad académica al estudio de los delitos denominados “no convencionales”. En el último tiempo, ha trabajado activamente en el grupo Mercosur de la A.I.D.P, marco en el cual, la protección penal de la propiedad intelectual será, seguramente, objeto de análisis próximamente. Confío en que este modesto aporte sea de utilidad.

A él mi profundo agradecimiento. Por sus enseñanzas como profesor, su ejemplo de luchador incansable en procura de un derecho penal más justo y, por sobre todas las cosas, por la amistad que nos brinda, con generosidad, a quienes recién estamos al comienzo del camino.

<sup>55</sup> Antonio Millé, quizás el autor nacional que más ha defendido la aplicación de las normas penales de la ley 11.723, en su afán por justificar la posición de la jurisprudencia y del decreto del Poder Ejecutivo al que hicimos referencia, se enreda en su propia argumentación y sin darse cuenta, nos da la razón. Al analizar el “futuro” de la protección del software, señala:

“ Esto requerirá que las legislaciones nacionales incluyan protección bajo el régimen de los derechos de autor para software y bases de datos y que tal protección organice sanciones penales eficaces...” “...Sin duda la actividad legislativa futura —no sólo para satisfacer los compromisos asumidos en el GATT, sino para adaptar la excelente ley existente a los avances técnicos incorporados en los últimos dos tercios del siglo XX— deberá producir textos que tipifiquen en forma más precisa las modalidades que actualmente asume la piratería de obras...”.

# Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales

*Eugenio Raúl Zaffaroni\**

## **I. INCORPORACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS PACTOS**

En la década pasada la Argentina se incorporó al derecho internacional de los Derechos Humanos, con lo cual dió jerarquía suprallegal a la “readaptación social de los penados” como finalidad “esencial” del régimen penitenciario o, directamente, de las “penas privativas de la libertad”.

No obstante, esta incorporación no dio lugar a grandes problemas dogmático-jurídicos, dadas las vacilaciones que, con ecos de la llamada “tesis del doble derecho”, reducían la discusión al ámbito de la opinión jurídica que defendía la tesis de la unidad del derecho.

La cuestión de la unidad del derecho quedó definitivamente resuelta con la reforma constitucional de 1994, toda vez que el vigente inciso 22° del art. 75, al declarar que “tienen jerarquía constitucional”, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José de Costa Rica”, del 22 de diciembre de 1969.

La fracción 3ª del art. 10 del Pacto universal dispone que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”, en tanto que la fracción 6ª del art. 5 del Pacto regional prescribe que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad

\* Profesor de la Universidad de Buenos Aires.

esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

Es incuestionable que esto es ahora letra de la Constitución Nacional y, por lo tanto, requiere una elaboración jurídica que precise su sentido y alcance como derecho vigente.

## **2. FINES DE LAS PENAS Y DE SU EJECUCIÓN**

Lo primero que salta a la vista es la mayor precisión del Pacto internacional, para el cual “la reforma y la readaptación social” son el fin esencial del tratamiento en que consiste el régimen penitenciario, en tanto que para el Pacto regional, una lectura superficial podría dar a entender que se trata directamente del fin esencial de las mismas penas privativas de la libertad.

Dejando de lado una vieja cuestión acerca de si es correcto referirse a penas “privativas” de la libertad, hay que admitir que el fin de la pena y el de su ejecución, pese a que la ejecución no puede tener un fin contradictorio o incompatible con el de la pena, son dos cuestiones diferentes o, al menos, así han sido relevadas doctrinariamente.

La opción por una teoría preventivo-especial positiva de la pena aparecería matizada en el Pacto regional mediante el adjetivo “esencial”, en tanto que el Pacto universal parece no optar por una teoría de la pena, limitándose a señalar sólo el objetivo de su ejecución.

Sin embargo, no resulta lógico pensar que la Convención Americana optó directamente por una teoría preventivo-especial positiva de la pena de prisión, justamente porque se reduce a estas penas: no es razonable que un texto se decida por una teoría de la pena respecto de la prisión y no lo haga respecto del resto de las penas, como si los fines de las mismas (y con ello su naturaleza) pudiesen escindirse arbitrariamente por decisión política nacional o internacional.

Ante lo inaceptable de una incoherencia dentro de la propia Convención Americana, se impone una alternativa: a) la Convención Americana postula que todas las penas responden a la tesis preventivo-especial positiva, o b) quiere significar que la reforma y la readaptación social son fines esenciales de las penas de prisión.

Partiendo de la base de que los instrumentos de Derechos Humanos configuran una unidad (globalización de los Derechos Huma-

nos) no sería posible interpretar la disposición de la Convención Americana en forma dispar con el Pacto Internacional, en particular en cuanto el segundo es más coherente y preciso, más técnico, lo que permite una interpretación no contradictoria. Además, no cabe imaginar que una Convención regional pretenda imponer a todos los suscriptores una determinada concepción del derecho penal, lo que obviamente excedería en mucho el marco jushumanista de su contenido.

Teniendo en cuenta la importancia que en derecho internacional tiene la interpretación teleológica y que los Derechos Humanos son garantías mínimas inherentes a la dignidad humana sin distinción, resulta más aceptable entender que la Convención Americana no dice algo diferente del Pacto, ante la opción contraria, que nos llevaría a sostener que la Convención Americana quiso dotar de sentido a todo el derecho penal de la región, afiliándolo al marco teórico de la prevención especial positiva.

### 3. LAS IDEOLOGÍAS “RE”

Aceptando que la formulación técnicamente más correcta corresponde al Pacto y que la Convención Americana usa una fórmula más sintética para reiterar lo mismo, no se resuelven todos los problemas.

Es sabido que desde hace dos siglos, cuando se generalizó el uso de la prisión como columna vertebral de todos los sistemas penales, se vienen ensayando varios discursos para explicarla y legitimarla, a veces en particular y otras referidos a todas las penas, pero abarcándola en forma central, dado que prácticamente pasó a ser casi la única pena. Dejando de lado las referencias a su utilización eliminatoria, el conjunto del arsenal ideológico se orientó hacia un “tratamiento” que impondría cierta “mejoría”.

a. En un primer momento se mezclaron en el “tratamiento” consideraciones morales y pragmáticas, no extrañas al marco puritano. El “mal” (y la “enfermedad”) eran causados por el desorden, de modo que la prisión cumpliría la función de mejoramiento mediante la disciplina: el tratamiento era disciplinamiento, como “cura” del mal. BENTHAM y su panóptico (o máquina de disciplinar) es una de las más claras manifestaciones de esta tendencia. Su versión idealista alemana fue la Besserungstheorie (teoría del mejoramiento o “correccionalismo”) de RÖDER, que impactó a la primera

República Española, a través de la cual repercutió en toda América Latina, y que contó entre sus filas a CONCEPCIÓN ARENAL.

b. El segundo momento fue el positivista, marcado por una tajante distinción entre el penado con inferioridad biológica, irreductible a cualquier tratamiento y destinado a una prisión eliminatoria sustitutiva de la pena de muerte, y el penado con inferioridad biológica reversible o con preferente inferioridad social, al que la prisión debía someter a un tratamiento “científico” resocializador, después de un estudio “clínico” que determinase la etiología de su tendencia al delito o peligrosidad criminal o social.

Al amparo de este paradigma se desarrolló el discurso de la llamada criminología “clínica” como capítulo de la criminología etiológica positivista, privilegiante de un modelo biologista y psiquiátrico, que no cuestionaba al sistema penal o que sólo lo hacía relevando sus caracteres estructurales como datos coyunturales (defectos superables).

c. Un tercer momento discursivo de la ideología del “tratamiento” coincide con el ocaso del positivismo biologista que, por su estrecho vínculo con el racismo (o por ser sólo un capítulo del mismo) entró en crisis definitiva en la Segunda Guerra Mundial, al tiempo que subía la estrella del llamado “estado de bienestar” o “benefactor”, fuertemente impulsado por el New Deal, cuyo discurso económico lo proporcionaba KEYNES, en tanto que el sociológico provenía de PARSONS y de los otros autores sistémicos.

El condenado era un “desviado” en el que había fracasado el proceso de “socialización primaria” y se requería que entrasen en juego los mecanismos de “control social” o “resocializadores”. Al desbiologizarse (o sociologizarse) el discurso del tratamiento prisional, se multiplicaron las ideologías “re” en una serie de variables en cuyo detalle no entraremos (resocialización, readaptación, reinserción, repersonalización, reeducación, etcétera).

#### **4. LA NATURALEZA DE LAS IDEOLOGÍAS “RE”**

Todas las ideologías “re”, en cualquiera de sus momentos discursivos, tuvieron en común la consideración del penado como una persona con un handicap o minusvalía (moral, biológica, psíquica o social, según la circunstancia o el contexto). Incluso quienes optaron por profundizar la separación entre el “fin” de la pena y el de la ejecución de la pena (para fundar el primero en forma más o

menos kantiana), no pudieron salvar la contradicción de que cualquier ideología “re” (a la que de alguna manera deben referirse en el segundo) contradecía fuertemente el fundamento del primero.

Por mucho que los penalistas traten de eludir el problema en la teoría penal, dejan la elaboración del discurso penitenciario sin sustento y librado a cualquier ideología “re”. Aun cuando expresamente rechacen estas ideologías y extiendan su rechazo o retribucionismo al plano penitenciario, lo cierto es que siguen permaneciendo en un nivel discursivo que no resuelve la necesidad o urgencia de los operadores penitenciarios, que es la de enmarcar jurídicamente su operatividad en un discurso coherente y conforme a criterios orientadores viables y creíbles.

Por supuesto que esta situación puede mantenerse sin mayores dificultades por parte de los elaboradores del discurso jurídico, en la medida en que éstos se limiten al ámbito o segmento de pura reproducción ideológica (universidades y academias), puesto que la desconexión de estos segmentos con el de los operadores penitenciarios es frecuente. Por lo general, dejar a estos últimos sin discurso es un problema para los operadores penitenciarios, pero no para los académicos.

Los que se enfrentan al problema de un grupo humano institucionalizado, con el que deben operar de alguna manera, sin disponer de un discurso para esa realidad, son los penitenciarios. Su peso en el reparto de poder del sistema penal no es muy significativo (en algunos países son destinos de castigo de los segmentos policiales) y, en general, la reproducción ideológica académica se orienta a los segmentos judiciales y políticos, despreocupándose de los segmentos de escaso poder como el penitenciario. De allí que este segmento apele normalmente a un discurso de ideología “re” poco orgánico y que con frecuencia mezcle los diferentes momentos de las mismas.

Los discursos “re” al uso de los segmentos penitenciarios tienen varios inconvenientes para los propios operadores:

- a. Los hace vulnerables a las críticas a las ideologías en que se basan (correccionalismo, positivismo, concepción sistémica de la sociedad, etcétera).
- b. Aparecen como discursos anticuados.
- c. La distancia que separa el discurso de la realidad los hace vulne-

rables a las críticas periodísticas, políticas y de intereses comprometidos con la “privatización” de la justicia.

d. La convicción de que esta distancia es infranqueable, que no se atenúa con la apelación a su impracticabilidad coyuntural cuando la misma permanece a lo largo de toda su carrera, provoca un progresivo efecto de anomia profesional con severos efectos sobre la autoestima.

## **5. ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DE LA CRISIS**

La crisis de las ideologías “re” y la vulnerabilidad de su uso nebuloso por parte de los segmentos penitenciarios del sistema penal tiene un doble aspecto:

a. Es positiva en el sentido de que las ideologías “re” son en el fondo discriminatorias y sirven para encubrir una realidad que nada tiene que ver con ellas.

b. En otro sentido es negativa, porque suele encaramarse en ella la tendencia del realismo norteamericano, que no tiene carácter científico, sino que es la mera racionalización de los intereses empresariales privatizantes en el área. El razonamiento consiste en aceptar la crisis de las ideologías “re”, su falsedad, para deducir de ello que lo correcto es que la prisión sea un mero local de depósito de mercadería humana fallada y lo mejor es que los administren empresas privadas, que son más eficientes que el estado. Se trata de una tendencia genocida (en el último tiempo sinceró su racismo contra los afronorteamericanos a través de HERRNSTEIN) y que en definitiva se afilia a una teoría de prevención especial negativa. Esta variable norteamericana tiene una versión latinoamericana no expresa, pero que se usa como discurso privado o intragrupal, conforme al cual, dado que la prisión no puede cumplir su función “re”, es necesario resignarse y sincerar su función deteriorante y eliminatoria (la pena privativa de libertad como pena de muerte eventual, por suicidio, homicidio o enfermedad, o como pena neutralizadora por enfermedad o deterioro psicofísico de la persona).

Pareciera que la crisis de las ideologías “re”, que corresponde a la crisis del estado llamado providente o asistencial, conduce a una prisión genocida sin ideología (en el sentido de que incurre directamente en el genocidio, sin ninguna tentativa de teorizarlo), confesada con cierta ingenuidad —que, dentro de todo, es pondera-



ble— por algunos norteamericanos, y practicada sin ninguna confesión por algunos latinoamericanos, ante la complacencia de los operadores políticos y judiciales y el silencio de los académicos.

No es raro que frente a esta disyuntiva, aún sean muchos los que se aferren a las ideologías “re”, aunque se enfrenten con cualquier cantidad de contradicciones y para ello no le falten elementos en la ley internacional.

## **6. NECESIDAD DE REELABORACIÓN**

Reconociendo que muchos voceros de las ideologías “re” no hacen más que defenderse de una práctica genocida que se cubriría ideológicamente con el fracaso de esas ideologías, la cuestión es saber si esta actitud básicamente sana en lo ético, es igualmente saludable en lo intelectual, o si más bien no encierra una trampa muy peligrosa: se elige entre dos males, pero sólo a nivel ideológico, puesto que, como las ideologías “re” son impracticables, en la práctica no hacen más que encubrir realidades igualmente genocidas, porque no tienen idoneidad para pautar o proporcionar orientaciones básicas al comportamiento de los operadores penitenciarios.

La realidad carcelaria sigue siendo de deterioro, enfermedad, fijación de rol (reproducción de violencia) y muerte, pero en tanto que los realistas norteamericanos lo aceptan y lo consideran “bueno” y afirman que así debe continuar, los “reístas” lo rechazan, lo consideran “malo” y afirman que debe cambiar (aunque de momento poco o nada pueden hacer para que cambie).

Más aún, cuando los “reístas” adquieren algún espacio de poder para operar, corren el serio riesgo de desperdiciarlo, porque carecen de un sistema de ideas realizables, aunque no por ello les falta intuición y a veces dan lugar a algunas soluciones parcialmente positivas, pero la inviabilidad del planteamiento general suele provocar más fracasos que éxitos.

La carencia de discurso penitenciario no es un mero problema jurídico. De poco serviría un discurso sólo útil al segmento judicial y que dejase anómico al segmento penitenciario. Lo que se pone de manifiesto es la necesidad de un discurso orientador como construcción racional de una teoría ejecutiva que no sea “re” pero que, al mismo tiempo, impida que el hueco que deja la crisis de estas teorías habilite y legitime el genocidio. Esa teoría no podría ser un

mero expediente para “cerrar” un discurso jurídico, sino que se demanda como línea para las agencias judiciales del sistema penal pero, fundamentalmente, para las propias agencias penitenciarias.

## **7. LA PRISIÓN COMO EQUILIBRIO DE FUERZAS**

A partir del momento en que se reconoció que la selectividad de todos los sistemas penales no es un mero dato coyuntural, sino un carácter estructural e inevitable (modificable en su grado, pero no suprimible), la criminología comenzó a advertir que las causas de la prisionización no son tanto los delitos cometidos como la forma torpe de su comisión, condicionada por el entrenamiento o asociación diferencial.

En alguna medida, la prisión aparece como una institución que recoge a los menos aptos para delinquir, es decir, a quienes por entrenamiento torpe pierden en la carrera por el delito impune. Sea como fuere, esta institución existe y exige que haya un “trato” para los presos y hacia los presos. Por otra parte, siempre es una institución en la que hay dos fuerzas representadas por grupos humanos que establecen un statu quo de convivencia (personal y presos). Este statu quo es uno de los más precarios del sistema penal, porque el grupo del personal penitenciario dispone de poco poder en la continua “guerra de segmentos” que caracteriza al sistema penal y, por ende, los otros segmentos —más poderosos— pueden interferir fácilmente en ese equilibrio inestable.

Dada la característica de compartimentalización del sistema penal, cada sector opera conforme a sus intereses, sin importarle mucho la opinión de los otros y tampoco los efectos que su ejercicio de poder tiene para los restantes. Por ello, las manifestaciones del poder sectorial de los segmentos políticos, de comunicación masiva y judicial y policial, frecuentemente causan desequilibrios graves que recaen sobre el personal penitenciario y los presos.

En estas condiciones, las relaciones entre el personal y los presos siempre son difíciles, porque asumen la forma de una interacción entre fuerzas en armisticio, o quizás en tregua, en equilibrio muy frágil. La habilidad del personal consistirá siempre en reforzar el armisticio, en ampliar la tregua y neutralizar las interferencias de los otros segmentos.

Esta realidad puede modificarse parcialmente, a fuerza de consolidar el equilibrio y frenar las interferencias, pero nunca podrá superarse totalmente el esquema básico institucional que enfrenta al personal con los presos. La confianza interactiva entre ambos siempre lo será entre grupos antagónicos y aunque eventualmente se desarrollen relaciones de simpatía, éstas nunca pueden suprimir el reparto básico de roles que hace a la esencia institucional. Además, conforme a esa regla inflexible, por ambos lados se establecen rígidos sistemas de sanciones para quienes la ignoren o infrinjan.

De cualquier manera, es obvio que, cuanto mayor sea la habilidad de los operadores penitenciarios para consolidar el equilibrio de fuerzas, la institución funcionará con menores niveles de violencia y, por lo general, su efecto deteriorante, al menos en este aspecto, será mucho menor.

En cualquier caso, desconocer estos datos estructurales de la prisión y pretender ignorar que condicionan deterioros físicos y psíquicos tanto en los operadores como en los presos, sería mucho más que una negligencia con consecuencias letales. Desde esta perspectiva, las ideologías “re” cumplen la indeseable función de ocultarlos, de modo que su consecuencia no es sólo la de enunciar inocentes o inofensivos de propósitos irrealizables. Por supuesto que es peor la brutalidad “realista” que los asume para profundizarlos.

Si bien las ideologías “re” tienen el efecto positivo de generar una “mala conciencia”, esta positividad se neutraliza cuando la mala conciencia se vuelve crónica y con frecuencia no es más que un discurso sectorial que se esgrime contra otros segmentos del sistema penal, pero que en definitiva todos saben que por irrealizable es falso. Lo grave de esta situación es que deja anómicos a los operadores, les deteriora la autoestima y la definición del rol profesional, en medio de un equilibrio difícil y peligroso que es su problemática condición habitual de trabajo.

## **8. ¿ES POSIBLE INTERPRETAR LA CONSTITUCIÓN FUERA DEL MARCO IDEOLÓGICO “RE”?**

La única forma de revalorar la función del segmento penitenciario y al mismo tiempo de formular un discurso jurídico que no ignore

datos elementales de la realidad, consiste en atribuir a las personas un trato conforme a sentido realizable y compatible con las disposiciones de la Constitución.

La Constitución —a través del Pacto y de la Convención— establece hoy que la reforma y la readaptación social son fines esenciales de la ejecución de las penas de prisión (cfr. supra, 2). “Reforma de los penados”, “readaptación social de los penados” y “finalidad esencial del régimen penitenciario” son los tres conceptos o dogmas claves de las disposiciones constitucionales.

a) En cuanto a los dos primeros, poca duda cabe de que los tratados los toman del marco ideológico “re” de los años cincuenta, vigente en los sesenta, o sea, al tiempo de su redacción. Al entrar hoy en crisis las ideologías de marco de esos conceptos, cabe preguntarse si quedan sin contenido o si pueden cobrar un sentido diferente a la luz de la comprensión actual de la realidad de la prisión.

Si optásemos por dejarlos sin contenido, habría que concluir en que, por irrealizables, dichas normas debieran tenerse por no escritas. No parece ser un sano método de interpretación constitucional que, cuando la realidad o su comprensión cambian en función del progreso del conocimiento (lo que sucede continuamente) las normas constitucionales pierdan vigencia, porque de este modo llegaría un momento en que no quedaría texto constitucional, por extinción “natural” de sus normas. Creemos que semejante absurdo es insostenible, por lo cual no resta otro camino que acudir a una interpretación progresiva del texto y adecuarlo a la nueva percepción de la realidad.

Las ideologías “re” partían del supuesto de que la prisonización tenía por causa el delito; hoy sabemos que tiene por causa la torpeza en la comisión de delitos, porque son infinitamente más las personas que cometen delitos de otra manera y no están prisonizadas. Hoy sabemos que la prisonización no es el resultado automático de la comisión de delitos, sino consecuencia de la vulnerabilidad de esas personas a la acción selectiva del sistema penal en razón de que responden a estereotipos criminales. La criminología interaccionista y fenomenológica, especialmente norteamericana, desde los años sesenta ha puesto esto de manifiesto en el discurso criminológico, aunque muchos lo sabíamos intuitivamente.

En función de lo señalado, también sabemos que la prisión es una máquina de reproducir, porque la natural consecuencia de que durante años los demás presos y el personal le dirijan a la persona exigencias conforme al rol asignado por estereotipo, es la fijación de esos roles, o sea que produce el efecto diametralmente opuesto al propugnado por las ideologías “re”.

Con los mencionados conocimientos acerca de la “causa” de la prisonización y del efecto de la prisión, y teniendo en cuenta que los Derechos Humanos deben ser interpretados como una unidad, no puede pensarse que éstos impongan una “reforma” en el modo de una inutilización o deterioro de la persona ni tampoco como una intervención en forma cercana a la de un “lavado de cerebro” (o más o menos reflexológica o conductista primitiva, en el sentido de la “naranja mecánica”). Si descartamos esas variables por incompatibles con los Derechos Humanos, sólo resta que “reforma” y “readaptación” sean entendidos como remoción de las causas de la prisonización, es decir, como modificación de los roles asumidos conforme al estereotipo selectivo, o sea, ascenso de los niveles de vulnerabilidad frente al poder selectivo del sistema penal, frente a su selección criminalizante.

No se trata de una “reforma” que procura que el preso deje de “delinquir”, sino que, al igual que el resto de la población (que en gran medida también “delinque”), pueda tomar conciencia del rol que le asigna el poder punitivo y no se someta a la selección criminalizante asumiendo voluntariamente el rol, o sea, que deje de ponerle la cara al sistema penal.

En cualquier sociedad hay personas que se autoagreden de muy diversas maneras, como también en diferentes grados. Entre estas autoagresiones figura la insistencia en colocarse en situación de alto riesgo de vulnerabilidad penal. Dejando de lado cualquier pretensión moralizante y también cualquier planteamiento de legitimidad, es decir, asumiendo como un simple dato de realidad que hay una máquina que los atrapa y encierra, y, por ende, que en este encierro es ineludible proporcionarles algún trato lo menos incompatible con los Derechos Humanos, se impone:

1. Que ese trato sea lo más humano posible, en el sentido de la seguridad personal, de la higiene, etcétera.
2. Que sea lo menos deteriorante posible, o sea que dentro del general efecto deteriorante de la institucionalización, que condicio-

na una cierta patología regresiva, trate de que la misma sea lo menos marcada que las circunstancias permitan.

3. Que le ofrezca la posibilidad de abandonar el rol que motivó su selección criminalizante, es decir, de renunciar a su comportamiento autoagresivo, o sea, de elevar su nivel de invulnerabilidad al sistema penal, de reducir su nivel de vulnerabilidad hacia éste, de salirse del estereotipo selectivo del poder punitivo.

No se trataría de que el sistema penal trabaje sobre los delitos cometidos como causas de la prisonización, lo que es falso, sino sobre la verdadera causa de ésta, que es el encuadre en el estereotipo y la consiguiente asunción de los roles asociados a éste, o sea, de la vulnerabilidad de la persona al sistema penal. El eje se desplaza de la conducta delictiva al comportamiento vulnerable: el preso no está preso porque su conducta fue delictiva, sino porque fue vulnerable.

La falsa idea que el sistema alimenta en el preso, conforme a la cual está preso porque se equivocó, pero en la próxima oportunidad, insistiendo en la misma metodología, no se equivocará, es precisamente la asunción del rol que le lleva a insistir en el mismo error de ponerle la cara al sistema y realimentarlo.

Es posible que se objete que este discurso no podría ser asumido por los operadores del sistema penal porque estaría cortando la cadena de retroalimentación clientelista de la prisión. Esta objeción presupone una concepción conspirativa del sistema penal que es común en algunos de sus críticos, pero que es sustancialmente falsa. Aunque es verdad que la prisión opera asegurando la reproducción de su clientela, no es menos cierto que ningún operador penitenciario actúa "para asegurarse su clientela". Las funciones latentes de cualquier institución no pueden confundirse con funciones "secretas", pues la latencia es, con mucha mayor frecuencia, inconsciente, y debe revelarse a los propios operadores de la institución, que lógicamente, en un principio se resisten a aceptarlas. No es fácil convencer a quien siempre ha estado haciendo algo, de que, en realidad, ha hecho una cosa diferente, pero eso no proviene de una conspiración sino de un entrenamiento que, como tal, siempre parcializa el conocimiento.

Tan cierto es lo anterior que no pocas veces los operadores penitenciarios citan como ejemplos de la posibilidad de realización de las ideologías "re" una serie de casos "exitosos" que, cuando se

analizan, resultan verdaderos casos de reducción de la vulnerabilidad que se han dado sin que los operadores perciban su esencia. No dudamos de que muchos operadores hacen prosa sin saberlo.

No deben confundirse los inconvenientes opuestos por algunos operadores a metodologías de reducción de vulnerabilidad con conspiraciones, conforme a funciones latentes que les son desconocidas. Frecuentemente, estas reducciones condicionan la asunción de pautas diferentes de los roles reclamados (que lo son conforme a los estereotipos) y las reacciones son las propias de quien interpela a otro y éste responde conforme a pautas diferentes de las expectativas del demandante, lo que genera agresividad en el demandante, porque queda sin “libreto”. Una adecuada reorientación del rol profesional le proporcionará en estos casos un nuevo libreto, conforme a la demanda de nuevos roles por parte de los presos.

b) Una interpretación de la “reforma” y la “readaptación” constitucionales como trato humano, lo menos deteriorante posible y que trate de reducir la vulnerabilidad penal de la persona, constituye un programa penitenciariamente realizable y jurídicamente compatible con las normas constitucionales, dotándolas de sentido pero sacándolas del marco originario de las ideologías “re”, que además de vetusto e irrealizable, es incompatible con el encuadre general de los Derechos Humanos (por presuponer una inferioridad en el preso).

No obstante, resta por asignar un sentido a la expresión “finalidad esencial del régimen penitenciario”. ¿Qué quiere decir el texto con “esencial”? Entendemos que la expresión cumple una doble función.

Por un lado, en una interpretación compatible con la totalidad o plexo de los Derechos Humanos, “esencial” debe entenderse como “no único” en el sentido de que la posibilidad de reducción del nivel de vulnerabilidad debe ser un ofrecimiento al preso, y en ningún caso una imposición de “reforma” que, inevitablemente, sería una injerencia en su personalidad, para lo cual no puede considerarse autorizado ningún estado del mundo sin incurrir en una violación intolerable a los Derechos Humanos.

Por otro lado, cuando nos referimos al objetivo de reducción del nivel de vulnerabilidad, nos estamos refiriendo al grueso de la po-

blación penal de casi todos los países, o sea, la que es criminalizada por delitos más o menos groseros contra la propiedad o con fin de lucro, vale decir, a la clientela frecuente de la prisión. Esto excluye un mínimo de casos, muy reducido, en que el contenido injusto es muy grave o que escapan a la regla general del alto nivel de vulnerabilidad, en que lo único posible es la parte de trato humano. Cuando la causa de la prisonización es un esfuerzo personal muy grande por alcanzar el nivel de vulnerabilidad en la situación concreta, pese a que la persona haya partido de un estado relativamente bajo de vulnerabilidad (es decir, no responda a estereotipo, por ejemplo) lo único que puede hacer un sistema penitenciario respetuoso de Derechos Humanos es deparar un trato humano.

## 9. SÍNTESIS

a) El marco ideológico “re” presupone una inferioridad en el preso (moral, biológica, psíquica o social), por lo cual es discriminatorio.

b) La crisis de estas ideologías es positiva porque descubre una situación, pero es negativa cuando es asumida por una actitud genocida que pretende no ser ideológica.

c) Es necesario un discurso jurídico que supere las ideologías “re” en un sentido más compatible con los Derechos Humanos, porque lo requiere la propia operatividad del segmento penitenciario, que queda huérfano de discurso.

d) Es necesario que el nuevo discurso sirva para orientar al segmento penitenciario como pauta realizable.

e) Las expresiones “reforma” y “readaptación” usadas constitucionalmente, provienen del marco “re”, pero ante la quiebra de ese marco deben ser reinterpretadas dentro de una progresividad adecuada a las transformaciones del conocimiento.

f) En esa línea se pueden entender como imponiendo un trato humano, lo menos deteriorante posible y que ofrezca la posibilidad de reducir los niveles de vulnerabilidad.

g) Dado que la vulnerabilidad es la causa real de la prisonización, el sistema penitenciario desplazaría su eje del delito cometido (como falsa causa de criminalización) a la vulnerabilidad (en-



cuadre en estereotipo y asunción de sus roles) como causa real de la prizonización.

h) Esa finalidad sería la “esencial”, en el sentido de que siempre sería un “ofrecimiento” y nunca una imposición o coacción modificadora de la personalidad.

i) En los muy escasos supuestos en que la prizonización no responde a vulnerabilidad crítica, el sistema penitenciario debe limitarse al trato humano.



## **§ II. Fundamentos de Derecho penal**



# La evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición

*Enrique Bacigalupo\**

## I

El art. 6 bis a) CP ha establecido en su tercer párrafo las reglas para el tratamiento del error de prohibición. De acuerdo con esta disposición el error sobre la antijuridicidad excluirá la punibilidad cuando haya sido invencible. “Invencible” es el error cuando el autor no hubiera podido evitarlo. Por lo tanto, se habla de la evitabilidad del error de prohibición. En este contexto, la inevitabilidad se convierte en un presupuesto de la exclusión de la punibilidad por error de prohibición. La evitabilidad del error de prohibición, por el contrario, determina la punibilidad con la pena del delito doloso del hecho típico, antijurídico y culpable, aunque con una pena atenuada según el art. 66 CP.

La dependencia de la exclusión de la punibilidad de la inevitabilidad del error es explicable desde diversos puntos de vista. Pero, en todo caso, dogmáticamente la no punibilidad será siempre consecuencia de la eliminación de la culpabilidad. Sea porque cuando el error es inevitable el autor no ha podido obrar de otra manera<sup>1</sup>, sea porque el autor no tiene a su cargo la inevitabilidad<sup>2</sup>, sea porque quien no ha tenido la posibilidad de conocer la ilicitud no puede

\* Magistrado del Tribunal Supremo español. Catedrático de Derecho Penal de España.

<sup>1</sup> WELZEL, *Das Deutsche strferecht*, 11ª ed., 1969, ps. 171 y siguiente.

<sup>2</sup> JAKOBS, *Strafrecht*, 2ª ed., 1991, p. 557; NEUMANN, en *AK-StGB*, 1, 1990, párrafo 17, p. 51.

ser alcanzado por el mandato normativo<sup>3</sup>, o sea, finalmente, porque el autor no ha podido conocer la ilicitud a pesar de haber empleado su capacidad para ello<sup>4</sup>, en todo caso, la exclusión de la punibilidad se basa en la ausencia de culpabilidad. Sólo excepcionalmente se postula que el error inevitable de prohibición debe operar como una causa de justificación<sup>5</sup>.

Esta dependencia de la no punibilidad del error de prohibición de su inevitabilidad tiene también una significación político-criminal. En esta materia, el legislador ha tenido que optar por el principio del conocimiento o por el principio de la responsabilidad como punto de partida y lo ha hecho por el último: la responsabilidad penal no dependerá del conocimiento de la antijuridicidad, como lo postula la "teoría del dolo"<sup>6</sup>, sino sólo de la posibilidad de su conocimiento, en el sentido de la llamada "teoría de la culpabilidad". En otras palabras: el principio de la responsabilidad establece que las personas serán responsables por la corrección de sus desiciones dentro de los límites de su capacidad ético-social<sup>7</sup>. De esta manera, la punibilidad del error evitable tiene lugar porque el autor pudo haber tenido la conciencia de la antijuridicidad que realmente no tuvo al ejecutar el hecho, es decir, porque pudo obrar de otra manera.

Desde una perspectiva procesal, la inevitabilidad del error de prohibición tiene una notable influencia sobre las exigencias de motivación de la sentencia. La teoría estricta del dolo, es decir aquella que excluye el dolo cuando el autor ha desconocido la prohibición, pone al Tribunal ante la difícil tarea de demostrar que el acusado que alega un error sobre la antijuridicidad, por absurdo que éste resulte, no dice la verdad<sup>8</sup>. Para evitar estas dificultades el programa inicial de la teoría estricta o rígida del dolo<sup>9</sup> fue reducido

<sup>3</sup> ROXIN, *Strafrecht*, 1992, p. 597.

<sup>4</sup> RUDOLPH, *SK StGB*, 1, 2ª ed., 1977, § 17, p. 24.

<sup>5</sup> Cf. ZIELINSKI, *Handlungs-und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, págs. 266 y ste; en la misma dirección MIR PUIG, en *La Ley de 19-2-91*, pp. 1 y ss. SANCINETTI, *Teoría del Delito y Disvalor de acción*, 1991, pp. 524 y siguientes.

<sup>6</sup> MEZGER, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, pp. 325 y siguientes.

<sup>7</sup> Cfr. WELZEL, *loc. cit.*, pp. 162 y siguientes.

<sup>8</sup> Sobre esta problemática, ver SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, AT, 2ª ed., 1975, pp. 417 y siguiente.

<sup>9</sup> Así en la terminología de JAKOBS.

mediante la teoría limitada del dolo<sup>10</sup>, que introdujo el límite de la “ceguera jurídica”. De acuerdo con esta variedad de la teoría del dolo, la actitud desviada del que no reconoce el derecho o no lo quiere reconocer, es decir del que padece una “ceguera jurídica”, producto de una actitud incompatible con el orden jurídico, determina que el autor, “en verdad, no haya infringido el derecho, no obstante lo cual se lo sanciona en todo caso como un agente doloso”<sup>11</sup>. De esta manera, también la teoría limitada del dolo lograba desplazar el problema de la fundamentación de la prueba de un elemento subjetivo, que precisamente por su naturaleza es de difícil acceso, a la comprobación de una actitud del autor incompatible con el orden jurídico<sup>12</sup>.

También parte del mismo problema práctico la llamada teoría de la culpabilidad, que considera que la conciencia de la culpabilidad es un elemento ajeno al dolo y que, por lo tanto, su ausencia, causada por un error de prohibición, no excluye el carácter doloso de la acción típica<sup>13</sup>. Para ello se vale de la evitabilidad del error. Comprobado (o alegado) el error por el acusado la cuestión que se presenta para la teoría de la culpabilidad consiste en determinar su evitabilidad o inevitabilidad, con lo que la fundamentación de la decisión se relaciona con el conjunto de circunstancias, en principio objetivas, en las que el autor ejecutó la acción y no ya con la comprobación del contenido de su conciencia en el momento del hecho.

A partir de estos problemas prácticos se demuestra que tanto la teoría “del dolo” como la teoría “de la culpabilidad” han introducido diversas limitaciones, cuya finalidad es la de reducir las absoluciones fundadas en el error de prohibición sólo a los casos en los que ésta aparezca como merecida por el autor. Ambas teorías difieren, sin embargo, en la caracterización de los casos de absolución merecida.

<sup>10</sup> Cf. MEZGER, en LK, 7ª ed. 1954, t. I, párrafo 59, II, B, 17.b., p. 454.

<sup>11</sup> MEZGER, en *Probleme der Strafrechtsernung*. FS für Kohlrausch, 1944, pp. 180 y ss. (184).

<sup>12</sup> No se puede negar que este punto de vista debió cargar con el descrédito de haber sido adoptado por los Proyectos alemanes de 1936 y 1939, que caracterizaron la actitud con el orden jurídico como una “actitud incompatible con una sana concepción popular del derecho y de la ilicitud”, cf. MEZGER, loc. cit., p. 184.

<sup>13</sup> SCHMIDHAEUSER, loc. cit., pp. 416 y siguiente.

Esta problemática ha sido mal resuelta por el art. 6 bis a) CP. En efecto, al haber extendido al error de prohibición evitable el régimen de consecuencias jurídicas previstas para las eximentes incompletas, el legislador ha olvidado que el problema que se debe resolver no es idéntico. La atenuación obligatoria en uno o dos grados que prevé el art. 66 CP puede resultar, a menudo, al menos, una atenuación excesiva, es decir, inmerecida. Por lo tanto, los Tribunales se verán con frecuencia tentados de evitar una atenuación excesiva sosteniendo que el autor no los ha convencido de su alegación de error. Ello determina que el problema práctico que pretende resolver la teoría de la culpabilidad con el art. 6 bis a) CP sólo pueda serlo a medias. La necesidad de reforma, en consecuencia, es urgente.

La teoría española ha reflejado estas mismas tendencias frente a los errores evitables. En este sentido, se debe destacar la tesis que propone sancionar los casos de error de prohibición vencible a través del art. 565 CP, considerando justificada su aplicación como imprudentia iuris, aun en los casos en los que la imprudentia facti no se estimara punible<sup>14</sup>. En igual sentido —aunque desde otra perspectiva— no se puede negar que también se propone un límite a la no punibilidad del error similar al propuesto por la teoría de la “ceguera jurídica”, cuando un partidario de la teoría del dolo como TORÍO afirma que “el autor que obra con error vencible de prohibición debe ser inmune ante el Derecho Penal, salvo en los delitos donde es exigible un esfuerzo personal de conciencia para elevar la pretensión del respeto que surge del bien jurídico —o de la norma— a criterio de decisión...” pues “...la realización dolosa del tipo, en el homicidio, falsedad, robo o violación conlleva simultáneamente una advertencia sobre la antijuridicidad”<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Cfr. CÓRDOBA RODA, El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito, 1962, p. 134.

<sup>15</sup> TORÍO, en La Reforma Penal y Penitenciaria, 1980, pp. 249 y ss. (pág. 258 y s.). El punto de vista de TORÍO deja abierta, sin embargo, respecto de cómo se fundamenta desde la teoría del dolo en estos casos la permanencia del dolo, pues no parece posible que de otra manera puedan ser sancionados el robo y la violación cometidos con error evitable de prohibición. Por evitable que sea el error, el autor no ha tenido conciencia de la antijuridicidad y si ésta, como conciencia actual, es, en todo caso, un elemento del dolo es evidente que éste desaparecería. La cuestión es importante, pues es difícilmente sostenible la punibilidad de un robo o una violación no dolosos.



Sin embargo, no faltan en la teoría española quienes tienden a negar toda justificación a la punibilidad del error de prohibición venible. Así, en primer lugar, el mismo Torío, quien ha criticado seriamente los fundamentos de la actual regulación del error contenida en el art. 6 bis a) CP<sup>16</sup>, sostiene que el legislador habría resuelto un problema de justicia con criterios utilitarios, pues “se ha transitado de la perspectiva de la retribución de la culpabilidad al pensamiento de la prevención general”.

Esta crítica se desarrolla luego en dos objeciones fundamentales. En primer lugar, la punibilidad del error evitable, se argumenta, “coopera al fortalecimiento del principio de la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley”, toda vez que no sería posible imponer el conocimiento de todo el derecho y sería injusto condenar a un labriego por ignorar lo que también ignora un juez. Sin embargo, esto no es así. La teoría de la culpabilidad, en tanto mantiene la pena del delito doloso (aunque, en su caso, atenuada) para el error evitable de prohibición, no reprime la ignorancia lisa y llana del derecho, sino al autor que, habiendo tenido razones para pensar en la antijuridicidad, no ha intentado aclarar la situación jurídica para orientar su comportamiento según las normas del orden jurídico. Consecuentemente, el labriego, lo mismo que cualquier ciudadano, no será punible por ignorar el derecho, sino por su ignorancia reprochable en la medida de lo exigible<sup>17</sup>.

En segundo lugar, se sostiene contra la punibilidad del error evitable sobre la prohibición que “constituye un peligro para el ciudadano que accidentalmente obra en un sector en que existen normas de derecho penal administrativo”, pues “debe poner un ojo en las cosas y otro ojo en la ley”<sup>18</sup>. Tampoco este argumento es convincente, pues en realidad, muestra lo contrario de lo que combate. En efecto: no se entiende que exigir “poner el ojo en la ley” sea

<sup>16</sup> Loc. cit., pp. 254 y siguientes.

<sup>17</sup> Cf. RUDOLPHI, SK StBG, 1, 5ª ed., 1987, parágrafo 17, 30; NEUMANN, AK-StGB, 1990, parágrafo 17, 56 y stes.; DREHER-TröNDLE, StGB, 43ª ed., 1986, parágrafo 17, 7; CRAMER, en Sch./Schr., StGB, 24ª ed., 1991, parágrafo 17, pp. 13 y stes.; SCHRÖDER, LK, 10ª ed., 1985, parágrafo 17, pp. 27 y stes.; LACKNER, StGB, 19ª ed., 1991, parágrafo 17, p. 8.

<sup>18</sup> Torío, loc. cit., p. 257.

contrario a la justicia, dado que la justicia requiere —como mínimo— que cada uno obre tomando en consideración a los demás y esto sólo es posible si se piensa en los derechos de los otros y, por lo tanto, en las normas que los establecen<sup>19</sup>.

Como se ve, no parece que estas críticas puedan conmover en general la decisión del legislador de limitar la no punibilidad del error de prohibición a los casos en que el autor lo merezca. El legislador no podía, en verdad, premiar la indiferencia, pues ello vulnera indudables deberes de solidaridad social y generaría una injusta distribución de los riesgos de la vida en común entre los autores y las víctimas. Por otra parte, es indudable que un orden jurídico que renuncia a imponerse frente a los que les son indiferentes no puede garantizar las expectativas de los ciudadanos en el cumplimiento de las normas.

## II

Como se dijo, la inevitabilidad del error de prohibición excluye la culpabilidad. La explicación dada por la doctrina dominante es clara: “la capacidad de una motivación adecuada a la norma es el elemento constitutivo del reproche de culpabilidad de carácter decisivo”<sup>20</sup>; si el error no era evitable, el autor carecía de capacidad para comportarse según su deber jurídico pues no se podía motivar por la norma. Por el contrario, cuando el autor hubiera podido evitar el error, su capacidad de culpabilidad, es decir, su posibilidad de obrar de acuerdo a derecho, no ha desaparecido; en todo caso, puede haber disminuido. La cuestión que esta concepción plantea consiste, por lo tanto, en establecer cuándo el autor que no tuvo una conciencia (actual) de la antijuridicidad hubiera podido tenerla. Se trata de saber cuando “es posible decir que el autor hubiera sido capaz de alcanzar un estado de conocimiento, de representación, de conciencia, antes no existente”<sup>21</sup>. Dicho con otras pala-

<sup>19</sup> También muestran su desacuerdo con la punibilidad del error vencible sobre la prohibición: COBO-VIVES, Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., 1990, pág. 511, sin aceptar los límites que postula TORÍO.

<sup>20</sup> KAUFMANN, Armin, en Fest. f. Eb. Schmidt, 1961, pp. 319 y sts. (321).

<sup>21</sup> HORN, *Verbotsirrtum und vorwerfbarkeit*, 1969, p. 78.

bras: “la evitabilidad de un error de prohibición se identifica con la conciencia potencial de la antijuridicidad, con la capacidad del autor de adquirir el conocimiento de la antijuridicidad que presupone la formulación de un reproche de culpabilidad sin reducción”<sup>22</sup>.

En la doctrina española la determinación de estos extremos no ha merecido hasta ahora una atención especial. Un número importante de autores no trata el tema<sup>23</sup>. En consecuencia sólo excepcionalmente se ha prestado atención a la cuestión de la evitabilidad del error de prohibición<sup>24</sup>, a pesar de su extraordinaria significación en la aplicación del art. 6 bis a) CP.

¿Cómo se explica esta situación? Muy probablemente la doctrina mayoritaria parte, calladamente, de una teoría objetiva en la que “el poder de otros se convierte en deber del autor”<sup>25</sup> o de una teoría que entiende la evitabilidad del error como la infracción de un deber jurídico. Desde tales puntos de vista, la cuestión de la capacidad del autor concreto no es, en principio, un problema para la decisión sobre la evitabilidad del error de prohibición, pues, en realidad, no se debe atender a la capacidad del autor en el momento concreto, sino a las “posibilidades de eficacia de la norma de determinación en el proceso de motivación del ciudadano medio”<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, 1969, p. 193.

<sup>23</sup> Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., 1989, pp. 346 y ss.; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, loc. cit., pp. 510 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., 1990, pp. 659 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Teoría General del Delito*, 2ª ed., 1989, ps. 144 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 1993, pp. 345 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal. Parte General*, 1986, pp. 401 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho Penal*, 1988, pp. 221 y siguientes.

<sup>24</sup> Cfr. BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal*, 2ª ed., 1990, pp. 181 y ss. y *Comentarios a la Legislación Penal*, 1985, V. 1, pp. 53 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del delito*, 1984, pp. 487 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. 1986, pp. 314 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, en *CP Comentado*, 1990, pp. 30 y siguiente.

<sup>25</sup> Según la caracterización de KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, 1961, pp. 225, 229 y s.; ver al respecto, HORN, loc. cit., p. 79.

<sup>26</sup> Cf. HORN, loc. cit., pp. 70 y siguientes.

Este punto de vista conduce, sin embargo, a problemas insolubles. Por una parte, porque recurriendo como criterio al poder haber conocido el término medio, se llega prácticamente a la exclusión de toda inevitabilidad. En efecto, en un sistema en el que el derecho penal es escrito y público, el término medio tendrá siempre —en abstracto— la posibilidad de haber conocido el derecho<sup>27</sup>.

Por otra parte, la teoría que entiende la evitabilidad como infracción de un deber requiere afirmar la existencia de un deber general de conocer el derecho. Pero, este camino parece no tener salida en una teoría de las normas, pues de esta manera, el problema se volverá a plantear respecto del conocimiento de este deber de conocer el derecho y ello requeriría entonces otro nuevo deber de conocer el deber de conocer el derecho, y así ad infinitum<sup>28</sup>.

Ciertamente se ha intentado superar este regressus ad infinitum, aunque, claramente sin éxito. En este sentido ha sostenido HARDWIG<sup>29</sup> que “nadie podría invocar el desconocimiento” del deber “de conocer sus deberes”, pues, dice, tanto el deber infringido sin conocimiento como el de conocerlo “se deducen directamente del sentido de una vida en común ordenada”<sup>30</sup>. Pero, de una parte, es evidente que de esta manera se reduciría sin fundamento alguno la relevancia del error de prohibición sólo a algunos deberes, pero se excluirían otros, respecto de los que se admitiría una infracción no culpable. De otra parte, el incumplimiento del deber de conocer los deberes no demuestra la evitabilidad del error de prohibición, dado que cabe imaginar que, a pesar de dicha infracción, el error no se hubiera podido despegar: p. ej., cuando en cumplimiento de su de-

<sup>27</sup> Cf. en esta dirección: ROXIN, *Strafrecht*, AT, I, 1992, p. 597. Sin embargo, esta tendencia se percibe en algunas sentencias del Tribunal Supremo.

<sup>28</sup> Cfr. KAUFMANN, A., *Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 144 y ss.; Fest. f. Eb. Schmidt, 1961, p. 330: “El error de prohibición sólo sería culpable, si se hubiera infringido un deber de comprobación de la antijuridicidad. Si el autor no tuvo conocimiento de este deber de comprobar la existencia del deber, aquél ha sido infringido, continuando así ‘la cadena de infracciones’”. Coinciden en este punto de vista: RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, págs. 195 y sts.; HORN, loc. cit., pp. 76 y siguiente.

<sup>29</sup> Cfr. ZStW 78 (1966), pp. 1 y siguientes.

<sup>30</sup> Loc. cit., p. 3.

ber hubiera debido consultar a un funcionario que, por carecer de conocimientos adecuados, hubiera dado una respuesta errónea<sup>31</sup>. Dicho de otra manera: si la evitabilidad del error se quiere fundamentar en la infracción de un deber, la única salida practicable consiste en la interrupción abrupta, es decir infundada, de la cadena de deberes; algo inconsecuente en cualquier teoría de las normas.

### III

El otro sector de la doctrina española que aborda el tema expresamente ofrece distintas respuestas.

1) GÓMEZ BENÍTEZ coincide explícitamente con el llamado criterio objetivo. A su modo de ver el juicio sobre la evitabilidad del error debe ser objetivo: “teniendo en cuenta la situación concreta del sujeto, cualquier persona que se encontrase en la misma situación podría haber realizado —antes de actuar típicamente— una serie de comprobaciones que habrían esclarecido el carácter contrario al Derecho del hecho. Este baremo objetivo no coincide con el que mide si una conducta ha sido imprudente”<sup>32</sup>. Las críticas que se formularon más arriba al criterio objetivo son, naturalmente, aplicables aquí en forma directa a la posición de GÓMEZ BENÍTEZ, quien —como se vio— coincide totalmente con él.

2) Por su parte OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, vinculan la cuestión de la evitabilidad con la capacidad del autor. De acuerdo con su punto de vista, “el error evitable de prohibición podría definirse como aquella situación en la que el sujeto, hallándose en condiciones de conocer —al menos potencialmente— el carácter antijurídico de su conducta, no lo ha conocido, sin embargo, por causas a él achacables (descuido, indiferencia, desidia, precipitación, etc.)”. A su vez el “error inevitable de prohibición será aquella hipótesis en la que el sujeto no ha podido acceder a la motivación derivada del mensaje normativo porque no se encontraba en condiciones de captarlo ni siquiera potencialmente”<sup>33</sup>. Esta escueta formulación no es incorrecta, pero, muy probablemente, no permitirá diferenciar adecuadamente entre el problema de la inevitabilidad y el de la inimputabilidad, pues, si se vincula la primera con el “acceso a

<sup>31</sup> BACIGALUPO, loc. cit., p. 181.

<sup>32</sup> Loc. cit., p. 487.

<sup>33</sup> Loc. cit., p. 315.

la motivación” sin más, es indudable que se superpondrá con la cuestión de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad en sentido estricto. La conocida sentencia del BGHSt 2, 194 y stes. muestra esta diferencia con claridad: en los estados psicológicos que determinan la inimputabilidad, el desconocimiento de la antijuridicidad es “consecuencia de un destino inevitable del autor” y no puede fundamentar el reproche de culpabilidad<sup>34</sup> y esto los diferencia de los propios del error de prohibición. Esta observación no significa negar, como es claro, que el conocimiento (potencial) de la prohibición y la capacidad de culpabilidad en sentido estricto sean supuestos especiales de la capacidad de motivarse de acuerdo con el deber jurídico, constitutivos del núcleo de la responsabilidad que fundamenta la culpabilidad<sup>35</sup>. Sin embargo, es indudable la necesidad de una diferenciación más rigurosa de los presupuestos de la evitabilidad y de la capacidad de culpabilidad, toda vez que la inevitabilidad del error constituye un problema diferenciado, en la medida en la que se presenta cuando el autor del hecho típico y antijurídico tiene, además, capacidad de comprender la norma y de obrar según esta comprensión, es decir, cuando es imputable y se encuentra, por lo tanto, en condiciones (psíquicas) de captar el sentido de la norma y de motivarse por ella. Dicho con otras palabras, la cuestión de la inevitabilidad del error requiere establecer qué elementos específicos permiten su determinación con independencia de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad en sentido estricto.

3) El resto de los autores que tratan la cuestión de la evitabilidad del error de prohibición<sup>36</sup> han seguido los desarrollos de la dogmática alemana, estableciendo que la evitabilidad presupone que el autor haya tenido: a) razones, para pensar en la antijuridicidad, es decir, que las circunstancias sean tales que haya cabido preguntarse por la infracción de la norma, y b) la posibilidad de obtener una correcta información sobre el derecho, que le hubiera permitido comprender la ilicitud de su comportamiento. De estos elementos se tratará en los siguientes apartados.

<sup>34</sup> Cf. también, RUDOLPHI, loc. cit., pp. 200 y siguientes.

<sup>35</sup> Cf. KAUFMANN, Armin, Fest. f. Eb. Schmidt, cit., p. 322; BACIGALUPO, loc. cit., p. 175.

<sup>36</sup> BACIGALUPO, loc. cit., y especialmente en Comentarios a la Legislación Penal, dir. por COBO/BAJO, V. 1º, 1985, pp. 53 y ss. (83 y ss.); ZUGALDÍA, loc. cit.

#### IV

Como se vio, la evitabilidad del error depende, según la opinión generalizada en la doctrina alemana y en la seguida por parte de la española, de dichas condiciones: el autor debe haber tenido razones para pensar en la antijuridicidad y la posibilidad de esclarecer la situación jurídica. ¿Cómo se establecen ambos elementos que fundamentan el juicio sobre la evitabilidad del error?

1. Las razones para pensar en la antijuridicidad se deben referir a circunstancias del hecho que proporcionan al autor un indicio de posible antijuridicidad. La cuestión de cuáles son estas circunstancias es discutida.

a) El Tribunal Supremo Federal Alemán (BGHSt, tomo 2, pág. 201) ha sostenido un punto de vista extremo: todas las circunstancias de todos los hechos constituyen razones para pensar en su antijuridicidad. Es decir, actuar es ya una razón para pensar en la antijuridicidad. El BGH fundamentó este punto de vista de la siguiente manera: “no todo error de prohibición excluye el reproche de culpabilidad. Las carencias de conocimiento son en cierta medida subsanables. Las personas, en tanto están estructuradas sobre su autodeterminación moral libre, están en todo momento llamadas, como partícipes de una comunidad jurídica, a comportarse de acuerdo al derecho y a evitar lo ilícito. Este deber no se satisface si ellas sólo dejan de hacer aquello que resulta a sus ojos claramente ilícito. Por el contrario, las personas tienen que tomar conciencia, ante todo lo que piensan hacer, de si ello está en consonancia con los principios del deber jurídico. Las dudas se deben despejar mediante reflexión o informándose”. Este criterio, vinculado, como se ve, a la concepción de la evitabilidad del error como infracción de un deber de información que existiría en todos los casos, ha merecido fuertes objeciones<sup>37</sup>.

b) Frente a esta concepción (objetiva) de la razón para pensar en la antijuridicidad se ha respondido con una subjetivización extrema de la cuestión de la capacidad de conocer la antijuridicidad. En

<sup>37</sup> Cfr. ROXIN, loc. cit., pág. 601 y ste.; F-Chr. Schröder, en LK, 10ª ed., 1985, párrafo 17, p. 29.

este sentido HORN<sup>38</sup> ha desarrollado el punto de vista de Armin KAUFMANN, según quien en el ámbito de los mandatos de acción (por lo tanto, en el de los delitos de omisión, el conocimiento de la situación típica debe generar en el omitente al menos una tenue duda respecto a su deber de intervenir evitando el resultado. “Al que —dice KAUFMANN— no se le produce la menor advertencia... tampoco se le puede ocurrir informarse si se le exige la realización de una acción”<sup>39</sup>. HORN afirma entonces, a partir de estos conceptos, que “capaz de acción sólo es aquel que conoce el fin de su acción. El fin de una acción de conocer sería, precisamente, eliminar una laguna de conocimiento”. De ello se sigue, sostiene, que la capacidad de realizar la acción de informarse presupone “la conciencia de la carencia del conocimiento al que ella se refiere”<sup>40</sup>. De estas premisas deduce HORN que el sujeto sólo es capaz de motivarse a una acción de conocimiento de la antijuridicidad cuando ha tomado conciencia de un motivo posible. Ello le permite concluir que “quien no tiene por lo menos conciencia actual de que su acción podría estar prohibida, es incapaz de motivarse por la norma para la omisión de su proyecto de acción”<sup>41</sup>.

c) Las demás posiciones procuran reducir las exigencias individuales. En esta línea aparece en primer término la teoría de la “función de advertencia de la tipicidad”, formulada por ENGISCH<sup>42</sup>. De acuerdo con este criterio la reprochabilidad del error de prohibición se apoya “en que el conocimiento comprobado de las circunstancias sugieren al autor verificar la adecuación al derecho o la ilicitud de su conducta o de solicitar información sobre ello”<sup>43</sup>. Sin embargo, el convertir el conocimiento del dolo del hecho en suficiente razón para verificar la antijuridicidad no es admisible como

<sup>38</sup> Loc. cit., pp. 84 y stes., (87).

<sup>39</sup> Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, p. 146.

<sup>40</sup> Loc. cit., pp. 94 y 95.

<sup>41</sup> Loc. cit., p. 105.

<sup>42</sup> Cfr. ZStW 70, (1958) pp. 566 y ss. (575 y s.).

<sup>43</sup> Loc. cit., pág. 576; cf. también en sentido similar: JESCHECK, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 4ª ed., 1988, pág. 412; TORIO, loc. cit., p. 259, siguiendo el punto de vista de JESCHECK pero, al parecer, con el objeto de lograr los resultados prácticos de la teoría de la “ceguera jurídica”, es decir para reducir los alcances de la teoría estricta del dolo, que él postula.



un criterio general. En la doctrina se ha señalado que el conocimiento de las circunstancias del tipo no siempre genera razones para comprobar la antijuridicidad. Por lo tanto, la teoría de la “función de advertencia de la tipicidad” sólo podría explicar un número reducido de supuestos, en los que —por regla— cabría descubrir la antijuridicidad por medio de la autorreflexión. Por lo tanto, ello sólo sería posible cuando el tipo penal estuviera inmediatamente vinculado con la ética social<sup>44</sup>. En los delitos de pura creación política o administrativa, por ejemplo, esta función de advertencia sería prácticamente inexistente. La teoría de la “función de advertencia”, por otra parte, no modifica sustancialmente alcances de la jurisprudencia del BGH, toda vez que termina reduciendo todo el problema a la comprobación del dolo y no proporciona criterios precisos para los delitos imprudentes o para aquellos en los que el conocimiento de las circunstancias típicas no es razón suficiente para pensar en la antijuridicidad. La solución ofrecida por TORÍO, consistente en definitiva en aceptar dentro de la teoría del dolo una parte de la teoría de la culpabilidad con el criterio de la “función de advertencia” en ciertos delitos (homicidio, robo, violación, etc.), manteniendo la teoría estricta del dolo en los otros, tiene similares resultados prácticos, pero es difícil de justificar teóricamente, dado que, por un lado, cuestiona los resultados de la teoría de la culpabilidad en sus principios mismos, pero a la vez renuncia a los principios de la teoría del dolo por razones puramente prácticas.

d) Otros autores sostienen que la capacidad de comprobar la situación jurídica no sólo se da cuando el autor ha tenido una duda sobre la antijuridicidad, sino también cuando el autor no tiene dudas, pero sabe que actúa en un ámbito en el que existe una regulación específica y cuando el autor es consciente de producir un daño a otro o a la comunidad. “Si no se da ninguna de estas situaciones, se debe reconocer en favor del autor, que no ha sabido de la ilicitud de su acción, un error de prohibición inevitable”<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Así lo propone actualmente JESCHECK, loc. cit., p. 412, donde reconoce que “naturalmente la fuerza de la advertencia que proviene del dolo del tipo para comprobar la antijuridicidad es diversa según la especie de delitos”; coincidente también TORÍO, loc. cit., pp. 258 y siguiente.

<sup>45</sup> Cfr. ROXIN, loc. cit., p. 602; en parte también F-Chr. Schröder, LK, 10ª ed., 1985, parágrafo 17, p. 30; STRATENWERTH, Strafrecht, AT, 3ª ed., 1981, n° 586 y ss., RUDOLPHI, loc. cit.

Similar es el punto de vista de RUDOLPHI que excluye la disculpa del error inevitable en los casos de acciones realizadas dentro de un ámbito de actividades especialmente reguladas o en supuestos de normas fundadas en valores fundamentales del orden jurídico sobre la base de la “culpabilidad por la conducta vital” o de un “reproche mediato de la culpabilidad por el hecho”<sup>46</sup>. Estos puntos de vista tienen sin duda notorias ventajas prácticas, pues permiten, en relación al punto de vista de HORN (vid. supra b)), una razonable limitación de los casos de inevitabilidad del error de prohibición. Sin embargo, no se puede negar que, en realidad, no son totalmente consecuentes con su punto de partida. En efecto, si se pretende fundamentar la reprochabilidad del error de prohibición en la capacidad (no empleada) del autor, lo cierto es que de esta manera no se lo logra, pues al extender los casos en los que el autor no ha tenido una duda sobre la antijuridicidad —o sea al reducir el componente individual de la evitabilidad del error— se aparta de la cuestión de la capacidad personal del autor, para retornar —calladamente— al criterio de la evitabilidad muy cercano al de la infracción del deber de informarse sobre la antijuridicidad<sup>47</sup>. En otras palabras: introducen algo muy cercano al “deber de dudar”.

e) Un punto de vista diverso, aunque orientado en el mismo sentido, es el que ha propuesto JAKOBS<sup>48</sup>, que no se refiere a la capacidad del autor sino que determina la evitabilidad según el fin preventivo general (positivo). Desde esta perspectiva el concepto de evitabilidad habría sido concebido de forma doblemente errónea. De una parte, la evitabilidad no es un fin en sí mismo, dado que si el autor evita el error —dice JAKOBS— habría tenido conciencia de la antijuridicidad, pero ello no significa que se lo debe disculpar, sino todo lo contrario. De otra parte, el concepto de evitabilidad conduce a una inadecuada asociación con el concepto psicológico de “capacidad”, tal como éste es entendido en el marco de la imputabilidad. Por el contrario, la evitabilidad no debe constituir un problema psicológico sino normativo: se trata de la respuesta a la pregunta sobre cuáles son los factores psíquicos del error que el

<sup>46</sup> SK StGB, parágrafo 17, pp. 44 y siguiente.

<sup>47</sup> Cf. sobre esta problemática, BACIGALUPO, en Comentarios..., V. 1º, p. 86.

<sup>48</sup> Strafrecht, AT, 2ª ed. 1991, pp. 556 y siguientes.

autor puede invocar en su beneficio y cuáles son aquellos por los que él mismo tiene que responder<sup>49</sup>.

A partir de estas premisas la evitabilidad del error de prohibición depende de si el autor es o no competente (responsable) respecto del defecto de conocimiento de la antijuridicidad. La cuestión tendrá diferentes respuestas según que el error recaiga sobre normas fundamentales (Grundlageirrtum) o sobre normas de un ámbito “disponible”, es decir normas cuyo contenido no es, en una sociedad determinada, “evidente”. En el campo de las normas fundamentales la competencia del autor, es decir las razones para pensar en la antijuridicidad, sólo puede faltar si éste presenta un “déficit de socialización” (p. ej. porque pertenece a una cultura diversa, en la que tales normas no son reconocidas); en tales casos se trata de una situación similar a la de la inimputabilidad<sup>50</sup>. A las normas fundamentales pertenecen, además, las que regulan un ámbito vital en el que el autor ha actuado un tiempo considerable<sup>51</sup>, por ejemplo, las que regulan el ejercicio de su actividad profesional. En el ámbito de las normas “disponibles”, por el contrario, el autor no puede invocar en su descargo un déficit real de conocimiento jurídico, si la norma hubiera entrado en su conciencia, en el caso de que hubiera tenido una suficiente disposición de cumplir la norma. Ello es consecuencia de que el derecho penal debe garantizar que no se pueda contar con tal déficit para merecer una disculpa, pues, de otra manera, “no se podría proteger la confianza en que toda persona capaz de culpabilidad (imputable) no permitirá que se produzca dicha situación”<sup>52</sup>. En suma: JAKOBS entiende que el autor debe responder por su error si de su comportamiento surge un reconocimiento insuficiente del derecho positivo<sup>53</sup> y considera que existen razones para pensar en la antijuridicidad “cuando la conducta del autor es incompatible con la validez del orden jurídico positivo y el error

<sup>49</sup> Loc. cit., p. 558.

<sup>50</sup> Loc. cit., pp. 557, 545.

<sup>51</sup> Loc. cit., p. 546.

<sup>52</sup> Loc. cit., p. 558.

<sup>53</sup> Loc. cit., p. 560.

no es casual ni puede ser imputado a otro sistema”<sup>54</sup>.

f) El punto de vista de JAKOBS es, en principio, consecuente con sus premisas<sup>55</sup>. Lo mismo ocurre con el de HORN. La diferencia entre ambos reside en la distinta concepción a partir de la cual cada uno entiende la función del derecho penal. Mientras HORN postula una dogmática ontologicista, es decir, que se refiere a la estructura del objeto de las normas (la acción), JAKOBS tiene como punto de partida la función social del derecho penal, entendido como la estabilización de la confianza en la vigencia de las normas (prevención general positiva). En este contexto “conceptos como causalidad, poder, capacidad, culpabilidad, entre otros, pierden su contenido prejurídico y, devienen conceptos adecuados a niveles de competencias”<sup>56</sup>. Por lo tanto, lo que para HORN aparece como esencial, la capacidad real (es decir, en sentido “ontológico-psicológico”)<sup>57</sup> de reflexionar sobre la situación jurídica dentro del proyecto de acción, para JAKOBS es sólo relativo, pues su alcance depende de la estabilización de las expectativas fundadas en la vigencia de la norma.

Desde el punto de vista de las consecuencias prácticas, sin embargo, es indudable que requerir la duda del autor no tiene en cuenta que es posible que éste haya conocido, p. ej., la existencia de opiniones serias que señalen la antijuridicidad de su acción (p. ej. una sentencia judicial) y, sin embargo, de hecho, no haya dudado, o que, consciente de lesionar a otro, tampoco haya tenido dudas respecto de la adecuación a derecho de su acción. En tales casos, sin embargo, el merecimiento de una disculpa es, indudablemente,

<sup>54</sup> Loc. cit., p. 561. La palabra “sistema” en la terminología de JAKOBS se puede entender provisionalmente como sinónimo de “sujeto”, pero teniendo en cuenta que, en todo caso, no se refiere sólo a sujetos psico-físicos, es decir, a personas individuales.

<sup>55</sup> Aquí no es posible estudiar hasta qué punto es, además, inevitable dentro de su concepción, pues ello requeriría una prolija discusión de la cuestión de la culpabilidad y la prevención general positiva. Cf. PÉREZ MANZANO, M., Culpabilidad y Prevención, 1990.

<sup>56</sup> Loc. cit., Prólogo, VII. Sobre la posición contraria a JAKOBS ver: KÜPPER, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990, (especialmente pp. 164 y 178).

<sup>57</sup> Verbotsirrtum, pp. 123 y 149.

discutible. Ello explica, en principio, que tanto RUDOLPHI como ROXIN o JAKOBS hayan propuesto no tomar sólo en cuenta la duda sobre la antijuridicidad, sino también otras circunstancias que hubieran debido generalizarse. Sin embargo, como se dijo, este aumento de las exigencias a cargo del autor no se puede fundamentar en la capacidad psicológica de motivarse de acuerdo con la norma. Tal incremento de las exigencias respecto del autor se debe apoyar bien en un “deber de dudar”, cuya construcción resultaría ampliamente problemática y, acaso, poco realista, o bien en una configuración de la culpabilidad basada en fines preventivos que permita una fundamentación normativa de la evitabilidad<sup>58</sup>. Desde esta perspectiva es posible sostener que la evitabilidad del error se debe determinar “según que al autor concreto le hubiera sido posible, en caso de suficiente esfuerzo, llevar a cabo la conducta que corresponde a su rol”<sup>59</sup> sin detenerse en la capacidad real estricta, condicionada —como lo propone HORN— por la duda sobre la antijuridicidad. Por lo tanto, la decisión respecto de cuándo se deben considerar cumplidas las exigencias del primer presupuesto de la evitabilidad, es decir, de las razones para pensar en la antijuridicidad, dependerán de una opción básica sobre el concepto de culpabilidad, que no es posible discutir más profundamente en el marco de este trabajo.

2. Si el autor tuvo razones para pensar en la antijuridicidad, tendrá que cerciorarse respecto del significado jurídico de su conducta<sup>60</sup>. Los medios señalados en la doctrina como idóneos para despejar la incógnita a este respecto son la autorreflexión y la información en una fuente jurídica confiable. Ambos han sido señalados por la citada sentencia del BGHSt (tomo 2, pág. 194 y stes.), en la que —como se vio— se dijo que un sujeto responsable debe despejar las dudas sobre la antijuridicidad mediante autorreflexión o información.

<sup>58</sup> Cf. JAKOBS, *Schuld und Praevention*, 1976; STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, 1977 (críticamente); BOCK, en *ZStW*, 103, 1991, pp. 636 y siguientes.

<sup>59</sup> JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, 1993, p. 21.

<sup>60</sup> Doctrina dominante: cf. BACIGALUPO, *Comentarios*, pp. 87 y siguiente.

a) La autorreflexión se caracteriza por un esfuerzo de conciencia para comprender la significación jurídica de la acción. Pero, es evidente que se trata de un medio totalmente condicionado por los contenidos de conciencia que son producto del proceso de socialización y que sólo puede alcanzar su objetivo cuando se trata de normas ético-sociales generalmente reconocidas, es decir, en la terminología de JAKOBS, pertenecientes al núcleo fundamental del derecho penal. Es claro que si se trata de personas de una fuerte conformación religiosa o ideológica, es posible que el esfuerzo de conciencia no les permita llegar precisamente al contenido de las normas del orden jurídico<sup>61</sup>.

b) La información, por el contrario, ofrece mejores posibilidades, siempre y cuando provenga de una fuente confiable. Normalmente ésta será un abogado, pero también los notarios, procuradores y los funcionarios competentes en el ámbito en el cual se debe desarrollar el proyecto de acción. El ciudadano no debe cargar con la tarea de verificar la corrección del consejo jurídico, pues ello lo llevaría a una cadena interminable de comprobaciones que prácticamente impediría todo comportamiento<sup>62</sup>, lo que resultaría incompatible con el derecho genérico a la libertad de acción que se deduce de la dignidad de la persona y del derecho al libre desarrollo de la personalidad que le es inherente (art. 10.1 CE).

En la teoría se asigna una gran importancia como fuente de información a la jurisprudencia. Cuando el autor ha proyectado su acción sobre la base de decisiones judiciales conocidas su error sobre la antijuridicidad será, por regla general, inevitable<sup>63</sup>. Problemática puede resultar en este sentido la jurisprudencia contradictoria. Pero, en tales casos es evidente que no cabe exigir al autor alcanzar un conocimiento que los propios Tribunales no han podido establecer. En estos casos si el autor se ha comportado en uno de los sentidos admitidos por la jurisprudencia su error debe ser declarado inevitable. De aquí se deduce una razón más para lograr

<sup>61</sup> Cfr. JAKOBS, loc. cit., p. 545; BACIGALUPO, Comentarios, p. 87.

<sup>62</sup> Cfr. ROXIN, loc. cit., p. 604.

<sup>63</sup> Cfr. ROXIN, loc. cit., p. 605; SCHRÖDER, LK, parágrafo 17, pp. 32 y ss. En la doctrina española: COBOS GÓMEZ DE LINARES, Presupuestos del error de prohibición, 1987.

una unificación de la jurisprudencia, hoy lamentablemente reducida por el procedimiento abreviado.

## V

La aplicación práctica de estas teorías requiere, por lo tanto, distinguir claramente entre los problemas de prueba del error o la ignorancia de la antijuridicidad y el problema de su evitabilidad. En este sentido se debe tener presente que el error de prohibición o sobre la antijuridicidad sólo puede ser considerado cuando el acusado de una manera explícita o implícita lo haya alegado en su defensa. Si el Tribunal entiende que esta alegación es veraz o puede serlo, el error o la ignorancia se tendrán por probados. Cuando, por el contrario, el Tribunal estime que puede fundamentar racionalmente la no veracidad de la alegación deberá rechazarla motivando su decisión (art. 120.3 CE)<sup>61</sup>.

Probada la ignorancia o el error sobre la antijuridicidad se debe plantear la cuestión de si eran o no evitables. El juicio sobre la evitabilidad se debe realizar separando dos momentos diversos: a) la cuestión de si el autor tuvo razones para suponer la antijuridicidad y b) si tuvo a su disposición la posibilidad de aclarar la situación jurídica.

Esto mismo se puede expresar en el siguiente esquema:

1. El acusado alega haber desconocido la antijuridicidad de su acción (ignoraba, dice, que el hecho estaba prohibido, que era punible, que era delito, etc.) y el Tribunal estima creíbles sus dichos.

2. ¿Pudo evitar el autor su error de prohibición?

a) ¿Tuvo razones para pensar en la antijuridicidad?

Las tuvo:

- si tuvo dudas sobre la antijuridicidad;
- si sabía que producía un daño a otro o a la sociedad;
- si actuaba en un ámbito regido por regulaciones especiales;

b) ¿Tuvo posibilidad de despejar el error?

<sup>61</sup> Cfr. SSTs de 15-4-89, Rec. N° 753/86; 3-5-89, Rec. 1452/87.

Las tuvo:

- si pudo despejar el error mediante autorreflexión;
- si pudo acudir a una fuente fiable de información jurídica que hubiera podido dar una respuesta adecuada a la cuestión jurídica planteada.

Estas reglas tienen aplicación tanto en los casos de errores directos como de errores indirectos de prohibición, es decir, sea que el autor haya errado sobre la existencia de la norma o que su error haya recaído sobre la existencia de una causa de justificación o sobre los presupuestos objetivos de ésta. En este último caso, por regla, el agente habrá tenido razones para pensar en la antijuridicidad, dado que sabe que realiza una acción dañosa y, en general, prohibida (el que entiende que es agredido y que esa agresión sólo puede ser detenida lesionando al atacante, sabe que produce un daño a otro). Sin embargo, en la gran mayoría de los casos no habrá tenido la posibilidad de informarse sobre la situación jurídica dentro del tiempo en el que (según su representación) debería actuar para evitar que la agresión le produzca un daño.

Por último, es preciso señalar que la cuestión referente a la credibilidad de la alegación del error, en todo caso, no se debe ver sobrecargada por el problema político criminal implícito en el art. 6 bis a), tercer párrafo, CP, es decir, por la atenuación obligatoria en uno o dos grados de la pena (art. 66 CP) cuando el error sea creíble que esta disposición impone. En muchos casos esa atenuación puede aparecer como excesiva, pero ésta es una decisión del legislador que no se puede ni se debe corregir mediante una infracción de los principios de valoración de la prueba. En este sentido, se debe tener presente que nada obliga en el texto del Código Penal a entender que la disminución de la pena en uno o dos grados se deba realizar una vez individualizada la pena dentro de los tres grados de la misma. Por lo tanto, nada excluye que la pena atenuada se pueda fijar dentro de toda la extensión del marco penal, lo que permitiría, como es claro, disminuir en gran medida los efectos negativos de la decisión del legislador en lo referente a la atenuación obligatoria de la pena para el error de prohibición evitable.

Todo esto no debe hacer perder de vista la necesidad de limitar cuantitativamente la reducción de la pena para el error de prohibición evitable en una futura reforma penal, probablemente estable-



ciendo simplemente que la disminución de la pena deberá ser proporcionada a la atenuación de la reprochabilidad del autor. En realidad una atenuación tan drástica como innecesaria sólo ha contribuido a demorar el establecimiento pleno del principio de culpabilidad en materia de error. Lamentablemente los proyectos de reforma no han tomado en consideración este problema, pues no se ha tomado conciencia de que la remisión a la pena prevista para las eximentes incompletas sólo aparecía como necesaria antes de la reforma de 1983, pero no es en modo alguno una consecuencia inexorable del reconocimiento de relevancia al error de prohibición y, mucho menos, un rasgo esencial de una regulación del error fundada en la teoría de la culpabilidad.



# La responsabilidad del juez en el derecho español

*Marino Barbero Santos\**

La responsabilidad del juez está legalmente prevista en los sectores más diversos: en el político, disciplinario, penal, civil. Negada, de acuerdo con la legislación, la responsabilidad política, incluso de los jueces de paz, elegidos por el respectivo Ayuntamiento, la última reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 8 de noviembre de 1994, admite en su artículo 417, 1º, un precepto de similar amplitud a la Richteranklage del Derecho alemán. Éstos son sus términos: "...el incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la Constitución establecido en el art. 5, 1º de esta Ley, cuando así se apreciar en sentencia firme". Tipo que se puede calificar de abierto.

Aparte de la política, recién introducida, la responsabilidad que con carácter general prevé la Constitución española al referirse en el art. 117, 1 a Jueces y Magistrados "responsables" no puede ser otra que la responsabilidad penal, la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad civil, que regula el Título III del Libro IV, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los artículos 405 y siguientes.

## **I. LA RESPONSABILIDAD PENAL**

La responsabilidad penal de los jueces es admitida en todos los ordenamientos jurídicos. De acuerdo con la legislación española debe hacerse una distinción. Si se trata de infracciones extrañas a

\* Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Madrid. Magistrado del Tribunal Supremo.

la función judicial no existe ninguna especialidad respecto al resto de los ciudadanos, salvo la salvaguarda del fuero. Es decir, que si un magistrado o un juez cometen un delito o falta que nada tenga que ver con el ejercicio de las funciones de su cargo, la única especialidad prevista es el Tribunal competente para juzgarlo, que será distinto según su categoría judicial. Por ejemplo, si se trata del Presidente o un magistrado del Tribunal Supremo es competente la Sala II del Tribunal Supremo (art. 57, 2 Ley Orgánica del Poder Judicial, 1985).

Cuando la responsabilidad penal se refiere a hechos delictivos cometidos en el ejercicio de las funciones del cargo, ha de preceder un antejuicio si la causa es iniciada en virtud de querrela del perjudicado u ofendido o en el supuesto de ser ejercida la acción popular (art. 410, 1 LOPJ). No en otro caso. Los perjudicados u ofendidos no deben prestar fianza; sí, en cambio, quienes ejercitan la acción popular. La fianza se destina a asegurar las responsabilidades pecuniarias del antejuicio.

Con el antejuicio la ley trata de impedir que se dé curso a querrelas infundadas por rencor, venganza o ansia de perturbar el ejercicio de la función judicial. El antejuicio pretende sólo determinar si concurren en el hecho denunciado los caracteres de una figura típica delictiva y, por tanto, si hay derecho a la acusación y al juicio. No trata de lograr la convicción de la implicación del Juez. La institución no quebranta la igualdad de los ciudadanos ante la Ley; refuerza, por el contrario, con expresión de Prieto CASTRO, las garantías procesales. El Tribunal Constitucional lo ha estimado conforme con la Ley Fundamental. En la proyectada Ley del Jurado, sin embargo, la institución desaparece.

Si en el antejuicio se admite la querrela, la Sala manda proceder a la instrucción del sumario y acuerda la suspensión del juez o magistrado querrellado. En otro caso se impondrán las costas al querrelante, si no fuese el ofendido, y si lo fuese, si actuó con mala fe o *notoria temeridad*.

Los delitos que los jueces pueden cometer en el ejercicio de su cargo se regulan en el Código penal, fundamentalmente bajo el epígrafe de la prevaricación (art. 351 y ss.). En el capítulo se incluyen los supuestos de dictar "a sabiendas" sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito o falta. El dictar a sabiendas sen-

tencia o resolución definitiva injustas en asunto no criminal. El dictar sentencia manifiestamente injusta por negligencia o ignorancia inexcusables. El dictar a sabiendas auto injusto. Y el negarse a juzgar so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley. También se prevé como delito el retardo malicioso en la administración de justicia. Fuera de la prevaricación, se prevén otras infracciones, por ejemplo, el arrogarse atribuciones propias de las autoridades administrativas (art. 378 Código Penal) o el cohecho.

En estos casos, el juicio de responsabilidad penal contra jueces y magistrados podrá iniciarse por providencia del Tribunal competente o en virtud de querrela del Ministerio Fiscal; también, como hemos dicho, del perjudicado u ofendido, o mediante el ejercicio de la acción popular.

En el supuesto de delito de prevaricación relativo a sentencias injustas, para la promoción del antejuicio se exige que en la causa haya recaído sentencia firme. Sentencia firme y sentencia injusta pueden ser coincidentes, pero cabe su disociación cuando el órgano jurisdiccional superior haya dictado ulterior y definitiva sentencia. Ésta obviamente ilustra sobre la realidad de la infracción imputada.

Cuando el Tribunal Supremo u otras autoridades judiciales tuvieren noticia de algún acto de Jueces o Magistrados realizado en el ejercicio del cargo y que pueda calificarse de delito lo comunicarán, oyendo al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente a efectos de iniciación de la causa. Si tuviere este conocimiento el Gobierno o una autoridad del Estado o de una Comunidad Autónoma, o el Consejo General del Poder Judicial, lo pondrán en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si procediere el ejercicio de la acción penal.

El imposible que parecía que un juez pudiese ser condenado por hechos delictivos cometidos en el ejercicio del cargo, ha dejado de ser tal. El 15 de julio de 1988, la Sala II del Tribunal Supremo condenó a dos magistrados de Barcelona como autores de sendos delitos continuados de cohecho.

Cuestión merecedora de mención es la modificación operada en el tratamiento de la eventual responsabilidad conjunta penal y disciplinaria.

De acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, en ningún caso un mismo hecho sancionado en causa penal podrá ser objeto de un posterior expediente de responsabilidad disciplinaria (art. 415, 3).

Tras la reforma de 1994 la situación ha cambiado. La incoacción de un procedimiento penal no será obstáculo para la iniciación de un expediente disciplinario por los mismos hechos, pero no se dictará resolución en éste hasta tanto no haya recaído sentencia o auto de sobreseimiento firmes en la causa penal.

En otro caso, la declaración de hechos probados contenida en la resolución que pone término al procedimiento penal, vinculará a la resolución que se dicte en el expediente disciplinario, sin perjuicio de la distinta calificación jurídica que puedan merecer en una y otra vía.

Sólo podrán recaer sanción penal y disciplinaria sobre los mismos hechos cuando no hubiere identidad de fundamento jurídico y de bien jurídico protegido. La reforma de 1994 no parte, pues, de la exclusión del principio non bis in idem.

Un supuesto específico regula el nuevo artículo 379, d), apartado 1º, que prevé la pérdida de la condición de magistrado o juez por la condena a pena privativa de libertad por razón de delito doloso, aunque en los casos en que la pena no fuera superior a seis meses, el Consejo General del Poder Judicial, de forma motivada y atendiendo a la entidad del delito cometido, podrá sustituir la pérdida de la condición de magistrado o juez por la suspensión de hasta tres años.

## **II. LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA**

La responsabilidad disciplinaria, al contrario que la penal o la civil, afecta a pocas personas, pero no es de escasa trascendencia pues excede los límites del status de magistrado. Se relaciona, en efecto, con las garantías constitucionales de su independencia, que no es un fin en sí mismo, sino la garantía mediata del entero sistema constitucional de la libertad y de los derechos ciudadanos, y de su efectividad a través del ejercicio independiente e imparcial de las funciones jurisdiccionales: piedra angular del Estado democrático.

La excesiva amplitud e indeterminación del ilícito disciplinario es tal que no garantiza plenamente la independencia del magistrado en algunos ordenamientos.

Tampoco en España con anterioridad al 1º de julio de 1985. Hasta entonces, estuvo en vigor la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial, de 15 de septiembre de 1870, que incluía pre-

ceptos de este tenor: "irregularidad de la conducta moral o vicios que hicieren desmerecer en el concepto público, comprometieren el decoro de su ministerio o realizaren actos incompatibles con los deberes que impone la profesión judicial". Indeterminación normativa que no aparece en esos términos ya en el nuevo texto, aunque alguna de las figuras incluyen elementos valorativos.

El art. 414 de la Ley en vigor establece con carácter general que los jueces y magistrados están sujetos a responsabilidad disciplinaria en los casos y con las garantías establecidas en la misma Ley. Su regulación en concreto se caracteriza por las siguientes notas:

1. Se determina qué comportamientos del juez se consideraran faltas muy graves, graves o leves.

Son faltas muy graves, tras la reforma de 1994 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, entre otras:

- El incumplimiento consciente del deber de fidelidad a la Constitución establecido en el artículo 5, 1º de la Ley, cuando así se apreciare en sentencia firme.
- La afiliación a partidos políticos o sindicatos, o el desempeño de empleos o cargos a su servicio.
- La intromisión, dando órdenes o presiones de cualquier clase, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de otro Juez o Magistrado.
- El ejercicio de cualquiera de las actividades incompatibles con el cargo de Juez o Magistrado.
- La desatención o el retraso injustificado y reiterado en la iniciación, tramitación o resolución de procesos y causas o en el ejercicio de cualquiera de las competencias judiciales.
- La ausencia injustificada, por siete días naturales o más, de la sede del órgano judicial en que el juez o magistrado se halle destinado.
- La revelación por el Juez o Magistrado de hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de ésta, cuando se cause algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona.

Son faltas graves, entre otras, las siguientes:

- La falta de respeto a los superiores en el orden jerárquico, en su presencia, en escrito que se les dirija o con publicidad.
- Interesarse, mediante cualquier clase de recomendación, en el ejercicio de la actividad jurisdiccional de otro Juez o Magistrado.

- Corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por los inferiores en el orden jurisdiccional, salvo cuando actúen en el ejercicio de la jurisdicción.
- La ausencia injustificada por más de tres días naturales y menos de siete de la sede del órgano judicial en que el Juez o Magistrado se halle destinado.
- El retraso injustificado en la iniciación o en la tramitación de los procesos o causas de que conozca el Juez o Magistrado en el ejercicio de su función, si no constituye falta muy grave.

Son, entre otras, faltas leves, las siguientes:

- La falta de respeto a los superiores jerárquicos cuando no concurren las circunstancias que calificarían la conducta de falta grave.
- El incumplimiento injustificado o inmotivado de los plazos legalmente establecidos para dictar resolución en cualquier clase de asunto que conozca el Juez o Magistrado.
- La ausencia injustificada por más de un día natural y menos de cuatro de la sede del órgano judicial en que el Juez o Magistrado se halle destinado.

No se ha incluido entre las faltas la conducta irregular pública que dañe el prestigio de la función judicial.

2) Se determinan las sanciones que se puedan imponer y los órganos competentes para imponerlas, según la gravedad de la falta.

3) El instructor ha de poseer igual categoría, al menos, que el juez contra quien se dirige al procedimiento; el Ministerio Fiscal carece, por entero, de facultades instructoras.

4) Las sanciones que se pueden imponer a los Jueces y Magistrados por faltas cometidas en el ejercicio de sus cargos son:

- a) Advertencia.
- b) Multa de hasta quinientas mil pesetas.
- c) Traslado forzoso a Juzgado o Tribunal con sede separada, al menos en cien kilómetros, de aquella en que estuviera destinado.
- d) Suspensión de hasta tres años.
- e) Separación.



Las faltas leves sólo podrán sancionarse con advertencia o multa de hasta cincuenta mil pesetas o con ambas; las graves con multa de cincuenta mil una a quinientas mil pesetas; y las muy graves con suspensión, traslado forzoso o separación.

Serán competentes para la imposición de sanciones:

- a) para la sanción de advertencia, el Presidente del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, a los Jueces y Magistrados dependientes de ellos;
- b) para la sanción de multa o de advertencia y multa correspondiente a faltas leves, las salas de Gobierno del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia respecto a los Jueces y Magistrados dependientes de cada una de ellas;
- c) para las sanciones correspondientes a faltas graves, la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial;
- d) para las muy graves, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial (art. 421 Ley Orgánica del Poder Judicial).

Contra las resoluciones recaídas cabe interponer los recursos legalmente previstos. V. gr., contra las decisiones de traslado forzoso y separación, acordadas por el Pleno del Consejo del Poder Judicial cabía recurso ante el Pleno del Tribunal Supremo y, entrada en vigor en 1989 la Ley de Demarcación y Planta Judicial, cabe ahora ante la Sala III del mismo Tribunal, Sección Primera. Y sólo serán ejecutorias cuando hubieren ganado firmeza (art. 425, 7 de la LOPJ).

Cuestiones varias parece de interés analizar. La primera: el Consejo General del Poder Judicial, órgano de Gobierno de los jueces, está sometido en el ámbito jurisdiccional a los jueces por él mismo nombrados. Cuando el Tribunal Supremo ha tenido que resolver recursos respecto de sanciones disciplinarias impuestas a jueces, y los ha resuelto en sentido contrario a las decisiones del Consejo se han levantado voces airadas —incluso de miembros distinguidos de la judicatura— clamando porque el sistema cambiase. Y fuese el Parlamento, quizá, como en algún país, o un Tribunal especial, integrado por jueces de Derecho y Jurado, como previó una Ley de la República, de 13 de junio de 1936, o el Tribunal Constitucional, a quien correspondiese la decisión última.

En la Memoria sobre el estado, funcionamiento y actividades del Consejo General del Poder Judicial, de 1987, éste ha reflejado su inquietud en los siguientes términos: "...el propio régimen general de los actos del Consejo General del Poder Judicial, sometidos a control de juridicidad y legalidad, debería ser reconsiderado y ver si es o no la única solución posible que ese control se reconduzca exclusiva o prioritariamente hacia el cauce jurisdiccional en la forma ahora establecida, determinante de que la virtualidad de los actos del Consejo se supedita al criterio de los propios Jueces y Magistrados gobernados. Sin poner en duda su imparcialidad e independencia, no deja de ser un tanto paradójico que, en último extremo, sean unos y los mismos los gobernados y los sujetos activos del control definitivo. El tema es espinoso y puede herir susceptibilidades, mas por eso mismo parece oportuno dar cuenta de él y meditarlo".

Es obvio que el Consejo General del Poder Judicial es un órgano altamente calificado y distinguido, pero órgano administrativo. Por ello, la legalidad de su actuación, y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, está sujeta —por prescripción constitucional (art. 106,1)— al control de los tribunales. Estimo que el sistema actual ha probado su bondad. Y que la supeditación a un tribunal mixto de Jurados, al Tribunal Constitucional —que no integra el Poder Judicial— o al Parlamento no parecen ser alternativas apropiadas.

Por lo demás, la paradoja, con expresión del Consejo General del Poder Judicial, de que "sean unos y los mismos los gobernados y los sujetos activos del control definitivo", está acogida por los países de nuestro entorno. En Italia las sanciones disciplinarias adoptadas por el Consejo Superior de la Magistratura son recurribles ante las Sezioni Unite de la Casación. En Portugal, asimismo, las resoluciones del Consejo Superior de la Magistratura admiten recurso ante el Tribunal Supremo.

Si el Parlamento hubiere de decidir en instancia superior al Consejo sobre las infracciones disciplinarias de los jueces, es evidente que el Consejo se encontraría en una posición subordinada ante el Poder legislativo del Estado.

La creación de un organismo mixto, integrado por magistrados del Tribunal Supremo y un Jurado Especial, fue prevista por el art. 99

de la Constitución de la República Española, de 9 de diciembre de 1931, pero no en relación con la responsabilidad disciplinaria de los jueces, sino respecto de la responsabilidad civil y criminal. Tan sólo por Ley de 13 de junio de 1936, en vísperas de la Guerra Civil, se constituyó al efecto un Tribunal Especial compuesto por cinco magistrados del Tribunal Supremo y 12 jurados, como jueces de hecho, pero se ignora si llegó a actuar. Se carece, por tanto, de datos sobre su efectividad.

La solución, muy compleja, es quizá aplicable para exigir responsabilidad penal o civil a un magistrado, pero no parece utilizable para revisar las decisiones del CGPJ en materia disciplinaria. La realidad es que el propio jurado previsto por la Constitución no se ha instituido aún.

La tercera solución que se sugiere es acudir al Tribunal Constitucional. La dificultad mayor a superar es que, por no integrar este órgano el Poder Judicial, sólo sería factible si se modificase la Constitución y se otorgara al Tribunal Constitucional facultades judiciales, de las que en la actualidad carece. Con la Constitución vigente ello no es posible. El artículo 24, 1º, reconoce el derecho que tiene toda persona a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que pueda producirse indefensión. Y el artículo 106, 1º, sujeta al control de los Tribunales la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, con el sometimiento de ésta a los fines que la justifiquen.

El Consejo General del Poder Judicial es un órgano administrativo y, por tanto, su actuación ha de estar sometida al control de los tribunales. Y el Tribunal Supremo, como recuerda el Preámbulo de la Ley de Demarcación y Planta Judicial de 28 de diciembre de 1988, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, y constituye el órgano de relevancia constitucional que culmina la organización del Poder Judicial. A estas expresiones, la Ley Orgánica del Poder Judicial añade otra: Tendrá jurisdicción en toda España y ningún otro podrá tener el título de Supremo.

Por lo expuesto, parece aconsejable que siga siendo el Tribunal Supremo el encargado de revisar los acuerdos del CGPJ. Cuestión distinta, susceptible de ser discutida, es la de determinar la composi-

ción de la Sala del Tribunal Supremo a la que pueda encargarse tal función.

Hasta el primer trimestre de 1989 la competencia correspondió al Pleno del Alto Tribunal que, a la sazón, estaba integrado por 76 magistrados. El 31 de marzo de 1994, por 95. Número ciertamente elevado, pero por propia experiencia puedo asegurar que el debate era enriquecedor en extremo, por participar en él magistrados de todas las Salas, es decir, de todas las especialidades. Ahora bien, sobrecargado de trabajo el Tribunal Supremo, evidentemente no era practicable reunir cada quince días los Plenos en sesiones a veces agotadoras. En vigor la Ley de Demarcación y Planta Judicial, a partir del primero de marzo de 1989 —como se ha dicho— conoce la Sala III de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

### III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Hay que distinguir entre la procedente de la comisión o no de un hecho delictivo. La primera, consagrada tradicionalmente en las legislaciones, no plantea dificultad alguna. El Código penal español establece, por ejemplo, con carácter general, en el art. 19: “Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente”; luego, el magistrado responde civilmente si realiza un hecho delictivo.

Dificultades mayores origina, en cambio, la admisión de responsabilidad civil no derivada de la comisión de un hecho delictivo. Hasta el extremo que algunos países la rechazan por entender que afecta a la independencia judicial. Ese es el sistema imperante en el mundo anglosajón. Actúe culposa, actúe dolosamente, el juez inglés goza de *immunity from civil liability* por los actos que realice en el ejercicio del cargo.

La situación es diversa en los países continentales. Se parte de la admisión de la responsabilidad civil del juez, pero limitadamente, tanto en el ámbito material, como procesal: no cualquier error da lugar a indemnización, y la demanda bien se dirige contra el Estado, bien requiere un control de admisibilidad.

Ejemplo en este sentido es la institución francesa de la *prise à partie* (hoy derogada), con antecedentes en las *Ordonnances de Montils-les-Tours* de 1453 que, a través del *Code de procédure civile* de 1806, ha influido en gran número de legislaciones nacionales.

Tiene estas notas. Se admite la responsabilidad en tres supuestos: dolo, falta profesional grave y denegación de justicia. Y el demandado es el Estado, con lo que se evita un enfrentamiento entre el juez y el justiciable. En un segundo proceso el Estado intentará que el Juez le reembolse lo pagado. Hoy se han aligerado los trámites que obstaculizaban el ejercicio de la acción por parte del ciudadano.

El tema de la responsabilidad civil del juez no es de fácil solución. En contra de su admisión suele alegarse:

- a) que en el momento en que la doctrina procesal se orienta a conceder mayor discrecionalidad al juez para mejor alcanzar los objetivos de la justicia penal, el reconocimiento de la responsabilidad civil ilimitada del magistrado puede operar en sentido disuasorio y paralizante;
- b) la dificultad de individualizar la responsabilidad los órganos colegiados;
- c) constituir un instrumento peligroso para sustituir a un juez incómodo que haya impuesto medidas estimadas lesivas para el afectado (limitación de la libertad personal, secuestros, etc.);
- d) asimetría de las consecuencias: las condenas aumentan el riesgo de responsabilidad; las absoluciones lo reducen. La dificultad de valorar el eventual perjuicio en la decisión judicial entre un interés difuso o colectivo y un interés privado.

La primera objeción puede obviarse por la previsión de una serie de remedios: que el daño producido no sea reparable por el sistema de recursos; la limitación de la indemnización a una parte del sueldo; la necesidad de que el comportamiento sea debido a dolo o culpa grave; la exclusión del error in iudicando de la posibilidad de reparación que se limitaría al in procedendo.

La dificultad de individualizar la responsabilidad respecto a órganos colegiados se supera admitiendo el sistema del voto particular que en la legislación española se acoge desde antiguo. Antes, tal voto era reservado, y sólo se conocía su contenido —por el Tribunal Superior— cuando la sentencia se apelaba. Desde la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, tal voto, ya no reservado, se denomina voto particular. En la obligatoria publicación de las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional se insertan también, por ello, los eventuales votos particulares.

El sistema no sólo tiene trascendencia para determinar la posible responsabilidad del juez en los tribunales colegiados. Muestra, sobre todo, la existencia de un diálogo entre la justicia y la colectividad. La independencia del juez se exterioriza en su libertad para tomar decisiones personales, entre las diversas posibles, cuya fundamentación será conocida por los ciudadanos a quienes de este modo se acerca la justicia.

La imposibilidad de interponer demanda hasta que el juez dicte resolución definitiva evita utilizar la vía de la petición de responsabilidad civil para sustituir a un juez incómodo.

La asimetría de las consecuencias es un problema cuantitativo, por tanto superable.

Con la aceptación de estos correctivos resulta difícil rechazar la responsabilidad civil del magistrado respecto de comportamientos dolosos o gravemente culposos que violan derechos subjetivos fundamentales, como la libertad individual, o causan daños injustos prácticamente irreparables.

El legislador no califica la culpa en grave o leve, indeterminación por la que merece crítica severa por tratarse de un asunto trascendente. La omisión parece indicar que la responsabilidad se extiende a la culpa leve. Autorizada doctrina procesalista se opone a esta extensión con los siguientes argumentos:

a) existen razones objetivas para someter a los jueces a un sistema distinto y especial de la responsabilidad del derecho común, de lo que es prueba que todos los ordenamientos de nuestro área cultural limitan la responsabilidad a la culpa grave, por la singularidad de la función jurisdiccional, la naturaleza de las resoluciones judiciales y la posición *supra partes* del juez;

b) el iter parlamentario de la norma. En el texto del Congreso la responsabilidad nacía de “dolo, culpa grave o ignorancia inexcusable”. El Grupo socialista propuso en el Senado la supresión de las palabras finales diciendo que se trataba de una corrección del sistema procesal de recursos y garantías frente al error. No tendría sentido afirmar que cualquier error in procedendo o in iudicando da origen a responsabilidad civil del juez, cuando el sistema de recursos del proceso se estructura, precisamente, partiendo no sólo de la posibilidad de error, sino de que éste es consustancial al sistema.

En todo caso, hubiese sido aconsejable que el legislador hubiese sido más preciso al regular esta delicada materia.

#### IV. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO

La responsabilidad civil subsidiaria del Estado se prevé con carácter general en el art. 22 del Código Penal y, por tanto, es exigible en el supuesto de condena penal de un juez. Es cierto que los términos que el legislador emplea son muy restrictivos, incluso después de la ampliación operada por el Código de 1944 al extender la responsabilidad subsidiaria a “entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria”, pero atendiendo a exigencias socio-culturales presentes la jurisprudencia ha llevado a cabo una admirable interpretación progresiva del precepto, incluyendo al Estado entre los eventuales responsables civiles subsidiarios.

La responsabilidad directa del Estado la consagra el art. 121 de la Constitución en los siguientes términos: “Los daños causados por error judicial así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de Justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley”.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 ha desarrollado el precepto constitucional en los artículos 292 y siguientes. De acuerdo con éste: “Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este título”.

A estos dos títulos de imputación la Ley ha añadido un supuesto específico: la prisión provisional o preventiva. Las notas más importantes de la regulación son:

- a) desvinculación del concepto de culpa aunque no se excluya. La responsabilidad se ha objetivado;
- b) el dolo y culpa grave de los jueces origina responsabilidad directa del Estado. Éste podrá repetir contra el juez;
- c) la responsabilidad no se restringe al campo penal, ni en éste exige llegar a la revisión.

Error judicial puede existir aun en el supuesto de que el juez ponga toda la diligencia posible en su actuar. Es consecuencia de la falibilidad humana. No es “anormal” en la Administración de Justicia. Todo el sistema de recursos está fundado en la presunción de esta falibilidad.

Si los daños derivan de una actuación dolosa o culposa del Juez, el Estado responde por “funcionamiento anormal de la Administración de Justicia”. En estos casos, la petición de responsabilidad al Estado puede hacerse en el mismo proceso abierto para enjuiciar la actuación criminal del juez. Ello exige que, desde un principio, la parte acusadora ejercite en forma dicha acción civil directa contra el Estado —se acumula la acción civil a la vía penal—, ofreciéndose a la representación del Estado todas las oportunidades procesales de presentación y actuación en el proceso penal en calidad de responsable directo de los perjuicios cuya indemnización se postula. En el supuesto de que el perjudicado se reserve el ejercicio de la acción civil para después de que termine el juicio criminal deberá observar las prescripciones establecidas en el artículo 292, 2º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Dentro del funcionamiento anormal de la administración de justicia se comprenden, por último, supuestos de disfuncionalidad ajenos a cualquier proceder de un funcionario judicial: escasez de medios materiales, multiplicación de las causas a resolver, etc., con el consiguiente retraso o actuación tardía. También, por supuesto, la falta de funcionamiento, por ejemplo, por no cubrirse la vacante de juez de un partido.

En general, se estima que el error es una especie del género “funcionamiento anormal”. Algún autor sostiene, por el contrario, que el funcionamiento anormal atiende al incumplimiento de la norma procesal, mientras que el error puede producirse aun cuando se hayan cumplido escrupulosamente todas las normas procesales.

El art. 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha previsto un supuesto específico: “Tendrán derecho a indemnización quienes después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le haya irrogado perjuicios”.



# Bien jurídico y principio de culpabilidad

*Gonzalo D. Fernández\**

Para el Prof. David Baigún, en homenaje a la fecunda trayectoria docente y —desde luego— también por su entrañable lección de ética; por su compromiso indeclinable con la solidaridad y la justicia social.

## I. INTRODUCCIÓN

1. El bien jurídico ha recuperado un sitio de privilegio evidente dentro de la ciencia penal contemporánea, que lo jerarquiza como un concepto dogmático de primer nivel, adecuado al carácter fragmentario del Derecho Penal<sup>1</sup>. En realidad, constituye un instrumento básico para el desarrollo de la teoría del delito pues, entre otras cosas, posibilita la conexión interna entre dogmática jurídica y política criminal.

\* Profesor de Derecho Penal de la Universidad de la República, Montevideo.

<sup>1</sup> JESCHECK, H. H., Tratado de Derecho Penal, Barcelona, 1981, t. I, p. 73; MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, P.P.U., Barcelona, 1984, p. 72; BUSTOS RAMÍREZ, J., Manual de Derecho Penal Español. Parte General, Ariel, Barcelona, 1984, p. 49; FIANDACA, G.- MUSCO, E., Diritto Penale. Parte Generale, Zanichelli, Bologna, 1985, p. 9.

2. De ahí que la doctrina, por amplia mayoría, se esfuerce en ratificar la vigencia inamovible del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos<sup>2</sup>, convirtiéndolo —a raíz de su eficacia limitativa sobre el poder penal del Estado— en uno de los principios políticos centrales para la fundamentación del Derecho Penal democrático<sup>3</sup>.

3. La dogmática italiana suele denominarle principio de lesividad<sup>4</sup>, procurando localizar la esencia del hecho punible no sólo en su materialización objetiva externa, sino también en ese efecto primordial de la conducta típica, de necesaria lesión al bien jurídico. Los tipos penales, al decir de BETTIOL, configuran verdaderas “islas de ilicitud en el mar de la libertad”<sup>5</sup>. Son fragmentos aislados de prohibición penal que articulan un sistema discontinuo de ilicitudes<sup>6</sup>.

4. Por ende, la norma penal sólo adquiere sentido en tanto protege un determinado bien jurídico merecedor de tutela<sup>7</sup>, contra

<sup>2</sup> MIR PUIG, Introducción a las bases del Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1976, p. 128; STRATENWERTH, G., Derecho Penal. Parte General, Edersa, Madrid, 1982, vol. I, p. 3; HASSEMER, W., Fundamentos del Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1984, p. 37; HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, Tirant lo Blanch-Bosch, Barcelona, 1989, p. 103; ROXIN, C., ARZT, G. y TIEDEMANN, K., Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, Ariel, Barcelona, 1989, p. 22.

<sup>3</sup> MIR PUIG, Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, Bosch, Barcelona, 1976, p. 30; VÁZQUEZ ROSSI, J., El Derecho Penal de la Democracia, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1993, p. 108; BINDER, A., Justicia Penal y Estado de Derecho, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 143.

<sup>4</sup> FERRAJOLI, L., Diritto e Ragione, Laterza, Bari, 1990, p. 446; MANTOVANI, F., Diritto Penale. Parte Generale, CEDAM, Padova, 1988, p. 202; ZUCCALA, G., Considerazione critiche sul principio di necessaria offensività del reato, en AA.VV., “Funzione e limiti del Diritto Penale. Alternative di tutela”, CEDAM, Padova, 1984, p. 279.

<sup>5</sup> BETTIOL, G., L'odierno problema del bene giuridico, en “Scritti Giuridici”, CEDAM, Padova, 1966, vol. II, p. 917.

<sup>6</sup> SOLER, S., Derecho Penal Argentino, TEA, Buenos Aires, 1976, t. I, p. 7; NOVOA MONREAL, Curso de Derecho Penal Chileno, Ediar-Conosur, Santiago de Chile, 1985, t. I, p. 18.

<sup>7</sup> BACIGALUPO, E., Derecho Penal, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 42.

aquellas afectaciones graves que signifiquen su lesión efectiva<sup>8</sup> o, cuando menos, la puesta en peligro real e inminente<sup>9</sup>.

5. Allí estriba la llamada subsidiariedad (accesoriedad) del Derecho Penal<sup>10</sup>: una respuesta de ultima ratio, reservada para casos extremos y gobernada por el principio de intervención mínima<sup>11</sup>, que se dinamiza en presencia de conductas de elevada dañosidad social, severamente perturbadoras de una ordenada vida comunitaria<sup>12</sup>.

6. En tales supuestos fácticos, debido a la ausencia de mecanismos alternativos y menos violentos para la solución del conflicto planteado<sup>13</sup>, el Estado dispone la intervención del sistema de control

<sup>8</sup> BAUMANN, J., Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 9; SCHMIDHÄUSER, E., Strafrecht. Allgemeiner Teil, Mohr, Tübingen, 1984, p. 85; BOCKELMANN, P., Strafrecht. Allgemeiner Teil, Beck, München, 1979, p. 11; ZAFFARONI, E. R., Tratado de Derecho Penal, EDIAR, Buenos Aires, 1981, t. I, p. 50; BACIGALUPO, Derecho Penal, ob. cit., p. 43.

<sup>9</sup> ESCRIBA GREGORI, J. M., La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1976, p. 37; BAIGÚN, D., Los delitos de peligro y la prueba del dolo, Depalma, Buenos Aires, 1967, pp. 15 y ss.; BUSTOS, J. y POLITOFF, S., Los delitos de peligro, en "Revista de Ciencias Penales", 3ª época, t. XXVII, Santiago de Chile, Enero-Abril 1968, p. 35; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación, Universidad Complutense de Madrid-Centro de Estudios Judiciales, 1993, pp. 49 y siguientes.

<sup>10</sup> ZIPF, H., Introducción a la Política Criminal, EDERSA, Madrid, 1979, p. 42; CEREZO MIR, J., Curso de Derecho Penal Español. Parte General, Tecnos, Madrid, 1988, t. I, p. 15; MUÑOZ CONDE, F., Introducción al Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1975, p. 60; CURY URZÚA, E., Derecho Penal. Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982, t. I, p. 41.

<sup>11</sup> MAURACH, R., Tratado de Derecho Penal, Ariel, Barcelona, 1962, t. I, p. 30; MUÑOZ CONDE, Introducción, cit., p. 59; QUINTERO OLIVARES, G., Introducción al Derecho Penal, Barcanova, Barcelona, 1981, p. 48; FERRAJOLI, El Derecho Penal Mínimo, en "Poder y Control", N° 0, Barcelona, 1986, pp. 25 y ss.; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., Derecho Penal Fundamental, Temis, Bogotá, 1989, t. I, p. 32.

<sup>12</sup> ROXIN, C., Iniciación al Derecho Penal de hoy, Reus, Madrid, 1974, p. 32; ROXIN-ARZT-TIEDEMANN, Introducción, cit., pp. 22-23; KAUFMANN, A., Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, Carl Heymanns, Köln, 1982, p. 263; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., Fundamentos de Derecho Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 45.

<sup>13</sup> HASSEMER, Fundamentos, cit., p. 38; SCHMIDHÄUSER, Strafrecht, cit., pág 14; HURTADO POZO, J., Manual de Derecho Penal, Eddilli, Lima, 1987, p. 39; BARATTA, A., Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal, en "Criminología y Derecho", N° I, Montevideo, 1987, p. 17.

penal, debiendo ajustarse la reacción represiva a los criterios explícitos de proporcionalidad y humanidad<sup>14</sup>.

7. Desde luego, quienes creen posible prescindir en el plano dogmático de la idea de bien jurídico, terminan asimilando el delito —casi indefectiblemente— como sinónimo de la infracción de un deber<sup>15</sup>. En esa versión teórica, impregnada en exceso por la atmósfera de la desobediencia penal<sup>16</sup>, el ilícito se subsume en un quebrantamiento del deber de subordinación y lealtad<sup>17</sup>.

8. En rigor, al amparo de una concepción monista estricta de la norma penal<sup>18</sup>, el injusto queda encuadrado no ya como expresión de una conducta socialmente dañosa, sino básicamente —y antes que nada— como una auténtica lesión al deber<sup>19</sup>.

9. Detrás de ese enfoque dogmático no resulta difícil detectar la rémora de un pensamiento autoritario, que emplazaba al individuo como mero súbdito de la ley, alcanzado por deberes de obediencia

<sup>14</sup> ZIPF, Introducción, cit., p. 42; MIR PUIG, Derecho Penal, cit., pp. 84-86; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T., Derecho Penal. Parte General, Universidad de Valencia, 1984, p. 93; BARATTA, Requisitos mínimos, cit., p. 10; LUISI, L., Os principios constitucionais penais, Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1991, p. 31.

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ DEVESEA, J. M., Derecho Penal. Parte General, Gráficas Carasa, Madrid, 1977, p. 407; ORTEGO COSTALES, J., Bien jurídico: lesión y peligro, en A.A.V.V., "Estudios Penales. Libro-homenaje al Prof. José Antón Oneca", Universidad de Salamanca, 1982, p. 42.

<sup>16</sup> KAUFMANN, A., Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna, Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 13; BACIGALUPO, Delito y punibilidad, Civitas, Madrid, 1983, p. 51.

<sup>17</sup> ACHENBACH, H., Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, Schweitzer, Berlín, 1974, p. 75; BUSTOS RAMÍREZ, Introducción al Derecho Penal, Temis, Bogotá, 1986, p. 129.

<sup>18</sup> BACIGALUPO, La función del concepto de norma en la dogmática penal, en AA.VV., "Estudios de Derecho Penal en homenaje al Prof. Luís Jiménez de Asúa", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Monográfico N° 11, Madrid, 1986, p. 63; PHILIPPS, L., Teoría de las normas, en AA.VV., "El pensamiento jurídico contemporáneo", edic. a cargo de Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer, Debate, Madrid, 1992, p. 265; KAUFMANN, Teoría de las normas, cit., p. 81; BUSTOS RAMÍREZ, Manual, cit., p. 9.

<sup>19</sup> ACHENBACH, Grundlagen, cit., p. 203; MEZGER, E., Derecho Penal. Libro de Estudio, Parte General, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, p. 190; KAUFMANN, Teoría de las normas, cit., p. 81.

y auténtica sumisión<sup>20</sup>. Inclusive, dentro de la evolución seguida por el sistema del delito —más bien como una fase de involución teórica— cabe recordar los planteos formulados por la Escuela de Kiel durante el régimen nacional-socialista, que bregaba por una concepción unitaria del injusto (no estratificada) y, a la vez, proponía la disolución del concepto de bien jurídico, so pretexto de inutilidad<sup>21</sup>. Por supuesto, la propuesta intentaba arrasar con los límites sistemáticos más sólidos, que modelan el ejercicio del poder penal dentro de las coordenadas del Estado de Derecho.

10. Ahora bien, dando por aceptado que el bien jurídico representa y sintetiza un criterio troncal en el desarrollo de la dogmática contemporánea, aún así no quedan zanjadas todas las cuestiones teóricas. Por lo pronto, todavía resta por delimitar el sustrato material del bien jurídico, tanto como las relaciones que mantiene con la norma de motivación y, en último término, su función dentro del sistema de la culpabilidad.

## II. DELIMITACIÓN DEL SUSTRATO MATERIAL

11. Influenciado por la ideología del Iluminismo, FEUERBACH abordó la consideración material del delito, identificándolo con la lesión de un derecho subjetivo<sup>22</sup>, lo que vino a generar la réplica casi inmediata de BIRNBAUM, el fundador de la teoría del bien jurídico en Derecho Penal. Para este último, el delito no lesiona derechos subjetivos sino directamente bienes, que le han sido otorgados al hombre por la naturaleza o por la sociedad y estarían colocados en la esfera pre-jurídica de la razón o de la naturaleza de las cosas<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> KAUFMANN, Teoría de las normas, cit., p. 13; ZAFFARONI, Tratado, cit., t. II, p. 265; BACIGALUPO, Delito y punibilidad, cit., p. 51.

<sup>21</sup> SCHMIDT, E., Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1983, pp. 425 y ss.; ZAFFARONI, Teoría del delito, EDIAR, Buenos Aires, 1973, pp. 48-49; JIMÉNEZ DE ASÚA, El Derecho Penal totalitario en Alemania y el "Derecho voluntarista", en "El Criminalista", La Ley, Buenos Aires, 1947, t. VII, p. 67.

<sup>22</sup> VON FEUERBACH, P. J. A., Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pp. 64-65; MERKEL, A., Derecho Penal, La España Moderna, Madrid, s/f, t. I, p. 33.

<sup>23</sup> RADBRUCH, G., La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento, Universidad Nacional de Córdoba, 1963, p. 114; HORMAZABAL MALAREE, Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho, Conosur, Santiago de Chile,

12. Más tarde, con la instalación del positivismo jurídico, BINDING tuerce esa orientación valorativa, hasta formular un concepto puramente objetivo y depurado. El bien jurídico no es más que el objeto del delito, conformado por todos los objetos cosificados de los derechos, que implican bienes para la vida jurídica<sup>24</sup>.

13. LISZT en cambio, afiliado a la dirección del positivismo naturalista, trata de quebrar el carácter excesivamente jurídico del concepto bindingniano, introduciéndole franco contenido sociológico. En armonía con su visión de un injusto material, caracterizado por la dañosidad social<sup>25</sup>, el antiguo maestro de Berlín define el bien jurídico como un interés vital del individuo o de la comunidad y protegido por el derecho, aclarando —no obstante— que no se trata de un bien del derecho, sino de un bien de los hombres<sup>26</sup>.

14. Años después, partiendo de una línea similar de pensamiento, pero abriendo miras al ámbito axiológico-valorativo, WELZEL determina el bien jurídico como un bien vital de la comunidad<sup>27</sup>, aun cuando mediatiza su protección, desde que él anticipa el rol que le incumbe desempeñar al Derecho Penal en el seno de la sociedad. Efectivamente, para WELZEL, la misión del Derecho Penal coincide con la tutela de los valores de conciencia de carácter ético-social<sup>28</sup> y ella se realizaría, tan luego, a través de la selección y tutela de los bienes jurídicos fundamentales. Por supuesto, la tesis welzeliana hubo de suscitar enormes reparos, tildada de modelar una versión etizante e inadmisibile del Derecho Penal<sup>29</sup>.

---

1991, p. 28; DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1992, p. 300.

<sup>24</sup> KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 91; HORMAZABAL MALAREE, *Bien jurídico*, cit., p. 41.

<sup>25</sup> VON LISZT, F., *Tratado de Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1927, t. II, p. 324; VON LISZT, *La idea de fin en el Derecho Penal*, Edeval, Valparaíso, 1984, p. 89.

<sup>26</sup> LISZT, *Tratado*, cit., t. II, pág.2; LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, de Gruyter, Berlin, 1970, t. I, pp. 222 y siguientes.

<sup>27</sup> WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976, p. 12.

<sup>28</sup> WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, cit., pág.13; WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, de Gruyter, Berlin, 1975, pp. 258 y ss.; WELZEL, *Derecho y Ética*, en *Revista de Ciencias Penales*, N° 5, Enero-Abril 1977, Buenos Aires, págs. 13-19.

<sup>29</sup> FROMMEL, M., *Los orígenes ideológicos de la teoría de la acción de Welzel*, en

15. En la actualidad, esquemáticamente examinada la cuestión, puede decirse que coexisten tres grandes orientaciones dogmáticas en torno a esta debatida noción del bien jurídico.

### A. La tesis funcionalista

16. El funcionalismo sistémico categoriza como acontecimientos disfuncionales a todos aquellos fenómenos sociales —el delito, uno de tantos— que obstruyen el sistema social y provocan la ruptura del equilibrio sistémico<sup>30</sup>.

17. Sobre esa base, AMELUNG aprecia el bien jurídico como las condiciones de existencia de la vida social<sup>31</sup>, en tanto que JAKOBS —catedrático de la Universidad de Bonn y, asimismo, el representante más destacado de esta corriente penal— acude a una construcción de normativismo rígido. El bien jurídico, según JAKOBS, simboliza la resistencia a la defraudación de las expectativas<sup>32</sup>; perfil que hace coincidir al concepto, puntualmente, con la vigencia de la norma en sí misma<sup>33</sup>.

18. El original planteo de JAKOBS promueve un desplazamiento sistemático de notoria relevancia, una mutación sensible en la teoría del bien jurídico, que deja de ser entendido como el objeto de protección de la norma al estilo tradicional. Ahora ve reemplazado su sustrato material por un nuevo contenido, de orden funcional-

---

"Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", t. XLII, fascículo II, Madrid, Mayo-Agosto 1989, pp. 621 y ss.; POLITOFF, Sistema jurídico-penal y legitimación política en el Estado Democrático de Derecho, en "Nuevo Foro Penal", Bogotá, Julio-Setiembre, 1989, N° 45, pp. 313 y siguientes.

<sup>30</sup> LUHMANN, N., Sistema jurídico y dogmática jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 95 y ss.; LUHMANN, Ilustración sociológica y otros ensayos, Sur, Buenos Aires, 1973, pp. 48 y ss.; GIMÉNEZ ALCOVER, P., El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 163 y ss.; ZAFFARONI, El funcionalismo sistémico y sus perspectivas jurídico penales, en AA.VV., "Estudios Penales en memoria del Prof. Agustín Fernández Albor", Universidad de Santiago de Compostela, 1989, p. 747.

<sup>31</sup> AMELUNG, K., Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, citado por HORMAZABAL, Bien jurídico, cit., p. 111. En sentido similar, OTTO, H., Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, de Gruyter, Berlin, 1988, p. 9.

<sup>32</sup> JAKOBS, G., Strafrecht. Allgemeiner Teil, de Gruyter, Berlin, 1983, p. 27.

<sup>33</sup> JAKOBS, Strafrecht, cit., pág.29.

sistémico. En adelante, el bien jurídico se identifica con la vigencia de la norma; se subsume —o se diluye según los críticos— en el carácter obligatorio de ésta<sup>34</sup>.

19. Por consiguiente, esa inflexible asimilación conceptual dentro de la vigencia de la norma, relativiza en alto grado los aportes que una teoría del bien jurídico está en condiciones de efectuarle al Derecho Penal<sup>35</sup>, en tanto que teoría de límites.

### **B. Las teorías sociológicas**

20. Las modernas teorías sociológicas —el segundo grupo posible de nuclear— no se desligan por completo de la perspectiva estructural-funcionalista, aunque también toman elementos extraídos del interaccionismo simbólico, que matizan y modifican el diseño conceptual del bien jurídico.

21. HASSEMER empieza por colocar al bien jurídico en el contexto histórico-cultural<sup>36</sup>, situándolo por tanto en ese campo de tensión entre individuo, sociedad y Estado que, de por sí, condiciona y relativiza el contenido material de la noción examinada.

22. En su opinión, el bien jurídico engloba los intereses humanos requeridos de protección penal<sup>37</sup> y no más. Partiendo de un enfoque personal del bien jurídico (teoría personalista), se allana a reconocer la existencia paralela de bienes jurídicos colectivos, sólo y en tanto se correspondan con los intereses del individuo y brinden la posibilidad, a pesar de esa dimensión colectiva, de servir directamente a los intereses del hombre<sup>38</sup>.

23. Los bienes jurídicos no son el producto de procesos naturales, ni tampoco una creación discrecional del derecho, sino que proceden del acuerdo social basado en la experiencia<sup>39</sup>. De tal mane-

<sup>34</sup> JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 30.

<sup>35</sup> JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 33.

<sup>36</sup> HASSEMER, *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*, en *Doctrina Penal*, Año XII, Buenos Aires, 1989, pág.282; HASSEMER-MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., p. 109.

<sup>37</sup> HASSEMER, *Lineamientos*, cit., pp. 281-282; HASSEMER-MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., p. 110.

<sup>38</sup> HASSEMER, *Lineamientos*, cit., p. 281.

<sup>39</sup> HASSEMER-MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., p. 111; HASSEMER, *Fundamentos*, cit., p. 38; HASSEMER, *Lineamientos*, cit., p. 283.



ra, a pesar de la evidente ambigüedad del concepto, queda en claro que el bien jurídico no es una especie de salvoconducto de toda ratio legis de las normas penales<sup>40</sup>.

24. La teoría de CALLIES se desarrolla por carriles aún más interesantes, pues inserta al bien jurídico en el contexto del Estado Democrático de Derecho, advirtiendo que las sanciones penales no tienen una función primaria de privación o negación sino, por el contrario, la función primordial de establecer y otorgarle protección jurídica a las oportunidades de participación en la sociedad<sup>41</sup>.

25. En virtud de ello, el bien jurídico se ubica en el ámbito de la estructura social y pasa a ser continente de las posibilidades de participación en la sociedad<sup>42</sup>, las cuales resultan afectadas a través del comportamiento antijurídico.

26. Resulta de lo expuesto el matiz decididamente interaccionista de esta posición teórica. Sin embargo, aún admitiendo el mérito científico indudable del enfoque dogmático, hay quienes sostienen —no sin razón— que las posibilidades de participación en una relación social democrática evocan un concepto instrumental, que bien puede asignarse como la misión última de un Derecho Penal orientado a las consecuencias pero, de todos modos, no sirve como concepto explicativo del sustrato material del bien jurídico, ya que no todos los bienes tutelados por el Derecho Penal resultan encuadrables como oportunidades de participación social<sup>43</sup>.

### **C. Las teorías valorativas (jurídico-constitucionales)**

27. Por último, a la cabeza de este grupo de teorías valorativas o jurídico-constitucionales se destaca ROXIN, quien ve a los bienes jurídicos como las condiciones valiosas en que se concretan los

<sup>40</sup> AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, cit., p. 344; NAUCKE, W., *Strafrecht. Eine Einführung*, Metzner, Frankfurt a. M., 1987, p. 187; HASSEMER-MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., p. 112.

<sup>41</sup> ROLF-CALLIES, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Fischer, Frankfurt a. M., 1974, pp. 2-3.

<sup>42</sup> MIR PUIG, *Introducción*, cit., p. 137; MIR PUIG, *Función de la pena*, cit., p. 30; SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 271.

<sup>43</sup> JAKOBS, *Strafrecht*, cit., p. 33; HASSEMER-MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., p. 111; HORMAZABAL, *Bien jurídico*, cit., p. 121.

presupuestos de la vida en común, protegidas para garantizar el orden público y el desarrollo pacífico de la vida comunitaria<sup>44</sup>. Paralelamente, junto con esa función conservadora, el bien jurídico cumpliría asimismo una función positiva de promoción y ayuda social propias del Estado de Derecho, a cuyo fortalecimiento contribuye decisivamente, conforme al marco constitucional<sup>45</sup>.

28. En sentido similar se pronuncia RUDOLPHI, quien no niega la viabilidad teórica de categorizar al bien jurídico como una unidad funcional de valor, mas intenta caracterizarlo, en forma concomitante, desde un punto de vista material. Se trata, entonces, del presupuesto de una vida social próspera, apoyada en la libertad y responsabilidad del individuo, de acuerdo a la valoración constitucional<sup>46</sup>.

29. Finalmente, corresponde enumerar dentro de este elenco de teorías valorativas un núcleo muy marcado de inclinación jurídico-constitucional, que ha adquirido notable arraigo dentro de la moderna dogmática italiana, particularmente con los aportes de BRICOLA, MUSCO y, sobre todo, de FIANDACA. El contenido valorativo del bien jurídico toma como punto de referencia la Constitución. Al ámbito de la Carta Fundamental ha de acudir, según estos autores, en busca de las grandes directivas programáticas de tutela jurídico-penal, puesto que el texto constitucional delimita el marco de los bienes jurídicos penalmente protegibles<sup>47</sup>.

30. De una parte, los bienes jurídicos son —y no pueden dejar de serlo— valores directamente vinculados a la satisfacción de nece-

<sup>44</sup> ROXIN, *Problemas básicos del Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1976, pp. 11 y ss.; ROXIN, *Iniciación*, cit., p. 32; ROXIN-ARZT-TIEDEMANN, *Introducción*, cit., p. 23.

<sup>45</sup> ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Beck, München, 1992, t. I, pp. 11-12.

<sup>46</sup> RUDOLPHI, H. J., *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, en *Nuevo Pensamiento Penal*, Año IV, Buenos Aires, 1975, p. 341; CUELLO CONTRERAS, J., *Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho Penal*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XXIV, fascículos II y III, Madrid, 1981, p. 463.

<sup>47</sup> FIANDACA, G., *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di Politica Criminale*, en AA.VV., *"Diritto Penale in trasformazione"*, Giuffré, Milano, 1985, pp. 139 y ss.; BRICOLA, F., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, en AA.VV., *"Funzioni e limiti del Diritto Penale, Alternative di tutela"*, CEDAM, Padova, 1984, pp. 7 y siguientes.

sidades humanas; afirmación que significa tanto como optar por una teoría personalista y sostener que todos los bienes jurídicos, de la índole que sean, se funcionalizan desde la persona. En resumidas cuentas, de acuerdo a la propuesta de MUÑOZ CONDE, los bienes jurídicos condensan los presupuestos que la persona necesita para su autorealización en la vida social<sup>48</sup>.

31. Ahora bien, a nuestro modo de ver<sup>49</sup>, de una manera u otra, la expresión dinámica de la autorealización social —más allá de críticas sutiles— no es otra cosa que las posibilidades u oportunidades de participación social efectiva.

32. Sin embargo, tampoco existiría mayor obstáculo en admitir la lúcida tesis de BUSTOS RAMÍREZ, al parecer estrechamente emparentada con esta propuesta. Los bienes jurídicos constituyen —en opinión del profesor chileno— una síntesis normativa de relaciones sociales concretas y dialécticas<sup>50</sup>.

33. De acuerdo a este enfoque, la norma tiene existencia autónoma y afirma al bien jurídico, en cuanto lo protege mediante la prohibición penal<sup>51</sup>. Y el tipo de injusto, en definitiva, vendría a contener una modalidad prohibida de relación social concreta y dialéctica; un proceso interactivo desvalorado, que traduce la tensión o el choque con otra relación social, ésta sí, merecida de protección jurídico-penal<sup>52</sup>.

### III. PROYECCIONES DEL BIEN JURÍDICO. ENLACE CON LA FUNCIÓN MOTIVADORA DE LA NORMA

34. El bien jurídico posee enorme trascendencia desde el punto de vista político-criminal, puesto que instala límites al legislador. Le plantea criterios materiales enérgicos y obligatorios en cuanto

<sup>48</sup> MUÑOZ CONDE, Introducción, cit., p. 48; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., Derecho Penal. Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 54.

<sup>49</sup> FERNÁNDEZ, G. D., Derecho Penal y Derechos Humanos, Trilce, Montevideo, 1988, p. 40.

<sup>50</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Bases críticas de un nuevo Derecho Penal, Temis, Bogotá, 1982, p. 16; BUSTOS RAMÍREZ, Manual, cit., pp. 179-182; BUSTOS RAMÍREZ, Control social y sistema penal, P.P.U., Barcelona, 1987, p. 152.

<sup>51</sup> HORMAZABAL, Bien jurídico, cit., p. 153.

<sup>52</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Manual, cit., p. 63; BUSTOS RAMÍREZ, Control Social, cit., p. 152.

hace a la sanción de normas penales<sup>53</sup>, supeditando la incriminación y el ejercicio ulterior del *ius puniendi* a la hipótesis de graves perturbaciones de aquellas funciones constitutivas para la vida social.

35. Al mismo tiempo repercute en el plano dogmático, pues desempeña una función teleológica en el área de la interpretación jurídico-penal<sup>54</sup>, mucho más clara de apreciar en las nuevas orientaciones sistemáticas desarrolladas a partir de las propuestas de ROXIN hacia un sistema “abierto”, que deje penetrar todos los aspectos valorativos al ámbito de la teoría del delito<sup>55</sup>.

36. A su vez, las funciones de la norma penal, que sólo pueden comprenderse acabadamente en relación a un sistema social de convivencia<sup>56</sup>, incluyen no sólo la protección de bienes jurídicos — esto es, la tutela de las condiciones elementales mínimas de desarrollo de la vida comunitaria—, sino también una función de motivación, pues la norma penal procura motivar a los individuos para que se abstengan de agredir los bienes jurídicos protegidos<sup>57</sup>.

37. Por lo tanto, existe un enlace evidente, una conexión íntima entre bienes jurídicos y función motivadora de la norma. En ver-

<sup>53</sup> RUDOLPHI, Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico, cit., p. 347; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J., Concepto y límites del Derecho Penal, Temis, Bogotá, 1992, p. 31.

<sup>54</sup> RUDOLPHI, Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico, cit., p. 332; BUSTOS RAMÍREZ, Manual, cit., p. 180.

<sup>55</sup> ROXIN, Política Criminal y sistema del Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1972, p. 33; ROXIN, Strafrecht, cit., pp. 123 y ss.; ROXIN, Política Criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la Política Criminal, P.P.U., Barcelona, 1992, pp. 35 y ss.; SCHÜNEMANN, B., Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal, en AA.VV., “El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales”, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 63 y ss.; SILVA SANCHEZ, Aproximación, cit., pp. 102 y ss.; SCHÜNEMANN, La Política Criminal y el sistema de Derecho Penal, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, t. XLIV, fascículo III, Madrid, Setiembre-Diciembre 1991, pp. 693 y siguientes.

<sup>56</sup> MUÑOZ CONDE, Introducción, cit., p. 46.

<sup>57</sup> MUÑOZ CONDE, Función motivadora de la norma penal y marginalización, en “Doctrina Penal”, Año I, Buenos Aires, 1978, pp. 33 y ss.; CUELLO CONTRERAS, El fundamento normativo del Derecho Penal, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, t. XXV, fascículo II, Madrid, Mayo-Agosto 1982, p. 321.

dad, ella lleva a cabo una protección a través de la motivación<sup>58</sup>, porque la norma —que es de esencia imperativa<sup>59</sup>— actúa apelando a la motivación del destinatario, para inclinar su decisión y determinarle en favor del derecho; fenómeno que los funcionalistas perciben en forma despersonalizada, designándolo como la confirmación del reconocimiento normativo<sup>60</sup>.

38. En lo que ahora interesa, concebido el bien jurídico como síntesis de una relación social concreta o —más ampliamente— aun como la vía y oportunidad de adecuada participación social, en el sentido interaccionista<sup>61</sup>, ambas perspectivas dogmáticas nos están imponiendo una visión dinámica e insoslayable: la mayor o menor disponibilidad del sujeto respecto del bien jurídico protegido, incide en el proceso de motivación normativa.

39. Parece obvio que la función de la norma penal sólo puede ser eficaz si va precedida o acompañada de una función motivadora paralela, cumplida por otras instancias —incluso extra-jurídicas— de control social<sup>62</sup>. El control normativo-coactivo propio del Derecho Penal, es un subrogado de otros sistemas de control, aun informales, que orientan las decisiones valorativas y operan sobre la motivación individual en base a la persuasión<sup>63</sup>.

40. La función motivadora de la norma, que no desconocen ni siquiera las teorías imperativistas<sup>64</sup>, responde a una estructura psicológica del ser humano. En rigor, ella apela a su motivabilidad, a su capacidad de internalizar valores, referencias socio-culturales y, en definitiva, pautas de comportamiento social<sup>65</sup>, que en algún mo-

<sup>58</sup> MUÑOZ CONDE, Introducción, cit., p. 47.

<sup>59</sup> BACIGALUPO, La función del concepto de norma, cit., p. 68; MIR PUIG, Introducción, cit., p. 57; SANCINETTI, M., Teoría del delito y disvalor de acción, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, p. 19. Véase también BOBBIO, N., El positivismo jurídico, Debate, Madrid, 1993, p. 187.

<sup>60</sup> JAKOBS, Strafrecht, cit., p. 9.

<sup>61</sup> Ver supra, apartados 24, 25, 32 y 33.

<sup>62</sup> DÍAZ, Sociología y Filosofía del Derecho, cit., pp. 15-16.

<sup>63</sup> MUÑOZ CONDE, Derecho Penal y Control Social, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 40.

<sup>64</sup> BOBBIO, El positivismo jurídico, cit., p. 191.

<sup>65</sup> MUÑOZ CONDE, Derecho Penal y Control Social, cit., p. 32.

mento la doctrina ha pretendido estandarizar con arreglo a la imagen del “hombre medio”, explicándola en términos de “motivabilidad normal”<sup>66</sup>.

41. De otra parte, si se encara la génesis de las normas, analizando el proceso de incriminación primaria, no tardará en advertirse que éstas seleccionan bienes jurídicos e instituyen prohibiciones correlativas axiológicamente consensuados por los sectores dominantes de la sociedad, que identifican en esos bienes jurídicos seleccionados por la ley penal, auténticos valores hegemónicos<sup>67</sup>.

42. Así, en los modelos autoritarios, el distanciamiento entre el nivel de la motivación individual y el de la motivación “general” (motivación hipotética conminada en abstracto por la norma valorativa) puede resultar enorme, ya que está en relación directa con el nivel de consenso y el grado de democratización del Estado, plasmado en su ordenamiento penal<sup>68</sup>.

43. En presencia de cuadros semejantes, la norma sólo contribuye —paradójicamente— a reforzar la marginalidad del sujeto, que se halla lejos de prestarle consenso o, incluso, de poder internalizar el significado de la dirección normativa. La falta de consenso mínimo aísla a la prescripción normativa y hace fracasar la motivabilidad esperada del destinatario.

44. Por lo tanto, en el plano sistemático el instrumento imprescindible para valorar ese fenómeno pasa por la balanza del bien jurídico. La disponibilidad del bien jurídico, entendida como posibilidad corriente de disponer y aprovechar efectivamente del mismo, es un factor clave del proceso motivacional y ha de servir —enseguida lo veremos— como elemento de graduación de la exigibilidad de comportamiento alternativo (conducta adecuada a la norma).

<sup>66</sup> PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y Prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Universidad de Madrid, 1990, pp. 115-118.

<sup>67</sup> MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal y Control Social*, cit., pp. 45-46; MUÑOZ CONDE, *Función motivadora de la norma penal y marginalización*, cit., pp. 36-37; MAURACH, *Tratado*, cit., t. I, p. 251.

<sup>68</sup> MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., p. 49.

#### IV. BIEN JURÍDICO Y CULPABILIDAD

45. El planteo precedente se relaciona con la distribución social de los bienes jurídicos resguardados por el derecho y, en última instancia, con las oportunidades reales de participación social del sujeto que, en ciertos casos —la propiedad sería el ejemplo paradigmático, al menos en América Latina— están enormemente recortadas o soportan severas limitaciones, a veces de origen sub-cultural, tal como ocurre con la escala de valores y las costumbres sexuales en los núcleos marginales.

46. En definitiva, la situación de absoluta indisponibilidad del bien jurídico y, por consiguiente, las dificultades del destinatario de la norma para internalizar y guardar respeto al valor seleccionado por el legislador, motivándose conforme a la norma, debe repercutir en el plano de la exigibilidad, que es la clave de bóveda de la reacción jurídico-penal.

47. Entonces, el bien jurídico entronca directamente con la teoría de la culpabilidad y se proyecta al ámbito de la imputación subjetiva del injusto. Es bien conocido el proceso de erosión sufrido por la culpabilidad como categoría del ilícito y las críticas formuladas contra la reprochabilidad y el poder de actuación alternativa<sup>69</sup>.

48. No obstante, aun los más acérrimos detractores del concepto de culpabilidad, que propugnan lisa y llanamente su reemplazo por un criterio pragmático, de mera necesidad o proporcionalidad de pena<sup>70</sup>, defienden la vigencia a ultranza del principio de culpabilidad (*nulla poena sine culpa*) como un principio normativo regulador<sup>71</sup> y una regla imprescindible en el terreno de la dosimetría penal.

<sup>69</sup> PÉREZ MANZANO, Culpabilidad y prevención, cit., pp. 110 y ss.; FERNÁNDEZ, G. D., El proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad penal, en "Revista del Instituto Uruguayo de Derecho Penal", Año IX, N° 12, pp. 88 y siguientes.

<sup>70</sup> HASSEMER, Fundamentos, cit., p. 300; GIMBERNAT ORDEIG, E., Estudios de Derecho Penal, Tecnos, Madrid, 1990, p. 151; ROXIN, Problemas básicos, cit., pp. 200 y siguientes.

<sup>71</sup> ROXIN, Culpabilidad y prevención en Derecho Penal, Reus, Madrid, 1981, p. 49; ACHENBACH, Imputación individual. Responsabilidad. Culpabilidad, en SCHÜNEMANN, "El sistema moderno del Derecho Penal", cit., pp. 144-146; CÓRDOBA RODA, J., Culpabilidad y Pena, Bosch, Barcelona, 1977, p. 20.

49. En cualquier sentido, partiendo de una revisión intrínseca del concepto material de culpabilidad, que la encara sin apelar a fundamentos metafísicos indemostrables, sino como un problema de adscripción de responsabilidad<sup>72</sup>, la motivación y lo que ROXIN llama la abordabilidad normativa del sujeto (normative Ansprechbarkeit)<sup>73</sup>, engarzan con el bien jurídico, con la disponibilidad respecto del mismo.

50. Desde luego, en casos extremos de discapacidad psicológica, cuando ésta llega al punto de anular la capacidad de comprensión del injusto, se desemboca en situaciones corrientes de inimputabilidad penal. Mas, fuera de estas hipótesis concernientes a las alteraciones patológicas del individuo o simple inmadurez etaria (minoría de edad penal), la imposibilidad de asimilar el valor del bien jurídico y motivarse conforme a la prescripción normativa, son factores de abatimiento del nivel de exigibilidad.

51. La falta de participación en el bien jurídico protegido, a raíz de una situación de marginación en la relación social con insatisfacción de las necesidades sociales básicas, proyecta consecuencias jurídicas en materia de responsabilidad. Por lo pronto, abate en forma significativa la exigibilidad penal de conducta alternativa, así como la intensidad del “reproche” de culpabilidad —en los términos de la dogmática neoclásica— que ha de merecer ese individuo por el injusto personal cometido.

52. De esta manera, el proceso de motivación opera como un límite interno recíproco a la función protectora de bienes jurídicos que desempeña la norma penal. No se trata de cuestionar la validez de ésta —un tema de legitimidad política, en todo caso— pero sí de atender, en el marco de la sociedad heterogénea, pluralista y desigualitaria, atravesada por tensiones y conflictos, a la posición social del destinatario de la norma, a la diversidad valorativa y los niveles diferenciados de asunción (comprensión del significado normativo) del injusto penal.

<sup>72</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Manual, cit., p. 376; FERNÁNDEZ, El proceso hacia la reconstrucción democrática de la culpabilidad penal, cit., p. 97.

<sup>73</sup> ROXIN, Strafrecht, cit., p. 547; ROXIN, Política Criminal y estructura del delito, cit., p. 135.



53. En el fondo, cuando el Derecho Penal contempla la problemática particular de las minorías étnicas, de los núcleos indígenas, de los objetores de conciencia, etc.<sup>74</sup>, y accede a relativizar la responsabilidad criminal mediante categorías como la imputabilidad social<sup>75</sup> o la co-culpabilidad<sup>76</sup>, está atendiendo a un determinado grado de marginalización social del sujeto, a una depreciada participación en el bien jurídico protegido, en la relación social concreta tutelada por la norma.

54. He ahí una proyección altamente individualizadora del bien jurídico para la tarea de cuantificación penal, que engarza sin violencia con el principio de culpabilidad. Más aún, nos sugiere líneas correctivas muy útiles para implementar la reacción penal, graduando la exigibilidad de motivación al interior de una teoría del sujeto responsable.

<sup>74</sup> TOCORA, F., *Política Criminal en América Latina*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1990, p. 21.

<sup>75</sup> BUSTOS RAMÍREZ, *Bases críticas*, cit., pp. 106 y siguientes.

<sup>76</sup> ZAFFARONI, *Teoría del delito*, cit., p. 541; ZAFFARONI, *Tratado cit.*, t. IV, pp. 65-67.



# Causalidad, omisión e imprudencia<sup>1</sup>

*Enrique Gimbernat Ordeig\**

## **I. INTRODUCCIÓN: DELITOS DE LESIÓN Y DELITOS DE PELIGRO**

El Derecho penal se justifica porque con él se intentan proteger bienes (intereses) jurídicos: vida, honor, integridad, seguridad del tráfico jurídico, propiedad, etc. Mediante la amenaza con una pena para reprimir conductas que ponen en peligro o lesionan esos bienes jurídicos, el legislador confía en que, por temor a tener que sufrir un castigo, un buen número de ciudadanos se abstendrá de realizar los comportamientos tipificados por la ley penal. De acuerdo con este criterio, los tipos penales se dividen en dos grandes grupos: delitos de lesión y delitos de peligro; en los primeros el legislador sanciona el menoscabo efectivo del bien jurídico, mientras que en los segundos lo que se castiga es una amenaza para ese bien que no ha llegado a concretarse en una lesión. El homicidio, porque menoscaba el bien jurídico vida, la venta de fonogra-

\* Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid

<sup>1</sup> El origen de este trabajo está en la ponencia que, con el título "La relación de causalidad en la omisión", desarrollé en un curso que dirigí sobre "La comisión por omisión", dentro del Plan Nacional de Formación de Jueces y Magistrados, que se celebró en Madrid entre los días 13 y 15 de junio de 1994. Como el auditorio estaba exclusivamente compuesto por miembros de la judicatura y del Ministerio Fiscal, de ahí que el presente artículo se ocupe preferentemente de las consecuencias prácticas de mi concepción de la comisión por omisión, que el material utilizado sea predominantemente jurisprudencial y que la literatura científica haya quedado prácticamente marginada de las notas a pie de página. Para una exposición científica y jurisprudencial mucho más amplia de los problemas que aquí se tratan y de otros de la omisión, remito al lector a una monografía mía sobre El delito de omisión, de próxima publicación.

mas ilícitamente reproducidos, porque lesiona los derechos de explotación de los titulares de la propiedad intelectual, la expendición de moneda falsa, porque atenta contra la seguridad del tráfico jurídico, serían, entre otros muchos, ejemplos de delitos de lesión. En cambio, la tentativa en general (art. 3, CP), donde se pone en peligro dolosamente un determinado bien sin llegar a menoscabarlo, la reproducción ilegal (sin que se haya llegado a su venta) de fonogramas [art. 534 bis a), párrafo primero], porque amenaza, pero aún no lesiona, los derechos de explotación de los propietarios intelectuales, la fabricación (sin expendición) de moneda falsa (art. 283, 1º), porque crea un riesgo de que sea efectivamente puesta en circulación, la conducción temeraria del art. 340 bis a) 2º, que pone en peligro —sin llegar a dañarlas— la vida o la integridad de las personas, constituirían casos de delitos de peligro.

Según otra terminología, los delitos de lesión deberían llamarse de resultado, manteniéndose para la segunda categoría el nombre de delitos de peligro. Pero esa denominación no se ajusta a la realidad, pues no sólo en lo que aquí llamamos delitos de lesión se produce un resultado, también los delitos de peligro tienen un resultado, a saber: el peligro, en cuanto que sobre la base de una pronóstico *ex ante*<sup>2</sup>, en el mundo exterior, y mediante una conducción temeraria, o un “tiron” sin éxito al bolso de una mujer que consigue retenerlo, o la fabricación de fonogramas ilegales, se ha producido un resultado de riesgo para los bienes jurídicos de, respectivamente, la vida o la integridad física, la propiedad o los derechos de explotación de los titulares de la propiedad intelectual.

Como consecuencia de todo ello, me reafirmo en la terminología que he empleado al principio de este artículo: los delitos se dividen en dos grandes categorías que deben ser denominadas de peligro y de lesión, y no de peligro y de resultado, en cuanto que el peligro es también un resultado (de peligro), por lo que la diferencia entre unos delitos y otros reside en que en un caso ese resultado consiste en la lesión de un bien jurídico, mientras que en el otro consiste en la creación de una situación de riesgo para el interés que, sin embargo, no llega a ser menoscabado.

<sup>2</sup> Sobre los elementos que deben entrar en ese pronóstico *ex ante*, cfr. GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966 (hay reimpresión de 1990), pp. 31 y siguientes.

## II. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN EL DELITO DE ACCIÓN

### A. La teoría de la condición

De acuerdo con la doctrina dominante en la ciencia, y ahora también en la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo (TS)<sup>3</sup>, en los delitos de acción existe relación de causalidad cuando el comportamiento activo ha condicionado el resultado, esto es, cuando la acción ha contribuido conforme a las leyes de las ciencias de la naturaleza (científico-naturalmente) a la lesión del bien jurídico.

### B. La fórmula de la *conditio sine qua non*

Durante mucho tiempo la teoría de la condición (llamada también de la equivalencia o de la equivalencia de las condiciones) operaba, para determinar la condicionalidad de una acción para un resultado, con la llamada fórmula de la *conditio sine qua non*: si suprimiendo in mente el comportamiento el resultado desaparecía, entonces aquél habría sido condición de éste; en cambio, si al suprimir el comportamiento el resultado no desaparecía, no existía relación de causalidad.

La fórmula de la *conditio sine qua non* llegaba a resultados correctos (es decir, a determinar si existía o no una relación real de condicionalidad) en la mayoría de los casos: si A dispara contra B y lo mata, el tiro habría sido condición del resultado, porque si suprimo el comportamiento de A (la acción de disparar) la muerte (resultado) desaparece. Pero esta fórmula desconocía el significado de la causalidad, ya que la entendía no como lo que es, a saber: como un proceso real del mundo científico-natural, sino como lo que no es: como una categoría del pensamiento que enlazaba intelectualmente un antecedente con un consecuente. Por ello, dicha fórmula llevaba a resultados evidentemente falsos cuando potencialmente existía un curso causal hipotético que habría intervenido en el caso de que no hubiera tenido lugar el curso causal real. Para poner de manifiesto las consecuencias erróneas a las que po-

<sup>3</sup> Cfr., por todas, la sentencia de 7 de julio de 1993, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi [A.] 6057: la "simple causalidad material, regida por el principio de la equivalencia de condiciones".

día llevar la fórmula de la *conditio* (erróneas en el sentido de negar el carácter de condición a un comportamiento que en la realidad sí que había condicionado el resultado), ENGISCH<sup>4</sup> propuso el siguiente ejemplo: el verdugo A va a ejecutar al asesino X a las 6:00 de la mañana; B, padre del asesinado y deseando tomarse la venganza por su mano y que asiste en el patio de la cárcel a los preparativos de la ejecución, a las 6 menos pocos segundos se abalanza sobre el verdugo, lo aparta y oprime él mismo el botón que acciona la cuchilla de la guillotina, que a las seis en punto cae sobre X, decapitándole. Si suprimimos el comportamiento de B (puesta en funcionamiento de la guillotina) el resultado (muerte de X) no desaparece, ya que en ese caso habría sido el verdugo el que hubiera actuado, falleciendo el condenado a la misma hora y en las mismas circunstancias. De ahí que, sobre la base de la fórmula de la *conditio sine qua non*, habría que negar la condicionalidad de la acción de B para la muerte de X; pero como el verdugo tampoco la habría causado, ya que él no tuvo ocasión de actuar, nos encontraríamos con una muerte real (la de X) que no podría ser reconducida a comportamiento alguno, siendo así que, evidentemente, alguien tuvo que guillotinar al muerto.

De todo ello se sigue que para determinar si un comportamiento es condición de un resultado no hay que formularse hipotéticamente qué es lo que habría sucedido sin..., sino averiguar qué es lo que realmente ha sucedido y si una conducta ha influido científico-naturalmente en un resultado concreto. Volviendo al caso del verdugo: como está fuera de discusión que es el padre del asesinado quien, al oprimir el botón, ha desprendido la cuchilla que ha decapitado al condenado, de ahí que esté fuera de discusión también que aquél ha puesto una condición de la muerte de éste, y que en todo ello sea absolutamente irrelevante —más aún: en ocasiones perturbador y engañoso— preguntarse qué es lo que habría sucedido hipotéticamente si el acontecimiento real no hubiera tenido lugar.

Por lo demás, está claro que en un procedimiento penal la relación de condicionalidad de un determinado comportamiento para con un resultado se establece teniendo en cuenta procesos causa-

<sup>4</sup> Sobre el pensamiento de ENGISCH, cfr. GIMBERNAT, Delitos cualificados por el resultado, cit., pp. 121-123 y 141.

les reales y no confrontaciones entre cursos causales efectivamente acontecidos y otros hipotéticos. Para determinar si el disparo del asesino A ha matado al sujeto pasivo B, el dictamen que emite el forense para establecer la causa de la muerte no consiste en acudir al argumento hipotético y perogrullesco de que si A no hubiera disparado B no habría muerto, sino a razonar médicamente por qué la bala alojada en el cerebro ha sido, por los destrozos ocasionados, la que realmente ha provocado (condicionado) el fallecimiento de la víctima.

### **C. El significado actual de la causalidad en la teoría del delito**

El triunfo de la teoría de la condición ha relativizado el significado para el Derecho penal del problema causal, al que todavía hace pocas décadas se le atribuía un papel determinante para limitar la tipicidad. Hoy en día existe acuerdo en la ciencia, y crecientemente también en la jurisprudencia, en que la causalidad es un concepto ontológico que debe ser establecido de acuerdo con la teoría de la condición, y que no es con otras teorías discrepantes de la equivalencia —como la de la adecuación, la de la relevancia o la de la interrupción del nexo causal— con las que ha de delimitarse el contenido de la acción típica, sino que las restricciones a la causalidad (condicionalidad) realmente existente deben llevarse a cabo con un criterio abierta y confesadamente normativo: el de la llamada imputación objetiva, que opera, fundamentalmente, con la idea del fin de protección de la norma<sup>5</sup>.

No obstante lo expuesto, la existencia de la causalidad sigue siendo un requisito indispensable en todos los tipos penales: en los delitos de peligro porque para que se dé el tipo es imprescindible que al autor haya causado (condicionado) el riesgo; y en los deli-

<sup>5</sup> Recientemente se han publicado en castellano dos excelentes libros sobre la imputación objetiva: uno, de mi discípula, MARTINEZ ESCAMILLA (*La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992), y el otro, de REYES ALVARADO (*Imputación objetiva*, Santa Fe de Bogotá, 1994). En la jurisprudencia cfr. sólo la sentencia del TS de 21 de diciembre de 1993, A. 9598: la “doctrina de la equivalencia sirve tan sólo para asentar en primer término la relación causal derivada de Leyes naturales y de la experiencia científica, a la que hay que aplicar un primer correctivo, ya no de la culpabilidad como antes se pretendía, sino de carácter normativo, que no es otro que la relevancia jurídico-penal obtenida del tipo correspondiente o conducta ajustada al tipo, de donde se obtiene la imputación objetiva, con base en el riesgo creado y en el fin de protección de la norma”.

tos de lesión, porque éstos presuponen que conste que el sujeto activo ha causado (condicionado) el menoscabo del bien jurídico, no bastando, por ejemplo, con que lo único que se haya podido probar es que la conducta creó meramente un riesgo. Por ello, hay que adherirse a la doctrina contenida en la sentencia del TS de 9 de mayo de 1964 (A. 2435), que estimó que no existía un aborto con resultado de muerte del párrafo último del art. 411, sino únicamente una tentativa de aborto, al establecer el dictamen forense que, aunque era altamente probable que el fallecimiento de la embarazada a causa de un fallo cardíaco obedeciese al trauma que para ella supuso someterse a unas prácticas abortivas, no obstante no se podía descartar, a la vista del grave estado de salud previo de la mujer, que su infarto hubiera sido independiente de la conducta abortiva ni que, por consiguiente, la mujer no habría fallecido igualmente aunque no se hubiera intentado interrumpir su embarazo: teniendo en cuenta que todo ello lo que pone en duda es la causalidad (condicionalidad) de la conducta de aborto para la muerte y teniendo en cuenta, asimismo, que el aborto con resultado de muerte es un delito de lesión (muerte), de ahí que si no se ha podido demostrar que el autor del aborto fuese también el de la muerte, sea imposible reconducir científico-naturalmente ese resultado a una conducta de la que no se sabe si lo produjo o no. Igualmente correcta es la doctrina establecida en la sentencia del TS de 15 de abril de 1991 (A. 2775), donde la víctima, que salió de un bar a una calle solitaria acompañada únicamente por los dos procesados, falleció a consecuencia de una sola herida de navaja en la ingle que le cortó la femoral, sin que se pudiera probar cuál de los dos procesados condicionó la muerte con la puñalada, ni tampoco que se hubieran puesto de acuerdo para matar al sujeto pasivo: aunque ciertamente tuvo que ser alguno de los dos acusados quien necesariamente causara la muerte, como no se pudo demostrar cuál de ellos fue el que lo hizo, de ahí que sea inevitable apreciar, con el TS, que ambos deben ser absueltos del homicidio del que venían acusados.

En cambio, la sentencia del TS de 29 de enero de 1983 (A. 702) no puede convencer<sup>6</sup>. Ciertamente que el periodista Vinader actuó

<sup>6</sup> Sobre el caso Vinader, cfr. GIMBERNAT, Relación de causalidad en la exigencia de responsabilidades penales con motivo del ejercicio del derecho a la libre expresión de las ideas (el caso Vinader), Estudios de Derecho penal, 3ª ed., 1990, pp. 92-96.



imprudentemente cuando en dos reportajes publicados en la revista "Interviú" de diciembre de 1979 y enero de 1980, daba toda clase de detalles —incluyendo sus fotografías— de determinados individuos de ideología ultraderechista, dedicados supuestamente a actividades violentas anti-ETA, siendo asesinadas pocos días después por la banda terrorista dos de las personas mencionadas por Vinader. Pero como los autores materiales de los asesinatos nunca fueron hallados y, por consiguiente, no se pudo demostrar ni que hubieran leído los dos artículos de Vinader ni tampoco —para el caso de que hubieran tenido conocimiento de ellos— que ETA no hubiera estado ya al tanto, por sus propios servicios de información, de la identidad de los que posteriormente fueron asesinados, de ahí que lo único que se le puede imputar al periodista sea una acción imprudente que en principio ponía en peligro la vida de las personas a las que mencionaba en sus informaciones; pero ello no basta para condenar por un homicidio imprudente: éste es un delito de lesión que exige, no que la conducta haya creado un peligro para el bien jurídico, sino que haya causado (condicionado) efectivamente su lesión, lo que a la vista de los antecedentes de hecho de la sentencia es algo que científico-naturalmente no pudo ser probado.

La conclusión de lo anterior es que la relación de causalidad, entendida como relación de condicionalidad, sigue siendo un elemento fundamental de la tipicidad, pues tanto los delitos de peligro como los de lesión exigen para su aplicación que se demuestre que el comportamiento ha condicionado en el mundo exterior el resultado típico (de lesión o de peligro).

### **III. LA DISTINCIÓN ENTRE EL DELITO DE ACCIÓN Y EL DE OMISIÓN**

#### **A. El criterio de la aplicación de energía**

En un sentido científico-natural la omisión no causa nada<sup>7</sup>, pues como se caracteriza por la ausencia de (porque no se aplica) ener-

<sup>7</sup> Doctrina dominante (en contra, sin embargo y por ejemplo, TOEPFL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlín, 1992, pp. 93 y ss.). En la ciencia, cfr., por todos, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*. AT, 4ª ed., Berlín, 1988, p. 559; en la jurisprudencia cfr., por todas, la sentencia del TS de 1 de junio de 1992 (5203): "Las omisiones carecen de efecto causal: la nada, nada causa".

gía, y la causalidad, en cambio, porque mediante el empleo de energía se influye materialmente en un resultado, de ahí que, desde el punto de vista de las ciencias de la naturaleza, la in-actividad, en cuanto que no pone en marcha cadenas causales en el mundo exterior, no pueda influir en la producción energética de un resultado: *ex nihilo nihil fit*<sup>8</sup>. Expresándolo con un ejemplo: si A dispara (acción) contra B, y lo mata, sin que C haga nada para impedirlo (omisión), el resultado de muerte habrá sido causado científico-naturalmente por el primero, en cuanto que es él quien ha desencadenado una fuerza (el disparo) que ha producido materialmente la consecuencia del fallecimiento de la víctima, mientras que C, porque no ha aplicado energía alguna, nada puede tener que ver tampoco, desde un punto de vista estrictamente causal, con un resultado de muerte que supone, precisamente, una transformación de energía (en este caso, de disparo en muerte): de C no se puede decir, por consiguiente, que haya causado algo mediante una in-actividad (mediante una no-aplicación de energía) sino únicamente que, si hubiera actuado, habría impedido (o, al menos, habría disminuido el riesgo de) el resultado de muerte.

## **B. Comportamientos estrictamente omisivos**

En Derecho penal nos podemos encontrar con comportamientos de una persona en los que su única relación con un resultado (no evitado) ha consistido en una inactividad sin mezcla alguna de comportamiento activo. El guarda de paso a nivel que no baja la barrera (o, en su caso, que no tensa las cadenas, cerrándolas) cuando se aproxima el tren, que arrolla así al conductor y, en su caso, a los ocupantes del vehículo que se cruza entre las vías<sup>9</sup>, los encargados de la vigilancia, que, ante un fenómeno atmosférico

<sup>8</sup> La distinción entre acción y omisión sobre la base del criterio de la aplicación o no-aplicación de energía tiene su origen en ENGISCH (Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Tübingen, 1931, p. 29; Tun und Unterlassen. Gallas-Festschrift, Berlin-New York, 1973, pp. 170 y ss.), y ha encontrado una considerable aceptación en la doctrina posterior.

<sup>9</sup> El TS se ha ocupado de imprudencias de guardas de pasos a nivel en las sentencias de 25 de abril de 1964, A. 2260, 23 de febrero de 1970, A. 1007, 2 de marzo de 1977, A. 885, 24 de enero de 1981, A. 240, 13 de junio de 1981, A. 2653, 22 de abril de 1982, A. 2106, 16 de mayo de 1988, A. 3666, y 26 de marzo de 1990, A. 3007; y de la de factores de circulación que no accionan a tiempo las agujas de cambio, en la sentencia de 11 de mayo de 1968, A. 2447.

con grandes vertidos de agua, no abren (o no ordenan abrir) las compuertas de una presa, desmoronándose ésta, y provocando una catastrófica inundación con daños en la vida y en la integridad de las personas y en la propiedad<sup>10</sup>, el electricista municipal que, a pesar de haber sido requerido para ello, no repara una farola pública, cuyos cables han quedado al descubierto, falleciendo un niño al entrar su cuerpo en contacto con dichos cables<sup>11</sup>, los empresarios, arquitectos, directores de obras, etc., que permiten pasivamente que los obreros instalen, primero, instrumentos de trabajo sin las medidas de seguridad prescritas por alguna de las numerosas normas extrapenales sobre higiene y seguridad en el trabajo —especialmente por la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo, aprobada por Orden de 9 de marzo de 1971—, porque, por ejemplo, los andamios no tienen anclajes, ni barandillas aquéllos o los huecos del edificio en construcción, o porque no se utilizan cinturones de seguridad, o porque no se han colocado las redes reglamentarias para evitar las caídas al vacío, o existe una acumulación de todas estas irregularidades, o se trabaja sin las medidas preceptivas para evitar descargas eléctricas, falleciendo o resultando lesionado algún trabajador<sup>12</sup>, en todos estos ejemplos

<sup>10</sup> Así el supuesto de hecho de la sentencia (no publicada) de 23 de octubre de 1990 de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Valencia (caso presa de Tous).

<sup>11</sup> Así el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 20 de octubre de 1993, A. 7810.

<sup>12</sup> Así, entre las innumerables sentencias, los supuestos de hecho de las de 21 de marzo de 1980, A. 1169; 29 de abril de 1980, A. 1505; 10 de mayo de 1980, A. 1906; 13 de junio de 1980, A. 2757; 7 de julio de 1980, A. 3133; 10 de octubre de 1980, A. 3681; 10 de abril de 1981, A. 1622; 7 de junio de 1988, A. 4489; 15 de mayo de 1989, A. 6738; 22 de diciembre de 1989, A. 924 (del tomo de 1990); 26 de diciembre de 1989, A. 9788; 9 de abril de 1990, A. 3216; 15 de julio de 1992, A. 6375; 4 de octubre de 1993, A. 7276.

A veces los accidentes de trabajo son reconducibles, sin embargo, no a una omisión de los encargados, sino a una acción imprudente que desencadena el resultado lesivo en un lugar de trabajo que funciona sin medidas de seguridad. Así, por ejemplo, en el supuesto de hecho del auto del TS de 22 de mayo de 1990, A. 2590: los procesados “encargaron a Juan A. S. la ejecución de unas obras de impermeabilización de un tejado situado bajo una lona de alta tensión carente de protección, que el operario que trabajaba con una regleta mecánica de 3 metros de longitud tocó, sufriendo una descarga eléctrica que determinó su fallecimiento inmediato”; y en el de la sentencia de 27 de abril de 1994, A. 3304: el encargado de obras “encomendó” el manejo de la grúa a una persona inexperta, y ello “provocó que la grúa se desplomara golpeando a un trabajador que falleció por shock traumático”.

parece que si ha de imputarse a esas personas (guardabarreras, encargados de presas, electricista, arquitectos y directores de obra) los resultados producidos, esa responsabilidad penal sólo se podrá reconducir a las correspondientes omisiones que habrían evitado (o habrían podido evitar) los resultados.

### **C. Comportamientos con aspectos activos y omisivos**

En muchas ocasiones, sin embargo, el comportamiento humano no se presenta de una manera tan aporoblemática como estricta omisión, sino que aparece con una estructura compleja en la que se entremezclan en un mismo sujeto actividades causantes del resultado con inactividades no impiedientes de éste. Ello puede suceder incluso en un caso tan paradigmático de la omisión como el del guarda de paso a nivel; pues si éste llevaba ya algunas horas en su puesto de trabajo, el hecho de que las barreras estuvieran levantadas al tiempo del accidente (y esa circunstancia de que estuvieran levantadas es justamente la que fundamenta la responsabilidad penal) tiene su origen, tanto en que el vigilante, previamente y después del paso del tren anterior, había vuelto a levantar (acción) dichas barreras, como a que posteriormente, por descuido y cuando iba a pasar el convoy que causó el accidente, no las bajó (omisión).

En el delito imprudente nos encontramos a menudo con esta concurrencia en un mismo autor de conductas positivas causantes del resultado con conductas negativas no impiedientes del mismo. El incendio imprudente de un bosque podría reconducirse tanto a la acción de encender fuego para calentar comida como a la omisión de no apagarlo cuando el excursionista regresa a su casa. Al accidente que se produce al deslizarse una pieza cilíndrica de gran peso cargada en un camión sin haber sido convenientemente calzada<sup>13</sup>, podría buscársele su origen tanto en una acción (carga del cilindro en el vehículo) como en la omisión de no calzar la mercancía. La transfusión de sangre sin haberla sometido a pruebas anti-SIDA, y las lesiones causadas a distintas personas como consecuencia de ello<sup>14</sup>, hace surgir la duda de si aquí estamos ante un

<sup>13</sup> Así el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 3 de mayo de 1980, A. 1800.

<sup>14</sup> Así el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 18 de noviembre de 1991, A. 9448.

delito de acción (porque se transfunde sangre contaminada) o uno de omisión (porque no se efectuaron la pruebas preceptivas para detectar la eventual existencia de anticuerpos anti-VIH). La muerte o las lesiones a consecuencia de una gasa olvidada por el cirujano dentro del cuerpo del paciente intervenido<sup>15</sup> pueden contemplarse tanto desde la perspectiva de la omisión (el médico no extrae el cuerpo extraño antes de concluir la operación), como desde el de la acción (la gasa causante de la lesión del bien jurídico estaba en el cuerpo del enfermo porque previamente fue introducida en él por el facultativo). La hemorragia que (dolosa o imprudentemente) causa la muerte de un recién nacido<sup>16</sup> se produce porque, primero, se corta (acción) el cordón umbilical y porque, después, no se evita, al no ligarlo, que el niño se desangre (omisión). En la tragedia de la discoteca "Alcalá 20"<sup>17</sup> donde, en diciembre de 1983, a consecuencia de un incendio fallecieron 82 personas y otras muchas resultaron lesionadas produciéndose igualmente gravísimos daños, la no adecuación del local a las normas extrapenales de prevención de incendios<sup>18</sup> consistió, entre otras irregularidades, en la colocación en el local de revestimientos textiles y de cortinas que luego no fueron ignifugados, en la ausencia de bocas de riego suficientes para cubrir toda la superficie de la sala de fiestas, en las deficiencias de las escaleras —de forma curva, con peldaños demasiado altos, excesivamente estrechas y sin pasamanos con los que guiarse en la oscuridad subsiguiente al incendio—, y en que las salidas de emergencia (porque no daban directamente a la calle, porque las vías de evacuación tenían recorridos muy largos, porque el ancho de las puertas era muy angosto) eran antirre-

<sup>15</sup> Así los supuestos de hecho de las sentencias del TS de 5 de marzo de 1965, A. 814 y de 17 de noviembre de 1987, A. 8532, y de la del TC 102/1994, de 11 de abril.

<sup>16</sup> Así los supuestos de hecho de las sentencias del TS de 9 de mayo de 1966, A. 2339, 3 de junio de 1969, A. 3160, 28 de junio de 1980, A. 3064, 28 de marzo de 1989, A. 2746, y 31 de marzo de 1993, A. 2598.

<sup>17</sup> Enjuiciada por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Madrid en la sentencia (no publicada) de 20 de abril de 1994.

<sup>18</sup> Fundamentalmente: al Reglamento de Espectáculos Públicos, aprobado por Orden de 3 de mayo de 1935, derogado en parte, al tiempo de los hechos, por el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, aprobado por Real Decreto 2816/1982, de 27 de agosto, y, por haberse producido el incendio en Madrid, a la Ordenanza Primera de Prevención de Incendios del Ayuntamiento de Madrid, de 27 de enero de 1976.

glamentarias, por lo que el comportamiento imprudente de los propietarios de la discoteca parece residir en un cúmulo de acciones y de omisiones. Asimismo en el comportamiento imprudente contenido en el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 5 de junio de 1981 (A. 2577), en el que el conductor del autobús atropelló a un motociclista, encontramos tanto una acción causante del resultado —el autobús se encontraba justamente delante de la motocicleta en el momento del accidente porque, apretando el pedal del acelerador y conduciendo a una “velocidad no excesiva” previamente se hallaba situado detrás de la moto— como una omisión a la que igualmente se podría reconducir el resultado —el conductor no frenó ante un semáforo en rojo, arrollando entonces al motorista que estaba parado frente al paso de peatones—. Un penúltimo ejemplo: los accidentes que se producen como consecuencia de la no señalización durante la noche de rebaños de animales<sup>19</sup>, de la no colocación de faroles en una obra al llegar la oscuridad<sup>20</sup>, del estacionamiento de un vehículo —por avería o por otra circunstancia— en horas nocturnas, sin encender el alumbrado de situación o colocar otras señales como triángulos reflectantes<sup>21</sup>, tienen en común igualmente la concurrencia de acciones (conducción de rebaños, ejecución de obras, colocación de un vehículo en un lugar determinado) con omisiones (no señalización de los correspondientes obstáculos). Finalmente y por no seguir prolongando los ejemplos: cuando a consecuencia de un desprendimiento resultan sepultados —y muertos o lesionados— los obreros que trabajan en las excavaciones de pozos, zanjas o galerías, y todo ello sucede porque estas obras no han sido convenientemente entibadas, esto es: fortificadas y revestidas para la contención de tierras (arts. 254 y ss., Ordenanza de Trabajo en la Construcción, Vidrio y Cerámica, aprobada por Orden de 28 de agosto de 1970)<sup>22</sup>, la responsabilidad de los directores técnicos de las obras,

<sup>19</sup> Así el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 9 de mayo de 1966, A. 2338.

<sup>20</sup> Así los supuestos de hecho de las sentencias del TS de 5 de abril de 1968, A. 1762, y de 10 de mayo de 1969, A. 2736,

<sup>21</sup> Así los supuestos de hecho de las sentencias del TS de 6 de octubre de 1980, A. 3661, 12 de julio de 1984, A. 4043, y 30 de enero de 1985, A. 381.

<sup>22</sup> Así los supuestos de hecho de las sentencias del TS de 5 de mayo de 1980, A. 1806, 16 de junio de 1980, A. 2627, 20 de noviembre de 1980, A. 4523, y 15 de junio de 1985, A. 3012.

capataces, etc., podría vincularse, en principio, tanto a las órdenes que dieron (acción) a los operarios para que procedieran a una excavación como a la omisión de no advertirles y de no procurar que se realizaran las preceptivas entibaciones.

A pesar de las dificultades que existen para determinar si un comportamiento ha de ser considerado activo u omisivo, la solución —o, al menos, y teniendo en cuenta los limitados objetivos de este artículo: el planteamiento de la solución— del problema parece que no se puede eludir, dado que, según la doctrina dominante, los presupuestos de imputación del resultado son distintos en cada una de las dos clases de comportamiento. Mientras que en el comportamiento activo doloso o imprudente para la imputación del resultado se requeriría (y bastaría con) que aquél hubiera causado científicamente éste (con las limitaciones, naturalmente, que impone el criterio de la imputación objetiva), en la omisión, en cambio, los presupuestos de la responsabilidad por un resultado serían otros: por una parte, que el omitente tuviera una posición de garante, y, por otra, que la acción omitida, con una probabilidad rayana en la certeza, hubiera evitado el resultado (o según otra tesis, minoritaria, hubiera disminuido el riesgo de lesión<sup>23</sup>).

### **1. Supuestos de hecho en los que la acción precede a la omisión**

a) Si en el comportamiento de un mismo sujeto aparece, primero, una acción causante del resultado, y, después, una omisión de haberlo impedido, el delito de acción quedará descartado si en la actividad condicionante de la lesión no concurrió dolo ni imprudencia. Ciertamente que los comportamientos activos de introducir una gasa durante la operación (que luego no se retira), de levantar la barrera de un paso a nivel (que después no se baja cuando va a pasar el tren), de cortar un cordón umbilical (que más tarde no se liga), de ejecutar una obra o de colocar un obstáculo (que posteriormente no se señalizan), de conducir un automóvil (que luego, al llegar a un semáforo en rojo, no se frena), de encender en el bosque un fuego para cocinar (que no se apaga al regresar a casa), están en relación de condicionalidad con las correspondientes consecuencias de muertes, lesiones y daños, y que, por consi-

<sup>23</sup> Ver infra V.C.

guiente, el autor ha hecho una aplicación de energía que ha desembocado en los resultados típicos.

Pero que exista una acción causante del resultado típico no quiere decir, todavía, que concurra un delito de acción. Pues ciertamente que la tipicidad de éste consiste, en su aspecto objetivo, en que un comportamiento activo haya condicionado un resultado típico, pero en el subjetivo requiere, además, que ese condicionamiento se haya realizado dolosa o imprudentemente<sup>24</sup>, y como en los casos que nos ocupan las correspondientes acciones (por ejemplo: la de colocar un obstáculo o la de encender fuego en el bosque) no se realizaron con la intención de lesionar o de matar a nadie, y, por otra parte, son comportamientos en sí correctos (esto es: no imprudentes), entonces, y por faltar el tipo subjetivo, esas acciones causantes del resultado son atípicas; de ahí que no haya otra forma de vincular una responsabilidad penal al sujeto que la de recurrir a lo único que puede fundamentarla: a sus omisiones de no señalar el obstáculo o de no apagar el fuego que, al ser indubitablemente imprudentes, permiten su consideración como conductas típicas (omisivas).

Resumiendo: si un mismo sujeto ha causado un resultado y, posteriormente, ha omitido impedirlo, el delito será de omisión si el comportamiento activo causante, por no ir acompañado de dolo ni de imprudencia, no es subsumible en el correspondiente tipo del delito de acción.

b) El enjuiciamiento del comportamiento como activo u omisivo podría variar en el supuesto, que obviamente y tal como están formulados no concurría en ninguno de los ejemplos con los que estamos operando, de que, al tiempo de ejecutar la acción, el autor desencadenara el proceso causal bien con dolo de producir el resultado típico, bien con imprudencia. El criterio a seguir en estos casos en que tanto la acción como la omisión subsiguiente se consuman con dolo o imprudencia es el de que, a desigualdad desvalorativa de comportamientos (activo u omisivo), prevalece el más grave, e incluso pueden concurrir ambos si los títulos de imputa-

<sup>24</sup> Con la doctrina dominante, opino que el dolo y la imprudencia no son formas de culpabilidad, sino que integran la parte subjetiva de, respectivamente, los tipos dolosos e imprudentes (cfr. sólo GIMBERNAT, El sistema del Derecho penal en la actualidad, Estudios de Derecho Penal, 1990, pp. 171 y ss.).



ción (dolosos o imprudentes) son distintos y distintos también los bienes jurídicos lesionados —así, el homicidio imprudente activo (bien jurídico lesionado: vida) concurre con la ulterior omisión del deber de socorro dolosa (bien jurídico protegido: solidaridad)—; y el de que, en el caso de que ambos comportamientos sean igualmente graves, quedan agrupados, como una unidad natural de acción<sup>25</sup>, en una única conducta comisiva-omisiva<sup>26</sup>.

Con esto queda esbozada la solución a este grupo de casos, sin que sea posible entrar en ulteriores detalles, pues uno de los criterios de gravedad: el de determinar cuando una inactividad dolosa constituye una (más grave) comisión por omisión o una (más leve) omisión propia —en los supuestos que nos ocupan sería preciso abordar, además y dado que estamos ante omisiones precedidas de acciones, el discutido problema de si la injerencia fundamenta o no una posición de garante y, con ello, una comisión por omisión—<sup>27</sup>, queda al margen del objeto del presente trabajo, donde sólo se va a tratar la comisión por omisión imprudente.

<sup>25</sup> Sobre la unidad natural de acción, cfr. GIMBERNAT, El ocasionamiento de muerte que empieza como asesinato y acaba como homicidio, Estudios de Derecho Penal, 1990, p. 216.

<sup>26</sup> El criterio de que cuando existan dudas sobre si estamos ante un delito de acción o uno de omisión hay que dar preferencia a aquél, porque la acción es siempre más grave que la omisión, es sólo plausible sobre la base de los presupuestos de la doctrina dominante que considera que la comisión por omisión tiene siempre menos entidad desvalorativa que la acción. Frente a ello hay que decir que si una omisión no alcanza a la gravedad de la acción, entonces es que no puede ser calificada de comisión por omisión y que, por ello, hay que revisar los criterios que mantiene la doctrina dominante para establecer que una omisión es una impropia. Como expondré más adelante (infra IV.D.2.d, ver también, para los delitos dolosos de omisión impropia, V.D.), en el delito imprudente —y de acuerdo con los criterios que estableceremos— existe una coincidencia desvalorativa entre acciones y omisiones; por ello, ninguna clase de comportamiento puede prevalecer frente a la otra, sino que en tales casos el comportamiento debe ser enjuiciado como una unidad natural de acción comisiva-omisiva: si una persona, en un verano caluroso y seco y a pesar de que ello está prohibido, enciende fuego en el bosque (acción imprudente) y luego olvida apagarlo (omisión imprudente) (cfr., en este sentido, el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 25 de septiembre de 1970, A. 3800), será ese comportamiento complejo comisivo-omisivo el que, como unidad natural de acción, cumplirá el tipo del incendio imprudente.

<sup>27</sup> La idea de la injerencia, como tercera fuente, junto a la ley y al contrato, de posiciones de garante, tiene su origen en STÜBEL (1828), KRUG (1855), GLASER (1858) y MERKEL (1867); para más detalles, cfr. TRAEGER, *Das Problem der Unterlas-*

c) En ocasiones, sin embargo, aunque la acción causante del resultado se ejecute con dolo de lesión, no obstante, para poder fundamentar una responsabilidad jurídico-penal, habrá que seguir recurriendo a la omisión: ello es lo que sucede cuando el comportamiento activo viene exigido como único correcto por las circunstancias objetivas del acontecimiento<sup>28</sup>: así, en los nacimientos, donde lo objetivo y necesariamente correcto es cortar el cordón umbilical, o en una intervención quirúrgica donde la *lex artis* exige ineludiblemente que se apliquen gasas para contener eventuales hemorragias. De ahí que, aunque ya en el momento de aplicar la gasa o de seccionar el cordón exista la intención de no retirar

---

sungsdelikte im Straf- und Zivilrecht, Enneccerus-Festgaben, 1913, pp. 30 y ss.; RUDOLPHI, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, Göttingen 1966, pp. 6 y ss.; PFLEIDERER, Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun, Berlin, 1968, pp. 48 y ss. En la doctrina moderna, el principal impulsor de la tesis (todavía muy minoritaria) que niega que el hacer precedente —criterio sobre el que, por lo demás, siempre ha planeado el fantasma del dolo subsiguiente: cfr. TRAEGER, op. cit., p. 32; SCHWARZ, Die Kausalität bei den sogenannten Begehungsdelikten durch Unterlassung, 1929, pp. 16-17; FRANK, StGB, 18ª ed., 1931, p. 18— pueda convertir al injerente en garante y, con ello, en autor o partícipe de un delito de comisión por omisión, es SCHÜNEMANN (cfr. Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, pp. 316, 323 y passim; Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung, GA 1974, p. 233; Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, p. 236; Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW 96 [1984], pp. 291-292, 294 y 308). Más o menos radicalmente en contra del criterio de la injerencia se han manifestado también, WELZEL (Zur Problematik der Unterlassungsdelikte, JZ 1958, p. 495; Comentario a una sentencia del OLG Karlsruhe de 15/10/1959, JZ 1960, p. 180; Das Deutsche Strafrecht, 11ª ed., 1969, p. 216); BAGIGALUPO, ADPCP 1970, p. 45 [en Principios de Derecho penal. Parte General, 2ª ed., Madrid, 1990, p. 264, BAGIGALUPO se muestra mucho menos contundente con el rechazo de la idea' de la injerencia]; ROXIN, Ein "neues Bild" des Strafrechtssystems, ZStW 83 (1971), p. 403; LANGER, Das Sonderverbrechen, 1972, pp. 504/505; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho penal, 1982, p. 407; SEEBODE, Zur gesetzlichen Bestimmtheit des unechten Unterlassungsdelikts. Spindel-Festschrift, 1992, p. 344. La teoría de BRAMMSEN, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, 1986, pp. 392, 403, 413, 417, 420, 421, 436 y passim, de fundamentar la responsabilidad del injerente no en una omisión, sino en la acción previa, ha sido rechazada unánimemente por la doctrina: cfr. GÖSSEL, en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Strafrecht. AT, II, 7ª ed., 1989, p. 205; JAKOBS, Strafrecht, AT, 2ª ed., 1991, p. 801 n. 53; FREUND, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, pp. 179/180 n. 75; RUDOLPHI, SK, I, 6ª ed., 1993, § 13 n. m. 38.

<sup>28</sup> Sobre este grupo de casos, cfr. GIMBERNAT, ¿Qué es la imputación objetiva?, Estudios de Derecho Penal, 1990, p. 216.

aquella o de no ligar éste, no obstante y porque la intención no se ha manifestado en el mundo exterior con una mínima apariencia delictiva, por ello, sobre la base del principio cogitationis poenam nemo patitur, no puede vincularse responsabilidad penal alguna a una actividad que venía exigida por las circunstancias del momento: en esos casos habrá que recurrir nuevamente a las omisiones (no se ha extraído la gasa, no se ha anudado el cordón) subsiguientes para poder imputar el resultado. Aquí, por lo tanto, la situación es distinta a los casos anteriormente estudiados de encender un fuego en un bosque o de colocar un obstáculo: estas actividades no vienen exigidas por nada, por lo que si se realizan con la intención previa de luego no apagar o no señalar, tales comportamientos activos fundamentarían ya la realización de un tipo por acción.

## **2. Supuestos en los que la omisión (aisladamente o en concurrencia con otras acciones) precede a la acción causante del resultado**

En la distinción entre delito de acción y de omisión nos hemos ocupado hasta ahora de supuestos de hecho en los que el mismo sujeto realiza previamente un comportamiento activo (generalmente, sin dolo ni imprudencia) al que subsigue uno omisivo (imprudente). Otras veces, en cambio, y de estas conductas vamos a ocuparnos a continuación, la omisión precede a la acción. Estamos entonces ante casos como el de la transfusión de sangre que no ha sido sometida previamente al test anti-SIDA<sup>29</sup>, o el de "Alcalá 20", donde, entre otras irregularidades, no se habían ignifugado los recubrimientos textiles ni las cortinas del local, ni se habían colocado suficientes bocas de riego ni tampoco pasamanos en las escaleras.

A diferencia de los casos hasta ahora estudiados, donde la omisión que subseguía a la acción era siempre jurídico-penalmente relevante<sup>30</sup>, lo que caracteriza a este nuevo grupo es que en él la omi-

<sup>29</sup> Este supuesto presenta un esquema semejante al muy discutido alemán, del que informa MARTINEZ ESCAMILLA, op. cit., p. 194, de los "pelos de cabra" (RGSt 63, 211 y ss.), en el que el propietario de una fábrica de pinceles entrega a sus empleadas pelos de cabra chinos sin desinfectar, muriendo algunas de ellas a consecuencia del bacilo de corbunco.

<sup>30</sup> Lo cual no quería decir que (aislada o conjuntamente con la acción) entrara en todo caso en la desvaloración jurídico-penal, ya que, como hemos visto, si el

sión —en sí y tomada aisladamente— no integra ningún tipo delictivo, por lo que, al aparecer como única conducta típica una activa (imprudente) es a ella a la que necesariamente hay que vincular la imputación del resultado.

a) En el caso de la transfusión de sangre no sometida al test anti-SIDA, como en el de la entrega de los pelos de cabra no desinfectados, la omisión precede a la acción (de transfundir, de poner a disposición de las operarias el material de trabajo), pero esa omisión, como tal, no es subsumible en ningún tipo jurídico-penal. Mientras la sangre no se transfunde, los pelos de cabra no se entreguen a las trabajadoras, o, para acudir a un último ejemplo, yo tenga el coche en mi garaje sin líquido de frenos, no se está llevando a cabo ninguna omisión jurídico-penalmente relevante. El comportamiento se convierte en jurídico-penalmente relevante sólo mediante la acción: cuando el médico transfunde, cuando el fabricante entrega el material no desinfectado, o cuando yo decido conducir el vehículo que, por no tener líquido de frenos, provoca un accidente. Es entonces cuando se consuma un delito imprudente por acción, ya que aquellas carencias de los medios con los que materialmente se causan los resultados imprudentes no son sino faltas de medidas de precaución que, por sí solas y sin un comportamiento activo, son inidóneas para ponerlas en relación con un resultado. Por consiguiente y resumiendo: como en estos casos las omisiones, en sí y aisladamente, no son ni siquiera objetivamente típicas, de ahí que el único comportamiento al que se pueda recurrir para fundamentar una responsabilidad jurídico-penal sea el activo causante del resultado de transfundir sangre (o de entregarla a quien la va a transfundir), de proporcionar material de trabajo no desinfectado a las operarias o de arrollar a otro conduciendo un vehículo sin frenos, estamos, pues, ante un delito de acción.

b) El caso de “Alcalá 20” coincide con los que acabamos de estudiar en que también allí hubo unas omisiones previas (no ignifugación de textiles y cortinas, no instalación de suficientes bocas de riego, no colocación de pasamanos en las escaleras) que, en sí y como meras ausencias de medidas de precaución, no habrían sido

---

comportamiento activo tenía mayor gravedad, entonces la omisión —en sí jurídico-penalmente relevante— quedaba desplazada.

nunca subsumibles en un delito imprudente de resultado en comisión por omisión. La corrección de esta tesis se demuestra porque en este supuesto, además de las omisiones y a diferencia de los que acabamos de exponer supra a), también se realizaron acciones (instalación de escaleras de forma curva y con peldaños demasiado altos, etc.) que, por sí solas, únicamente suponían, nuevamente, la ausencia de medidas de precaución, inidóneas, como tales y sin ulteriores comportamientos, para producir la muerte o las lesiones de nadie. La construcción de una discoteca con estas características antirreglamentarias (reconducibles tanto a acciones como a omisiones) no integra ningún tipo penal de resultado y sólo es susceptible de ser objeto de una sanción de carácter administrativo. De nuevo, pues, estamos ante un supuesto en que el único comportamiento jurídico-penalmente relevante per se y que justifica objetiva y subjetivamente la imputación de los resultados a título imprudente es uno activo: el de poner en funcionamiento la sala de fiestas, pues al posibilitar así que los clientes entraran en un local cuyas características estaban por encima del riesgo permitido, es por lo que aquéllos, al encontrarse dentro del mismo en la madrugada del 17 de diciembre de 1983, pudieron resultar muertos o heridos. Otra vez hay que considerar al delito, por lo tanto, como uno de acción, porque el comportamiento activo de abrir el local al público es el único que puede fundamentar una responsabilidad imprudente (por acción), mientras que las omisiones de medidas de seguridad, como tales omisiones y sin la adición ulterior de conductas positivas, no constituyen injusto penal alguno.

### **3. Supuestos de hecho en los que, mediante acciones y/u omisiones, intervienen varios sujetos en el acontecimiento que desemboca en un resultado típico**

a) Finalmente, y para concluir este apartado dedicado a la distinción entre delito de acción y de omisión, hay que señalar que, cuando concurren varios sujetos cada comportamiento debe ser analizado individualmente, siendo posible tanto que todos los responsables de un resultado imprudente respondan en comisión por omisión como que unos lo hagan por este título y otros, en cambio, por un delito de acción. Y es que lo expuesto hasta ahora rige, fundamentalmente, para aquellos casos en los que los comportamientos activos y/u omisivos concurren en una misma per-

sona. A veces incluso, y para abordar los problemas con la mayor claridad posible, hemos descrito algunos supuestos de una forma simplificada que no coincide exactamente con lo que sucedió en la realidad: en el caso de la transfusión de sangre contaminada con SIDA, por ejemplo, no estamos ante un supuesto como el de los “pelos de cabra”, donde el propietario que entrega el material es la misma persona a quien correspondía desinfectarlo, sino ante otro en el que quien en última instancia causa el resultado por acción: quien transfunde la sangre en quirófano, es un integrante del equipo quirúrgico que, además, actúa sin imprudencia, apareciendo en el acontecimiento anterior otras personas distintas de las que unas realizan acciones (así la Jefe del Servicio de Hematología que entrega a los cirujanos una sangre no cribada) y otras omisiones (así, los médicos y ejecutivos del Hospital responsables, que no adquirieron, a pesar de que lo deberían haber hecho, el instrumental idóneo para llevar a cabo el test anti-SIDA). A diferencia del caso de los “pelos de cabra” o del caso del propietario de un vehículo sin líquido de frenos, donde con la mera omisión sin más de las medidas de precaución no se ha realizado ningún ilícito penal, porque el acontecimiento sigue bajo el control del omitente, y éste sólo comete un delito cuando mediante una actividad (de entregar el material, de conducir el coche) condiciona que el instrumento al que le faltan aquellas medidas de precaución despliegue efectos causales, en el supuesto del SIDA los responsables de que la sangre que se transfundía no estuviera contaminada, y que omitieron hacerlo, dejaron de tener el control del foco de peligro cuando éste pasó a las personas encargadas de la transfusión, por lo que aquella omisión no aparece ya (como en el caso del líquido de frenos) como una mera omisión de medidas de precaución jurídico-penalmente irrelevante mientras el propietario del vehículo —al mismo tiempo omitente y actuante— no conduzca el coche provocando el accidente, sino como una omisión de evitar que otro transfundiera sangre no sometida al obligado test anti-SIDA, es decir: como una omisión de impedir la causación imprudente de un resultado de lesiones<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Al caso del SIDA volveremos infra IV.B.3.a, al ocuparnos de la relación de causalidad en el delito imprudente.

Por consiguiente, en aquellos supuestos en los que un sujeto causa imprudentemente, o, incluso, fortuitamente (ejemplo: si el farmacéutico vende una medicina en mal estado, cuya ingestión provoca lesiones, no es a él, sino a los responsables del laboratorio a quienes incumbe el control de la calidad de la medicina envasada), un resultado, y otras personas distintas están encargadas de que el foco de peligro no rebase el riesgo permitido y desemboque en una lesión típica, quien actúa podrá responder de un delito imprudente de acción (o de nada, si actúa fortuitamente porque no le correspondía el control del foco de peligro), y los que permiten que el foco (no sometido a las medidas de precaución de cuya aplicación son responsables) despliegue sus efectos causales, de un delito imprudente en comisión por omisión.

b) Como ejemplos de una responsabilidad unitaria en comisión por omisión de todos los intervinientes pueden mencionarse los supuestos de hecho de las siguientes sentencias del TS.

aa) Dentro del marco de la seguridad e higiene en el trabajo, el de la de 13 de junio de 1980, A. 2757 (responsabilidad en comisión por omisión del arquitecto y del maestro albañil por permitir que el obrero lesionado se desplazara por una pasarela formada por dos tablonces, no sujetos entre sí, sobre un hueco y a la altura de la cuarta planta, cayendo al vacío y produciéndose gravísimas lesiones); el de la de 15 de mayo de 1989, A. 6738 (responsabilidad, entre otras personas y en comisión por omisión, tanto del arquitecto y director técnico de la obra como del ingeniero industrial y director técnico de la estructura por no impedir que el obrero fallecido trabajara a una altura de 18 metros, sin barandillas ni pasarelas ni redes, desde donde cayó al vacío); el de la de 17 de noviembre de 1989, A. 8666 (responsabilidad conjunta del Doctor arquitecto, del arquitecto técnico y del encargado de la obra por no adoptar medidas para evitar que cayeran a la vía pública materiales de construcción apilados en un edificio de once alturas, cuyas obras se encontraban suspendidas, alcanzando a un peatón que resultó gravísimamente herido); el de la de 15 de julio de 1992, A. 6375 (responsabilidad conjunta en comisión por omisión del arquitecto director, del aparejador y del encargado de obras por infracción del art. 10 de la Ordenanza de Higiene y Seguridad en el Trabajo, que impone al personal directivo, técnico y mandos intermedios la obligación de hacer cumplir al personal a sus órde-

nes lo dispuesto en la Ordenanza sobre normas de seguridad, no obstante lo cual permitieron que un operario trabajara en el piso sexto de una obra en construcción, sin las preceptivas barandillas, cayendo al vacío y falleciendo instantáneamente); y el de la de 4 de octubre de 1993, A. 7276 (responsabilidad en comisión por omisión tanto del subcontratista de la obra como del encargado de la empresa contratante por no impedir que el obrero trabajara en un andamio, sin cinturones y sin red de seguridad, precipitándose al vacío y falleciendo).

bb) Y dentro del marco de la imprudencia médica, el de la sentencia de 4 de septiembre de 1991, A. 6021, donde, con razón, se condena por un homicidio imprudente en comisión por omisión: al anestesista, porque deja de vigilar al paciente que está siendo operado; al cirujano, porque si bien —y sobre la base del principio de división del trabajo, y para concentrarse en su propia actividad médica, no tiene que intervenir en las tareas propias del anestesista—, lo que sí que le incumbe, como director de la operación, es asegurar la presencia continua de aquél en el quirófano, por lo que si permite que se ausente, responderá igualmente de un homicidio en comisión por omisión, y finalmente, al director del Hospital, porque ciertamente que no tiene el deber de supervisar la actuación concreta del anestesista, pero sí que es responsable de que cada intervención quirúrgica que se desarrolla en su Hospital sea asistida de manera permanente por un anestesista, por lo que si conoce, como en el supuesto de hecho que nos ocupa, que por el reducido número de médicos de esa especialidad, éstos tenían que asistir simultáneamente a varias operaciones, entonces su tolerancia de esa situación fundamenta asimismo una responsabilidad por el resultado en comisión por omisión.

c) Como ejemplos de títulos de imputación concurrentes de varias personas por un delito imprudente, de unas por acción y de otras por comisión por omisión, hay que mencionar aquellos supuestos en los que la responsabilidad del vigilado tiene por base una actividad negligente (acción), y la del vigilante una abstención imprudente (omisión) al no controlar esa actividad. Este es el esquema que está presente, por ejemplo, en el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 7 de junio de 1983, A. 3091 (caso catástrofe del camping Los Almufaces), donde un camión cisterna, conteniendo propileno en una cantidad notoriamente superior a



la permitida, explotó a consecuencia de esa sobrecarga, inflamándose y causando, además de numerosos lesionados, la muerte de más de 215 personas, de entre los turistas que se encontraban en el mencionado camping, y donde al conductor del camión-remolque, que era consciente de que la carga del líquido inflamable excedía de la autorizada, le es imputable un delito de acción (cuya responsabilidad quedó extinguida por haber fallecido también él en el accidente), y de comisión por omisión, en cambio, a los encargados de controlar que dichas cargas se mantuvieran dentro de los límites autorizados, por permitir que el foco de peligro carente de medidas de precaución pudiera causar aquella catástrofe.

#### **D. Resumen**

Como resumen de este apartado sobre la distinción entre el delito de acción y el de omisión pueden establecerse los siguientes principios.

Primero. El comportamiento será obviamente omisivo si en la conducta del sujeto no aparece ningún movimiento corporal causante del resultado típico.

Segundo. Cuando en la conducta se aprecian tanto elementos activos como omisivos, si la acción ha precedido a la omisión, ésta prevalecerá sobre aquélla cuando el comportamiento activo no haya sido típico porque, al tiempo de ejecutarlo, no concurren dolo ni imprudencia. Si, por el contrario, la acción que precede a la omisión se ejecutó ya con dolo o imprudencia, entonces prevalecerá el comportamiento (activo o pasivo) más grave, siendo desplazado el de menor entidad, concurriendo ambos —como unidad natural de comportamiento— cuando sean igualmente graves; en el supuesto de que la acción y la omisión obedezcan a títulos de imputación distintos (imprudente una, dolosa la otra) y que los bienes jurídicos lesionados por aquéllas (por ejemplo, vida en el homicidio, solidaridad en la omisión del deber de socorro) sean distintos también, entrará en juego un concurso (por ejemplo, entre homicidio imprudente y omisión del deber de socorro dolosa). No obstante lo expuesto, si la acción que precede a la omisión viene exigida como única correcta y posible por el ordenamiento jurídico —por ejemplo, corte del cordón umbilical durante un parto—, entonces, y aunque aquélla haya sido ejecutada con dolo, la responsabilidad penal quedará vinculada únicamente a la (comisión por) omisión (no ligadura del cordón umbilical).

Tercero. Si la omisión ha precedido a la acción y se manifiesta como ausencia de medidas de seguridad, entonces como aquélla, como tal omisión, es atípica en el sentido de un delito de resultado (lo más que puede integrar es una infracción administrativa o, en casos excepcionales, un delito de mero peligro<sup>32</sup>), el único comportamiento jurídico-penalmente relevante de resultado será el activo causante de la lesión típica.

Cuarto. Cuando en el acontecimiento intervienen varias personas, los encargados de vigilar que el foco de peligro causante del resultado típico no rebase el riesgo permitido responderán, cuando no cumplen con su obligación y por esa inactividad, por un delito imprudente en comisión por omisión, y quien causa activamente la lesión con el foco de peligro por un delito imprudente de acción (a no ser que esa causación fuera para él fortuita, por corresponder a aquéllos exclusivamente, pero no a éste, las funciones de vigilancia del foco).

#### **IV. EL DELITO IMPRUDENTE DE COMISIÓN POR OMISIÓN**

##### **A. La “relación de causalidad” en la comisión por omisión en general**

###### **1. La aplicación a la omisión de la fórmula (adaptada) de la *conditio sine qua non***

Como hemos visto (supra III.A), entre la omisión y el resultado no puede establecerse, en sentido estricto, una relación de causalidad. La doctrina dominante exige, no obstante, como requisito imprescindible de la responsabilidad por un resultado en la comisión por omisión —tanto en la dolosa como en la imprudente— una cuasicausalidad: ésta concurre cuando consta que la acción omitida por el garante, con una probabilidad rayana en la seguridad, hubiera evitado el resultado. Esta fórmula de la cuasicausalidad

<sup>32</sup> Así, por ejemplo, el art. 348 bis a) (recientemente estudiado por LASCURAIN, en su monografía *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994): “Los que estando legalmente obligados no exijan o faciliten los medios o procuren las condiciones para que los trabajadores desempeñen una actividad con las medidas de seguridad e higiene exigibles, con infracción grave de las normas reglamentarias y poniendo en peligro su vida o integridad física, serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas”.

dad es una adaptación a la comisión por omisión de la funesta fórmula de la *conditio sine qua non* con la que un sector doctrinal trata de determinar la causalidad en el delito de acción; y así como en éste lo que se trataría de establecer sería si suprimiendo el comportamiento el resultado desaparecería o no, en aquélla lo que habría que constatar sería si añadiendo la acción (omitida) el resultado desaparecería o no.

## 2. La exigencia de *seguridad* causal en el delito de acción

En el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 9 de mayo de 1964 (cfr. *supra* II.C), aunque, con toda probabilidad, la intervención abortiva fue la que, en efecto, determinó el fallo cardíaco y la muerte de la embarazada, existía, no obstante, una mínima duda de que dicha intervención no hubiera sido la que ocasionó materialmente el fallecimiento, y esa mínima duda bastó para excluir la aplicación del art. 411, párrafo último; y con razón, pues si lo que el tipo castiga es un aborto con resultado de muerte, iría en contra del principio de legalidad y del de *in dubio pro reo* dar por sentada una relación de causalidad donde no se ha despejado con un cien por cien de certeza que el aborto haya causado la muerte, esto es: que el supuesto de hecho objeto de enjuiciamiento sea subsumible en el tipo correspondiente. Análogamente, en el caso Vinader (cfr. *supra* II.C *in fine*), todo hace pensar que la información que publicó el periodista en la revista "Interviú" fue la que efectivamente desencadenó los asesinatos posteriores; pero como la aplicación del homicidio imprudente exige obviamente la certeza de que concurren sus presupuestos típicos —esto es y entre otros, que exista una relación de causalidad entre el comportamiento negligente y el resultado—, de ahí que la mínima duda de que esa relación de causalidad no se ha dado debería bastar para eximir al periodista de responsabilidad criminal. Al margen ya de supuestos resueltos por la jurisprudencia, un último ejemplo: si A pone veneno en un alimento de X y B le clava una navaja, y la autopsia sólo puede determinar que el fallecimiento de X se debió con un 99 % de probabilidades al veneno, pero no puede descartar la posibilidad de un 1 % de que la muerte sea reconducible al apuñalamiento, la solución del caso es aplicar, tanto a A como a B, un delito contra la vida en grado de frustración; pues no se puede condenar a A por un tipo que requiere haber matado a alguien cuando existe una mínima probabilidad de que no haya sido A quien ha matado.

Estos criterios tan estrictos que hacen imposible condenar por aborto con resultado de muerte o por homicidio imprudente o por un delito consumado contra la vida a los sujetos activos de nuestros ejemplos, no son delicatessen dogmáticas, sino que constituyen uno de los orgullos de un Derecho penal democrático que —por muy fundadas que ellas sean— rechaza que se opere con sospechas y exige la seguridad y la certeza.

### **3. La imposibilidad de establecer un criterio de seguridad en la cuasicausalidad de la omisión**

a) De lo expuesto sobre la causalidad en el delito de acción derivan dos objeciones contra la aplicación a la comisión por omisión de la fórmula adaptada de la *conditio sine qua non*.

Primera objeción. Si la probabilidad rayana en la certeza es insuficiente para imputar un resultado en un comportamiento positivo (porque supondría convertir al delito de resultado en un delito de peligro) y, por ello, no es posible imputar la muerte en el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 9 de mayo de 1964 (aborto con resultado de muerte), ni en el “caso Vinader”, ni tampoco en el ejemplo de que el fallecimiento con un 99 % de probabilidades se debió al veneno y únicamente con una posibilidad del 1 % al apuñalamiento, a pesar de que en todos estos casos tanto la persona que practicó el aborto, como Vinader, como el envenenador causaron la muerte con una probabilidad rayana en la seguridad, entonces —y si se quiere mantener la equivalencia entre acción y omisión— tampoco a ésta se le puede imputar el resultado si “sólo” existe una probabilidad rayana en la certeza de que la acción omitida hubiera evitado el resultado.

Segunda objeción. Pero es que, además, cuando llega el momento de aplicar a los casos concretos de comisión por omisión la fórmula de la *conditio sine qua non* ni siquiera se respeta lo que se ha establecido a nivel de principio: por el contrario, se prescinde de la exigencia de la probabilidad rayana en la certeza —porque ésta muchas veces no puede encontrarse en la vida real— y se califican de delitos consumados de comisión por omisión supuestos en los que sólo existe una (más o menos) elevada probabilidad (pero no rayana en la certeza) de que la acción omitida hubiera evitado el resultado. Y así, ello es lo que sucede en dos “ejemplos de manual” de comisión por omisión, de acuerdo con los cuales respon-

dería por la muerte de la esposa fallecida, como parricida, el marido que no la ha auxiliado cuando cayó enferma o el que no impidió que un tercero la matara.

Si la esposa sufre una peritonitis o un infarto y el marido no la ayuda, que la acción omitida hubiera evitado el resultado dista mucho de ser una probabilidad rayana en la certeza; pues como se trata de enfermedades con índices de supervivencia que, según la gravedad de la afección, pueden ser del 50 % e incluso inferior, por ello es imposible determinar en el caso concreto si la mujer enferma pertenecía o no al grupo de personas que, a pesar de ser atendidas médicamente, no obstante no habrían podido superar la enfermedad, es decir: de la acción omitida sólo se puede predicar la probabilidad (pero ni de lejos una probabilidad rayana en la certeza) de que hubiera evitado el resultado. Esta probabilidad rayana en la certeza de evitación del resultado ni siquiera se puede afirmar en enfermedades con índices de supervivencia mucho mayores o que incluso lo tienen del cien por cien si se presta a tiempo atención médica; pues como el proceso causal que habría desencadenado la acción omitida de solicitar auxilio nunca se puso en marcha, el marco dentro del cual nos tenemos que desenvolver es el de las (más o menos probables) hipótesis, pero tampoco el de la probabilidad rayana en la seguridad de que la acción del cónyuge de recabar atención médica hubiera evitado el fallecimiento: como el marido no recabó esa atención —es decir, como tenemos que operar con lo que nunca ha sucedido— es imposible averiguar si, en el supuesto de que el cónyuge hubiera realizado la acción (que no realizó) omitida, la ambulancia hubiera llegado a tiempo, si, llegando a tiempo, no obstante la ambulancia (que nunca fue avisada) habría conducido a la enferma al hospital o —a consecuencia, por ejemplo, de una avería, de que se habría quedado sin gasolina o de un eventual accidente de circulación— no lo habría conseguido, si, aun suponiendo que la ambulancia llegara a tiempo para recoger a la enferma y hubiera podido trasladarla al hospital, a pesar de ello todo habría sido inútil por la impericia de un médico (que jamás llegó a intervenir) ..., y así podríamos seguir enumerando las eventualidades que podrían haber sucedido en un curso causal hipotético; pero no es necesario, porque la consecuencia de todo ello se ha extraído ya por sí misma: por definición y por tener que trabajar sobre un proceso causal hipotético e

independientemente de la mayor o menor gravedad de la dolencia, ni siquiera en enfermedades con índices altos o incluso seguros de supervivencia, si se llega a prestar una atención médica correcta, podremos saber —con la probabilidad rayana en la seguridad que, a nivel de principio, exige la doctrina dominante— si la acción omitida hubiera evitado o no el resultado.

Y lo mismo rige para el otro “ejemplo de manual” que hemos elegido: el marido, si hubiera realizado la acción omitida, sólo habría podido intentar reducir a quien iba a matar a su mujer, pero que lo hubiera conseguido o no es algo que depende de la fuerza y de la destreza del marido, de la capacidad de resistencia del homicida, de la actitud de la propia mujer y de muchos otros factores cuya eventual incidencia —porque no tuvieron ocasión de manifestarse en la realidad— jamás podremos averiguar con una probabilidad rayana en la certeza.

b) Los resultados a los que hemos llegado comparando los requisitos de la causalidad en el delito de acción con los que se exigen para el de comisión por omisión son los siguientes: en primer lugar, que como el tipo objetivo del delito de acción exige la seguridad de que el comportamiento activo haya causado el resultado, por ello no puede serle equivalente una omisión de la que lo más que puede decirse es que habría evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad; y, en segundo lugar, que la doctrina dominante ni siquiera se toma en serio el criterio de la probabilidad rayana en la seguridad, sino que subsume en los delitos de resultado (en comisión por omisión) supuestos en los que esa probabilidad dista mucho de rayar en esa seguridad.

## **B. La causalidad en el delito imprudente de acción**

1. El presente trabajo está dedicado a la comisión por omisión imprudente, y de la dolosa sólo nos ocupamos marginalmente cuando ello aparece necesario para fundamentar o completar alguna vía de argumentación.

Por ello, el primer paso para determinar cuando una omisión imprudente equivale a una acción —esto es, cuando se puede decir de ella que es una comisión por omisión— es el de analizar con un mayor detenimiento cómo está estructurada la causalidad en el delito culposo de acción, para lo cual antes quiero hacer una rápida referencia a un movimiento que se inicia en los años 60 y que trata

de superar una tendencia hasta entonces dominante que, en el delito imprudente, excluía la responsabilidad cuando el resultado causado por una acción descuidada se habría producido también aunque el sujeto se hubiera comportado conforme a Derecho<sup>33</sup>. Este principio, que supone una enésima resurrección de la fórmula de la *conditio sine qua non* —no ya para determinar la relación de causalidad material, sino una supuesta relación de antijuridicidad—, ha de ser rechazado por la imposibilidad de demostrar algo que no ha sucedido: lo que ha causado realmente el resultado ha sido un comportamiento imprudente, y qué es lo que habría sucedido si el sujeto hubiera actuado diligentemente es algo que se escapa a cualquier constatación empírica. Para evitar este recurso a procesos causales hipotéticos como fundamento de una absolución, ROXIN<sup>34</sup> establece, en 1962, su teoría del “aumento del riesgo”, que no opera con ninguna especulación hipotética, sino sólo con la constatación de si la conducta imprudente, en comparación con la correcta, ha incrementado o no el riesgo de producción del resultado. Y el autor de este artículo, por su parte y en ese mismo año<sup>35</sup>, introduce en la ciencia penal la teoría del “fin de protección de la norma”<sup>36</sup>, que igualmente prescinde, para determinar si un resultado debe o no ser imputado a un determinado comportamiento formalmente imprudente, de la confrontación con lo que habría

<sup>33</sup> Sobre todo ello informo ampliamente en mi libro *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, pp. 119 y siguientes.

<sup>34</sup> Cfr. *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, ZStW 74 (1962), pp. 430 ss. y *passim*. Cfr. ahora ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 2ª ed., Munich 1994, pp. 314 y siguientes.

<sup>35</sup> Cfr., en alemán, mi tesis doctoral de Hamburgo *Die innere und die äussere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, 1962, pp. 126 y ss., y mi artículo *Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre*, ZStW 80 (1968), pp. 922/923, nota 20, y en español, *Delitos cualificados*, 1966, pp. 119 y siguientes.

<sup>36</sup> Así lo reconocen en la ciencia penal alemana, entre otros, ULSENHEIMER, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den fahrlässigen Delikten*, Bonn, 1965, pp. 52-53, 117-118; RUDOLPHI, *Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre*, JuS 1969, pp. 550, nota 9, 552; ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, Honig-Festschrift, 1970, p. 140 nota 20; KRÜPELMANN, *Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten*, Jescheck-Festschrift I, 1985, p. 335, nota 63; KAHLO, *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin 1990, pp. 240, nota 501, 242; TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin 1992, p. 142, nota 54.

sucedido de haberse comportado el autor correctamente, estableciendo como criterio determinante el de si el resultado concreto producido era uno de los que el Derecho quería evitar con la imposición de un determinado deber de diligencia<sup>37</sup>.

En lo que sigue, parto de estos principios, también del del aumento del riesgo, para estudiar la relación de causalidad en el delito imprudente de acción<sup>38</sup>, evitando las objeciones<sup>39</sup> contra aquel principio en el sentido de que viola el principio *in dubio pro reo* y de que convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro, y acudiendo para ello al criterio de que en el grupo más importante de los delitos imprudentes de acción tiene que constar que el resultado se ha producido por un foco de peligro, del que tiene que constar igualmente que se ha convertido en uno prohibido a consecuencia de una acción imprudente.

2. Desde el punto de vista de la concatenación objetiva entre comportamiento activo y resultado, el delito imprudente de acción se manifiesta en alguno de estos dos grandes grupos.

En el primer grupo el comportamiento consiste en crear un riesgo ab initio ilícito —y hasta entonces inexistente— que causa (condiciona) el resultado. Por ejemplo: con la pistola de su padre, que cree descargada, A, para dar un susto a su amigo B, dispara contra éste, quien resulta muerto porque en la recámara del arma se alojaba una bala.

Pero el grueso de los delitos imprudentes de acción que tienen lugar en la realidad pertenece al segundo y último grupo. Este viene caracterizado porque mediante un comportamiento activo se crea (o se incide en) un foco de peligro ab initio lícito —riesgo permi-

<sup>37</sup> En contra de lo que a veces se mantiene (cfr., por ejemplo, TOEPEL, op. cit., p. 142), la teoría del fin de protección de la norma no supone la transposición al Derecho penal de una corriente vigente ya en la dogmática del Derecho civil, sino que la elaboré generalizando para los delitos imprudentes —y también para los delitos dolosos— un criterio establecido en 1888 por v. KRIES para determinar cuál era la relación típica entre delito base y resultado cualificante en los delitos cualificados por el resultado (cfr. GIMBERNAT, Delitos cualificados, 1966, pp. 167 y siguientes).

<sup>38</sup> Para una exposición más detallada sobre las teorías del aumento del riesgo y del fin de protección de la norma y sobre su relación entre ellas, remito al lector a la monografía citada en la nota 1 de este artículo.

<sup>39</sup> Cfr., por todos, FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges*, Heidelberg, 1988, pp. 539 y ss., 545-546; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Berlin-New York 1991, pp. 236-237.



tido— que, no obstante y como consecuencia de la acción, rebasa ese riesgo permitido hasta convertirlo en prohibido, desembocando entonces el foco de peligro, causalmente, en un resultado típico. Dentro de este grupo y por ejemplo, hay que incluir los delitos imprudentes de la circulación, donde el riesgo permitido del tráfico rodado (conducción de vehículos) es rebasado como consecuencia de una acción imprudente (adelantamiento incorrecto, velocidad excesiva), causando entonces el foco de peligro (no permitido ya) un resultado típico de, por ejemplo, muerte o lesiones.

3. En este segundo grupo muchas veces es imposible constatar si el resultado es reconducible o no a la acción imprudente, y es fácil de comprender por qué ello es así: un foco de peligro que se mantiene dentro del riesgo permitido, por definición y ya que es, en sí, peligroso, también —y a pesar de no estar prohibido— puede producir resultados típicos (si no, no sería peligroso): conducciones de automóviles correctas, anestesias, transfusiones de sangre o intervenciones quirúrgicas ejecutadas conforme a la *lex artis*, locales públicos construidos de acuerdo con las normas reglamentarias de prevención de incendios, postes de alta tensión bien señalizados, todos estos focos de peligro permitidos pueden, no obstante, desembocar en resultados de muerte o lesiones. Si ello es así —y así es—, entonces, cuando a consecuencia de una acción imprudente el foco de peligro rebasa el riesgo permitido y causa un resultado típico, a menudo nos encontraremos con dificultades simplemente insuperables para responder a la pregunta de si, por ejemplo, las lesiones obedecen al segmento permitido o al no permitido de ese foco de peligro<sup>40</sup>. Dos ejemplos que expongo a continuación nos van a permitir desarrollar lo que acabo de formular a nivel teórico.

a) El primer ejemplo es el del supuesto de hecho de la sentencia del TS, ya mencionada, de 18 de noviembre de 1991 (A. 9448), donde varias personas resultaron lesionadas al contraer la enfermedad del SIDA, después de que se les transfundió sangre que no había sido sometida al test que hubiera podido detectar la contaminación del plasma. Por lo que se refiere a si aquí estamos ante

<sup>40</sup> Cfr. ROXIN, *Strafrecht. AT*, I, 2ª ed., 1994, p. 315: "... un riesgo no se puede escindir en una parte permitida y en otra prohibida, averiguando para cada una de ellas, por separado, la realización del peligro".

un delito de acción o uno de omisión, y tal como se ha apuntado anteriormente (supra III.A), es obvio que, como toda modificación que se produce en el mundo exterior, el contagio de la enfermedad se tuvo que causar por un comportamiento activo (por una aplicación de energía) consistente, en este caso, en la transfusión de sangre infectada que tuvo lugar en quirófano (en concreto, a uno de los sujetos pasivos de las lesiones, a Juan José M. T., “le fue transfundida sangre en el curso de una intervención quirúrgica de recambio valvular aórtico”, y al otro, a Vicente L. P., le fue transfundida “en el curso de una intervención de by pass aortocoronario”); pero como los integrantes del equipo quirúrgico no son expertos en hematología, y se limitan a emplear la sangre que les entrega el servicio competente, de ahí que los que causaron activamente las lesiones al hacer las transfusiones no sean penalmente responsables por no concurrir en su comportamiento activo ni dolo ni imprudencia. De los condenados en la sentencia de 18 de noviembre de 1991, dos lo fueron por una imprudencia en comisión por omisión y una tercera persona por unas lesiones imprudentes por acción: aquéllos —por una parte, el Director Gerente y, por otra, el Director médico del Hospital Príncipes de España, de Bellvitge—, por la omisión de no adoptar las medidas oportunas, ni comprar el instrumental preciso, para que se llevaran a cabo en el Hospital los test anti-SIDA de la sangre que les constaba que se iba a transfundir a los pacientes, y la tercera persona condenada —la Jefe del Servicio de Hematología y Hemoterapia del Hospital— por la acción imprudente de ordenar que se entregara a los equipos quirúrgicos la sangre no cribada.

Este comportamiento activo de la Jefe del Servicio de Hematología constituye un interesante ejemplo de cómo, dentro de este segundo grupo, está estructurada a veces la causalidad en el delito imprudente de acción, ya que, según señala la propia sentencia de 18 de noviembre de 1991,<sup>41</sup> y según la información a la que ha podido acceder el autor de este artículo<sup>42</sup>, el test anti-SIDA no permite detectar siempre la presencia en la sangre de anticuerpos anti-

<sup>41</sup> “Desde el momento de la infección hasta que se forman los anticuerpos, pasa un período no determinado de tiempo durante el cual no es posible detectar la presencia de virus VIH en la sangre”.

VIH, ya que durante el llamado “período ventana”, que puede extenderse hasta 80 días después del contagio, la sangre del ya enfermo puede seguir sin dar positivo en las pruebas del VIH. Como consecuencia de ello, en el supuesto de hecho de la mencionada sentencia del TS no podemos saber si el efectivo contagio de los lesionados obedeció al riesgo que conlleva toda transfusión —porque el plasma empleado se encontraba en el “período ventana”, el cual, aunque se hubieran hecho las pruebas, habría impedido detectar la presencia de la infección en la sangre— o a la acción imprudente de transfundir sin un test previo —porque el “período ventana” ya había pasado y, por lo tanto, se hubiera comprobado la infección de la sangre, y, consiguientemente, desechado, si se la hubiera sometido a la correspondiente prueba—.

b) Un segundo ejemplo de delito imprudente de acción donde surgen las mismas peculiaridades en la concatenación causal que en el caso anterior sería el de la venta (acción) de productos que pueden ser letales sin que, en contra de lo preceptuado<sup>43</sup>, se llame la atención en el etiquetado sobre su peligrosidad<sup>44</sup>. Si una persona ingiere la sustancia y fallece, es imposible determinar a posteriori si el fallecimiento hay que reconducirlo al segmento permitido (que autoriza la venta de determinadas sustancias venenosas) o al prohibido (pero esa venta no está autorizada si en la etiqueta no se hace constar el carácter tóxico de aquéllas) del foco de peligro. Y es que la advertencia sobre la peligrosidad del veneno colocada en el exterior del envase habría seguido siendo inútil si la persona que falleció: bien tenía la vista cansada y aquel día se le habían roto las gafas, bien era una que nunca miraba las etiquetas de los productos que consumía, bien era otra que amaba el peligro y le gustaba ingerir precisamente productos tóxicos, o bien, simplemente, y conociendo las consecuencias que podía tener, aunque no se hubieran reseñado en el exterior del frasco, bebió la sustancia porque quería suicidarse; todas estas circunstancias, que serían

<sup>42</sup> Y que agradezco a mi amigo, el Dr. Carlos Alberola, Jefe del Servicio de Hematología y Hemoterapia del Hospital Santa María del Rosell, de Cartagena.

<sup>43</sup> Cfr., por ejemplo, el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de preparados peligrosos, aprobado por Real Decreto 1078/1993, de 2 de julio.

<sup>44</sup> En concreto, el comportamiento del que nos vamos a ocupar a continuación sería subsumible en un delito cualificado por el resultado del art. 342 (comportamiento base doloso) en relación con el 348 (homicidio imprudente cualificante).

determinantes para averiguar si la imprudencia de vender el producto sin la etiqueta reglamentaria tuvo alguna incidencia en el fallecimiento, tienen que quedar necesariamente sin respuesta por la sencilla razón de que no podemos resucitar al muerto para preguntarle qué es lo que realmente sucedió.

c) No obstante lo expuesto, la conclusión de que en estos dos ejemplos no integran dos delitos imprudentes ni la transfusión de sangre sin someterla al test anti-SIDA ni la venta sin advertencia de un producto venenoso, porque lo único que podría decirse de esos comportamientos activos es que habrían elevado el riesgo de lesión, pero no que lo hubieran causado, por lo que imputarles el resultado supondría convertir a un delito de lesión en uno de peligro, sería una conclusión precipitada: como el curso que habría seguido el foco de peligro manteniéndose dentro del riesgo permitido es un experimento irreproducible, porque no se sabe si el plasma ya transfundido se encontraba o no dentro del “período ventana”, porque como el fallecido no nos lo puede contar tampoco sabemos qué es lo que habría sucedido si el producto tóxico hubiera estado reglamentariamente etiquetado, la insostenible conclusión que habría que deducir de todo ello es que, entonces, los médicos podrían seguir transfundiendo sangre sin ningún tipo de precaución, y los fabricantes de productos tóxicos podrían despreciar las normas de etiquetado, en la seguridad de que nunca podrían ser hechos responsables de un delito imprudente. Y continuando con los ejemplos: el médico que ejecuta una operación que tiene un índice bajo de supervivencia podría llevarla a cabo también sin observar en absoluto las reglas de la *lex artis*, porque si el paciente se muere —y como la operación es irrepetible, entre otras razones porque el enfermo ya ha fallecido— siempre podría alegar que hubiera sucedido lo mismo, aunque la intervención quirúrgica peligrosa se hubiera realizado conforme a la más irreprochable técnica.

d) Pero naturalmente que en todos estos casos estamos ante muertes y lesiones imprudentes, porque lo que caracteriza a la imprudencia por acción en estos casos es que un foco de peligro —en concreto: transfusión de sangre, producto tóxico, intervención quirúrgica—, a consecuencia de un comportamiento negligente activo —entrega del plasma no cribado, venta del producto sin el etiquetado reglamentario, operación médica incorrecta—,

rebasa el riesgo permitido, causando el foco de peligro el resultado típico. Los correspondientes sujetos activos no pueden alegar que ellos sólo han elevado el riesgo, pero que no han causado el resultado, ya que el resultado lo ha causado con seguridad el foco de peligro (la transfusión de sangre, el producto tóxico, la operación), y, con seguridad también, ese foco se ha convertido en uno no permitido por la ejecución de la acción imprudente.

e) Como resumen de lo expuesto y a los efectos que aquí son relevantes, hay que extraer la siguiente conclusión: dentro del marco de los delitos imprudentes de acción, cuando un comportamiento activo convierte al riesgo permitido en uno prohibido, el resultado debe ser imputado a ese comportamiento, ya que aquél ha sido causado con toda seguridad por el foco de peligro y ya que el que éste hubiera rebasado el riesgo permitido convirtiéndose en uno prohibido es reconducible, igualmente con toda seguridad, a la correspondiente acción negligente: en estos casos, por consiguiente, el delito imprudente de acción viene caracterizado porque el foco de peligro causante del resultado ha traspasado el “punto crítico” de lo permitido a lo prohibido a consecuencia de la conducta negligente del autor.

### **C. Balance provisional**

1. Hemos visto que la relación de causalidad, como cualquier otra característica típica, tiene que estar acreditada con toda seguridad para que el comportamiento pueda ser subsumido en el correspondiente tipo de lesión.

No basta, por consiguiente, con que conste únicamente una (más o menos elevada) probabilidad de causalidad. Por ello, tenía razón el TS cuando en la sentencia de 9 de mayo de 1964 (cfr. supra II.C y IV.A.2) absolvió de un aborto con resultado de muerte a quien muy probable (pero no ciertamente) condicionó el fallecimiento de la embarazada, y, en cambio, se equivocó cuando imputó un homicidio imprudente al periodista Vinader (supra II.D in fine y IV.A.2), ya que, aunque era muy probable, no existía la seguridad de que, con sus reportajes, hubiera condicionado la muerte de las personas asesinadas por ETA.

2. En consecuencia, y aplicando a la comisión por omisión las reglas que rigen para el delito de acción, la probabilidad rayana

en la seguridad de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, no puede servir de base para imputar éste al omitente: el marido que no solicita atención médica para la mujer que está sufriendo una peritonitis, no puede ser hecho responsable de ese resultado, ya que con su inactividad “sólo” ha elevado el riesgo de muerte, pero no se puede decir que ésta sea reconducible a aquella omisión, en cuanto que hay muchas personas que, una vez declarada la enfermedad, fallecen no obstante por muy rápido y acertado que sea el tratamiento médico al que se las somete. Y lo mismo rige incluso para enfermedades menos (o mucho menos) graves en las que la actitud pasiva del cónyuge mantiene la situación de ausencia de tratamiento médico, porque teniendo en cuenta que el proceso causal hipotético que hubiera puesto en marcha la acción omitida no llegó a desencadenarse, por ello nunca podremos descartar con seguridad —sino sólo con un juicio de probabilidad— que no hubieran surgido entonces incidentes imprevistos —no llegada a tiempo de la ambulancia o posterior avería de ésta, tratamiento médico inadecuado, etc.— que hubieran impedido la curación de la enferma leve: también aquí, por consiguiente, nos encontramos con una probabilidad (ciertamente, mucho más elevada) de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, pero no con la seguridad que exige el Derecho penal para que una persona pueda ser hecha responsable de una determinada lesión típica.

3. En el grupo más característico del delito imprudente de acción, y que acabamos de estudiar, la estructura de la causalidad es algo diferente: ahí la acción imprudente convierte al foco de peligro de permitido en ilícito, y es éste el que, sin duda alguna, causa el resultado. No se puede decir, por consiguiente, que no se sabe qué es lo que ha condicionado el resultado: el resultado (lesiones, muerte) lo ha causado con toda seguridad el foco de peligro (la transfusión de sangre, el producto tóxico), y este foco de peligro dejó de estar autorizado por el Derecho porque el sujeto activo, con su acción imprudente e igualmente con toda seguridad, elevó el nivel de riesgo del foco, transformándolo en uno no permitido.

[Al contrario de lo que sucede en el imprudente, en el delito doloso de acción el foco de peligro (el riesgo) permitido apenas desempeña un papel, lo que repercute, a su vez, en la estructura y en el alcance (mu-

cho más limitado) de la comisión por omisión dolosa: no se puede decir, por ejemplo, que dentro del matrimonio uno de los cónyuges — que hasta entonces goza de buena salud o a quien nadie quiere hacer daño— constituya, por sí solo y por el mero hecho de vivir, un foco de peligro porque puede sufrir una peritonitis o porque puede ser objeto de un delito contra la vida, y que ese foco se transformaría de permitido en prohibido a consecuencia de la inactividad del otro cónyuge. De la comisión por omisión dolosa, y aunque sólo sea de pasada, nos ocuparemos en el último apartado de este artículo (infra V.D)].

4. Pero volvamos al delito imprudente de acción. Como en éste lo que fundamenta la responsabilidad del autor por la lesión típica es que su acción imprudente ha incidido en el foco de peligro no permitido (no permitido porque el comportamiento activo ha transformado lo que hasta entonces era un riesgo permitido en uno prohibido) causante del resultado, por ello ahí el único problema de causalidad que puede plantearse —y, con ello, la única posibilidad que existe, al margen de cuestiones de imputación objetiva, de que el autor imprudente no responda por el resultado— es que surja la duda de si ese foco de peligro que ha rebasado lo permitido es o no el que efectivamente ha causado la lesión.

Para decirlo con un ejemplo: si el autor, imprudentemente, vende un producto peligroso sin advertir de su toxicidad, pero no es seguro que haya sido ese foco de peligro el que ha causado la muerte del consumidor, porque existe la duda forense de si no habría sido otro veneno que había ingerido previamente la víctima el que condicionó el fallecimiento, entonces entra en juego el *in dubio pro reo* y el sujeto no puede ser hecho responsable de un resultado que tal vez no ha sido condicionado por el foco de peligro que, a consecuencia del comportamiento activo, rebasó el nivel de lo permitido para entrar en la esfera de lo prohibido. O para decirlo con un segundo ejemplo, éste extraído de la jurisprudencia: si un médico, mediante una acción, convierte un foco de peligro de lícito en ilícito, porque lleva a cabo una transfusión de sangre incompatible, pero no resulta acreditado que ésta fuera la causa de la muerte, entonces, al no estar probada la relación de causalidad —y a pesar de que dicha transfusión obviamente incrementó el riesgo de muerte—, el facultativo tampoco puede ser hecho responsable del resultado<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> Así, el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 5 de julio de 1991, A. 5627:

Por lo demás, tanto en el supuesto de hecho de la sentencia de 9 de mayo de 1964 (aborto con resultado de muerte) como en el caso Vinader, el argumento determinante para negar la responsabilidad de los respectivos autores reside, igualmente, en que, a pesar de que en ambos supuestos y mediante las correspondientes acciones se elevó el riesgo de producción del resultado, no obstante no está acreditado que esos focos de peligro no permitidos (en un caso, el aborto, que es un foco de peligro ab initio ilícito si no concurre alguna de las indicaciones del art. 417 bis; en el otro, los reportajes periodísticos, lícitos, en principio, en cuanto que suponen un ejercicio de la libertad de información, pero que se convirtieron en prohibidos al describir Vinader, con toda clase de detalles, a los presuntos activistas anti-ETA que luego resultaron asesinados) fueran los que efectivamente causaron los resultados de muerte.

## **D. Los requisitos de la comisión por omisión imprudente**

### **1. Introducción**

Las anteriores consideraciones sobre el funcionamiento de la causalidad en el delito culposo de acción, para un artículo dedicado preferentemente a la comisión por omisión imprudente, han sido relativamente extensas.

Pero ello era inevitable, porque sólo conociendo el mecanismo del delito imprudente de acción es posible entonces determinar a qué omisiones, por presentar una estructura en lo esencial igual que aquél, se les debe imputar el resultado como si éste hubiera sido causado mediante una acción, esto es, cuáles deben ser consideradas una comisión por omisión.

---

“El Tribunal sentenciador lleva a término un análisis profundo y detallado de toda la prueba obrante en la causa, y de la mano de aquél concluye que, a consecuencia de la errónea transfusión de sangre practicada al paciente, sufrió hemólisis y anuria, que fueron debidamente tratadas; la primera mediante plasmaferesis que se practicó inmediatamente después de efectuada la transfusión y de haberse advertido el error, haciéndose un recambio plasmático de seis litros, que corrigió los posibles efectos de la hemólisis; y la segunda mediante hemodíálisis, si bien la anuria persistió hasta el fallecimiento de Gerardo G. por un edema de pulmón, no habiéndose demostrado que el óbito fuera consecuencia de la transfusión incompatible o de sus efectos” (destacados en el texto original de la sentencia).



## **2. La comisión por omisión imprudente como transformación, por ausencia de medidas de precaución, de un foco de peligro lícito en uno prohibido**

Recordemos la conclusión a la que habíamos llegado: el grueso de los delitos imprudentes de acción se caracteriza porque el resultado es causado con toda seguridad por un foco de peligro que, como consecuencia de una acción imprudente, se ha transformado de permitido en ilícito. De acuerdo con ello, la comisión por omisión imprudente vendrá caracterizada porque el resultado ha sido causado con toda seguridad por un foco de peligro que, como consecuencia de una omisión imprudente, se ha transformado de permitido en ilícito.

En lo que acabamos de decir, puede llamar la atención la frase: “como consecuencia de una omisión imprudente”, pues si la omisión no causa nada, ¿cómo se puede explicar que se le pueda atribuir (normativamente), como consecuencia suya, la transformación de un riesgo permitido en uno ilícito, esto es, que se le pueda atribuir el efecto de un aumento del riesgo?

Ello es así porque, a diferencia de la lesión de un bien jurídico, que sólo puede ser causada por una acción, en cuanto que supone una modificación material dañosa en el mundo exterior que necesariamente ha de tener su origen en una aplicación de energía, el peligro, en cambio, no es una modificación dañosa en el mundo exterior: es una amenaza de ésta, cuya presencia se establece sobre la base de un juicio de probabilidad que se elabora intelectualmente teniendo en cuenta los dos siguientes elementos: el primero, de carácter material y positivo, consiste en la existencia (o en la creación) en el mundo exterior de un foco de peligro; el segundo tiene un carácter especulativo, pero se fundamenta en el dato, absolutamente real, de que la ausencia o la presencia de medidas de precaución hace más o menos probable que el foco de peligro desemboque en una lesión efectiva. De todo ello se sigue que el índice de riesgo viene determinado por dos factores: por una parte, por la mayor o menor peligrosidad del foco, y, por otra, por que esa peligrosidad sea contrarrestada (y en este caso, con mayor o menor eficacia) o no por medidas de precaución.

### **a) El concepto de riesgo permitido**

El concepto de riesgo permitido es un concepto mixto ontológico-axiológico.

Ontológico (riesgo), ya que la presencia o no de una situación de peligro se determina sobre la base de datos del mundo del ser, sin ningún componente normativo; con esos —y sólo con esos— datos se puede establecer, por ejemplo, que quien mantiene relaciones homosexuales sin utilizar preservativos o quien comparte jeringuillas con otros para inyectarse heroína corre el riesgo de contraer el SIDA.

Y axiológico (permitido), porque el punto a partir del cual el riesgo se transforma de permitido en prohibido viene establecido por las normas de diligencia, las cuales, además, están sometidas a cambios en el tiempo en función de los eventuales avances de la ciencia (la transfusión de sangre sometida al test anti-SIDA que hoy se practica en los hospitales, y que aún no es capaz de detectar la contaminación durante el “período ventana”, se convertiría en imprudente, por sobrepasar entonces el riesgo permitido, si se descubriera una nueva prueba que posibilitara apreciar la presencia del VIH desde el momento mismo del contagio) y en función de las eventuales reformas legislativas (que pueden fijar más o menos requisitos que los vigentes para autorizar el funcionamiento de focos de peligro)<sup>46</sup>.

#### **b) La desestabilización del foco de peligro**

El legislador tolera la existencia de focos de peligro. Unas veces porque no tiene más remedio que hacerlo, en cuanto que su origen está en fenómenos que no puede controlar: enfermedades, tormentas con grandes vertidos de agua, etc. Y otras, porque su creación, aunque es reconducible a la actividad humana (tráfico ferroviario, instalación y funcionamiento de ascensores, construcción de edificios, excavación de minas o túneles, etc.), se estima

<sup>46</sup> A veces, y paradójicamente, es el mismo legislador el que impone que el riesgo no descienda de un determinado nivel, tal como ha establecido para las corridas de toros, donde está prohibido el “afeitado” de las astas, a pesar de que éste constituiría una medida de precaución que contendría el peligro para la vida y para la salud de los lidiadores. Y así, el Reglamento de Espectáculos Taurinos, aprobado por Real Decreto 176/1992, de 28 de febrero, dispone en su art. 48: “1. Las astas de las reses de lidia en corridas de toros y novilladas picadas estarán íntegras. 2. Es responsabilidad de los ganaderos asegurar al público la integridad de las reses de lidia frente a la manipulación fraudulenta de sus defensas. A tal efecto dispondrán de las garantías de protección de su responsabilidad que establece el presente Reglamento”.

imprescindible o conveniente para el mejor desarrollo de la sociedad y de los individuos que la integran, dentro del cual hay que incluir, entre otros, los fines de diversión (corridas de toros, carreras de automóviles, etc.). Pero por su lesividad potencial el legislador tolera (o se conforma con) esos focos sólo en la medida en que no excedan de un determinado índice de peligrosidad, y es allí donde sitúa el (como hemos visto, cambiante) nivel de lo permitido, prohibiendo (penalmente, si ello desemboca en un resultado típico) cualquier desequilibrio que lo eleve por encima de ese nivel. Ese desequilibrio se produce por acción cuando mediante un movimiento corporal se incide en el foco de peligro transformando lo hasta entonces permitido en prohibido. Y también por omisión, porque como el foco de peligro suele tener una tendencia expansiva a rebasar el nivel de lo permitido, el legislador ha previsto normativamente que determinadas personas (médicos, encargados de obras, guardas de paso a nivel) apliquen medidas de precaución para impedir esa eventual expansión. Si, por consiguiente, los focos de peligro sólo están autorizados en tanto en cuanto se mantienen sin sobrepasar un determinado índice y el legislador ha previsto medidas de precaución para evitar ese rebasamiento, entonces funcionalmente existe una equivalencia entre la desestabilización del nivel de lo permitido porque una acción incide en el foco de peligro elevándolo por encima de lo jurídicamente tolerado (adelantamiento incorrecto, por ejemplo, en la circulación de vehículos), y cuando esa desestabilización se produce a consecuencia de una omisión porque, en contra de lo normativamente previsto, no se aplica la medida de precaución que haría posible mantener el foco dentro de lo jurídicamente tolerado (no frenar el autobús ante un semáforo en rojo, arrollando así y matando a un motorista que estaba parado frente a un paso de peatones)<sup>17</sup>.

Si lo que caracteriza al grueso de los delitos imprudentes es, de acuerdo con todo ello, la causación del resultado típico por un foco de peligro que ha rebasado el riesgo permitido, el responsable del resultado será: en el delito culposo de acción quien, mediante su comportamiento activo, ha desestabilizado el foco transformándolo de permitido en prohibido; y en el delito culposo de comisión

<sup>17</sup> Así el supuesto de hecho de la ya citada (supra III.D) sentencia del TS de 5 de junio de 1981, A. 2577.

por omisión quien, al no adoptar una medida de precaución a la que venía obligado, igualmente ha desestabilizado un foco que, si se hubiera aplicado aquella medida, se habría mantenido dentro del riesgo permitido. Con otras palabras: si el legislador fomenta, acepta o se resigna con los focos de peligro sólo en la medida en que éstos no rebasan el riesgo permitido, y para alcanzar esa finalidad impone normativamente a determinadas personas que apliquen medidas estabilizadoras de precaución, entonces es obvio que si éstas no se aplican y, con ello, el foco deja de ser permitido, el responsable normativo del rebasamiento será precisamente quien estaba encargado específicamente de controlar el foco dentro de los límites tolerados por el ordenamiento jurídico.

**c) La renuncia a operar con procesos causales hipotéticos en la comisión por omisión imprudente**

Y así como en la acción imprudente, para poder imputarle el resultado, no hay que preguntarse si, suprimiéndola, el resultado desaparecería, porque esa pregunta muchas veces es imposible de contestar, sino sólo si esa acción efectivamente ha elevado a prohibido un foco de peligro que, a su vez y efectivamente, ha causado el resultado, de la misma manera en la comisión por omisión imprudente, y en contra de lo que mantiene la doctrina dominante, tampoco hay que preguntarse si la acción omitida hubiera evitado el resultado, sino únicamente si la omisión de aplicar una medida de precaución ha hecho posible que el foco de peligro superara efectivamente el riesgo permitido (ya que se habría mantenido dentro de éste, si se hubiera adoptado aquella medida) y si, a su vez, ese foco de peligro (ya prohibido) ha causado efectivamente el resultado.

**d) La intercambiabilidad valorativa entre acción y omisión en el delito imprudente**

Estos criterios de equivalencia entre acción y omisión en el delito imprudente lo son hasta tal punto que casi hacen aparecer el comportamiento activo y el pasivo como intercambiables. ¿Qué más da que el sujeto pasivo muera electrocutado porque tocó un cable de alta tensión que el encargado de hacerlo no (omisión) había señalado preceptivamente, avisando del peligro, o que la descarga eléctrica y la consiguiente muerte tenga su origen en que alguien descuidadamente retiró (acción) el cartel que avisaba del peligro

del cable?; ¿qué más da si en los dos casos lo determinante para elevar el riesgo a prohibido ha sido la ausencia (allí, como consecuencia de una omisión, y aquí como resultado de una acción) de la señalización<sup>48</sup>? ¿Qué diferencia existe entre los supuestos de hecho de las sentencias citadas supra, nota 9, donde los accidentes se producen porque los guardas de los pasos a nivel no bajan las barreras o no tensan las cadenas cuando se aproxima el tren, y el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 16 de mayo de 1988, A. 3666, donde —¡oh!, sorpresa— la imprudencia del guardabarreras no consistió, como es lo habitual, en no (omisión) bajar la barrera levantada cuando iba a pasar una unidad ferroviaria, sino justamente en lo contrario, en levantar (acción) la barrera que se encontraba convenientemente bajada, produciéndose, así, el accidente<sup>49</sup>, con lo que la misma circunstancia de que el foco de peligro causante del resultado típico hubiera rebasado el riesgo permitido (tráfico ferroviario sin que esté cerrado el paso a nivel) tiene su origen, por una parte, en los supuestos de hecho de aquellas sentencias, en las correspondientes omisiones (de no bajar la barreras), y, por otra parte, en este último supuesto de la sentencia de 16 de mayo de 1988, en una acción (de levantar la barreras que estaban bajadas)? Todavía un ejemplo más: en el caso de la presa de Tous (ver supra, nota 10) su desmoronamiento se produjo por “no haberse aperturado las compuertas del aliviadero de superficie, ni las demás de los mecanismos integrantes de su sistema de desagüe (salvo la de una toma de aguas para riego), [siendo ese hecho] el determinante o causante de que por ello se produjeran vertidos de importantes caudales o láminas de agua por encima de la coronación de la presa que originaron su paulatina degra-

<sup>48</sup> Con este ejemplo condense supuestos de hecho como los de las sentencias citadas supra, nota 20, donde los accidentes se producen porque se choca contra una obra de cuya presencia, al llegar la oscuridad, no se había advertido con la oportuna colocación de faroles, o como el de la sentencia del TS de 10 de octubre de 1980, A. 3681, en el que un obrero pereció electrocutado al agarrar un asidero de un grupo de soldadura, conectado a 380 voltios, que tampoco estaba convenientemente señalizado con un aviso de peligro.

<sup>49</sup> El guardabarreras, tal como se describe en esa sentencia de 16 de mayo de 1988, realizó “una acción tan notoriamente peligrosa como levantar la barrera y dejar expedito el tráfico automovilístico sobre una vía férrea por la que, en cualquier momento, podía pasar un tren al que, por añadidura, no podía ver a causa de las desfavorables condiciones meteorológicas” (destacados añadidos).

dación y ruina” (destacados añadidos); si ello es así, si lo que hace pasar el peligro de permitido a prohibido es la no apertura de las compuertas, entonces es valorativamente evidente que da lo mismo que esa no apertura haya que reconducirla (tal como sucedió realmente en el caso concreto de la Presa de Tous) a la comisión por omisión de no abrirlas, que a un eventual caso imaginario de acción, en el que un empleado, por equivocación, cerraría las compuertas cuando éstas se encontraban abiertas.

La equivalencia valorativa entre omisiones y acciones en los tres ejemplos que acabamos de exponer (no colocar el cartel de peligro para advertir de la presencia del cable de alta tensión = retirar aquél por descuido; dejar levantada la barrera cuando se debe bajar = levantarla cuando debe estar bajada; no abrir las compuertas que hubieran permitido la entrada en funcionamiento del sistema de desagüe de la presa = cerrarlas cuando se encuentran debidamente abiertas) se explica porque lo decisivo no es si la circunstancia (por ejemplo, la situación de cierre de las compuertas) que eleva el riesgo de permitido a prohibido tiene su origen en una acción o en una omisión, sino la presencia misma de esa circunstancia, independientemente de que haya que atribuirle causalmente a un comportamiento activo o normativamente a uno pasivo.

#### **e) La jurisprudencia española ante el criterio de que la acción omitida habría evitado el resultado**

A veces la jurisprudencia, atrapada por la fórmula adaptada de la *conditio sine qua non* de la doctrina dominante, que exige en la comisión por omisión, para que se pueda imputar el resultado, que la acción omitida —con una probabilidad rayana en la seguridad— hubiera evitado el resultado (ver supra IV.A.1), entra en una línea de argumentación que, en realidad, no tiene salida. Las enfermedades, por ejemplo, que son un foco de peligro con el que el legislador tiene que resignarse, porque le vienen impuestas por la naturaleza, pero que si conducen a un resultado lesivo (muerte, lesiones del paciente) pueden fundamentar una responsabilidad por imprudencia cuando los encargados de aplicar medidas (terapéuticas) de precaución (médicos de guardia, facultativos responsables del tratamiento del paciente) omiten ejecutarlas, rebasando entonces el foco el riesgo permitido y convirtiéndose en ilícito, todo ello integra un supuesto de hecho frente al que los tribunales, en

unas ocasiones, tratan de contestar a la irresoluble cuestión de si el tratamiento con aquellas medidas (terapéuticas) de precaución omitidas hubiera evitado la muerte o las lesiones del paciente, y, en otras, se limitan a dejar constancia de su desconcierto. Y así:

aa) En el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 8 de junio de 1989, A. 5054, el niño afectado por un grave accidente escolar, que le produjo una “contusión craneal con conmoción cerebral”, fue tratado por el médico responsable del servicio de urgencias de un determinado hospital, que no ordenó que el lesionado quedara ingresado allí, permitiendo que fuera trasladado a su domicilio; ante el agravamiento del estado de su hijo, los padres, posteriormente, lo internaron nuevamente en un establecimiento médico, “en donde se le practicaron intervenciones quirúrgicas que lograron salvar su vida, pero no así evitar las gravísimas secuelas físicas y psíquicas que padece la víctima”. El TS, que condena al médico de guardia por un delito de lesiones imprudentes en comisión por omisión, porque no mantuvo internado al niño en el Hospital, aun “sabiendo (por ser hecho notorio) que todo traumatismo craneal necesita un período de observación de bastantes horas”, al examinar la cuasicausalidad de la omisión impropia —la acción omitida, según la doctrina dominante, debería haber evitado el resultado— manifiesta su perplejidad de la siguiente manera: “Finalmente, tampoco es óbice para casar la sentencia [la sentencia de la Audiencia había sido absolutoria] en el sentido que se ha indicado, el hecho de que no se haya demostrado la relación de causalidad entre la acción [el TS debería decir: omisión] enjuiciada y las lesiones producidas, o, lo que es lo mismo, no podemos saber si de haber tenido lugar el internamiento se hubiera o no causado el mismo resultado lesivo. Esta circunstancia, decimos, no es impedimento para una sentencia condenatoria porque, en casos como el enjuiciado, no se trata de concretar esa relación causal, de una manera tajante (ello sería imposible), sino de juzgar conductas imprudentes por sí mismas que sirvan de lógico vehículo a un desenlace penalmente sancionable” (destacados añadidos).

bb) En el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 5 de julio de 1989, A. 6091, el médico encargado de atender al paciente, imprudentemente, no diagnosticó una peritonitis —de la que posteriormente falleció dicho paciente—, omitiendo, en consecuencia, la medida (terapéutica) de precaución de atajar o de disponer que

otro atajara el curso de la enfermedad. Al enfrentarse con el problema causal entre omisión y resultado, el TS se pronuncia de la siguiente forma: "... dentro del mundo de las probabilidades no puede de ninguna manera descartarse, y no debió hacerse, teniendo en cuenta la edad juvenil del enfermo, 23 años, y las técnicas médicas y sobre todo quirúrgicas, el éxito de una intervención de este tipo, a tiempo. Afirmar esto no es incidir en una presunción, conjetura o sospecha, sino llevar a cabo una inferencia coherente con la lógica, con lo que no cabe duda de que, aun cuando concurieran en el hecho fatal de la muerte, como es normal, una serie de concausas, la conducta del procesado fue contribuidora decisiva del acontecimiento. Ello no implica, como se destaca en el recurso, que se acuda a presunciones o conjeturas. Se trata, en definitiva, de la existencia de la relación causal imprescindible para que el delito nazca. La actuación del médico procesado, ahora recurrente, contribuyó con su actuación a un resultado que era previsible y también evitable, dentro de la relatividad con la que estos conceptos han de manejarse en el campo del Derecho y especialmente del Derecho penal" (destacados añadidos).

cc) Finalmente, y fuera ya de las enfermedades, pero en otro supuesto de un foco de peligro generado por la naturaleza, y que, para que se hubiera mantenido dentro del riesgo permitido, debería haber sido abordado con determinadas medidas de precaución, omitidas por los responsables del caso concreto, la Audiencia Provincial de Valencia, en su sentencia (no publicada) de 23 de octubre de 1990 (caso presa de Tous), asimismo entra en consideraciones sobre lo que habría sucedido si, durante el insólito temporal de agua que estaba descargando sobre el embalse, se hubieran aplicado aquellas medidas de precaución, esto es, si se hubieran abierto las compuertas, concluyendo lo siguiente: "no puede estimarse probada la inevitabilidad del resultado sobrevenido, al no poder considerarse acreditado que de haberse actuado normativamente y de haberse aperturado de forma cuidadosa y diligente todas las compuertas de los elementos mecánicos del sistema de desagüe de la presa, igualmente, se hubiese subseguido el mismo resultado" (destacados añadidos).

dd) Los razonamientos de estas tres sentencias, en la línea de la doctrina dominante de requerir, en la comisión por omisión imprudente y para la imputación del resultado, que la acción omitida



hubiera impedido la lesión típica, ponen claramente de manifiesto hasta qué punto es irresoluble la tarea. Los Tribunales no pueden retrotraer los acontecimientos al momento en que el niño con el grave traumatismo craneal fue (des)atendido por el médico de guardia, para comprobar si, de haberse iniciado entonces el tratamiento médico adecuado, las consecuencias habrían sido distintas, como no pueden, tampoco, dar marcha atrás en el tiempo y poder comprobar así si, intervenido quirúrgicamente a tiempo el enfermo de peritonitis, podría haber salvado o no la vida, como no pueden, finalmente, reconstruir, de manera idéntica a la que tenía antes de su derrumbamiento, la presa de Tous, volver a repetir —y con la misma intensidad— el fenómeno atmosférico de la “gota fría” y el temporal de agua que desencadenó, para apreciar entonces si abriendo las compuertas aquella se habría desmoronado o no. No pueden; pero tampoco tienen por qué hacerlo. Pues no se ve la razón por la cual hay que exigir en el delito de comisión por omisión imprudente unos requisitos que no se piden para el delito de acción: si para la imputación de la muerte imprudente a la venta de un producto venenoso en el que no aparece ninguna indicación sobre su toxicidad es irrelevante el hecho de que, aunque se hubiera entregado con la etiqueta preceptiva, tal vez se habría producido también el mismo resultado, importando únicamente que el foco de peligro (producto tóxico), por encima del riesgo permitido a consecuencia de una acción negligente (venta sin aquella etiqueta reglamentaria), haya causado efectivamente la muerte del consumidor, entonces en los tres casos jurisprudenciales de omisión que acabamos de exponer lo único relevante para imputar el resultado debe ser que tres focos de peligro (traumatismo craneal, peritonitis, temporal de agua que se derrama sobre una presa), por encima del riesgo permitido a consecuencia de la no aplicación de medidas de precaución (vigilancia médica del traumatismo, intervención quirúrgica del enfermo de peritonitis, apertura de las compuertas de desagüe), han causado efectivamente y sin duda los correspondientes resultados típicos.

### **3. Los controles del foco de peligro**

El legislador, como hemos señalado anteriormente, bien se resigna con los focos de peligro, porque vienen generados por la naturaleza, bien incluso los promueve, porque son necesarios para el desarrollo y para el progreso de la sociedad. Pero se resigna con ellos

o los promueve sólo en tanto y en cuanto se mantienen dentro del riesgo permitido, y para alcanzar ese objetivo prevé que determinadas personas apliquen medidas de precaución, por lo que si aquéllas permanecen inactivas y el foco sobrepasa entonces ese riesgo permitido causando un resultado típico, esa abstención integrará una comisión por omisión imprudente, ya que el responsable normativo de la conversión del peligro de lícito en prohibido será naturalmente quien estaba encargado de controlar que ello no sucediera.

El control puede ser, por una parte, en origen, cuando se establece para conseguir que el foco de peligro sea puesto en funcionamiento dentro de los límites del riesgo permitido. Y puede ser, también, posterior, cuando se encomienda a determinadas personas la aplicación de medidas de precaución para evitar que, a consecuencia, por ejemplo, del deterioro natural de las cosas o de un comportamiento fortuito, imprudente o incluso doloso de un tercero, el foco, después de haber sido puesto en funcionamiento, rebase el nivel de peligro jurídicamente tolerado.

#### **a) Controles en origen**

aa) Con el control en origen del foco de peligro cuando va a ser puesto en funcionamiento nos hemos encontrado ya en varios de los supuestos con los que hemos estado operando a lo largo de este artículo: la venta de un producto tóxico, la transfusión de sangre a un paciente, la excavación de una zanja o la entrega a las operarias de un determinado material, todos esos focos de peligro requieren jurídicamente la aplicación de unas medidas de precaución para que puedan entrar en actividad. Cuando el responsable de adoptar las medidas es la misma persona que, posteriormente, pone en circulación el producto, como sucede en el caso de los “pelos de cabra” (ver supra, nota 29), entonces, y como ya se ha indicado (supra II.C.2.a), si las medidas de precaución no se aplican, no estamos ante un delito de omisión, sino ante uno de acción; pues esa inactividad previa sólo puede ser concebida como una —penalmente irrelevante— omisión de medidas de precaución sin más, pero no como una omisión de evitar que un comportamiento humano cause, mediante un foco de peligro no permitido, un resultado típico; pues como el propietario de la fábrica de cepillos sigue manteniendo el control del producto peligroso después de no haberlo desinfectado, la causa de que éste llegue a las

operarias, y produzca su muerte, no es aquella inactividad —que obviamente no puede ser entendida como la omisión del fabricante de evitar su propio comportamiento posterior activo—, sino la entrega efectiva de los “pelos de cabra” cuya manipulación condiciona los resultados típicos.

bb) La situación varía cuando el control en origen está asignado a otras personas distintas de las que (con obligación asimismo de controlar el foco de peligro, o sin esa obligación) ponen a aquél —mediante un comportamiento activo— en circulación. En tal caso, los encargados de aplicar las medidas de precaución (por ejemplo, responsables de un hospital que no compran el instrumental necesario ni dan las instrucciones precisas para que se efectúe el test anti-SIDA del plasma que se va a transfundir, encargados de controlar que las conservas o el agua mineral no salgan deteriorados de las plantas de envase) que no cumplen con su deber, responden, en comisión por omisión, de los resultados típicos —muerte, lesiones— causados a, respectivamente, enfermos o consumidores, ya que normativamente, y a consecuencia de su inactividad, son los responsables de que el foco de peligro causante del menoscabo de bienes jurídicos haya rebasado el riesgo permitido. Los que en última instancia y mediante una acción causan materialmente el resultado típico responderán de éste sólo en el caso de que también estuvieran obligados a controlar, por su parte, el foco, algo que no sucede en ninguno de los dos ejemplos que acabamos de exponer: si no concurren circunstancias excepcionales, ni el médico que transfunde tiene por qué desconfiar —ni, consiguientemente, revisar— la sangre que le proporciona el Servicio de Hematología de un hospital, ni el dependiente de la tienda de ultramarinos está obligado tampoco a controlar el contenido de las conservas y del agua mineral que vende, entre otras razones, porque si, para comprobar si estaba o no deteriorado su contenido, tuviera que abrir cada una de las latas o desprecintar todas las botellas de agua mineral que suministraba a sus clientes, automáticamente convertiría en inservible su mercancía y en inviable la explotación de su negocio.

#### **b) Los controles posteriores**

Una vez que el foco se ha generado, bien por accidente, bien por una actividad humana, y para mantenerlo dentro del riesgo permitido, se establecen servicios de vigilancia que pueden clasificarse,

en función de la mayor o menor peligrosidad del foco y sin ánimo de ser exhaustivos, en permanentes, periódicos o facultativos.

#### aa) Controles permanentes

Cuando el foco encierra un alto e ininterrumpido peligro de exceder del riesgo permitido, el control que se establece tiene carácter permanente.

Al médico-anestesiista, por ejemplo, le corresponde un control continuo sobre el peligro al que está expuesto un paciente objeto de una intervención quirúrgica; por ello, si el facultativo —por desatención o porque, como sucede la mayor parte de las veces en las que el TS se ha ocupado de estos supuestos<sup>50</sup>, se ausenta para

<sup>50</sup> Sobre la doctrina jurisprudencial, cfr., entre otras, las siguientes resoluciones del TS:

Sentencia de 1 de diciembre de 1989, A. 791 (del Repertorio de 1990): "... [el médico-anestesiista] volvió a ausentarse del quirófano de nuevo y hubo de ser buscado por la enfermera y tras una tercera ausencia de más de diez minutos, cuando volvió de nuevo a su puesto en la operación, en los momentos finales de la misma, al mirar la pantalla del monitor vio que la señal electrocardiográfica daba plana, y cuando levantó los paños del campo operativo, descubrió que el tubo nasotraqueal que suministraba oxígeno al paciente estaba desconectado, lo que provocó a la víctima el que quedara descerebrado y en estado crónico vegetativo, hasta su posterior fallecimiento. Es evidente que el hecho de no preocuparse en examinar con la debida atención el monitor y comprobar constantemente lo que reflejaba su pantalla, que le proporcionaba la señal electrocardiográfica indicadora del estado del paciente, representa una imprudencia temeraria profesional" (destacado añadido).

Auto de 16 de octubre de 1992, A. 8329, en el que en un supuesto de hecho donde el anestesiista "entró y salió constantemente del quirófano", presentándose "un paro cardiorespiratorio [cuando] el enfermo estaba desatendido con incumplimiento de sus obligaciones [de aquél]", resultando lesionado, el TS hace suyo el argumento de la sentencia de instancia de que "esta vigilancia constante y permanente del enfermo fue, en efecto, omitida por el Dr. V. [el anestesiista] y esa omisión infringe una norma socio-cultural de cuidado que integra y completa el ilícito de la imprudencia" (destacados añadidos).

Sentencia de 18 de septiembre de 1992, A. 7187, en la que se condena por imprudencia a la doctora-anestesiista por dejar "solo [al paciente] en la Sala de Despertar sin encomendar a nadie su vigilancia", siendo así que "el paciente [estaba] necesitado de ininterrumpida vigilancia" (destacado añadido).

Sentencia de 7 de julio de 1993, A. 6057: El "abandono del área del quirófano —por la anestesiista— de un paciente no motorizado está en conexión causal y directa con la falta de oxigenación cerebral que pasó inadvertida durante unos minutos y que desencadenó todas las consecuencias arriba descritas; todo ello revelaba, además, grave negligencia y una patente falta a las normas de cuidado inherentes a su especialización que exigen un control y vigilancia, siempre efectiva, sobre la

atender a otro enfermo— deja de aplicar la oportuna medida de precaución, bien en quirófano, bien cuando el operado se encuentra todavía inconsciente en la Sala de Despertar, y, a consecuencia de ello, el foco entra en la esfera de lo prohibido causando un resultado típico de muerte o lesiones, aquélla o éstas les serán imputables a título imprudente en comisión por omisión.

Además del que acabamos de exponer, pueden mencionarse, como ulteriores ejemplos de obligación de control permanente, aquél al que están sometidas las centrales nucleares<sup>51</sup> y el que se ejerce por los controladores aéreos sobre el tráfico de los aeropuertos<sup>52</sup>.

---

situación del operado y de sus constantes biológicas” (subrayados añadidos).

Sentencia de 22 de abril de 1994, A. 3357: “La cuestión que se debate en este motivo se ciñe a la intensidad de la negligencia del acusado, y contraída al hecho —que se declara probado en la sentencia de instancia— de la falta de vigilancia constante y permanente de la recién operada cuando permanece en lo que se llama ‘Sala de Despertar’. Si la ausencia del acusado, cuando interviene en la siguiente operación, se produce, como queda perfectamente recogido en la sentencia, cuando la operada no había recuperado aún la consciencia, ello supone la vulneración de las más elementales medidas de precaución y cuidado por parte de quien es responsable de controlar el siempre peligroso instante de la recuperación de los efectos de la anestesia... Resulta incuestionable que el hecho de que se hubiese retrasado la recuperación de la consciencia entrañaba un toque de alarma que exigía extremar todas las medidas precautorias, y especialmente esa constante presencia, con un seguimiento continuo de su evolución, faltando, de modo palmario a la más elemental prudencia cuando se ausentó, dejando sin asistencia a la recién operada, especialmente cuando la recuperación era anormal” (destacados añadidos).

<sup>51</sup> Cfr. art. 70.2 del Reglamento sobre instalaciones nucleares y radiactivas, aprobado por Decreto 2869/1972, de 21 de julio: “En el caso concreto de instalaciones nucleares de la categoría a) del artículo tercero [scil. de centrales nucleares] se establecerá un servicio permanente, compuesto de un Supervisor y un Operador, desde el instante en que se comience la carga del combustible, independientemente de cuál sea el estado de funcionamiento de la instalación. El Supervisor de servicio no podrá ausentarse de la instalación. El Operador de servicio no podrá abandonar la sala de control sin autorización del Supervisor y sin que sea sustituido por éste u otro Operador con licencia”.

<sup>52</sup> Cfr. apartado 4.5.4.1 del Reglamento de Circulación Aérea, aprobado por Real Decreto 73/1992, de 31 de enero: “Los controladores de aeródromo mantendrán vigilancia constante sobre todas las operaciones visibles de vuelo que se efectúen en el aeródromo o en sus cercanías, incluido de las aeronaves, vehículos y personal que se encuentren en el área de maniobras, y controlarán ese tránsito de acuerdo con los procedimientos que aquí se formulan y con todas las disposiciones aplicables de tránsito aéreo”.

En todos estos casos son fáciles de construir, nuevamente, supuestos en los que la equivalencia valorativa entre acción y omisión aparece evidente: el controlador responderá por imprudencia de las consecuencias de un accidente aéreo, y con toda justicia, tanto si aquél tiene su origen en la instrucción equivocada que le dio (acción) al piloto del avión siniestrado, como en la no (omisión) advertencia de que existía un obstáculo con el que posteriormente colisionó el avión.

### **bb) Controles periódicos**

A diferencia de los supuestos que acabamos de examinar, otras veces el foco no presenta una amenaza continuada de convertirse en prohibido, por lo que son suficientes revisiones periódicas (más o menos espaciadas en el tiempo, en función de la mayor o menor tendencia del foco a desequilibrarse) para comprobar que se mantiene establemente dentro del riesgo permitido.

De acuerdo con ello, se establecen controles periódicos para asegurar que no se ha rebasado el riesgo permitido, o, en su caso, y si en el intervalo entre los controles preceptivos lo ha rebasado, para reintegrarlo al nivel autorizado mediante la aplicación de medidas de precaución, revisiones que pueden tener, según la naturaleza del foco y por mencionar sólo unos ejemplos significativos, una periodicidad diaria —así, para los andamios en los trabajos de construcción<sup>53</sup>, y para las entibaciones en la excavación de pozos, zanjas, galerías y similares<sup>54</sup>—, o anual —así, para los locales de es-

<sup>53</sup> Cfr. art. 21 de la Ordenanza de Trabajo en la Construcción, Vidrio y Cerámica, aprobada por Orden de 28 de agosto de 1970: "Antes de su primera utilización, todo andamio será sometido a la práctica de un reconocimiento y a una prueba a plena carga por persona competente, delegada de la Dirección técnica de la obra, o por ésta misma, en su caso. Los reconocimientos se repetirán diariamente, y las pruebas, después de un período de mal tiempo o de una interrupción prolongada de los trabajos, y siempre que, como resultado de aquéllos, se tema por la seguridad del andamiaje", y, para la aplicación de ese precepto a un supuesto de imprudencia con tres resultados de muerte, la sentencia del TS de 14 de mayo de 1985, A. 2488.

<sup>54</sup> Cfr. art. 254 de la Ordenanza citada en la nota anterior: "En esta clase de trabajos [pozos, zanjas, galerías y similares] se establecerán las fortificaciones y revestimientos para contención de tierras que sean necesarias, a fin de obtener la mayor seguridad para el personal. Las entibaciones habrán de ser revisadas al comenzar la jornada de trabajo", y, para la aplicación de ese precepto a un supuesto de imprudencia con dos resultados de muerte, la sentencia del TS de 15 de junio de 1985, A. 3012.

pectáculos bajo la vigencia del Reglamento de Espectáculos Públicos, aprobado por Orden de 3 de mayo de 1935<sup>55</sup>—, o bianual —así, para los ascensores instalados en edificios industriales y lugares de pública concurrencia<sup>56</sup>—, o cuatrienal —así, para los ascensores instalados en edificios de más de veinte viviendas o con más de cuatro plantas servidas<sup>57</sup>—.

### cc) Controles facultativos

Los controles facultativos —atribuidos, por lo general, a las Administraciones central, autonómicas o municipales— suelen tener por objeto focos de peligro que se encuentran bajo la dependencia directa de particulares, quienes son, por consiguiente, los primeros responsables de que aquél no sobrepase, por acción o por omisión, el riesgo permitido. Con la superposición de una vigilancia administrativa se intentan alcanzar dos objetivos: en primer lugar, que ante la amenaza permanente de una eventual inspección, los particulares, por el temor a ser sancionados (normalmente, con carácter administrativo<sup>58</sup>), adopten las medidas de precaución previstas; y, en segundo lugar, que en aquellos supuestos en que una inspección efectivamente realizada ponga de manifiesto esa infracción de las normas de diligencia, las irregularidades sean corregidas, reconduciendo entonces la Administración el peligro a los límites jurídicamente tolerados.

<sup>55</sup> Dada la aglomeración de personas que puede producirse en un local de espectáculos, ello constituye un foco de peligro ante la eventualidad de un incendio, por lo que se hacen precisas numerosas medidas de precaución, tanto para conseguir atajar el fuego (presencia de mangueras y de extintores), como para que no se extienda (obligación de ignifugar los materiales empleados), como para que sea posible que los asistentes puedan alcanzar rápidamente la vía pública (salidas de emergencia y vías de evacuación en un determinado número y con unas determinadas características). El art. 3º del Reglamento de 1935 ordenaba una inspección anual de los locales, fundamentalmente para comprobar si se cumplían las normas de prevención de incendios, y, en función de esa comprobación, se otorgaba o no la licencia (anual) de temporada, imprescindible para que el espectáculo pudiera seguir estando abierto al público. El control periódico anual del Reglamento de 1935 ha sido sustituido por un control facultativo en el Reglamento de 1982 (ver inmediatamente infra cc).

<sup>56</sup> Cfr. apartado 16.1.3.4 de la Instrucción Técnica Complementaria MIE-AEMI del Reglamento de Aparatos de Elevación y Manutención referente a ascensores electromecánicos, aprobada por Orden de 19 de diciembre de 1985, y modificada por Órdenes de 23 de septiembre de 1987 y de 12 de septiembre de 1991.

<sup>57</sup> Cfr. la disposición citada en la nota anterior.

<sup>58</sup> Cfr., sin embargo y excepcionalmente, supra nota 32.

Pero a la vista de la multitud de focos de peligro existentes que caen dentro de las revisiones facultativas, lo que naturalmente no se puede exigir es que los inspectores tengan el don de adivinar el futuro y que inspeccionen, precisamente, aquel foco de peligro del que se va a derivar un accidente imprudente: los controles facultativos, como su propio nombre indica, establecen una facultad, pero no una obligación de control, por lo que, en abstracto, tampoco pueden fundamentar un delito imprudente de comisión por omisión: no se puede hacer responsable, por ejemplo, de un delito imprudente por omisión al guardia civil de tráfico de la comandancia más próxima, por no estar presente justamente en el tramo de la carretera donde, por la noche, circulaba un vehículo con los faros apagados que posteriormente provocó un accidente. En consideraciones de esta naturaleza se basó la sentencia (no publicada) de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de abril de 1994 (caso “Alcalá 20”, ver supra III.C.2.b) para absolver al —en el momento de los hechos— Concejal de Seguridad del Ayuntamiento de Madrid, Emilio García Horcajo; pues ciertamente que el servicio municipal de prevención de incendios tenía, de acuerdo con el art. 46.4 del Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, de 1982, facultades para inspeccionar locales de espectáculos (“... los servicios técnicos municipales podrán realizar cuantos reconocimientos y visitas de inspección consideren necesarios para comprobar las condiciones de seguridad e higiene y el funcionamiento de instalaciones y servicios [de las instalaciones destinadas a espectáculos o actividades recreativas]”)<sup>99</sup>; pero teniendo en cuenta que en Ma-

<sup>99</sup> Los controles administrativos son, en cambio, preceptivos, de acuerdo con los arts. 40.3 y 47.1 del Reglamento de 1982 cuando el local se pone en funcionamiento (control en origen) o cuando ha estado cerrado un mínimo de seis meses.

Art. 40.3: “Tal licencia [preceptiva para la apertura de todo local de nueva planta o reformado destinado a espectáculo o actividades recreativas] tendrá por objeto comprobar que la construcción o la reforma y las instalaciones se ajustan íntegramente a las previsiones del proyecto previamente aprobado por el Ayuntamiento al conceder las licencias de obras a que se refiere el artículo 36 de este Reglamento, especialmente en aquellos aspectos y elementos de los locales y de sus instalaciones que guarden relación directa con las medidas de seguridad, sanidad y comodidad de obligatoria aplicación a los mismos”.

Art. 47.1: “Sin perjuicio de las facultades inspectoras permanentes de los Gobernadores Civiles y los Alcaldes, éstos ordenarán el reconocimiento preceptivo de



drid existen más de 300.000 locales dedicados a esas actividades (discotecas, cines, teatros, bares, cafeterías, etc.) lo que obviamente le era imposible al Concejal era adivinar que uno de ellos, en concreto, la discoteca “Alcalá 20”, no cumplía con las normas de prevención de incendios, que, además, iba a arder, y que el incendio se iba a producir precisamente en la madrugada del 17 de diciembre de 1983, por lo que tendría que haber ordenado que se girase una inspección antes de esa fecha<sup>60</sup>.

De acuerdo también con estos criterios, la sentencia del TS de 26 de marzo de 1994, A. 2599, absuelve al Teniente de Alcalde y al Jefe de la Policía Local del Ayuntamiento de Córdoba del incendio y de las muertes imprudentes de las personas que perecieron abrasadas, que les habían sido imputadas a aquéllos, en comisión por omisión, por la Audiencia Provincial. Ésta había fundamentado su sentencia condenatoria en que los dos acusados no habían intervenido para retirar unos coches mal aparcados en una vía peatonal, y en que, con ello, habrían “dejado de adoptar la más mínima medida para evitarlo [el estacionamiento prohibido], siendo esto lo que impidió el paso de los vehículos de bomberos, lo que originó un retraso determinante, de forma altamente decisiva del fallecimiento de las víctimas [que estaban dentro del edificio incendiado]”. La sentencia de la Audiencia de Córdoba desconoce que siendo, como es, facultativo el control municipal de los coches mal estacio-

---

los locales destinados a espectáculos o recreos públicos, cuando, tras haber permanecido cerrados durante seis meses como mínimo, pretendieran comenzar o reanudar su actividades, a fin de comprobar si subsisten las medidas de seguridad y sanidad que fueron tenidas en cuenta para la concesión de la licencia de apertura y funcionamiento”.

<sup>60</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid fundamenta la absolución de García Horcajo, entre otras, en las siguientes consideraciones: “En el caso de autos el procesado García Horcajo no adquirió la condición de garante... En el caso de autos se derivaría de una disposición legal, que no es otra que el art. 46.4 del Reglamento del 82...; pero este artículo no impone una obligación de inspeccionar, sino una facultad, por lo que el procesado no estaba sometido a ningún deber jurídico concreto de actuar. El Reglamento de 1982 atribuye facultades inspectoras a los Ayuntamientos, pero sólo impone la obligación de inspeccionar en el art. 47.1, referente a los locales que han estado cerrados seis meses como mínimo y pretenden reanudar su actividad, que no era el caso de la discoteca “Alcalá 20”. Por ello no puede hablarse de delito de imprudencia temeraria en la actuación de García Horcajo” (destacados añadidos).

nados, no se entiende sobre qué base la policía local, de entre los cientos o los miles de vehículos incorrectamente aparcados aquella noche en Córdoba, tenía la obligación de comprobar aquéllos que —como sólo pudo ponerse de manifiesto a posteriori— iban a dificultar el paso de los bomberos que iban a acudir a apagar un incendio justamente en aquel edificio de la ciudad. Como afirma con toda razón el TS, al casar la sentencia de instancia, “lo que se les imputa [al Teniente de Alcalde y al Jefe de la Policía local] es una omisión”, y ésta exige (lo que el Tribunal de instancia, porque el control era facultativo, fue incapaz de fundamentar) “establecer cuál era el deber de cuidado específico infringido”.

#### **dd) Resumen**

La existencia (autorizada) de focos de peligro requiere muchas veces, para que éstos no rebasen el riesgo permitido, la creación de instancias de control encargadas de mantener a aquéllos dentro de los límites jurídicamente tolerados.

A la persona que incumple su obligación de controlar originaria o posteriormente (de forma permanente o periódica) el foco, entrando éste en la esfera del riesgo prohibido y causando un resultado típico, se le imputará ese resultado en comisión por omisión, debido a que es ella la responsable normativa (de haberse adoptado las medidas de precaución omitidas, el foco habría seguido siendo uno permitido) de la situación antijurídica creada.

Los controles facultativos, en cambio y en principio, no fundamentan una comisión por omisión: estos controles tienen un carácter meramente preventivo-general para conseguir, en lo posible, que, mediante la amenaza de una eventual (pero no preceptiva) inspección, los responsables directos del foco (por lo general, personas particulares) apliquen las medidas de precaución necesarias para que no traspase los límites de riesgo tolerado. Pero a los inspectores (por lo general, funcionarios de la Administración) encargados de los controles facultativos no les corresponde la (imposible) misión de adivinar, de entre la multitud de focos sometidos a su competencia, cuál va a ser aquél que precisamente se va a desestabilizar y que, por consiguiente, habría que revisar: como este dato sólo se pone de manifiesto a posteriori, por ello tampoco puede convertir lo que es una mera facultad en una obligación de control de ese foco específico.

## V. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN GENERAL

Una vez determinadas las características de la comisión por omisión imprudente y explicado el fundamento de por qué, cuando aquéllas concurren, equivale realmente a una acción, hasta el punto de que, con los criterios que hemos establecido, los comportamientos imprudentes activos y pasivos aparecen como normativamente intercambiables, podríamos concluir el presente artículo, ya que ha quedado cubierto el estudio de los temas enunciados en su título: causalidad, omisión e imprudencia.

Pero las consecuencias que se extraen de los principios a los que hemos llegado en las páginas anteriores van, naturalmente, más allá de la estricta omisión imprudente impropia, y, por ello, no quiero terminar este trabajo sin hacer algunas breves consideraciones sobre la comisión por omisión en general.

### A. La reducción de la comisión por omisión a los supuestos de vigilancia de un foco de peligro preexistente

Como al lector no le habrá pasado inadvertido, hasta ahora he evitado utilizar, en lo posible, la expresión garante. Ello obedece a que el ámbito de los posibles sujetos activos de una comisión por omisión, de acuerdo con la tesis que aquí se mantiene, es mucho más restringido que el de la teoría dominante. Mientras que para ésta garante, y, consiguientemente, persona a la que le es imputable el resultado sobrevenido como si lo hubiera causado mediante una acción, lo es quien está obligado extrajurídico-penalmente a velar por la integridad de un interés penalmente protegido, independientemente de que éste sea lesionado como consecuencia de la desestabilización de un foco de peligro o de una amenaza repentina para el bien jurídico no reconducible a un foco de peligro preexistente (la mujer sufre de improviso un infarto o va a ser asesinada, y el marido no interviene)<sup>61</sup>, en mi opinión sólo en el pri-

<sup>61</sup> Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, ps. 283, a quien posteriormente ha seguido la doctrina dominante, fue el primero que dividió las posiciones de garante según que consistieran en "la vigilancia de una determinada fuente de peligro", en cuyo caso es "indiferente cuáles son, en particular, los bienes jurídicos concretos a los que les amenazan peligros procedentes de esa fuente", y aquellas otras en las que el garante está encargado "de

mer caso estamos ante una omisión impropia, mientras que en el segundo el omitente sólo responderá, en su caso, de una omisión propia de los arts. 489 ter o 338 bis.

De todas formas, mi concepción de foco de peligro no coincide exactamente —como hemos visto ya (IV.D.2.b) y volveremos a ver infra D— con la de Armin KAUFMANN<sup>62</sup>: considero que existe una fuente de peligro capaz de generar una comisión por omisión si el vigilante (o garante) no aplica las medidas de precaución preceptivas, tanto cuando se trata de una fuente que puede menoscabar bienes jurídicos en principio indeterminados (la no bajada de las barreras en un paso a nivel puede suponer la muerte o lesiones de cualquier ocupante de un automóvil que vaya a cruzar cuando pasa el tren), como cuando se trata de un bien jurídico determinado —aquí discrepo del concepto de KAUFMANN de fuente de peligro— que, por su desamparo, se ha convertido en una fuente de peligro que exige protección (un niño pequeño es una fuente de peligro para sí mismo que debe ser vigilada, por ejemplo, dándole de comer, ya que él es incapaz de alimentarse).

### **B. La comisión por omisión como *constancia* de que un foco de peligro desestabilizado ha causado el resultado**

La reducción de la posición de garante fundamentadora de una comisión por omisión a los supuestos de vigilancia de una fuente de peligro trae consigo que, en contra también de la doctrina dominante, la imputación del resultado al omitente no se haga depender ya del recurso a procesos causales hipotéticos, por definición y porque no han sucedido en la realidad, imposibles de determinar: la pregunta a formular no es ya si la acción omitida hubiera

---

la defensa de un bien jurídico absolutamente determinado contra cualquier ataque, independientemente de cuál sea su procedencia” (destacados añadidos). Pero esta distinción la establece KAUFMANN sólo con fines formales de carácter clasificatorio y didáctico, sin que de ella se haya extraído hasta ahora ninguna consecuencia material. En cambio, según la tesis que aquí se mantiene, sólo en el primer caso, cuando la omisión del vigilante de la fuente de peligro convierte a éste de lícito en prohibido, estamos ante una omisión impropia, mientras que en los supuestos de infracción de deberes (extrapenales) de asistencia frente a un bien jurídico determinado la responsabilidad penal no puede exceder, en el peor de los casos, de una omisión propia.

<sup>62</sup> Ver otra vez la nota anterior.

(con mayor o menor probabilidad) evitado el resultado, sino si consta que una inactividad —al no haberse aplicado una medida de precaución preceptiva— ha transformado (normativamente) un foco de peligro de permitido en prohibido, y si consta igualmente que ese foco de peligro (ilícito ya) ha causado materialmente el resultado.

### **C. La sustitución de la fórmula de que la acción omitida hubiera evitado el resultado por la de que hubiera disminuido el riesgo de lesión**

En parte como consecuencia del callejón sin salida al que conduce la fórmula adaptada a la comisión por omisión de la *conditio sine qua non* —que, como hemos visto (IV.A.3), nunca puede ofrecer la certeza, sino, en el mejor de los casos, una altísima probabilidad de que la acción omitida hubiera evitado el resultado—, un sector minoritario de la doctrina<sup>63</sup> ha decidido, aparentemente, hacer de la necesidad virtud y sustituye el requisito de que la acción omitida, con una probabilidad rayana en la seguridad, hubiera evitado el resultado por el de que la acción omitida hubiera disminuido el peligro de lesión del bien jurídico, aplicando este principio tanto a los casos de garante por vigilancia de fuente de peligro como de protección de un bien jurídico concreto.

Esta teoría, que permite fundamentar consecuentemente, sin las contradicciones de la doctrina dominante, por qué el marido que no auxilia a la mujer enferma o que va a ser asesinada responde de un delito consumado contra la vida en comisión por omisión (en ambos supuestos la acción de auxiliar omitida por el cónyuge habría disminuido el peligro de fallecimiento de la esposa), y que, en cierto modo, supone una transposición al delito de omisión de la teoría de ROXIN del aumento del riesgo<sup>64</sup>, ha sido combatida por la

<sup>63</sup> Sus principales representantes son STRATENWERTH (cfr. *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat*, 3ª ed., Berlín-Bonn-München, 1981, pp. 277-278: "... basta la omisión de una acción que hubiera disminuido el peligro que llevaba a la lesión del bien jurídico") y RUDOLPHI (cfr. *SK StGB I*, 6ª ed., cerrada en septiembre de 1993, antes del § 13 n° marginal 16: el resultado es imputable a la omisión "cuando simplemente consta que la acción omitida hubiera disminuido inequívocamente el peligro que amenazaba al bien jurídico").

<sup>64</sup> V. supra IV.B.1. ROXIN no se ha pronunciado sobre si está de acuerdo o no con esa transposición a la comisión por omisión de su teoría del aumento del riesgo.

doctrina dominante con la objeción de que, por una parte, es incompatible con el principio *in dubio pro reo* y de que, por otra, convierte *contra legem* a todos los delitos de lesión en delitos de peligro (o a los que, como mucho, deberían ser frustrados en consumados)<sup>65</sup>. Y ha sido combatida con razón. Como tanto STRATENWERTH como RUDOLPHI parten, con la doctrina dominante, de que existe una comisión por omisión (imprudente o dolosa), independientemente de si el “garante” es el vigilante de una fuente de peligro o de si sólo le incumbe —sin foco de peligro preexistente— un deber genérico extrapenal de velar por un determinado bien jurídico, en este último caso imputarían el resultado a quien no auxilia a un pariente repentinamente enfermo, con tal de que la acción omitida (de auxilio) hubiera disminuido el peligro de lesión. Pero si el criterio más estricto de la doctrina dominante de la probabilidad rayana en la seguridad no consigue superar la objeción de que esa omisión no puede equivaler a una acción —porque en ésta se exige la absoluta seguridad causal, no bastando la creación de un mero riesgo para el bien jurídico, si no consta que ese peligro es el que ha desembocado en una lesión— (ver *supra*, IV.A.3), con mayor motivo habrá que negar la equiparabilidad con un delito de acción en la omisión de aquellas acciones que únicamente hubieran disminuido el riesgo de producción del resultado, esto es, que ni siquiera llegan a alcanzar el nivel de que lo hubieran impedido con una altísima probabilidad.

#### **D. El delito *doloso* de comisión por omisión**

Naturalmente que también existen delitos dolosos de comisión por omisión. Pero como en los delitos imprudentes, la cuasicausa-

---

Sí se ha pronunciado, en cambio, su discípulo SCHÜNEMANN, defensor de la teoría del aumento del riesgo en el delito imprudente de acción (cfr. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährungsdelikte*, JA 1975, pp. 648 y ss.), quien niega tajantemente que esa teoría pueda ser transpuesta a la comisión por omisión (v. JA 1975, p. 655).

<sup>65</sup> Cfr., en este sentido y entre otros, SCHÜNEMANN, JA 1975, p. 655; SEELMANN, AK StGB I, Neuwied 1990, § 13 núm. marginal 61; JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., Berlín-Nueva York 1991, p. 794; ERB, *Rechtmässiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgzurechnung im Strafrecht*, Berlín 1991, p. 145 y *passim*; FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, p. 130

lidad de la omisión impropia dolosa no puede consistir tampoco en la hipótesis —más o menos probable— de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, sino que hay que exigir —al igual que en el delito doloso de acción— la seguridad de que, como consecuencia normativa de la desestabilización, por inactividad, de un foco de peligro, éste haya desembocado con seguridad (aspecto objetivo) y, en este caso, intencionadamente (aspecto subjetivo del tipo doloso) en un resultado típico.

De lo expuesto se sigue una drástica reducción, frente a la doctrina dominante, del ámbito de los delitos dolosos de omisión impropia, en cuanto que quedan al margen de éstos y sólo pueden ser sancionados, en su caso, como una omisión propia, todos aquellos supuestos en los que el omitente no está al cuidado de una fuente de riesgo, produciéndose el resultado por una amenaza súbita para un determinado bien jurídico cuya lesión no era previsible, por lo que nadie estaba previamente encargado de vigilar un ex ante inexistente foco de peligro.

El delito doloso de acción contra la vida consiste en que, por ejemplo y mediante un disparo, la mujer o el hijo condicionan con toda seguridad la muerte de, respectivamente, el esposo o el padre, quedando descartada la imputación del resultado si existe la mínima duda sobre si la conducta ha influido científico-naturalmente en el resultado (ver supra, IV.A.2). Por ello, y paralelamente, no puede equivaler a esa acción —por ejemplo y para acudir a dos casos ya conocidos y paradigmáticos de comisión por omisión para la doctrina dominante— una inactividad consistente en no intervenir para proteger al marido o al padre de un infarto o frente a un delito contra la vida que va a cometer un tercero, ya que no se puede tener la seguridad de si la acción omitida hubiera evitado o no el resultado letal.

Si no concurren circunstancias excepcionales a las que luego me referiré, los miembros que conviven dentro de una familia no pueden ser considerados como, por así decirlo, “focos de peligro andantes”, al borde de una desestabilización que debería ser contrarrestada en cualquier momento con una medida de precaución, y necesitados, por ello, de una vigilancia especial encomendada a otros parientes: si la muerte de uno de ellos se produce a consecuencia de un ataque al corazón, a éste habrá que reconducir el fallecimiento y la omisión de auxilio de sus familiares no pasará de

ser un comportamiento pasivo que tal vez —pero no con seguridad— hubiera evitado el resultado, ni pasará de ser, con ello, una omisión propia; pero esa inactividad no puede entenderse —lo que sería necesario para fundamentar una comisión por omisión y, con ello, la imputación del resultado— como la omisión de una medida de precaución desestabilizadora de un foco de peligro preexistente que ha desembocado en una muerte.

La anterior conclusión, alcanzada sobre la base de los criterios de identidad que hacen plausibles la equiparación de una omisión a una acción, se ve confirmada también con consideraciones de otra naturaleza. Por una parte y lingüísticamente, porque de la esposa que no reacciona ante una grave y repentina enfermedad del marido no se puede decir, razonablemente, que lo ha “matado” —lo ha “matado” la enfermedad—, lo que, desde el punto de vista del principio de legalidad, hace imposible subsumir ese comportamiento pasivo en el art. 405 que requiere “matar al cónyuge”; y por otra parte y valorativamente, porque obviamente no es lo mismo —y, por consiguiente, ambos casos no pueden ser sancionados indiferenciadamente con la pena de reclusión mayor prevista para el parricidio— el comportamiento activo de la mujer que pega un tiro al marido y el pasivo de aprovechar la circunstancia inesperada de una enfermedad súbita para ver si, así, puede liberarse del cónyuge al que aborrece.

De lo expuesto se deduce que únicamente existe una comisión por omisión dolosa cuando el encargado de vigilar un foco de peligro preexistente, mediante la ausencia de una medida de precaución que le incumbe, lo desestabiliza intencionadamente condicionando dicho foco con toda seguridad el resultado típico.

De acuerdo con ello y por ejemplo, responderá a título de dolo, por los eventuales resultados de muerte, lesiones o daños producidos, el guarda de paso a nivel que, para provocar el accidente, no baja las barreras antes del paso del tren, y a título de dolo también el anestesista que, con intención de causar la muerte del paciente, permanece impasible, sin hacer nada para ayudarle, cuando advierte en la pantalla del monitor que están surgiendo complicaciones: en todos estos supuestos la ausencia de una medida de precaución preceptiva ha transformado, en estos casos dolosamente, un foco de peligro de permitido en prohibido, siendo éste el causante, con toda seguridad, del resultado típico.



También dentro del ámbito familiar pueden darse delitos dolosos de comisión por omisión; pero no como consecuencia de un deber genérico extrapenal (como, por ejemplo, los establecidos en los arts. 67 y 68 del Código Civil<sup>66</sup>) de velar por parientes adultos y hasta entonces no expuestos a riesgo alguno. La omisión impropia surge aquí cuando el pariente que haya resultado lesionado o muerto, como tal, constituye o se ha convertido en un foco de peligro, a consecuencia de su inmadurez, de una enfermedad preexistente o de cualquier otra circunstancia. Así, los niños, al no poder valerse por sí en absoluto (o sólo limitadamente, en función de la edad), constituyen un foco de peligro para ellos mismos o para los demás que tiene que ser contrarrestado con medidas de precaución encomendadas a las personas más cercanas. Cuando nace, el niño, naturalmente, no se puede ligar a sí mismo el cordón umbilical, por lo que si la madre es la única persona que asiste al parto y no lo anuda, al no haber aplicado una medida de precaución, responderá de la muerte en comisión por omisión intencionada o imprudentemente, según que la inactividad que ha desestabilizado al foco de riesgo (al recién nacido como tal) se haya llevado a cabo dolosa o culposamente; después del nacimiento, los hijos, que durante un período prolongado de tiempo y por ejemplo, ni se pueden alimentar a sí mismos, ni saben manejarse en una bañera, ni tienen tampoco capacidad para detectar la existencia y la gravedad de posibles enfermedades, siguen constituyendo, por ello, un foco de peligro, y si éste se ve desestabilizado por una ausencia de las correspondientes medidas destinadas a contrarrestar el riesgo (no se les da de comer, no se les incorpora en la bañera en la que se acaban de sumergir, no se avisa al médico y se les deja morir de una meningitis), a la persona encargada en cada momento del control (a la madre, al abuelo, a la niñera) le será imputable la muerte sobrevenida intencional o imprudentemente, según que la omisión sea reconducible a una voluntad dolosa o a una actitud negligente.

<sup>66</sup> Art. 67: "El marido y la mujer deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia". Art. 68: "Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente".

Pero no sólo los niños, también los parientes adultos pueden convertirse en focos de peligro, cuando por la edad o las enfermedades entran en una situación de desamparo que exige la vigilancia y la aplicación, en su caso, de medidas de precaución. En consecuencia, responde de un parricidio doloso en comisión por omisión la esposa que, ante un foco de peligro preexistente encomendado a su vigilancia —un marido enfermo— le abandona durante seis días, produciéndose la muerte de éste<sup>67</sup>. Pero la imputación del resultado no se produce como consecuencia de un deber extrapenal genérico establecido en los arts. 67 y 68 CC que fundamentaría en todo caso —aun ante la presencia de una enfermedad repentina— un delito de comisión por omisión (así, la doctrina dominante), sino sobre la base de una obligación específica de vigilancia —en este supuesto: del mismo objeto material del delito que, por su enfermedad, se habría convertido en sí en un foco de peligro— que no se diferencia en nada de la atención que, por ejemplo, debe prestar un médico al paciente que tiene a su cuidado, dependiendo en todos estos casos la responsabilidad dolosa o culposa por la lesión sobrevenida del mayor o menor riesgo creado con la ausencia de las medidas de precaución y de la conciencia que tuviera el omitente del riesgo objetivo realmente existente.

Pero con todo ello me alejo cada vez más del objeto que quería tratar en el presente trabajo: esa, la comisión por omisión dolosa, es otra historia, que espero poder contarles muy pronto.

<sup>67</sup> Así, el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 28 de enero de 1994, A. 125: “Como muy bien se razona por el Tribunal sentenciador, la recurrente se había convertido en el único medio de subsistencia de su marido, que dependía absolutamente de la acusada para todo. Su existencia estaba en sus manos. Si no le alimentaba, le suministraba la medicación o le auxiliaba para hacer sus necesidades fisiológicas, su muerte se produciría en un tiempo máximo de cinco días, según se expresa en los hechos que se declaran probados. Al asumir la esposa tal situación su posición de garante aparece incuestionable. Tampoco ofrece cuestión que la acusada omitió la acción debida, ya que al ausentarse del domicilio conyugal, sin ponerlo en conocimiento de persona alguna, con el marido postrado en la cama e incomunicado, sin posibilidad de obtener alimento, sólido y líquido, ni tomar las medicinas que le estaban prescritas, y no regresar al mismo hasta pasados seis días, desatendió el deber que le vinculaba con respecto a su esposo, casi asegurando un resultado de muerte que venía obligada a evitar”.

# Acerca de la legitimación de la “imputación objetiva” como categoría complementaria del tipo objetivo\*

*Eberhard Struensee\*\**

## I. INTRODUCCIÓN

La teoría de la imputación objetiva se ocupa de problemas principales de la estructura general del delito. Según la opinión de sus partidarios, ella se ha convertido en la teoría ampliamente dominante en la ciencia del derecho penal postfinalista. En la jurisprudencia de los altos tribunales alemanes, por el contrario, ella busca aún, en vano, un reconocimiento<sup>1</sup>. Sus partidarios, en verdad, se broncean anticipadamente a la media luz de expresiones de la Corte Suprema argumentativamente débiles y que necesitan ser interpretadas.

En un viraje decisivo en contra del presunto “subjetivismo” de la teoría finalista del tipo e ilícito<sup>2</sup>, la teoría de la imputación objetiva propaga el grito de guerra “¡regresemos al tipo objetivo!”. Junto a ello concede, sin embargo, la consecuencia más manifiesta del finalismo: el dolo es un elemento constitutivo del tipo del delito. Con ello vale: quien cuenta al dolo en el tipo subjetivo, es finalista<sup>3</sup>. *Protestatio facto contra ria non valet*.

\* Tr. de Fabricio Guariglia

\*\* Profesor de la Universidad de Münster, R.F.A.

<sup>1</sup> De otro modo en Austria, cf. TRIFFTERER, *Klug-Festschrift*, 1983, pp. 419, 423.

<sup>2</sup> ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, 2ª ed., 1994, § 24y 25.

<sup>3</sup> Cf. NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951, p. 11; MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1954 (versión castellana de Juan Córdoba Roda, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, 1962).

En el nivel del tipo, la teoría de la imputación objetiva no queda, por lo tanto, atrás de la teoría final de la acción. Ella, por el contrario, puja en un “hiper-subjetivismo”, dentro del cual —forzosamente— toma en cuenta “lo subjetivo en la imputación objetiva”<sup>4</sup>, es decir, lo admite como elemento conceptual del tipo objetivo. El finalismo nunca se extravió en misterios semejantes.

Mi contribución tiene como fin explicar que la teoría de la imputación objetiva carece de razón de ser junto a un tipo (ilícito) subjetivo. La prueba de ello requiere, primero, echar una breve mirada al desarrollo dogmático histórico de las categorías generales del hecho punible en este siglo, pues sólo de este modo se puede comprender las pretensiones y la posición sistemática de la teoría de la imputación objetiva.

## II. LOS MOTIVOS DOGMÁTICOS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

La división entre ilícito y culpabilidad se sitúa al comienzo del desarrollo moderno de la teoría general del delito. La prescripción contenida en estas categorías —en una caracterización esquemática tosca— fue, inicialmente, que todo lo “objetivo” pertenecía al ilícito, todo lo “subjetivo” a la culpabilidad. La diferenciación entre elementos objetivos y subjetivos del hecho punible se refería a la psiquis del autor: el ilícito quedaba constituido sólo por elementos (objetivos), que se encontraban fuera de la representación del autor<sup>5</sup>.

Este claro esquema fue socavado al poco tiempo. Primero fueron los elementos subjetivos de la justificación —la voluntad de defenderse en la legítima defensa, etc.—, que no encontraban lugar en este cuadro<sup>6</sup>. Después del descubrimiento de la categoría del

<sup>4</sup> ROXIN, *Chengchi Law Review* (en adelante, CLR), volumen 50 (1994), p. 232.

<sup>5</sup> Sobre el desarrollo histórico-dogmático, cf. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 48 (versión castellana de Sergio Yáñez y Juan Bustos Ramírez, *Derecho Penal alemán, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970); CEREZO MIR, *ZStW*, 84 (1972), p. 1033 (con numerosas referencias a obras en lengua castellana); HIRSCH, *ZStW*, 93 (1981), p. 831 y *ZStW*, 94 (1982), p. 239; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 4ª ed., 1988, § 22, pp. 179 y siguientes.

<sup>6</sup> GRAF ZU DOHNA, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, 1905, p. 105; H. A. FISCHER, *Die Rechtswidrig-*

tipo<sup>7</sup> —un caso de percepción de “formas” jurídicas—, que BELING ensayó para limitar la descripción de elementos puramente objetivos del comportamiento típicamente delictivo, se vio al poco tiempo que determinados tipos delictivos no podían ser delimitados frente a otros tipos, ni caracterizados, sin recurrir a elementos psíquicos del autor. El mejor ejemplo es la intención de apoderamiento que diferencia al hurto (al igual que la apropiación indebida y el robo) de los casos, en su mayoría no punibles, de *furtum usus*.

El paso siguiente fue llevado a cabo por la teoría final de la acción, la que ante todo fijó la vista en la estructura ontológica de la acción. Ella desarrolló un concepto de acción e ilícito que no sólo podía integrar los hasta ese momento erráticamente casuísticos elementos subjetivos. Este concepto obtuvo forzosamente también un nuevo orden de los elementos del delito, a saber, el reconocimiento del dolo (y de la imprudencia) como elementos del tipo del delito.

Este desarrollo alcanzó su punto culminante en la reunión de la teoría final de la acción con la teoría de las normas<sup>8</sup>. Ella primero presentó conceptualmente las relaciones recíprocas entre las estructuras ontológicas y su valoración, y amarró los elementos subjetivos del tipo y de la justificación en el en sí concluyente concepto de una teoría personal del ilícito.

La ciencia ha aceptado hoy, en su mayoría, el resultado de la teoría personal del ilícito; su fundamento teórico —la teoría final de la acción— es, sin embargo, continuamente negado. Ello sorprende aún más, dado que la teoría dominante hasta ahora no ha desarrollado, ni siquiera una vez intentado, un concepto contrario, que

---

keit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911 (reimpresión, 1966). Sobre el desarrollo posterior, cf. SCHWEIKERT, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, 1957.

<sup>7</sup> BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906.

<sup>8</sup> Esta reunión ha sido sobre todo elaborada y profundizada por Armin KAUFMANN en sus obras *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954 (versión castellana de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, *Teoría de las Normas, Fundamentos de la dogmática penal moderna*, Buenos Aires, 1977), y *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959; resumidas en *Welzel-Festschrift*, 1974, pp. 393 y siguientes.

teóricamente fundamentado resulte apto para explicar por qué las categorías reconocidas de tipo y antijuridicidad no pueden evitar la psiquis del autor. Con ello se encuentra la teoría dominante en el nivel teórico de la dogmática pre-finalista, que se dispersó en una casuística de “elementos subjetivos del ilícito”. Un concepto contrario semejante no es tampoco el deseo de la teoría de la imputación objetiva; ella toma, por cierto, los resultados de la teoría personal del ilícito, y se comprende a sí misma como una semejante<sup>9</sup>, pero cree haber descubierto en la “imputación al tipo objetivo” un peldaño de valoración desatendido por la teoría personal del ilícito en el ámbito de lo “objetivo”. Sin embargo, los fenómenos clasificados en este peldaño de valoración no sólo forman un mero conglomerado de problemas heterogéneos —como lo muestra un vistazo por las interpretaciones corrientes<sup>10</sup>—, sino que son, en cambio, impregnados de elementos subjetivos casuísticos y ateóricos. A ello se le debe agradecer el hasta hoy tozudamente defendido déficit de la dogmática de la imprudencia.

La mudanza del dolo desde la culpabilidad hacia el ilícito no ha alterado el tipo objetivo del delito doloso en cuanto a su contenido; no había para ello ninguna necesidad. En cambio, la pregunta sobre el comportamiento ilícito en los delitos imprudentes condujo a que en la fundamentación del ilícito tampoco se pudiera permanecer en la mera causación (en el sentido de la teoría de la equivalencia) del resultado. Como elementos determinantes, que constituyen el ilícito del delito imprudente, fueron descubiertos y elaborados con mayor detalle la violación al cuidado y la relación de antijuridicidad.

La teoría de la imputación objetiva ha cambiado el nombre de estos elementos, y en vez de ellos habla de “creación de un peligro jurídicamente relevante, o sea, prohibido” y de “realización de es-

<sup>9</sup> ROXIN, *Strafrecht, AT* (2ª ed., 1994), § 10/88; RUDOLPHI, *System. Komm.* (6ª ed., 23ª entrega, 1994), antes de § 32, N° 5; OTTO, *Grundkurs Strafrecht (Allg. Strafrechtslehre, 4ª ed., 1992)*, p. 81.

<sup>10</sup> JESCHECK, *Lehrbuch, AT*, § 28 IV, p. 257 y ss.; ROXIN, *Strafrecht, AT*, § 11 B, p. 298; WESSELS, *Strafrecht, AT*, 24ª ed., 1994, § 6 II, p. 49 y ss. JAKOBS coloca a la dogmática de la Parte General, en su conjunto, bajo el título “la teoría de la imputación”, cf. su manual *Strafrecht, AT*, 2ª ed., 1991, 2º Libro, p. 123 y siguientes.

te peligro en el resultado típico”<sup>11</sup>. De este modo su traicionera procedencia de la dogmática de la imprudencia es terminológicamente encubierta; ello facilita el sugerir su relevancia práctica para el delito doloso.

Estos elementos, según el estadio de la dogmática de la imprudencia de entonces, hasta hoy no abandonado por la opinión dominante, se insertaron, forzosamente, en el tipo objetivo. Pues la esencia de la imprudencia ha sido ante todo determinada, y continúa siéndolo hoy, desde la perspectiva de la ausencia de dolo, es decir, en forma negativa: se trata de un delito que no presenta dolo y, por lo tanto —aquí viene un cortocircuito—, tampoco tipo subjetivo.

El desarrollo posterior ha llevado a que el tipo objetivo del delito imprudente echara abundantes e interesantes pétalos, mientras que el del delito doloso permaneció en su clásica pobreza. La teoría de la imputación objetiva aspira a eliminar esta desigualdad, e imputar al delito doloso también aquello que es apto para el delito imprudente. El anhelo de la asimilación de los tipos objetivos se basa esencialmente en dos motivos.

Por un lado, se trata de una cierta necesidad de armonía para la unificación de las estructuras dogmáticas. Al mismo tiempo, ella es regida por la preservación formal de la exigencia tradicional de identidad de los presupuestos objetivos para todas las formas de delito, aun cuando el contenido sea modificado y aumentado.

Por otro, el enriquecimiento del tipo objetivo en el delito imprudente parece demostrar que existe, en efecto, algo como un “ilícito objetivo”, que, en relación al tipo objetivo (tradicional) del delito doloso, es caracterizado a través de elementos complementarios. Esto fue, y es, el motivo de la teoría de la imputación objetiva para retocar también el tipo objetivo del delito doloso en su contenido. Con esto, ella hace suyo, sin examinarlo, el prejuicio dogmático de que en estos presupuestos complementarios del ilícito imprudente se trata de lo “objetivo”. Se coloca, de este modo, anteojeras que le impiden echar una mirada a la pregunta de si la unidad de la estructura del ilícito no debe ser buscada en la direc-

<sup>11</sup> JESCHECK, Lehrbuch, AT, § 28 IV, p. 257 y s.; RUDOLPHI, System. Komm., advertencia preliminar 57, antes de § 1; ROXIN, Strafrecht, AT, § 11 B, N° 39.

ción contraria, señalada a través de la teoría de los elementos subjetivos del ilícito y de la relevancia de la finalidad de la acción.

### III. LA RELACIÓN DE IMPUTACIÓN ENTRE ACCIÓN Y RESULTADO

En lo que sigue sólo se debe y puede tomar un sector de los problemas usurpados por la imputación objetiva, y por cierto, aquellos que conciernen a la relación entre acción y resultado. Armin KAUFMANN ha presentado una primera, y hasta ahora única, crítica extensa y fundamental a esta nueva teoría<sup>12</sup>; ella se limita, en verdad, al ámbito de los delitos dolosos<sup>13</sup>. La crítica ha inducido a ROXIN a una crítica contraria<sup>14</sup>, que recientemente él ha ampliado en una intensa defensa de la teoría de la imputación objetiva<sup>15</sup>. Más allá de eso, ROXIN es el único representante de esta teoría que se ha ocupado de las principales objeciones en su contra. Por ello se justifica que los argumentos que siguen se concentren en forma considerable en tesis de ROXIN, quien es el más conocido y significativo defensor y autor, intra et extra muros, de la moderna teoría de la imputación objetiva<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Festschrift für Jescheck, 1985, p. 251 y siguientes.

<sup>13</sup> Yo mismo me he esforzado por demostrar que las preguntas de la supuesta imputación objetiva también son sólo problemas de error en el ámbito de la imprudencia: JZ 1987, p. 53 y 541 (versión castellana de Joaquín Cuello Contreras con la colaboración de José Luis Serrano González de Murillo en: Anuario de Derecho Penal, 1987, pp. 423 y ss.); GA 1987, p. 97 (versión castellana de José Luis Serrano González de Murillo en: Cuadernos de Política Criminal, 1991, pp. 449 y siguientes).

<sup>14</sup> En Gedächtnisschrift für Armin KAUFMANN, 1989, p. 237 y ss.; en parte detallada ya antes en una conferencia otorgada el 30 de septiembre de 1986 en Palma de Mallorca en el II Seminario Humboldt —Derecho Penal— y allí distribuída como manuscrito.

<sup>15</sup> Cit. nota 4, pp. 219 y siguientes.

<sup>16</sup> Sólo puedo referirme en forma global a las contribuciones más recientes de autores alemanes sobre imputación objetiva trasladadas al castellano: WOLTER, La imputación objetiva y el sistema moderno del derecho penal, en: GIMBERNAT (editor) y otros, Omisión e imputación en derecho penal, Madrid, 1994; JAKOBS, La imputación objetiva en derecho penal, Universidad Externado de Colombia, 1994.



La necesidad de introducir a la categoría de la “imputación objetiva” es en primera línea fundamentada con el desvirtuado argumento de que la teoría de la equivalencia extendería ilimitadamente la realización del tipo objetivo<sup>17</sup>. Este argumento pudo haber tenido una cierta plausibilidad cuando la causación del resultado típico a través del actor decidía si una norma de comportamiento había sido lesionada, si —frente a la ausencia de una causa de justificación— el ilícito se encontraba fundamentado, y si se había actuado en forma antijurídica. Después de que el dolo y la imprudencia fueran reconocidos como elementos del tipo (y con ello como elementos de la lesión a la norma de comportamiento, del ilícito y de la antijuridicidad), ya no se puede hablar de un agigantamiento del ilícito. La teoría de la imputación objetiva debe, por lo tanto, servir de mejores fundamentos.

### 1. La intención frente al resultado improbable

ROXIN intenta, de la mano del —ya empleado por WELZEL<sup>18</sup>— “caso de la tormenta”, justificar la teoría de la imputación objetiva<sup>19</sup>: A envía a X frente a una tormenta que se avecina al bosque, con la esperanza de que un rayo lo fulmine. Según WELZEL, el tipo objetivo queda completo si el rayo —contra todas las probabilidades— mata a X; el origen en quien da el consejo no es puesto en duda (teoría de la equivalencia). Su punibilidad, según ROXIN, sólo puede entonces ser evitada si resulta posible negar el dolo. Este camino elige WELZEL, y junto con él Armin KAUFMANN, HIRSCH<sup>20</sup>, entre otros. Ellos niegan, en formulaciones diversas, una “voluntad de realización del hecho”. Ello, sin embargo, no es, según ROXIN, una

<sup>17</sup> ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 11/10; RUDOLPHI, *Syst. Komm.*, antes de § 1, N° 52 y siguientes.

<sup>18</sup> *Deutsches Strafrecht*, p. 66.

<sup>19</sup> *Strafrecht*, AT, § 11/36; anteriormente, del mismo autor, *Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift*, 1989, p. 249.

<sup>20</sup> WELZEL, *loc. cit.* en nota 11; Armin KAUFMANN, *Festschrift für Jescheck*, p. 266 y s. (queda en verdad poco claro si KAUFMANN desea negar el costado intelectual o el volitivo del dolo, cuando exige que “un objetivo juicio de adecuación debe ser psicológicamente realizado”); HIRSCH, en *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln*, 1988, p. 405 y s.; del mismo autor, en *Leipziger Kommentar*, 11ª ed., 1994, antes de § 32, N° 32.

fundamentación convincente: “pues es indiscutible que el autor subjetivamente quería precisamente aquello que objetivamente ha causado”<sup>21</sup>. Una punibilidad sería únicamente excluida a través de la negación de la imputación objetiva: “sólo porque no juzgamos, ya en el plano objetivo, una causación de muerte puramente accidental como matar a otro en sentido jurídico, un dolo referido a ella no es dolo de homicidio”.

La crítica de ROXIN a este camino de solución es correcta: si en casos de este tipo el dolo falta, entonces ello es debido a déficits en el ámbito de la representación, y no en el inferior plano volitivo de la “voluntad de realización del hecho”. Los fundamentos dados por WELZEL y otros para la ausencia de dolo son, por lo tanto, dogmáticamente imprecisos, en cuanto directamente niegan el componente volitivo del dolo.

La ausencia de elementos volitivos en este requisito de dolo sólo se puede comprobar inmediatamente allí donde el movimiento corporal físico no es “ocasionado” o “producido” por la voluntad; éste es, por ej., el caso en los actos reflejos, pero también en los movimientos corporales mecánicamente causados: X tropieza en un almacén y cae sobre una estantería de porcelana, durante lo cual el prevé las consecuencias de su caída<sup>22</sup>. En el caso de la tormenta no se trata, evidentemente, de una situación semejante. En lo que queda, el elemento volitivo —en el caso de movimientos corporales realizados con libre albedrío— sólo se deja negar con dos —y por cierto sólo “mediatas”— fundamentaciones.

Dado que la voluntad —en cuanto ella sea relevante como elemento de la punibilidad— nunca va más allá que la representación<sup>23</sup>, falta por definición también allí donde el conocimiento exigido por la ley o por conceptos básicos se encuentra ausente. Cuando A apun-

<sup>21</sup> ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 11/36.

<sup>22</sup> Cf. sobre ello Armin KAUFMANN, *Festschrift für Hellmuth v. Weber*, 1963, p. 218 y s. (del mismo autor, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, p. 118); del mismo autor, *ZStW* 70 (1958), p. 81 (*Strafrechtsdogmatik*, p. 73; hay versión castellana de Suárez Montes en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1960, ps. 185 y siguientes).

<sup>23</sup> Cf. FRANK, *ZStW* N° 10 (1890), pp. 168, 173, 179, 186, entre otras; SCHEWE, *Reflexbewegung - Handlung - Vorsatz*, 1972, p. 79; MAURACH, *Strafrecht*, AT, p. 222.

ta a X y mata o lesiona a Y, cuya presencia en el campo de tiro no había advertido, su defensa jurídicamente profana será: “¡yo no quise eso!”. Esta defensa no es, por cierto, falsa, pero no es correcta: A “no quiso” la lesión de Y porque no había pensado en esta posibilidad, no se la había representado. De allí que se trate sólo de una mediata —a través del conocimiento— ausencia de voluntad.

El segundo caso de “ausencia mediata de voluntad” en el caso de movimientos corporales libremente voluntarios es, según la opinión dominante, también concebible allí donde la acción sea ejecutada en conocimiento (previsión, o “tener por posible”) de las consecuencias y de la situación de partida; este caso concierne a la lamentable contienda fronteriza acerca de dónde termina la zona marginal del dolo y comienza la de la imprudencia. La opinión todavía dominante cree que existen acciones que, a pesar del idéntico contenido de la representación, deben ser adjudicadas en una u otra zona, conforme diferenciaciones en los planos volitivos o emocionales. En el caso de la tormenta, sin embargo, esta pregunta sobre la frontera del dolo eventual, que por definición se refiere a las “consecuencias laterales” —es decir, a las posibles de prever, pero no intentadas—, no juega ningún papel.

Luego, el dolo en el caso de la tormenta sólo puede ser negado —hasta donde se sigue a ROXIN— cuando una insuficiencia sobre la faz intelectual es descubierta. Una insuficiencia de este tipo puede basarse en dos razones. Ella existe, por un lado, allí donde el tipo objetivo ha sido realizado, el actor, sin embargo, no conoce (por completo) las circunstancias del hecho. Por otro, ella puede resultar de que los hechos acertadamente representados no realicen ningún tipo. Ello significa, para la solución del caso de la tormenta, que el dolo es excluído o bien por falta de representación de la realización del tipo, o por falta de realización del tipo por la representación.

Según ROXIN, el dolo sólo puede faltar en el caso de la tormenta por la segunda razón. Puesto que en este caso —así argumenta ROXIN contra WELZEL— coincidiría la representación con los datos objetivos, la aceptación de Welzel de que aquí el tipo penal estaría completo, conduciría forzosamente a la consecuencia de que también el dolo estaría dado<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Strafrecht, AT, § 11/36.

En la afirmación de que la representación coincidiría con los datos objetivos se oculta una premisa, de la que, por cierto, ROXIN cuelga también su teoría del dolo, con la cual, sin embargo, por la enredada vía de la imputación objetiva, él mismo se coloca claramente en contradicción. La premisa consiste en que el curso causal entre acción y resultado no debe, ni en cada particularidad<sup>25</sup> así como tampoco en sus rasgos esenciales, ser abrazado por el dolo<sup>26</sup>. Este vaciamiento del dolo no es fundamentado ni siquiera con una sílaba.

Si se sigue la premisa mencionada, la exigencia de dolo en relación al contexto de causalidad se reduce entonces al mero “que”<sup>27</sup>, y al equivalente “de algún modo” de una relación semejante. Un concepto de dolo mutilado de semejante forma obliga en el caso de la tormenta, no sólo a WELZEL, sino también a ROXIN, a la aceptación de un homicidio doloso. ROXIN sale al paso de las consecuencias de este vaciamiento del dolo, que él con razón contempla como equívocas, al pretender que sólo la teoría de la imputación objetiva pueda señalar aquí el camino correcto: según ella, el dolo falta en el caso de la tormenta sólo debido a que él se refiere a un curso de acontecimientos que no es objetivamente imputable, en concreto a “una causación de muerte puramente accidental”. Con ello la premisa sobre el vaciamiento del dolo es unida a una segunda —tampoco fundamentada— premisa, a saber, la afirmación de que el dolo, en todo caso, debe tener por objeto un “curso objetivamente imputable”.

<sup>25</sup> Así anteriormente HERZBERG, ZStW 85 (1973), p. 867 y ss. (888, 889).

<sup>26</sup> ROXIN, Strafrecht, AT, § 12/135 y ss. ROXIN señala a esta premisa, incluso, como la opinión hoy preponderante en la ciencia. Del mismo autor, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, 1989, p. 237 (239).

<sup>27</sup> Del mismo modo, JAKOBS, Strafrecht, AT, 8/64 y siguientes.

Quien renuncia a que el dolo abarque determinadas estaciones del curso causal concreto no puede formular numerosos problemas, que con razón pertenecen a la existencia tradicional de la teoría del dolo, ni siquiera como tales. Junto a las cuestiones tratadas en este trabajo de la intención frente a las consecuencias improbables, la desviación de la representación del curso causal y la autopuesta en peligro por propia responsabilidad, son todavía señaladas, sobre la delimitación entre dolo (*dolus eventualis*) y culpa (consciente), la tentativa irreal, la supersticiosa y la inidónea por causalidad putativa, y la diferenciación entre autoría y participación, así como de las formas de participación entre ellas. Cf. sobre ello ya STRUENSEE, ZStW 102 (1990), p. 26 y ss. (versión castellana de Marcelo Sancinetti, Dolo, tentativa y delito putativo, Buenos Aires, 1992).

Ahora, la pregunta sobre si se trata de un curso “accidental” o “imputable” depende claramente de qué caminos, extravíos o desvíos toma el curso causal hacia el resultado. Pues “objetivamente imputable” es sólo un curso que responde a determinadas expectativas normativamente fijadas sobre relaciones de causalidad. El curso causal concreto representado —apenas recién escamoteado del dolo— encuentra de este modo, bajo una nueva etiqueta de “resultado objetivamente imputable”, otra vez admisión en el círculo de objetos relevantes del dolo.

ROXIN abre al curso causal concreto, más allá de eso, todavía un segundo camino de regreso al dolo, a saber, la “realización del plan”<sup>28</sup>. Ella debe ser la regla de valoración en la “imputación al dolo frente a desviaciones causales”<sup>29</sup> para la imputación al tipo subjetivo<sup>30</sup>. Pero un curso causal sólo puede ser generalmente registrado y definido como “desviación” cuando se lo compara con otro curso, del cual aquél se desvía<sup>31</sup>. En la “regla de valoración” de la realización del plan se trata, pues, de la medida de discrepancia entre los elementos del curso causal objetivamente dados y los subjetivamente representados, es decir, planeados. Según esto, las supuestamente irrelevantes representaciones del curso causal del actuante deciden, entonces —esta vez incluso como “medida de valoración”—, sobre si un dolo acorde con el tipo objetivo, y con ello una consumación (“congruencia”) se encuentra presente, o no.

Con ello, las representaciones del curso causal se manifiestan también en el enrejado de la teoría del tipo de Roxin como inevitables.

La presunta necesidad de limitar nuevamente el tipo objetivo, sobre la base de una teoría del ilícito que presenta al dolo al igual que a las intenciones típicas (y a los elementos subjetivos de la justificación) en el concepto de injusto personal, resulta por lo tanto sólo de un vaciamiento del dolo, que no se fundamenta, ni es fundamentable; él no puede ser mantenido ni siquiera por sus defenso-

<sup>28</sup> Strafrecht, AT, § 12/139 y siguiente.

<sup>29</sup> Strafrecht, AT, § 12 III.

<sup>30</sup> Strafrecht, AT, § 12/139.

<sup>31</sup> STRUENSEE, ZStW 102 (1990), 27 y siguientes.

res, y es por ello nuevamente revisado en el paso siguiente. Qué ventajas ofrece este enredado juego frente a la solución tradicional del problema, no resulta evidente.

La concepción tradicional se contenta con que el dolo se extienda a los “rasgos fundamentales”<sup>32</sup> del contexto causal concreto. El no necesita abarcar “todas las particularidades de un curso de acontecimientos”<sup>33</sup>; “Desviaciones frente al curso representado no [excluyen] entonces en forma regular el dolo, si ellas se mantienen todavía dentro de los límites de lo previsible según la experiencia general de vida y no justifican otra valoración del hecho”<sup>34</sup>. La cruz de esta posición radica naturalmente en la pregunta acerca de qué pertenece a los “rasgos fundamentales”. Pero los “rasgos fundamentales” de un curso causal son objetivamente dados con la entrada del resultado, pues no tiene sentido hablar de rasgos fundamentales en lo objetivo sobre la base de la teoría de la equivalencia, porque según ésta todos los factores causales son esenciales en igual medida. Se trata, por lo tanto, de un juicio acerca de cuáles factores de una relación de causalidad completa deben estar presentes en la representación para fundamentar el dolo.

Al contentarse, antes que con un contexto de condiciones completamente regulares, necesarias para la realización del tipo objetivo, con sus “rasgos fundamentales”, la opinión dominante hace ya reducciones cuantiosas de una completa congruencia entre tipo objetivo y subjetivo. Ello tiene por consecuencia que tanto la punibilidad por consumación (reducción de las exigencias de congruencia entre tipo objetivo y subjetivo) así como por tentativa (reducción de las exigencias de concreción del dolo en relación al curso causal) son ensanchadas en forma agravante. La teoría de la imputación objetiva desconoce o desfigura estas relaciones.

Las digresiones precedentes sirven para probar que el caso de la tormenta —que evidentemente figura sólo como ejemplo para una problemática general— no precisa de una nueva construcción dog-

<sup>32</sup> Cf. JESCHECK, Lehrbuch, § 29 V 6 b, p. 279 y s; LACKNER, StGB, 21ª ed., 1995, § 15, N° 11; ROXIN, Strafrecht, AT, § 12/135; WESSELS, Strafrecht, AT, § 7, IV, 3, N° 258.

<sup>33</sup> BGH 7, 325, 329.

<sup>34</sup> BGH 7, 325, 329.

mática para su solución adecuada. ROXIN mismo lo ha demostrado en una ponencia<sup>35</sup> a través de una variación del caso de la tormenta: “en la medida en que, por el contrario, reformemos el caso, de modo tal que el rayo caiga frecuentemente en un lugar expuesto por causa de circunstancias físicas determinadas, y que el autor en conocimiento de estos hechos envíe a su víctima ignorante al lugar peligroso, para matarla de este modo, si el resultado se realiza, se ha dado un homicidio consumado. Puesto que aquí el autor ha creado un riesgo de muerte estadísticamente relevante, y este riesgo también se ha realizado en el resultado. En esta flexión de los hechos se debe, por lo tanto, aceptar una acción de homicidio”<sup>36</sup>.

En primer lugar, entonces, el tipo objetivo en esta variación se encuentra, también para ROXIN, completo. Ello no puede ser fundamentado con el conocimiento del autor de la peligrosidad del lugar, sino, a lo sumo, con una “experiencia” objetivizada de que el rayo cae en dicho lugar “de modo particularmente frecuente”. Pero esta frecuencia —en el ejemplo, conocida para el autor— no es tampoco factor de un concreto y objetivo curso de acontecimientos, sino sólo expresión de un más o menos extendido conocimiento de circunstancias concretas, que se encuentran en una relación de leyes causales con la muerte de la víctima del rayo. El tipo objetivo es, por lo tanto, realizado independientemente de esa experiencia.

Junto a ello, son, por lo pronto, pasadas por alto las reglas de la autopuesta en peligro por propia responsabilidad, cuya relevancia para este caso señala correctamente OTTO<sup>37</sup>.

Por otra parte, esta variación muestra convincentemente por qué en el caso original la impunidad general es aceptada: al actor le falta de todos modos el dolo; pues él no tiene ninguna representación fundada acerca de que el lugar al que envía a la víctima es un

<sup>35</sup> Cit. nota N° 14.

<sup>36</sup> Esta variación se echa de menos en la contribución de ROXIN al homenaje en memoria de Armin KAUFMANN, p. 237 y ss., al igual que en su manual sobre la Parte General.

<sup>37</sup> NJW 1980, p. 422; del mismo modo, HIRSCH, cit. nota N° 19.

“sitio peligroso”. El vago e insustanciado (\*) pronóstico del curso causal (el desnudo “que” de una relación causal) —sobre esto se está abiertamente de acuerdo en las consecuencias— no es suficiente para el dolo. De allí se debe extraer la exigencia de que el dolo sólo está presente en un pronóstico sobre el curso causal suficientemente sustanciado por el conocimiento de circunstancias que justifican la aceptación de causalidad; si él falta, el autor actúa en desconocimiento de circunstancias semejantes: él se encuentra en un error de tipo (§ 16 StGB).

Puede parecer extraño que aquél que pretende un resultado (típico) y también lo alcanza por el camino representado, deba actuar con un error de tipo<sup>38</sup>. Pero esta extrañeza resulta sólo de que se pierde de vista la necesidad de una suficiente concretización o sustanciación del dolo en relación al camino hacia el resultado.

## **2. La desviación de la representación del autor del curso de acontecimientos objetivos**

Estas relaciones analizadas aquí en el caso de la tormenta a modo de ejemplo existen también en los casos de las, así llamadas, desviaciones causales. Como ejemplo modelo puede servir el caso de laboratorio, también utilizado por ROXIN<sup>39</sup>, en el que la víctima, a la cual el autor ha herido con dolo de homicidio, se dirige al hospital y durante el viaje pierde la vida debido a un accidente, o más tarde debido a un incendio, o a la ingestión de alimentos envenenados. La relación causal real entre la acción (movimiento corporal) y el resultado típico es un curso “aventurado”, “casual” o “atípico” sólo allí, y sólo debido a que pasos intermedios “esenciales” del acontecer real permanecen escondidos al actor. Hasta aquí, él actúa sin un dolo adecuado al contexto de causalidad efectivo, y se

(\*) el término “Substantiierung” procede del derecho procesal civil alemán, y designa la exigencia de completividad de la demanda: ella debe abarcar todos los hechos en que se funda. Se ha optado por utilizar la expresión “sustanciación” —sugerida al traductor por el Prof. Dr. Marcelo A. Sancinetti—, que, sin ser equivalente, se refiere a una cuestión normativa similar (N. del T.).

<sup>38</sup> Por cierto HIRSCH, loc. cit., y OTTO (Grundkurs, § 7 III 1 b, p. 75) señalan el déficit de información, pero no lo subsumen en el § 16 StGB.

<sup>39</sup> Strafrecht, AT, § 11/37.



encuentra, de este modo, en un error de tipo<sup>40</sup>. Si él obtiene o posee, en cambio, información sobre particularidades no conocidas o accesibles para la generalidad, entonces el juicio se invierte bruscamente. Si el autor está enterado de un atentado extorsivo con veneno planeado contra el hospital, y golpea a su víctima a punto tal que ella debe ser hospitalizada, en la expectativa de que ella sucumba entonces a un allí esperado envenenamiento de alimentos, entonces, frente a la entrada de este resultado, ni la “imputación objetiva”, ni el dolo adecuado al curso objetivo pueden ser puestos en duda. WESSELS construye otro ejemplo gráfico. Él cita el caso en el que el autor (sobrino) persuade a la víctima (tío a heredar) de hacer un viaje en avión en la esperanza de que el aparato caiga. Si esto sucede, debe faltar la “imputación objetiva”. “Si, en cambio, hubiera una bomba escondida en el avión, y esta circunstancia fuera conocida por el sobrino, frente a la caída del avión así causada se debe afirmar la imputación objetiva, atendiendo al superior “conocimiento especial” del sobrino, y la consecuente conducción del acontecer causal”<sup>41</sup>.

Estos casos de, así llamado, conocimiento especial, no constituyen, como lo podría sugerir la expresión, una excepción, sino que sólo advierten, de modo particularmente enérgico, que tanto el ilícito del delito doloso, como el del imprudente, dependen siempre de la representación del actor. Ello significa: se resuelven exclusivamente en el tipo subjetivo, y nada tienen que ver con la “imputación objetiva”.

### **3. “Autopuesta en peligro por responsabilidad propia”**

Como tercer ejemplo concluyente para la necesidad de una imputación objetiva se ha celebrado, recientemente, el topos de la “autopuesta en peligro por responsabilidad propia” —celebrado, debido a que, supuestamente, la Corte Suprema alemana<sup>42</sup> ha recono-

<sup>40</sup> A diferencia del caso de la tormenta, el actor ha tenido en cuenta un curso causal suficientemente sustanciado, y es por ello punible por tentativa.

<sup>41</sup> WESSELS, *Strafrecht. AT*, N° 195; el subrayado me pertenece.

<sup>42</sup> BGH 32, 262, 265; adhiriendo, BGH 36, 1, 17; 37, 179, 180, 181; BGH NSzZ 1984, 452; 1986, 226; 1987, 406.

cido este punto de vista como límite de la imputación objetiva<sup>43</sup>. Con ello se sostiene que la Corte Suprema acepta, al menos parcialmente, ciertas fundamentaciones de la teoría de la imputación objetiva.

El caso a decidir era el siguiente: el imputado había procurado tres jeringas descartables, y de este modo posibilitado a su amigo H el inyectarse una mezcla de heroína por él preparada; la inyección condujo a la muerte de H. La Corte Suprema había castigado antes contribuciones causales de este tipo en casos de muerte por drogas causadas por propia mano como homicidio culposo<sup>44</sup>. En el caso descrito, ella desestima por primera vez la punibilidad del imputado por homicidio culposo y, por cierto, con la siguiente fundamentación: “quien únicamente ocasiona, posibilita o favorece el acto de la deseada y efectuada autopuesta en peligro por propia responsabilidad (dolosa o imprudente), participa en un acontecimiento que —en la medida en que se trata de la punibilidad por homicidio o lesiones corporales— no es típico, ni, por eso mismo, un suceso punible”<sup>45</sup>. Si la Corte Suprema entiende a la negación de un “suceso típico” en el sentido dogmático de la estructura del delito en tres peldaños, o considera al tipo como suma de todos los presupuestos de la punibilidad (“tipo completo”<sup>46</sup>), queda por completo en suspenso. Esta sentencia de la Corte Suprema es, sin embargo, interpretada por los partidarios de la teoría de la imputación objetiva en el sentido de que en los casos de autopuesta en peligro por responsabilidad propia falta ya el primer peldaño delictivo de la tipicidad (al cual se encadenan la antijuridicidad y la culpabilidad).

Una interpretación de este tipo de la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema no puede, sin embargo, reivindicar para sí que con esto la Corte Suprema reconozca, al menos tácitamente, a la teoría

<sup>43</sup> Así interpretan esta nueva jurisprudencia, por ejemplo, KIENAPFEL, JZ, 1984, p. 751 y s.; ROXIN, Strafrecht, AT, § 11/89; también en NSTZ, 1984, p. 411; OTTO, Grundkurs, p. 60; del mismo autor, Jura 1984, ps. 536, 540, y otros.

<sup>44</sup> BGH JR 1979, p. 429; MDR 1980, p. 985; NSTZ 1981, p. 350; 1983, p. 72.

<sup>45</sup> BGH 32, 262, 265.

<sup>46</sup> Sobre los distintos conceptos de tipo, cf., fundamentalmente, ENGISCH, Mezger-Festschrift (1954), p. 127, 129 y ss.; cf., además, JAKOBS, Strafrecht, AT, 6/53; ROXIN, Strafrecht, AT, § 10/1 y ss.; WESSELS, Strafrecht, AT, § 5 II, N° 116 y siguientes.

de la imputación objetiva. Pues la decisión hace depender la falta de realización del tipo objetivo de una restricción que es, por cierto, mencionada y registrada las más de las veces —aunque de ningún modo siempre— por la literatura, pero mal comprendida o encubierta en su fuerza explosiva dogmática. La Corte Suprema hace depender, en verdad, a la consecuencia jurídica de que ningún “suceso punible” estaría presente de un desconocimiento relativo del actuante. Ella, en una constelación semejante de casos, hace a la punibilidad “comenzar en primer lugar allí donde el partícipe, en virtud de un superior conocimiento de los hechos, comprende mejor el riesgo que el que se pone a sí mismo en peligro”<sup>47</sup>.

Luego, el proveedor de las jeringas sólo realiza el “tipo” si, y sólo si, actúa con “superior conocimiento de los hechos”. La realización del tipo objetivo depende, con ello, no de posteriores elementos objetivos, sino de circunstancias psíquicas del autor; la no realización, de la ausencia de un “superior conocimiento de los hechos”. Si en esta nueva jurisprudencia se tratara, entonces, del peligro delictivo del “tipo”, la Corte Suprema sólo podría alcanzar su reducción si exige determinados presupuestos para la realización del tipo subjetivo. Precisamente de este modo, ella supondría también la existencia de un tipo subjetivo del delito imprudente. Con “imputación objetiva”, es decir, con la colocación de presupuestos del tipo objetivo, este cambio de la jurisprudencia de los tribunales superiores no tiene claramente nada que ver.

La posibilidad de que un “superior conocimiento de los hechos” conduzca a la realización del tipo (imprudente) constituye, en rigor, la figura de la autoría mediata a través de la utilización de la “víctima sin dolo” como herramienta. Sólo le está impedido a la opinión dominante el reconocer una figura de este tipo en el ámbito de la imprudencia debido a que ella no puede ordenar dogmáticamente en ningún lugar un tipo subjetivo, y con ello una diferencia de conocimiento entre autor y víctima.

Se ve, entonces, que justo para los ejemplos modelos de la teoría de la imputación objetiva “claramente el conocimiento del autor es

<sup>47</sup> BGH 32, 262, 265, el subrayado me pertenece; también BGH StV 85, 86; BGH NStZ 85, 251; JÄHNKE, en Leipz. Komm. (10ª ed. 1981), § 222 N° 21.

indispensable como fundamento del juicio”<sup>48</sup>. Armin KAUFMANN ha señalado, como primer crítico de esta teoría para el ámbito del delito doloso, que particularmente frente a la ausencia de dolo en el caso concreto, a pesar de la realización del tipo objetivo, “cada especulación previa dentro del tipo objetivo acerca de si existe imputatio objetiva es, de un modo ya angustioso, redundante”<sup>49</sup>.

#### IV. ¿ELEMENTOS SUBJETIVOS EN EL TIPO OBJETIVO?

La crítica hasta aquí expuesta de la teoría de la imputación objetiva se basa en la premisa de que los tipos objetivos y subjetivos deben ser estrictamente diferenciados, y que para esta diferenciación existen criterios unívocos. En cuanto esta diferencia es, por lo general, expresamente definida, se cuentan dentro del tipo subjetivo aquellas “circunstancias definitorias del ilícito..., que pertenecen al ámbito psíquico y al mundo de representación del autor”<sup>50</sup>. Completan el tipo objetivo, entonces, las “circunstancias fundantes del ilícito” que se encuentran fuera del psíquico del autor.

Esta clara diferenciación es, sin embargo, despachada por algunos autores como “ociosa”. Pues: “la división entre exterior e interior sirve solamente al orden exterior, y debe caer allí donde ella contradice el sentido de un concepto”<sup>51</sup>. Un —o incluso el— ámbito de aplicación de esta dimensión de sentido nueva, objetiva y abarcadora de elementos psíquicos del autor, parece ser la teoría de la imputación objetiva. Pues ella “no hace depender necesariamente, aunque sí probablemente y en la praxis con razón también frecuentemente, la realización del tipo objetivo de factores subjetivos, intrapsíquicos. Cuando el autor ha realizado determinadas circunstancias fundamentadoras del riesgo con conocimiento y conscientemente, puede así fundamentarse sobre ello el juicio de que él ha creado un riesgo no permitido, y realizado el tipo objetivo de

<sup>48</sup> Armin KAUFMANN, *Jescheck-Festschrift*, pp. 251, 260.

<sup>49</sup> *Op. cit.*, p. 261. Quien debe dictaminar sobre ejercicios o exámenes puede dar cuenta de este tormento, que causan las inseguras y mal enseñadas nuevas generaciones.

<sup>50</sup> RUDOLPHI, *System. Komm.*, antes de § 1, N° 36.

<sup>51</sup> ROXIN, *Strafrecht, AT*, § 10/53; cf. también SCHMIDHÄUSER, *Schulz-Festschrift*, 1977, p. 61 y ss.; MIR PUIG, *Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift*, p. 253 y siguientes.

un homicidio, lesión, etc... Es, por lo tanto, completamente legítimo que también determinados factores subjetivos resulten significativos para la imputación objetiva”<sup>52</sup>.

A quien quite los ojos de las calientes discusiones sobre la subjetivización del concepto de ilícito y el vaciamiento de la culpabilidad en los “tiempos de lucha” de la teoría de la acción final, o todavía no los haya puesto en ellas<sup>53</sup>, se le deberá cortar el aliento frente a este desarrollo: no sólo el antes tan tozudamente defendido ilícito objetivo no ha podido mantenerse, ahora también hasta la última categoría del delito para lo objetivo, el tipo objetivo —irónicamente bajo el seudónimo de imputación objetiva—, se ve infiltrado por lo subjetivo.

Un concepto de esta clase del tipo objetivo tiene, sin embargo, consecuencias para el dolo, que todavía no son en absoluto percibidas: si la imputación al tipo objetivo depende de factores subjetivos, y el dolo sólo tiene por objeto sucesos semejantes, que son imputables al tipo objetivo, entonces él debería forzosamente extenderse a los “conocimientos especiales” pertenecientes al tipo objetivo: quien actúa con dolo sabe, que él sabe, y quiere, que él sabe. Ello plantea automáticamente nuevas preguntas: ¿cuándo actúa un autor semejante con error de tipo? ¿si él no sabe, que él sabe? ¿y cuándo actúa él sólo con culpa (consciente)? si él toma como viene el conocimiento, en forma aprobatoria, si se resigna a ello, si no pone en movimiento ninguna voluntad de evitación, o si se decide por el conocimiento fundante de la lesión al bien jurídico —por sólo mencionar algunos pocos de los criterios “voluntarios” considerados por la opinión dominante como determinantes para la división entre dolo e imprudencia—. Semejantes preguntas son, naturalmente, absurdas, pero, conforme la tesis de partida, inevitables. ROXIN mismo ha visto, y dicho, “que el dolo no se [puede], tampoco, referir a sí mismo”. “Tampoco otras circunstancias del hecho subjetivas... pueden, de un modo pleno de sentido,

<sup>52</sup> ROXIN, Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, p. 250 y siguiente.

<sup>53</sup> WELZEL, Das deutsche Strafrecht, § 11; MEZGER, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950; del mismo autor, en Leipziger Kommentar, 8ª ed., 1957, Introducción, II y III.

ser objeto del dolo”<sup>54</sup>. Lamentablemente, tales exactas constataciones, hechas en otro contexto, son nuevamente perdidas de vista frente a la cuestión de la imputación objetiva.

A pesar de todo, ROXIN parece haber visto o sospechado que la teoría de la imputación objetiva y su dependencia de factores subjetivos desemboca en la problemática de la autoreferencia del dolo. Pues en el último tiempo él enseña —bajo el título “lo subjetivo en la imputación objetiva”— la existencia de “contenido(s) de la conciencia, que no son elementos del tipo sino sólo relevantes para el juicio de riesgo o la delimitación de la responsabilidad entre distintos intervinientes”<sup>55</sup>. En el caso de que por este camino se debiera evitar que el conocimiento especial fuera punto de referencia del dolo, aquél perdería, al mismo tiempo, su tarea de restringir el objeto del dolo a lo objetivamente imputable. El autor que recomienda a su víctima un viaje en avión en la expectativa de que el aparato se estrelle actúa, según esto, siempre con dolo, indiferentemente de si él tenía con anterioridad conocimiento del atentado planeado al avión o no; pues un conocimiento eventual no sería “ningún elemento del tipo”, lo que sólo puede significar que este conocimiento no es ninguna circunstancia del hecho, que complete los presupuestos conceptuales de un elemento del tipo<sup>56</sup>. Dado que el dolo, también según ROXIN, sólo se refiere a “elementos del tipo”<sup>57</sup>, la ausencia de un conocimiento semejante, externo a los elementos del tipo, no puede, en consecuencia, afectar al dolo, y se debe castigar por tentativa. Esta solución conduce directa e inevitablemente a aquella ampliación de punibilidad que, según la opinión de ROXIN, sólo se puede evitar a través de una teoría de la imputación objetiva. Por lo demás, el juicio sobre la novedad dogmática de contenidos de la conciencia relevantes para la imputación —ello sólo puede significar: conformadores de los presupuestos de la imputación—, que no “son ningún elemento del tipo”, es

<sup>54</sup> Strafrecht, AT, § 12/114.

<sup>55</sup> ROXIN, CLR, pp. 232 y 233 y s. Con ello, la nueva unidad de sentido de los datos objetivos y subjetivos —cf. ROXIN, Strafrecht, AT, § 10/53, y arriba nota al pie 50— parece ahora desmoronarse otra vez.

<sup>56</sup> BELING, Die Lehre vom Verbrechen (1906), p. 112.

<sup>57</sup> Strafrecht, AT, § 10/62, § 12/81; se quiere decir, probablemente, “circunstancias del hecho”, cf. § 12/81.

pronunciado por ROXIN mismo: “Pero lo que es presupuesto necesario de un elemento del tipo, debe también, a su vez, pertenecer al tipo”<sup>58</sup>. De allí se sigue, forzosamente: si una circunstancia es relevante, pertenece ella también al tipo.

Más allá de esto, se debe hacer contra el “conocimiento especial” como característica del tipo objetivo —sea ahora elemento del tipo o presupuesto de la imputación, dogmáticamente a la deriva— una objeción fundamental. Hasta hoy no ha sido intentado, ni siquiera una vez a modo de ensayo, el designar criterios según los cuales se pueda determinar cuáles contenidos de la conciencia se deben incluir en el conocimiento especial, y cuáles pertenecen al tipo subjetivo.

Ello puede permanecer sin aclaración sólo en la medida en que se trate de problemas de la imprudencia. Pues aquí el conocimiento especial constituye, de todos modos, sólo una categoría provisoria, ya que la dogmática dominante todavía no ha encontrado una casa propia para lo subjetivo en la imprudencia “objetiva”, o sea, en la violación al deber de cuidado<sup>59</sup>. En tanto que la violación al deber de cuidado depende de determinados contenidos de la conciencia del autor, estos pertenecen, generalmente, al “conocimiento especial”, a cuyo nombre, por lo demás, hay que agradecerle el error de creer que el juicio sobre la “objetiva” violación al deber de cuidado (previsibilidad, evitabilidad) sólo toca en forma excepcional el conocimiento del autor.

Otra cosa yace, por el contrario, allí donde en el tipo penal una categoría para lo subjetivo es provista y generalmente reconocida. Aquí no puede permanecer sin decidir qué pertenece al tipo subjetivo y cuáles contenidos de la conciencia relevantes para el tipo deben ser agregados en otro lugar. No es difícil profetizar que la teoría de la imputación objetiva no logrará encontrar criterios plenos de sentido para determinar qué elementos subjetivos fundamentan ya la imputación objetiva, y cuáles sólo pertenecen al tipo subjetivo. Con ello también el intento de integrar lo subjetivo en el

<sup>58</sup> Strafrecht, AT, § 10/66.

<sup>59</sup> Cf. sobre ello, STRUENSEE, JZ, 1987, p. 53 y ss. Versión castellana en Anuario de Derecho Penal, 1987, p. 423 y siguientes.

tipo objetivo, y de este modo salvar dogmáticamente a la teoría de la imputación objetiva, en el cual se le construyen muletas a partir de fragmentos del tipo subjetivo, debe ser visto como fracasado.

## **V. PERSPECTIVA**

La teoría de la imputación objetiva persigue un importante deseo sistemático, al esforzarse por reducir nuevamente a una estructura uniforme a los conceptos separados por la corriente de ilícito doloso e imprudente. Con esto se le deben agradecer esenciales reconocimientos y profundizaciones dogmáticas. Pero ella toma —y éste es el punto principal y la quintaesencia de la crítica— el sentido equivocado. Eso hacen sus más jóvenes esfuerzos de justificación, en forma cada vez más notoria, que para lo innegable merodean en torno al tipo objetivo, pero no a los insertados presupuestos subjetivos de la imputación. Los problemas que se encuentran detrás de esto impelen a buscar la solución en otro sentido, a saber, en primer lugar, determinar (“sustanciar”) con mayor precisión el objeto del dolo, y en segundo, reconocer que también el tipo del delito imprudente precisa una categoría propia para los elementos subjetivos. Sólo entonces se podrá probar que “disvalor de acción” e “ilícito personal” tienen la misma estructura en los delitos doloso e imprudente.



### **§ III. La parte especial del Derecho penal**



# Tutela del honor de las personas jurídicas en la legislación penal argentina

*Zulita Fellini\**

¿Es posible desde un análisis jurídico penal calumniar y/o injuriar a una persona de existencia ideal?

Vamos a partir del análisis del Título II, del Libro Segundo, del Código Penal, donde desde los artículos 109 a 117, se encuentra el marco penal de protección al bien jurídico "honor", a fin de esbozar una respuesta a la pregunta que da inicio al presente trabajo.

En el art. 109 el Código Penal conceptualiza la calumnia y en el art. 110 el tipo de injuria, para luego continuar en el art. 111 con la *exceptio veritatis*, institución prevista por la ley vigente, donde se enumeran en forma taxativa los casos en los cuales es factible, por parte del acusado, probar la verdad de la imputación.

Continúa el Título II con disposiciones comunes a las figuras de calumnias e injurias. El art. 112 trata el supuesto de cuándo éstas son encubiertas; la utilización de medios de comunicación masivos que facilitan la divulgación inserta en el art. 113; la especial referencia a las injurias producidas en el contexto de un litigio de los arts. 115 y 116; la excusa absolutoria comprendida en la retractación pública del art. 117.

No existe, en la legislación positiva que nos ocupa, mención alguna al sujeto pasivo de los delitos contra el honor, mas sí la presunción de que el legislador coloca como eje central de protección el honor de la persona humana.

\* Universidad de Buenos Aires.

La excepción a la afirmación anterior es sólo tangencial y comprendida en la excusa absolutoria que beneficia al culpable cuando éste se retracta públicamente de una ofensa dirigida a un particular o "asociación".

Desde la sanción del Código Penal en el año 1921, la expresa mención que realiza el legislador al incorporar como posible víctima de la ofensa a una asociación, ha generado diversos y disímiles criterios de interpretación doctrinaria y judicial. La incorporación por parte de la reforma al Código Penal en el año 1967 del art. 112, ha servido a los fines de morigerar los diferentes criterios interpretativos en lo que respecta al problema de afirmar si una persona jurídica es factible de ser sujeto pasivo del delito de calumnias e injurias.

El art. 112 incorporado por la Ley 17.567, que procede en forma directa del art. 151 del Proyecto de Reforma al Código Penal del año 1960, prescribía que "el que propalare hechos falsos concernientes a una persona colectiva o a sus autoridades, que puedan dañar gravemente el buen nombre, la confianza del público o el crédito del que gozare, será reprimido con prisión de dos meses a dos años. Esta acción puede ser promovida por las autoridades representativas de la persona".

Aun con esta clara disposición las posturas doctrinarias persistieron en la divergencia interpretativa. GÓMEZ y MALAGARRIGA afirman que quienes son directas depositarias del honor son en definitiva las personas humanas<sup>1</sup>; MORENO, MOLINARIO y NÚÑEZ sostienen que el sujeto pasivo de la calumnia y/o injuria puede ser una persona jurídica<sup>2</sup>.

El citado artículo 112 con la redacción transcrita ut supra estuvo en vigencia hasta el año 1973, fecha en la que fue derogado. Recobró vigencia en el año 1976 y fue nuevamente derogado en el año 1984; no rige en la actualidad, por lo que es posible retomar la cuestión de si, por vía de una interpretación extensiva y con el único fundamento legal otorgado por el art. 117, se pueden considerar como víctimas de las calumnias e injurias a las personas jurídicas.

<sup>1</sup> GÓMEZ, Eusebio, Tratado de Derecho Penal, T. II, 1939-1942, p. 277; MALAGARRIGA, Carlos, Código Penal Argentino, 1927, art. 109.

<sup>2</sup> MORENO, Rodolfo (h), El Código Penal y sus antecedentes, T. IV, 1923, p. 163; NÚÑEZ, Ricardo, Derecho Penal Argentino, 1959, t. IV, p. 33.

Sin duda que hacer depender de esta única disposición legal la tutela del honor de los mencionados entes contradice principios generales del Derecho Penal, y resta certeza y seguridad jurídica. La historia de los Proyectos legislativos es bastante más rica y coherente en la creación de la figura tuitiva del honor.

El Código Penal sancionado en 1921 se basó en gran medida en el Proyecto de 1906. Una excepción se establece al legislar sobre los delitos contra el honor, título en el cual los antecedentes fueron tomados del Proyecto de Reformas al Código Penal del año 1891.

En el Proyecto de reformas del año 1906, existía en su art. 112 la referencia expresa respecto a quién podía ser dirigida la imputación injuriosa o calumniosa, mencionando a “la persona, corporación, sociedad o institución cualquiera”. Rodolfo MORENO dice que: “Como el Código no distingue, entiendo que podría hacer uso del derecho —de querellar— toda asociación, tanto las que tengan personería jurídica como aquellas que carezcan de tal requisito”<sup>5</sup>.

El texto completo del artículo 112, que nunca llegó a aprobar el Honorable Congreso de la Nación en el año 1921 disponía: “El que atribuyere directa o indirectamente a una persona o a una corporación, sociedad o institución cualquiera un hecho, una cualidad, o una conducta que pueda perjudicar el honor o la reputación de la primera, o el de las personas que constituyan o representen a las últimas, será culpable de injuria y reprimido con multa”.

Este texto fue la base del art. 117, pero nunca llegó a ser aprobado. Según comentarios a dicho artículo, realizados en el año 1923 por Rodolfo MORENO (h), presidente de la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria, se creyó salvar la omisión a las personas de existencia ideal como sujetos pasivos del delito de calumnias o injurias mediante la extensión a las “asociaciones” hecha al mencionado artículo que en su versión original (art. 145 del Proyecto del año 1891) se refería únicamente a los particulares.

De la manera en que se encuentra planteada la cuestión y con el texto normativo que nos rige, resulta difícil afirmar la existencia real y efectiva de una protección penal del honor de las personas jurídicas.

<sup>5</sup> MORENO, Rodolfo (h), citado.

Prueba de esto son los reiterados antecedentes jurisprudenciales que niegan a los entes colectivos la posibilidad de querellar por esta clase de delitos cuando son injuriados o calumniados, o de verse resarcidos en su honor.

Las salas I, II, IV y VI que integran la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional han sostenido que “las personas jurídicas no son sujetos pasivos del delito de injurias”. Con argumentos no coincidentes entre sí, cuatro de las siete Salas que integran la Cámara Nacional niegan la existencia de la protección penal del honor de las personas de existencia ideal.

El criterio jurisprudencial mayoritario sólo es rebatido por la Sala VII, quien considera que los entes colectivos tienen aptitud para poseer un nombre, una reputación y un crédito, componentes todos del honor objetivo que la ley tutela, como se desprende indirectamente del art. 117 del Código Penal.

Los argumentos jurisprudenciales esgrimidos por las distintas salas sostienen que las personas jurídicas no son titulares de honor siendo sólo las personas físicas que la componen quienes pueden ser damnificadas (Sala I)<sup>4</sup>.

La Sala II, aun cuando admite que los entes colectivos poseen un honor objetivo, estima que la imputación afecta a los miembros que componen el ente<sup>5</sup>.

Afirma la Sala IV que siendo legalmente imposible castigar a las personas colectivas como autoras de delitos comunes, no pueden ser ellas sujeto pasivo de calumnias al no resultar ofendidas por la imputación calumniosa de un delito que sólo puede ser atribuido a sus representantes o integrantes. No obsta, sin embargo, menoscabar el derecho de los individuos que la constituyen cuando el hecho les trascienda<sup>6</sup>.

Por último, la Sala VI señala que el concepto óntico del honor se corresponde con la cualidad moral del hombre y mal puede extenderse la protección referida al ser humano a las personas jurídicas<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> Causa ILVENTO, Julio G., Marzo 1987; causa DÍAZ MENDOZA, José, Marzo 1987.

<sup>5</sup> Causa BLOTTA, Oscar, Septiembre 1987; causa BANCO DE AVELLANEDA, Diciembre 1985.

<sup>6</sup> Causa HOUSSAY, Abel F. A. y otro, Octubre 1987; causa CÍCARDO, A. R., Marzo 1985.

<sup>7</sup> Causa AUFANG, Víctor, Mayo 1987

No obstante los precedentes jurisprudenciales adversos y la falta de seguridad jurídica en la tutela del honor de los entes colectivos, se puede sostener que las personas jurídicas tienen honor, y es factible hacer algunas observaciones que conduzcan a tal afirmación a partir de la reformulación de un concepto de honor moderno, amplio, social y participativo.

Los entes colectivos tienen capacidad para desarrollar su actividad en sociedad. La posición alcanzada en su actuar participando en sociedad debe ser garantizada, no debe ser afectada y, ante cualquier ataque que desmerezca su posición actuante, ha de ser considerada como lesiva del honor<sup>8</sup>.

La ciencia del Derecho Penal evoluciona permanentemente en procura de alcanzar soluciones más justas y menos lesivas de los derechos humanos desde el ejercicio mismo del ius puniendi estatal, hasta la consagración de pautas de respeto de intereses individuales o colectivos.

Desde este punto de vista, la evolución del Derecho Penal y del concepto de bien jurídico en general, ha llevado a reformular el contenido del concepto del bien jurídico "honor".

Es así como se empezó a distinguir entre un honor objetivo y un honor subjetivo.

En el honor objetivo confluye aquel honor interno, el valor que una persona tiene y el honor externo, el aprecio, la consideración, la valoración que de hecho otros realizan respecto de él<sup>9</sup>.

Está comprendido en el honor subjetivo, aquella autovaloración que realiza un individuo, sobre su estima, su honor, aquellas cualidades valoradas como positivas por él y asimismo el firme propósito de mantener y acrecentar dicho honor<sup>10</sup>.

Una posición ecléctica de la doctrina, adoptó un concepto de honor llamado "honor fáctico", comprensivo de la conciencia del ho-

<sup>8</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Manual de Derecho Penal. Parte especial, Ariel, Barcelona, p. 165.

<sup>9</sup> SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, TEA, Buenos Aires, T. III, p. 186; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, Manual de Derecho Penal. Parte especial, cit., p. 164.

<sup>10</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, op. cit., p. 164; SOLER, Sebastián, cit.; NÚÑEZ, Ricardo, Tratado de Derecho Penal, Lerner, Córdoba, Argentina, T. III, p. 18.

nor, como la reputación que el individuo tiene en la sociedad, conforme aparecen en la realidad, sin examinar los fundamentos de ambos. Este concepto de honor favoreció las críticas en el sentido de que pudiera depender de él, de la reputación que puede ser inmerecida (buena o mala), o de la propia estima que puede ser injustificadamente poca o mucha.

Posteriormente, concepciones normativas tutelaron el honor merecido, relacionando honor como parte inherente a la dignidad humana e intrínseca del sujeto, cuyo contenido aparece vinculado al efectivo cumplimiento de deberes éticos. Esta concepción implica la antigua estructura del honor objetivo y subjetivo más el respeto por la dignidad humana verificada a través de conductas éticas del sujeto; se trata de una concepción jerarquizada y democrática.

En la actualidad adherimos a posiciones que proponen un concepto social del honor, que proviene de sostener que el Derecho Penal protege bienes jurídicos con el objeto de que los sujetos que integran una sociedad sientan garantizada su posibilidad de interactuar y comunicarse socialmente sin ningún tipo de obstáculos.

Partimos, entonces, para un nuevo análisis de los tipos de injuria y calumnia, de un concepto de honor eminentemente participativo o relacional.

Este concepto se sustenta en el hecho de que los sujetos, y no sólo las personas físicas o naturales, tienen capacidad para actuar en sociedad, lo que implica poseer necesariamente una posición en la relación social y en el desarrollo de sus actividades.

Por lo tanto, todo sujeto de derecho, en su interacción con la sociedad, ha de tener garantizada en forma real y efectiva una posición de actor dentro de la relación social, y ésta no ha de ser obstaculizada de modo tal que le impida su desarrollo participativo.

Todo sujeto participante tiene derecho al honor<sup>11</sup>.

Todo sujeto por el solo hecho de participar en la sociedad tiene honor, pues ello le garantiza su posición actuante, que ha de ser de idéntica calidad que la de cualquier otro miembro de la relación social. Por eso es que toda forma de desmerecer la posición actuante del sujeto ha de ser considerada lesiva del honor.

<sup>11</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, op. cit., p. 165.



Creemos que éste es el concepto de honor aplicable y a la luz del cual se debe analizar tanto las personas físicas como las jurídicas.

Lo expuesto nos permite interpretar el artículo 110, CP, desde una nueva óptica; INJURIA: “deshonrar o desacreditar, es también desmerecer o menoscabar la posibilidad actuante de un sujeto al punto de obstaculizar su desarrollo participativo dentro de la sociedad”.

Es evidente que quien realiza el tipo deshonrando o desacreditando a una persona física no encuentra obstáculo alguno de interpretación doctrinaria y jurisprudencial. Desde el punto de vista desde el cual proponemos analizar el tipo del delito de injuria tampoco debería encontrarlo cuando la víctima sea una persona jurídica ya que es posible causarle perjuicio, descrédito o deshonra.

Para ilustrar lo dicho podemos recurrir a dos ejemplos.

Alguien dice que todos los productos que fabrica Ducilo están hechos con material adulterado o de segunda calidad.

La empresa de gaseosas Blitz adquiere todos los espacios de publicidad de un estadio mundialista de fútbol. El día de la inauguración, dichos espacios se encuentran semicruzados con un cartel que dice: “La Blitz tiene ciclamato, produce cáncer, Glen es mejor”.

En estos dos casos la diferencia reside en que en el primero la autora de la injuria es una persona física y en el segundo lo es una persona jurídica. Por lo demás, las víctimas son ambas personas jurídicas a las cuales estas manifestaciones les pueden producir perjuicio económico, laboral, profesional y hasta sentimental. Como pérdida de consumidores, de personal de trabajo, de relaciones profesionales, etcétera.

La persona jurídica debería poder querellar por injurias ya que es realmente damnificada, aun cuando el perjuicio sufrido no se refleje necesariamente en la faz económica.

Sin embargo, con el criterio que impera en la jurisprudencia, no se le permite accionar en defensa de su honor toda vez que para la mayoría de los magistrados judiciales la disposición inserta en el art. 117 no es suficiente. Por lo tanto, para el ejercicio de la acción es necesario retornar a la legislación positiva el art. 112 derogado.

Continuando con el análisis del Título II del Libro Segundo del Código Penal, analicemos el ámbito de la calumnia, conceptualizado

como “la falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública” (art. 109 C.P.).

La posibilidad de que un ente colectivo sea pasible de ser sujeto pasivo del delito de calumnia está relacionada con la discusión, aún no concluida, de si las personas jurídicas pueden o no delinquir.

La jurisprudencia y la doctrina mayoritaria han considerado que las sociedades no pueden delinquir.

Así lo ha sostenido la Sala IV cuando, invocando un antecedente de la Sala II, expresa que: “siendo imposible castigar a las personas como autoras de delitos comunes, no pueden ellas ser sujeto pasivo del delito de calumnias al no resultar ofendidas por la imputación calumniosa de un delito que sólo puede ser atribuido a sus representantes o integrantes”<sup>12</sup>.

La incertidumbre acerca de si es posible responsabilizar penalmente a una institución se encuentra ampliamente tratada por los juristas.

Los fundamentos de quienes postulan la exclusión de las personas colectivas como sujetos activos del quehacer delictivo son básicamente dos.

Por un lado, se sostiene la imposibilidad por parte de las personas de existencia ideal, de ejecutar la acción típica constitutiva de determinado delito y, además, la imposibilidad de imponerles determinados tipos de pena.

Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, al tratar los elementos del acto ilícito, ubica en primer lugar a la manifestación de voluntad y se refiere a un momento de la conducta humana, y agrega: “Queda así *ab initio*, rechazada la pretendida responsabilidad criminal de las personas jurídicas”<sup>13</sup>.

Asimismo manifiesta: “cuando digo voluntaria, quiero decir que el acto proviene del hombre, que tiene voluntad, que tiene conciencia de sus actos”; y refuta a Kelsen cuando éste expone que la persona moral es un centro de imputación de normas diciendo que “con esta afirmación no podemos construir el dolo de una perso-

<sup>12</sup> La Ley, t. 1988-B

<sup>13</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, Losada, 1958, t. III, p. 333.

na jurídica, porque ésta no puede tener consciencia de la significación de los hechos atribuidos, ni de sus consecuencias”. Concluye JIMÉNEZ DE ASÚA diciendo: “creemos que la acción es sólo voluntaria, proveniente de la mano del hombre”<sup>14</sup>.

SOLER adhiere a la máxima *societas delinquere non potest*, al escribir “toda vez que la sociedad es una persona distinta de los socios y su personalidad jurídica consiste en un mero centro imputativo, carente de todo substrato psíquico, resulta indudable que por su naturaleza no es un ente idóneo ni para desplegar acciones que contengan los elementos indispensables para dar base a un delito, ni para sentir la coacción de la amenaza penal, ni para sufrir ella misma una pena personal, que no afecte a ningún tercero inocente”<sup>15</sup>.

COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, al tratar sobre la capacidad de acción, se inclinan por la doctrina mayoritaria al decir: “El sujeto de la proposición normativa que contiene el tipo, es decir, el sujeto activo del delito, ha de ser una persona física, pues sólo las personas físicas pueden delinquir, ya que sólo ellas poseen capacidad de acción”<sup>16</sup>.

En este marco doctrinario y si se considera que las personas jurídicas no pueden delinquir, necesariamente se debe concluir afirmando que nunca serán sujetos pasivos del delito de calumnias.

Pero creemos que esta aseveración es errónea. Veámoslo con dos ejemplos ilustrativos.

Alguien dice que Analgésicos S.A. adulteró la fórmula de la analgesina con cianuro, produciendo las muertes que son de dominio público.

La D.G.I. publica en una solicitada diciendo que Analgésicos S.A. evade su obligación de pagar determinado impuesto.

Si alguien dice que Juan mató a Pedro y resulta que Juan no ha sido quien lo mató, podrá querellarlo por la falsa imputación de un delito, es decir, podrá defender su honor. En los ejemplos se aducirá que las personas jurídicas no pueden delinquir y por lo tanto no pueden ser sujetos pasivos del delito de calumnias en los supuestos dados.

<sup>14</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *El criminalista*, 1948, t. VIII, p. 50.

<sup>15</sup> SOLER, Sebastián, *op. cit.*, t. I, p. 250.

<sup>16</sup> COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal. Parte General*, 1990, p. 275.

Pero sostenemos que esta postura no es acertada, ya que sí pueden delinquir. Comparten con las personas físicas gran parte de los atributos de la personalidad, tienen nombre, patrimonio, prestigio, posición actuante en las relaciones sociales que debe ser garantizada por el derecho y por lo tanto se les puede imputar la comisión de un delito y, consecuentemente, se pueden defender cuando alguien las ataque en su posición actuante y afecte su capacidad relacional, lo que significa que pueden ser víctimas también del delito de calumnias.

En la realidad sucede o puede suceder que Analgésicos S.A. haya adulterado la fórmula de la analgesina o que realice algunos otros perjuicios, como ha sucedido en la historia con fraudes a los alimentos realizados por empresas, como el famoso caso de la adulteración del aceite de colza, que conmovió a la opinión pública en España.

De todos modos, se coincidirá en que quitarles a los entes colectivos la posibilidad de ser responsables penalmente es un error que conduce tanto a que ante la realización de hechos antisociales o dañosos no puedan, o difícilmente puedan, ser atrapados por los tipos penales tradicionales, como a la desprotección del honor de las personas jurídicas (según los ejemplos que vimos).

NINO acertadamente postula la viabilidad normativa de imputarle a una entidad colectiva la comisión de un delito, "para que una sociedad quiera algo no tiene que haber una entidad ficticia con una actitud subjetiva ficticia, sino uno o varios hombres reales que quieren algo en condiciones fácticas y normativas que permitan imputar las consecuencias de esa intención a otras personas vinculadas con ellos por ciertas reglas"<sup>17</sup>.

La posibilidad de delinquir por parte de las personas jurídicas también es admitida por MESTRE, quien asegura que "si el individuo es capaz de delinquir, ello se debe, por una parte, a que puede querer el hecho delictivo y, por otra, que puede ejecutarlo mediante sus órganos. Lo mismo sucede según creemos, con las personas morales"<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 413.

<sup>18</sup> MESTRE, Aquiles, *Las personas morales y su responsabilidad penal*, p. 135.

Es cierto que cada vez más en el mundo moderno las personas jurídicas ocupan posiciones de poder económico y político al cual al individuo por sí solo le es difícil acceder. Si se pretende enmarcarlas jurídicamente dentro del ámbito penal es a los fines de asegurarles su libertad.

En última instancia, esta polémica es de antigua data en el ordenamiento jurídico. Los sistemas jurídicos en los diversos países, se han estructurado siguiendo dos criterios. Uno definido por SAVIGNY como “teoría de la ficción”, que niega la capacidad penal a los entes colectivos y otro conceptualizado por GIERKE con la “teoría de la realidad” que les otorga a dichos entes la posibilidad de ser sujetos activos del derecho penal.

Esta existencia real de los entes colectivos en el mundo de fines del siglo XX nos lleva a la necesidad de definir criterios penales aplicables a las personas jurídicas. Estos criterios deberán establecer, por lo menos y en forma clara, cuáles delitos son los que pueden cometer y cuáles por razones de política criminal es conveniente criminalizar; y la especie de pena con la que se los va a sancionar<sup>20</sup>.

Sincerando el sistema penal podemos afirmar que las personas jurídicas lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos. Por lo que razones de política criminal aconsejan el ejercicio del ius puniendi y, por otra parte, algunas leyes especiales las consideran susceptibles de ser sancionadas penalmente, aun cuando algunos autores prefieran calificar a estas sanciones como administrativas.

En nuestro ordenamiento jurídico existen leyes especiales en las que se establecen tipos penales que incriminan a las personas jurídicas como en el Código Aduanero, Ley de Defensa de la Competencia, Ley de Abastecimiento, Ley sobre Régimen Penal Cambiario y Ley Penal Tributaria. Las penas establecidas son: multa, suspensión e inhabilitación, pérdida de personería y caducidad de prerrogativas acordadas, en algunos casos.

Así, la Ley 19.359 que establece el Régimen Penal Cambiario, amenaza con pena de multa, suspensión o cancelación de la autoriza-

<sup>19</sup> ZAFFARONI, Eugenio R., Tratado de Derecho Penal, Ediar, Buenos Aires, t. III, p. 55.

<sup>20</sup> RIGHI, Esteban, Derecho penal económico comparado, p. 263.

ción a la persona de existencia ideal<sup>21</sup>.

La Ley 22.415 —Código Aduanero— conmina con la inhabilitación especial a la persona de existencia ideal, cuando fuera responsable del delito<sup>22</sup>.

La Ley de Abastecimiento, n° 20.680, conmina con la pérdida de la personería jurídica como sanción complementaria<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Ley 19.359, art. 2, a) Multa de hasta diez veces el monto de la operación en infracción, la primera vez;... e) En todos los supuestos anteriores podrá aplicarse conjuntamente, suspensión hasta diez años o cancelación de la autorización para operar o intermediar en cambios e inhabilitación hasta diez años para actuar como importador, exportador, corredor de cambio o en instituciones autorizadas para operar en cambios; f) Cuando el hecho hubiese sido ejecutado por los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia de un persona de existencia ideal, con los medios o recursos facilitados por la misma u obtenidos de ella con tal fin, de manera que el hecho resulte cumplido en nombre, con la ayuda o en beneficio de la misma, la persona de existencia ideal también será sancionada de conformidad con las disposiciones de los incisos a) y c). La multa se hará efectiva solidariamente sobre el patrimonio de la persona ideal y sobre los patrimonios particulares de los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia que hubiesen intervenido en la comisión del hecho punible.

<sup>22</sup> Ley 22.415, art 876, 1, inc. g): La inhabilitación especial de tres a quince años para ejercer actividades de importación o de exportación. Tanto en el supuesto contemplado en este inciso como en el previsto en el precedente inciso f), cuando una persona de existencia ideal fuere responsable del delito, la inhabilitación especial prevista en ellos se hará extensiva a sus directores, administradores y socios ilimitadamente responsables. No responderá quien acreditare haber sido ajeno al acto o haberse opuesto a su realización.

Art. 887: Las personas de existencia visible o ideal son responsables en forma solidaria con sus dependientes por las penas pecuniarias que correspondieren a éstos por los delitos aduaneros que cometieren en ejercicio o con ocasión de sus funciones.

Art. 888: Cuando una persona de existencia ideal fuere condenada por algún delito aduanero e intimada al pago de las penas pecuniarias que se le hubieren impuesto no fuere satisfecho su importe, sus directores, administradores y socios ilimitadamente responsables patrimonialmente y en forma solidaria con aquélla por el pago del importe de dichas penas, salvo que probaren que a la fecha de la comisión del hecho no desempeñaban dichas funciones o no revestían tal condición.

<sup>23</sup> Ley 20.680, art 8: Cuando las infracciones que se penan en esta ley hubieran sido cometidas en beneficio de una persona jurídica, asociación o sociedad, se le dará carácter de parte, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los autores. En los casos de condena a una persona jurídica, asociación o sociedad se podrá imponer como sanción complementaria la pérdida de la personería y la caducidad de las prerrogativas que se le hubieren acordado. Los directores, administradores, gerentes y miembros de tales entidades que no hubieren participado en la

En la Ley de Defensa de la Competencia, Sección II, “De las penas en caso de delito”, sanciona con multa y complementariamente inhabilitación temporaria para ejercer el comercio<sup>24</sup>.

La Ley Penal Tributaria establece que de ser la persona jurídica el sujeto activo de los diferentes tipos delictivos, la pena de prisión establecida le corresponderá a sus representantes legales<sup>25</sup>.

Creemos que las más serias objeciones respecto de la responsabilidad de las personas jurídicas han tenido una acertada solución con la fórmula de la responsabilidad solidaria incluida en el criterio de las leyes especiales<sup>26</sup>.

Sin embargo, también sería posible fundar la responsabilidad de las personas jurídicas en una construcción dogmática que resolvie-

---

comisión de los hechos punibles, pero que por sus funciones debieron conocerlos y pudieron oponerse, serán también pasibles —cuando se les probare grave negligencia al respecto— de las sanciones previstas en el art 5, incs. a) y b) disminuyéndose a la cuarta parte los límites mínimos y máximos a imponer.

<sup>24</sup> Ley 22.262, art. 42, inc. 2: Cuando el hecho hubiese sido ejecutado por los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia de personas de existencia ideal con los medios o recursos facilitados por la misma u obtenidos de ella con tal fin, de manera que el hecho resulte cumplido en nombre, con la ayuda o en beneficio de la persona ideal, se impondrá: a) multa de trescientos ochenta y cinco mil ciento veintiuno australes con setenta y tres centavos a setecientos setenta millones doscientos cuarenta y tres mil cuatrocientos cincuenta y cuatro australes que podrá elevarse al doble del beneficio ilícitamente obtenido, la que se hará efectiva solidariamente sobre el patrimonio de la persona ideal y sobre los patrimonios particulares de los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia que hubiesen intervenido en la comisión del hecho punible.

Podrá imponerse como sanción complementaria inhabilitación de tres a diez años para ejercer el comercio que será extensiva a los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia que hubiesen intervenido en la comisión del hecho punible, inhabilitándolos asimismo para actuar en los mencionados cargos o funciones por el mismo plazo”.

<sup>25</sup> Ley 23.771, art. 12: “Cuando se trate de personas jurídicas de derecho privado, sociedades, asociaciones u otras entidades de la misma índole la pena de prisión por los delitos previstos en esta ley corresponderá a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes que hubiesen intervenido en el hecho punible.

<sup>26</sup> SPOLANSKY, Norberto Eduardo, Culpabilidad, la responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y la de sus directivos en el régimen penal cambiario (El caso del Banco de Santander), La Ley, t. 1978-D, p. 231.

ra mejor los inconvenientes que hasta hoy no se han podido superar con el esquema tradicional de la teoría del delito, pensada sólo para las personas físicas.

Finalmente, cabe realizar una reflexión de política criminal: ¿se quiere tutelar penalmente el honor de las personas jurídicas o no?

Si la respuesta es en el sentido negativo, bastaría con quitar la palabra “asociación” del art. 117 del Código Penal.

Si, en cambio, se pretende proteger su honor, creemos que admitir un concepto amplio de honor es el camino acertado, pero no suficiente; se debería establecer una fórmula clara de extensión de responsabilidad de las personas jurídicas; reincorporar el citado art. 112 vigente según la reforma realizada por la ley 17.567; derogar del artículo 117 “contra un particular o asociación” ya que no sería necesario; y crear un sistema de doble imputación similar al esbozado en el Anteproyecto de Código Penal de Guatemala<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> BAIGÚN, David, Legislación de Avanzada, Boletín de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, 1992, p. 10.



# El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público\*

## Sobre la inconstitucionalidad del art. 268 (2) del Código Penal argentino

*Marcelo A. Sancinetti\*\**

Me uno al homenaje al Prof. Dr. David BAIGÚN, preparado por un grupo de amigos con motivo de su jubilación como profesor ordinario de la Universidad de Buenos Aires, con una contribución referida a temas que siempre estuvieron en el contexto de las preocupaciones del homenajeado. Tanto la delincuencia económica como la delincuencia de funcionarios —dos parábolas cuyas problemáticas de carácter político-criminal convergen de modo ejemplar en el delito que paso a examinar— ocuparon buena parte de sus días como profesor universitario y como hombre público. Es difícil saber hasta dónde él podría coincidir con el hilo de mis siguientes argumentaciones, dado que parte de sus trabajos de los últimos años estuvo dirigida a analizar la posibilidad de relativizar la función de las garantías propias del Estado de Derecho en el ámbito de la delincuen-

\* Conferencia pronunciada por el autor el 27/8/1994, en el VI Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán; reiterada posteriormente el 19/8/1994, en el VII Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires; el 27/10/1994, en el Colegio de Abogados de Corrientes, correspondiendo a la invitación de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Nordeste y el Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Corrientes; el 9/12/1994, finalmente, en las VI Jornadas Rioplatenses de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología, realizadas en el Hotel Horacio Quiroga (Salto, Uruguay), y organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Regional Norte, y la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Entre Ríos.

\*\* Profesor de la Universidad de Buenos Aires.

cia económica". Si sus conclusiones quisieran ser entendidas como legitimantes de "tipos penales" de la particularidad del que trato aquí, entonces, mi contribución a su homenaje consiste en una aguda contraposición a ese punto de vista. Con todo, sospecho que él estaría de acuerdo con los lineamientos fundamentales de la posición que aquí fundamento. ¡Sea recordado con esto la deferencia que el profesor Baigún tuvo hacia mí al escogerme como colaborador en su antigua cátedra de Derecho Penal, parte especial, en 1984, y los años de amistad y enseñanzas que le debo!

## § 1. LA CUESTIÓN

En la década del '30 se gestó en el país una corriente de opinión que vio con buenos ojos la creación de un tipo penal que convirtiera en delito el dato de que un funcionario público hubiera incrementado su patrimonio de modo considerable, después de su designación como funcionario, y que no pudiera demostrar el origen lícito de su enriquecimiento. Los intentos legislativos comienzan en 1936 con un proyecto del diputado mendocino Rodolfo COROMINAS SEGURA, quien se dice que se inspiró durante un viaje en tren de Mendoza a Buenos Aires, al ver que en el mismo coche viajaba un funcionario cuyo patrimonio había registrado, como todo el mundo sabía, un importante aumento desde su designación. La novedad del proyecto consistía en presumir la criminalidad de todo enriquecimiento cuya causa fuente no fuera demostrada como legítima por el funcionario. Al poco tiempo de este proyecto, aparecen algunos artículos apoyando la iniciativa, y minimizando el hecho de que esta estructura típica violara garantías básicas del estado de derecho. Así, p. ej., el importante administrativista Rafael BIELSA escribe en apoyo, dos artículos de opinión en el diario "La Capital" de Rosario. Años después se reproducen los proyectos en el parlamento, algunos de los cuales reciben media sanción, y, al mismo tiempo, aparecen en los diarios "La Nación" y "La Prensa",

\*\*\* David BAIGÚN, ¿Es conveniente la aplicación del sistema penal convencional al delito económico?, en: Gedächtnisschrift für Armin KAUFMANN, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, ps. 651 y ss.; posteriormente, su trabajo *La defraudación tributaria: eje del sistema penal tributario en el Mercosur*, ponencia al 2º Seminario "Regionalización del Derecho Penal en el Mercosur", Maldonado, Uruguay, noviembre de 1993.

de Buenos Aires, decenas de artículos que elogiaban iniciativas similares a las de COROMINAS SEGURA.

Con una estructura similar a la del primer proyecto, el delito es tipificado en el proyecto de José PECO, que no fue sancionado. Un nuevo intento se registra en el proyecto de Sebastián SOLER, quien creyó poder mitigar los vicios que acusaba la figura desde el punto de vista constitucional, convirtiendo a la acción, presumida como delictiva, de “enriquecerse”, en un delito omisivo de “no justificar” el enriquecimiento. El proyecto del '60 tampoco fue sancionado, pero en 1964, cuando el gobierno del entonces presidente Arturo ÍLLIA quiso derogar la legislación represiva de persecución ideológica, encargó un proyecto al profesor cordobés Ricardo NÚÑEZ, quien introdujo en el texto de lo que luego fue ley 16.648, prácticamente el mismo tipo penal que había ideado Sebastián SOLER, dándole así aspecto de delito de omisión, al enriquecimiento ilícito: tú delinques si no demuestras que eres inocente, reza, sustancialmente, la norma que se halla detrás de la regla SOLER-NÚÑEZ. No se trata de una broma; la parte del art. 268 (2), C.P., que se refiere a la conducta prohibida, dice así:

el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público.

En esta exposición habré de fundamentar la tesis de que esta estructura típica no respeta el principio de legalidad ni el derecho penal de acto, viola el principio de inocencia y desconoce el principio “nemo tenetur”<sup>1</sup>, pilares, todos, del sistema constitucional penal de un estado de derecho (arts. 18, 33, C. N.; arts. 8, 9, C.A.D.H.).

<sup>1</sup> Explicación del principio: “Nemo tenetur armare adversarium contra se: nadie está obligado a darle armas a su adversario contra sí mismo. V. Baldo, com. 1, según Cód. Justiniano, 2, 1, 4”. Más específico aún: “Nemo tenetur se ipsum prodere. Nadie está obligado a traicionarse. Ni tiene que denunciarse, ni inculmarse en una declaración, sea como inculpaado o como testigo. V. decreto de Graciano, 2, 33, 3, 87, invocando a Juan Crisóstomo”. Tomo ambas transcripciones de la recopilación de Detlef LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter* [Aforismos y reglas jurídicas latinas], Darmstadt, 5ª ed., 1982, ps. 134 y s. (reglas 79-81). Con frecuencia, el principio es formulado también bajo el modo: *nemo tenetur se ipsum accusare*; así, entre otros, Julio B. J. MAIER, *Derecho Procesal Penal argentino, Fundamentos*, t. 1b, Buenos Aires, 1989, p. 434

## § 2. EL PROBLEMA POLÍTICO-CRIMINAL Y EL RIESGO DE LA “AUTO-DIGNIFICACIÓN INDIRECTA”

Todos los antecedentes del art. 268 (2), C.P.<sup>2</sup>, se inspiraron en el problema político-criminal concreto y especialmente alarmante en Argentina y América Latina en general, de la frecuencia e intensidad con que los funcionarios públicos aumentan su estado patrimonial durante el ejercicio de su cargo, presumiblemente por hechos delictivos (cohecho, malversación, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, prevaricación), sin que resulte fácil determinar el hecho punible concreto, y mucho menos uno que pueda ser judicialmente “comprobado”. Se pensó así que con la sanción de un texto legal que incriminara ya el dato fáctico de que el funcionario registrase un incremento patrimonial, sin que pudiera justificarlo por vía de los ingresos por él declarados, se haría “fácil” probar el hecho delictivo<sup>3</sup>, con lo cual quedaría resuelta la deshonestidad administrativa, sería devuelta a la comunidad la confianza perdida en el sistema democrático en su conjunto, y sería protegido también el buen nombre de los funcionarios probos, que habrían de poder demostrar en todo tiempo la regularidad de su situación patrimonial. Incluso hubo quien dijo hace más de 20 años, en palabras terminantes, que con esta incriminación “se evitará la desintegración moral de la República”<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> La recopilación del Material informativo sobre enriquecimiento ilícito, realizada por Alberto A. LUCERO (Imprenta del Congreso, Buenos Aires, 1966), menciona 36 proyectos (cf. ps. 12 y ss.), sólo durante los 30 años que corrieron a partir del proyecto del diputado mendocino Rodolfo COROMINAS SEGURA, de 1936. A su vez, la misma compilación documenta 23 artículos periodísticos aparecidos en los diarios de Buenos Aires “La Nación” y “La Prensa”, solamente entre los años 1938 y 1944 (en general, requiriendo la pronta sanción de este delito). Acerca de los antecedentes parlamentarios, cf. también la descripción de Alfredo MASI, El enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados, en “Jus”, N° 13-14 (1969), ps. 69 y ss.; véase también Carlos J. LASCANO, El Capítulo IX bis, Título XI, Libro II, del Código Penal, incorporado por la ley 16.648, en “Cuadernos del Instituto de Derecho Penal” (Córdoba, 1970), N° 107, ps. 9 y siguientes.

<sup>3</sup> Inclusive en la actualidad se sostiene que el delito de “enriquecimiento ilícito... es el delito de corrupción más fácil de probar” (así, el periodista Horacio VERBITSKY, en “Página 12”, 20/3/1994, p. 10).

<sup>4</sup> LASCANO, El Capítulo IX bis, p. 14; pero poco después expresaba en términos más relativos: “... si bien no podrá esperarse la erradicación de la corrupción administrativa, al menos contribuirá, en buena medida, a detener la impudicia que se advierte en todos los órdenes” (p. 36). Lo cierto es que, como se dice enseguida en el texto, el art. 268 (2), C.P., no contribuyó en nada a la persecución de nadie, y, como contrapartida, puso en peligro garantías constitucionales básicas para el estado de derecho.

Sin embargo, la incorporación de este “tipo penal” —que ponía en peligro, de modo considerable, principios fundamentales del estado de derecho— defraudó completamente las expectativas. No sólo el ejercicio desviado de la función pública es hoy mucho mayor que en los años '60, y notoriamente más intensa la desconfianza de la sociedad hacia los funcionarios públicos —habituada como está, a soportarlos como un mal inevitable—, sino que tampoco se registró ninguna condena por este delito<sup>5</sup>, a pesar de haber existido muchas denuncias y algunos procesos, que raramente pasaron de la etapa instructoria, y, en estos casos, con resultados absolutorios. Se podría considerar que ello no sugiere aún una imperfección de la figura legal, ni que sea falso que la estructura típica facilitaba la prueba, puesto que la defraudación a las expectativas —así rezaría el argumento— provendría a su vez, precisamente, de la corrupción en la función judicial, que no dicta condenas contra personas vinculadas a las instancias del poder, aun cuando el delito “esté probado”. Esa sería una reconstrucción demasiado simplista de las causas del fracaso; pues respecto de los delitos de “difícil prueba” —cuyo esclarecimiento justamente vendría a simplificar el art. 268 (2), C.P.—, se registra curiosamente una mayor cuota de esclarecimiento y condena. Las razones de la inoperancia del precepto, entonces, tienen que ser otras.

Pero el análisis jurídico, crítico, de este delito, tropieza con la dificultad previa de que, en la discusión científica, influyen prejuicios que provienen de la situación político-criminal. A nadie le resulta satisfactorio que los funcionarios se enriquezcan ilegítimamente a través del ejercicio de su cargo, de manera que, por eso mismo, hay prevención a criticar el texto de la ley y la finalidad político-criminal que hay en ella. Los términos “moralidad administrativa”, “honestidad”, “final de la corrupción”, y otros similares, parecen

<sup>5</sup> Juzgo por lo que acusan las colecciones de publicaciones corrientes, en tanto he podido indagar en ellas. Sí se registran procesos inculpativos hasta el dictado de medidas cautelares, y eventualmente causas llegadas a plenario, pero no condenas. El punto está expuesto, naturalmente, a todas las dificultades propias de la prueba del hecho negativo. Las investigaciones particulares, e independientes entre sí, de los profesores adjuntos de mi cátedra de la Universidad de Buenos Aires, Carlos A. Beraldi y Gustavo A. Bruzzone, han arrojado la misma conclusión negativa.

hallarse sólo del lado de quienes defienden la vigencia del artículo; quien tome otra posición estará expuesto a la sospecha de ser inmoral, deshonesto, corrupto. No es que sea reprochable recurrir a estos vocablos en el discurso jurídico y moral, dado que sin ellos es imposible discutir problemas normativos; es decir, no podemos prescindir de estas palabras para describir la realidad y emitir sobre ella los juicios propios del jurista penal. Pero el ahínco con que ha sido defendido el art. 268 (2), C.P., pese a sus vicios evidentes, como puro fruto de la virtud moral, enturbia la discusión científica, favorece la formación de prejuicios y, en particular, motiva el uso de lo que yo denominaría “la auto-dignificación indirecta”.

Si es asumido de antemano que todo aquel que sea virtuoso defenderá la estructura del tipo penal en cuestión, porque tendrá verdadero interés en la persecución de los funcionarios corruptos, y que todo aquel que ataque esta clase de incriminación sólo pretenderá amparar a funcionarios deshonestos, tanto el orador político como el autor doctrinal que se pronuncie en sentido favorable al art. 268 (2), C.P., ya obtendrá una “dignificación” de su posición y, posiblemente, también de su persona. Será, por tanto, una buena forma de elogiarse a sí mismo, sin decir de modo explícito: “yo soy bueno”. Por ejemplo, en el breve artículo publicado primeramente por BIELSA, se lee la palabra “moral” (o “moralidad”, etc.), prácticamente una vez por página<sup>6</sup>, al igual que en otro publicado por él a continuación del anterior<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> El enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos. A propósito de un proyecto de ley represiva, en “Anuario del Instituto de Derecho Público”, t. I, año 1, ps. 481 y ss. (publicado primeramente en el diario “La Capital”, de Rosario, el 27/2/1938). El artículo tiene en verdad 9 páginas, y las palabras referidas aparecen 7 veces (“... una ley así, moralizadora...”, es “una razón de interés público, de moralidad administrativa...”, “... principios de derecho o de moral...”, “personas de solvencia moral”, “... según la ley y la moral...”, “... del derecho y la moral...”, “... en toda sociedad en que domina un sentido de moralidad media” [ps. 483, 484, 484, 486, 488, 489, 489]), pero las tres primeras páginas del trabajo están ocupadas preponderantemente por el texto del proyecto del diputado COROMINAS SEGURA.

<sup>7</sup> Sobre gestiones patrimoniales ilícitas de los funcionarios públicos, en “Anuario del Instituto de Derecho Público”, t. I, año 1, ps. 490 y ss. (publicado primeramente en el diario “La Capital”, de Rosario, el 25/3/1938). Otro ejemplo análogo se ve en el artículo de Ricardo LEVENE (h.), El delito de enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos, publicado en “La Ley”, t. 112 (1963), ps. 1095 y ss. La palabra “moral” (o “inmoralidad”, etc.) aparece allí 4 veces en la primera

El argumento de la auto-dignificación aparece con bastante claridad cuando BIELSA descalifica la posición contraria:

“Es posible que a este proyecto se le formule algún reparo, más o menos impresionante para dilatar su sanción...”<sup>8</sup>

“Ningún funcionario público puede sostener con principios de derecho o de moral una exención contraria a esta suprema e innegable atribución del Estado”<sup>9</sup>

“Y aun es posible que se invoque vagamente alguna garantía constitucional de factura liberal. Pero para el jurista informado y honesto esos reparos son relativamente extraños”<sup>10</sup>.

Es difícil entender de qué modo una “garantía constitucional de factura liberal” podría ser invocada sólo por juristas poco informados y deshonestos. En el curso de mi exposición trataré de demostrar que esta afirmación carece de todo fundamento, y que elude con el autoelogio la carga de la demostración crítica de lo que se quiere sostener.

Naturalmente, el hábito de la “auto-dignificación indirecta” aparece también en los discursos políticos. Desde el (último) restablecimiento de la “vida democrática” —con más precisión: desde que terminó la dictadura militar en 1983—, fueron presentados al Congreso más de diez proyectos agravatorios del delito de “enriquecimiento ilícito” o figuras afines. Tras la asunción del presidente Carlos MENEM, quien el 8 de julio de 1989 dijo ante la Asamblea Legislativa que “... la corrupción administrativa es un acto verdadera-

---

página, donde también se lee 3 veces la expresión “deshonesta” o su antónimo (“... los funcionarios honestos, que son los más [?], podrán ofrecer públicamente pruebas de su honradez, haciendo frente a la suspicacia y a la maledicencia”).

<sup>8</sup> BIELSA, *El enriquecimiento ilícito*, p. 483 (la bastardilla es mía).

<sup>9</sup> BIELSA, *El enriquecimiento ilícito*, p. 484.

<sup>10</sup> BIELSA, *El enriquecimiento ilícito*, p. 484. Nótese, además, la influencia del “argumento de la auto-dignificación” (al respecto, v. supra, § 2), con el cual se reemplaza un argumento faltante con la afirmación dogmática de las cualidades morales propias: “... Pero para el jurista informado y honesto...”. Uno podría decir también: “... Pero para el jurista poco respetuoso de las garantías constitucionales esos reparos son relativamente extraños”.

mente criminal... y que a partir de este momento el delito de corrupción en la función pública será considerado como una traición a la patria<sup>11</sup>, el senador Eduardo MENEM presentó un proyecto para modificar el delito de “enriquecimiento ilícito”, conforme al cual se haría posible “la pena establecida en el delito de traición a la patria (artículo 214) si además hubiera resultado un grave daño al patrimonio o los intereses de la Nación”, es decir, una pena ¡de 10 a 25 años de prisión!<sup>12</sup>. En 1990 hubo otros proyectos del diputado Jorge R. VANOSI<sup>13</sup> y del diputado Dante CAPUTO<sup>14</sup>, para nombrar sólo a representantes de los partidos mayoritarios —partidos éstos que no se han visto desprovistos de diferentes escándalos por corrupción—.

Este cuadro indica que hay que estar precavido del peligro de ser traicionado por la tendencia a la auto-dignificación, porque él incita a tomar una posición en favor de la vigencia del art. 268 (2), C.P., antes de hacer un análisis crítico. A la vez, el tomar consciencia de esto permite estar más atento a sí, quienes recurren a esta forma de argumentación, ofrecen además algún fundamento jurídico, científico, y ayuda a evitar también, cuando se trata de hombres públicos, el ser sorprendidos por la intención de una propaganda política de sí mismo.

### § 3. LA DISCUSIÓN CONSTITUCIONAL EN LOS ANTECEDENTES Y EN LA DOCTRINA

#### I. Los esfuerzos justificantes de Sebastián SOLER

Hasta el propio Soler admitía una inicial posición de debilidad. Él comenzaba por explicar la insuficiencia de amenazar penalmente, en materia de delitos contra la administración pública, conductas

<sup>11</sup> Tomo la cita a través de los fundamentos vertidos en el proyecto a que se refiere la nota siguiente (“D. Ses. Cám. Dip.” [1989], p. 1340).

<sup>12</sup> “D. Ses. Cám. Sen.” (1989), ps. 1339 y s. Existió después otro proyecto del propio presidente MENEM (“D. Ses. Cám. Sen.” [1990], ps. 424 y ss.), que proponía el aumento de la pena máxima hasta (“sólo”) 10 años de prisión.

<sup>13</sup> “D. Ses. Cám. Dip.” (1990), ps. 4617 y siguientes.

<sup>14</sup> En firma conjunta con otros diputados, cf. “D. Ses. Cám. Dip.” (1990), p. 4821 (aunque este proyecto se refiere al art. 259, C.P., la fundamentación transita el mismo camino).



descriptas de modo determinado, incluso la insuficiencia de las que él mismo proponía incorporar en su proyecto (“la interposición de influencia y la utilización de conocimientos oficiales en beneficio privado”), “porque en esta materia presenta gran dificultad práctica la prueba de los hechos concretos...”<sup>15</sup>.

Poco después agregaría a su fundamentación:

“Para salvar esa dificultad, se ha dicho que lo más expeditivo consiste en crear una figura fundada en la presunción de ilicitud del enriquecimiento, contra el que no pruebe la corrección del incremento patrimonial. En línea de principios, esa fundamentación no es simpática en derecho penal, pero toda vez que es innegable la existencia de esa dificultad, parece prudente ver si sobre la base de otros principios menos dudosos es posible alcanzar un resultado prácticamente satisfactorio”<sup>16</sup>.

Ya el modo de plantear la problemática desenfoca parte de la cuestión. En primer lugar, el vicio original se halla en un paso anterior a la presunción probatoria —a la violación al principio de inocencia en sí mismo—; lo decisivo es, antes que ello, cuál es el hecho concreto que “se da por probado”. La cuestión se hallaba implícita en el párrafo anterior: si la gran dificultad práctica está en la “prueba de los hechos concretos”, la inversión de la prueba debería servir, en el mejor de los casos, a la utilidad práctica de “poder probar los hechos concretos”: la concusión, el peculado, las negociaciones incompatibles, etc.<sup>17</sup>, pero, nunca, a prescindir incluso de la determinación de una conducta concreta atribuida al funcionario.

<sup>15</sup> Proyecto de Código Penal (Enviado por el Poder Ejecutivo al Honorable Congreso de la Nación, el 10 de Noviembre de 1960), p. 140 (la bastardilla es mía).

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> Utilizo la escueta enumeración de la misma exposición de motivos del Proyecto (lug. cit., p. 140), omitiendo el sustantivo “corrupción”, porque —salvo en lo que respecta a la “corrupción de menores”, que, obviamente, no está aludida aquí— no existe en el texto vigente un “delito de corrupción” (administrativa), aunque sí utilizaba esta denominación el propio Soler en su proyecto. En cualquier caso, con relación a los hechos “concretos”, fue más completa la enumeración de SOLER en su Derecho Penal argentino, t. V, § 145, VII: “el cohecho, la exacción, la negociación incompatible, el peculado, el abuso de autoridad, la extorsión, la aceptación de dádivas, la venta de humo”. Su obra, en cambio, tanto respecto del problema aquí discutido, como de la estructura del tipo en general, no aporta nada particular que deba ser considerado aquí.

“Enriquecerse” no es un comportamiento, es el resultado de la comparación entre el estado patrimonial en el momento 1 y el estado patrimonial en el momento 2; esto constituye, naturalmente, un “hecho jurídico” en el sentido del Código Civil, pero no un “hecho” en el sentido del Derecho Penal de acto (acción u omisión punible), porque el incremento patrimonial puede producirse sin ninguna conducta. En segundo lugar, si uno comienza ya por el problema de la afectación al principio de inocencia y reconoce que esto, “en línea de principios” (¿de eso se trata justamente siempre que están en juego garantías constitucionales!), “no es simpático en derecho penal”, no puede eludir el conflicto recurriendo a “otros principios menos dudosos”, porque la afectación a una garantía consitutucional no queda salvada porque sean respetadas otras garantías u otros principios. Mucho menos podía servir de auxilio la aclaración de que es “innegable la existencia de esa dificultad” (la dificultad probatoria), porque la garantía de que incumbe al estado demostrar los hechos en los que se funda una acusación no está limitada a los casos en que es “sencillo” cumplir con la garantía: justamente es una garantía porque rige aun para los casos en que el hecho punible es de “difícil” demostración.

SOLER creyó poder escapar a la objeción, comparando el hecho del enriquecimiento con la situación de quien es sorprendido in fraganti en la comisión de un hecho punible (acoto: de un hecho punible concreto). “En este caso...” —sigue SOLER— “... los hechos acusan, y quien ha de explicarlos, para librarse de la evidencia derivada de esa prueba real debe ser el reo”<sup>18</sup>.

Allí vuelve a fundirse el problema de la violación al principio de inocencia, con el de la indeterminación de una conducta prohibida, una fusión que siempre permaneció sin explicar. Es evidente que pueden existir circunstancias de hecho que generen sobre un sujeto la sospecha de ser autor de un hecho punible. Cuando esas circunstancias son graves y nada hay que desvirtúe la sospecha, es legítimo inferir que el hecho delictivo y la autoría “están probados”. En este sentido, la pasividad del sospechado puede perjudicarlo. Pero siempre que en la determinación de los hechos se pro-

<sup>18</sup> Proyecto de Código Penal, p. 140.

cede mentalmente de ese modo (ejemplo: del hecho de que X, previamente a limpiar el cuchillo homicida, de su propiedad, lo haya escondido en el sótano de su casa, y del hecho de la previa amenaza formulada a la víctima poco antes de su muerte, y del hecho... [etc.], infiero que “X es el autor”), hay en la base de la imputación un hecho atribuido (comisivo u omisivo), que no es el quedarse callado. Se infiere que X ha hecho tal acto (o que no ha hecho tal otro), acto que, según la ley penal, es delictivo.

En cambio, en el proyecto SOLER, el hecho atribuido queda en el aire; mejor, no existe como tal, se prescinde de él. Se razona sobre la base de que, si el funcionario no prueba un origen legítimo del incremento patrimonial considerable, entonces, la modificación patrimonial tendrá su causa-fuente en algún hecho delictivo, uno que queda, como tal, indeterminado. Para usar la enumeración de SOLER: un cohecho, una exacción, una negociación incompatible, un peculado, un abuso de autoridad, una extorsión, una aceptación de dádivas, una venta de humo, etc. ¿Y por qué no un hurto, un robo, una defraudación, un acto de proxenetismo, de trata de blancas, de falsificación de moneda, de marcas, de documentos, etc.? Por consiguiente, la fundamentación de SOLER quedó doblemente sin sustento: ni legitimaba la inversión de la prueba, ni explicaba qué hecho se tenía entonces por probado.

Pero la inteligencia de SOLER no podía contentarse con ello. Él quiso terminar con la cuestión, convirtiendo lo que en el proyecto de José PECO<sup>19</sup> había sido una inversión explícita y desenfadada de la prueba, en un delito de omisión; con ello podía ser superado inclu-

<sup>19</sup> En el Proyecto Peco, de 1941, el instituto aparece regulado en dos artículos independientes:

Art. 323. Al funcionario público que lucrare, directamente o por persona interpuesta, para sí o para tercero, mediante el ejercicio de su cargo o de la influencia derivada del mismo, se le aplicará privación de libertad de uno a ocho años y facultativamente inhabilitación absoluta perpetua. Rige para este delito la disposición del art. 327 (cohecho activo o impropio).

Art. 324. Salvo prueba en contrario se presume enriquecimiento ilícito todo aumento apreciable de patrimonio que no proviniera de las siguientes causas:

a) Emolumentos legales del cargo.

b) Ejercicio de profesión, oficio o actividad lícita, compatible con la función pública.

c) Acrecentamiento natural de los bienes que se tenían al asumir el cargo o que se adquirieron lícitamente durante su ejercicio y las rentas que produjeren esos mismos bienes.

so el problema propio de la indeterminación de la conducta prohibida: ésta sería ya determinada, se imputaría sólo la omisión. Su argumentación, para él definitiva, reza de este modo:

*“Pero hay otra consideración más simple aún que permite resolver el problema en una forma nada excepcional o presuntiva. Ya en otros casos hemos señalado la necesidad de subrayar la existencia positiva de deberes; son muchas las figuras en cuya base se encuentra una exigencia positiva; en los delitos de comisión por omisión\* esa es también la regla. Pues bien, no hay nada desmedido, irregular o excesivamente severo en imponer a los funcionarios un deber semejante al que recae sobre un administrador común, al cual se le exige, bajo amenaza penal, una rendición de cuentas con la cuidadosa separación de los bienes del administrado. Pues bien, la asunción de un cargo público, comporta un deber semejante, un deber de especial pulcritud y claridad en la situación patrimonial. Quien sienta esa obligación como demasiado pesada o incómoda que se aparte de la función pública”<sup>20</sup>.*

El anatema final: “...Quien sienta esa obligación como demasiado pesada o incómoda que se aparte de la función pública”, viene a invocar elípticamente el carácter exorbitante de los contratos administrativos, un argumento que había invocado Rafael BIELSA al elogiar el proyecto de COROMINAS SEGURA. BIELSA decía:

*“El Estado determina las condiciones de admisión, establece las incompatibilidades, fija la retribución, instituye el derecho disciplinario. El candidato que acepta el cargo o empleo, implícitamente acepta, como funcionario, el régimen unilateralmente establecido por el Estado. En ese régimen el Estado puede determinar una forma de vigilancia, que precisamente por ser general y justificada no inhibe ni deprime al funcionario”<sup>21</sup>.*

---

d) Herencia, legado o donación por causa extraña a la función, acreditados por instrumento público.

e) Hechos fortuitos.

f) Ejercicio de derechos legítimamente adquiridos.

\* Aunque no guarda ninguna relación con lo que ahora se discute, he de acotar que SOLER debió referirse lisa y llanamente a la omisión en sí, no a los delitos de comisión por omisión, porque el hecho de que los deberes de actuar se infringen no actuando, es una propiedad (y no sólo “la regla”) de los delitos de omisión, independientemente de que sean propios o impropios. La confusión puede deberse a que en los años '60 la dogmática de los delitos impropios de omisión, o de comisión por omisión, se hallaba muy poco desarrollada entre nosotros.

<sup>20</sup> Proyecto de Código Penal, p. 140.

<sup>21</sup> BIELSA, El enriquecimiento ilícito, p. 484.

Ahora bien, el carácter exorbitante de los contratos administrativos no puede arrojar ninguna luz sobre la cuestión discutida, es decir, sobre si el sistema de la ley viola garantías constitucionales o no, porque las garantías constitucionales penales no son disponibles.

Si, por ejemplo, una regla contractual del derecho administrativo impusiera que en caso de duda acerca de si un funcionario público ha cometido un delito, se tendrá el hecho por probado, y al autor por culpable, esto afectaría la garantía de inocencia, porque el *in dubio pro reo* ha sido reconocido como un principio constitucional (arg. arts. 18, 33, C.N.). Para formularlo en términos aun más extremos, el derecho administrativo no podría prever que la relación con el funcionario habilitará el uso de tortura para indagar sobre eventuales hechos punibles, porque, contra la prohibición constitucional de “toda especie de tormento” (art. 18, C.N.), no valdría invocar el principio del “sometimiento voluntario” (en el caso, el sometimiento voluntario al régimen jurídico del contrato administrativo).

Ni siquiera es disponible el principio *nemo tenetur*, es decir, la garantía constitucional penal de no estar obligado a declarar contra sí mismo. Pues, si bien el imputado tiene el derecho a autoincriminarse, si así le place, no puede obligarse contractualmente a renunciar a invocar este principio en caso de cometer un delito durante el cumplimiento del contrato.

En síntesis, el sistema de presumir la culpabilidad (por un hecho no identificado), a partir de un incremento patrimonial considerable, viola garantías constitucionales o no las viola, pero, para responder a esta pregunta, el carácter administrativo del contrato no juega absolutamente ningún papel<sup>22</sup>. Por consiguiente, la afirmación de SOLER de que “quien sienta esa obligación como demasiado pesada o incómoda que se aparte de la función pública”, es puro exabrupto, no constituye un argumento.

<sup>22</sup> Por lo demás, la amenaza penal del art. 268 (2), C.P., en particular, alcanza también a la persona interpuesta para la disimulación del incremento patrimonial del funcionario; para este extraneus el argumento fundado en el carácter contractual de la relación administrativa es insuficiente de por sí. Respecto del punto de vista aquí asumido, sin embargo, que considera lisa y llanamente inválido el precepto, esta observación es completamente secundaria.

Fuera de ello, en sus palabras anidan dos aspectos argumentales distintos, a saber: a) lo que se imputa es una omisión; b) el deber del funcionario es análogo al de quien debe responder por bienes de terceros.

Comiencese por lo segundo. Ciertamente el funcionario es —casi siempre— administrador de bienes de un tercero (el estado); desde este punto de vista, la comparación es correcta. Pero ocurre que en este delito no está en juego un “faltante” en los bienes cuya custodia el estado ha puesto en manos del funcionario<sup>23</sup>. En todo caso, al contrario, estará en juego un “sobrante” en el patrimonio del funcionario, sin que se sepa el origen del incremento. El “tener mucho”, sin embargo, no infringe norma alguna en las sociedades capitalistas; “sobrante”, por ello, no puede haber, y del incremento en sí no puede surgir la comisión de un delito.

Queda por analizar, pues, la primera parte de la argumentación, es decir, si el hecho de que se convierta la presunción de culpabilidad en el delito de omisión consistente en no informar la procedencia del aumento patrimonial, puede paliar la precariedad normativa de la incriminación. La respuesta a esta pregunta no ofrece dificultades. Pues el principio de inocencia y la garantía de no estar obligado a declarar contra sí mismo no pueden burlarse declamando que el contenido del hecho punible (omisivo) es más bien el “no informar sobre ciertos actos previos del imputado”, justamente aquellos actos que en realidad son los que se quiere prevenir con la amenaza penal.

La interpretación contraria implicaría decir que, en caso de que existan sospechas de que una persona realizó un hecho punible, el estado es libre de optar por: a) o bien respetar las garantías constitucionales (y, entonces, tratar a la persona como inocente hasta que una sentencia la declare culpable), o bien b) declarar como relevante únicamente el deber de informar sobre el acto previo (y, entonces, aplicar sanciones sólo en caso de “inobservancia al deber de información”). Pero, para que esta interpretación fuera

<sup>23</sup> Claro que esto también puede darse, pero, en este caso, se tratará de una administración fraudulenta o de un peculado, como hechos determinados, y con los problemas de prueba propios de cualquier hecho punible.

correcta, es decir, para que se pudiera optar por el segundo camino y realmente estuviera en juego sólo un “deber de información”, el deber tendría que considerarse satisfecho siempre que el funcionario informara, cualquiera que sea el contenido de la información, o sea, aun cuando informase que incrementó su patrimonio mediante negociaciones prohibidas. Si, en cambio, el cumplimiento veraz del supuesto “deber de información” conduce a pena o no según cuál sea la conducta previa que el funcionario informe sobre sí mismo (no hay pena sólo si el incremento está “justificado”), entonces, ya no se trata de un delito de omisión, sino de demostrar la inocencia respecto de un delito presumido por la ley, sin determinar siquiera el hecho concretamente presumido.

El sistema SOLER-NÚÑEZ, pues, supone que pudiera tener sentido, un diálogo en el que el estado le hablara al ciudadano aproximadamente de este modo:

—yo no puedo obligarte a que declares si has cometido un hecho punible o no (art. 18, C.N.), pero sí puedo convertir en delito que, cuando te pregunto si has incrementado legítimamente tu patrimonio, me contestes que lo has incrementado ilegítimamente, o bien que te quedes lisa y llanamente callado.

Justamente esto es lo que tanto la garantía del principio de inocencia como la del principio *nemo tenetur* tienen totalmente proscripto.

## **II. Los fundamentos de Ricardo C. NÚÑEZ**

Si se deja de lado los argumentos de SOLER, y se estudia cómo fundamentó NÚÑEZ el recurrir a la disposición del proyecto del 60, no se hallará prácticamente ningún argumento. Él se vio compelido a referirse a los principios que aquí analizo cuando el diputado Saturnino BILBAO inquirió al profesor, en una sesión en comisión, anterior a la discusión en diputados:

—Aquí hay una disposición que reprime la deshonestidad de los funcionarios —artículo 268, 4—. ¿No traería como consecuencia la inversión del principio del derecho penal de que la responsabilidad jamás se presume?<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> “D. Ses. Cám. Dip.” (1964), p. 3534.

A lo que NÚÑEZ responde:

—Permítame decirle que no. Y ésta no es cuestión de derecho procesal. Se delinque haciendo y se delinque no haciendo<sup>25</sup>.

Aquí da toda la impresión de que el maestro cordobés fuese a iluminar acto seguido sobre la legitimidad del precepto, a partir de la distinción entre delitos de comisión y de omisión; en lugar de ello, pasó a hablar como el “hombre de la calle”:

—Estamos hartos de que en el país no podamos probar los hechos concretos que fundamentan hechos notorios de enriquecimiento. Entonces, es lícito que a un funcionario público se le ponga un deber, y si no lo cumple, se lo castigue. ¿Cómo voy a probar la coima del funcionario si él tenía el poder en sus manos cuando se enriqueció? Entonces, hay ciertos deberes; hay deberes de probidad<sup>26</sup>.

Como se ve, la respuesta termina diciendo que el funcionario está obligado por un deber de probidad. Naturalmente, sobre algo tan obvio no dudaba el diputado. Él quería que el maestro le explicara la relación del precepto con las garantías constitucionales penales. Si hay algo que puede aportar la respuesta de NÚÑEZ es justamente en hacer claro que se recurre a esta figura porque “no pod[e]mos probar los hechos concretos”. Pero entonces, el vicio iba mucho más allá que lo que le preocupaba al diputado BILBAO (la inversión de la prueba); se prescindía ya de un “hecho concreto”, para que todo se rigiese por el enriquecimiento, es decir, por la consecuencia del hecho concreto, el cual, como tal, ya no importa cuál es. Lo violado era entonces el mandato de determinación contenido en el principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*).

Dado que tampoco el diputado RENÉ se sintió satisfecho con esta respuesta, le preguntó al redactor:

—¿Hay algún antecedente extranjero con respecto a esta norma<sup>27</sup>?

Respuesta de NÚÑEZ:

—No sé. Soy totalmente franco. Me he criado meditando las cosas nuestras. Los antecedentes extranjeros puedo conocerlos, pero éste es

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> *Ibidem*.



un hecho nuestro y para ello nosotros debemos hacer nuestro derecho<sup>28</sup>.

El diario de sesiones registra aquí el dato: “hablan varios señores diputados a la vez”, después de lo cual completa NÚÑEZ: “no soy erudito en derecho extranjero, apenas conozco el nuestro”<sup>29</sup>.

Con estos oscuros antecedentes, el proyecto llega a su discusión parlamentaria.

### III. El debate parlamentario

El proyecto fue debatido primeramente en diputados, y, en orden a este artículo en particular, fracasó. Los argumentos de los diputados BILBAO, CARO y JOFRÉ, entre otros, persuadieron incluso a diputados de partidos que originariamente habían apoyado la iniciativa. Sólo el oficialismo mantenía su proyecto. Posteriormente, el texto fue introducido en senadores, y la resistencia ya no fue suficiente al volver a la cámara baja. Por ello, la ley 16.648 incorporó al Código el art. 268 (2), C.P. cuyos vicios ya habían sido explicados en el debate parlamentario. Quiero recordar aquí sólo algunos párrafos:

Primeramente, las palabras del diputado CARO:

“Pero en esta terrible duda, entre abogar por el mantenimiento de los principios tradicionales del derecho democrático o abogar por principios que hacen también a la moral pública, prefiero decidirme porque nadie pueda ser tildado de delincuente si no se le prueba que es tal. Es decir, preferiría que se evadieran de las redes de la justicia algunos de estos servidores infieles del Estado, a distorsionar a punto tal principios que son tradicionales en el derecho público argentino y, en general, de Occidente...”

“Puede admitirse el principio de la inversión de la prueba en la esfera administrativa, pero no cuando está en juego el principio de la libertad individual y la defensa en juicio, porque es distinta la violación de las normas administrativas que la violación de las normas penales”<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> “D. Ses. Cám. Dip.” (1964), ps. 3399 y s. A las palabras del diputado CARO se unen inmediatamente las de SANDLER.

Gran parte de este torrente crítico era correcto. Pero todavía no había sido siquiera insinuado un argumento central para la solución, un argumento que estuvo en manos del diputado Emilio JOFRÉ, en mi opinión, el más claro crítico del proyecto:

“...tampoco podemos... dictar normas que puedan romper con la tradición jurídica del país y con los principios más elementales que rigen en materia penal.

”En esta disposición —como muy bien lo ha señalado el señor diputado Bilbao— estamos introduciendo figuras jurídicas distintas de las que rigen en materia penal en el país y, lo que es más grave —y debo señalarlo en esta oportunidad para que no nos sorprendamos después cuando los tribunales declaren la inconstitucionalidad de esta parte del Código Penal que estamos reformando—, distintas de las disposiciones expresas de la Constitución Nacional...

”De acuerdo con lo que establece este artículo, se va a exigir al funcionario que demuestre un hecho que se le imputa; se le va a exigir que declare contra sí mismo; se le va a exigir que pruebe que no se ha enriquecido ilícitamente. ¿Y qué establece la Constitución, de la que nos estamos olvidando un poco? Dice el artículo 18: «nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo...»<sup>31</sup>.

Al día siguiente, el debate es reabierto con la réplica de MALDONADO, a quien todo lo que se le ocurre decir es que la garantía de no estar obligado a declarar contra sí mismo no estaría infringida, porque lo que el funcionario tendría que hacer obligatoriamente, producido el requerimiento, es justificar “... en favor de sí mismo”<sup>32</sup> (!).

Jurídicamente, eso era ya un error muy burdo. No es que el principio *nemo tenetur* signifique que el imputado no puede ser obligado a declarar en un cierto sentido (en contra de él), pero sí en otro (en su favor). Y no es así, en primer lugar, ya por el hecho de que quien define de modo soberano qué va en su favor y qué en su contra, es el propio imputado; en segundo lugar, porque la garantía justamente llega al derecho de guardar silencio completamente, si al imputado así le place; y, en tercer lugar, porque “en su contra” significa que en procesos donde está inculpada la persona X, cualquier declaración que ella haga tiene que estar libre de

<sup>31</sup> “D. Ses. Cám. Dip.” (1964), p. 3400 (la bastardilla es mía).

<sup>32</sup> “D. Ses. Cám. Dip.” (1964), p. 3404 (la bastardilla es mía).

toda coerción. En síntesis, el principio *nemo tenetur* no admite por ningún lado que al imputado se le “haga trampas” diciéndole que se lo va a obligar a declarar, pero “sólo en su favor”: Nada de eso: “dependemos de su libertad, expresada libremente y sin coacción de ninguna naturaleza”<sup>33</sup>.

Como dije, a pesar de los decisivos argumentos expuestos en Diputados, el Senado logró reintroducir el artículo en el proyecto sancionado, y, con ello, se convirtió en ley. ¿Qué dijo de importante la doctrina posterior? Prácticamente nada ya sobre el problema constitucional; quedó encandilada discutiendo pequñeces dogmáticas, como si se trataba de un delito de comisión o de omisión, quién debía formular el requerimiento, cuándo prescribía la acción penal, etc. Trataré de rescatar, con todo, algunos párrafos vinculados a nuestra discusión.

#### **IV. La posición de Carlos FONTÁN BALESTRA**

Un atisbo de racionalidad aparece fugazmente en FONTÁN BALESTRA. Él comienza así su exposición sobre este delito:

“El más serio problema creado por esta figura es el de la presunción de ilicitud del incremento del patrimonio producido durante el desempeño de la función pública, y consecuentemente, la inversión de la prueba, que tiende a desmostrar la licitud y está a cargo del sospechado”<sup>34</sup>.

Al menos es alentador que FONTÁN BALESTRA vea esta cuestión como un “problema”, y, por cierto, como uno “serio”. Por lo demás, la plantea de modo directo y sin eufemismos: se presume la ilicitud, y el funcionario tiene la carga de desvirtuar la presunción. Y agrega:

“Ninguno de los argumentos tendientes a demostrar que la prueba no se invierte nos convence. Porque, en definitiva, lo que se debe demos-

<sup>33</sup> Cf. Maier, *Derecho Procesal Penal argentino*, p. 434, con cita de José Manuel Estrada, *Derecho Constitucional*, 2ª ed., Buenos Aires, 1927, t. I, p. 153. Su reconocimiento por la Corte Suprema de Justicia de la Nación inicia tempranamente, en 1864 (Fallos C.S.: t. 1, p. 350). En este precedente, en que el imputado había sido obligado a declarar bajo juramento, la nulidad declarada por la Corte no dependía de si el contenido de lo que él tenía que decir iría finalmente a beneficiarlo o a perjudicarlo, dependía solamente de que la declaración no había sido libre, sino coactiva, lo que naturalmente sucede si se somete a pena el “quedarse callado” (art. 268 [2], C.P.).

<sup>34</sup> Fontán Balestra, *Tratado de derecho Penal*, t. VII, § 148, 3, 1.

trar es que el enriquecimiento no es ilícito, o si se quiere, que es lícito; que proviene de fuentes que no se vinculan directamente con la función pública y que no es merecedor de reproche<sup>35</sup>.

Tras esto, y luego de aludir a que no es el único tipo penal que tendría una estructura similar, FONTÁN se contenta con lo siguiente:

“En estricta técnica legislativa, la solución no es ideal, pero tomando en consideración los particulares matices del caso y los problemas que de ellos se siguen, hemos de concluir que es la única, al menos a la vista. Ya se dijo antes de ahora que aquí sí podemos decir que lo perfecto es enemigo de lo bueno”<sup>36</sup>.

Resulta extraño ya el mero hecho de que “el más serio problema creado por esta figura” —así lo había declarado FONTÁN— pueda quedar resuelto con dos párrafos de tan escasa altura. ¿Cuál sería la profundidad de tratamiento, entonces, para problemas que no fueran “serios”?

Ni siquiera puede tomarse realmente en serio que FONTÁN BALESTRA vea el caso del art. 176, inc. 2, C.P., como un precepto comparable, dado que cuando él analiza el delito de quiebra fraudulenta no sugiere la menor duda de que el art. 176, inc. 2, C.P., pueda no ser legítimo<sup>37</sup>. Es decir, allí no se lee, p. ej.: “El más serio problema creado por esta figura... (etc.)”, como sí lo dice para el enriquecimiento ilícito. Por ello, más bien da la impresión de que, según toda probabilidad, FONTÁN BALESTRA temió quedar en una posición ingrata, en caso de oponerse lisa y llanamente a la validez constitucional de un artículo sancionado bajo el estruendo de la moralización administrativa<sup>38</sup>. Está demás aclarar que las explicaciones: “...la solución no es ideal, pero...” o bien: “lo perfecto es enemigo de lo bueno”, podrán conformar al hombre de la calle. Para el hombre de derecho, no son suficientes.

<sup>35</sup> Fontán Balestra, Tratado, t. VII, § 148, 3, 1.

<sup>36</sup> Fontán Balestra, Tratado, t. VII, § 148, 3, 1.

<sup>37</sup> Fontán Balestra, Tratado, t. VII, § 125, II, 4, 2.

<sup>38</sup> Lo que podríamos denominar, invirtiendo las expresiones del § 2, el riesgo de la “des-dignificación indirecta”.

## V. La posición de Carlos CREUS

La cuestión no mejora sustancialmente en la obra de CREUS. Él comienza por mostrarse incautado por la travesura de SOLER de convertir en delito de omisión el no poder demostrar la inocencia. Ya he hablado de esto: aquello que el estado no puede hacer en un proceso —tratar a una persona como culpable hasta que ésta demuestra que es inocente— no puede hacerlo con aspecto de derecho penal material. No puede decirse a sí mismo: “dado que no me está permitido presumir la culpabilidad, he de convertir en delito el no demostrarse inocente; esto sí puedo hacerlo, porque impongo previamente un deber de actuar”:

—Tú no has desmentido la sospecha de haber hecho algo indebido, por tanto, has omitido. Y sí puedo castigarte por esto.

Si un esquema como ése fuese legítimo, el estado podría resolver todas las dificultades probatorias estableciendo, junto a cada delito determinado (de comisión o de omisión), una figura omisiva, sujeta a la misma pena, consistente en no demostrar la inocencia de aquel mismo delito, presumido por alguna circunstancia que generase una sospecha.

Ejemplo: Art. 80 (1). Será reprimido con la pena del homicidio agravado por codicia, el que no justificare el lugar donde se hallaba en el momento de la muerte de un pariente a quien aquel hubiere heredado por un valor económico apreciable.

Quien busque en la doctrina una condena firme contra la previsión legal, obtendrá de CREUS una esperanza cuando sostiene que podría estar violada la garantía de que “nadie está obligado a declarar contra sí mismo (art. 18, C.N.)”<sup>39</sup>, pero, lamentablemente, supone poder eludir la dificultad, con una explicación desconcertante:

“Se trata, no obstante, de un conflicto aparente que no da pie a una situación de inconstitucionalidad, puesto que la disyuntiva no se origina en la ley, sino en la conducta de cualquier modo ilícita del sujeto. Sería absurdo que hasta allí alcanzara aquella garantía, de neto corte procesal”<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Creus, Delitos contra la administración pública, § 777.

<sup>40</sup> Ibidem.

Hay que poner en claro dos cosas: qué significa: a) “puesto que la disyuntiva no se origina en la ley, sino en la conducta de cualquier modo ilícita del sujeto”; y b) “garantía de neto corte procesal”.

En lo que se refiere a la primera cuestión, es justamente un presupuesto del principio *nemo tenetur* que la “disyuntiva se origine en la conducta ilícita del sujeto”. Esto significa que la garantía existe, justamente para no ser obligado a declarar en casos en que una conducta previa del declarante pueda haber sido más que ilícita: ¡delictiva! Se trata precisamente de eso, mientras que CREUS pretende que, porque se trata de eso, ¡no rija!

Con relación a la segunda cuestión, es verdad que la garantía es, en principio, de naturaleza “procesal”<sup>41</sup>, en el sentido de que normalmente protege en el contexto del proceso. Pero esto no le quita jerarquía. Nuestra distribución de competencias legislativas, especialmente con relación a los códigos de fondo por un lado (el estado nacional), y los de forma por el otro (las provincias), nos tiene acostumbrados a pensar en las normas procedimentales como inferiores en jerarquía, de tal modo que, si infringen una ley material, no rigen, son inválidas. Pero este hábito no puede confundir a nadie, cuando está en juego una garantía constitucional: las garantías constitucionales penales no guardan un orden de jerarquía entre sí; ellas no coliden, siempre protegen al individuo. Desde este punto de vista, que una garantía constitucional corresponda al derecho procesal no le resta ni un ápice de valor: puesto que es constitucional, rige siempre. Lo que se oponga a ella es inconstitucional.

Justamente hoy, tras la vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>42</sup>, nadie puede restarle valor a una garantía por ser de carácter “procesal”. Se trata de derechos fundamentales de la persona humana. No es que, en razón de ello, tales garantías ha-

<sup>41</sup> Esto no quiere decir que sólo pueda ser invocada en el marco de un proceso penal ya iniciado. Ningún órgano del estado puede requerirle información a una persona, de modo coercitivo, sobre conductas propias anteriores que puedan fundar su responsabilidad penal. Por ello, el principio *nemo tenetur se ipsum prodere* constituye más un derecho fundamental de la persona humana, que una garantía vinculada al proceso penal en sí.

<sup>42</sup> Pacto de San José de Costa Rica, del 22/11/1969, en vigor desde el 18/7/1978, ratificado por Argentina el 14/8/1984.

yan adquirido más jerarquía en el sistema argentino, dado que ya gozaban de la mayor jerarquía jurídica que un derecho puede tener. Pero sí pone de manifiesto hasta qué punto tales principios conforman hoy el patrimonio común de los países civilizados, y hasta dónde la Argentina está vinculada también frente a los demás estados.

La citada convención regula la garantía *nemo tenetur*, precisamente como manifestación del principio de inocencia, del siguiente modo:

“Art. 8: Garantías judiciales

”...

”2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

”...

”g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable,...”

#### § 4. LA ESTRUCTURA DEL TIPO: ACCIÓN U OMISIÓN

Lo dicho hace totalmente secundario discutir si se trata de un delito de comisión o de omisión. La cuestión constitucional no depende del perfil dogmático del delito. Sólo se podría derivar la constitucionalidad del delito, del hecho de tener un carácter omisivo, si se aceptara como “justificación” del enriquecimiento incluso la explicación de que se ha cometido un delito. Sólo si se estuviese dispuesto a admitir que quien dice: me enriquecí porque acepté dádivas, o porque hice negocios prohibidos, etc., cumple con la acción mandada, entonces, se podría afirmar la constitucionalidad, porque, entonces, de la declaración desfavorable para uno mismo, no se podría derivar ninguna consecuencia penal. El delito consistiría sólo en la inobservancia de un deber de información, un tipo penal puramente policíaco-administrativo, no protector de la moralidad administrativa.

Pero creo que nadie aceptaría esta interpretación. Casi todos dirían que quien dice haberse enriquecido por haber cometido un delito funcionario, realiza el tipo penal del art. 268 (2), C.P., aunque nadie podría explicar por qué la prueba ofrecida debe quedar secreta e imposible de ser utilizada en su contra sólo si se confiesa haber cometido un hurto, y no si se dice haber cometido un cohe-

cho. El texto no hace ninguna distinción de este tipo. Pero, sea como fuere, una omisión en la que el autor de antemano carece de la capacidad de cumplimiento del deber siempre que antes haya cometido un delito funcionario, y que sólo aquí se quiera aplicar la pena, demuestra que —ya dogmáticamente— no se trata de un delito de omisión, porque el elemento “capacidad de cumplimiento del mandato”, característico de toda omisión, sería reemplazado siempre por una actio libera in causa, el comportamiento activo, delictivo, que produjo el enriquecimiento. Pero un delito omisivo que sólo se puede penar por la acción anterior libre en la causa, y que presupone siempre que este hecho previo fundamenta la sanción, no es describe una omisión, sino la acción anterior.

De todos modos, no me interesa en absoluto convencer acerca de esta cuestión dogmática, que es mucho más compleja de lo que puedo presentar aquí. En cualquier caso, la conclusión constitucional es la misma. Un tipo penal como éste infringe todas las garantías básicas del estado de derecho. Quien diga lo contrario, no tomará en serio las garantías penales.

## § 5. CONCLUSIONES

Permítaseme exponer ahora mis conclusiones de modo elíptico, extendiendo a mi riesgo el diálogo histórico entre el diputado Saturnino BILBAO y el profesor Ricardo NÚÑEZ, con frases imaginarias que he de poner en boca de cada uno, siguiendo el rumbo posible del diálogo original<sup>43</sup>.

BILBAO: — Disculpe, Ud. dice que si el incremento patrimonial no puede ser justificado, tiene que provenir de algún delito; pero, ¿cuál es el delito que debo tener por probado por falta de justificación del reo?

NÚÑEZ: — ¡Ah no sé... y no importa! A Usted debe bastarle con que él se haya quedado callado cuando le preguntó.

B.: — Pero, ¿cómo “no importa”? ¿cuál es, entonces, el delito?

N.: — El delito es no desmentir una sospecha de culpabilidad.

B.: — ¿Una sospecha de culpabilidad por qué hecho?

N.: — No sé. Y le dije que no importa. Seguramente habrá sido por algún delito.

<sup>43</sup> Acerca de este diálogo, véase supra, § 3, II.



- B.: — ¿Y si fue por un delito menos grave?
- N.: — Entonces, que diga cuál fue.
- B.: — Pero es que él no quiere confesar el delito menos grave.
- N.: — Entonces tendrá una pena por el delito más grave.
- B.: — Pero, ¿cómo resuelvo la cuestión si, al preguntarle por el incremento de su patrimonio, me contesta que no ha de hacer ninguna declaración, al amparo de la garantía de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo?
- N.: — Le aclarará que, en este delito, no puede quedarse callado, que justamente ese es el delito.
- B.: — Ahora, ¿cómo puede elegir el legislador los delitos respecto de los cuales rige una garantía constitucional? Y, supuesto que esto fuese posible, ¿cómo podría el juez hacerle siquiera una pregunta al funcionario si Ud. dice que recién su silencio configura el delito, de modo que hasta allí no se habrá cometido ningún ilícito?
- N.: — Mire, si Ud. tiene pruritos constitucionales, divida la investigación en dos partes: a) un funcionario administrativo formulará el requerimiento, si el requerido no responde, o no justifica el aumento de su patrimonio, quedará configurado el delito; b) luego podrá ser llamado por un juez, delante del cual el funcionario antes requerido tendrá derecho a quedarse callado.
- B.: — Y cómo puede depender la garantía constitucional a permanecer callado, de la instancia estatal que le formule las preguntas al imputado.
- N.: — Ud. no entiende, diputado. No hay otra forma de probar la comisión de cohecho, concusión, malversación, negociaciones incompatibles con la función pública, prevaricato, que hacerlo de este modo. ¿Cómo voy a probar la coima del funcionario si él tenía el poder en sus manos cuando se enriqueció?<sup>44</sup>
- B.: — Pero, entonces, damos por probado un cohecho, una concusión, o alguno de los demás delitos.
- N.: — Tómelo como Ud. quiera, se delinque haciendo y se delinque no haciendo<sup>45</sup>.
- B.: — Y, en este caso, ¿sería por hacer, o por no hacer?
- N.: — Es más fácil eludir la inconstitucionalidad de la figura, si la interpreta como de no hacer.
- B.: — Disculpe de nuevo, profesor, pero, ¿no hacer qué?

<sup>44</sup> Palabras de Núñez, del diálogo original.

<sup>45</sup> Palabras de Núñez, del diálogo original.

N.: — No confesar el delito que cometió antes o bien no demostrar que no lo cometió.

B.: — Supuesto que el no confesar un delito, o no demostrar el no haberlo cometido, fuese legítimamente punible, ¿por qué ha pensado en una pena tan alta?

N.: — Se ha pensado en una pena análoga a la de los delitos que se supone que el funcionario ha de haber cometido.

B.: — Pero esos son delitos que no están probados.

N.: — Ciertamente, pero se reemplaza su falta de prueba, por la falta de confesión.

B.: — Pero, normalmente, la falta de una prueba se reemplaza por una prueba producida, no por otra faltante.

N.: — Sí, pero aquí es al revés, porque hay que moralizar a la administración. Estamos hartos de que en el país no podamos probar los hechos concretos que fundamentan hechos notorios de enriquecimiento<sup>46</sup>. Quien sienta esa obligación como demasiado pesada o incómoda que se aparte de la función pública<sup>47</sup>.

B.: — Disculpe que le formule ahora una pregunta personal. ¿En ningún momento pensó en que esta estructura típica violaba la Constitución?

N.: — Sí, pero vea, si dos maestros como PECO y SOLER, que seguramente pensaron lo mismo, se animaron a hacer esto, ¿por qué no iba a hacerlo yo? A lo sumo dirán que el texto es una exageración republicana<sup>48</sup>.

B.: — ¿Hay antecedentes en el derecho extranjero?

N.: — No sé. Soy totalmente franco... No soy erudito en derecho extranjero, apenas conozco el nuestro<sup>49</sup>.

Con esto no quiero presentar a Ricardo NÚÑEZ como el “responsable”. Lo acompaña una larga cadena de prestigiosos juristas que siguieron una corriente de opinión iniciada a fines de los años '30, por reiterados escándalos que llevan mucho más que once años de democracia: hombres de la talla de Rafael BIELSA, José PECO, Sebastián SOLER, Ricardo LEVENE (h.), Santiago FASSI, Ernesto J. URE, Carlos

<sup>46</sup> Palabras de Núñez, del diálogo original.

<sup>47</sup> Palabras de SOLER, de su fundamentación al Proyecto de 1960; véase supra, § 3, I.

<sup>48</sup> Palabras de Creus, en Delitos contra la administración pública, § 767: “...en algunos aspectos, es una exageración republicana del legislador”.

<sup>49</sup> Palabras de Núñez, del diálogo original.

J. LASCANO, Carlos CREUS, y muchos otros. La doctrina actual casi ni nos recuerda ya en qué contexto de opinión surgió una previsión como la del art. 268 (2), del Código Penal, y explica la figura delictiva como si ella tuviera la pulcritud de la punición del homicidio. Nada más equivocado. Vuélvase pues a los principios esenciales del estado de derecho. Respétese las garantías constitucionales que desde la Revolución Francesa para aquí constituyen un patrimonio común de los pueblos civilizados; con establecer leyes que las violen no se dignifica ninguna comunidad. Sólo una evolución social lenta y en libertad podrá depurar progresivamente la calidad de sus funcionarios públicos, en un futuro lejano que dé para la descendencia de nuestros hijos una época esencialmente diferente.



# Política, delito y delitos políticos

*Jorge Vázquez Rossi\**

## **I. DELITO Y POLÍTICA**

No ofrece elementos para la duda la afirmación de que toda decisión que califica como delictivo un determinado comportamiento de la vida de relación, con las consecuencias que de ello se derivan, es de índole política, entendiendo por tal, de modo genérico, el arte o modo de gobernar o regir los asuntos públicos, lo que a su vez implica determinadas relaciones de poder. Ello, porque determinar que a una acción u omisión se le asocia como consecuencia hipotética la imposición de un castigo, significa un acto de autoridad, el que se afirma aún más cuando se arbitran los mecanismos conducentes a la concreta realización del mandato.

La misma denominación de “Derecho Penal” para el conjunto de disposiciones que agrupan y ordenan los delitos que singulariza el sustantivo “derecho” con el adjetivo que enfatiza lo punitivo, es indicadora del particular carácter de ese conjunto normativo. Así, lo propio de esta materia es la “pena”, palabra que, según los diccionarios de la lengua, denota la imposición de aflicción, dolor, trabajo o tormento a quien ha cometido una determinada conducta reprochable.

Ahora bien: en toda manifestación real de castigo, se da inexorablemente una situación de prevalencia o de poder del castigador respecto del castigado. Esto se ejemplifica tanto acudiendo a lo

\* Profesor de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe.

imaginario simbólico de los mitos religiosos (Jehová expulsando del paraíso a Adán y Eva, o abriendo las compuertas del cielo en el diluvio o quemando a Sodoma; Zeus encadenando a Prometeo o mandando el rayo destructor a sus enemigos, etc.) o a las prácticas sociales (recordemos la disciplina militar, laboral o pedagógica). Castiga quien puede castigar. Con esta expresión perogrullesca se quiere evidenciar el hecho de que ejerce el castigo quien se halla en una ubicación de dominio, por lo general, esta superioridad real se integra con una valoración de esa misma autoridad, investida de la aureola de lo debido y correcto.

No extraña entonces que la sola existencia de un catálogo de prohibiciones amenazadas con sanciones y la correlativa práctica que las implementa suponga la existencia de relaciones de poder en las cuales quienes prohíben y castigan prevalecen sobre los destinatarios de las prohibiciones y los castigados. Y en la medida en que tales configuraciones de fuerza aparecen estructuradas normativa e institucionalmente a través de la organización de lo público —que es lo que entendemos por “política”— la inexorable interrelación entre la materia punitiva y la política se presenta clara.

En elemental lógica, lo antedicho nos lleva también a destacar el carácter de creación cultural, “artificial”, del concepto de delito. Ya SÉNECA afirmó que “se cometen delitos porque lo decide el legislador”<sup>1</sup>, idea que encuentra notoria confirmación efectuando una simple recorrida por las variadas listas que la historia nos presenta de lo que se ha entendido como prohibido y merecedor de pena. En cada nación, en cada cultura, ha habido diferentes comportamientos a los que, por razones cambiantes (pero que, por regla, han tenido explicación en la dinámica e interacción del poder) se han valorado como perniciosos y dignos de castigo. En ello han incidido motivos religiosos, situaciones económicas, conflictos sociales, etc., pero siempre se ha tratado de decisiones explícita o implícitamente políticas.

Desde una perspectiva histórica, el Derecho Penal, como básicamente lo conocemos en nuestros días, tiene su origen en el surgi-

<sup>1</sup> La cita la he tomado de BAUER, Fritz, *El Derecho penal sexual en la actualidad*, en “Sexualidad y Crimen”, Reus, Madrid, 1969.

miento y posterior consolidación del sistema inquisitivo. Éste no puede ser comprendido fuera de una general situación política producida durante la Edad Media y caracterizada por el paulatino fortalecimiento del poder central en detrimento de la anterior organización feudal.

El antiguo derecho germánico que se había extendido sobre las ruinas del desaparecido Imperio Romano y —salvo el interregno carolingio— había impregnado la feudalidad, se asentaba esencialmente sobre la acción privada y carecía de un aparato oficial y permanente de justicia. La infracción era entendida como daño y concernía de modo estricto a los involucrados, quienes eran los únicos legitimados para llevar adelante los procedimientos (como remedo del combate) tendientes a la reparación, ya fuere por la venganza de la ofensa o por una composición simbólica o real del conflicto.

Estas prácticas arcaicas, asentadas sobre una idea mágica de la prueba (el juramento, las fórmulas sacramentales, las ordalías) se transforman paulatinamente durante los siglos XII y XIII<sup>2</sup>. Es obvio que la causación real de tal modificación obedece a múltiples factores, que FOUCAULT simplifica sintetizando la idea de que “la acumulación de la riqueza y el poder de las armas y la constitución del poder judicial en manos de unos pocos es un único proceso que se fortaleció en la alta Edad Media...”<sup>3</sup> y cuyas características, en relación al tema que nos interesa, implica fundamentalmente la apropiación pública y oficial de la justicia penal, que abandona definitivamente su carácter de conflicto privado.

El delito no es entendido ya como daño sino como desobediencia al soberano, como infracción al mandato. Deja de ser una cuestión entre particulares, circunscripta a los involucrados, para ubicarse dentro del ámbito de la autoridad. Desde entonces lo penal pasa a ser la manifestación por excelencia de lo público. Y como tal, un campo específico de lo político a través de la mediación de lo jurídico.

<sup>2</sup> De la bibliografía existente sobre el tema, he tomado especialmente —por su aguda síntesis y por evidenciar los aspectos determinantes y significativos— la Tercera Conferencia en, FOUCAULT Michel, “La verdad y las formas jurídicas”, tr. de E. Lynch, Gedisa, México, 1990.

<sup>3</sup> FOUCAULT, op. cit., p. 75.

Este fenómeno de la expropiación de la justicia en general y de la penal en especial por parte del Estado a los particulares<sup>4</sup>, generará un distanciamiento, una ajenidad, que se acentuará con la creciente tecnificación de lo jurídico que, en la lógica de su propio desenvolvimiento, se concretará como un saber y una práctica específica, regida por sus propias leyes y apartado de los modos habituales y comunes de proceder.

En tal esquema resulta comprensible que el énfasis represivo aparezca dirigido hacia todo aquello que de un modo u otro ataque, cuestione o ponga en peligro o lesione o amenace a la autoridad: los delitos por antonomasia son los de "lesa majestad" y de herejía, ya que se da una identificación entre delito y pecado, toda vez que el origen de la autoridad es divino y el poder temporal se entrelaza con el de la iglesia.

El Derecho Penal aparece históricamente como manifestación de la soberanía del monarca y el delito como una ofensa al Estado, que acciona represivamente por organismos específicos y oficiales e impone al condenado la pena pública. Acción y pena pública serán los rasgos determinantes del nuevo fenómeno, los que perduran hasta nuestra época.

La posterior evolución no modificó en nada este carácter. Incluso el gran debate, la dura crítica que durante el siglo XVIII conmueve al aparato penal del absolutismo proveniente del pensamiento de la Ilustración<sup>5</sup> es, en lo básico, de contenido político, lo que, por cierto y de un modo ejemplar, se manifiesta en los grandes movimientos revolucionarios de Norteamérica, Francia y América Latina.

Al modificarse las bases de legitimidad de la autoridad, al establecerse una diferente configuración del Estado y al reconocerse como elemento clave del cimiento social el conjunto de los derechos individuales, se transforma el aparato penal. Durante el siglo XIX se acentuarán y tendrán clara definición técnica las modificaciones

<sup>4</sup> Dice FOUCAULT: "Los individuos no tendrán en adelante el derecho de resolver, regular o irregularmente, sus litigios; deberán someterse a un poder exterior a ellos que se les impone como poder judicial y político", op cit., p. 75.

<sup>5</sup> CASSIRER, Ernst, Filosofía de la Ilustración, trad. de E. Imaz, Fondo de Cultura Económica, México, 1972.



relativas a la plena vigencia de los principios correlativos de legalidad sustantiva y reserva, de judicialidad y limitación del arbitrio judicial, las garantías procesales, la relativa humanización de las penas, etc. Pero el carácter público de lo penal, consistente en la reacción de organismos oficiales predispuestos para ello ante la comisión de infracciones a su vez determinadas por las instituciones legislativas, no sólo no desapareció sino que se acentuó modernamente.

La situación pública del ordenamiento penal aparece como un rasgo determinante en todos los análisis sobre la materia. A simple modo de ejemplo recordemos que JIMÉNEZ DE ASÚA insistía en que de la misma definición de Derecho Penal y del estudio de sus caracteres, “surge inexorablemente su índole de Derecho público, de función pública ejercitada por el Estado en nombre de la colectividad”<sup>6</sup>, idea que, con diversas enunciaciones, podemos encontrar en todas las obras sobre el tema.

Más aún: abunda la doctrina que parte, para analizar la cuestión penal, de la potestad represiva del Estado, entendida como emanación de la soberanía, de “la facultad de castigar” o “ius puniendi”, verdadero derecho subjetivo a la represión, sólo limitada en el Estado constitucional por el derecho objetivo (la descripción legal de los crímenes y las penas) y por los requerimientos procesales (garantía de judicialidad).

Al respecto, JIMÉNEZ DE ASÚA cita a BINDING<sup>7</sup>, para quien este derecho subjetivo es el de “penar al trasgresor del deber de obediencia”; en tal concepción, cuyas raíces abrevan en HEGEL, pero que sustentan el desarrollo mayoritario de la dogmática clásica, el delito no ataca los intereses individuales de los particulares, sino que lesiona “el derecho subjetivo a la obediencia que pertenece al Estado”.

Es obvio que tales palabras podrían haber sido suscriptas por cualquier pensador del absolutismo y evidencian con claridad una idea profundamente estatista de la cuestión, presente explícita o

<sup>6</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, Tratado de Derecho Penal, t. I, Losada, Buenos Aires, 1957, p. 69.

<sup>7</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., p. 71. Debe señalarse que ZAFFARONI, en su Tratado, rechaza la idea del “ius puniendi”.

implícitamente en gran parte del desarrollo doctrinario que entiende toda la construcción penal como una protección de la autoridad y el delito como una lesión al Estado.

Curiosamente, esta misma posición ha sido la que en cierto tipo de análisis puramente sistemáticos, ha sido hostil a la explicitación de los contenidos políticos del mismo ordenamiento, centrándose en la especificidad de la regulación y tomando como dogmas los datos legales. La preponderancia y prestigio del enfoque dogmático (cuyos méritos de reconstrucción lógica no ponemos en discusión) contribuyó a establecer distinciones tajantes entre los abordajes “jurídicos” y los estudios criminológicos, sociológicos y político-criminales. Y si bien la actualidad del pensamiento penal no sólo superó esa diferenciación, sino que incluso superpuso y hasta confundió perspectivas de análisis, potenciando el matiz político, no está demás recordar y enfatizar esa dependencia de lo jurídico respecto de lo político.

## **II. LAS TEORÍAS DE LA DEPENDENCIA DE LO JURÍDICO RESPECTO DE LO POLÍTICO. LA PRIMACÍA DE LA POLÍTICA**

De manera deliberadamente esquemática podemos distinguir en los estudios sobre el fenómeno jurídico dos líneas claramente diferenciadas, a saber: aquellas que tienden a centrarse sobre la especificidad del derecho y las que, por el contrario, lo entienden como un resultante determinado por otras fuerzas. Las respectivas posiciones con sus diferentes desarrollos y desenvolvimientos, responden, en lo básico, una a los paradigmas del materialismo histórico, y la otra a la pureza metódica o de la especificidad de lo jurídico como realidad en sí misma, tal cual fue preponderantemente expuesta en la difundida obra de Kelsen y aparece como el rasgo determinante de la dogmática\*.

Mientras en la primera perspectiva se centra la atención en lo exterior a lo jurídico, enfocándose a este fenómeno como un resultante o producto de diferentes factores sociales condicionantes, en la segunda se hace abstracción de todo lo que sea ajeno a las

\* AA.VV., Teoría pura del Derecho y Teoría marxista del Derecho, trad. E. Volkening, publ. del Instituto Hans Kelsen, Temis, Bogotá, 1984.

estructuras normativas, privilegiándose la organización sistemática y procurándose una explicitación de las relaciones lógicas y abstractas de los preceptos, tomados como algo dado con prescindencia de su génesis social y su operatividad real.

La idea de que “en la producción social de su vida, los hombres contraen determinadas relaciones necesarias e independientes de su voluntad, relaciones de producción, que corresponden a una determinada fase de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales” conformando la “estructura” básica, el verdadero cimiento sobre el que “se levanta la superestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social”, marca un verdadero punto de partida para el ulterior desarrollo de todas las direcciones que entendieron al derecho como un hiperfenómeno, como una manifestación derivada o secundaria de los verdaderos factores sociales que lo hacen surgir, condicionan y, en definitiva, lo explican.

Este enfoque ha sido objeto de intensas discusiones, incluso dentro del propio seno de la teoría marxista, pero en el desarrollo que en el presente trabajo interesa, no puede dudarse que tiene el indiscutible mérito de hacer patente que las formaciones jurídicas dependen de condiciones reales de poder, hecho que es posible ejemplificar con relativa facilidad a través de la historia.

Que lo determinante de ese poder devenga del modo de producción o de otras fuerzas materiales, es algo que, en definitiva, excede el límite de este trabajo que, en lo fundamental, pretende atender a la ya dicha circunstancia de una explicación causal externa a lo jurídico y de los consecuentes condicionamientos que sobre el fenómeno ejercen los factores o situaciones de poder.

Lo que sí quiere puntualizarse es que dentro de la dinámica de la teoría de inspiración o bases marxistas se generó una importante dirección de pensamiento crítico que, desde la idea de que lo jurídico pertenece a lo superestructural, señaló que el encuadramiento normativo no es sino el andamiaje de situaciones reales preexistentes. Y como tales situaciones se dan históricamente co-

<sup>9</sup> MARX, Karl, Prólogo de la contribución a la crítica de la economía política, en MARX y ENGELS, “Obras escogidas”, t. I, p. 340. Ed. Progreso, Moscú, 1955.

mo relaciones de dominación, el Derecho en general y el penal en particular aparecen al servicio de determinados intereses y en función de la defensa de un cierto estado económico<sup>10</sup>. En la “lucha de clases”, lo jurídico responde —al menos como regla— a los sectores dominantes, idea que, en autores como STUCHKA, se acentúa en el sentido de caracterizar la construcción jurídica occidental como manifestación de la burguesía: “El Derecho es un sistema (u orden) de relaciones sociales que corresponde a los intereses de la clase dominante y está defendido por la fuerza organizada de esa clase”<sup>11</sup>.

Es obvio que estas posiciones, que según los autores y momentos tuvieron diversa formulación, acentuaron las ideas de la dependencia de lo jurídico respecto de lo social-económico y enfatizaron los contenidos y manifestaciones de poder<sup>12</sup>.

Entre otras construcciones de tono contestario sobre el derecho construido por los estados occidentales, merece especial consideración la dirección conocida como “Criminología crítica”. Ésta puso en el centro de sus análisis sobre el derecho penal un enfoque decididamente político, considerando a la normativa y funcionamiento punitivo como un definido avance de la represión legal sobre los sectores desposeídos. Dentro de esta perspectiva, la finalidad buscada era la de denunciar ese uso espúreo de la respuesta penal que, en sus construcciones, no era sino la manifestación ideológica, remozada con contenidos menos evidentes y más actuali-

<sup>10</sup> VERDROSS, Alfred, *La filosofía del Derecho del mundo occidental*, tr. de M. de la Cueva, Centro de Estudios Filosóficos, Madrid, 1962. En p. 257 puede leerse: “Es universalmente sabido que MARX sostuvo que el derecho es la ‘ley de la voluntad’ de la clase dominante y que su contenido está determinado por ‘las condiciones materiales de vida’ de esa misma clase”.

<sup>11</sup> STUCHKA P. L., *La parte revolucionaria representada por el derecho y el estado: una doctrina general del derecho*, Moscú, 1921, cit. por Kelsen, Hans, *Teoría Comunista del Derecho y el Estado*, tr. de A. Weiss, Emecé, Buenos Aires, 1958, p. 95. En otra perspectiva, resulta fundamental recordar los aportes sobre legitimidad en Max WEBER, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

<sup>12</sup> Aunque por su mismo desarrollo expositivo resulta más difícil una síntesis, no puede olvidarse —especialmente por la influencia asumida en la obra de Foucault— la incidencia de las ideas de Nietzsche sobre la fundamental cuestión del poder. Al respecto: VERDROSS, op. cit., p. 261; también Löwith, Karl, *De Hegel a Nietzsche*, tr. de E. Estiú, Sudamericana, Buenos Aires, 1974.

zados, de la lucha de clases, donde los grupos dominantes castigaban mediante el aparato institucional todo aquello que lesionaba o amenazaba el sistema.

Es evidente que la propia lógica de esta posición extrema (en alguna medida similar, al menos en cuanto a su tono y actitud general, a la que se desarrolló en Italia) lleva a considerar “todo” el aparato penal como una manifestación política y su denuncia y cuestionamiento como una lucha de tal naturaleza<sup>13</sup>.

Asímismo, encontramos este tratamiento específico de “la primacía de la política” sobre la cuestión penal y, especialmente, sobre el desarrollo de la teoría criminológica, en la obra de PAVARINI<sup>14</sup>, para quien el sistema punitivo no es sino defensa del orden burgués.

Dentro de la región latinoamericana estas ideas tuvieron especial acogimiento, insertándose en las particularidades de las relaciones de dominación y dependencia internacionales y del uso del mecanismo penal como forma opresiva al servicio directo de los diversos gobiernos dictatoriales. Así, se ha hablado de una “criminología de la liberación”<sup>15</sup>, analizándose el fenómeno de “violencia estructural” de nuestras sociedades, condicionante, a través de las mediaciones específicas, de la violencia selectiva del sistema penal imperante; éste es definido como la manifestación por excelencia del control social, entendido como el complejo de medidas “tendientes al mantenimiento y reproducción del orden socioeconómico y político establecido”<sup>16</sup>. De lo que se trata, en el terreno de esta teoría, es de indicar con claridad que las ciencias criminológicas y penales no son “inocentes” y que, por el contrario, sirven a intereses particularizados; por ende, se exige un pensamiento contestatario, crítico y deslegitimante<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> TAYLOR, Ian, WALTON, Paul y YOUNG, Jock, *Criminología crítica*, tr. de N. Grab, Siglo XXI, México, 1977.

<sup>14</sup> PAVARINI, Massimo, *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, trad. de I. Muñagorri, Siglo XXI, México, 1988.

<sup>15</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola, *Criminología de la liberación*, Universidad del Zulia, Maracaibo, 1987.

<sup>16</sup> ANIYAR DE CASTRO, op. cit., p. 23.

<sup>17</sup> Este propósito ha sido intentado con éxito, entre nosotros, por ZAFFARONI, E. R., *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1989.

Tanto en las teorías precedentes como en las muchas otras similares que ocupan privilegiadamente el escenario de los debates contemporáneos sobre la cuestión penal, se observa la constante de haber colocado el punto central de la reflexión y de la crítica en una dimensión política, en la que lo jurídico en general y lo penal en particular aparecen, de hecho, como lógica y socialmente subordinados a las relaciones de poder y a las estructuras políticas dentro de las cuales se manifiesta, encarrila y confronta tal poder.

Y es de destacar que este sentido “secundario” de lo jurídico respecto de lo político en una u otra forma aparece como perspectiva dominante no sólo de las direcciones radicales a que antes se ha aludido, sino también en contrucciones si se quiere más descriptivas y menos combativas. Por ejemplo, tal es el caso de NOVOA MONREAL. En su propuesta, luego de pasar revista a autores cuestionadores del tradicional carácter “científico” del Derecho, partiendo de la célebre y revulsiva conferencia de VON KIRCHMANN, señala que lo jurídico tiene un valor meramente instrumental, sirviendo como método organizativo de la vida social al modelo elaborado por la política<sup>18</sup>. Para el profesor chileno, “el fin es ajeno al derecho y el contenido de éste depende de la política”<sup>19</sup>, idea que, convengamos, pareciera tener clarísima confirmación —a más de tantos otros antecedentes— en los cambios que por estos días se están produciendo sobre toda la legislación de los ex países socialistas.

Igualmente, aun dentro del severo ámbito de la dogmática jurídico-penal y en los estudios sobre la realización penal, se advierte que se han abierto las puertas a temas de específica índole político-criminal, como si se hubiese decidido ya, definitivamente, lo inescindible de ambas dimensiones.

### **III. LA CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS.**

#### **LOS DELITOS POLÍTICOS**

Es sabido que el concepto estratificado o analítico de delito, elaborado por la dogmática, es una construcción lógica que permite formular y aplicar una teoría unificada que abarca los comportamien-

<sup>18</sup> NOVOA MONREAL, Eduardo, *Crítica y desmitificación del Derecho*, Ediar, Buenos Aires, 1985.

<sup>19</sup> NOVOA MONREAL, *op. cit.*, p. 244.

tos reales más diversos, la mayor parte sin relación alguna entre sí. Los delitos en particular, según las descripciones del catálogo punitivo, constituyen un conjunto de acciones u omisiones cuyo único rasgo verdaderamente común es el de que se encuentran conminados por penas, lo que, obviamente, los ubica dentro del terreno o materia penal. Pero el más ligero análisis señala que, ontológica y socialmente, la conducta de provocar lesiones a un semejante nada tiene que ver con la de desviar de su destino legal fondos públicos; o la de amenazar con un arma de fuego para apropiarse de los bienes ajenos con la de omitir el pago en término de una obligación fiscal, etcétera.

Como se señaló, el único rasgo común de estas descripciones fácticas tan dispares es la de que en determinado momento y por medios establecidos formalmente, un conjunto de hombres habilitados para ello, decidieron —por los más diversos motivos— que un determinado comportamiento resultaba lesivo o peligroso para el orden jurídico y por ello determinaron que si ocurría en la realidad debía ser castigado con una sanción punitiva. Y como dentro del moderno estado de derecho de base constitucional, ese poder tiene determinadas condiciones limitativas para su ejercicio, el tránsito hacia la sanción debió ajustarse a determinados requisitos interpretativos y aplicativos que son los que exigió la dogmática sustantiva y realizativa a través de la denominada teoría del delito y el Derecho procesal penal.

Por cierto que los teorizadores de la cuestión penal abundaron en consideraciones justificadoras del ordenamiento punitivo, tema que, por lo general, relacionaron con los fines del mismo<sup>20</sup>, hablando de una protección de la convivencia y del orden social que hace posible la coexistencia. Desde tal perspectiva, la nota capaz de unificar en cuanto contenido y función las diversas disposiciones concretas, respondería al indicado propósito: las diferentes conductas incriminadas, más allá de sus particularidades, tendrían el rasgo común de ser lesivas a la base mínima que permite a los hombres vivir dentro de la sociedad, encuadrados dentro de una

<sup>20</sup> VÁZQUEZ ROSSI, Jorge, *El derecho penal de la democracia*, cap. I, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1993.

estructura normativa capaz de permitir el desarrollo personal<sup>21</sup>.

Una confrontación de estas ideas con la realidad histórica y con las prácticas sociales reales puede indicarnos que lo dicho es sólo aplicable a ciertos casos y momentos, pero en modo alguno es pertinente a la totalidad de las manifestaciones penales y mucho menos a su realización, apareciendo —en definitiva— más como una expresión de deseo que como una descripción de lo existente.

Si repasamos lo que en las diversas épocas se ha entendido como hechos merecedores de respuesta penal, podremos encontrar un mosaico de situaciones ampliamente reveladoras de lo que los diferentes estados entendieron como necesitado de la contundencia punitiva. Tal tarea, ofrece elementos ampliamente reveladores para advertir aquello que se valoró cómo de mayor lesividad a los intereses del poder organizado, ya que existen razones para suponer que una sociedad se revela más por lo que prohíbe que por lo que declara buscar, más por su negatividad que por lo que declama como sus fines y objetivos<sup>22</sup>.

Estos catálogos punitivos evidencian, a lo largo del tiempo, las valoraciones que se reputaban fundamentales por quienes hacían las leyes; así podemos encontrar como delitos el de lesa majestad, la desobediencia al monarca, los atentados contra el Estado, la patria o las directivas del partido, contra “los sanos intereses del pueblo”, la pureza racial, la economía nacional, las directivas del parti-

<sup>21</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Ediar, Buenos Aires, 1980. En el t. I, ps. 44/45 puede leerse: “El derecho tiene por función posibilitar la existencia, lo que implica asegurar la co-existencia, porque la existencia humana siempre —e ineludiblemente— es co-existencia. Este aseguramiento se obtiene introduciendo un orden coactivo que impida la guerra civil, esto es, la guerra de todos contra todos. La manera en que el derecho quiere evitarla es asegurando a cada quien un ámbito de existencia... La función del Derecho será la de asegurar la armonización de las existencias, lo que podrá obtener haciendo relativamente previsibles las conductas ajenas respecto de ciertos bienes jurídicos...”.

<sup>22</sup> SOLER, Sebastián, Bases ideológicas de la reforma penal, EUDEBA, Buenos Aires, 1966. Allí se expresa: “...de todo un sistema jurídico, el Derecho Penal, esto es, el conjunto de normas dotadas de sanción retributiva, es el que está más cerca de las ideas y de los sentimientos profundos, conscientes o no, del legislador. Las leyes penales son un buen retrato, una buena expresión de las fuerzas impulsoras de un pueblo y su máximo riesgo, porque las posiciones metafísicas y políticas repercuten allí directamente. A un Estado siempre se le puede decir: ‘muéstrame tus leyes penales, porque te quiero conocer a fondo’”.



do, la herejía, los actos violatorios de la moral sexual positiva, la recaudación tributaria, los reglamentos aduaneros, el monopolio, la libertad económica, los atentados contra el orden democrático, etc., etc., dependiendo de la época y lugar para organizar la preeminencia de determinados bienes jurídicos y las conductas descriptas en relación a ellos.

Tal diversidad provocó la lógica necesidad de intentos clasificatorios. Al respecto, podemos recordar a CARRARA, que organiza la parte especial de su célebre Programa en relación a bienes protegidos, divide de modo general a los delitos como “naturales, sociales y políticos”<sup>23</sup>. Dentro de esta clasificación, coherente con las ideas que nutren al autor, el criterio orientador está dado “por la distinta naturaleza del derecho lesionado” por la acción criminosa de que se trate<sup>24</sup>. Así, los delitos “naturales” serán aquellos que violan derechos particulares, de individuos concretos, mientras que los “sociales” los que atañen a la seguridad común.

Más allá de que en el estado actual de las ciencias sociales puede tenerse por indiscutible que la noción misma de infracción es de índole cultural y que, lógicamente, ha variado según los tiempos y comunidades, por lo que mal puede hablarse de un “delito natural”, puede admitirse que —al menos dentro de nuestra civilización— existen conductas que, por sus características, tienen un carácter lesivo a la convivencia, cualquiera fuere el tipo organizativo. El homicidio, las lesiones, el burlar la buena fe o el apropiarse ilegítimamente de lo ajeno, son ejemplos sobre los que puede convenirse que representan comportamientos intolerables para cualquier sociedad y que, ante ellos, se arbitran reacciones disuasivas y punitivas. En tal perspectiva y en un sentido si se quiere metafórico, puede hablarse entonces de ciertos delitos “naturales” en oposición a otros que más bien cabría calificar como “artificiales” y que responden a las particularidades organizativas e intereses del Estado.

Pero siguiendo con CARRARA, hacia el final de su obra, expone que, según su opinión, la evolución sobre la idea del delito entre los

<sup>23</sup> CARRARA FRANCESCO, Programa de Derecho Criminal, trad. de Ortega Torres, Temis, Bogotá, 1974.

<sup>24</sup> CARRARA, op. cit., t. 3, p. 23.

hombres “tuvo origen en las ofensas contra la vida humana” extendiéndose luego a las ofensas a la integridad corporal, para pasar posteriormente a la libertad, el honor, la familia, la propiedad, y, más adelante, abarcar las instituciones públicas, la religión, las finanzas y “por último a algunas formas y géneros de gobierno”<sup>25</sup>. Esta sería la zona de los delitos políticos, que en el programa trazado abarcaría desde los pueblos más antiguos hasta Roma y, más adelante, el período medieval y el absolutismo, con especial consideración de la lesa majestad; las últimas consideraciones se ceñirían a los años posteriores a la revolución de 1789 hasta el tiempo del autor, comprendiendo allí los denominados “delitos contra la seguridad del Estado”. La consideración específica prevista se circunscribiría al “examen de las razones constitutivas de la sociedad civil” a las de su “ordenamiento y, luego a las de su conservación y defensa, que se manifiestan al incluir en el número de los delitos que deben juzgarse penalmente, las ofensas contra las formas de gobierno aceptadas por las naciones y contra las relaciones mutuas de los Estados”<sup>26</sup>.

Es interesante advertir las razones que declara CARRARA para explicar por qué, al final de su vasta obra, decidió omitir la consideración específica de los delitos políticos. Fuera de alusiones a cuestiones circunstanciales, aduce como principal argumento el de que el tema está más ligado al derecho público institucional que al penal; y, melancólicamente, afirma que cuando emprendió el inconcluso proyecto, “no había experimentado todavía cómo vegeta la justicia, aun bajo los regímenes libres, cuando la política la aprisiona entre sus garras”<sup>27</sup>.

La posterior evolución legal, doctrinaria y jurisprudencial no avanzó demasiado, existiendo cierta carencia de determinación respecto de lo que actualmente debe entenderse como delito político en sentido estricto. Por lo general, los códigos rehuyen esa denominación y se limitan a agrupar figuras que describen conductas lesivas al Estado como tal bajo los nombres de infracciones con-

<sup>25</sup> CARRARA, op. cit., t. 9, p. 513.

<sup>26</sup> CARRARA, op. cit., t. 9, p. 515.

<sup>27</sup> CARRARA, op. cit., t. 9, p. 516.

tra la seguridad, la paz y/o dignidad de la nación, contra los poderes establecidos y el orden vigente y presentando el rasgo común de una tutela de la organización y funcionamiento estatal, de sus rasgos constitutivos y aun de su sistema de ideas, en sí mismo.

#### **IV. LOS DELITOS POLÍTICOS Y LOS REGÍMENES POLÍTICOS**

Es asaz probable que si el viejo maestro de Pisa hubiese vivido en tiempos cercanos a los nuestros, hubiese encontrado abundancia de motivos para afirmarse en el juicio que se ha transcripto. La historia ha sido una maestra implacable en el arte de mostrar hasta qué extremos puede llegar la crueldad y la intolerancia humana, especialmente cuando considera hallarse respaldada por grandes principios. El poder organizado, en nombre de la seguridad general, la religión, la conservación de un estilo de vida, la revolución, la supremacía racial, la cultura occidental, el Islam, la unidad nacional, etc., ha matado, torturado, segregado, desterrado y encarcelado a innumerables personas a lo largo de los tiempos y a lo ancho del planeta<sup>28</sup>.

Claro está que la mayor o menor incidencia de esos modos de reacción está en una relación directamente proporcional al grado de autoritarismo imperante y a las formas de organización estatal. Dentro de la evolución moderna, el Derecho Penal guarda íntimas relaciones con “los conceptos de Estado, derechos individuales, políticos y sociales” disciplinados por las Ciencias del Estado, ocurriendo que “el nexo se aprieta en la extensa categoría de delitos que atacan al Estado y sus órganos”. Todo esto lleva a la obvia conclusión de que el delito político depende de la construcción estatal dentro de la que aparece: “A nadie extraña que en los regíme-

<sup>28</sup> FLECHTHEIM, Ossip, Introducción al planteamiento del problema, en Instituto Han Kelsen, cit., p. 9, dice: “...en vista de las proclamaciones cada vez más resonantes con que el Estado le pide lealtad al ciudadano, cabe preguntar quién, al fin y al cabo, responde de los millones y millones de seres humanos que durante milenios fueron torturados y asesinados —y todavía están siendo sacrificados— en guerras grandes o pequeñas. ¿Y quién, pregunto, no se ha cansado nunca de perseguir, atormentar, mutilar y mandar al cadalso a miles de culpables o inocentes, en nombre del rey, de la república y hasta del derecho? ¿Acaso podemos pasar en silencio lo que sucedió en Amritsar y Sommerville, en Dresden y en Leníngrado, en Hiroshima y Nagasaki, en Workuta y Auschwitz, cuando hablamos del Estado y por ende del derecho?”

nes liberales las infracciones políticas sean dignas del más benigno trato, en tanto que en los regímenes autoritarios se estiman como las más graves”<sup>29</sup>.

Ya hemos indicado que dentro del Derecho penal del absolutismo el delito de lesa majestad era la cúspide del edificio punitivo, estando reservado para su castigo los más terribles suplicios<sup>30</sup>. En realidad, todo delito era principalmente entendido como una desobediencia a la voluntad real (de origen divino), idea que, dentro de otro aparato conceptual, resurge en todo totalitarismo y es expuesta de modo especial en las construcciones penales del Nacional Socialismo; al hacer de la pena de muerte la cabeza del sistema punitivo, se la justifica como “la afirmación más perfecta, más seria y más solemne de la absoluta supremacía del Estado sobre el individuo”<sup>31</sup>.

Es conocido que el aparato hitleriano prestó particular atención a la elaboración de un completo sistema penal, pudiendo mencionarse, a más de un notorio endurecimiento de las sanciones punitivas, las leyes sobre deslealtad al régimen (1933), las normas relativas a la “alta traición” (1934), las que penan la revelación de secretos de Estado, la que consagra la aplicación del principio interpretativo y aplicativo de la analogía, según “el sano sentimiento del pueblo”<sup>32</sup> (1935) y muchas otras que colocan al Estado y sus organismos en el centro de la materia penal.

Similares características —aunque de signo ideológico contrario— presentó el derecho penal soviético. Ello resulta lógico, ya que en el predominio de una penalización de lo político, más que las ideas de tal naturaleza que se buscan proteger y que se declaran, importa una sobre estimación o preponderancia de lo gubernativo por sobre toda otra cualquier actividad humana.

<sup>29</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., p. 191.

<sup>30</sup> FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, trad. de A. Garzón del Camino, Siglo XXI, México, 1976. Como se sabe, la obra se abre con el estremecedor relato del suplicio a que fue condenado Damiens por haber inferido una herida al rey, todo tomado de las *Pieces originales et procédures du procès fait à Robert-Francois Damiens, 1757*.

<sup>31</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., t. I, p. 352.

<sup>32</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., pp. 350-357.

Entre los muchos ejemplos que nos depara la historia de la directa dependencia del concepto de delito y de la implementación de los castigos con respecto al régimen político imperante, es elocuente el acontecido en España luego del triunfo del franquismo sobre la república; no sólo se procedió a modificaciones integrales de toda la legislación punitiva, sino que incluso, en una suerte de amnistía de muy particulares modalidades, suprimió el carácter delictivo de hechos anteriores. En 1939 se declaró: "se entenderán no delictivos los hechos que hubieran sido objeto de procedimiento criminal por haberse calificado como constitutivos de cualquiera de los delitos contra la Constitución, contra el orden público, infracción a las leyes de tenencia de armas y explosivos, homicidios, lesiones, daños, amenazas y coacciones y de cuantos con los mismos guarden conexión, ejecutados desde el 4 de abril de 1931 hasta el 18 de julio de 1936, por personas respecto de las cuales conste de modo cierto su ideología coincidente con el movimiento nacional y siempre de aquellos hechos que por su motivación político-social pudieran estimarse como protesta contra el sentido antipatriótico de las organizaciones y gobierno que, con sus conductas, justificaron el alzamiento"<sup>33</sup>.

Como se advierte, los cambios en la relación de fuerzas políticas operan a la manera de un prestidigitador, convirtiendo lo blanco en negro y lo negro en blanco, lo bueno en malo y lo malo en bueno: es delito lo que antes no lo era y lo que antes se consideraba injusto, ahora es objeto de encomio. Es que la política modifica la juridicidad. Lo jurídico es un mero instrumento de lo político, lo que nos lleva ahora al interrogante sobre cuáles son las características de los delitos políticos dentro del sistema político de un Estado constitucional democrático.

## **V. EL DELITO POLÍTICO DENTRO DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO**

Las consideraciones precedentes han insistido de manera constante, a la manera de variaciones sobre un mismo tema, en la depen-

<sup>33</sup> La cita la he tomado de BARBERO SANTOS, Marino, Postulados político-criminales del sistema punitivo español vigente: presupuestos para su reforma, en "Nuevo pensamiento penal", año 4, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 6.

dencia de lo jurídico respecto de lo político. En consecuencia, todo pareciera conducirnos hacia un relativismo dentro del que carecería de importancia todo esfuerzo en pos de una determinación dogmática del concepto y ámbito aplicativo del delito político. Ello es cierto en un sentido: toda elaboración, no sólo del delito político, sino del delito en general y, más aún, del sistema penal, descansa sobre presupuestos políticos, es decir, sobre una determinada organización del poder, de la cual derivarán las normas y el funcionamiento punitivo. Pero aceptado y sabido ésto, se trata de delimitar las características determinantes de las infracciones punibles dentro del marco de un determinado Estado, el cual, a su vez, se asienta sobre ciertas concepciones éticas. Tal Estado es el que conocemos, dentro de la fuerte tradición occidental, como el de Derecho, lo que significa que toda autoridad surge de una legalidad abarcativa por igual de gobernantes y gobernados. En lo básico, se trata de una limitación del poder, lo que de una manera primaria implica el establecimiento de reglas de juego para acceder y ejercer la autoridad, para relacionar las funciones gubernativas y sus zonas de competencia y para impedir su avance sobre determinados terrenos. Ello es lo que históricamente planteó el vasto movimiento conocido como constitucionalismo y que se concretó a través de las grandes transformaciones operadas a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX. Esta evolución marca “una parcelación de la autoridad”<sup>34</sup>, acentuándose y enriqueciéndose con la fundamentación democrática, que refiere tanto al origen y legitimación del poder como a los modos de ejercicio<sup>35</sup>. De tal manera, se produce un avance hacia zonas de mayor racionalidad y creciente apertura que aseguran márgenes de libertad en los individuos. Precisamente, la idea, formulación y fortalecimiento de los derechos primero llamados individuales y ahora denominados humanos, tiene el rasgo preponderante de constituirse en vallas y protecciones frente al Estado; “la sola cualidad de ser un hombre constituye un

<sup>34</sup> ROSS, Alf, *¿Por qué democracia?*, tr. de R. Vernengo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 25.

<sup>35</sup> Como explica José Fernández SANTILLAN en su prólogo sobre la teoría política de BOBBIO, la “legitimidad” se “refiere al título del poder” y la “legalidad” al ejercicio de éste. BOBBIO, Norberto y BOVERO, Michelángelo, *Origen y fundamentos del poder político*, Grijalbo, México, 1984.

título suficiente para gozar de ciertos bienes que son indispensables para que cada uno elija su propio destino con independencia del arbitrio de otro”, especialmente cuando ese arbitrio puede provenir de quien cuenta con mayores cuotas reales de poder<sup>36</sup>. De ahí entonces que el Estado democrático de Derecho, de bases constitucionales, se caracterice por una minuciosa tutela de aquellos derechos básicos de los individuos y que, obviamente, limite su injerencia punitiva a determinadas condiciones (principios de legalidad y reserva, humanidad, judicialidad y necesidad), constituyendo la regla la libertad y la excepción la prohibición. Esto implica la lógica consecuencia de que figuras como aquellas que penaban la autoridad por sí misma y castigaban las manifestaciones de pensamiento se encuentran lógicamente ausentes. Aunque puedan aún advertirse en algunos ordenamientos punitivos ciertos resabios del viejo autoritarismo, las legislaciones contemporáneas han, en general, reducido y modificado las figuras relativas a materias específicamente políticas. De todos modos, la organización institucional necesita de preceptos disuasivos de conductas que lesionen o amenacen sus propias bases, por lo que aun dentro del Estado más democrático y liberal existirán normas que, precisamente, protejan tal organización democrática<sup>37</sup>.

La cuestión debe plantearse en que, habida cuenta de que los hombres no pueden desarrollarse sino en y dentro de la organización social y que, para ello, la existencia de esa entidad que denominamos Estado resulta imprescindible, se trata de estructurarla de tal manera que las relaciones de poder, tanto individuales como

<sup>36</sup> NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 2.

<sup>37</sup> DÍAZ, Elías, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid, 1984. En p. 27 dice con acierto que “todo sistema de legalidad... incorpora y realiza a través de sus normas un determinado sistema de legitimidad, un determinado sistema de valores”, lo que en el caso del estado democrático implica tanto el reconocimiento de la voluntad popular, como la existencia intangible de derechos individuales y el aseguramiento de zonas cada vez más amplias de libertad, como así también el desarrollo de condiciones materiales que no hagan ilusoria o meramente formal tal libertad. En definitiva, sería la idea de justicia que de un modo abstracto y general define DWORKIN glosando a RAWLS: “...cada persona debe tener la mayor libertad política compatible con una libertad semejante para todos... y las desigualdades —en el poder, la riqueza, los ingresos y otros recursos— no deben existir...”. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, p. 234, Planeta-Agostini, Barcelona, 1993.

institucionales, tengan límites precisos, y de que se aseguren posibilidades armónicas de desenvolvimiento. Dentro de esta estructuración, la respuesta penal debe circunscribirse, ya que Estado democrático es aquel que “en un proceso constante de apertura va reduciendo la coerción al mínimo indispensable”, lo que genera la aspiración y concreta directiva política de que en tal contexto “el recurso penal será siempre la ultima ratio”<sup>38</sup>.

Teniendo esto en claro, a la luz de múltiples experiencias históricas y sabiendo que el proyecto democrático ha estado siempre amenazado por fuerzas considerables y de diverso signo dirigidas a limitarlo, estancarlo cuando no, directamente, a destruirlo, va de suyo que, por propias razones de supervivencia, el sistema debe contar con suficiente motivación y cuidado político para mantener y acrecentar la democracia. Y en lo que hace a aquellas conductas intolerables, las que amenazan la existencia misma del Estado democrático, la ultima ratio, aparece la respuesta penal.

Esto ya fue visto con claridad desde tiempo atrás por la doctrina tradicional<sup>39</sup>, justificando la opinión de que las elaboraciones teóricas al respecto han sido hechas, de modo opuesto pero recurrente, desde “los puntos de vista del tirano y del oprimido”<sup>40</sup>, correspondiendo a la elaboración iluminista el énfasis en la construcción de mecanismos limitadores del poder, lo que, al mismo tiempo, resulta coherente con el aseguramiento de los más amplios márgenes de libertad política<sup>41</sup>.

Pero entendido con claridad que toda la reflexión se hace desde dentro del Estado democrático, en su sistema de legalidad y legitimación y con la expresa finalidad de preservar ese orden, no co-

<sup>38</sup> HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hernán, Política penal en el Estado democrático, en “El poder penal del Estado”, p. 155, Depalma, Buenos Aires, 1985.

<sup>39</sup> Ver al respecto la bibliografía que incluye SOLER en la nota 1, p. 1 del t. V de su Derecho Penal argentino, TEA, Buenos Aires, 1978.

<sup>40</sup> SOLER, op. cit., p. 7.

<sup>41</sup> SOLER, op. cit., p. 8: “Los regímenes democráticos tienen como finalidad esencial la de garantizar a los individuos la máxima medida de libertad posible, sobre todo en materia de opiniones políticas. Por eso la gran tolerancia que lo caracteriza y la restricción y el cuidado con que traza, en estos temas, sus figuras delictivas. Un orden democrático se preocupa mucho más por limitar el poder que por limitar la libertad”.



mo algo en sí mismo, sino como el único modelo posible de aseguramiento de posibilidades sociales de coexistencia, corresponde, como ya fuera visto por FLORIÁN, la elaboración del delito político en el Estado democrático.

## **VI. LOS DELITOS POLÍTICOS EN EL DERECHO ARGENTINO**

La historia argentina abunda en datos indicativos de todo lo que anteriormente hemos considerado. Sobre el fondo de la cultura inquisitiva de la colonia española, el movimiento independentista se desgarró en la larga serie de duros y crueles enfrentamientos internos, durante los cuales, por regla, la derrota significaba la muerte o el exilio.

Los largos e intensos años que van desde la Revolución de mayo a la organización de 1853 mostraron sin disimulos que la lucha por el poder lo era sin contemplaciones y definitiva: fusilamientos y degüellos, golpizas y destierros, eran los métodos de sancionar el disenso, siendo ejemplar en tal sentido la oscura figura de ROSAS.

Tales tenebrosos antecedentes explican la enfática prohibición de la pena de muerte por razones políticas sancionada en el art. 18 de la Constitución Nacional.

Asimismo, el art. 22 que establece el sistema representativo, sanciona el delito de sedición, diciendo que “toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición”.

El art. 29 prohíbe al Congreso conceder a los otros poderes “facultades extraordinarias” o “la suma del poder público”; se agrega que “actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”.

Se señaló que este artículo no tiene otros antecedentes que los dados por la experiencia histórica de los años inmediatamente anteriores a la sanción de la Constitución y relativos a las excepcionales facultades otorgadas a la dictadura rosista<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> ZARINI, Helio Juan, Constitución de la Nación Argentina, Astrea, Buenos Aires, 1976.

A su vez, el art. 103 de la Constitución de 1853 (hoy 119) define la traición como la acción de “tomar las armas” contra la Nación o unirse a los enemigos y cooperar con ellos.

Pero es evidente que nuestro texto fundamental no se agota en las mencionadas disposiciones. Como lo he señalado en otro trabajo, cabe hablar, en materia penal, de un verdadero y rico paradigma constitucional, es decir, de un modelo que otorga las bases interpretativas para la legislación común y que consiste en el conjunto de preceptos y en el sentido general que surge de ellos, sentido que no es otro que el de una organización limitada, pluralista y representativa del poder y de amplias zonas de libertades y derechos de los habitantes.

En este sentido, la reforma de 1994 avanzó decididamente en la explicitación de un conjunto de ideas garantistas en torno al estado democrático y la continuidad institucional, siendo ejemplar en este aspecto el nuevo art. 36 que equipara la conducta de quienes realizaren actos de fuerza interruptivos del orden constitucional a la señalada en el art. 29.

El cuarto párrafo del art. 36 establece que “todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo”.

En el mismo precepto se entiende que constituye atentado contra el sistema democrático las graves acciones dolosas contra el Estado que “conlleve enriquecimiento”, disposición que tiende a la punición de la corrupción política.

En la inteligencia que explica el sentido de estas reformas debe tomarse en cuenta que con frecuencia el desarrollo legislativo, institucional y aplicativo, se apartó de los parámetros constitucionales. En la materia que nos ocupa, en más de una ocasión se sancionaron leyes que, con disfraces y pretextos diversos, incriminaban conductas de mera expresión de ideas o de disenso político, todo lo cual alcanzó su mayor exacerbación en los períodos de gobiernos militares.

En orden a los antecedentes nacionales sobre la regulación de delitos políticos posterior a la Constitución de 1853-60, se recuerda la ley 49 de 1863 que definió la competencia federal de la rebelión y la traición. El Proyecto TEJEDOR agrupó la materia bajo la denominación de “Crímenes y Delitos contra la seguridad interior y orden

público”, tratando de la rebelión, la sedición, el motín, la asonada, y atentados y desacatos contra la autoridad; el proyecto de 1881 habla de rebelión, sedición y asonada dentro de los delitos contra el orden público. En el código de 1886 se emplea la denominación de “delitos contra la seguridad interior y orden público”. Observa FONTÁN BALESTRA que a partir del proyecto de 1891 “se contemplan en títulos independientes los delitos contra la seguridad de la Nación y los contrarios a los poderes públicos y el orden constitucional”<sup>43</sup>.

El Código de 1921 trató dentro de los títulos IX y X del Libro II determinadas figuras que se coincide en ubicar como de índole política, toda vez que las conductas descriptas atacan al Estado en tanto tal, a las bases mismas del orden jurídico de la Nación. Dentro de los delitos contra la seguridad de la Nación, el art. 214 concreta punitivamente el 103 de la Constitución de 1853, castigando la conducta del argentino o de aquél que deba obediencia a la Nación, que tome las armas contra ésta o se una a sus enemigos. Como se advierte, tanto en la citada figura, como en las derivadas de la básica (arts. 215 a 218) y las agrupadas en el Capítulo II bajo la denominación de “Delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación” (arts. 219 a 225) implican comportamientos lesivos al país como tal, en su carácter de nación soberana, frente a otras potencias enemigas que la ataquen o amenacen. Expresiones contenidas en los preceptos, tales como ejecutar hechos dirigidos “a someter total o parcialmente la nación al dominio extranjero o menoscabar su independencia o integridad” (art. 215, inc. 1º), tomar parte en conspiraciones para cometer el delito de traición (art. 216), violar tratados concluidos (art. 220), revelar secretos políticos o militares concernientes a la seguridad exterior (art. 222) son claramente indicativas del objeto y finalidad de la incriminación<sup>44</sup>.

En cambio, la redacción de los artículos que corresponden al Título X, describen situaciones “internas”, ya que tratan de actos lesi-

<sup>43</sup> FONTÁN BALESTRA, Carlos, Tratado de Derecho Penal, t. VII, p. 30, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975.

<sup>44</sup> Sobre las particularidades de las conductas incriminadas y los contenidos de las infracciones, cabe remitirse al meduloso estudio que al respecto hace SOLER, op. cit., ps. 13 y ss. Cf., también, BADARACCO, Raúl Augusto, Delitos Políticos, en Enciclopedia Jurídica Omeba.

vos al orden político estructurado por la Constitución Nacional, sirviendo la misma como necesaria hermenéutica de los límites y sentidos de este tipo de infracciones y, podría agregarse, del entero sistema penal de base y significación constitucional.

Al respecto, mantiene toda su actualidad la reflexión de SOLER, cuando recordando lo ya dicho respecto a la decisión de CARRARA de no tratar de los delitos políticos en su vasto Programa debido a que todo intento teórico se desmentiría “frente al poder del triunfador” y no puede formularse racionalmente conforme a deducciones de principios universales, responde que, en realidad, de lo que se trata es de elaborar una construcción racional del delito político “desde dentro de un sistema jurídico-político determinado”<sup>45</sup> que es, en definitiva, lo que ha venido sosteniéndose como tesis básica a lo largo de todo este trabajo.

El código, fiel a la limitación constitucional, trató en esta materia de los delitos de rebelión y de sedición, siguiendo el sistema del proyecto de 1891 y de manera concordante con lo dispuesto en la Ley 49 (rebelión, como delito federal); la rebelión (art. 226) pena la acción de alzarse en armas para cambiar la Constitución, y/o para deponer los poderes públicos del gobierno nacional o arrancarle alguna medida o impedir el libre ejercicio de las facultades constitucionales o la renovación de las legítimas autoridades dentro de los términos y procedimientos legales. La conducta básica es la de alzarse en armas, es decir, ejecutar actos directos de poder con una definida finalidad que la misma norma describe.

El art. 227 tipifica el otorgamiento de poderes extraordinarios o tiránicos, conforme a lo dispuesto en el precepto constitucional del art. 29.

La sedición (art. 229) se dirige contra los poderes provinciales o de territorios provinciales, y el motín (art. 230) constituye un alzamiento de menor entidad que el tipificado como rebelión.

La regulación de esta materia dentro de nuestra historia institucional tuvo variaciones reveladoras de todo lo considerado de manera

<sup>45</sup> SOLER, op. cit., ps. 61-62. En similar tesitura, RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel, Relaciones del Derecho Penal con el Derecho Político, en “Doctrina Penal”, 1980, Depalma, Buenos Aires, 1980, ps. 595 y siguientes.

general respecto de las relaciones entre el delito político y el poder político. En efecto: a más de tenerse en cuenta la promulgación de diversas leyes especiales y circunstanciales dirigidas a castigar la oposición política (así, entre otras, ley 13.985 de “Penalidades para los que atentan contra la seguridad de la Nación”, de 1950; 14.034, sobre “Penalidades para quienes propicien sanciones contra el Estado Argentino”, de 1951; ley 17.401 y Decreto 8.329/67 de Represión del Comunismo; 20.840, sobre “Actividades subversivas”, de 1974, etc.), deben considerarse las reformas sobre la legislación penal efectuadas por los gobiernos de facto, con especial referencia a la ley 21.338, los fallos jurisprudenciales que convalidaron las quiebras institucionales y una práctica represiva informal, más eficaz, violenta y cotidiana que la formulada normativamente.

Luego del retorno democrático y de la derogación de la abundante legislación represiva del régimen militar, vuelta nuestra legislación punitiva al tronco del código del 21 y convertidos en ley de la Nación los pactos internacionales de protección de los derechos humanos, se sanciona la Ley 23.077 que reemplaza el acápite “rebelión” por “Atentados al orden constitucional y a la vida democrática”, denominación que resulta claramente indicativa de la dirección y finalidad de la norma, complementada por las disposiciones realizativas que introducen en el orden nacional el juicio oral y público de instancia única.

Como se advierte, nuestra evolución legislativa en esta materia es un buen reflejo de los avatares de la política argentina, los que de modo asaz esquemático podríamos sintetizar en un largo y sinuoso camino que partió desde firmes bases liberales y pluralistas en la organización nacional alcanzada mediante la Constitución del 53/60, para luego sufrir diversos y graves retrocesos represivos, para retornar con firmeza —esperemos que por siempre— la original y remozada amplitud.

## **VII. EL DELITO POLÍTICO EN FUNCIÓN DE LA POLÍTICA DEMOCRÁTICA**

Estimándose que ha quedado ya suficientemente en claro, como dato de evidencia y como elaboración teórica, la dependencia de esta particular zona jurídica respecto de las relaciones políticas, toca intentar concluir sobre cuáles son las funciones y finalidades del delito político dentro del Estado democrático.

Una primera aproximación, si bien de índole metodológica no por ello menos reveladora, nos ubica dentro del orden jerárquico en que se sitúa, dentro de la sistemática de la parte especial de un código, lo relativo a las infracciones contra el orden de poder; aquellas regulaciones que valoran al Estado como un bien en sí mismo, lo colocan a la cabeza de las infracciones<sup>46</sup>, haciendo descender la ordenación punitiva como derivación de esas figuras que se estiman fundamentales. En cambio, un ordenamiento democrático ubicará a esta materia de manera diferente, por lo general luego de los delitos contra las personas y sus bienes básicos.

Está en claro que un ordenamiento jurídico democrático hará de la libertad política uno de sus pilares, limitando las infracciones de esa índole a aquellos supuestos que atenten, precisamente, contra la conservación y solidez del sistema que hace posible el libre juego de ideas e instituciones. Pero conocido ésto, cabe encontrar el necesario punto de equilibrio entre la zona de libertad asegurada por el régimen democrático y la defensa de la democracia. Por cierto que la cuestión no es académica, ya que bien sabemos de la fragilidad republicana y de la necesidad de que el sistema tenga mecanismos legales firmes y eficientes para impedir el desarrollo y la impunidad de conductas que atenten contra el orden constitucional.

La correcta regulación de los delitos políticos (como puede pensarse que ocurre en la actualidad dentro de la legislación vigente) cumple a la vez un papel simbólico e instrumental. Lo primero, toda vez que la descripción incriminante de tipos penales que describen conductas lesivas al orden constitucional y a los poderes e instituciones de la república democrática, implica la valoración —como bien jurídico— de esas condiciones de vida política en una “sociedad abierta”; y lo segundo, porque dado el caso de ocurrencia real de tales comportamientos, el procesamiento y punición de sus autores reafirmará la vigencia y solidez del sistema. Se ha dicho dentro de los últimos debates doctrinarios que en reali-

<sup>46</sup> MANZINI, VICENZO, Tratado de Derecho Penal, tr. de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, EJE, Buenos Aires, 1957. Analizando la legislación italiana, dice: “Los intereses jurídicos que la ley ha tomado en consideración para la constitución de las más generales categorías de los delitos son los relativos a la incolumidad, a la autonomía, a la independencia y al prestigio del Estado”.

dad la pena pública no tiene otra función que la de servir como reafirmación de la voluntad estatal; al margen de que tal idea resulte aplicable a todos los supuestos, es de evidencia que en el que nos ocupa tal función es correcta, conjugando —como pasó con el juicio a los comandantes— los papeles simbólicos e instrumentales y reafirmando la vigencia del sistema.





**§ IV. Justicia penal y  
Estado de Derecho**



# **La tentativa española para construir un sistema democrático de justicia penal**

## **(Un problema fisiológico)**

*Roberto Bergalli\**

### **INTRODUCCIÓN**

Es un hecho absolutamente cierto que, en el análisis sobre los sistemas penales europeos contemporáneos, faltan informaciones sobre el sistema penal español (SPE). Sin embargo, este hecho se explica fácilmente si se tiene en cuenta que fue únicamente en 1982 cuando España ingresó (junto con Portugal) como un miembro más de las Comunidades Europeas y que apenas cuatro años antes (1978) había entrado en vigor la Constitución Española (CE) que otorgó al Estado la forma social y democrática de derecho. Estas dos circunstancias fueron posibles porque el 20 de noviembre de 1975 había muerto el dictador Francisco FRANCO, lo que dio lugar al comienzo del período que se conoce como de transición a la democracia.

Hasta esta última fecha, como puede comprenderse, el SPE estuvo estructurado y ha sido desarrollado en función del férreo control político que la dictadura franquista había establecido en España, desde que finalizara la Guerra Civil en 1939. Los instrumentos que el régimen franquista utilizó en su acción represora fueron: la pena de muerte, como medida ejemplarizadora y aplicada de una manera indiscriminada a todos aquellos que, con fundamento o sin él, los Consejos de Guerra la dictaminaran, y la reclusión, que en la gran mayoría de casos no perseguía más que el aislamiento.

\* Director científico del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. Profesor de las Universidades de Barcelona y del País Vasco.

Por lo tanto, puede decirse que durante este largo período dictatorial, todas las agencias del sistema penal español estuvieron prácticamente orientadas hacia el control político de la disidencia, aun cuando, en el caso particular de la jurisdicción, ésta gozó de un cierto ámbito de autonomía en el cual atendió el tratamiento de la criminalidad común, pues para el juzgamiento de los delitos contra el régimen existió una jurisdicción especial, conocida como el Tribunal de Orden Público (TOP). De tal modo, todos los cuerpos de policía que existieron durante la dictadura estuvieron fuertemente dedicados a perseguir a los disidentes políticos y la tortura constituyó una característica constante de sus actuaciones. Mientras, todas las instituciones penitenciarias también estuvieron prioritariamente dedicadas al alojamiento de los presos del régimen. Como dato ilustrativo debe tenerse en cuenta que la Cárcel Modelo de Barcelona —entonces y hasta ahora emplazada en la actual capital de la Comunidad Autónoma Catalana (CAC), donde la resistencia contra el Régimen fue una de las más fuertes y persistentes (como que Barcelona fue el último reducto resistente en caer durante la Guerra Civil)—, construida en 1888 y con una capacidad para 750 hombres, durante el año inmediato al fin de la guerra (1939-1940) llegó a tener hasta 12.745 internos<sup>1</sup>.

### **1. LA TRANSICIÓN Y LA *CULTURA DE LA DEMOCRACIA***

El denominado proceso de la transición a la democracia distingue dos épocas bien diferenciadas. Una, que nace con la muerte de FRANCO y transcurre hasta las elecciones libres a las Cortes Constituyentes, en julio de 1977 y otra que, a partir de este hecho, generalmente se hace finalizar con la tentativa de golpe de Estado, en 23 de febrero de 1981. Esta última fecha puede quizá resultar caprichosa y aunque ella va a traducir posteriormente el punto de no retorno para el sistema democrático, pues significó la consolidación de la clase política española en torno a los valores del pluralismo, del sistema de partidos y del acuerdo parlamentario afirmados en la CE de 1978, la misma fecha podría desplazarse hasta no-

<sup>1</sup> Cf. La Vanguardia, 26 de enero 1947, cit. en José Francisco MARÍN RODRÍGUEZ. La Modelo: 1939-1947. Diseño para un estudio etnohistórico, Fac. Geografía e Historia, UB, 1986, p. 62.

viembre de 1982 en que se produce el trascendental cambio en la conducción política del gobierno, pues en ella irrumpe la opción que entonces representaba a los sectores medios y a una gran porción de las clases populares: el Partido Socialista Obrero Español (PSOE).

En la primera época señalada, deben asimismo distinguirse dos períodos: el primero, que transcurre con el gobierno encabezado por ARIAS NAVARRO, hasta julio de 1976, en el cual se manifiesta una gran actividad de los distintos grupos políticos opositores al franquismo y a su eventual sucesión, asumiendo un marcado protagonismo la clase trabajadora; en el segundo, que se inicia con la gestión de Adolfo SUÁREZ, se gesta una verdadera estrategia pactista mediante la cual se va preparando la gran política del consenso que desemboca en los conocidos pactos de la Moncloa (entre el gobierno, las distintas oposiciones, las centrales sindicales y las organizaciones empresariales), antesala de la CE de 1978.

Esta brevísima reseña histórico-política tiene por fin presentar los rasgos con los cuales nace una etapa cultural en España absolutamente nueva, la cual debe denominarse como cultura de la democracia. En consecuencia, es dentro de esta cultura de la democracia que debe analizarse el desarrollo del SPE y a ello se va a concretar el resto de este trabajo.

## **2. EL MARCO CONSTITUCIONAL Y JURÍDICO DEL SISTEMA PENAL DE LA DEMOCRACIA**

La CE establece una serie de principios dentro de los cuales debe y puede actuar el SPE. Esos principios son los que caracterizan el funcionamiento de todos los sistemas penales dentro del Estado de derecho, en el ámbito de la cultura jurídica continental. En este sentido, el funcionamiento del SPE está regido por los principios de legalidad, de proporcionalidad de los delitos con las penas que para ellos se establecen, de la eliminación de la pena de muerte y de la tortura, de resocialización a través de las penas privativas de libertad, etcétera.

Pero la existencia y el funcionamiento del SPE supone, además de que la CE haya establecido sus principios fundamentales, también la existencia de un marco jurídico que regule las oportunidades y las situaciones respecto de las cuales el Estado está legitimado para intervenir punitivamente. A este respecto hay que señalar la exis-

tencia de un Código Penal y de una Ley de Enjuiciamiento Criminal que rigen en todo el Estado español. El primero tiene por objeto establecer cuáles son los comportamientos que pueden ser definidos como delitos y/o faltas, estableciendo en sus casos las consecuencias jurídicas que pueden ellos acarrear. Mientras, la segunda fija los modos y los tiempos mediante los cuales deben celebrarse los procesos penales (tanto en su fase instructoria, como durante el juicio, en ambos casos con la intervención del Ministerio Público).

El Código Penal está pendiente de una profunda transformación desde que se inició el período democrático. Esta tentativa comenzó con el proyecto de Código Penal, presentado en 1980, que no llegó a tener sanción parlamentaria. Se continuó con la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983, la cual tampoco prosperó legislativamente, aunque ésta en parte se hizo eficaz con la llamada Reforma urgente y parcial del Código Penal, en 1983. Y todavía se encuentra pendiente, no obstante que el Gobierno presentó en 1992 un Proyecto —completamente nuevo— de Código Penal, que fue denominado como “Código Penal de la Democracia”, pero que tampoco, por el momento, parece que tendrá mejor suerte pues, a raíz de distintos acontecimientos políticos que se vienen sucediendo en la escena española durante 1993 y 1994, no se sabe si finalmente podrá ser estudiado por las Cortes (Parlamento) antes de que finalice el actual período legislativo. Recientemente, sin embargo, el Ministro de Interior y Justicia ha prometido que el Proyecto será discutido muy pronto en el Parlamento.

En lo que respecta a la Ley de Enjuiciamiento Criminal hay que decir que, no obstante haber entrado en vigor en 1870, la misma responde a un talante liberal y contiene los principios básicos que permiten la celebración de los procesos penales según las reglas de oralidad, publicidad y contradicción.

### **3. CÓMO SON Y CÓMO FUNCIONAN LAS INSTANCIAS DEL SPE**

El funcionamiento de las instancias de aplicación del SPE también se encuentra determinado por un ordenamiento jurídico.

#### **3.1. Policía**

En el caso de la policía hay que destacar que, según la división territorial y administrativa que la CE fijó en el Estado español, existen en

la actualidad tres niveles de intervención: el estatal, el autonómico (o de las diecisiete comunidades Autónomas que configuran el Estado español) y el municipal. Por lo tanto, a cada uno de dichos niveles se le ha adjudicado una distinta actividad policial.

### **3.1.1. Policía estatal**

En el nivel estatal actúan tanto la Guardia Civil, dependiente de los Ministerios de Interior y Defensa (por tanto, de características militares), como la Policía Nacional, que depende únicamente del Ministerio de Interior (por tanto, de características no militares). Ambas instituciones componen lo que se denominan Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, y aun cuando las dos están reguladas por la respectiva Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad (LOFCS), es la Guardia Civil la que posee históricamente una mayor y fuerte estructura que proviene del siglo XIX, no obstante que fuera durante el franquismo cuando adquirió los rasgos de una “superpolicía” que le ha permitido dedicarse especialmente al control de la criminalidad internacional y del terrorismo, en particular al de matriz vasco-nacionalista.

### **3.1.2. Policía autonómica**

En el nivel autonómico, como lo establece el artículo 148, 22 de la CE, es posible que las respectivas Comunidades organicen las denominadas “policías locales”. De aquí que, en la medida de los respectivos Estatutos de Autonomía lo hayan fijado, algunas Comunidades han ido asumiendo atribuciones y competencias en materia de policía local. Hasta el momento, las Comunidades del País Vasco y Catalunya han desarrollado plenamente sus propios cuerpos policiales siguiendo, incluso, una tradición histórica propia (en el caso de la última, reorganizando las antiguas Esquadras de Catalunya, originadas en 1721), mientras las Comunidades de Galicia y Andalucía se encuentran todavía en una fase de estructuración y organización.

### **3.1.3. Policía municipal**

Por último, en el nivel municipal ha habido un creciente desarrollo de cuerpos policiales, pues todo municipio que cuente con más de 5.000 habitantes puede crear su propia policía; ella dependerá del Alcalde, aun cuando su ámbito de actuación será el del término municipal correspondiente y su coordinación con las policías

local y estatal estará determinada por lo que se fije en el respectivo Estatuto de la Comunidad Autónoma en la que integre el municipio. Sus funciones son las de auxiliares de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, pero cuentan con competencias que les permiten ejercer poderes de control efectivo en ciertos terrenos (como, por ej., en delitos de tráfico automotor).

Mas, el verdadero dilema de la actividad policial en España —desde una perspectiva estructural y funcional— que todavía persiste en el ámbito de relaciones entre la instancia policial y las restantes instancias que componen el SPE, se encuentra en la intersección entre la Policía y la jurisdicción. En efecto, en el ordenamiento jurídico español no existe una policía judicial determinada, pues algunas disposiciones de la CE y de la Ley de Enjuiciamiento han generado una ambigüedad que hasta ahora ha impedido la existencia de un cuerpo único que dependiera estrictamente del Poder Judicial<sup>2</sup>. Esta situación supone una gran dificultad en el control sobre la investigación de los delitos, la búsqueda de las pruebas y la identificación de los delincuentes puesto que en todas estas actividades pueden producirse momentos de “separación” policial.

### **3.2. La jurisdicción penal**

En lo que respecta a la estructura y funcionamiento de la jurisdicción penal, debe decirse que ella existe como una verdadera especialización dentro de la administración de justicia del Estado español. Por los rasgos generales con que la CE caracteriza a esta administración de justicia como un verdadero Poder Judicial (título VI, CE), la jurisdicción penal se ejerce según determinadas competencias. Mas, el perfil neto de esta jurisdicción penal se dibuja mejor si se tienen en cuenta la prohibición de los tribunales de honor (art. 26, CE); la limitación de las consecuencias de las comisiones parlamentarias de investigación (art. 76 CE), cuando se afirma que sus conclusiones no serán vinculantes para los tribunales de excepción (art. 117.6 CE); la limitación de la actividad sancionadora de la Administración, la cual nunca podrá acarrerar privaciones de la libertad (art. 25.3 CE); la exaltación de las garantías procesales

<sup>2</sup> Cfr. A. RECASENS I BRUNET 1985, cit: R. BERGALLI, Transición política y justicia penal en España, Sistema, revista de Ciencias Sociales, nº 67, p. 72.



del juez natural, de la defensa y la asistencia letrada, del debido proceso, de la presunción de inocencia (art. 24.2 CE); y, fundamentalmente, el principio de legalidad (art. 25.1 CE), como base fundamental para toda intervención punitivo-estatal y como aceptación de la máxima iluminista-garantista *nullum crimen nulla poena sine praevia lege penale*, la cual ha orientado todos los modernos sistemas penales continentales. Todas esas afirmaciones de principio hechas por la CE dejan en claro que la actividad de la jurisdicción penal en España se realiza dentro del marco de un Estado de derecho.

De tal modo, puede decirse que existe una jurisdicción ordinaria que conoce de la criminalidad común y que consta de juzgados de primera instancia —a cargo de jueces individuales— y de Audiencias provinciales, las cuales actúan como tribunales colegiados de apelación de los primeros aunque también intervienen —según la cantidad de pena que acarrea el delito imputado— como jurisdicción ordinaria.

También existe una jurisdicción extraordinaria —la Audiencia Nacional— que tiene competencia en la instrucción de los sumarios (a cargo de cinco Juzgados Centrales) y el juzgamiento de los delitos de terrorismo como en los que se consideran propios de una criminalidad organizada. Hay que decir que, por ser esta Audiencia Nacional una suerte de tribunal único, emplazado en Madrid (capital del Reino de España), que atrae a su conocimiento hechos que han ocurrido en otras partes del Estado, generalmente ha provocado su cuestionamiento.

Los argumentos que se han esgrimido para atacar su legitimidad han sido de dos clases: a) que esta Audiencia Nacional es la heredera directa y continuadora del TOP del franquismo (por lo que entonces constituiría una instancia todavía orientada al control de la disidencia política), y b) que su carácter de tribunal “central” atacaría el conocido principio del juez natural, mediante el cual un acusado, su comportamiento y las consecuencias deben ser juzgados por el juez o tribunal con competencia en el lugar donde los hechos han tenido realización<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Cf. por todos, GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid, Civitas 1981, p. 103.

Existe, asimismo, una jurisdicción especializada dedicada al control judicial de la ejecución de las penas privativas de libertad. La introducción de esta novedad en el ordenamiento jurídico español fue obra de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP) la cual, como tal, fue la primera ley orgánica sancionada después de que entrara en vigor la CE. Por lo tanto, esta ley penitenciaria trató de desarrollar todos aquellos principios constitucionales desde los que se ha concebido la privación de libertad y las instituciones penitenciarias con la idea de prevención especial resocializadora, tal como lo afirma el Art. 25.2 (Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados). En consecuencia, como ha ocurrido en otros ordenamientos jurídicos europeos, los jueces de vigilancia penitenciaria (ésta es la denominación que han recibido los jueces a cargo de esta jurisdicción especializada) someten a control la ejecución de penas y otras medidas restrictivas de la libertad individual en distintos ámbitos:

a) en el ámbito sancionatorio, las sanciones de aislamiento aplicadas a los internos por la administración penitenciaria (la Dirección de la cárcel) superiores a 14 días, resolviendo las reclamaciones sobre estas medidas disciplinarias;

b) en el ámbito del sistema progresivo y de los beneficios penitenciarios, decidiendo propuestas de libertad condicional, aprobando reducciones de condenas y resolviendo los recursos sobre clasificación penitenciaria de los internos; y,

c) en el ámbito del régimen de vida en el interior y en el exterior de las prisiones, acordando lo procedente sobre las peticiones y quejas por el régimen y el tratamiento penitenciario formuladas por los internos y aprobando los permisos de salida cuya duración sea superior a 2 días (con excepción de los permisos concedidos a internos clasificados en tercer grado).

### **3.3. Las instituciones penitenciarias**

Con respecto a las instituciones penitenciarias —o sea, a todos aquellos establecimientos en cuyo interior tienen ejecución las penas y otras medidas privativas o restrictivas de la libertad individual—, a las cuales se aludirá genéricamente con el término de cárcel, debe decirse antes de nada que para su atención y gestión

existen en España dos grandes administraciones. Una de éstas es de carácter estatal y en su cúspide se encuentra, en el ámbito del Ministerio de Justicia e Interior (Secretaría de Estado de Justicia), lo que se conoce como Secretaría General de Estado de Asuntos Penitenciarios (SGAP), la cual tiene a su cargo la gestión política de todo lo relativo a las cárceles españolas. De esa Secretaría General a su vez depende la Dirección General de Asuntos Penitenciarios (DGAP) —antes Dirección General de Instituciones Penitenciarias (DGIP)— que es el órgano que lleva a cabo la gestión administrativa y técnica de las instituciones penitenciarias. Estas últimas, en todo el territorio del Estado español, alcanzan en la actualidad el número de 76.

El otro ámbito administrativo que puede ocuparse de los asuntos penitenciarios en España es de carácter autonómico y, para el caso, en el progresivo desarrollo histórico de las competencias autonómicas desde la sanción de la CE en 1978, hasta el momento, sólo una Comunidad Autónoma —Catalunya— ha asumido la competencia en materia penitenciaria. En efecto, en virtud de lo dispuesto por el art. 11.1 del Estatut d'Autonomia de Catalunya (aprobado por Ley Orgánica 4/1979) se otorgó la potestad a la Generalitat de Catalunya para la ejecución de la legislación del Estado español en materia penitenciaria. De este modo, tales competencias fueron transferidas a esta Comunidad Autónoma por Real Decreto 3462/1983, de 28 de diciembre, habiéndose transferido todos los medios materiales y personales radicados en el territorio de la Comunidad a partir del 1º de enero de 1984. Es la llamada Direcció General de Serveis Penitenciaris i de Rehabilitació (DGSPR), dependiente del Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya la que tiene la dirección, la organización y la inspección de las instituciones y servicios penitenciarios en todo el territorio de Catalunya.

#### **4. LA SITUACIÓN PENITENCIARIA ESPAÑOLA: SUS ASPECTOS MÁS IMPORTANTES**

La cárcel es, efectivamente, la última instancia de desarrollo y aplicación del SPE, considerado éste desde un punto de vista institucional y en atención a las escasas posibilidades que existen en el ordenamiento español para buscar sustitutivos o alternativas a la

pena privativa de la libertad o medidas de seguridad de carácter custodial.

En consecuencia, la cárcel sigue siendo en el SPE la agencia del mismo que recibe a aquellos individuos quienes, por la gravedad del delito que han cometido o porque no han podido beneficiarse de aquellos mecanismos procesales que permiten evitar la custodia preventiva durante el proceso y la privación de libertad una vez dictada la condena, terminan pasando un período de tiempo en ella.

Esta afirmación determina —como en cualquier otro sistema penitenciario— que la institución carcelaria recoja y concentre todos los problemas que supone mantener reclusos a un número de personas, sometido a una disciplina específica y a un conjunto de tensiones y presiones propias a un grupo humano en tales condiciones, pero también a las particulares que cada uno de esos individuos arrastra consigo.

En ese sentido, cuando se analizan los rasgos que caracterizan a un sistema penitenciario no pueden dejarse de considerar las especiales circunstancias sociales en que se desenvuelve la vida en libertad de la sociedad en la cual funciona ese sistema penitenciario. De tal manera, las relaciones entre ejecución de las penas privativas de libertad y mercado del trabajo, entre sistema educativo y composición de la población detenida, entre sistema sanitario y aspectos de la salud en las cárceles, entre políticas migratorias y presencia de extranjeros en ellas, etc., son todas cuestiones que repercuten sobre el funcionamiento del sistema penitenciario.

En esta contribución no se van a hacer especiales referencias a semejantes cuestiones. Sin embargo, vale la pena destacar que en el breve período de tiempo en el que se está analizando el SPE —que se ha denominado como el de la cultura de la democracia—, en el cual no sólo se produjo la incorporación española a un sistema de valores políticos e ideológicos que se han construido en el marco de las conocidas como las demás democracias sociales, sino que también se gestó el cambio de la estructura socio-económica de España. Esto último ha supuesto la tentativa de transformar las fuentes de producción de la riqueza española, de los mecanismos de regulación de su sistema laboral, de los principios y estructura en todos sus niveles del sistema educativo, de los beneficios y expansión de sus sistema sanitario, etc., y, en general, de todos aquellos

momentos de la vida económica y social que han permitido la incorporación de España a la actual Unión Europea y la consideración de su sociedad a la altura de las demás democracias sociales. No obstante, como se ha señalado, la brevedad del período en que todo lo último se ha producido; los viejos y profundos desajustes de su aparato productivo; la incorporación tardía de España al proceso de la consolidación de Europa, como uno de los ejes de la economía mundial; la globalización o mundialización del sistema económico internacional; las antiguas diferencias —todavía no superadas— entre el Sur y el Norte de Europa; las relaciones históricas con el Norte de África, Filipinas y América latina que han obligado a España a soportar los fracasos de aquellas economías o las aberraciones de sus regímenes políticos, recibiendo a grandes masas de población migrante; y, por tanto, la configuración de España como frontera Sur de Europa, lo que la ha constituido como instancia férrea de aplicación del Tratado de Trevi y de los Acuerdos de Schengen; todo ello, ha determinado que el SPE y, en particular, su sistema penitenciario, hayan terminado por recibir las consecuencias negativas que semejante cuadro ha producido.

#### **4.1. Tendencias de la población penitenciaria adulta**

No obstante la incorporación de España a Europa, los rasgos que han caracterizado esa incorporación como consecuencias negativas para el sistema penitenciario han determinado unas precisas tendencias de la población en las cárceles españolas. Esas tendencias pueden ser observadas a lo largo de los siete años de publicaciones de un Informe General, primero por la DGIP y luego por la SGAP, ambas del Ministerio de Justicia, entre 1985 y 1991. Este período coincide en el tiempo con el fin del proceso de gran expansión de la estructura económica española y de su posterior inmediata crisis, la cual ha tenido como rasgos predominantes el elevado aumento de la desocupación laboral y el creciente flujo de inmigrantes provenientes del Norte de África y América latina. A esos dos rasgos deben unirse otros que son consecuentes y que a la vez se manifiestan en otros contextos culturales: uno es el del aumento de la criminalidad común y otro, el del creciente consumo de sustancias estupefacientes ilegales, al que se agregan todos aquellos comportamientos vinculados al cultivo, comercio y tráfico de tales sustancias con los cuales el crimen organizado ha llevado a la bancarrota a ca-

si todos los sistemas penales contemporáneos.

De este modo, es posible extraer algunos datos que, a partir de 1985, permitirán indicar las tendencias seguidas por la población penitenciaria en las cárceles que dependen del Estado español.

#### **4.1.1. La situación en 1985**

Durante 1985 ingresaron en establecimientos penitenciarios, procedentes de libertad 73.058 personas (67.013 hombres y 6.045 mujeres), lo que supone un incremento relativo respecto a 1984 del 13,7 %.

El 31 de diciembre de 1985 la población reclusa era de 22.396 personas: 21.392 hombres y 1.004 mujeres. El incremento porcentual respecto al año anterior ha sido del 26,4 % (25,8 y 40,4 % entre hombres y mujeres, respectivamente).

La tasa de reclusión por 100.000 habitantes correspondiente a este año es la más alta alcanzada en los últimos veinte años, elevándose a 57,77, teniendo en cuenta que la población española era de 38.891.313, según el Censo de 1987.

Entre la población reclusa por comisión o presunta comisión de delitos —que representa el 99,7 % del total— el peso relativo de los condenados es del 53,2 %, siendo el de los procesados y el de los detenidos del 46,54 y el 0,3 %, respectivamente. Esta distribución porcentual, según situación procesal, es idéntica a la correspondiente al año 1984. Pero, la población penal (o sea, la que realmente cumple una condena a pena privativa de libertad) al 31 de diciembre de 1985, ascendía a 11.916 personas, representando los hombres el 97,1 % del total. El incremento porcentual respecto a 1984 ha sido del 27,2 % (26,7 para los hombres y 44,0 % en el caso de las mujeres).

Los datos correspondientes a 1985 confirmaban la clara tendencia a un rejuvenecimiento de la población penal: 47 de cada 100 penados tenían edades inferiores a los 26 años, siendo el peso relativo del grupo de edades 21 a 25 años del 36,6 % (35,1 % en 1984).

Con respecto a la distribución del total de penados, según tipo de delito cometido, destacaban claramente los delincuentes contra la propiedad (66,3 % del total); seguidos de los delincuentes contra las personas (12,0 %); contra la salud pública, que mayoritariamente son delitos vinculados a las drogas (7,2 %); y, contra la honesti-

dad —así se denominaban hasta entonces los delitos contra la libertad sexual— (5,0 %). El resto de los delitos no superaban cuotas porcentuales del 5,0 %.

La consideración de la variable del género introduce algunas modificaciones en esa distribución, tal y como puede observarse a continuación:

| Porcentaje de penados por distintos delitos según género |         |         |
|--|---------|---------|
| Delitos contra   | Hombres | Mujeres |
| Propiedad  | 66,9 %  | 48,0 %  |
| Personas   | 11,7 %  | 21,1 %  |
| Salud pública (drogas)                                   | 7,0 %   | 13,7 %  |
| Seguridad del Estado                                     | 5,2 %   | 10,6 %  |
| Honestidad (libertad sexual)                             | 5,1 %   | 1,7 %   |
| Otros  | 3,9 %   | 4,6 %   |
| Bases  | 11.566  | 350     |

La pena impuesta más frecuente fue la de prisión menor (52,4 % del total), elevándose al 70,0 % todas las de prisión (menor y mayor) frente al resto de los demás tipos de penas previstos en el Código Penal. El peso de los reincidentes sobre el total de penados aumentó ligeramente (un punto porcentual) respecto al año anterior, cifrándose en el 57,87 %. Entre las penadas (mujeres) es notablemente menos frecuente la reincidencia (15,7 %, frente al 59,2 % en el caso de los hombres)<sup>1</sup>.

Un aspecto de la población penitenciaria española que comienza a preocupar en 1985 es la evolución que revela la presencia de extranjeros en las cárceles españolas, respecto al total de la población reclusa. En efecto, en 1966 (que es el año que las estadísticas de la DGIP toman como base = 100) el total de la población reclusa era de 10.765 mientras el total de extranjeros era únicamente de

<sup>1</sup> Ver Informe DGIP 1985, p. 145.

365 (354 hombres y 11 mujeres), lo que traduce un porcentaje del 3,39 % sobre el resto. Pero, durante 1985, año en que la población reclusa fue de 22.396, los extranjeros constituyeron 2.590 (2.390 hombres y 200 mujeres), lo que refleja un porcentaje del 11,56 %. Los delitos por los cuales estos extranjeros estaban reclusos en cárceles españolas fueron: contra la seguridad del Estado 46 (hombres); restantes delitos 2.344 (hombres) y 200 (mujeres)<sup>5</sup>.

#### **4.1.2. La situación en 1991**

Siete años después —en 1991— la población penitenciaria en España había evolucionado hasta alcanzar un máximo total, en el mes de noviembre, de 33.174 internos (30.270 hombres y 2.904 mujeres, lo que significó un 91,34 % y un 8,66 % respectivamente del total), con una relación porcentual de penados/penadas de 93,50 % hombres y 6,50 % mujeres = 19.316 y 1.424, respectivamente. Mientras, la relación porcentual de internos-preventivos (o sea, quienes se encuentran en prisión preventiva, bajo proceso) fue del 87,83 % hombres = 10.719 y del 12,17 % mujeres = 1.471. Un dato importante a consignar aquí es el relativo al de la clasificación penitenciaria de los internos en las cárceles españolas. La importancia proviene de que, si bien la LOGP había introducido desde 1979 lo que se conoce como la progresividad del régimen penitenciario, lo que supone la aplicación del llamado tratamiento por niveles o grados a los penados(as) durante el tiempo de cumplimiento de su condena, sólo al promediar los años de la década de 1980 se comenzó a tener en cuenta estas referencias a la hora de confeccionar las estadísticas penitenciarias. En diciembre de 1991 la evolución por grados de los hombres penados fue:

- 1º Grado: 3,74 % = 721;
- 2º Grado: 59,61 % = 11.494;
- 3º Grado: 17,54 % = 3.383;
- sin clasificar: 19,11 % = 3.749

Mientras, la de las mujeres penadas fue:

- 1º Grado: 3,65 % = 51;
- 2º Grado: 53,61 % = 750;
- 3º Grado: 23,87 % = 334;
- sin clasificar: 18,87 % = 264.

<sup>5</sup> Ver Informe DGIP, cit., pp. 162-3.



La edad de los hombres penados en las cárceles españolas había evolucionado de la siguiente manera, en el mes de diciembre de 1991:

- 16-20 años: 939, lo que supone un 4,87 % del total;
- 21-25 años: 4.720, lo que supone un 24,48 % del total;
- 26-60 años: 13.244, lo que supone un 69,87 % del total; y,
- más de 60 años: 146, lo que supone un 0,76 % del total.

Mientras tanto, la edad de las mujeres penadas fue:

- 16-20 años: 71, lo que supone un 5,08 % del total;
- 21-25 años: 403, lo que supone un 28,81 % del total;
- 26-60 años: 905, lo que supone un 64,69 % del total; y,
- más de 60 años: 20, lo que supone un 1,43 % del total.

| Porcentaje de penados por delitos según género |                 |               |
|--|-----------------|---------------|
| Delitos  | Hombres         | Mujeres       |
| Terrorismo                                     | 2 % = 34        | 3 % = 42      |
| Salud pública (drogas)                         | 22,39 % = 4.317 | 51,54 % = 751 |
| Homicidio                                      | 6,60 % = 1.273  | 3,43 % = 48   |
| Robos  | 50,16 % = 9.673 | 34,52 % = 483 |
| Bases  | 30.270          | 2.904         |

Las condenas a penas privativas de libertad más frecuentes, aplicadas en 1991, fueron las de prisión (mayor y menor) con un 72,80 % del total de tipos de condena, mientras las de reclusión (mayor y menor), como pena más grave tuvieron una incidencia del 11,40 %. En cuanto a la evolución de la reincidencia de los penados(as) debe anotarse que, la registrada por los hombres en el mes de diciembre, fue: 55,81 % y por las mujeres: 29,59 %.

El porcentaje de internos(as) extranjeros(as) en las cárceles españolas, en que se registró el máximo total de 33.174 presencias en noviembre de 1991, fue de: 15,38 % hombres = 4.667 y 24,76 % mujeres = 719.

El número de reclusos en las cárceles del Estado español se distribuía en un total de 73 establecimientos para hombres, de los cuales 41 tenían departamentos para mujeres y 32 carecían de ellos. Mientras, el total de establecimientos específicos para mujeres

eran 3, de los cuales 1 tenía departamento para hombres y 2 carecían de ellos. Por tanto, el conjunto de establecimientos penitenciarios en diciembre de 1991 era de 76.

## 4.2. La situación penitenciaria en Catalunya

En el mismo lapso de tiempo, o sea desde 1985 a 1991, es también posible analizar ciertos aspectos de la situación penitenciaria en Catalunya, tomando como base la Estadística básica de la Justicia a Catalunya en lo relativo a la Evolución de la población penitenciaria que se difunde mediante el boletín Justidata que publica el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (Generalitat de Catalunya) desde julio de 1992. Los datos que provienen de esta información no difieren mucho de los que se han proporcionado respecto a las cárceles del Estado español.

### 4.2.1. La situación entre 1985-1991

Con ese sentido puede constatarse que, en octubre de 1991, estaban alojados en las cárceles catalanas: 5.473 personas lo que, en relación a octubre de 1985 (fecha a partir de la cual se estableció la base 100) en que había 3.435, supone un porcentaje total relativo: 159,33 %.

Esa cifra se descompone en: 5.023 hombres = 156,24 % y en 450 mujeres = 204,55 %, respecto a 1985. De todos ellos, 5.139 eran adultos = 172,16 % en relación a 1985 y 334 eran jóvenes = 74,22 % en comparación con 1985.

En octubre de 1991 los penados eran: 3.444, lo que representaba un porcentaje de: 229,14 % relativo a octubre de 1985, y que se distribuían de la siguiente manera: 3.229 hombres = 224,86 % y 215 mujeres = 320,90. Mientras tanto, los preventivos eran: 2.029 = 105,02 % en relación a octubre de 1985.

| Porcentaje de penados por delitos según género<br>(en relación a octubre de 1985) |                  |                |
|---|------------------|----------------|
| Delitos contra  | Hombres          | Mujeres        |
| la propiedad  | 125,61 % = 2.938 | 205,49 % = 187 |
| la salud pública  | 683,21 % = 936   | 555,17 % = 161 |
| las personas  | 240,00 % = 396   | 125,00 % = 35  |
| la libertad sexual  | 158,87 % = 224   | 75,00 % = 3    |
| Bases   | 3.229            | 215            |

El número de los extranjeros alojados en las cárceles de Catalunya hasta octubre de 1991, era: 956, lo que representaba un 17,47 % respecto a la población total, descompuesto entre: 908 hombres = 190,74 % respecto a octubre de 1985 y 48 mujeres = 123,08. Esta diferencia proporcional, respecto a la presencia de extranjeros en el resto de las cárceles de España, podría explicarse en Catalunya por varios motivos, entre los cuales pueden citarse: el mayor desarrollo industrial y comercial de la Comunidad Autónoma en relación al de las otras Comunidades, lo que tradicionalmente ha provocado mayor atención para residir en ella; su ocupación de una extensa franja del Mediterráneo, lo cual la hace accesible desde el exterior, y a la vez la coloca frente a las costas del Norte de África; su dilatada frontera con Francia; etcétera.

El examen del factor reincidencia en las cárceles de Catalunya ha sido sometido a un tipo de estudio más analítico que el suministrado por la Administración central para las demás cárceles del Estado español. Ese estudio, que tiene en cuenta el período entre 1987 y el 31 de diciembre de 1990, considera por ejemplo los reingresos a la prisión de individuos que ya han estado en ella por causas nuevas o por causas antiguas. Los primeros son los verdaderos reincidentes y éstos suponen el 37,94 % de la muestra utilizada; mientras, los segundos son el 7,1 %. Estos datos afirman que, en su conjunto, los individuos que vuelven a la cárcel durante los tres años del seguimiento efectuado, representan un 44,95 % del total de la población penitenciaria. Asimismo, es en aquella franja de edad entre los 18-19 años de individuos que salieron de la cárcel en cumplimiento de la condena base en la que se da un más elevado índice de reincidencia; en efecto, entre los 475 que compusieron la muestra, fueron 15 los que regresaron a la cárcel en el período posterior de tres años, con un porcentaje sobre el total de personas de este intervalo de edad del 75 %<sup>6</sup>, lo que también viene a indicar un cierto rejuvenecimiento de la población penitenciaria adulta en Catalunya.

El panorama que se puede extraer de la síntesis estadística de ciertas tendencias seguidas en el período 1985-1991 por el sistema pe-

<sup>6</sup> Cfr. REDONDO, S., FUNES, J., LUQUE E., Justicia penal i Reicidència, Generalitat de Catalunya, Barcelona.

nitenciaro español, incluido el de Catalunya, es el siguiente: aumento vegetativo de su población, aumento de los presos preventivos en relación a los penados, crecimiento de la presencia de mujeres, rejuvenecimiento parcial en la edad de los internos, elevación de la presencia carcelaria de personas —en particular mujeres— acusadas o condenadas por delitos contra la salud pública (drogas).

##### **5. CRÍTICAS Y PROBLEMAS GRAVES QUE PLANTEA LA SITUACIÓN PENITENCIARIA**

Sin embargo, de este cuadro de la situación en las cárceles de todo el Estado español, suministrado por la Administración penitenciaria central y la de Catalunya, no surgen elementos que permiten analizarlo críticamente. En cambio, con motivo de la aprobación por el Consejo de Ministros en junio de 1991 del denominado Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, propuesto por la SGAP del Ministerio de Justicia, es entonces posible contar con otros elementos que permiten analizar con más perspectiva el sistema penitenciario español.

En este Proyecto se hacen algunas valoraciones sobre tendencias de la población reclusa para los años 90 en España que justifican las propuestas de construcción de nuevos Centros. Dichas valoraciones se basan en el incremento de la población media reclusa registrado en los últimos tiempos que se sitúa en torno a los 1.777 internos anuales, con una tendencia constante pero con menor afluencia de jóvenes, los cuales han dejado de ser el colectivo de mayor peso —como en 1985— por número de ingresos. Este dato se corresponde con la situación similar que está sucediendo en la estructura por edades de los españoles, ya que si en 1977 el promedio de hijos por mujer era de 2,66, en 1988 este promedio descendió a 1,44 y, en la actualidad, se redujo a ser el más bajo de Europa, lo que marca el proceso de envejecimiento de la población española. La presencia de las mujeres en las cárceles españolas, por el contrario, sigue experimentando un incremento significativo, manteniéndose esta tendencia para el futuro.

Sobre la base de tales valoraciones, el Proyecto de la SGAP define a la situación de los establecimientos penitenciarios dependientes de ella como “deficitaria”. En efecto, en ese proyecto se afirma

que: "Nuestros Centros Penitenciarios presentan el mayor déficit de plazas de los últimos cinco años, habiendo llegado ya a las 6.000 a principios de año (1991). Mientras que la media de construcción es de 830, el incremento anual de las personas encomendadas a las Instituciones Penitenciarias, en los últimos cinco años, es de 1.777. Esto se traduce en un aumento del déficit medio de 947 plazas por año"<sup>7</sup>.

Así las cosas, aun cuando se siguiera con el ritmo de construcción de 830 plazas anuales, que en 1991 la Administración penitenciaria central declaraba mantener, para el año 1997 se prevé un déficit de 11.000, con el consiguiente costo social y económico que ello puede generar.

El Proyecto en cuestión se proponía la edificación, en los siguientes cuatro años, de 18 nuevas cárceles en España para un total de 20.500 plazas. El presupuesto total para este plan era de 160.000 millones de pesetas, lo que indica que cada cárcel costaría unos 9.000 millones de pesetas. Pero, las nuevas cárceles se presentan como macro-cárceles, de 100 mil metros cuadrados de superficie cada una y una capacidad por término medio de 1.000 internos.

Por lo tanto, este Proyecto levantó la protesta de algunos movimientos sociales que se plantean en defensa de los derechos de los presos, los cuales han denunciado la "apuesta por un modelo de modernización anticuado que consiste en reproducir las estructuras carcelarias edificando nuevas prisiones cerradas, incrementando el número de personas recluidas y el tiempo de su estancia en prisión, con el resultado de convertir la respuesta segregativa y custodial, es decir, la penalización, en la única forma de hacer frente a la realidad social del delito"<sup>8</sup>.

Al reconocimiento de la situación deficitaria de los establecimientos, por la Administración penitenciaria central, deben agregarse los diferentes informes elaborados por distintos organismos oficiales y asociaciones, tanto españolas como internacionales. Estos informes han contenido referencias constantes al permanente incre-

<sup>7</sup> Cf. Proyecto, cit., p. 1.

<sup>8</sup> Cf. Plataforma por las Alternativas a la Construcción de Macro-cárceles, Vitoria-Gasteiz, 1992.

mento de la población reclusa en edificios antiguos y con limitada capacidad y han expuesto la situación de un modo muy negativo. La sobrepoblación y el hacinamiento de la población penitenciaria española ha sido denunciada por el Defensor del Pueblo (Ombudsman) reiteradamente en diferentes Informes, el primero en 1987 que provocó una gran polémica pública y fue motivo de la dimisión del entonces Defensor; el último de 1990 con referencias específicas a las cárceles de Catalunya en aspectos de higiene y salubridad. Pero, también la Asociación Pro-Derechos Humanos de España, la Asociación Jueces para la Democracia, la Comisión Episcopal de Pastoral Social, la Unión de Funcionarios de Instituciones Penitenciarias, la Asociación contra la Tortura, Salhaket, etc., en el orden estatal, han formulado reiteradas denuncias acerca de diversas situaciones negativas derivadas del hacinamiento carcelario. En el ámbito de Catalunya, también el Sindic de Greuges (Ombudsman de la Comunidad Autónoma) ha expuesto muy críticamente la situación de las cárceles catalanas. Mas, también así lo han formulado la Comisió de Drets Humans del Parlament de Catalunya, la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, el Grupo de Trabajo sobre la Administración de Justicia del Ayuntamiento de Barcelona, el Colegio de Abogados de Barcelona y la Associació Catalana de Juristes Demòcrates. De ámbito internacional han sido los informes de Amnesty International, en 1986 y de Helsinki Watch, en 1990, los que provocaron una gran repercusión y una polémica sobre todo en lo que atañe a la situación carcelaria de los afectados por el síndrome del HIV/AIDS.

El tema del hacinamiento carcelario, como en todo sistema penitenciario contemporáneo, más allá de los problemas propios que genera cualquier concentración humana en un ámbito cerrado, propone el análisis de dos cuestiones que hoy son materia de debate permanente en España, que son: las alternativas a la pena privativa de libertad y el tratamiento de los reclusos afectados por el HIV/AIDS, como también de los tóxico-dependientes.

### **5.1. Alternativas a la pena privativa de libertad**

Restringir el área de aplicación del secuestro institucional ha sido un lema y una constante de todos aquellos movimientos gestados en el interior de las disciplinas que tienen relación con el trata-

miento del comportamiento humano, desde la segunda posguerra mundial. En el campo del Derecho Penitenciario y de los estudios que se ocupan de la cárcel esa búsqueda se conoce como alternativas a la prisión, alternativas (o sustitución) a la pena privativa de libertad, etcétera.

En las diferentes legislaciones penales y penitenciarias europeas, aunque con gran lentitud, se han introducido variadas posibilidades que han permitido un proceso de desinstitucionalización del control carcelario-custodial, en la tentativa de que la respuesta institucional segregadora reduzca progresivamente su preponderante papel. De todas ellas, la más conocida es la probation, institución que en España ha dado nombre emblemático al debate por las alternativas, lo que muchas veces ha confundido a la opinión pública, que ha llegado a creer que todas aquellas medidas denominadas alternativas conllevan tan sólo un “aplazamiento” en la aplicación de la pena de prisión, abriendo un “período de prueba” durante el cual el sujeto ha de cumplir ciertas “condiciones”. Por el contrario, como se sabe, las medidas alternativas constituyen verdaderas sustituciones de la pena privativa de libertad, adquiriendo por consiguiente la naturaleza de “penas alternativas”.

Pues bien, la situación de la legislación penal española vigente, en lo que respecta a las “medidas alternativas a la prisión”, es la de su carencia absoluta. En efecto, el actual Código Penal (CP) —que como se ha dicho, pronto será sometido a una reforma y cuyo Proyecto, aunque aporta algunas posibilidades alternativas a la pena de prisión, todavía puede ser alterado— sólo prevé los recursos más tradicionales tendientes a disminuir en ciertos supuestos los efectos de una condena a pena privativa de libertad. Estos recursos son: la suspensión condicional de la pena (conocida también como condena condicional o como remisión condicional de la pena) y prevista en el art. 92 y ss. (CP) y la libertad condicional establecida en el art. 98 (CP).

### **5.1.1. Suspensión condicional de la pena**

Con la primera de las dos medidas posibles, el cumplimiento de la condena puede suspenderse por el mismo Tribunal que la aplica, por un plazo de dos a cinco años, determinándose el tiempo “atendidas las circunstancias del hecho y la duración de la pena impuesta”. Por lo tanto, la suspensión es discrecional, siempre que el reo

haya delinquir por primera vez o, en caso contrario, que haya sido rehabilitado (cancelados sus antecedentes) dentro de ciertos plazos (art. 118 CP) y que la pena consista en privación de libertad cuya duración no exceda de un año (en casos excepcionales dos años).

Transcurrido el período de suspensión sin que el reo vuelva a delinquir, se extingue el cumplimiento de la pena; es decir, ésta se considera totalmente cumplida.

En ocasiones se ha querido establecer una similitud entre la suspensión condicional española y a los sistemas de probation de tipo anglo-sajón. Sin embargo, las diferencias son notables: además de lo ya mencionado acerca de que en la llamada condena condicional se pronuncia la sentencia y se condena, durante el plazo de suspensión no se le imponen al condenado cargas ni obligaciones, siendo la única condición de no delinquir. Por otra parte, no están previstos mecanismos ni instituciones de vigilancia o control durante el período en que se suspende la pena, ni tampoco recibe el condenado ningún tipo de asistencia.

### **5.1.2. La libertad condicional**

Esta posibilidad posee dos características comunes con la anterior: mitiga o evita la privación de libertad y supone el establecimiento de una condición para el que se beneficia de ella. Sin embargo, también son evidentes las diferencias con la suspensión condicional de la pena: en la primera, el reo ya ha cumplido una parte considerable de la pena, permitiéndosele cumplir el último período en libertad con la única condición de que no vuelva a delinquir ni observe mala conducta. La libertad condicional se inscribe, entonces, en el sistema progresivo de ejecución de la pena privativa de libertad, previsto por la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP), correspondiéndose con el cuarto grado de la misma.

Son requisitos para conceder la libertad condicional: que el recluso esté condenado a más de un año de privación de libertad, que se encuentre en el último período de la condena, que haya extinguido tres cuartas partes de ésta, que merezca el beneficio por su intachable conducta y que ofrezca garantías de vida honrada en libertad (art. 98 CP). El período de libertad condicional dura todo el tiempo que reste el cumplimiento de condena. Si durante el mismo el reo vuelve a delinquir u observa mala conducta, se revoca el



beneficio. También el sistema penitenciario español prevé un sometimiento a control durante el período de libertad condicional, pero no sólo es imperfecto sino también muy confuso.

### **5.1.3. Algunos beneficios penitenciarios**

Completando las medidas que tienden a mitigar la privación de libertad, pueden mencionarse algunos beneficios que prevé la legislación penitenciaria española (LOGP), distintos a la libertad condicional y conceptualmente muy alejadas de lo que se entiende como probation, precisamente porque ellas se deciden y aplican en el ámbito penitenciario, lo cual indica que el reo ya ha padecido la privación de libertad.

La redención de penas por el trabajo (en el interior de la cárcel): afecta a los reclusos condenados por sentencia firme a penas privativas de libertad; al recluso-trabajador se le abona para el cumplimiento de la pena impuesta y previa aprobación del Juez de Vigilancia Penitenciaria un día por cada dos de trabajo; no pueden redimir pena por el trabajo quienes quebranten la condena o lo intentaren y los que reiteradamente observen mala conducta. Pese a los antecedentes históricos que rodean la existencia de esta posibilidad, vinculados a la época del franquismo, y a la falta de claridad legislativa con la que está establecida, lo cierto es que constituye uno de los pocos mecanismos vigentes que permiten el acortamiento del secuestro institucional.

Los permisos de salida: los grados de tratamiento penitenciario en los que se clasifica al interno —como sistema de individualización científica—, le permiten a éste gozar de una serie de beneficios progresivos durante la privación de libertad. El Primer grado o régimen cerrado que se aplica a quienes son considerados peligrosos o inadaptados al régimen penitenciario, es de cumplimiento muy riguroso y no admite salidas de la cárcel. El Segundo grado o régimen ordinario de aplicación a la mayor parte de reclusos, permite obtener permisos de salida de hasta 36 días por año, a partir de tener extinguida una cuarta parte de la condena. El Tercer grado posee dos modalidades: una de las actividades mucho más distendidas en el interior de la prisión y el régimen abierto o de semi-libertad; el interno puede obtener permisos de salida de hasta 48 días anuales a partir de tener extinguida una cuarta parte de la

condena, además de poder gozar de los permisos de fines de semana propios del régimen abierto.

Todos estos permisos de salida son concedidos por la Dirección de la cárcel, a propuesta del Equipo de Observación y Tratamiento, y autorizados por el Juez de Vigilancia Penitenciaria cuando su duración sea mayor a dos días en los casos de internos clasificados en Segundo grado. Pues bien, el procedimiento previsto para conceder estos permisos ha generado un elevado número de conflictos entre la Administración penitenciaria —tanto central como la de Catalunya— con la jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria. Tales conflictos se han producido habitualmente en los últimos tiempos, sobre todo en aquellos casos de condenados por delitos sexuales o por delitos de terrorismo, en que existiendo discrepancias de criterios con los técnicos sobre la concesión del permiso, éste fue concedido por algunos jueces y desafortunadamente los condenados volvieron a cometer delitos semejantes. La situación, en algunas ocasiones, ha sido de gran tensión y han llegado a provocar propuestas de reformas legislativas para endurecer la situación penitenciaria de delincuentes terroristas o sexuales. Pero, hasta el momento esas reformas no se han producido, aunque es posible que se produzcan si existiera un cambio en el sistema político español.

## **5.2. Situación de presos tóxico-dependientes**

El creciente problema de las tóxico-dependencias en la cárcel ha afectado seriamente a todo el sistema penitenciario español. Innumerables estudios efectuados por las propias administraciones penitenciarias y otros llevados a cabo por investigadores particulares han demostrado que la incidencia de las toxicomanías en la población penitenciaria española es, en general, muy elevada. En algunos casos se afirma que el 47 % de dicha población mantiene una tóxico-dependencia o ingiere sustancias estupefacientes.

Frente a este cuadro, las administraciones penitenciarias han ensayado diversos programas de tratamiento cuya exposición no es posible hacer aquí en detalle. Pero, aparte de procurar hacer un relevamiento estadístico de la situación cárcel por cárcel y en su conjunto, la contribución de tales estudios ha sido más de carácter preventivo y de tratamiento.

Sin embargo, para aquellas situaciones individuales en que el estado de los tóxico-dependientes requiere tratamiento de deshabitación urgente, no existen de verdad medidas que tiendan a paliar el problema. La única posibilidad jurídico-penal de lograr el egreso de la prisión, para así facilitar el tratamiento o impedir que en el medio carcelario el dependiente se sienta más vinculado a la droga, es la aplicación de la condena condicional de la cual ya antes se ha hablado. Sin embargo, los requisitos para la aplicación de esa posibilidad siempre fueron muy exigentes. Ésto motivó una constante discusión en los tribunales, promovida a favor de lograr un más rápido tratamiento de quienes, como tóxico-dependientes, habían cometido un delito que les obligaba a permanecer en prisión. Por este motivo fue que mediante una reforma del año 1983 se pretendió introducir una posibilidad particular de egreso anticipado de la prisión para quienes eran considerados tóxico-dependientes. El art. 93 bis del CP admite aplicar la remisión condicional de la pena pero impone tal tipo de condiciones que tornan francamente ilusorio el empleo de esa posibilidad, sobre todo porque se da por supuesto que el incumplimiento de alguna de esas condiciones está amenazado con un regreso a la cárcel.

El empleo discrecional por los jueces de esa posibilidad, también ha significado una polémica muy fuerte. Mientras tanto, esa pequeña válvula de escape no es ni remotamente útil para encarar el arduo problema de los tóxico-dependientes en la cárcel.

### **5.3. Situación en la cárcel de los afectados por el HIV/AIDS**

Las condiciones de sobrepoblación y hacinamiento que caracterizan a la mayoría de las cárceles españolas, junto al dilatado problema de las tóxico-dependencias, han comportado una rápida difusión de la seropositividad y el síndrome del AIDS.

Mientras en los primeros tiempos, al comienzo de los '80, este problema se conocía de una manera limitada y sólo constituía un tema vinculado a la Administración penitenciaria, a los reclusos y a sus familias o abogados, en la actualidad ha pasado a ser de dominio público. El periodismo y las campañas llevadas a cabo por algunos movimientos sociales, junto a asociaciones particularmente dedicadas al problema, han puesto asimismo en evidencia la desatención en que se han encontrado en muchas cárceles los afectados por HIV/AIDS.

Ya en 1989, un estudio de la Administración<sup>9</sup> revelaba que, en una muestra de 19.946 reclusos que habían aceptado someterse a la extracción, se había comprobado un 30 % de sujetos seropositivos. En Catalunya, la propia Administración también admitía en mayo de 1994 que el número de afectados por AIDS se situaba entre 160 y 170 a finales de 1993.

Todo esto ha provocado, asimismo, una discusión jurídico-penal acerca de las responsabilidades del Estado y/o de la Administración penitenciaria por contagio producido en la cárcel. Una opinión que está predominando es la de que, tanto por responsabilidad civil subsidiaria, como por responsabilidad penal —ya por comisión cuando se favorece imprudentemente, como por omisión cuando se asumen los deberes para evitar el riesgo del contagio— el Estado tendrá que hacer frente a las demandas o denuncias que se planteen<sup>10</sup>.

Sin embargo, ese reclamo que se provoca en la doctrina todavía no ha tenido acogida por la jurisdicción, aunque ya están llegando a los tribunales algunas denuncias.

Si el problema es entonces incontenible, se torna dramático con los denominados “terminales”, quienes se ven sometidos a interminables sufrimientos para que la jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria les conceda la posibilidad de un egreso de la cárcel, en aplicación de la remisión condicional de la pena del art. 93 bis (CP) o de una disposición del Reglamento Penitenciario (art. 60) que permite a enfermos de extrema gravedad ser internados en hospitales ordinarios.

## CONCLUSIÓN

La panorámica presentación que se ha hecho del SPE, ha tenido dos objetivos. Uno ha sido el de exponer las realizaciones practicadas en el Estado español con el fin de llevar el proceso de democratización a unos ámbitos que tradicionalmente se han mostrado

<sup>9</sup> Cf. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M., Programa de prevención y control de enfermedades transmisibles en instituciones penitenciarias, en: “Revista de Estudios Penitenciarios”, Extra 1/1990, Monográfico de Sanidad Penitenciaria, Madrid, pp. 51-67. p. 59, tabla 2.

<sup>10</sup> Cf. SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 22.

—antes en España, pero en general también en Estados democráticos— como “separados” de los demás aparatos burocráticos-administrativos. Tratándose de aparatos que tienen efectos inmediatos sobre las libertades de los ciudadanos, no era posible mantenerlos alejados de la cultura de la democracia que supuso el período de la transición política. El otro objetivo ha consistido en suministrar algunos datos que permitan valorar tanto algunas tendencias que, en particular, ha seguido uno de los principales aparatos del SPE —el sistema penitenciario— como, asimismo, extraer conclusiones acerca del posible cumplimiento de los principios constitucionales sobre los cuales ha sido construido.

Pues bien, en un trabajo anterior<sup>11</sup> se ha dicho, más o menos, que el atraso en el conocimiento de la realidad del sistema penal en España se debe a la primacía que ha tenido tradicionalmente la cultura jurídica sobre otras formas culturales de acercamiento a los problemas que plantea el control social. La centralidad que el Estado ha tenido siempre como lugar de producción del orden ha provocado que el análisis del SPE no haya excedido casi nunca el marco que determina su comprensión desde las normas que lo limitan. Esta situación no difiere mucho de la misma que imperó en otros países europeos después de la Segunda Guerra Mundial. Hasta que no se desbloqueó el atraso de las disciplinas sociológicas y antropológicas, no fue posible abordar el conocimiento de las realidades sociales e institucionales de aquellos ámbitos que sólo eran conocidos por su definición jurídico-normativa.

De esta manera, el conocimiento de la actividad policial o de la forma que los jueces aprecian las situaciones que llegan a su conocimiento desde su propia perspectiva o de la cárcel real, siempre se ha elaborado en España desde un prisma jurídico-penal. En consecuencia, el SPE se encuentra, por ahora, en la articulación de los mecanismos que permiten conocer la realidad de lo que acontece en el interior de la vida de los diferentes aparatos que lo componen. Es decir, el SPE está frente a un problema fisiológico y no anatómico.

<sup>11</sup> Cf. BERGALLI, R., El sistema penal español como el ámbito menos conocido del control social, en: “Doctrina Penal”, año 14, N° 55-56, julio-diciembre 1991, Buenos Aires; en italiano en: “Dei delitti e delle pene”, anno II, N° 2 (seconda serie), settembre, Torino, 7-23.

Pero semejante desarrollo está plagado de contradicciones, frenos y demoras, características propias de cualquier proceso de democratización. Mientras tanto, también en España se están ampliando los márgenes de otras formas de percibir la realidad. Los estudios sociológicos, psicosociales, antropológicos y todas las demás áreas disciplinarias que permiten penetrar en las distintas realidades sociales, se encuentran en una fase de aceptación por las demás ciencias humanas y de institucionalización académica. Es evidente que, una vez que se produzcan sus asentamientos, también se producirán sus acercamientos con las disciplinas jurídicas. Cuando esto ocurra, entonces, también aquellos ámbitos que siempre han estado reservados a la cultura jurídica, serán campos abiertos al conocimiento de sus propias realidades. En consecuencia, por el momento, deben reconocerse los esfuerzos hechos en España para democratizar su sistema penal y adecuarlo a los principios de la CE. Sin embargo, dentro de él todavía existen situaciones y lugares de escaso desarrollo.

Por lo demás, la manifiesta tendencia que existe en las sociedades democráticas de hacer uso excesivo del sistema penal como medio de resolución de muchos conflictos que no obtienen arreglo en otras instancias, ha generado una inflación punitiva de la vida social. El constante envío a la vía penal de situaciones que no han tenido solución en otros ámbitos de la legislación civil o administrativa, ha creado una situación de bloqueo de los sistemas penales, abrumados por el constante flujo de problemas sociales que carecen de sustancia punible. La ineficacia policial, la lentitud de la jurisdicción o el hacinamiento de las cárceles son las muestras más evidentes de ese cuadro. En este sentido, el SPE constituye una manifiesta demostración de este estado de cosas.

# Enjuiciamiento penal y conflictividad social

*Edmundo S. Hendler\**

## I. ENJUICIAMIENTO E INTEGRACIÓN SOCIAL

Un código penal es un programa de resolución de conflictos, según nos dice ZAFFARONI<sup>1</sup>, aunque también nos aclara que esos conflictos son de siete distintas clases y sólo una de ellas es la que hace movilizar con cierta frecuencia al sistema<sup>2</sup>. La observación conduce al siguiente planteo: cuantos más conflictos una sociedad deriva al sistema penal, mayor grado de desintegración comunitaria. Es decir, la remisión al sistema es indicio de incapacidad para resolver los conflictos.

Se trata de un punto de vista que expresa, con cierta generalidad, lo que sostienen las corrientes de pensamiento progresista —aunque pesimista— contemporáneas. Los enfoques abolicionistas o los de la llamada criminología crítica bien podrían coincidir en la reflexión. En sustancia, las críticas que expresan esas corrientes hallan inspiración en la ya clásica obra de Michel FOUCAULT *Vigilar y castiga*<sup>3</sup> que es la que, de manera más demoledora, ha venido a poner en crisis todo el sustento teórico de las instituciones penales. Según el pensador francés, los castigos criminales no están destinados a suprimir las transgresiones sino a utilizarlas, a organi-

\* Profesor de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>1</sup> Cf. Prólogo al Informe del Comité Europeo sobre problemas de la criminalidad, tr. de Mariano A. Ciafardini y Mirta A. Bondanza, Ediar, Buenos Aires, 1987.

<sup>2</sup> Las seis clases restantes son las que tienen que ver con conflictos pasados de moda o nunca planteados o no operativos o no movilizantes, o utilizados para alguna manipulación, o que se resuelven por vías informales.

<sup>3</sup> Tr. de A. Garzón del Camino, Siglo XXI, México, 1976.

zar con ellas una táctica general de sometimientos<sup>4</sup>.

Pero la visión pesimista tiene rasgos todavía más generales que los que están sugeridos en el pensamiento crítico de penalistas y criminólogos o aun los que propone el mismo FOUCAULT. No es sólo la civilización occidental, como se deduce de la obra de este último, lo que está en juego. Con la privilegiada perspectiva que proporciona la investigación etnológica y como resultado de una serie de trabajos de campo en los que fueron puestas en comparación las instituciones de sociedades muy diversas, Laura NADER y Harry E. TODD<sup>5</sup> señalan que el Derecho puede asumir funciones notablemente diferentes y contrastantes: educar, castigar, mortificar, proteger intereses públicos o privados, proporcionar distracción, conseguir recursos, distribuir recursos escasos, mantener el statu quo, mantener sistemas de clases y dividir sistemas de clases, integrar sociedades y desintegrarlas... La ley, concluyen estos investigadores, puede ser, también, una causa del delito<sup>6</sup>.

Todo el sistema de la justicia penal, en definitiva, está cuestionado y visto como mecanismo de rasgos más bien perversos. Y el discurso contemporáneo que lo pone de manifiesto es de una coherencia lógica que no creo que se pueda rebatir. Lo que resulta oportuno, sin embargo, es deslindar, si es que las hay, las perspectivas rescatables de un modelo cuya perduración y cuya utilización en ámbitos culturales bastante dispares, sugiere una universalidad que no parece compatible con una funcionalidad exclusivamente negativa.

La alternativa que se me ocurre proponer en ese sentido es la siguiente: si es cierto que la remisión al sistema penal de los conflictos que afectan a una sociedad resulta indicativa de la incapacidad

<sup>4</sup> Sobre la obra de FOUCAULT remito a mi comentario bibliográfico aparecido en "Doctrina Penal", Depalma, Buenos Aires, año I, 1978, pp. 811 y siguientes.

<sup>5</sup> The disputing process-Law in ten societies, Nueva York, Columbia University Press, 1978.

<sup>6</sup> Lo expresan así en la introducción de la obra, que es un compendio de trabajos de distintos autores efectuados entre 1965 y 1976 encaminados a constatar la utilización de procedimientos de resolución de conflictos en pequeñas aldeas de: 1) Nueva Guinea (Indonesia); 2) Escandinavia; 3) Bavaria; 4) Turquía; 5) Líbano (musulmán sunnita); 6) Ghana; 7) Cerdeña; 8) Zambia; 9) Líbano (multireligioso); 10) México.



para resolver esos conflictos, también es cierto que el hecho de su enjuiciamiento público resulta indicativo del grado de integración comunitaria. Es cierto que la primera proposición alude al sistema en tanto integrado por la ley penal de fondo y su consecuencia: el castigo, mientras que la segunda se refiere al proceso por el cual se alcanza esa consecuencia. Con aquella perspectiva, el sistema penal es visto como un mecanismo para la imposición de ciertas sanciones a ciertos transgresores. Con esta última, en cambio, lo que interesa es la actitud que la sociedad adopta frente al conflicto, no sólo en cuanto al castigo que finalmente establece sino también respecto del modo de encarar, en sí mismo, el conflicto.

En la historia de la cultura occidental aparece también otro modelo distinto del de enjuiciamiento público: los sistemas de tipo inquisitivo en los que el conflicto no trasciende de la misma manera. Su resolución, en cuanto a contenido sustancial, sólo atañe al fuero íntimo del transgresor y a la autoridad, sea ésta religiosa o civil. En ese otro modelo, evidentemente, la cuestión adquiere contornos distintos que no son los que me interesan en este momento. No deja de ser significativo, sin embargo, un ingrediente notorio del marco histórico del modelo inquisitivo, puesto de manifiesto claramente por FOUCAULT, que bien podría sugerir alguna convergencia en el análisis. Me refiero a la espectacularidad en la imposición de los castigos, al carácter cuasi festivo de algunas ejecuciones en la plaza pública, que dan idea de una participación de la comunidad en esa fase del proceso.

En el modelo del enjuiciamiento público, la idea subyacente es ventilar el conflicto, hacerlo explícito y dar así lugar a la catarsis de su verbalización. La participación ciudadana en la resolución de la trama conflictiva tiene rasgos evidentes de teatralidad y el veredicto aparece como el *deus ex machina* de la clásica tragedia griega. Dos propuestas de reflexión convergen en la visualización del proceso bajo esa peculiar fisonomía. Por un lado, la de HASSEMER, al caracterizar al derecho como un fenómeno de comunicación<sup>7</sup>. Por el otro, la de Umberto Eco, al señalar que el teatro es una forma de comunicación y que sólo es ficción en tanto signo,

<sup>7</sup> HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 118.

añadiendo que no finge algo inexistente sino que sólo finge no ser signo, cosa que logra por tratarse, precisamente, de algo natural y no artificial<sup>8</sup>.

## II. SOLUCIÓN VS. PARTICIPACIÓN

La alternativa propuesta, en definitiva, no es otra que la sugerida por uno de los más lúcidos exponentes del criticismo penal, Nils Christie. La "justicia participativa" que aparece como la única prospectiva esperanzada con que concluye su exquisito ensayo sobre *Los límites del dolor*<sup>9</sup>, es el resultado de una conclusión aparentemente original: la participación en los conflictos es más importante que las soluciones que éstos tengan<sup>10</sup>. Dicho de una manera más contrastante todavía: de la trilogía que conforman delito, enjuiciamiento y castigo, no sólo lo segundo es lo más importante; bien podría pensarse que el castigo sea sólo el pretexto para dar lugar al enjuiciamiento.

Convergente con esta perspectiva, se sostiene actualmente la idea de una fundamentación de los castigos desde la variante de la prevención general positiva<sup>11</sup> que, aunque no modifica fundamentalmente las proposiciones de FEUERBACH o ROMAGNOSI, rescata el enfoque preventivista, sólo que no en tanto disuación, es decir, negación, sino más bien, como afirmación del derecho. Es el simbolismo positivo de la reacción penal como reafirmación de las reglas esenciales de convivencia de una sociedad. La pena sería, para este punto de vista, un hecho sobretodo simbólico, una manera de restablecer la confianza reparando el efecto pernicioso de la transgresión.

Lo mismo se nos sugiere desde la perspectiva sociológica. Thurman ARNOLD dice que la función del derecho no es tanto guiar a la sociedad cuanto reconfortarla, que el derecho es, fundamental-

<sup>8</sup> ECO, Umberto, *El signo teatral*, en "De los espejos y otros ensayos", Lumen, Barcelona, 1988, pp. 42-49.

<sup>9</sup> CHRISTIE, Nils, *Los límites del dolor*, tr. de Mariluz Caso, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

<sup>10</sup> CHRISTIE, Nils, *op. cit.*, p. 126.

<sup>11</sup> Cf. una exposición amplia de las distintas perspectivas de esta teoría en PÉREZ MANZANO, Mercedes, *Culpabilidad y Prevención*, Universidad Autónoma, Madrid, 1990.

mente, un gran reservorio de símbolos sociales emocionalmente importantes<sup>12</sup>. Un clásico de la sociología, Emile DURKHEIM, por su parte, sostenía que la ley penal, a diferencia de la civil, implica una especie de solidaridad social que deriva de la conciencia común de los miembros de la sociedad. El rol que ella desempeña en su integración, según el pensador francés, depende de la mayor o menor extensión de las relaciones sociales que esa común conciencia abarca y rige<sup>13</sup>.

Este último punto de vista, aparentemente, se contrapone al de CHRISTIE, que da mayor valor integrativo social al derecho civil que al penal. Además, los autores clásicos de etnología jurídica proponían una evolución del derecho penal al civil inversa a la que parece advertir el profesor noruego, quien cree hallar una prevalencia de instituciones civiles y no represivas en sociedades primitivas que luego, con la industrialización, se invierten y dan lugar al predominio de los castigos penales. Los etnólogos, en cambio, advierten una precedencia de las normas penales sobre las civiles<sup>14</sup>.

La utilización de mecanismos de restitución, sustitutivos del castigo, que se insinúan como tendencia del derecho penal contemporáneo, ha llevado a algún autor a avanzar la tesis de la funcionalidad ideológica, tanto del proceso de adjudicación de culpabilidad, como del de fijación de la pena. Es la que sostiene Richard BOLDT<sup>15</sup> quien afirma que el carácter individualista de la ideología subyacente al derecho penal, que "crea" los sujetos autónomos en su relación con la sociedad, se contrapone a la idea de responsabilidad colectiva y sirve a la delimitación del entorno comunitario.

BOLDT, precisamente, se hace cargo de la hipótesis según la cual las sociedades tribales no distinguían pena de restitución desmin-

<sup>12</sup> ARNOLD, Thurman W., Law as symbolism, extractado de The symbols of Government, en el volumen "Sociology of Law", ed. a cargo de Wilhelm Aubert, Penguin, Londres, 1977.

<sup>13</sup> DURKHEIM, Emile, The division of Labor in Society, versión en inglés en el volumen "Sociology of Law", citado.

<sup>14</sup> Es lo que sostiene, por ejemplo, LOWIE, Robert, La sociedad primitiva, Amorrortu, Buenos Aires, p. 276., con cita del clásico trabajo de Henry SUMNER MAINE.

<sup>15</sup> BOLDT, Richard C., Restitution, Criminal Law and the ideology of individuality, en "The Journal of Criminal Law and Criminology", Northwestern University School of Law, vol. 77, n° 4, Winter 1986, pp. 969-1022.

tiéndola y señalando numerosas fuentes que indican claramente la existencia de verdaderos delitos públicos, es decir, transgresiones perseguidas por la comunidad con prescindencia del interés individual en todas la épocas.

### III. ALGUNOS DATOS ETNOGRÁFICOS

Las investigaciones etnográficas pueden aportarnos otras sugerencias. Aprovechemos algunas de las incluidas en la obra de NADER y TODD anteriormente mencionada<sup>16</sup>.

Tenemos, por ejemplo, el caso de los "Jalé", habitantes de villorrios compactos a lo largo de los valles de la región de Jalémó en las montañas centrales del Oeste de Nueva Guinea, estudiados por Klaus Friedrich KOCH entre 1964 y 1966<sup>17</sup>.

Los Jalé no distinguen los daños causados por intención o por inadvertencia. La responsabilidad no supone ninguna cuestión de culpabilidad o inocencia. Las relaciones de parentesco y residencia determinan el deber de compensar los daños causados, pero la indemnización es la misma, dice KOCH, en el caso de quien invita a su vecino a un viaje de negocios donde este último cae a un precipicio, del marido cuya mujer muere en el parto de su hijo y del que mata a otro en una disputa. Los tres responden en igual medida.

La diferencia en los tres casos está, sin embargo, en el modo de hacer cumplir la sanción. Los parientes de la madre fallecida, interesados en mantener la ventajosa relación establecida con el matrimonio, serán más tolerantes con el marido cuyo pene causó el daño y le darán más tiempo para entregar los cerdos fijados como indemnización. En cambio requerirán una compensación inmediata del vecino con quien comparten intereses menos tangibles. Y no aceptarán nada del homicida contra quien procurarán venganza de sangre.

Está, por otro lado, el caso de una pequeña comunidad de pescadores, en la isla Rock Island, donde viven 314 personas, investigados por Bárbara B. YNGVESSON entre 1967 y 1968<sup>18</sup>. La isla está ubicada en la costa atlántica de una nación industrializada de Occi-

<sup>16</sup> Ver notas 5 y 6.

<sup>17</sup> Pids and Politics in the New Guinea Highlands: conflict escalation among the Jalé, en NADER y TODD, citado.

<sup>18</sup> The Atlantic Fisherman, en NADER y TODD, citado.

dente y no tiene gobierno formal, aunque en 1967 se formó un consejo a cargo de gestionar intereses comunes. Pertenece a un distrito municipal a cuya asamblea envía representantes, pero todo lo que sea gubernativo transcurre fuera de la isla.

Entre estos pescadores, un acto considerado normal cuando es llevado a cabo por un pariente o un miembro de la comunidad, genera una respuesta muy distinta si es realizado por un outsider. En concreto, la observación de casos indica que sólo los outsiders cometen robos o delitos contra la propiedad (theft). Los casos de apropiaciones por miembros de la comunidad son considerados "préstamos" o bien, descuidos en la distinción de lo propio y lo ajeno. Los comportamientos lesivos (grievances) desde el punto de vista de la comunidad, suscitan, según YNGVESSON, dos actitudes alternativas: 1) son hechos normales que alguien individualmente puede considerar lesivos; o bien 2) son transgresiones que conciernen a la comunidad. El criterio para catalogarlos en una u otra categoría depende de la naturaleza del acto, de la importancia, pero, sobretodo, de la relación entre las personas involucradas. Las perspectivas de duración y mantenimiento de esas relaciones determinan la actitud de respuesta frente a la transgresión: de ellas depende que se tienda a buscar soluciones informales, amistosas o transaccionales o, de lo contrario, que se desarrolle un proceso que YNGVESSON denomina triádico, concentrado en el acto y en procura de un vencedor.

Ambos ejemplos, el de los Jalé y el de los pescadores de Rock Island, y muchos otros incluidos en la obra de NADEL y TODD, sugieren una comprobación anticipada por los compiladores: el enfoque estructural-funcional permite distinguir modelos de procedimientos de resolución de conflictos según que esas vinculaciones sean complejas o simples. Es decir, según que se trate del conflicto, por ejemplo, entre vecinos que se encuentran relacionados por múltiples lazos políticos y familiares, o bien entre quienes sólo tienen una vinculación efímera o accidental como el empleador y el empleado o el conductor de ómnibus y el pasajero.

Bajo una perspectiva muy semejante, pero con la atención puesta en la caracterización universal del derecho penal, se pueden establecer, a mi criterio, tres distintas clases de actitudes del grupo frente al individuo. Es decir, podemos considerar tres distintas maneras de tratar al transgresor: 1) con total indiscriminación y, por

lo tanto, con una crueldad sin límite; 2) con una suerte de crueldad dosificada, es decir, con castigos pre-determinados; o, por último, 3) con relativa comprensión o tolerancia, lo que equivaldría a limitar la reacción grupal a la imposición de compensaciones equilibradas.

En la práctica, la primera clase de actitudes es característica de los pequeños grupos tribales frente a los agravios de extraños al grupo; es la conocida "venganza de sangre". Pero también es la guerra de represalia entendida por un estado de la civilización Occidental con el respaldo del Derecho Internacional. Y es, asimismo, la clase de actitudes a la que pertenece la imposición de castigos severos sobre la base de responsabilidades absolutas, estrictas u objetivas.

La segunda clase, la de las reacciones de crueldad dosificada, es la que mejor se identifica con lo que, hoy en día, conocemos como derecho penal. Y la tercera, de las actitudes comprensivas y en procura de compensación, sugiere, evidentemente, las reparaciones del derecho civil.

Pero lo que es absolutamente imprescindible dejar en claro es que esas tres clases de actitudes no se presentan en una secuencia histórica ni sobre una distribución geográfica, ni es posible identificarlas, por lo tanto, con determinadas culturas ni, mucho menos, con estadios de evolución de una misma cultura. Mi idea, al contrario, es que las tres se encuentran presentes siempre en un mismo entorno cultural. Claro que una tendencia muy comprensible, pero indudablemente etnocéntrica inclina a atribuir a la propia cultura un total repudio de la primera de esa clase de actitudes. Es una pretensión digna de aliento, pero como dato de la realidad, falso.

#### **IV. CIVILIZACIÓN Y ENJUICIAMIENTO PÚBLICO**

En rigor, la idea evolucionista se encuentra hoy claramente superada y la noción misma de sociedades primitivas y evolucionadas ha quedado desenmascarada como puro exponente de etnocentrismo. Pero, de todos modos, dejando a un lado la cuestión del orden de aparición en la historia o en la etnografía, la transformación que CHRISTIE apunta al inclinarse por las reacciones compensatorias y no represivas, no deja de ser coherente. El proceso propio de las cuestiones civiles es el más marcadamente acusatorio, es decir, no tiene rasgos inquisitivos. Con él, evidentemente, no se

produce la apropiación del conflicto por el Estado, ni la víctima queda despojada de su rol que era lo que, en definitiva, desde antes, venía señalando CHRISTIE<sup>19</sup>. Una interesante observación semántica viene además en apoyo de su punto de vista: la voz “civilizar” tuvo, hasta 1752, en que comenzó a adquirir por extensión metafórica su significado actual, el sentido exclusivo de denotar la conversión de un proceso penal en uno civil<sup>20</sup>.

Pero la investigación etnológica nos sugiere todavía otras dos observaciones que vienen al caso. Por un lado, la universalidad de la labor jurídica (The “Law Job”) como tarea que ninguna sociedad ha podido dejar de realizar, cualquiera fueran los contenidos de los discímiles sistemas jurídicos verificables en diferentes culturas<sup>21</sup>. Por el otro, la ingenuidad del optimismo del progreso supuestamente difundido por la cultura occidental así como lo infundado de la perspectiva un tanto bucólica con que suelen ser enfocadas las pequeñas aldeas no industrializadas en las que parecerían fincarse las expectativas sugeridas por CHRISTIE. NADER y TODD, después de concluir que la homogeneidad mediante la ley no conduce a la modernización, y que tampoco es cierto que las sociedades pequeñas tengan menos dificultades que otras en instrumentar soluciones pacíficas para los conflictos, sólo nos permiten un signo alentador para el futuro: el rol que los pueblos modernos han desempeñado en la implementación consciente de foros para la justicia<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Antes de Los límites del dolor, CHRISTIE publicó Los conflictos como pertenencia, en el “British Journal of Criminology”, en enero de 1977, reproduciendo una conferencia de 1976. Hay traducción castellana de Alberto Bovino y Fabricio Guariglia, en AAVV, “De los delitos y de las víctimas”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

<sup>20</sup> BRAUDEL, Fernand, Las civilizaciones actuales, Madrid, Tecnos, 1970, p. 13.

<sup>21</sup> Cf. HOEBEL, E. Adamson, The Law of primitive man, New York., 1976, p. 287.

<sup>22</sup> Cf. NADER y TODD, op. cit., p. 40.





# Una manera peculiar de inculpar: lo que quedó de los juicios a los militares\*

*Jaime Malamud Goti\*\**

## I. INTRODUCCIÓN

La tolerancia de la comunidad argentina a la violación de derechos individuales parece contradecir el masivo apoyo que tuvieron, en 1985, los juicios a los militares. Esta contradicción es, sin embargo, sólo aparente, como me propongo explicar en este trabajo, en el que me ocupo de examinar la manera en que ciertas formas de inculpación<sup>1</sup> resultan compatibles con la generalizada indiferencia con que la población observa la comisión de nuevos abusos a derechos fundamentales. La Argentina está todavía lejos de convertirse en una genuina democracia sustentada en el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos, tal como muchos la imaginaron al reinstaurarse la democracia en 1983. Los millones de personas que apoyaron los juicios a los militares generaron la apariencia de que los derechos individuales habían adquirido un papel central en la vida política Argentina. Acontecimientos recientes demuestran que tal respeto es inexistente. Esta aparente contradicción, sosten-

\* El tema de este artículo constituye una parte del libro *The Game Without End: State Terror and the Politics of Justice*, University of Oklahoma Press, 1996. La investigación fue financiada por la Harry-Frank Guggenheim Foundation de Nueva York.

Martín ABREGÚ tuvo una fuerte influencia sobre la tesis central de este artículo.

\*\* Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>1</sup> El término "inculpar" está traducido de la noción de "to blame", utilizada en el original de este trabajo.

dré aquí, es producto del significado que, para la sociedad, tiene la práctica de inculpar.

## II. DERECHOS HUMANOS: LA CONTRADICCIÓN APARENTE

Las repetidas movilizaciones contra la impunidad de los militares llevó a pensar que los argentinos se esforzarían activamente para fortalecer sus instituciones y así prevenir la repetición de la extrema violencia de los años setenta. Desde 1983, la sociedad demostró su desaprobación de las leyes y decretos que sancionaron la impunidad de los planificadores, asesinos, violadores y torturadores, que actuaron amparados por el estado entre 1976 y 1983. Esta desaprobación, sin embargo, constituye sólo una faceta de los sentimientos populares que propulsaron los enjuiciamientos en 1985. Existe otra faceta de estos sentimientos que constituye la tesis central de este artículo.

Para citar sólo algunos ejemplos recientes, las elecciones de 1995 demostraron el atractivo político con que cuentan personajes marcadamente violentos y autoritarios. En este año, un policía seriamente acusado de torturar detenidos, y un general que, según versiones coincidentes, ordenó la ejecución y tortura de prisioneros políticos, obtuvieron un rotundo éxito electoral. Otro ejemplo consiste en la pasividad general frente a la violencia desatada contra periodistas, en muchos casos con la tolerancia de la policía.

Lo que parece cierto hoy, después de las movilizaciones en favor del castigo a militares transgresores de libertades básicas, por un lado, y el resultado de las elecciones de 1995, por el otro, es que la "tranquilidad" y el "orden" son valores que la sociedad argentina está dispuesta a proteger aun al precio de apoyar actos de violencia extrema. Mi tesis es que el espíritu que imperó detrás del apoyo popular al castigo de los violadores de derechos humanos está íntimamente vinculado a las peculiaridades de la práctica social de inculpación<sup>2</sup>, como consecuencia de las modalidades que a esta práctica impuso el reinado del terror. Por terror entiendo, en

<sup>2</sup> Entiendo que, en el contexto de este trabajo, la voz "inculpación" es la más apropiada para reemplazar "to blame", que utilicé en el texto original. Otro sinónimo podría ser "inculpar", pero la falta de uso de este verbo podría ser percibida como un rebuscamiento literario que deseo evitar.

el contexto de este trabajo, a la angustia, la confusión y la incomunicación que engendra la violencia extrema cuando es practicada arbitraria e imprevisiblemente.

Hasta mediados de 1992, pocos argentinos cuestionaban que las violaciones a derechos fundamentales durante la dictadura de 1976-1983 merecían ser juzgadas. Dejando de lado la visión de civiles de ultraderecha y oficiales del ejército, así como también la de un sector relativamente pequeño de la población que sufrió pérdidas personales en manos del terrorismo de izquierda, una amplia mayoría estaba de acuerdo en que era apropiado juzgar a algunos violadores de derechos humanos. Sin embargo, no había consenso sobre por qué los juicios eran convenientes (o necesarios) y menos acuerdo aún acerca de qué tipo de violadores de derechos humanos merecían ser castigados.

Las numerosas entrevistas que mantuve en Buenos Aires con oficiales militares en la década del noventa indicaron claramente que muy pocos pensaban que juzgar las violaciones a los derechos humanos era en sí mismo una injusticia. En cambio, las opiniones acerca del por qué y a quién, varían considerablemente, a pesar de que todos los entrevistados coincidieron casi unánimemente en que la política de derechos humanos de la administración ALFONSÍN había sido desastrosa. No había, sin embargo, consenso sobre qué aspectos hicieron que esa política fuera calamitosa.

Para algunos oficiales militares, la rigidez de la disciplina militar obligaba a dejar de lado la persecución del personal jerárquicamente inferior. Ellos pensaban que los oficiales no debían ser inculcados por el cumplimiento de órdenes superiores, con prescindencia del contenido de estas órdenes. El hecho de que algunas de estas órdenes contravinieran nuestros sentimientos básicos de compasión y decencia no obstaría a que la obediencia constituya, para estos oficiales, una virtud militar y que, después de una exitosa campaña armada contra la "subversión", dicha obediencia debía ser aplaudida en lugar de condenada.

Para otros militares, la obediencia invocada por algunos oficiales acusados no debió haberlos eximido si estaban en condiciones de discernir entre el bien y el mal; quienes se ampararan en la obediencia deberían haber resistido las directivas inmorales emanadas de sus superiores. El elemento decisivo para la punibilidad debía radicar en los motivos que sustentaron la violencia. El castigo, exi-

gía este segundo grupo, debió haber sido impuesto a los camaradas que actuaron por propio interés. La defensa basada en la “obediencia debida” no debió disculpar a la oficialidad en general, porque los soldados honorables, según esta opinión, no deben seguir nunca órdenes que hieran su sensibilidad moral. Para ellos hay momentos en los que la necesidad militar requiere torturar e incluso matar prisioneros porque la guerra exige medidas indeseables como mal menor. Este tercer grupo de opinión conduce necesariamente a un dilema moral, que filósofos políticos y morales comparan con penalistas: la cuestión de si son verdaderamente “culpables” quienes violan la ley obedeciendo sinceros imperativos morales. Muchos estudiosos exigen que la pena criminal corresponda solamente a las transgresiones a la ley cuando el autor es moralmente reprochable. Si quienes transgreden la ley actúan en la creencia de que están haciendo algo moralmente correcto, la justificación de la sanción penal se vuelve dudosa en el mejor de los casos<sup>3</sup>. Esta cuestión tiene cierto carácter paradójico pues la experiencia indica que muchos de los más crueles violadores de derechos humanos actúan sobre la base de profundas convicciones morales. Para aquellos que consideran que estos autores deben quedar impunes, el argumento básico es que la falta de interés personal en perpetrar el abuso debería situar al autor más allá de la culpabilidad penal. Después de todo, el interés filosófico por el castigo penal ha volcado a la mayor parte de los escritores a requerir, entre otras cosas, que el hecho castigado sea moralmente reprochable. La justificación del castigo está forzosamente vinculada a la responsabilidad moral.

Para los defensores del “soldado moral y desinteresado” del militar que actúa en virtud de algún imperativo de conciencia, los militares subalternos no eran menos culpables porque seguían órdenes. La sumisión ciega no se ajusta al ideal del oficial moralmente sensible. Éste, para esta tesis, debe desobedecer a sus comandantes y a la ley misma cuando encuentra que el cumplimiento de ciertas órdenes es moralmente incorrecto. Es inconcebible que la moral se vea desplazada por la estructura jerárquica.

<sup>3</sup> He defendido una tesis quizá menos exigente en MALAMUD GOTI, Jaime, *Is there a Right to Disobey the Law on Moral Grounds?*, en “Rechtstheorie”, 17 Band, Heft 2, Duncker & Humblot, Berlin, 1986.

Sin embargo, para otros oficiales, incluyendo al Coronel SEINELDÍN, el mayor defecto del gobierno de ALFONSÍN consistió en ignorar a los grupos civiles y militares que deliberadamente se beneficiaron con la “guerra sucia”. Ése fue el caso de la mayoría del personal de inteligencia que cometió flagrantes abusos en beneficio propio. De acuerdo con esta corriente de opinión, dichos agentes, muchos de ellos civiles, cometieron los peores abusos, incluyendo violaciones y saqueos; fueron ellos los hombres de los ominosos “Ford Falcon verdes”<sup>4</sup>. Autorizado a matar y torturar por los mandos militares, personal de inteligencia cometió las peores transgresiones, incluyendo robos para su propio peculio, beneficiándose con la confidencialidad de sus actividades. Para SEINELDÍN y sus seguidores la lección es que, a diferencia de oficiales honestos que fueron abiertamente acusados, los criminales civiles nunca fueron perseguidos por sus actos debido a que el hecho de castigar civiles resultaba políticamente poco atractivo. Esta renuencia a perseguir civiles, de acuerdo con SEINELDÍN, demostró que, en lugar de impartir justicia, la verdadera finalidad de los juicios fue puramente partidaria.

Con la excepción de unos pocos oficiales decididamente democráticos que se opusieron abiertamente desde el principio a los métodos de sus camaradas durante la dictadura, el resto piensa aún hoy que los juicios fueron esencialmente “políticos”. “Juicios políticos”, para esta concepción, significa comprometer la imparcialidad de los tribunales para asegurar condenas por conveniencia política, partidaria o personal. Los juicios fueron, ya sea por odio personal o por simple demagogia, una máscara para disimular el objetivo final de dañar la reputación de las fuerzas armadas. Para el abogado Roberto DURRIEU, un alto funcionario del régimen militar, en lugar de fortalecer el prestigio del Poder Judicial, los juicios por violaciones a los derechos humanos erosionaron la autoridad misma de los jueces. Aunque por razones enteramente diferentes, creo que su conclusión es bastante realista.

De acuerdo con la opinión de la mayoría de los militares, la persecución penal de oficiales por su participación en la “guerra sucia” ha afectado la cohesión de las fuerzas armadas debilitando, en con-

<sup>4</sup> El folklore argentino pos-dictatorial representa a los automóviles de los secuestradores como los “Falcon verdes.”

secuencia, “las defensas del país”. La “persecución” a las fuerzas armadas por parte del gobierno civil fracturó la lealtad entre militares y la disciplina de las fuerzas armadas. Uno de los más notorios exponentes de esta opinión es el General Jorge ARGUINDEGUI, el primer Jefe del Estado Mayor del Ejército durante la administración ALFONSÍN. En 1991, en un programa televisivo, ARGUINDEGUI explicó que los juicios, y la política de derechos humanos propulsados desde la Presidencia, habían asestado un duro golpe a las instituciones castrenses debido a la perniciosa influencia de dos asesores: Carlos NINO y yo. Es cierto que los juicios erosionaron la ya débil cohesión entre oficiales de distinta jerarquía, pero por razones diferentes de las que supusimos originariamente. El conflicto entre los diferentes rangos fue, entre otras cosas, la consecuencia de las críticas que oficiales jóvenes dirigieron contra sus superiores a quienes acusaban de no enfrentar con lealtad su responsabilidad en los casos de tortura, asesinato y violación. Los generales no sólo omitieron ejercer su poder para detener los juicios sino que —habiendo estado de acuerdo con su substanciación— tampoco asumieron su responsabilidad por los actos que sus subordinados ejecutaron con su anuencia. De modo general, la política de derechos humanos trajo un intenso intercambio de acusaciones entre los rangos militares.

En abierto desacuerdo con los juicios, muchos oficiales de jerarquía media sostuvieron que la estrategia consistente en perseguir a los autores intelectuales y a los ejecutores directos era simplemente insostenible. Este esquema producía el absurdo resultado de que, mientras los jóvenes tenientes eran procesados por ensuciar sus manos con sangre, dejaba impune al grueso de los mayores y coroneles bajo cuyas órdenes habían actuado los oficiales jóvenes. En efecto, los oficiales de rango intermedio —mayores y coroneles— eran ascendidos porque no pesaba sobre ellos responsabilidad legal alguna. Ellos no habían diseñado la campaña represiva como los generales, ni tampoco ejecutado personalmente asesinatos, violaciones ni actos de tortura, como los más jóvenes.

A pesar de estos conflictos internos, la oficialidad de las fuerzas armadas prefirió estrechar filas para afirmar unánimemente que la política de derechos humanos del gobierno era la única causa de su desasosiego. Los juicios y una “implacable campaña” de prensa entonces dedicada a difundir información sobre cada descubri-

miento de tumbas secretas y centros clandestinos de detención erosionó el prestigio y la moral de las fuerzas armadas. Muchos oficiales se quejaron de tener que enfrentar la sospecha de sus propios hijos de que sus padres no habían combatido en una guerra sino perpetrado torturas y asesinatos.

No era sólo el grueso de los oficiales militares y sus simpatizantes quienes sostenían que los juicios por violaciones a los derechos humanos eran “políticos”. Cuando la Cámara Federal de Buenos Aires hizo público su veredicto condenando sólo a cinco de los nueve comandantes, la mayoría de los militantes de derechos humanos consideraron que ellos mismos eran víctimas de una maniobra política. En un extremo del espectro de las organizaciones de derechos humanos, las Madres de Plaza de Mayo afirmaron que el gobierno había hecho todo lo que pudo para limitar la persecución penal a un insignificante número de responsables. A diferencia de muchas personas y entidades interesadas sólo en las violaciones ejecutadas por militares y policías, las Madres sostienen aún hoy que un amplio sector de la ciudadanía, incluyendo sacerdotes, abogados y médicos, también deberían ser juzgados y condenados por su apoyo a la práctica de la tortura y el asesinato. La cruel represión ideológica, sostienen, no hubiera sido posible sin la complicidad de millones de civiles quienes también merecen castigo. Como lo señaló una de las líderes de las Madres: “Estamos hablando del crimen de genocidio. Este crimen fue organizado por las tres armas, acompañadas por miles de civiles. La Iglesia también fue cómplice. Los testimonios han probado el alcance de la complicidad de la Iglesia; a esos que se atreven a llamarse sacerdotes no se les puede dejar libres, sin culpa ni cargo”.

La mayor parte de las organizaciones de derechos humanos y sus seguidores coinciden así en sostener que los tribunales fueron manejados políticamente. Una prueba de la arbitrariedad de los tribunales, para ellos, fue la pena de sólo cuatro años de prisión impuesta al Brigadier Orlando AGOSTI por su responsabilidad como Jefe de la Fuerza Aérea de la Junta de 1976. ¿De qué otro modo podría explicarse que, condenado por tres hechos de robo y ocho de tortura, el brigadier hubiera recibido una pena tan leve? Era visible que el gobierno de ALFONSÍN había hecho lo posible para disminuir al máximo las condenas. Estas sospechas son coincidentes con otras circunstancias. Numerosas medidas gubernamentales pusieron al

descubierto la urgencia del gobierno de ALFONSÍN de negociar con los militares. Pasado algún tiempo, aun los más cautos militantes de derechos humanos se volvieron críticos frente a lo que consideraron una política injustificadamente indulgente.

### III. UNA COMUNIDAD FRAGMENTADA

El notorio desacuerdo sobre la reciente historia de la crueldad en la Argentina no es sólo consecuencia de las diferentes concepciones sobre la legitimidad y el papel de la justicia penal, sino que también refleja interpretaciones incompatibles de hechos fundamentales. El rasgo sobresaliente de la Argentina ha sido, y sigue siendo, el modo en que la falta de instituciones formales, dotadas de autoridad<sup>5</sup>, ha contribuido a la multiplicación de versiones divergentes sobre la historia reciente. Por esta razón las opiniones sobre la “guerra sucia” varían sustancialmente. Estas interpretaciones incompatibles incluyen cuestiones como, por ejemplo, el número de miembros de las organizaciones terroristas de izquierda y de derecha que operaban antes y después del golpe militar de 1976, el número de víctimas del terrorismo de estado, la independencia de los oficiales subalternos para tomar decisiones de torturar y asesinar y también sobre la existencia de grupos paramilitares que operaban con o sin el control directo del aparato militar. Entre este complejo espectro de opiniones llegaron a circular versiones infundadas según las cuales los tribunales militares hubieron de juzgar a autores de robos y otros “excesos” que incluían la tortura, la violación y el asesinato. Estos supuestos juicios fueron, según estas mismas versiones, substanciados en secreto.

Estos desacuerdos son el fiel reflejo del grado de fragmentación de la comunidad argentina. Los mismos altos funcionarios del gobierno de ALFONSÍN sostenían concepciones irreconciliables sobre temas esenciales como la verdadera naturaleza de la “guerra sucia” y el grado de autonomía de los oficiales inferiores para negarse a torturar y asesinar prisioneros. Por ejemplo, el Ministro de Educación de ALFONSÍN, Julio RAJNERI, señaló enfáticamente que la estrategia

<sup>5</sup> Por “autoridad” me refiero aquí a la obediencia de directivas o expresiones de voluntad basadas en el respeto, amor o admiración que tornan irrelevantes las amenazas y las promesas como razones para cumplir con esa decisión o voluntad.



oficial de juzgar a torturadores, violadores y homicidas estaba condenada al fracaso porque los oficiales inferiores habían actuado bajo constantes amenazas de sus camaradas y superiores. Invocando cierta información de primera fuente, RAJNERI me dijo en 1987 que los cuadros superiores de las fuerzas armadas no toleraban la resistencia y amenazaban con ejecutar a aquellos que los desobedecieran. Esta coacción, concluía RAJNERI, exculpaba a los oficiales inferiores por las atrocidades que cometieran. Este relato sugiere que la “guerra sucia” fue librada por oficiales de un ejército en el que la organización jerárquica operó con extrema rigidez. En contraste con el relato de RAJNERI, otros funcionarios, entre los que me incluyo, pensamos que los oficiales inferiores habían tenido suficiente libertad para negarse a participar en abusos contra sospechosos y prisioneros. El peor castigo que esos oficiales enfrentaban era, en el peor de los casos, el ostracismo de la comunidad militar. Esta versión se afilia a la idea de que la “guerra sucia” no fue enteramente planificada y conducida por los generales. La “guerra sucia” fue el resultado de la combinación entre la doctrina de la seguridad nacional adoptada por los generales, y la extensión de la campaña casi privada de oficiales subalternos contra la “subversión”. Como en muchas otras polémicas sobre el tema, la peculiaridad de esta discusión reside en que los funcionarios que impulsaron los juicios no lograban ponerse de acuerdo sobre cuáles hechos serían relevantes para establecer la responsabilidad de los cuadros militares subalternos. Las dudas y vacilaciones aún persisten.

La sociedad argentina está desarticulada aún hoy por las controvertidas versiones sobre el quién, el cómo y el porqué de la “guerra sucia”. La opinión pública está sumamente fragmentada y prácticamente nadie, ni siquiera los abogados, basa su posición en las decisiones de los tribunales. La condena a cinco de los nueve miembros de las juntas de comandantes<sup>6</sup> por la Cámara Federal de la Capital no tiene casi peso alguno en la interpretación de lo sucedido durante los años en los cuales el terrorismo de estado logró su máxima expresión. El fallo de la Corte Suprema de fines de 1986 confirmando las condenas tampoco fue relevante para la opinión pública. Esta indiferencia refleja el hecho de que en la Argentina las

<sup>6</sup> Me refiero a las tres primeras juntas que rigieron el país desde 1976 a 1983.

decisiones judiciales carecen de autoridad, tanto para determinar la existencia de los hechos llevados a juicio como para evaluar esos hechos. De ese modo, las controversias sobre qué debió hacerse respecto a las violaciones de derechos humanos siguen en pie sin la esperanza de que un árbitro con autoridad suficiente pueda ponerle fin.

La mayor parte de los altercados entre los colaboradores más cercanos del Presidente ALFONSÍN versaron sobre la conveniencia política de realizar los juicios y, eventualmente, sobre la amplitud del círculo de oficiales prima facie responsables. Las protagonistas de estas discusiones estaban divididos en dos grupos: los defensores de los juicios basados en principios y la facción contraria, apoyada mayormente sobre consideraciones circunstanciales. Estos últimos sustentaban su posición en el efecto negativo de los juicios sobre el ánimo de los cuadros militares, y el grado de propensión de éstos para generar un clima de terror y hasta realizar un nuevo golpe de estado. Quienes se oponían a la realización de los juicios lo hacían bajo la (quizá razonable) suposición de que esos juicios eran más arriesgados que las experiencias de Nuremberg y Atenas. Los genocidas y los criminales de guerra nazis habían sido condenados por un tribunal internacional establecido por los vencedores de la Segunda Guerra. En el caso griego, los coroneles fueron condenados por una corte militar.

En la Argentina, sin embargo, la ausencia de precedentes similares, la efervescencia popular y las amenazas provenientes del sector militar entorpecieron la percepción de las genuinas y sistemáticas razones que pesaban contra los juicios tal como fueron concebidos. En el caso argentino, los acusados eran los mismos oficiales que todavía se pavoneaban de haber ganado una lucha armada contra la “subversión”. Estos militares no sólo encontraron incomprensibles los cargos, sino que, además, la mayoría de ellos sintió que, en lugar de reconocerles la victoria armada, la ciudadanía les había vuelto la espalda. Emilio MASSERA, delegado de la marina en la primera junta de comandantes, tuvo algo de razón cuando, en su alegato final frente al tribunal que lo condenara, calificó al país como “esta patria veleidosa”. Obviamente, MASSERA hacía referencia a los aliados civiles que ahora eran sus acusadores.

Los juicios que muchos oficiales llamaron “la batalla legal”, constituyeron para estos militares la continuación misma de la “victorio-

sa batalla armada”. Para el gobierno de ALFONSÍN esta nueva batalla tuvo un alcance mayor que el enfrentamiento con un numeroso sector de las fuerzas armadas. En cierto modo, la iniciativa simbolizó la decisión de abordar la democratización del país de una manera particular. Los juicios, en efecto, significaron un modo particular de ajustar cuentas con el pasado, de promover la responsabilidad individual de violadores de libertades públicas, de establecer el alcance y la profundidad de la verdad y, especialmente, de escribir la historia reciente del país en el lenguaje de la responsabilidad penal.

Este lenguaje moral de la “culpabilidad” y la “inocencia” de ciertos individuos limita el foco de atención de los acontecimientos históricos a un ámbito muy reducido. El lenguaje de la responsabilidad penal acota los hechos relevantes a un tiempo y un espacio muy limitado. La “culpabilidad” y la “inocencia” de las personas están predicadas sobre la base de sus acciones individuales. En efecto, lo que imputamos criminalmente a las personas está reducido a procesos específicos para establecer si sus acciones encuadran en una definición legal que llamamos tipo penal. Desde una perspectiva práctica, los juicios fueron una permanente fuente de confrontación y presión entre todos los sectores sociales incluyendo, por supuesto, el militar. Los juicios demostraron ser extremadamente desgastantes para un considerable número de funcionarios, incluyendo al propio Presidente. En el juicio se debatió la naturaleza criminal de la “guerra sucia”, la extensión que la obediencia jugaba como justificación especial entre los militares, y las nociones de lealtad, defensa propia y estado de necesidad invocadas por los defensores en relación con la alegada defensa del país. Sin consideración de las dimensiones institucionales de la transición democrática, la población entera concentró su atención casi exclusivamente en la cuestión de la culpabilidad o la inocencia de los militares acusados.

#### **IV. EL PODER JUDICIAL COMO EJE DE LA TRANSICIÓN**

Colocar a los tribunales en el centro del proceso de la transición política significa circunscribir conflictos sociales muy comprensivos a las dimensiones comparativamente limitadas de los juicios penales. La tensión que los juicios generaron dio la pauta de que el proyecto de “judicializar” el debate sobre la historia del país podía poner de relieve hechos de manera menos controvertibles que

cualquier otra alternativa. La autoridad de los tribunales proporcionaría, en el mejor de los casos, la versión oficial, suscrita por una mayoría suficientemente amplia de la población, de los acontecimientos recientes. De ser éste el resultado, el margen para la especulación sobre lo que ocurrió en el país quedaría considerablemente restringido. Una decisión judicial suficientemente sustentada sobre los aspectos fundamentales de la guerra sucia era menos objetable que una investigación parlamentaria. El rigor del proceso penal y el principio de presunción de inocencia dejaría un campo considerablemente más pequeño para la oposición de los sectores de derecha que cualquier investigación extrajudicial. El problema con esta solución judicial era que los jueces contaban con escaso prestigio para la población. Los jueces eran considerados inexpertos, poco democráticos, o ambas cosas. Por un lado, los jueces recientemente designados por la administración ALFONSÍN eran jóvenes e inexpertos; por el otro, los jueces originariamente nombrados por el régimen militar y confirmados por el gobierno de 1983 estaban sujetos a la sospecha de no tener convicciones verdaderamente democráticas.

La ausencia generalizada de confianza condicionó el apoyo a las sentencias judiciales. Diferentes sectores sociales cuestionaron las decisiones judiciales en tanto éstas no se acomodaran a sus creencias. Las condenas no serían aceptadas por los militares y sus seguidores de la misma forma en que los grupos de defensores de derechos humanos jamás aceptarían absoluciones de militares *prima facie* involucrados en abusos. De esta manera, cualquiera fuese su resultado, los juicios amenazaron con erosionar la frágil autoridad de los tribunales. Estas limitaciones a la credibilidad de los tribunales conducirían a “politizar” a los jueces en lugar de “judicializar” la política.

Queda todavía más por decir sobre los juicios y su impacto sobre la construcción de una comunidad democrática. Queda aún por abordar el tema de la debilidad de los juicios con referencia a la situación política argentina de los ochenta. El punto central no reside simplemente en la tensión causada por un posible resurgimiento del poder militar ni en la amenaza cernida sobre la libertad de acción del gobierno. Antes bien, el problema principal es si —y con qué alcance— los juicios penales, dada su naturaleza, serían capaces de establecer una base política dentro de la cual los dere-

chos y la responsabilidad individuales sean centrales. Mi argumento es que hay elementos estructurales, sistémicos, que no fueron suficientemente sopesados antes de tomar la decisión que adoptara el Presidente ALFONSÍN de inculpar a los violadores de derechos humanos<sup>7</sup>.

Al imponer a la ciudadanía una interpretación bipolar del mundo de “culpables” e “inocentes”, los juicios penales recrearon un esquema bipolar análogo a aquél según el cual “si no estás con nosotros estás contra nosotros”. Así como la vaga noción de “subversivo” había dividido a la sociedad en “buenos” y “malos”, esta misma sociedad fue dividida una vez más por el reproche institucionalizado. Lo que inicialmente había sido “subversivos” contra “cruza-dos”, se convirtió, en la sociedad de los ochenta, en la dicotomía de “culpables” o “inocentes”, confiriendo al reproche penal el poder de dividir la nueva visión del mundo social. Paradójicamente, el rasgo más atractivo de los juicios, consistente en establecer una verdad común limitando los hechos relevantes a aquellos compatibles con la culpabilidad y la inocencia penal, fue también su mayor debilidad. Esta debilidad fue la consecuencia necesaria de una inevitable sobre-simplificación de la historia en la cual desaparecía el terreno intermedio entre el inocente y el culpable.

De la manera indicada se obtuvo el efecto inverso al perseguido por los defensores de una democracia respetuosa de los derechos individuales. La persecución penal adquiere un significado diferente en una sociedad signada por el terror. Existen numerosos ejemplos de comunidades que exaltaron sus valores sociales a través del castigo de (y represalias a) los transgresores de estos valores. Estas reacciones, sin embargo, apuntan frecuentemente a reforzar los vínculos de ciertas formas de solidaridad social vaciada del respeto al individuo. Para probar esta afirmación basta recordar la quema de brujas en Nueva Inglaterra y el empalamiento de nativos por los Conquistadores. Esta forma de entender el castigo reviste caracteres especiales en sociedades gobernadas por un autoritarismo extremo.

<sup>7</sup> Debo reconocer que la apreciación de ciertos factores sistémicos fue en ese entonces poco menos que imposible.

Para las personas habituadas al terror político la violencia es frecuentemente vista como “causada” por la víctima. Es un fenómeno común que el terrorismo de estado genere en los individuos el convencimiento de que la violencia y el dolor son inevitables cuando así lo deciden quienes manejan el aparato estatal. Es un aspecto de la ideología del terrorismo que el sufrimiento parezca inevitable como lo son los desastres meteorológicos: los padece normalmente quien no ejercite la precaución necesaria. El daño, así, es la consecuencia de “algo” que la víctima hizo. En el ambiente de terror reinante durante la dictadura militar se endilgaba a las víctimas su propio padecimiento. En los setenta, la concepción imperante era que nada podía hacerse para evitar que la víctima causase su propio dolor. En los ochenta y los noventa, nada podía hacerse para evitar la violencia si esta violencia se originó en un medio al que éramos extraños: el medio de los “milicos asesinos.”

En el contexto argentino, la decisión de responsabilizar a los militares por violaciones a los derechos humanos tuvo origen en sentimientos distintos de aquellos que normalmente nos llevan a convencer a los infractores de que han causado un daño, disuadiéndolos (tanto a ellos como a potenciales imitadores) de causar daños ulteriores. El intento de convencerlos de que traicionaron nuestros valores está ligado a una concepción del reproche moral que supone tratar a los infractores como personas morales, como iguales que merecen que les demos razones de nuestra indignación. Al inculpar a los desaparecidos y asesinados, como ocurrió entre 1975 y 1983, como clase diferente de la nuestra, el reproche se convirtió en un mecanismo al servicio de los fines del autor del reproche. En la Argentina de los setenta, esta práctica social sirvió al propósito de acomodar el sufrimiento a los intereses de los propios autores del reproche. En una actitud destinada a disminuir nuestra angustia y frustración, el uso del reproche se convirtió en una forma implícita de circunscribir la violencia a un sector social definido. A través de una interpretación similar a la de los desaparecidos, en la etapa de los ochenta la culpa recayó sobre una clase escindida de nuestra propia comunidad: la población halló en los militares el nuevo y único factor de explicación del sufrimiento de sus miembros. En los setenta, el reproche no fue una expresión de nuestra indignación moral, ni significó individualizar a aquellos que usaron la violencia contra nuestra vida y libertad. Inculpar, por

el contrario, fue el resultado de manipular nuestras arraigadas emociones retributivas para lograr tres resultados posibles. Primero, el reproche nos hizo sentir menos culpables por no socorrer a las víctimas directas de la violencia. Segundo, neutralizó la vergüenza ocasionada por el abandono de nuestra peligrosa asociación con los políticamente indeseables, ya que fue su propia “indeseabilidad” la que “dejó de hacerlos merecedores de tal relación”: después de todo, el inculparlos nos llevó a creer que su sufrimiento fue consecuencia de su propia condición y su conducta. Tercero, el hecho de condenarlos neutralizó nuestra angustia. Al considerar que el castigo se debía a algunas características o actos propios de las víctimas, ocultamos el terror que teníamos de ser los próximos en la lista de la represión. Éramos, después de todo, diferentes de aquellos que sufrieron la violencia en carne propia. La condena sirvió como forma de promover la solidaridad social sólo en el sentido de ahogar la culpa, la vergüenza y la angustia —ampliamente compartida— sobre la noción común de que eran los propios desaparecidos a quienes debíamos censurar. Transformamos la condena en un atajo para aliviar nuestro miedo, remordimiento e impotencia.

La actual aceptación de la violencia policial y el éxito electoral de personalidades dictatoriales fortalece nuestra idea de que la búsqueda de castigo no está vinculada con la promoción de la dignidad de los individuos. Podría pensarse que las emociones retributivas que subyacen a las manifestaciones y a las protestas públicas estuvieron dirigidas a lograr un tipo de solidaridad que el país ya había experimentado durante el apogeo del régimen militar. En 1978, por ejemplo, las Madres de Plaza de Mayo fueron increpadas por dañar la “imagen” internacional del país durante el mundial de fútbol. Durante ese evento, la escena de las marchas de las Madres denunciando la desaparición de sus hijos fue vista casi como una traición. Igualmente “odiosa” fue la intromisión de las organizaciones de derechos humanos, “husmeando” en los asuntos internos del país en 1979, hecho que condujo a una irritada población a demostrar su desaprobación adhiriendo calcomanías a sus automóviles que expresaban “los Argentinos somos derechos y humanos”. La campaña de los ochenta, destinada a castigar a los oficiales militares, debe ser vista bajo esa misma luz.

Aunque los sentimientos populares respecto de los juicios no se originaran en el sentido de dignidad y responsabilidad individual de los ciudadanos, podría pensarse que llevar a cabo estos juicios era preferible a la pasividad absoluta. Mientras que no hacer nada hubiera confirmado nuestra impotencia, la comunidad fue capaz de expresar su poder llevando a algunos oficiales militares a juicio. Parece razonable sostener que es más probable que los miembros de la comunidad aprendan sobre los derechos que poseen reaccionando contra aquellos que los humillaron.

Si bien no tengo objeciones contra este razonamiento, todavía parece haber considerables inconvenientes contra la estrategia de llevar a cabo los juicios: al apuntar casi exclusivamente a un número relativamente pequeño y definido de violadores de derechos humanos, los juicios amenazaron con convertirse en el instrumento formal para frustrar la lógica básica sobre la cual se construye la esencial noción de la responsabilidad individual. Como consecuencia directa de los juicios, el reproche formal absolvió a muchos civiles que habían apoyado a la dictadura militar, haciéndoles creer que ellos no estaban entre los culpables sino entre los acusadores. Por estar basados en la lógica bipolar de la justicia penal —“culpable” o “inocente”— los juicios contribuyeron a la convicción ampliamente compartida de que los no acusados eran “inocentes”. En consecuencia, el lado negativo de los juicios consistió en la imposibilidad de presentar cargos contra los miles de instigadores y cómplices civiles y militares de la guerra sucia. Estos antiguos aliados de los militares acusados quedaron en libertad de convertirse en acusadores. En efecto, aquellos que apoyaron al régimen militar hasta la debacle económica de 1979 y el fiasco de Malvinas de 1982 se sintieron con derecho a convertirse en acusadores. La percepción de esta manifiesta deslealtad para con sus antiguos aliados confirmó la teoría conspirativa de los militares, quienes se vieron entonces amenazados por un número aún mayor de conspiradores, parte de los cuales se había comportado como sus aliados hasta que se volvió ventajoso pasar a apoyar a sus enemigos. Los militares sintieron que, habiendo sido alentados por la ciudadanía a restaurar el orden, se habían convertido ahora en los repositorios de toda la violencia del país desde los setenta. Ésta fue quizá la situación que el ex-general VIDELA tuvo en mente cuando, en 1993, reiteró su convicción de que él era un chivo expiatorio.



Con unas pocas excepciones como las Madres de Plaza de Mayo —quienes insistieron en que muchos civiles debían también ser juzgados—, la mayoría de la gente señaló exclusivamente a los militares (y a la policía controlada por los militares) como los responsables de todo el sufrimiento del país. En este contexto, los asesinos de la Triple A y los matones de la UOM, entre otros grupos de derecha, fueron completamente olvidados. También fueron dejados de lado episodios sangrientos como la masacre de Ezeiza de junio de 1973. La matanza de jóvenes peronistas que competían por controlar el movimiento jamás fue mencionada y mucho menos investigada. Había todavía cierto consenso en que estas víctimas merecían la muerte por simular ser peronistas como pantalla de sus convicciones de izquierda. La autoritaria explicación mono-causal de la sociedad sobre los orígenes de su desgracia ya no consistió en culpar a las víctimas: la única causa eran ahora los militares.

A pesar de las instrucciones del presidente ALFONSÍN de llevar a juicio a algunos de los responsables de Montoneros y del ERP, muchos de las cuales ya habían huido del país o desaparecido, hubo una atmósfera general de olvido acerca de los civiles de derecha y de izquierda envueltos directa o indirectamente en la violencia.

La persistencia de explicaciones mono-causales sugiere, como indica la reacción popular frente al abuso contra presos y actos de extrema violencia —los recientes casos de PATTI y del ingeniero SANTOS—, que el pueblo apoyaría nuevamente una intervención militar si se deterioraran las condiciones generales de convivencia. La atracción electoral del General BUSSI sugiere también que el deseo de una mano dura para restaurar el orden social continua siendo fuerte, como lo fue en los años setenta. Que se elogie la reacción de SANTOS indica que muchos ciudadanos armados están dispuestos a proteger sus autostereos a cualquier precio. La interpretación mono-causal de la realidad invita a una analogía entre los “subversivos” de los setenta y quienes constituyen amenazas a la propiedad privada en los noventa. Estos casos, en los que jóvenes y niños son ultimados, y las reacciones de la policía y del Poder Judicial frente a estos episodios, sólo puede ser explicada con la ayuda de una lógica bipolar. Esta lógica está basada en la todavía reinante interpretación de la realidad de “si no estás con nosotros, estás en contra nuestra” y su corolario, la interpretación mono-causal de eventos socialmente complejos.

Hubo al menos dos razones para esta extrema *simplificación* y *distorsión* mono-causal de la historia. La primera fue el oportunismo político, cuando el activismo de los derechos humanos había llegado a su apogeo. A mediados de los ochenta, una estrategia del gobierno que llevara a juicio a militantes peronistas bien podría haber sido interpretada como una revancha política contra los miembros del partido tradicionalmente mayoritario. Es también probable que, de ser acusados, los sindicalistas de derecha se hubieran visto tentados a fraguar una nueva alianza con grupos militares. Tal esquema no hubiera hecho más que reproducir la coalición cívico-militar que aterrizó al pueblo en la época previa al golpe militar, representando una gran amenaza contra la experiencia democrática.

La segunda razón es menos obvia. Descansa en la deseada creencia, popularmente compartida, de que los males de la sociedad se acabaron con el régimen militar. James NELSON describió la manera en que, “durante los primeros años de democracia, políticos, sindicalistas, y empresarios se esforzaron por convencerse de que la crueldad de la dictadura militar había consistido en un fenómeno aislado del ‘país real’; como la ocupación del territorio argentino por fuerzas extranjeras. La dictadura, sin embargo, nació de las entrañas de la sociedad. Siguiendo una larga tradición nacional, una gran porción de la clase civil gobernante apoyó a esta dictadura militar, antes de darle la espalda cuando sus horas estaban contadas. Más tarde, ellos mismos condenaron a los militares”<sup>8</sup>.

Esta esperanza se sostenía en dos posibles y distorsionadas prácticas. La primera era que, de todos los grupos de derecha del país, sólo los militares ejercitaron la violencia. La segunda, que el gran sufrimiento de los setenta enseñó a las facciones civiles de izquierda y de derecha que cualquier estilo político es preferible a la violencia. Como una creencia familiar ampliamente compartida, culpar exclusivamente a los militares bien podría haber servido para el propio alivio de los que en forma fatalista contemplan a la historia como un camino inevitable. La obtención de una sociedad imaginaria, pacífica y mágica, se fundaría en el deseo colectivo de castigar a los militares por toda la violencia vivida. Todo lo que requería la construcción de esa pacífica sociedad era tan simple como

<sup>8</sup> NELSON, James, Parque Jurásico, en revista “Noticias”, 18/VII/1993.

sacar del medio a algunos oficiales por sus crímenes, disuadiendo en consecuencia a sus camaradas de deponer nuevamente a un gobierno civil. Sin embargo, las cosas no parecen funcionar de ese modo.

La actual tolerancia a la violencia indica que el impulso colectivo por castigar a los militares violadores de derechos humanos no promovió suficientemente el respeto a las personas como componente indispensable de una democracia fundada en los derechos de los ciudadanos. Situar la culpa en un único sector de la sociedad tiene varias "ventajas" perceptibles. No aceptando el doloroso hecho de que el terror se había originado en las propias entrañas de la comunidad, el mecanismo de explicación monocausal permitió al pueblo ahogar su culpa y su vergüenza por su pasividad frente al sufrimiento. Parece obvio señalar que considerar que el dolor es el resultado de las actividades de un sector bien definido significa reescribir la historia reciente de Argentina.

Poner en tela de juicio la interpretación del pasado reciente del país exponiendo la naturaleza de la causa de la violencia lleva a examinar los verdaderos motivos del apoyo masivo a los juicios de derechos humanos. Parece claro que, más allá de su fuerza, el prestigio de los tribunales no descansó sobre las perspectivas de una decisión imparcial sobre la responsabilidad criminal de los oficiales militares. La actual ausencia de respeto por los fallos de los tribunales tiene su origen en la creencia general de que no hay espacio para una justicia independiente. Es difícil imaginar la reacción popular si los ex-generales VIDELA y CAMPS hubiesen sido absueltos como consecuencia de la evidencia de que, por ejemplo, ignoraban lo que estaba pasando ante sus narices. Parece que la autoridad de los tribunales no residió en el respeto popular por sus decisiones sino, más bien, en su habilidad para formalizar, en el mejor estilo legal posible, la decisión política previa de sacar del medio a algunos oficiales.

La genuina autoridad de los tribunales presupone la creencia general de que sus decisiones establecen convincentemente los hechos y evalúan correctamente su relevancia normativa. El principal elemento que contribuye al respeto a los tribunales se origina en la demanda de imparcialidad. La imparcialidad sólo es posible cuando esperamos que los tribunales sean ajenos a las lealtades personales, intereses partidarios y pasiones que rodean a los casos penales de

trascendencia. Sin embargo, la efectiva imparcialidad depende de ciertas condiciones. Los juicios imparciales parecen posibles en la medida en que estén suficientemente aislados de los sucesos políticos y sociales que encienden nuestras emociones más intensas. Al juzgar un caso de tortura de un prisionero político, por ejemplo, la imparcialidad de los tribunales sólo es posible en la medida en que los jueces eviten atribuir valor a los ideales y valores políticos. Hacer caso omiso de la regla que ordena a los tribunales limitarse a considerar sólo aquellos actos que causan el daño descrito por la ley penal hace imposible el compromiso imparcial. Para lograr la credibilidad de los tribunales es necesario algo más que la simple distancia del prejuicio y las pasiones corrientes. Si un juez desapasionado y libre de prejuicios pudiera evaluar la cualidad intrínseca de los objetivos finales de los torturadores, como, por ejemplo, el intento sincero de frustrar la amenaza contra las "costumbres occidentales y cristianas" de la Argentina, su imparcialidad se vería fácilmente frustrada. Parece inevitable que la consideración por parte del juez de los propósitos últimos de los acusados, por ejemplo, juegue un papel esencial en la decisión del caso. La imparcialidad de los tribunales no significa neutralidad frente a los valores: significa que creemos en su neutralidad frente a todos los valores y reglas extra-legales. De modo que la imparcialidad se vería a menudo menoscabada si las circunstancias que rodean al caso se volviesen relevantes para la decisión. Si esto sucediera, la condena se fundaría no tanto en lo que el acusado hizo, sino más bien en quién y qué es. La autoridad distintiva de los tribunales resulta del ejercicio satisfactorio de la libertad que tienen para evaluar la evidencia relativa a un muy limitado orden de hechos. La personalización de la responsabilidad a través del prisma de "culpable" e "inocente" perdería conceptualmente sentido si los tribunales tuviesen que considerar el amplio orden de factores circundantes presentes en nuestra vida diaria. Para ser convincente, el lenguaje de "culpable" e "inocente" debe estar basado en hechos y normas establecidos. "Culpable" e "inocente" simplemente carecen de sentido si los hechos y valores relevantes son tan amplios como el complejo universo con el que trabajan antropólogos, sociólogos e historiadores.

Los juicios penales se parecen a los juegos en que para ambos, la "verdad" presupone correlacionar hechos limitados con un sistema de reglas, cuya autoridad es asumida como dada. No importan

las condiciones externas al propio juego. A diferencia de la de la policía, la autoridad de los tribunales emana de su habilidad para ejercer un buen juicio. A diferencia de los historiadores, los antropólogos y los sociólogos, los tribunales basan sus decisiones en un cierto número de reglas consideradas tanto válidas como justas. Parece trivial señalar que las condiciones externas a las reglas que definen el juego son irrelevantes para los puntos que las partes ganan o pierden. De modo análogo a la indiferencia de los juegos a las condiciones externas, “culpable” e “inocente” presuponen que aunque algunas facetas de los juicios penales puedan prestarse a debate, este debate se limita normalmente a discrepancias concernientes a la interpretación de normas y hechos. Para alcanzar un veredicto “V”, los tribunales determinan si el acto “A” encuadra en la definición legal “L”. Los tribunales —a diferencia de la policía— no sólo velan por el cumplimiento de ciertas reglas sino que también deciden (imparcialmente) el caso, evaluando una acción específica a la luz de un conjunto de reglas. Aunque se asume que la autoridad de los jueces supone el ejercicio de la prudencia, esta prudencia consiste principalmente en la disposición del público para considerar sus conclusiones revocables por el “mejor criterio” del tribunal. La discreción de los tribunales, como la de los umpires de tenis, es el resultado de mantener sus decisiones apartadas de las circunstancias políticas y sociales que las rodean. En efecto, los tribunales sólo pueden considerar un limitado número de circunstancias legalmente aceptadas para condenar a un acusado o para, una vez condenado, determinar la pena aplicable. La tortura es punible incluso si fue realizada para salvar a la Cristiandad de su destrucción, o para asegurar que la Patria adopte la senda correcta. La autoridad de los tribunales reposa, básicamente, en la convicción de que los jueces están en una mejor posición para discernir las reglas apropiadas y establecer los hechos como consecuencia de la aplicación de los procedimientos correctos. Que los tribunales concedan importancia a circunstancias externas basadas en consideraciones sociales y políticas implica debilitar su autoridad, y convertir los juicios en “juicios políticos”.

Lo que sucedió es que una sociedad fragmentada no consideró —y sigue sin considerar— a los juicios como un modo de instalar en la vida política la responsabilidad personal, esencial para una

democracia fundada en el respeto de los derechos. Los militares nunca consideraron las acusaciones contra sus camaradas y sus condenas como un castigo genuino. Como el castigo depende de cierto grado de autoridad, los militares entendieron que las decisiones de los tribunales eran una demostración del control del gobierno sobre los jueces.

Las Madres de Plaza de Mayo y sus seguidores también consideraron que las decisiones de los tribunales fueron políticas. Para ellas, lo que dejaron los juicios es la constatación de que sólo razones políticas pudieron haber conducido a los tribunales a absolver a algunos de los generales y almirantes de las tres primeras juntas, y a sentenciar con extrema suavidad a algunos de los acusados. Los jueces, de acuerdo con las Madres, sirvieron al supuesto propósito del gobierno de hacer las paces con las fuerzas armadas.

Los juicios significaron que el intento de terminar la disputa entre dos concepciones políticamente opuestas tuvo que limitarse a la muy reducida construcción del tribunal de justicia. La comprensión de la historia reciente de la Argentina a través del estricto prisma de la justicia tiene dos posibles resultados. El primero es la judicialización de la política, que transforma los sucesos sociales más dramáticos en hechos a discutir, evaluar y establecer por los tribunales. De manera que, si los tribunales tuvieran suficiente autoridad para reunir consenso, el proceso sería el de judicialización de la política.

En el segundo caso, si los tribunales probaran no tener suficiente autoridad para que sus fallos sean popularmente creíbles, el resultado sería el contrario. En la Argentina, la concepción de la persona media sobre los hechos ocurridos se basó en las decisiones de los tribunales que decidieron en los juicios. Lo que ocurrió realmente fue la politización judicial. Al perseguir sólo a un sector de la sociedad, importantes aspectos de la realidad del país fueron dejados de lado en favor de las muy limitadas opciones legales de "culpable" e "inocente", envueltas en un extremado formalismo procedimental. Este formalismo contribuyó, además, a una falta de desarrollo del sentido de responsabilidad individual de los ciudadanos. En consecuencia, no es difícil vislumbrar que la carencia en la Argentina de autoridad política y la falta de poder de determinación esté dando, nuevamente, espacio al terror.

# Disertación sobre la libertad bajo caución en el proceso penal por delito fiscal \*

*Daniel R. Pastor\*\**

## § 1. INTRODUCCIÓN

Señalar que en materia de delitos fiscales rige en la Argentina el llamado “estado de sitio tributario” es hoy un lugar común al que recurren los expertos. Con ello se quiere indicar, categóricamente, que el Estado, en la persecución de estos hechos, actúa con total menoscabo y desprecio por las garantías constitucionales.

La ley 23.771 (régimen penal tributario, llamada “ley penal tributaria”<sup>1</sup>), en su art. 17, establece que en los casos de investigación de los delitos fiscales y previsionales, el imputado debe otorgar una garantía específica para neutralizar una orden de prisión preventiva. En efecto, cuando correspondiere la exención de prisión o la exarcelación del inculpado, éstas sólo se podrán conceder bajo caución real, “la que, cuando existiera perjuicio, deberá guardar correlación con el monto en que, en principio, aparecieran damnificadas las rentas fiscales o previsionales nacionales” (LPT, 17).

La cuestión plantea uno de los problemas centrales del derecho procesal penal, dado que la prisión preventiva funciona como la verdadera pena de nuestro sistema social. En verdad, en nuestro medio las prisiones están pobladas, mayoritariamente, por personas que, sin embargo, no han sido condenadas<sup>2</sup>. De este modo, la

\* Según el estado de la legislación, literatura y jurisprudencia al 31.12.1994.

\*\* Universidad de Buenos Aires.

<sup>1</sup> En adelante LPT.

<sup>2</sup> Cf. CARRANZA, E., MORA, L. P., HOUED, M. y ZAFFARONI, E. R., El “preso sin condena” en América Latina y el Caribe, en *Doctrina Penal* (1982), ps. 643 y siguientes.

pena es aplicada sin juicio ni sentencia a quienes son considerados jurídicamente inocentes, esto es, sin pruebas que otorguen la certeza de que un imputado ha cometido un hecho punible. Es suficiente con la mera sospecha y se reduce a palabras el principio de inocencia. La duración excesiva e indeterminada de los procedimientos se encarga del resto. Por ello, debe ser analizada con sumo detalle una regla que exige el depósito de dinero o bienes en cantidad correlativa al perjuicio fiscal, si del cumplimiento de esta exigencia depende la libertad del imputado, frente a todo lo que la prisión preventiva representa. Más aún cuando la propia LPT establece la posibilidad, bajo ciertas condiciones, de concluir con la persecución fiscal cuando la exigencia fiscal es satisfecha (art. 14).

El problema fue planteado ante los tribunales en más de una oportunidad. En lo que sigue, me ocuparé, primero, de clasificar y analizar las soluciones jurisprudenciales, agrupándolas según los distintos criterios, para, finalmente, exponer cuál es mi proposición al respecto, teniendo en cuenta que toda argumentación jurídica racional sobre un problema penal debe brindar soluciones que respondan al reglamento constitucional, fuente, en nuestro sistema legal, de la racionalidad de las decisiones judiciales y de las proposiciones de la doctrina.

## **§ 2. LAS SOLUCIONES DE LA JURISPRUDENCIA**

### **2.1. Los casos**

Para la clasificación y explicación de los criterios de interpretación jurisprudencial del art. 17 de la LPT resulta ilustrativo seguir el hilo conductor de un grupo de precedentes en los que se discutió la libertad durante el procedimiento de distintos imputados vinculados a los mismos hechos. Estos precedentes serán la columna vertebral de la exposición, aunque, por cierto, ella se servirá durante su desarrollo de la cita de otros que resulten pertinentes. Se trata de los casos “Sotelo” y “Siribelli”, vinculados a una imputación de evasión (LPT, art. 2) de obligaciones fiscales de una sociedad comercial (anónima) de la cual los imputados eran el presidente del directorio y la contadora, respectivamente (LPT, 12 y 13). Los casos corresponden a la Justicia en lo Penal Económico de la ciudad de Buenos Aires. Cuando los imputados intentaron neutralizar la posibilidad de ser privados de su libertad durante el



proceso (eximición o exención de prisión) plantearon la inconstitucionalidad del art. 17 de la LPT. Para entonces, dado que no existía en el caso una determinación del perjuicio posible que la supuesta evasión habría causado, el fiscal estimó ese daño en aproximadamente 350.000 pesos. Veamos que resolvieron los tribunales.

## **2.2. La respuesta por la inconstitucionalidad del art. 17 de la LPT**

Una primera posición sobre nuestro problema, sostenida por el tribunal encargado de la instrucción de las imputaciones contra “Sotelo” y “Siribelli”, entendió que el art. 17 de la LPT, al imponer obligatoriamente un aseguramiento económico, correlativo al daño causado por el supuesto delito, para garantizar la libertad del inculcado durante su proceso, era inconstitucional por cuanto afectaba los derechos fundamentales de igualdad ante la ley y debido proceso legal<sup>3</sup>. Estas decisiones, sin embargo, no fundamentaron racionalmente por qué una regla semejante representaba una infracción para esas garantías constitucionales. En cambio, se limitaron a señalar, más que en abstracto, tal circunstancia, con lo cual este criterio no supera la categoría de mera afirmación dogmática. Si el art. 17 de la LPT es inconstitucional, aquí se había acertado por casualidad y no por argumentación jurídica racional.

El juez de instrucción, que había dejado de lado el art. 17 por inconstitucional, aplicó al caso las reglas generales sobre libertad caucionada de la ley procesal y estableció un garantía económica de 200.000 pesos para “Sotelo” (casi el 60% del daño estimado por el fiscal) y de 100.000 para “Siribelli” (casi el 30% del supuesto daño). Los imputados apelaron por las sumas de la garantía y el fiscal por la declaración de inconstitucionalidad.

## **2.3. La solución por la adaptación**

I. Otros tribunales, también concientes de la inconsistencia constitucional de la regla en conflicto, optaron por adaptarla a lo que debería ser el proceso penal de un Estado de derecho, pero sin declararla inconstitucional, en un intento por interpretarla de un modo compatible con la CN. El lema de esta jurisprudencia es presen-

<sup>3</sup> Resoluciones del Juzgado Nacional en lo Penal Económico n° 2, del 3.5.1991.

tado, reiteradamente, con estas palabras: “si bien la ley ha impuesto la obligatoriedad de fijar una caución real, ello en modo alguno viola la CN”<sup>4</sup>. La pregunta acerca de cómo puede un tribunal dejar de aplicar una ley vigente sin declararla inconstitucional, cuando la interpretación de adaptación implica lisa y llanamente derogar la ley interpretada, no puede aquí más que quedar abierta. Sólo quiero refutar ahora la afirmación de los jueces acerca de que la indicación de inconstitucionalidad de una ley es una mera e “innecesaria solemnidad declarativa”, que, de todos modos, es suplida por la no aplicación de la ley al caso. Obviamente, este último es, por cierto, el efecto de la inconstitucionalidad, pero el valor simbólico de declarar que el Estado se apartó de los límites que la Constitución le fija a sus abusos, no puede ser renunciado por los jueces, quienes, precisamente, son, a la vez, guardianes de la Constitución y candidatos para violarla con el peor abuso de todos: la aplicación del poder penal del Estado; o será que, ante la ley suprema, estos guardianes son sólo los Türhüters del cuento de KAFKA.

Pero lo importante es reseñar aquí los criterios de reelaboración de la regla. En este sentido, los casos “Sotelo” y “Siribelli”, al llegar a la CNPE<sup>5</sup>, han marcado el rumbo. En ellos fue resuelto que el art. 17 quedara de lado completamente para el caso, pero sin confirmar la declaración de inconstitucionalidad dispuesta por el juez de instrucción, por cuanto esa “formalidad declarativa... es innecesaria y conviene suprimirla para evitar equívocos”<sup>6</sup>. Para este apartamiento de la ley sin declaración de contrariedad a la CN, se utilizaron tres argumentos.

<sup>4</sup> Así en “Arana”, resolución del 29.4.1992, de la entonces Sala 3 de la CNPE (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico).

<sup>5</sup> Ambos fallos corresponden a la entonces Sala 2: “Sotelo”, del 22.8.1991, publicado en ED del 17.1.1992, p. 1, en LL del 20.3.92, con comentario de CASTELLANOS, Fernando y en “Doctrina Penal” (1991), p. 521, con comentario de BORINSKY, Carlos; y “Siribelli”, del 27.8.1991, publicado en LL, t. 1991-E, p. 721, con comentario de PINTO, Hugo, El régimen de libertad en el proceso por delitos tributarios, y en “Periódico Económico Tributario”, del 28.1.1992, p. 4, con nota de ROSSO ALBA, Cristian E.

<sup>6</sup> De los considerandos de los fallos citados.

II. Un primer criterio fue el de considerar que la regla sólo es aplicable, naturalmente, desde que en el proceso se haya efectuado una determinación concreta del perjuicio causado con el delito: “la ausencia de estimación del perjuicio fiscal supone la no concurrencia de uno de los extremos señalados en el art. 17 de la LPT, lo que excluye su aplicación”<sup>7</sup>. “Si la DGI no ha hecho una estimación definitiva... del perjuicio fiscal ocasionado por las maniobras que se investigan, el monto de la caución debe ser apreciado de acuerdo a las pautas” generales de la ley procesal<sup>8</sup>. Evidentemente, la falta de determinación del quantum reparable no autoriza a postergar la decisión sobre la libertad del imputado ni, mucho menos, a privarlo de la libertad hasta que se conozca ese dato (in dubio pro libertatis). Así, en el caso “Digón”, también de la CNPE<sup>9</sup>, se estableció que si el informe de la DGI era vago e impreciso, no permitiendo la determinación del monto del eventual perjuicio, entonces la caución destinada a asegurar la comparecencia del inculpado se tenía que resolver según las reglas comunes<sup>10</sup>. También en el caso “Haber”, de la entonces Sala 1 de la CNPE<sup>11</sup>, se dijo que “si la DGI no ha presentado hasta el momento el informe al que se refiere el art. 16 de la ley 23.771 de modo que aún no hay una estimación del perjuicio fiscal ocasionado por las presuntas maniobras que se investigan, el monto de la caución debe ser apreciado a la luz de las pautas” de la ley procesal. También debe recurrirse a las pautas generales cuando, a pesar de estimar el daño, la DGI indica, en su informe técnico del art. 16, que esa estimación es provisoria<sup>12</sup>. Sobre el problema acerca de qué debe ser decidido si con posterioridad a un aseguramiento de la libertad procesal según las reglas generales, el monto del daño es determinado en el proceso, el caso “Haber” brinda un obiter dictum que revela la opinión del tribunal en favor de la aplicación, entonces, de la regla

<sup>7</sup> Así en los casos citados, “Sotelo” y “Siribelli”, y, también, de la misma Sala, “Ríos Seoane” (resolución del 19.9.1991). A este último pertenece la cita.

<sup>8</sup> Caso “Cinco de febrero”, de la entonces Sala 1 de la CNPE, del 4.12.1991.

<sup>9</sup> Resolución del 30.8.1991 de la entonces Sala 2.

<sup>10</sup> Así también en el caso “Maseratti”, resolución de la entonces Sala 2 de la CNPE del 11.9.1991.

<sup>11</sup> Resolución del 15.4.1992.

<sup>12</sup> Caso “Cuiña”, de la entonces Sala 1 de la CNPE, del 2.4.1992.

bajo análisis: las condiciones para que el inculpado conserve su libertad estarán sometidas a “la modificación que pudiera corresponder cuando aquel organismo (se refiere a la DGI) produzca el informe técnico mencionado”<sup>14</sup>. Obviamente, el criterio de la correlación con el supuesto daño no es aplicable cuando el delito no provocó un perjuicio patrimonial<sup>14</sup>.

III. El segundo criterio de interpretación jurisprudencial de la norma bajo análisis supone un apartamiento más artificial de la letra del art. 17, el cual, bajo la voz “correlación” sólo contendría, según esta opinión, una “pauta indicativa”, en nada vinculante, para quien debe dictaminar o decidir acerca del monto a imponer para caucionar la libertad de un inculpado perseguido por un delito fiscal. La palabra “correlación” utilizada en esa regla, tendría un significado diferente que “proporción” o “porcentaje” y estaría referida exclusivamente a la relación entre monto del perjuicio y aumento de la capacidad económica del inculpado a partir de su delito<sup>15</sup>. El monto del perjuicio producto del delito sólo sería un indicador de la mayor o menor fortuna del imputado para determinar cuál debe ser el importe de una caución que realmente lo sujete al procedimiento. Pero pautas indicativas para determinar cuál debe ser esta garantía existen siempre en la legislación procesal general<sup>16</sup>. Por lo tanto, este criterio significa, aunque encubiertamente, la derogación, para el caso, del art. 17 de la LPT.

IV. El tercer criterio supone una razonable restricción subjetiva: el art. 17 no rige para los inculpados que no son los sujetos imponibles del tributo evadido. Así, p. ej., es reconocida claramente una distinción entre la obligación tributaria de la persona jurídica y la responsabilidad penal de su representante<sup>17</sup>. El art. 17 quedaría fuera de juego siempre que se trate de los tributos de una persona

<sup>14</sup> Así también en el caso “Ríos Scoane” de la entonces Sala 2 ya citado.

<sup>14</sup> Así, p. ej., en el caso “Arana”, de la entonces Sala 3 de la CNPE, del 29.4.1992; y en la interpretación literal del art. 17 de la LPT.

<sup>15</sup> Así, especialmente, en el caso “Sotelo” citado. El alcance de la palabra “correlación” fue discutido, también, en el caso “Chalfen”, de la entonces Sala 3 de la CNPE (decisión del 20.5.1992), cuando fue modificado el monto establecido en primera instancia para una caución por ser... el del perjuicio.

<sup>16</sup> Cf. PINTO, op. cit.

<sup>17</sup> Cf. BORINSKY, op. cit., p. 525.

jurídica (LPT, 12) o cuando los imputados sean las personas mencionadas en el art. 13. Así será también, obviamente, en el caso de los partícipes del obligado, según las reglas generales de la participación criminal (CP, 45 y siguientes)<sup>18</sup>. Este criterio, aplicado en los incidentes de “Sotelo” y “Siribelli”, fue ratificado por la misma Sala en los casos “Prado”<sup>19</sup>, “Siedlisky”<sup>20</sup> y en otros precedentes similares<sup>21</sup>.

V. En definitiva, y de regreso a los casos “Sotelo-Siribelli”, la Cámara declaró que el art. 17 de la LPT era adecuado a la CN pero inaplicable en estos casos, que debían ser resueltos de acuerdo a los criterios del código de procedimientos. Pero en aplicación de esas pautas mantuvo las cauciones reales, por considerar que sí regía obligatoriamente ese tipo de caución en todos los casos de delitos fiscales o previsionales, y sólo modificó en su monto la de “Sotelo”, reduciéndola a 100.000 pesos, esto es, a la mitad de la establecida por el juez de instrucción que había considerado inconstitucional el precepto.

VI. Fuera de estos tres argumentos que corresponden a la jurisprudencia de los precedentes “Sotelo-Siribelli”, otros tribunales han dado razones para abstenerse de aplicar el art. 17 de la LPT, sin declararlo inconstitucional. Uno de esos criterios fue el aplicado en el caso “Ríos Seoane” por un Juzgado Federal de la capital de la República<sup>22</sup>, en un proceso vinculado a un delito previsional (LPT, art. 8 en función del art. 3)<sup>23</sup>. El fundamento del desplazamiento

<sup>18</sup> También sobre esto cf. PINTO, op. cit.

<sup>19</sup> Resolución del 5.9.1991.

<sup>20</sup> Resolución del 3.6.1992.

<sup>21</sup> “Moszel”, “Hana”, “Rawskosky”, etcétera

<sup>22</sup> Juzgado Federal n° 6, resolución del 24.3.1991.

<sup>23</sup> El Juez repitió aquí el viejo argumento de la Corte acerca de que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal “constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia” (CSN, Fallos, t. 301, p. 904). Sólo el peso de la rutina burocrática puede llevar a un juez penal a creer que declarar inconstitucional una regla que afecta derechos fundamentales del inculpaado sea la más delicada de sus funciones, siendo que cualquier hombre del siglo, ajeno al ministerio sagrado de los jueces, creará, seguramente, que la tarea más delicada de un juez penal debe ser la de juzgar si debe o no aplicar la pena al hombre, de carne y hueso, que se presenta en todo caso y cuya vida se juega en cada caso. La pena, y no la declaración de inconstitucionalidad de una ley, es la última ratio del orden jurídico (en contra, CSN, Fallos, t. 301, p. 904, ya citado).

del art. 17 residió en que no podía perseguirse la cautela de la acción resarcitoria a través de la restricción de la libertad del inculcado en el proceso penal. En el caso fue señalado, específicamente, que para ese aseguramiento existían medidas propias. La resolución fue revocada por la CCCFed. Buenos Aires<sup>24</sup>, la que estableció que el juez no podía apartarse del art. 17 de la LPT, regla a la que consideró adecuada constitucionalmente, resolución que nos sirve de introducción en el próximo criterio.

#### **2.4. La respuesta por la constitucionalidad del art. 17 de la LPT**

Finalmente, otra línea de soluciones es aquella que estima que es adecuada a la CN la imposición de una garantía real relacionada con la suma del supuesto perjuicio causado con el delito, para asegurar la libertad del imputado durante el proceso. En el caso "Ríos Seoane", ya citado, la CCCFed. Buenos Aires estimó que el legislador era soberano para modificar el sistema de cauciones de la libertad durante el proceso penal, sin que se pudiera advertir contradicción alguna entre el art. 17 de la LPT y la CN, especialmente entre esa regla y las garantías fundamentales de igualdad e inocencia. Una mención especial merece el argumento de la Cámara según el cual "resulta hartamente improbable que aquellos que resulten alcanzados por su articulado (se refiere a la LPT) carezcan de algún grado de solvencia económica y tal déficit les impida afrontar un compromiso patrimonial que asegure su sujeción al proceso, dada la naturaleza de las maniobras reprimidas por la ley en cuestión". Esta afirmación, falsa en no pocos casos, es, evidentemente, insostenible.

Y siguiendo la historia de los casos "Sotelo" y "Siribelli", una síntesis de esta posición la brinda la última resolución tomada por la CNPE con respecto al caso "Sotelo", aunque no puedo decir si se trata del mismo u otro proceso: "el art. 17 de la ley 23.771 no resulta inconstitucional pues si bien la ley ha impuesto la obligatoriedad de fijar una caución de carácter real, ello en modo alguno vulnera la CN desde que el motivo por el que se impuso dicho ti-

<sup>24</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la ciudad de Buenos Aires. Decisión del 30.10.1991.

po de caución es asegurar la comparecencia del imputado, no impidiendo que el mismo, merced a excarcelación o eximición de prisión, permanezca en libertad durante el proceso<sup>25</sup>.

## **2.5. Síntesis**

De la reseña de los criterios jurisprudenciales practicada es posible extraer la opinión dominante en la interpretación del art. 17 de la LPT: en los procesos por delitos contenidos en esa ley, cuando es procedente la exención de prisión o la excarcelación, éstas se concederán siempre bajo caución real, a pesar de que, en la fijación del monto de la caución, los tribunales pueden dejar de lado una correlación directa con el monto del supuesto perjuicio fiscal, cuando ese monto no se conozca con precisión o cuando la correlación resulte irrazonable. Pero, lo que queda en pie, es que la caución siempre será económica.

A continuación me ocuparé de contestar a la pregunta acerca de si es adecuada a la CN esta afirmación.

## **§ 3. LA SOLUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN**

### **3.1. La Constitución y la restricción de la libertad durante el proceso penal en general**

I. No es posible comprender el problema de la libertad del imputado sin un examen previo de la misión del proceso penal en general, porque, según es admitido de manera dominante, las medidas de coerción del proceso penal —y la restricción de la libertad es la más grave de ellas— sólo son justificables por su naturaleza cautelar, esto es, por su función asegurativa de los fines del proceso.

En palabras sencillas, el fin principal de un proceso penal es la recomposición de la paz y seguridad jurídicas a través de la realización efectiva de la ley penal, en un doble sentido: dado un caso concreto, (a) debe ser verificada racionalmente la existencia de los requisitos legales que autorizan la aplicación de una pena, y (b) debe ser aplicada esa pena o no, según el resultado de la compro-

<sup>25</sup> Resolución de la Sala B del 31.3.1993. Idem en "Jofre", de la Sala A, del 30.12.1993.

bación antedicha<sup>26</sup>. Misiones accesorias y eventuales del proceso penal son rehabilitar a la víctima, imponer una condena civil resarcitoria de los daños ocasionados con el delito y rehabilitar al imputado cuando fue acusado injustificadamente<sup>27</sup>.

Sin embargo, las metas del proceso no pueden ser alcanzadas a cualquier precio<sup>28</sup>. Otra meta del proceso penal es garantizar el respeto de la dignidad del imputado y sus derechos fundamentales. Esto significa que las investigaciones penales estatales están limitadas por ciertos principios, expresados en derechos y garantías constitucionales, que constituyen la *Charta Magna del inculpa-do*<sup>29</sup>. Estos límites se traducen en prohibiciones metodológicas de la investigación penal. Así, no es posible obtener información de las personas a través de tormentos, engaños, amenazas, promesas, etc. Tampoco es posible para el investigador penal, regularmente, intervenir en la intimidad de las personas, escuchar sus voces, leer sus cartas o registrar cuerpos o domicilios sin autorización jurídico-racionalmente fundada. La comprobación de los requisitos de un tipo penal a través de prácticas prohibidas en resguardo de derechos fundamentales no es considerada una demostración válida

<sup>26</sup> Cf. MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. 1a, ps. 111 y ss. (especialmente 120). La consigna (a) aparece tradicionalmente mencionada como "averiguar la verdad" o "descubrir la verdad". No sin cierta hipocresía, prefiero las palabras utilizadas en el texto, para intentar, de ese modo, eludir toda discusión, por cierto en gran parte escolástica, acerca del concepto de verdad y sus funciones epistemológicas y jurídicas.

<sup>27</sup> Cf. PFEIFFER, Gerd, *Grundzüge des Strafverfahrensrechts*, 2ª ed., C.H. Beck, Munich, 1993, p. 2.

<sup>28</sup> Cf. ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 23ª ed., C. H. Beck, Munich, 1993, ps. 3 y 157, con cita de la jurisprudencia alemana: "no es un principio de la Ordenanza Procesal Penal que la verdad deba ser investigada a cualquier precio" (BGHSt 14, 358, 365).

<sup>29</sup> PFEIFFER (cit. n. 27), p. 13. En palabras de BINDER, el conjunto armónico de estos límites configura un escudo protector de la dignidad humana, frente al uso arbitrario o abusivo del poder penal del Estado (de la tercera de las diez proposiciones relativas a la prescripción de la acción penal de BINDER. Alberto M., *Prescripción de la acción penal: la secuela del juicio*, en "Justicia penal y Estado de derecho", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 130. Para CARRARA, "el verdadero guardián de la libertad civil es el rito del procedimiento penal" (*Programa de derecho criminal*, cit. por DE LA RÚA, Fernando, en colaboración con DÍAZ CANTÓN, Fernando, *La casación penal*, 2ª cd., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1994, ps. 21, n. 71).



para fundar una condena. Un exposición exhaustiva de todos los principios limitadores de la misión autoimpuesta por el Estado en su actuación procesal penal es incompatible con el objeto de este trabajo. Suficiente es aquí con señalar que, por razones históricas, políticas y culturales, por todos conocidas, el proceso penal de un Estado de derecho moderno depende de la constitución estatal, de forma tal que, para el Estado, un proceso penal concreto no es más, si se quiere, que una “carrera de ‘obstáculos’ constitucionales” que no pueden ser salvados más que limpiamente. El proceso penal del Estado de derecho debe ser administrado dentro de los límites que imponen los derechos fundamentales de las personas. Esta es la llamada función de protección personal que también debe cumplir el proceso penal<sup>30</sup>.

II. En cuanto al problema de la libertad del imputado, desde el punto de vista de las garantías constitucionales, la solución es categórica: “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo” (CN, 18: principio *nulla poena sine iudicio*). Por lo tanto, hasta que una pena no ha sido aplicada por una sentencia firme, culminación de un proceso en el que todas las garantías y derechos básicos hayan sido respetados, no es posible restringir la libertad a la que todo habitante de la República, acusado o no de haber cometido un delito, tiene derecho (CN, 14). De estas reglas fluye el llamado principio de inocencia según el cual hasta la sentencia firme de condena el imputado no puede ser tratado como culpable. La traducción práctica más relevante de este principio es la imposibilidad de poner al imputado en prisión, por cuanto ésta es la consecuencia jurídica que recibe el culpable, mas no el no culpable. Conclusión lógica de estos razonamientos es la afirmación de la existencia de una prohibición constitucional de privar a una persona de su libertad antes de la sentencia<sup>31</sup>. Esta solución parece correcta porque, cualquiera sea la justificación del encarce-

<sup>30</sup> Cf. MAIER, op. cit., t. 1a, ps. 116 y siguientes.

<sup>31</sup> Cf. RODRIGUEZ, Mariano, La prisión preventiva en la picota, en “Semanao Jurídico”, Córdoba, 1989, t. LVII, ps. 17 y ss.; PÉREZ BARBERÁ, Gabriel E., Prisión preventiva y excarcelación, en LL (Córdoba), 1992, ps. 1070 y ss.; y, categóricamente, VITALE, Gustavo L., La prisión de presuntos inocentes, en “Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la U.N. del Comahue”, General Roca, 1993, n° 1 ps. 90 y siguientes.

lamiento procesal, él siempre será, aunque no dogmáticamente, una pena anticipada, una aplicación de una pena sin condena, en definitiva, una pena inconstitucional porque significa tratar como culpable, inevitablemente, a quien la CN todavía considera inocente. (Recuérdese, de todos modos, que el proceso penal mismo, con encierro o sin él, representa ya, invariablemente, una “pena” para el imputado<sup>32</sup>). La situación puede ser replanteada en cierto modo paradójico: el Estado no puede cumplir sus fines procesales de investigar los delitos y aplicar las penas a cualquier precio, pero sí debe exponerse a pagar ciertos precios, en moneda de frustración de aquellos fines, para cumplir con su otro fin procesal penal: el respeto por la dignidad de las personas y sus derechos elementales. Respetar estos principios puede conducir a que un imputado, por ello en libertad, se fugue u obstaculice el proceso, “pero ningún valor o principio es satisfecho sin costo. Y este es un costo que el sistema penal, si va a salvaguardar su razón de ser, debe estar dispuesto a pagar”<sup>33</sup>.

Sin embargo, nuestra literatura ha admitido que la prohibición no es absoluta y que el derecho a la libertad ambulatoria puede ser restringido durante el proceso penal, excepcionalmente, bajo determinadas condiciones<sup>34</sup>. Algunos autores han encontrado fundamento constitucional a esa práctica estatal: el arresto judicial tolerado por la CN, 18<sup>35</sup> o la referencia a la seguridad como finalidad de la cárcel efectuada en el mismo artículo<sup>36</sup> y entendiendo “cárcel” también —o predominantemente— como encierro de procesados. Para otros, se trata, simplemente, de la limitación razonable de un derecho constitucional, pero no de un “derecho constitu-

<sup>32</sup> Problema conocido como el de “la pena de proceso” o “el proceso como pena” (cf. FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e Ragione*, 2ª ed., Laterza, Roma-Bari, 1989, p. 760).

<sup>33</sup> FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 571.

<sup>34</sup> Así, p. ej., MAIER, *op. cit.*, t. 1b, p. 285: “el procedimiento penal no puede prescindir, al menos en el estadio cultural actual, de ciertas intervenciones en el ámbito de la libertad del ser humano reconocido por la ley básica, con el fin de proteger sus propias metas”.

<sup>35</sup> Cf. MAIER, *op. cit.*, t. 1b, p. 275.

<sup>36</sup> Así, p. ej., CAFFERATA NORES, JOSÉ I., *Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Depalma, Buenos Aires, 1992.

cional del Estado a encerrar personas sometidas a proceso”<sup>37</sup>. Pero nuestra Corte Suprema nacional ha señalado que no sólo se trataría de una limitación al derecho de todo habitante a gozar de su libertad hasta que una sentencia firme de condena le imponga una pena, sino que, antes bien, se trataría de un derecho del Estado a aplicar encarcelamientos preventivos para proteger sus fines<sup>38</sup>.

III. Ahora bien, ¿bajo qué presupuestos puede ser limitada la libertad de una persona imputada de haber cometido un delito sin que con ello se violen garantías constitucionales? Evidentemente, para un sector de la doctrina, la respuesta es obvia: bajo ningún presupuesto. Para la opinión dominante, sin embargo, ello es posible si la prisión preventiva persigue únicamente el objeto de asegurar los fines del proceso. Si un inculpado libre pudiera sustraerse al proceso a través de su fuga, o bien obstaculizar la investigación con acciones determinadas, entonces, las misiones del proceso de demostrar las condiciones legales exigidas para la aplicación de la pena y la realización misma de la ley penal se verían comprometidas. Estas condiciones se refieren al aspecto puramente procesal del problema y se conocen como “peligrosismo procesal” para los fines de la investigación penal (peligro de fuga y peligro de entorpecimiento). Por lo demás, para la procedencia del encarcelamiento preventivo también es exigido un mérito sustantivo concreto: que el inculpado aparezca, con gran probabilidad, como autor o partícipe de un hecho punible determinado (CPP, 306: “elementos de convicción suficientes” [procesamiento]). El sistema se completa con el funcionamiento de ciertos principios interpretativos adicionales<sup>39</sup>, especialmente aquellos que establecen el carácter

<sup>37</sup> Así en CARRIÓ, Alejandro D., *La libertad durante el proceso penal y la Constitución nacional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, ps. 40 y siguientes.

<sup>38</sup> Caso “Todres” (CSN, Fallos, t. 289, p. 297). Cf., sobre este caso, los comentarios críticos, que rescatan lo destacable del fallo, de CARRIÓ, op. cit., ps. 33 y ss.; y MAIER, Julio B.J., *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1981, ps. 48 y siguientes.

<sup>39</sup> Cf. PASTOR, Daniel R., *El encarcelamiento preventivo*, en AA.VV., *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993, ps. 43 y siguientes.

excepcional de las restricciones a la libertad durante el procedimiento y la preferencia por medidas asegurativas de los fines del proceso, alternativas a la prisión, menos cruentas y de cumplimiento posible.

Hasta aquí un panorama general introductorio sobre el problema de la privación de libertad del inculgado durante el proceso penal.

### **3.2. La Constitución y la restricción de la libertad en el proceso penal por delito fiscal en particular**

De regreso al art. 17 de la LPT, en conocimiento del programa procesal penal de la CN en materia de encarcelamiento preventivo, es posible asegurar que:

a) es inconstitucional toda regla que establezca obligatoriamente la privación de la libertad del imputado o condiciones para el aseguramiento de la libertad procesal que no se relacionen con una situación de peligrosismo procesal (peligro de fuga o peligro de obstaculización) de la que se tenga certeza en el caso, porque una regla tal, según la opinión dominante, excede el marco aceptado de autorización constitucional para un encarcelamiento preventivo y resulta absolutamente repugnante a la prohibición de aplicar penas sin juicio previo (CN, 18);

b) la obligatoriedad abstracta de asegurar siempre bajo caución real los compromisos procesales de una persona perseguida por delitos de la LPT es inconstitucional, no sólo por lo afirmado precedentemente, sino también por cuanto únicamente de la prueba del caso puede surgir la necesidad, racionalmente fundada, de que una situación de peligrosismo procesal deba ser neutralizada de determinado modo, dado que, de lo contrario, además de violarse el sistema constitucional de autorización de encarcelamientos preventivos, se estaría también usurpando, a favor del legislador, la función judicial, correspondiente en nuestro sistema constitucional a los jueces (CN, 1, 108, 116 y cc.), de determinar la existencia del peligrosismo procesal y la medida necesaria para neutralizarlo;

c) pero también resulta inconstitucional la correlación entre monto del perjuicio y monto de la caución que establece el art. 17 de la LPT, toda vez que la única función atribuible constitucionalmente al encarcelamiento preventivo y sus medidas alternati-

vas, es asegurar los fines de la acción... penal y no los fines del procedimiento para la obtención del resarcimiento del daño causado con el delito, ya que para asegurar esos fines existen medidas específicas (embargo, inhibición general de bienes, etc.) y el monto de una caución destinada a asegurar los fines del proceso penal debe ser fijado de acuerdo a la gravedad del peligro que amenaza esos fines y en la medida necesaria para asegurarlo, de modo tal que, en los casos concretos, no puede haber vinculación alguna entre perjuicio y caución<sup>40</sup>;

d) el único momento en el cual la extensión del daño causado con el delito juega un rol trascendental para el derecho penal es en la definición del caso, para excluir la pena o, en caso de aplicarla, para determinar su duración<sup>41</sup>, con lo cual se confirma que la valoración del perjuicio supuestamente causado con el delito a los fines de resolver si el imputado verá su proceso en libertad o en prisión no es más que una anticipación, prohibida por la CN, de una escena que corresponde al último acto del proceso penal, la sentencia definitiva, aquella que se funda en la certeza de lo sucedido y no, como las medidas cautelares, en una mera sospecha;

e) la posible vulneración del principio constitucional de igualdad ante la ley (CN, 16) no es un argumento suficiente para cuestionar la exigencia de correlación entre extensión de la caución y extensión del perjuicio, dado que la interpretación unánime del alcance de ese principio a través de la fórmula, seguramente razonable, "igualdad para los que están en las mismas situaciones"<sup>42</sup> neutraliza la aplicación práctica del principio cuando el caso es diverso<sup>43</sup>;

<sup>40</sup> A tal punto que, inclusive, el monto de la caución puede ser mayor que el del perjuicio si ello es necesario para neutralizar la situación de peligrosismo procesal del caso.

<sup>41</sup> Así, LPT, 14 y CP, 41, 1; cf. PINTOS, op. cit.

<sup>42</sup> Cf. CSN, Fallos, t. 182, p. 356, entre muchos otros idénticos.

<sup>43</sup> Aunque, por la afectación del principio "juicio previo" (CN, 18), resulte inconstitucional toda restricción de la libertad procesal cuando ella sea una obligación para el tribunal de acuerdo al tipo de delito objeto del procedimiento, dado que ello implica, más que nunca, hacer cumplir al encarcelamiento preventivo, en el caso de esos delitos, el rol de la pena, pero sin el juicio y la prueba públicos que autorizan la imposición de aquella. En estos supuestos es expreso el fundamento

f) en realidad, repito, se trata de la afectación del principio *nulla poena sine iudicio* o debido proceso legal (CN, 18), vulneración que implica la inobservancia de su manifestación más importante, el trato de inocente, a través de la aplicación, anterior al juicio y la condena, de medidas restrictivas de la libertad del imputado que significan, también, la anticipación de la condena civil;

g) debe ser advertido, de todos modos, que desde 1992, con la sanción de un nuevo CPP Nación, la prisión preventiva, al menos en el ámbito federal<sup>11</sup>, ya no es obligatoria para el tribunal cuando el procedimiento alcanza el grado probatorio que antes la tornaba inevitable (procesamiento), por lo cual la necesidad de neutralizar una orden de prisión preventiva es más reducida;

h) el CPP Nación, vigente con posterioridad a la LPT, impone la caución juratoria como regla (art. 321) y esto plantea la discusión, que aquí quedará abierta, de si el CPP derogó o no el art. 17 de la LPT, sobre todo cuando sienta el principio racional de

---

inconstitucional de la regla: ella debe cumplir los fines de la pena. Por ello, fueron consideradas inconstitucionales las prohibiciones a la excarcelación en los casos de delitos específicos (cf. MAIER, op. cit. en n. 38, ps. 39 y ss.; HENDLER, Edmundo S., Inconstitucionalidad de las restricciones a la excarcelación, en *Doctrina Penal* [1984], ps. 729 y ss.; ZAFFARONI, Eugenio R., Inconstitucionalidad de los llamados delitos no excarcelables, en *Doctrina Penal* [1984], ps. 535 y ss.; VITALE, Gustavo L., Reforma neuquina en materia de "excarcelación". Ley 1821. Su inconstitucionalidad, en *Doctrina Penal* [1990], ps. 471 y ss.; y TAMINI, Adolfo Luis, Dos resoluciones judiciales y el tema de la constitucionalidad de las restricciones a la excarcelación, en *Doctrina Penal* [1985], ps. 141 y siguientes). Este criterio, que parecía abandonado (cf. PINTOS, op. cit.), reaparece, aunque en cierta forma oblicuamente, en el art. 17 de la LPT y, más recientemente, en el art. 10 de la ley 24.390, que impide el cese del encarcelamiento preventivo por el transcurso del tiempo en el caso de ciertos delitos determinados (ley 23.737, arts. 7 y 11). Recuérdese que el Proy. del Poder Ejecutivo, luego vuelto LPT, establecía la "inexcarcelabilidad" de todos los imputados por delitos de esta ley. Piénsese en esa regla proyectada y en el art. 14 de la LPT. EDWARDS, Carlos E., en *Régimen Penal Tributario* (Astrea, Buenos Aires, 1993, ps. 117 y ss.) considera que el art. 17 de la LPT es inconstitucional, en contra de lo que sostengo en el texto, por violación del principio de igualdad ante la ley. Para ese autor la regla en cuestión es también inconstitucional por "contrariar el orden de competencias que fija nuestra Constitución nacional" (cit., p. 118). Sin embargo, la propia letra de la ley indica que ella rige exclusivamente para el ámbito federal ("rentas fiscales o previsionales nacionales").

<sup>11</sup> Y esto rige para la mayoría de las provincias argentinas.

que “queda absolutamente prohibido fijar una caución de imposible cumplimiento” (CPP, 320, in fine).

#### § 4. CONCLUSIONES

No es vana la afirmación de que en la Argentina se vive en “estado de sitio tributario”. La LPT, por la vaguedad de sus descripciones típicas, por las insólitas facultades procesales que le atribuye a la autoridad administrativa y, sobre todo, por la constitucionalmente intolerable condición que impone para la libertad del imputado durante el procedimiento, es, sin lugar a dudas, un instrumento inadmisibles para el cumplimiento de los fines de la política económica estatal. En un estado de derecho no hay lugar para políticas de “perseguir y recaudar”<sup>45</sup>. En otras palabras, el precio que establece la LPT, en moneda de menoscabo de derechos fundamentales, no puede ser pagado para mejorar la política de recaudación fiscal.

En resumen final, puedo afirmar que no es correcto, aunque así lo afirme la jurisprudencia dominante, que el art. 17 de la LPT sea adecuado a la CN. En verdad, él es inconstitucional ya por establecer obligatoriamente una medida asegurativa de los fines del proceso determinada en abstracto (la libertad bajo caución real), como también por vincular el monto de esa garantía a la estimación del perjuicio, destruyendo la vigencia del principio de inocencia derivado de la prohibición de aplicar penas sin juicio previo (CN, 18). Esta declaración de inconstitucionalidad, lejos de ser innecesaria, es obligatoria para cada juez de la República, a pesar de que, por cierto, bienvenida debe ser la jurisprudencia que, sin declarar la inconstitucionalidad del art. 17, de todos modos, no lo aplica totalmente y sólo reconoce la vigencia de la caución real obligatoria sin vinculación al monto del perjuicio supuesto, bajo la triple condición de un silogismo, tan intrincado como, él sí, innecesario.

<sup>45</sup> Lema hoy en boga en los medios masivos de comunicación.





# Emergencia criminal y sistema penal\*

*Giuliano Vassalli\*\**

1. El lector no italiano de cuestiones penales que mantenga contacto con la literatura jurídico-penal de nuestro país, rica en manuales de categoría y en monografías que profundizan cada vez más tanto en el campo de la dogmática como en el de la política criminal, no lograría siquiera formarse una idea cercana de lo que desde hace muchos años (por lo menos quince o veinte) se está consumando en la realidad criminal, judicial y penitenciaria italiana. A lo sumo seguirá los frecuentes cambios de orientación de la legislación, recogerá alguno de los frutos de aquello que en determinado momento de la parábola ha empezado a ser denominado “emergencia”, se preguntará acerca de las disputas creadas alrededor del código procesal de 1988 y de sus interpretaciones, leerá (menos en los libros de derecho que en los periódicos) acerca de la explosión de la llaga pestilente de la corrupción elevada a sistema político-administrativo y ejercida desde los niveles más altos a los más bajos, se asombrará por la consolidación de la mafia y del tráfico de estupefacientes (tal vez no más en Italia que en otros países), pero terminará por considerar estos fenómenos como pasajeros o marginales y por imaginar que el sistema penal italiano es, más o menos, uno de los tantos sistemas penales tradicionales, por cierto no de los peores, orientado, como tantos otros, hacia el sendero de las reformas dictadas a veces por planteos académicos y más a menudo por la experiencia.

\* Tr. de Gerónimo Seminara.

\*\* Profesor emérito de la Universidad de Roma. Juez de la Corte Constitucional Italiana.

Lo mismo ocurrirá a quien lea las propuestas de una reforma orgánica del derecho penal y de sustitución de un sistema atrasado y contradictorio en muchos aspectos, por uno moderno. He dado cuenta debidamente a los lectores argentinos (colaborando en los estudios en memoria de mi viejo amigo Isidoro DE BENEDETTI) del proyecto redactado por la comisión ministerial presidida por el Prof. Antonio PAGLIANO y compuesta por otros prestigiosos estudiosos (dos de los cuales, LATAGLIATA y BRICOLA, lamentablemente han fallecido en forma prematura), y tratado de mostrar cómo este proyecto es el primero en contener una propuesta de sustitución integral del código de 1930 después del (abandonado) de 1949-1950 y cómo —tanto en la parte general como en la especial— tiene en cuenta una ya larga experiencia científica y jurisprudencial y trata de regular formas delictivas enteramente nuevas, nacidas como consecuencia del progreso de ciertas tecnologías o, en todo caso, como consecuencia de la evolución de la sociedad. Sin embargo, en este proyecto, que se mantiene oportunamente en el carril de las grandes reformas tradicionales, no se regula ni el tratamiento de los delitos vinculados a la mafia ni al tráfico de estupefacientes, que hoy en día representan la preocupación dominante, incluso para el Estado italiano. Sólo se prevé, en la parte general (art. 21), entre las circunstancias agravantes comunes, el “fin de terrorismo o de intimidación mafiosa” y en la parte especial (art. 97), entre las circunstancias agravantes de la asociación ilícita, el hecho de estar la asociación “dirigida hacia la producción, tráfico, despacho o tenencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas”. La relación introductoria de la parte especial (nº 3) concluye textualmente con estas palabras: “No se ha creído oportuno, sin embargo, incluir en el código algunas incriminaciones importantes (entre ellas las relativas a los hechos de la mafia, a los armamentos, al comercio y uso de estupefacientes), porque las técnicas de lucha contra esos ilícitos (y, tal vez, los mismos fenómenos) están demasiado ligadas a la contingencia de los tiempos como para que puedan ser formalizadas de manera estable en un código”.

Con lo cual me parece confirmado que, ni acudiendo a las regulaciones sistemáticas del derecho positivo, ni acudiendo a las reformas proyectadas para el futuro es posible tener una idea exacta de la situación que se vive en Italia.

2. El concepto de “emergencia criminal”, después de haber sido

durante casi veinte años objeto de tantos y tan perspicaces tratamientos, debe, para Italia, considerarse ampliamente superado. Por cierto que tal concepto es muy poco productivo para reflexiones que pretendan no fundarse sobre el vacío. La emergencia es un concepto ligado a la idea de crisis, de brevedad, de excepcionalidad, y tal vez también de imprevisibilidad. Ahora bien, desde el punto de vista de la historia criminal, en estos últimos veinte años hemos vivido una sola emergencia: la del terrorismo y, precisamente, del terrorismo interno, de diversos colores. Éste produjo reacciones de orden penal en el plano del derecho sustancial, procesal y penitenciario, cuyos efectos aún perduran parcialmente, incluso cuando ciertos casos han sido reabsorbidos, sobre todo debido a la legislación sobre la disolución del terrorismo y a reformas penitenciarias generales consideradas (al menos parcialmente) aplicables también a los condenados por terrorismo. Desde luego, cuando hablamos de “reabsorción” usamos la expresión en sentido genérico, pues bien sabemos que el sufrimiento individual no puede medirse con el metro de la estadística o con el de la estimación sociológica.

Por muchos años se impuso la costumbre, incluso entre los juristas, de hablar de “emergencia” también en relación a la criminalidad vinculada a la mafia: a menudo se decía (y aún se dice todavía, pero se trata de rastros de retaguardia) “emergencia terrorista y mafiosa”, para justificar disposiciones especiales en contra de estas formas de criminalidad. Por cierto, la vastedad y el carácter temible de la mafia y de organizaciones similares (camorra, ‘ndrangheta calabresa, etc.) había “emergido” sobre todo en los primeros años de la década del ochenta, pero el fenómeno era archiconocido y se habían adoptado medidas especiales de prevención (incluso medidas restrictivas de la libertad personal, que no obstante la no necesaria vinculación con un delito y la finalidad de pura prevención especial, ZAFFARONI y otros denominarían “penas”) precisamente en relación a aquel fenómeno específico, hace ya treinta años (ley del 31 de mayo de 1965, n° 575: “Disposiciones contra la mafia”). Por mucho que quiera relativizarse el factor “tiempo” en materia de emergencias, diría que los límites de la emergencia misma, incluso a fines terminológicos, han sido ampliamente superados.

La lucha contra la mafia como tal, por medio del derecho penal,

comenzó con las leyes de 1982, emanadas al día siguiente del asesinato del prefecto DALLA CHIESA (Palermo, 3 de septiembre de 1982) y continuó in crescendo hasta hoy. Desde 1982 se ha tratado no sólo de medidas de prevención, tanto personales como patrimoniales, del tipo que podríamos denominar tradicional, sino también de la creación de verdaderos y propios tipos penales dedicados a la mafia como tal, con prescindencia de los delitos cometidos por organizaciones mafiosas o por individuos vinculados a ella. Hacemos referencia al famoso (al menos en Italia) art. 416 bis, que introduce en el código penal, después de la asociación ilícita común, el delito de "asociación de tipo mafioso": una norma que durante más de diez años ha sido ampliamente aplicada y cuya aplicación ha sido extendida en 1992 al nuevo delito de "intercambio electoral político-mafioso", con la inserción en el código penal, 416 ter. También en el ámbito del proceso penal la lucha contra la mafia se manifestó en una serie de disposiciones más restrictivas de los derechos individuales. Bastaría pensar en los presupuestos para la restricción de la libertad personal a los fines del proceso, pero sobre todo en la ampliación de los términos de duración máxima de la custodia cautelar en la cárcel, objeto de varias disposiciones legislativas adoptadas con urgencia en los años 1989, 1990, y 1991 a fin de que no pudieran recuperar la libertad antes de la sentencia definitiva condenatoria imputados de delitos mafiosos implicados en procesos de larga duración (el principal de estos maxi-juicios tuvo casi quinientos imputados). Lo mismo ocurrió en el campo del derecho penitenciario, en el que los condenados por delitos de mafia fueron privados progresivamente de beneficios y en el que la peripezia culminó (al día siguiente del asesinato del magistrado Giovanni FALCONE, el 23 de mayo de 1992) con la introducción en la ley penitenciaria del art. 41 bis, en virtud del cual se ha previsto (y aplicado) un régimen de seguridad carcelaria particularmente severo para los principales imputados o condenados por delitos de mafia (y por otros graves delitos indicados en el art. 4 bis de la misma ley), tendiente a impedir todo contacto con el exterior y toda posibilidad de impartir directivas criminales desde la cárcel. Las medidas contra la mafia no se limitaron a las materias penales o a las de la prevención para-criminal. Con una serie de disposiciones, que culminaron con la ley del 19 de marzo de 1990, n° 55, se adoptaron medidas de prevención en el sentido más lato y típicamente administrativo: prohibiciones

de licencias o autorizaciones, de concesiones, de contrataciones, de inscripciones en matrículas, etc., y todo ello con el fin de “cortar el pasto bajo los pies” a las iniciativas industriales, edilicias, agrícolas o comerciales de sujetos sospechados de vinculaciones mafiosas.

Y bien, de todas las medidas referidas, tanto las no penales como las penales, sólo el citado art. 41 bis tiene una vigencia temporaria (que, por otra parte, seguramente será prorrogada en junio de 1995). Todas las otras son disposiciones —como se dice en lengua italiana— a regime, es decir, orgánicamente insertadas en la legislación en la que están destinadas a permanecer por tiempo indeterminado. De modo que no se comprende, ni siquiera desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, cómo puede hablarse de “emergencia” para los delitos de mafia y las contramedidas relativas.

Paralelamente al crecimiento amenazante y cada vez más extenso de la mafia se ha producido en Italia y en otros países, el del tráfico de estupefacientes, tráfico del cual las organizaciones mafiosas obtienen, desde ya hace muchos años, su principal alimento. También en este campo ha surgido una legislación que en un primer momento pudo parecer a alguien excepcional y temporaria, pero que por el contrario se ha vuelto estable como aquella contra la mafia. No podría ser de otra manera, dado que el tráfico de drogas está en aumento en todo el mundo y nada hace pensar, fuera de la consolidada voluntad de lucha represiva, incluso a nivel internacional, en su posible disminución futura. No aludiremos aquí a las medidas penales o parapenales adoptadas, entre otras razones porque algunas son análogas a las medidas contra la mafia: por ejemplo, la creación del delito de una especial asociación ilícita referida al tráfico de estupefacientes. Las mismas son agrupadas en el fundamental texto único aprobado a través del decreto presidencial del 9 de octubre de 1990, n° 309. Sin embargo, es oportuno recordar que con la ley del 26 de junio de 1990, n° 162, incluida luego en el mencionado texto único, fueron introducidas en Italia —siguiendo el modelo estadounidense—, con la finalidad de descubrir más fácilmente los tráficos y sus conexiones, los institutos de la adquisición simulada de drogas (legitimación expresa del agente provocador) y del retardo u omisión de captura, arresto o secuestro (art. 84 bis y 84 ter). Estos institutos son completamente nuevos para el ordenamiento italiano, siendo el segundo en al-

guna medida, contrastante con la obligatoriedad del ejercicio inmediato de la acción penal en presencia de la noticia de la comisión de un delito. También están muy lejos de estar destinados a desaparecer; por el contrario, mediante sucesivas leyes dichos institutos han sido ampliados a la persecución de otros delitos, como la receptación de armas y el reciclaje de dinero de otros bienes de procedencia ilícita (art. 12 quater de la ley nº 456 del 7 de agosto de 1992). Por lo que también en este caso hablar de emergencia sería verdaderamente un despropósito.

Junto a los delitos vinculados a la mafia, otros graves fenómenos criminales han crecido en los últimos años, además del tráfico de estupefacientes. Algunos están vinculados con actividades mafiosas o representan un sub-producto de éstas. Otros pueden ser totalmente independientes, aunque no sean menos peligrosos ni estén, lamentablemente, menos difundidos. Nos referimos a la extorsión y a la usura. Las extorsiones se han vuelto en los últimos años un fenómeno de difusión simplemente espantoso en muchas regiones de Italia. Más allá de tratarse de una situación inaceptable en el plano de un Estado mínimamente ordenado, son causa de desesperación, de sufrimiento, de homicidios, de suicidios. Hay zonas en las cuales no se puede ejercer profesión, comercio, industria, ni oficio alguno sin tener que pagar periódicamente el denominado pizzo a hombres enviados por organizaciones mafiosas o camorristas. En efecto, si se exceptúan los casos esporádicos de pequeñas organizaciones improvisadas o de individuos que tratan de operar por su cuenta; también la extorsión o racket es uno de los canales de aprovisionamiento de las asociaciones mafiosas. Contra ellas, por ende, las leyes penales y de prevención, las referidas al proceso penal y las penitenciarias han dispuesto medidas de tutela especial o refuerzos análogos y a menudo idénticos a los previstos para los miembros de asociaciones mafiosas: así ha ocurrido —a título de ejemplo— en el ámbito de las escalas penales, que han sido fuertemente aumentadas (para la extorsión simple el mínimo ha sido llevado en 1991 a cinco años de reclusión en tanto que para algunas extorsiones agravadas el máximo puede llegar hasta veinte años), en el ámbito de las medidas restrictivas de la libertad personal durante el proceso (con la implantación de la prisión preventiva obligatoria, en la cárcel, y con el aumento de los términos de duración máxima de la prisión preventiva misma), en

el ámbito penitenciario (mediante la privación de beneficios o subordinándolos a condiciones particularmente rigurosas). Idéntico tratamiento ha sido obviamente previsto también para los delitos de secuestro de persona con fines de extorsión, que son menos frecuentes en los últimos años, pero siempre fuente de angustias y sufrimientos inhumanos.

Además, específicamente contra los delitos de extorsión y de secuestro de persona con fines de extorsión (además de en relación a los robos agravados y al tráfico de estupefacientes) han sido creados desde 1978 y perfeccionados en los primeros años de la década del noventa los nuevos tipos legales del reciclaje (es decir, de actividades que tienen la finalidad de ocultar la proveniencia ilícita de bienes) y del “uso de dinero, bienes o utilidades de proveniencia ilícita” (arts. 648 bis y 648 ter del código penal). Todas normas destinadas a ocupar ciertamente un espacio estable en nuestra legislación penal, como en la de otros países.

En cuanto a la usura, que en otros tiempos era (incorrectamente) considerada un delito menor, en 1992 se establecieron aumentos apropiados de las escalas penales; pero se ha comprobado que ello no es suficiente. Se han descubierto ramificaciones capilares y amplísimas del fenómeno, y organizaciones dedicadas, en modo más o menos enmascarado, a este delito. El legislador italiano, en el momento en que escribimos, está reestructurando el tipo legal correspondiente y dotando a las fuerzas del Estado de medios preventivos y represivos más idóneos. También aquí, como en los delitos antes indicados, sólo se trata de “emergencias” en el sentido del descubrimiento de hechos de los cuales no se había sabido ver antes su amplitud. Las reformas legislativas están destinadas por su naturaleza a no tener fin, así como la sed de lucro y de explotación de las necesidades del prójimo, con las que se corresponden las figuras delictivas a las que nos referimos.

Antes de comenzar a analizar los últimos grandes capítulos del aumento de la criminalidad en Italia (corrupción y la denominada “minicriminalidad”) debemos agregar que para los delitos de mafia se ha recurrido ampliamente al fenómeno denominado pentitismo<sup>1</sup>, vale decir, a la colaboración de quienes hasta cierto momen-

<sup>1</sup> N. de T. : arrepentimentismo, en su traducción estrictamente literal y neologista.

to formaron parte de la asociación mafiosa (o incluso fueron jefes) y cometieron delitos de sangre a menudo innumerables. Este uso de los “arrepentidos” ya había sido relevante durante el terrorismo y probablemente fue determinante de la victoria en su contra. Por otra parte, sólo en los años de intensificación de la lucha contra la mafia y después de largas y tempestuosas polémicas, el mismo ha sido elevado a sistema, mediante formas que tratan de reproducir, de modo compatible con nuestro diverso ordenamiento general, los modelos estadounidenses. No sólo se trata de fuertes reducciones de pena, tratamiento procesal privilegiado, concesión de beneficios penitenciarios no obstante la gravedad y el altísimo número de delitos cometidos por los “arrepentidos”, sino de un verdadero sistema de protección de la vida y de la integridad de los arrepentidos y de sus familiares. Al fin de cuentas, frente a las profundas diferencias que existen entre las motivaciones del pentitismo terrorista y político y las del pentitismo de mafia, en razón de los inmensos peligros corridos por los arrepentidos de la mafia, por sus familiares y por sus amigos, el único modo de hacer productivo el sistema es el de una protección cada vez más eficaz: la misma tuvo origen en un decreto-ley de 1991, es perfeccionada constantemente y ha rendido indudablemente resultados conspicuos.

Regresemos ahora a los otros dos fenómenos criminales “emergidos” y particularmente difundidos en los últimos años: la denominada microcriminalidad y la corrupción.

Por microcriminalidad se entiende, más allá de su significado literal, la intensificación, la proliferación y la casi instauración de una cantidad de delitos menores, que hacen cada vez menos habitables algunos centros poblados y que disminuyen la tutela de la seguridad de las personas: hurtos agravados y en casas de vivienda, pequeños robos, venta de estupefacientes y delitos vinculados a la necesidad de obtener dinero para la droga, la prostitución molesta, y delitos vinculados a ella, agresiones sexuales y similares, a los cuales podrían agregarse, aun no siendo intencionales, los delitos causados por conductas indisciplinadas de automotores. Contra todos estos delitos, no se ha sentido —salvo en forma limitada— la necesidad de recurrir a leyes especiales, modificadoras del sistema penal, procesal y penitenciario existente. Sin embargo, estos delitos son causa de notable alarma social y no están, por cierto,



destinados a disminuir en el futuro. Por el contrario, con los problemas creados también en Italia por la creciente inmigración clandestina, de personas que son llamadas “extracomunitarias” (por provenir de países que no pertenecen a la Comunidad europea, sino de países del Este europeo, de África y de Asia y también de algunos países de América Latina), también estas formas de criminalidad no podrán más que aumentar.

Finalmente, tenemos el enorme problema de la corrupción (incluyendo por ahora bajo este nombre, también a la concusión). La corrupción en Italia, como en cualquier otra parte, ha existido siempre, y ha sido siempre (como continúa siéndolo) uno de los alimentos principales de la “cifra negra” de la criminalidad. Pero en los últimos decenios, su difusión ha crecido, se ha vuelto capilar y habitual en ciertos sectores menores de la vida administrativa, y ha aumentado en su nivel, en un crescendo continuo, hasta llegar a ser un componente orgánico de la vida política: concesiones, licitaciones, fijación de precios (como en el caso de los productos medicinales), grandes operaciones societarias y bancarias, asignación de cargos, ayuda en evasiones fiscales, pero sobre todo grandes obras públicas, tanto a nivel local como nacional. Para todo empleaban las denominadas “tangenti” y de ellas vivían las organizaciones partidistas y a menudo se enriquecían personalmente administradores públicos y dirigentes políticos. El daño causado al Estado, y consiguientemente a la generalidad de los ciudadanos por este sistema de cosas, es imponente. Incluso se han hecho cálculos financieros globales, cuyos resultados no mencionaremos aquí por el margen de incertidumbre que en nuestra opinión siempre acompaña ese tipo de cálculos y evaluaciones. Pero la sustracción de ingentes riquezas nacionales, sea mediante desviaciones hacia el extranjero o en los bolsillos de los particulares es seguramente enorme. La impunidad era en gran medida asegurada por los numerosos intereses implicados en tales operaciones, con la consiguiente omertà<sup>3</sup>, por una especie de resignada aceptación

<sup>3</sup> N. de T. : difuso y poderoso sentimiento de miedo y respeto infundido por las organizaciones mafiosas a los ciudadanos a fin de obtener encubrimientos, protecciones y silencios cómplices o interesados. Su origen es remotísimo y legendario en la mafia siciliana en la que para sus adherentes es cuestión de honor.

por parte de aquella relevante proporción de la población que si bien desconocía los detalles no dejaba de sospechar frente a ciertos derroches, y también por un notable desinterés de la magistratura penal, que por lo general actuaba sólo por denuncias más o menos precisas pero raramente tomaba iniciativas, así como raramente las tomaba la policía: por cierto no por temor al poder político o a los partidos, ya que la magistratura nunca ha sido más independiente, en el sentido más absoluto, que en las últimas décadas en Italia. Sea como fuere, en febrero de 1992, a través de un episodio de corrupción administrativa, descubierto casi por azar en Milán, la situación se revirtió radicalmente. Salieron a la luz una serie innumerable de corrupciones, la ciudad de Milán fue rebautizada con el nombre de "Tangentopoli", un pool de fiscales dedicados a la persecución de delitos contra la administración pública inició una vastísima operación denominada "mani pulite" y fueron implicados los vértices de los partidos políticos, administradores de grandes ciudades y algunos miembros del gobierno nacional. También fueron alcanzados por procesos penales muchos empresarios, de mayor o menor importancia, y recientemente, hasta algunos oficiales y suboficiales de la Guardia de finanzas, una policía fundamental del Estado que tiene por fin el descubrimiento de ilícitos financieros. El ejemplo de Milán fue seguido en toda Italia, aunque con menor vigor y uniformidad. Todo el régimen político se desplomó, primero con la creciente deslegitimación moral y política de los miembros del Parlamento elegidos en las elecciones políticas de abril de 1992, luego con algunas elecciones administrativas en grandes ciudades en el otoño de 1993 (que llevaron en general al poder a "administraciones de izquierda") y finalmente con las nuevas elecciones políticas de la primavera de 1994, que dieron, en cambio, el poder central a la derecha. En todos los casos resultaron perdidosos los partidos de centro, que habían sido los gestores de la cosa pública en las décadas de mayor consolidación de la corrupción. Pero es necesario agregar que no debe creerse que una tal revolución sea atribuible sólo a las iniciativas de la magistratura milanesa o de la magistratura en general. Nada habría ocurrido sin el concurso de otros elementos. Fue la sustitución del sistema electoral proporcional por el mayoritario, lo que representó la verdadera revolución institucional, o por lo menos, el mecanismo que permitió poner fin a la prepotencia de los parti-

dos (la denominada “partidocracia”). Hubo además un cierto cansancio del público hacia el conjunto de hombres, partidos y prácticas de gobierno de un largo pasado, aun cuando gran parte de aquel mismo público no había obtenido de éstas, en general, sino beneficios, y, a menudo, las había aprovechado ostensiblemente. En relación a la repentina iniciativa de la magistratura contra la corrupción (y ésta, a diferencia de las precedentes, no es sino una hipótesis de quien escribe), entre las dos causas debió poder añadirse también el cansancio de algunos empresarios, por haber llegado las pretensiones de los extorsionadores (o corruptos) a niveles ya no soportables.

Pero volvamos al aspecto penal. Para estos delitos de corrupción (en sentido lato) la legislación no ha sido aún modificada. Hay, sin embargo, todo un material de propuestas, que se encuentra desde hace más de un año en continua ebullición y es materia de polémicas ásperas y cotidianas. La necesidad a la que la reforma legislativa debería servir es doble: tratar de hacer más difícil la comisión de estos delitos en el futuro y, sobre todo, encontrar la manera de cerrar aceptablemente los episodios judiciales en curso. En efecto, la cantidad de delitos descubiertos (y consiguientemente de procesos ya abiertos) y de delitos que seguramente se seguirán descubriendo es tal que no permite que las causas correspondientes se cierren del modo ordinario, e incluso es tal que, como se vio desde el primer momento, compromete en algunos sectores la economía y la ocupación. En consecuencia, se buscan con desesperación los “medios para salir de Tangentópoli”, aun por parte de los magistrados que son los iniciadores y protagonistas de la operación denominada *mani pulite*.

Decía que la reforma legislativa aún se halla en curso y pienso que está lejos de concluir. Sin embargo, también en este campo, se contará con normas excepcionales, tanto en el plano de la “liquidación del pasado” como en el de la organización del sistema penal para el futuro. De modo que también esta cuestión es abarcada por la tratada precedentemente: una “emergencia” que para nada es tal (no obstante que así se lo quiera llamar) y una ulterior transformación del sistema penal. Bástenos decir que se ha propuesto una introducción del pentitismo también en este campo, con efectos disruptivos como la no punibilidad del delator; se han propuesto fuertes aumentos de las penas que ya hoy serían severísi-

mas si fuesen aplicadas; y se ha propuesto la supresión del delito de concusión, unificando todo en un único tipo legal de corrupción, sobre la base del cual todos serían punibles, salvo quien confiese espontáneamente dentro de un término determinado desde la entrada en vigor de la eventual ley. Como quiera que termine la historia, otro conspicuo sector de nuestro sistema penal podría resultar profundamente alterado.

3. Como se ve por la breve relación hasta aquí desarrollada, el sistema penal italiano es dominado por las exigencias de la defensa social contra la criminalidad. Por cierto, con éstas se mezclan, como siempre, las aspiraciones de justicia, sea en el sentimiento difuso según el cual “los ladrones deben pagar”, los autores de hechos nefastos deben ser punidos prescindiendo del peligro que puedan representar en el futuro, las penas no deben ser demasiado benignas ni demasiado breves, y de igual modo, que sea dado a cada uno lo suyo, que haya proporción entre pena y delito, que no se cometan discriminaciones irracionales, ni a favor ni en contra. Pero la idea de defensa social es dominante. Bastaría recordar que cuando se trató de llenar el denominado vacío de fine, que caracterizaba los presupuestos del recurso de la prisión preventiva durante el proceso (¿por qué se encierra a un imputado en la cárcel, por qué no se le da la libertad provisoria?, etc.), se introdujo legalmente, junto con los criterios tradicionales elaborados por la doctrina y por la jurisprudencia (es decir, el “peligro de fuga” y el peligro para la adquisición o la genuinidad de la adquisición de la prueba), el criterio de la peligrosidad criminal del sujeto: de un sujeto que, en rigor, podía incluso no ser culpable y con independencia del hecho de que se le hubieran impuesto condenas definitivas precedentes. Este criterio, referido en un principio a exigencias de “tutela de la colectividad”, fue introducido en la legislación procesal italiana desde 1974 y se encuentra hoy, bien que con fuertes limitaciones, también en el código procesal penal de 1988 (arts. 274, c, así reformado en 1991): “cuando, por las específicas modalidades y circunstancias del hecho y por la personalidad del imputado, existe el concreto peligro de que éste cometa graves delitos con uso de armas o de otros medios de violencia personal dirigidos contra el orden constitucional o delitos de criminalidad organizada o de la misma especie de aquel por el cual se procede”. ¿Existe hoy alguien que supiera renunciar a este presupuesto

de la prisión preventiva? Naturalmente, de esta regla, como de toda otra, se ha hecho gran abuso, siempre en nombre de las exigencias de tutela de la colectividad o de la “defensa social”. Y otras reglas se han añadido después de 1988, haciendo cada vez más riguroso el código procesal penal en relación a una serie de delitos, no sólo en el campo de la restricción de la libertad personal, sino también en el de las reglas de la adquisición de la prueba. Al denominado sistema acusatorio se le han introducido visibles limitaciones, sobre todo en nombre de la exigencia de salvaguardia de los “arrepentidos” o colaboradores de la justicia, atenuando fuertemente el mismo principio de oralidad y —como sucedía en el Medioevo— precisamente en relación a los procesos por delitos más graves. Ello ocurrió sobre todo con una ley del verano de 1992 sancionada después del homicidio de los magistrados Giovanni FALCONE y Paolo BORSELLINO. Pero, ¿quién se atrevería a proponer una “contra reforma”? ¿Sería acusado de querer favorecer la afirmación y la expansión de la mafia!

Análogas consideraciones vienen a la mente en relación a las normas de derecho penal sustancial y de derecho penitenciario. La gente pretende ser librada de los “ladrones” y de los corruptos en el sentido de que quieren que sean colocados en condiciones en las que no puedan hacer más daño. Incluso se ha sugerido eliminar la prescripción de los delitos (o alargar sus plazos), como si una operación tal fuese posible en relación a hechos precedentemente cometidos; aunque para los hechos futuros es posible que se llegue a ello. Esto también sería un medio de “defensa social” en sentido lato (pudiendo no obstante ser presentado como conforme a las exigencias de justicia primitiva). Más aún, se ha sugerido, para los condenados por corrupción, la perpetuidad de la pena accesoria de interdicción de los cargos públicos, que hoy está limitada temporalmente. Aquí también son válidas las consideraciones recién formuladas: para los delitos ya cometidos, ello no sería posible, para los delitos futuros sí.

En el campo penitenciario ha ocurrido en los últimos años una especie de revuelta contra la llamada “ley GOZZINI” de octubre de 1986 (ley del 10 de octubre de 1986, n° 663), que había ampliado fuertemente el ámbito de las “medidas alternativas a la detención” (régimenes de prisión abierta, libertad anticipada, detención domiciliaria, etc.): y esto también ocurrió por un sentimiento que no

sólo era de venganza privada, sino de auténtica alarma social por las posibilidades que se les abrían a los liberados de cometer ulteriores delitos. De estas reacciones de la opinión pública han derivado fuertes limitaciones al ámbito de operatividad de la ley mencionada. Si hubiera "contramarchas" sería sólo por la insostenibilidad de la situación penitenciaria a causa del hacinamiento (en los últimos años, la población penitenciaria italiana se ha duplicado y a menudo vive en condiciones imposibles), y no ciertamente porque se imponga un sentimiento de justicia sobre las exigencias de la defensa social.

Además, esta defensa social también es invocada fuera del sistema penal propiamente dicho. Se invocan limitaciones al ingreso de inmigrantes, limitaciones a la prostitución, limitaciones a manifestaciones callejeras molestas, etcétera.

En fin, el sistema de las medidas de prevención sobre la base de la sospecha, al ser reintroducido en diciembre de 1956, fue considerado por prestigiosos juristas contrario a la constitución. Después el sistema no ha hecho sino continuar expandiéndose, sobre todo en relación a los sospechados de pertenecer a la mafia. Hoy, ¿tendrían aquellos mismos juristas el coraje de sostener su global ilegitimidad?

4. Contra la defensa social y de cualquier manera contra las ficciones de legalidad que tienen lugar en su nombre y por un regreso a una justicia punitiva fundada sólo sobre la racionalidad y sobre el respeto de los derechos del hombre se han levantado, en los últimos años, voces muy prestigiosas. Sólo citaremos dos, por la diversa orientación filosófica e ideológica que las caracteriza y por la diversidad de los puntos de partida de las respectivas investigaciones, las que sin embargo convergen en la constatación y en la vigorosa denuncia de la sustancial ilegitimidad de los sistemas penales vigentes.

El primero de los autores a los que hacemos referencia es el profesor Luigi FERRAJOLI, autor de un estudio completo y cultísimo, que ya estaría alcanzando su tercera edición: *Diritto e ragione. Teoria del Garantismo penale*. Su primera edición data de 1989 (la segunda es de 1990) y, por ende, del período culminante de las circunstancias y contradicciones del sistema penal italiano; pero la crítica desarrollada minuciosamente por el autor enfoca todo el

sistema, abarcando no sólo el código penal ROCCO (con sus numerosas manifestaciones de “aggiramento legale della legalità”<sup>3</sup> y leyes penales de la denominada “emergencia” con sus “estrategias diferenciadas”, sino también el código procesal penal de 1988, acusado de haber traicionado en numerosas disposiciones algunos de los propios principios inspiradores y de hallarse en contradicción con el mismo cuando admite institutos típicamente inquisitivos como el patteggiamento (negociación), así como el ordenamiento penitenciario erigido sobre un sistema de revisión-arrepentimiento y de formas de debilitamiento de la certeza de la pena (la quiebra —como dice FERRAJOLI— entre pena prevista y pena ejecutada), el entero edificio de las medidas de prevención desde su primera reexhumación (1956), las normas sobre la prisión preventiva, consideradas, junto con las medidas de prevención y con la de seguridad, parte integrante del “subsistema penal de policía” y por ende absolutamente ilegítimas desde la raíz.

Específicamente, en relación a las denominadas leyes sobre emergencia criminal, FERRAJOLI las juzga, integralmente y sin remisión, incompatibles con el Estado de derecho. La “razón de Estado”, acerca de cuyos significados él investiga, se halla, de modo estridente, en ontológica contradicción con aquella específica función del Estado de derecho que es la jurisdicción penal. La referencia también está formulada sin disimulos en relación a las leyes excepcionales adoptadas por Italia para hacer frente al terrorismo y a la criminalidad organizada.

ZAFFARONI, en su obra *En busca de la penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, editada en Buenos Aires, también en 1989 y difundida este año en una óptima traducción italiana, es, en algunos puntos de partida, quizás aun más radical. El mismo poder punitivo, viejo utensilio dogmático-político para abandonar a uno a su suerte, ha contribuido, juntamente con el positivismo y sus teorías sobre la peligrosidad, a degradar el entero derecho penal en un discurso policial. El derecho penal no sirve ni para limitarlo ni para regularlo. El ejercicio de poder de los

<sup>3</sup> N de T.: de las connotaciones atribuibles al verbo “aggirare” la más ajustada a la idea del autor comentado nos parece la equivalente de “rodeo”, con sentido paralelo de engaño o burla.

sistemas penales es incompatible con la ideología de los derechos humanos. Todos los sistemas penales actuales (aun cuando el autor —como se sabe— se refiere a lo ocurrido en América latina, y en particular a la Argentina) son deslegitimados desde la raíz, precisamente por su erróneo punto de partida. Una nueva dogmática jurídico-penal no puede sino erigirse de conformidad con las líneas de un derecho penal garantista y eticizado, es decir, en contra de aquellas “penas perdidas” (expresión que toma en préstamo del abolicionista holandés Louk HULSMAN) que son los infinitos dolores inútiles e irracionales infringidos por los poderes punitivos a través de los siglos. Un derecho penal puede considerarse legítimo solo si es racional y respetuoso de la verdad en relación a su propia operatividad social.

ZAFFARONI investiga las causas filosóficas de la progresiva deslegitimación del sistema penal y distribuye en medida, casi idéntica, las culpas entre el positivismo criminológico (hacia el cual parece nutrir un auténtico desprecio) y las filosofías kantiana y hegeliana. Peor parados quedan —si ello es posible— aquellos que tratan de dar a la reacción contra el delito un doble binario, el de la pena retributiva y el de la medida neutralizante de matriz positivista.

El desdén del autor hacia las ficciones de los sistemas penales actuales es particularmente motivado por la permanencia y creciente consolidación de formas espúreas de represión mucho más terribles que la penal tradicional, entre las cuales se encuentran los campos de concentración policiales y la dolorosa desaparición de presuntos enemigos políticos a manos de regímenes dictatoriales. Pero tampoco el derecho penal en sentido estricto se sustrae a esta crítica deslegitimante, aun cuando el autor no llegue a un análisis minucioso de las leyes penales, procesales y penitenciarias, como lo hace la obra contemporánea de FERRAJOLI.

Desde otro punto de vista, mientras FERRAJOLI, al final de su analítica obra demoledora construye su sistema ideal que bien poco tiene que ver con las realidades adversas, ZAFFARONI parece conceder una salida en el ámbito de los sistemas actuales, asignando a la construcción dogmática del derecho penal “la tarea de proveer a la jurisprudencia, a través de la interpretación, límites ciertos para el ejercicio de su poder decisorio y modelos o decisiones no contradictorios para los conflictos que el poder de las otras agencias se-



lección para sujetarlas a su decisión, de modo que resulte socialmente menos violento”. La búsqueda de la decisión socialmente menos violenta es la única fuente de legitimación del ejercicio del poder decisorio de la agencia judicial. Se trata de orientarse así hacia una nueva etización del discurso jurídico-penal, en el sentido de que las instancias éticas estarían dirigidas no hacia las “personas implicadas en los conflictos”, sino hacia la agencia judicial, a sus operadores y a los autores de sus programas teóricos. Entre estos “principios garantistas del derecho penal” que por otra parte deben ser considerados “abiertos” o “incompletos”, ZAFFARONI incluye algunos de los principios más típicos elaborados por el derecho penal moderno, tales como la taxatividad, acompañada por una interpretación “sistemático-restrictiva” de las normas penales, la irretroactividad, la lesividad del hecho, la limitación máxima de la respuesta penal, la “mínima proporcionalidad” de la misma, el respeto mínimo del sentido de humanidad, etc. Incluye también lo que él llama el “principio de máxima subordinación a la ley penal sustancial”, por el que entiende también la exclusión de la prisión preventiva, o más precisamente de las “penas introducidas bajo la forma de prisión preventiva”. En el campo de la culpabilidad ZAFFARONI pone en guardia contra la identificación de la culpabilidad con la reprochabilidad y denuncia el recurso legislativo a la innere Gesinnung como criterio de arbitrariedad selectiva contra los enemigos políticos del poder y a favor de los amigos políticos del mismo.

Digo incidentalmente —por conocido que sea el pensamiento del ilustre penalista argentino— que la culpabilidad es vinculada indisolublemente a la “vulnerabilidad”: partiendo de la casualidad, o casi, de la reacción penal, subraya que el sujeto considerado culpable es el más vulnerable. “Cuando una persona entra en una situación de ‘vulnerabilidad’ el sistema penal la selecciona y la instrumentaliza para justificar su propio ejercicio de poder”. En estos casos no es que la agencia judicial reproche a la persona su situación de vulnerabilidad, sino que la misma agencia no puede evitar que el poder del sistema penal le haga pagar su situación. El nivel de vulnerabilidad está dado por la entidad del riesgo de selección, correspondiente a la situación de vulnerabilidad en que el sujeto (generalmente ya vulnerable por su posición, prevaecientemente de origen social: pertenencia a una clase o a un grupo débil o minoritario) se ha colocado mediante su propio esfuerzo personal

hacia la vulnerabilidad, prevalecientemente dado por comportamientos individuales.

Vuelvo a la posición central del autor, que me parece poder captar, de entre los tantos pasajes utilizables del volumen, en los siguientes: "Es absurdo sostener que los sistemas penales respetan el principio de legalidad, el de reserva de ley, el de culpabilidad, el de humanidad y sobre todo el de igualdad cuando sabemos que estructuralmente están armados para violarlos todos. Lo que hay que conseguir es que la agencia judicial ponga en juego todo su poder para hacer disminuir, hasta donde le permita ese poder el número y la intensidad de tales violaciones, operando como contradicción al interior del mismo sistema penal y obteniendo así un permanente aumento de los niveles de realización operativa de tales principios... Cada caso que el poder de las agencias no judiciales somete a la agencia judicial debe ser decidido conforme a la regla de la violación mínima/realización máxima de los principios garantistas del derecho penal".

Así pues, ZAFFARONI no quiere implicar al derecho penal en las tareas de las "agencias" que seleccionan, más o menos arbitrariamente, a los sujetos que deben ser sometidos a proceso penal y eventualmente a una pena. Es como si, habiendo registrado la existencia de estos poderes extraños y arbitrarios, el derecho penal debiera intervenir sólo para limitar, en función de garantía y en nombre de los derechos del hombre, los sufrimientos de los sujetos preseleccionados fuera de él.

Como se ve, las citadas obras son de alto interés y también de gran actualidad y contienen, ambas, grandes cuotas de verdad.

*Pero, ¿qué deberá responder frente a estas prestigiosas posiciones, el pobre legislador penal que tiene que vérselas con una criminalidad no emergente, sino emergida y permanente, en vías de presumible aumento, cada vez más amenazante para los particulares y para los mismos fundamentos de la convivencia civilizada? ¿Qué deberá hacer, en particular, en relación a la criminalidad mafiosa, que ya se presenta como anti-Estado, como el más fuerte enemigo del Estado, y que acrecienta cada día sus propios medios, sus propias filas, su propia peligrosidad? ¿Qué deberá hacer, viéndose cotidianamente frente a una criminalidad llamada menor, que en cada calle del pueblo pone en grave riesgo, a menudo con formas*

bárbaras e inhumanas, la vida y la seguridad de los ciudadanos? ¿Cómo responderá al pedido de reacción que, aun a través de modos impropios y no suficientemente meditados, le llega incontinentemente de la colectividad?

5. La respuesta a FERRAJOLI es más fácil, aun cuando me doy cuenta que la que trato de dar es extremadamente pobre. FERRAJOLI es el BECCARIA de este tramo del siglo, con la diferencia de que BECCARIA se encontraba en la feliz situación de poder barrer, en un clima adverso, sí, pero en definitiva en línea con todo el movimiento iluminista que ya se estaba consolidando, con viejos usos, costumbres bárbaras, rasgos de un mundo que desaparecía. Además tenía, frente a él, como medios legales y proclamados válidos, la tortura y la pena de muerte, ampliamente aplicadas. Finalmente BECCARIA vivía en la época de soberanos abiertos y ambiciosos, en condiciones de imprimir profundos cambios a la legislación. FERRAJOLI trabaja en cambio sobre un sistema que por dos siglos se ha esforzado, o ha creído esforzarse en la dirección indicada por el iluminismo: en el tiempo de las garantías consagradas por las Constituciones, incorporadas en los Códigos, aplicadas (a veces) por la jurisdicción, frente a Parlamentos e intérpretes aguerridos en su defensa, y ciertamente ya sin soberanos iluminados y capaces, si es que los hubo alguna vez. Y sin embargo, él considera que el resultado de todo esto es un desordenado montón de prescripciones traidoras o traicionadas, ilusorias, a las que debe darse para siempre la espalda. El antagonismo con el mundo real, que es el del mínimo posible, es total e irreductible. La criminalidad apremiante no lo toca o, si lo toca, es para encontrar en ese hecho la prueba de la inutilidad del sistema antigarantista imperante.

Sólo se puede contestar a FERRAJOLI en una manera: prometiendo que, entre los límites de lo posible, se tendrán en cuenta sus admoniciones, que las reglas indicadas por él (él las llama "axiomas") son en línea de principios las nuestras (*Nulla poena sine crimine*; *Nullum crimen sine lege*; *Nulla lex poenalis sine necessitate*; *Nulla necessitas sine iniuria*; *Nulla iniuria sine actione*; *Nulla actio sine culpa*; *Nulla culpa sine iudicio*; *Nullum iudicio sine accusatione*; *Nulla accusatio sine probatione*; *Nulla probatio sine defensione*) y que el legislador debe comprometerse a no olvidar jamás.

Pero sabemos que desde el punto de vista de las garantías individuales el sistema será siempre fuertemente deficitario, al menos en relación al investigado, y hasta diría en relación a las personas ofendidas y a la tutela de la colectividad.

Más compleja, si no me equivoco, es la respuesta que se puede intentar dar a ZAFFARONI, aun reconociendo que ella también puede parecer ingenua.

Un primer punto es el relativo a las medidas de policía, o de prevención, si así se quiere llamar a todo el sistema paralelo al derecho penal, del que la mayor parte de los Estados, incluso los que tienen un régimen democrático, ha demostrado que no sabe prescindir y que en los Estados dictatoriales es uno de los principales modos de eliminación del disenso político. Ahora bien, desde hace muchas décadas, la cultura jurídica europea, y no sólo europea, ha fijado su atención sobre este fenómeno, intentando asegurar a los sometidos a medidas de prevención o de policía (las que en todos los casos deberían consistir en restricciones a la libertad menores que las representadas por las penas detentivas) las mismas garantías aseguradas a los imputados y condenados, o al menos garantías análogas. En este sentido yo mismo me pronuncié muy claramente en un artículo sobre los derechos del hombre de 1950. En relación a Italia, recuerdo que la ley de diciembre de 1956, que sigue siendo el texto básico de las medidas de prevención, aun a pesar de los sucesivos cambios de nada menos que 40 años, parte precisamente del principio según el cual se debe confiar la aplicación de las medidas a los tribunales, y no —como era en el pasado— a comisiones administrativas o policiales. Pero si algunos tribunales o algunos jueces demuestran en su actividad concreta no comprender suficientemente el sentido de esta jurisdiccionalización, ello es atribuible a sus culpas, no a la insensibilidad del legislador.

En segundo lugar debe observarse que los horribles hechos cometidos por poderes de Estados dictatoriales (o también de Estados que si bien no son definibles como tales, en realidad dejan margen para operaciones indignas del sentido de humanidad) no deberían poder ser invocados como motivo de condena del poder punitivo o del poder de prevención como tales. Esos hechos interesan al derecho penal no como expresión de poderes sino como

delitos, y cómo delitos de los cuales ha comenzado a ocuparse, lamentablemente con sus tiempos demasiado largos, el derecho internacional, y no sólo para los delitos de lesa humanidad, sino también para los abusos de autoridad, al menos en sus manifestaciones más graves. Se está abriendo camino fatigosamente el criterio de la “injerencia humanitaria”, el Consejo de Seguridad de la ONU ha intensificado sus intervenciones en relación a un pasado infeliz, la obra dirigida a la creación de una Corte Internacional de Justicia ha sido retomada después de largos períodos de inmovilidad. Esta es una senda a la que los penalistas deben llevar su contribución, promoviendo comisiones de investigación y participando en ellas, divulgando en instancias internacionales las noticias recogidas, colaborando —como por lo demás hacen— con el movimiento internacional para la protección de los derechos humanos.

Así, la posición que el jurista debe asumir acerca del poder punitivo (en sentido lato) se vuelve relativamente indiferente. Incluso se podría aceptar el punto de vista de ZAFFARONI, según el cual el derecho penal no tiene sino la misión de humanizar y hacer “menos violentas” las decisiones judiciales. Sin embargo, nos parece preferible tratar de ser menos pesimistas (aun cuando reconocemos que el de ZAFFARONI es un pesimismo realista), recordar que históricamente el derecho penal moderno nació precisamente como contención de los abusos y de la ilegalidad y perseverar en la senda que quiere someter a vínculos jurídicos, en primer lugar, justamente al poder punitivo. Que después de todo es la senda de las modernas constituciones democráticas, aun cuando ellas también puedan ser desvirtuadas o traicionadas.

6. Quisiéramos ahora extraer del derecho italiano reciente algún punto de partida para demostrar que, no obstante las dificultades impuestas por el aumento de una criminalidad peligrosa y por la invocación de reacción que a la misma corresponde, se ha tratado de moderar en nombre de principios garantistas este movimiento arrollador.

Nos limitaremos a tres ejemplos: el primero más bien espúreo, el segundo claro y ya agotado, y el tercero *in itinere*, pero destinado casi seguramente a apoyar la tesis según la cual en nombre de la defensa social no se puede desvirtuar la realidad.

El primer episodio se refiere a la legislación sobre los estupefa-

cientes y precisamente al tratamiento de la tenencia de sustancias estupefacientes para uso personal no terapéutico. Una ley de 1954, en la interpretación de la jurisprudencia durante veinte años equiparaba dicha tenencia a cualquier otra forma de tenencia y consiguientemente preveía para ella altas penas restrictivas de la libertad (de dos a seis años de reclusión): excepcionalmente se admitían, mediante el recurso a circunstancias atenuantes, penas en concreto más benignas, llegando en alguna oportunidad a concederse la suspensión condicional de la pena (que en Italia sólo en abril de 1974 llegó ser concebible aunque con el límite de condena de dos años de reclusión). En 1975 ocurrió en este campo una auténtica revolución. El presunto consumo de drogas incluso para uso no terapéutico fue sustraído decididamente de toda sanción penal. El criterio para distinguir los casos de tenencia para uso personal de los casos de tenencia con fines de comercialización fue el de la “módica cantidad” de droga tenida: si la cantidad era “módica” (en esto el juicio, a menudo controvertido, correspondía al juez) se presumía que era destinada a consumo personal del poseedor y se excluía toda sanción penal. Se preveían intervenciones de tipo curativo y de recuperación del sujeto, las cuales en la práctica no funcionaron. Catorce años después, en ocasión de una profunda e integral revisión de la ley del 22 de diciembre de 1975, n° 685, se desencadenó una gran batalla entre aquellos que consideraban a dicha ley demasiado permisiva y además constataban el hecho (incontestable) de que una pluralidad de dosis de “módica cantidad” servían para incrementar la venta de estupefacientes, sobre todo la venta menor, un circuito en el cual es muy difícil que la figura del consumidor no coincida con la del pequeño vendedor. La batalla asumió tonos de particular dureza porque era animada también por aversión política personal contra algunos de los que proponían innovaciones tendientes a restaurar la punibilidad del consumo, aunque más no fuera en formas muy atenuadas. La batalla concluyó con la temporaria victoria de estos últimos, los cuales lograron hacer insertar en la nueva ley (26 de junio de 1990, n° 162) un artículo que declaraba “ilícito” y “prohibido” “cualquier empleo de sustancias estupefacientes” que no tuviese como fin la “necesidad de curación en relación a las particulares patológicas del sujeto” (art. 70), así como una serie de otros artículos que preveían una “dosis media diaria” (establecida para las

distintas sustancias mediante decretos del Ministerio de la Sanidad). La tenencia de cantidades superiores a dicha dosis media diaria llevaba sin más al mundo de la venta y a las correspondientes sanciones penales graves. En cambio, la posesión de cantidades no superiores a dicha dosis media diaria era considerada posesión de sustancias destinadas al uso personal, pero conducía al poseedor frente a una autoridad administrativa que, previa invitación a desistir del consumo (en los casos de estupefacientes menos dañosos), y previa tentativa de experimentación de un programa de recuperación (para todos), condenaba al tenedor a sanciones administrativas, tales como la suspensión de la licencia para conducir, del pasaporte, de la autorización para llevar armas (art. 72). En caso de violación de tales prohibiciones, o de rechazo o interrupción del programa de recuperación, correspondían "resoluciones de la autoridad judicial" (de dudosa naturaleza jurídica pues no eran clasificadas expresamente como penas), consistentes en restricciones más graves, como la prohibición de alejarse del municipio de residencia, la prohibición de frecuentar determinados locales, la obligación de regresar a su propia vivienda dentro de una hora determinada, etc. (art. 72 bis). Finalmente, por la violación de estas prescripciones se prevenía, siempre en el art. 72 bis, una verdadera sanción penal contravencional, consistente, alternativamente, en el arresto de cinco días a tres meses o en una multa de cuatro mil liras a cinco millones. Todo este complejo de normas pasó pocos meses después al texto único del 9 de octubre de 1990, n° 309, pero siguió siendo objeto de vivaces críticas y protestas. La cuestión fue llevada desde varios aspectos y en distintas oportunidades a la Corte constitucional por magistraturas ordinarias que, entre otras, denunciaban la irrazonabilidad y la lesión causada al principio de la ofensividad del delito, para colmo en un contexto generalmente orientado hacia la desincriminación. La Corte constitucional, con sentencias de 1991 y de 1992, juzgó dichas cuestiones no fundadas. No obstante ello, la misma Corte admitió sucesivamente un referendum derogatorio, que el 18 de abril de 1993 ganó, aunque con un porcentaje de "sí" muy reducido respecto de otros referenda derogatorios votados el mismo día. Así, la punibilidad del simple consumidor de droga volvió a ser categóricamente excluida, tal como había sucedido después de la ley 1975. Y tam-

bién cayó, de modo formal, la norma sobre la ilicitud del consumo. Cayó además el criterio representado por la “dosis media diaria” y la distinción entre el consumidor y pequeño vendedor quedó librada a la valoración judicial.

He mencionado este primer episodio como ejemplo de “reacción garantista” en favor de imputados porque los sostenedores de la inconstitucionalidad de los mencionados artículos de la ley 162 de 1990 hablaban también del principio penal que prohíbe la punición de hechos no ofensivos, y también en nombre del principio de razonabilidad. Pero al mismo tiempo me he atrevido a definir el mismo episodio, desde el mencionado punto de vista, “más bien espúreo”, por dos razones. La primera es que los adversarios de la ley se quejaban de la pena de prisión para el consumidor, mientras que esto no era sino una consecuencia extremadamente remota, reservada a casos extremos en los cuales el juez hubiese creído necesario, después de una serie de violaciones, imponer algún día de arresto en lugar de, como habría podido, una modesta multa. En efecto, luego del referendun derogatorio, no hubo ni un solo detenido que tuviera el derecho de salir de la cárcel por la derogación del art. 72 bis, mientras que, sobre una población penitenciaria de alrededor de 15.000 tóxico-dependientes había algunos cientos en condiciones de reclamar al juez haber sido encarcelados sólo a causa del considerado excedente de la cantidad de estupefacientes que se les encontró en relación a la “dosis media diaria”. El referendun fue útil sobre todo para descongestionar la actividad judicial, que había sido cargada con el peso de las sanciones en aplicación del mencionado art. 72 bis. Y desde este punto de vista fue positivo. Más importante es, más allá de eso, la segunda razón de mi duda. ¿Puede realmente afirmarse que el consumo de estupefacientes no sea peligroso y no viole el cánón de la no ofensividad? Lo dudo, basta pensar, para poner sólo un ejemplo, en las víctimas de las violaciones de las normas del tráfico, atribuibles a conductores tóxico-dependientes. De cualquier manera el caso me parece interesante como signo de la reactividad de los juristas y de una parte de la opinión pública hacia las leyes penales consideradas excesivas, y en particular hacia las sanciones restrictivas de la libertad personal.

El segundo episodio es mucho más simple y lineal. En el verano de 1992, aún bajo la emoción causada por los nefastos atentados ma-



fiosos en los que perecieron los valerosísimos magistrados Giovanni FALCONE y Paolo BORSELLINO, intrépidos campeones en las investigaciones contra las asociaciones mafiosas, fueron articuladas con urgencia, y después sancionadas, una serie de disposiciones incisivas en materia penal, procesal penal y penitenciaria. Las mismas estaban destinadas —como también otras leyes de los dos años inmediatamente precedentes— a hacer más difícil la vida de las asociaciones mafiosas y la de sus jefes o adeptos.

Entre las disposiciones contenidas en dicha ley (7 de agosto de 1992, n° 356) hay algunas aún no aceptadas y controvertidas, entre las cuales hay algunas de carácter temporario cuya renovación será discutida al vencimiento de su término de validez, pero cuya confirmación es fácil prever si se piensa en lo que hemos escrito al inicio a propósito de la llamada emergencia. Figuraba sin embargo también un artículo 12 quinquies, cuyo segundo inciso es objeto del episodio al cual me referiré. En el marco de la lucha tendiente a golpear de cualquier modo los patrimonios de procedencia dudosa, esta disposición creaba la figura de un delito autónomo de “posesión injustificada de valores” penando con reclusión de dos a cinco años a determinados sujetos cuando no podían justificar la legítima proveniencia de la titularidad o disponibilidad “de dinero, bienes u otras utilidades de valor desproporcionado con respecto a la renta declarada para el pago de impuestos o a la propia actividad económica”. Eran sujetos activos de dicha nueva figura delictuosa quienes de cualquier manera fueran sometidos a proceso penal por un delito de contrabando, de mafia o conectado, de extorsión, usura, tráfico de estupefacientes o en relación al cual estuvo en curso un proceso para la aplicación de una medida de prevención. Contra esta singular figura de delito fueron objetadas por los jueces penales —y particularmente por la Corte de Casación— una serie de cuestiones de legitimidad constitucional por contradicción entre la nueva norma incriminadora y varias normas de la Constitución. La Corte Constitucional decidió (sentencia del 19 de febrero de 1994, n° 48) la ilegitimidad constitucional de dicha norma desde el punto de vista de la violación del principio de la presunción de no culpabilidad. La Corte señaló, en efecto, que el sujeto activo de un delito no podía ser determinado sobre la base de status procesales que por su naturaleza son inestables (investigado, imputado, sometido a proceso por medida de preven-

ción) y tales que sólo pueden ser definidos después de una sentencia penal definitiva. La Corte confirmó en cambio la adoptabilidad de las medidas de secuestro preventivo en el curso del proceso principal. La decisión halló general aprobación, aun en el marco de un ordenamiento enteramente orientado a combatir la formación ilícita de patrimonios.

El tercer episodio —como se ha dicho más arriba— aún se halla *in itinere*, pero puede preverse que también en la definición del mismo prevalecerán criterios de sana garantía de la justicia y de razonabilidad.

Se trata de la singular propuesta formulada en agosto de 1994 por un prestigioso grupo de magistrados del Ministerio Público asistidos por algunos profesores de derecho penal y tendiente a revolucionar los conceptos de la corrupción y de la concusión y su correlativo sistema punitivo. La propuesta se articula sobre tres pilares: a) la supresión entre toda distinción entre delito de concusión (que se suprime) y el de corrupción y, en el ámbito de esta última, de toda distinción entre corrupción propia y corrupción impropia; b) para el mencionado delito unificado de corrupción se prevé un fuerte aumento de las escalas penales, que son llevadas, para los funcionarios públicos, al nivel de las actualmente vigentes para la concusión (de cuatro a doce años de reclusión, salvo rebajas para los casos definidos como “de leve entidad”) y un fuerte aumento de las penas en presencia de determinadas circunstancias agravantes; c) la no punibilidad para el partícipe en la corrupción que en el término de tres meses a partir de la comisión del hecho espontáneamente denuncie el hecho mismo dando indicaciones útiles para la individualización de los otros responsables.

La propuesta ha desatado y continúa desatando objeciones en todos los ambientes jurídicos. La cosa que más impresiona es la parificación legal de la concusión con la corrupción, con la consiguiente sistemática punibilidad también de quien es inducido a prometer o a depositar la suma de dinero indebidamente pedida. Es cierto que la propuesta hace revivir, en cierto sentido, a la concusión en el nuevo delito de extorsión agravada, penado con reclusión de seis a veinte años. Pero la verdad es que no parece posible, por ser contrario a una realidad propia de infinitas situaciones concretas, sujetar a la grave pena de la corrupción, en un plano de

igualdad de trato con el funcionario público corrupto, al sujeto que es inducido a depositar una suma u otra utilidad para obtener lo debido. Los intentos de moralidad y de interés de la economía pública, a los que se refiere la relación que precede la propuesta en cuestión invocando el ejemplo del Model Penal Code de los Estados Unidos, podría a lo sumo valer para aquel que, requerido, entrega la suma para obtener el cumplimiento de una omisión, de un retardo indebido, de un acto ilícito; nunca en cambio, como resulta en lo propuesto, también de quien es inducido a depositar lo que no es debido para obtener el cumplimiento de un acto debido.

Que en los casos concretos la distinción entre corrupción y concusión pueda ser difícil, y en particular que el corruptor trate de hacer creer que ha sido inducido a depositar y que es víctima de la concusión, así como que el autor de concusión pueda tratar de demostrar que se trató del delito menos grave de corrupción, es cosa sabida desde hace siglos y con la cual, en concreto, los jueces siempre han tenido que vérselas. También es posible admitir, como hipótesis, que en los casos de la desbordante corrupción italiana, emergida en ciertos procesos famosos y aún en curso, la posición del sujeto autor de la dación ilícita pueda haberse transformado en cierto momento de concuso a corruptor, en relación a la habitualidad de la dación ilícita misma. Pero no puede aceptarse que estas valoraciones concretas de los casos particulares, siempre de competencia del juez, autoricen la supresión legal de toda distinción. Si ello debiera suceder (lo cual no creemos que sea probable) muchas realidades concretas de todos los días se encargarían de demostrar que la parificación es injusta y que aún es válida la distinción legal que se halla en nuestros códigos y en nuestras más antiguas y consolidadas tradiciones legislativas.

Sin embargo, debe constatararse que las denominadas exigencias prácticas, vinculadas a una lucha contra la criminalidad considerada más eficaz continúan y continuarán presionando para salirse de los confines de la legalidad y de la razonabilidad del sistema penal.

Con los episodios citados como ejemplo, me he detenido en situaciones propias del derecho penal sustancial. Debo agregar que una obra de revalorización o conservación de las garantías se desarrolla cotidianamente en el torturado y complejo campo del proceso penal, que ofrece una cantidad de ejemplos extraordinaria-

mente vasta, sobre la cual no sería posible aquí discurrir. Una parte de la magistratura ordinaria coopera con ese fin, en particular la Corte de Casación, aun entre dificultades, discontinuidades y explicables incertidumbres.

7. Podemos así resumir en breves proposiciones un discurso que ha llegado a ser quizás demasiado largo.

La primera proposición es que seguir hablando de emergencia criminal en tiempos tan duros y difíciles como los que la sociedad atraviesa es verdaderamente inconducente. En la mayoría de las situaciones referidas no se trata de emergencia, sino de emersión. Muchas normas penetraron (y seguirán penetrando) en el tejido de nuestros ordenamientos penales en nombre de la emergencia, pero allí quedarán por largo tiempo.

La segunda proposición es consecuencia de la primera. No se pueden nutrir ilusiones legalistas y garantistas más allá de un cierto límite. Pero ello no significa que la lucha de los juristas por la legalidad y por las garantías no deba continuar día a día y en toda ocasión.

La tercera es que esta lucha para afirmar principios de justicia y de razón ofrece una serie de ejemplos, incluso recientes, y continuará ofreciéndolos, en Italia como también, pienso, en otros países.

## **§ V. Criminología**



# Las drogas y sus discursos

*Rosa del Olmo\**

## INTRODUCCIÓN

Un primer abordaje al tema drogas exige incursionar en el problema del lenguaje y, de manera específica, en las palabras que se han venido utilizando para construir diversos discursos a lo largo del tiempo. Sus implicaciones en la construcción social de la realidad y, en nuestro caso, en la legitimación de la política estatal, se convierten en tema prioritario de reflexión que puede enfocarse desde diversos ángulos. En este sentido, la relación entre las contradicciones y equívocos que el tema genera y los problemas semánticos (ARNAO, 1990: 21-22) son fundamentales, pero por ahora se intentará un primer abordaje más general, ya que su complejidad no permite en tan breve tiempo un análisis exhaustivo. Sólo se destacará la evolución de los principales discursos y percepciones y su relación con las políticas implementadas en los últimos cuarenta años.

El discurso —aun cuando sus fuentes puedan variar— nunca es neutro, sino parte constitutiva y condicionante de la realidad; a su vez, la realidad refuerza los contenidos del discurso. No hay que olvidar que ninguna palabra está libre de carga ideológica en el sentido más amplio. La selección de uno u otro tipo de señal lingüística, refleja los modos de percibir y evaluar el mundo de quien usa el lenguaje (BOLIVAR, 1992). De este modo, el lenguaje tiene su

\* Profesora de la Universidad de Zulia.

efecto en la conformación de la subjetividad y la construcción de la realidad.

Por otra parte, la realidad social no es una realidad a secas, sino una realidad percibida bajo un determinado punto de vista. Podemos percibir sólo aquella realidad que nos aparece mediante las categorías teóricas usadas. Recién dentro de este marco, los fenómenos llegan a tener sentido y solamente logramos percibir los fenómenos a los cuales podemos dar cierto sentido. Así, el marco categorial teórico que usamos para interpretar la realidad, nos permite ver ciertos fenómenos y no otros (HINKELAMMERT, 1977: 5). Es decir que a cada nivel discursivo le corresponde una manera de construir la realidad. De este modo, la percepción y la realidad se retroalimentan entre sí.

Esta situación se corrobora de manera muy clara cuando se incursiona en el terreno de las sustancias alteradoras de la conciencia, más conocidas como drogas, y se observan las variaciones que han sufrido en el tiempo los diversos discursos —oficiales y/o científicos— para interpretarlas, con sus respectivas consecuencias en la política criminal que se implementa por las capacidades del discurso de legitimar estas acciones.

Sin embargo, analizar estas variaciones es muy complejo porque tal como han demostrado los construccionistas, existen conexiones entre los discursos científicos, las relaciones de poder y el ejercicio del control social por lo cual han llamado la atención no sólo sobre las concepciones predominantes de determinados problemas sino también sobre cómo y de qué fuentes surgen esas concepciones (MORRISEY, 1986: 157).

En otras palabras, la producción del discurso es una práctica orientada por la estructura social que incluye elementos de poder y de control, de ahí que el examen de cómo definimos y discutimos un problema, o dejamos de hacerlo, es esencialmente un examen de las relaciones de poder.

De manera específica, en nuestro tema de interés, ese examen exigiría estudiar, en primer lugar, el papel simbólico de los llamados por Howard BECKER, “empresarios de la moral” (BECKER, 1963: 147) y de manera particular los creadores de las reglas (léase médicos y abogados), por su capacidad de organizar las percepciones, actitudes y sentimientos de los observadores (CLOY, 1982: 70), al drama-



tizar y demonizar el problema, a través de sus cruzadas de purificación contra aquellos grupos que perciben como “portadores del mal”. A su vez, habría que examinar el papel legitimador que desempeñan los encargados en aplicar las reglas, a quienes preferimos llamar “empresarios de la represión”, ejemplificados en los cuerpos de seguridad que se ocupan de implementar la política criminal. Por último, aunque no menos importante, analizar el papel amplificador de los “empresarios de la comunicación” para reforzar el discurso en un momento determinado, por su capacidad de crear, hacer circular y expandir la información, con sus técnicas de manipulación emocional. De este modo, se observa una simbiosis entre los aspectos simbólicos que persiguen los empresarios de la moral (acabar con el vicio y el pecado) y los intereses instrumentales (ampliar su ámbito de competencia) de los policías y otros cuerpos de seguridad (LAMO DE ESPINOSA, 1989: 33). Además, el empresario de la moral se convierte en mediador entre los sentimientos públicos y la creación de la ley, y el empresario de la represión media entre el mandato legal y las situaciones sociales concretas en las que la ley debe implementarse (CLOYD, 1982: 132).

La consolidación final del discurso oficial/científico entre los diversos actores sólo se logra implementando determinadas estrategias, entre las cuales cada vez resultan más importantes las conferencias internacionales que infunden creciente credibilidad a las acciones y dan proyección en última instancia al movimiento antidroga (CLOYD, 1982: 76), a pesar de las diferencias de percepción, desde que se originó el discurso dirigido a “la criminalización de la moral” (LAMO DE ESPINOSA, 1989: 33). Demás está decir que la hegemonía en nuestro campo de interés le ha correspondido al gobierno de Estados Unidos por haber sido el generador y promotor del movimiento antidroga, y del discurso respectivo, colocándose siempre a la vanguardia de “la lucha contra los demonios del tráfico internacional de drogas” (CLOYD, 1982: 73). Será por lo tanto ese discurso el punto de partida de nuestra exposición, aunque somos conscientes de que al asimilarse en otros contextos sufre curiosas deformaciones para lograr coherencia, dentro de situaciones disímiles.

En este orden de ideas, el discurso oficial/científico en torno al tema “drogas” no ha sido uniforme a lo largo de los años. Se observan interesantes variaciones que no siempre corresponden a los límites de su campo de acción, sino que pueden estar condicionadas por hechos ajenos al propio tema.

Un análisis exhaustivo debería remontarse a los primeros años de este siglo, época en que se formalizan las regulaciones y las consiguientes prohibiciones en relación a determinadas drogas. Sin embargo, por circunstancias operativas y estratégicas, y especialmente por límites de tiempo, nuestra primera aproximación se iniciará con el fin de la Segunda Guerra Mundial, cuando el tema adquiere lugar protagónico a nivel mundial, al configurarse la Organización de las Naciones Unidas y asumir ésta tanto el papel de regulador internacional sobre el fenómeno, como el de legitimador y promotor de los diversos discursos.

Veamos entonces cómo se presenta el panorama y las variaciones más evidentes que se han podido detectar, desde los años cincuenta, en el discurso hegemónico, en las percepciones a que ha dado lugar y en las políticas implementadas.

#### **A. EL DISCURSO DE LOS CINCUENTA: LOS GRUPOS MARGINALES.**

La revisión de la extensa bibliografía sobre el fenómeno de las drogas permite afirmar que las principales drogas objeto de preocupación, en los años cincuenta, eran los opiáceos, y en ocasiones la marihuana, consumidos fundamentalmente por grupos considerados marginales, desde músicos de jazz, aristócratas, intelectuales y médicos, hasta habitantes de los ghettos de las grandes ciudades y algunos delincuentes, sobre todo en el caso de la marihuana, que seguía siendo percibida como “la Yerba maldita”, productora de violencia y criminalidad. Surgieron explicaciones sociológicas en términos de “subcultura”, y se asociaba el problema del “deterioro del ghetto” y del tráfico, especialmente a nivel de la distribución (pushers), con la gran migración puertorriqueña de la época, y con los negros, que comenzaban a luchar por sus derechos civiles. El fenómeno se percibía en términos de peligrosidad, patología y vicio, por lo cual el consumidor era visto como un “degenerado”. Si bien el principal enemigo era la “mafia” y sus conexiones, a raíz de la guerra de Corea algunos sectores atribuyeron el problema a la “conspiración comunista” dando lugar, en materia de seguridad, a la generación de un discurso geopolítico que giraría en torno al “enemigo externo”, como el único responsable del consumo de drogas ilegales dentro de los Estados Unidos.

Se impone un discurso oficial que puede ser denominado ético-jurídico, por el énfasis que adquiere en esa época la promulgación de severas leyes penales para sancionar el fenómeno<sup>1</sup>, que a su vez da lugar a la creación del estereotipo moral, si se recuerda que según éste, “el uso de droga es por una parte censurable como hábito vicioso y degradante y por otra aparece descrito como algo estrechamente ligado al placer, al ocio y al sexo” (GONZÁLEZ ZORILLA, 1983: 195).

Es este orden de ideas, las políticas propuestas giraron en torno al fortalecimiento de la ley penal, al incremento de las medidas de prisión y a la dirección de la atención de las autoridades a los ghettos de las principales ciudades, como el principal escenario de acción para preservar “la salud pública”, a la que aludía el discurso científico.

A nivel internacional, se promulga ya en 1953, el Protocolo para reglamentar el cultivo de amapola y el comercio del opio, en la ciudad de Nueva York, por ser la droga prioritaria.

## **B. EL DISCURSO DE LOS SESENTA: LOS JÓVENES DE CLASE MEDIA**

Aunque las variaciones en los discursos no tienen que corresponder exactamente con las décadas cronológicas, se puede afirmar que al iniciarse los sesenta hay un cambio significativo no sólo en el fenómeno mismo, sino en las percepciones y en las políticas que se implementan. Este hecho no es fortuito. Está estrechamente relacionado con el fracaso de políticas anteriores y, especialmente, con los cambios que se generan durante esos años y con la incorporación de los jóvenes de clase media al consumo de drogas. No es éste el momento de explicar cómo y por qué sucedió este hecho, pero lo cierto es que no sólo cambiaron las drogas de mayor consumo sino también el escenario y los actores.

<sup>1</sup> “La cada vez mayor severidad de las leyes federales anti-grogas alcanzó su máxima expresión a fines de los años cincuenta con la aprobación de leyes que contemplaban cadena perpetua e incluso pena de muerte en algunos casos” (The Domestic Council, 1975: 1).

De este modo, se observa que a principios de los sesenta la droga de mayor consumo era la marihuana, a la cual se añadió el LSD y una serie de sustancias sintéticas —más conocidas como fármacos— con las cuales experimentaban los jóvenes estudiantes de clase media, mientras adquiría cada vez más protagonismo el movimiento hippie. De este modo, el problema se convierte en “amenaza social” y comienza a ser percibido como un “virus contagioso”, razón por la cual se comienza a definir al consumidor como “enfermo”. El principal enemigo sería México, país del que provenía la principal droga de consumo —la marihuana— que curiosamente ya no se asocia con la violencia, sino con la pasividad y el “síndrome amotivacional” para ser considerada como la droga del “excluido” (The Drop-Out drug). Mientras tanto, la heroína estaba relegada a los ghettos.

Se desarrollaría un discurso científico en términos de salud mental que se consolida en un doble discurso oficial que bien puede calificarse de médico-sanitario/jurídico, ya que se observa una clara separación entre el delincuente/traficante y el consumidor/enfermo; no obstante, el énfasis recae sobre este último con la política de fortalecer la industria de la salud mental y, de manera particular, el tratamiento<sup>2</sup>. Su implementación se observa en el desarrollo de una serie de programas que van desde la utilización de drogas antagónicas como la metadona hasta programas educativos sobre los riesgos del consumo; este hecho, de algún modo, da lugar al surgimiento y refuerzo del estereotipo de la dependencia. En estrecha relación con lo anterior, predominan en la época explicaciones psicológicas y biológicas que refuerzan la intervención terapéutica y el énfasis en el tratamiento.

En este orden de ideas, en términos de seguridad, el discurso geopolítico se ocuparía de destacar el “enemigo interno”, al percibir como amenazante la actitud de los jóvenes y el escenario de los centros educativos. Al mismo tiempo, ya casi finalizando la década de los sesenta se lanza la famosa Operación Intersept, para cerrar la

<sup>2</sup> “La creencia de que la estricta reducción de la oferta no era suficiente, así como la difusión del uso de drogas a nuevos grupos de la población, condujo a una creciente experimentación con el tratamiento, durante los años sesenta, para quienes abusaban de las drogas” (The Domestic Council, 1975: 1).

frontera mexicana e impedir el ingreso de la marihuana, con lo cual se incorporaría al discurso el “enemigo externo” y se abriría la puerta a la “guerra contra las drogas” del presidente Richard NIXON.

Por otra parte, a nivel internacional, se aprobaría la Convención Única sobre Estupefacientes en Nueva York en 1961, dirigida fundamentalmente a regular las drogas provenientes de las plantas de la amapola, la cannabis y la coca.

### **C. LA DÉCADA DE LOS SETENTA: VETERANOS Y PROFESIONALES**

Si bien es cierto que resulta particularmente difícil realizar un corte cronológico para dividir la década de los setenta de la década anterior, se observan importantes diferencias que comienzan a manifestarse desde finales de los sesenta, cuando el presidente Richard NIXON comenzó a diseñar lo que sería su política en este campo, a través de la construcción de un discurso totalmente diferente al que predominaba a mediados de los sesenta.

Por una parte, la heroína, a pesar de sus altas y bajas desde fines de los sesenta, es considerada como droga prioritaria pues es percibida percibida como la “más peligrosa” (The white house, 1984: 5). Le seguirían en importancia las anfetaminas y los barbitúricos ya que sólo a mediados de la década comienza a adquirir notoriedad la cocaína, con el desarrollo de su agro-industria en la región andina. Los jóvenes siguen siendo los principales consumidores, pero también se incorporan los veteranos de Vietnam y una serie de profesionales con lo cual se declara una “emergencia nacional”<sup>3</sup>. El panorama se complica y el problema se consideraría como “perturbación social” y “enfermedad psicológica”. En estos términos, el consumidor es percibido como perturbado, mientras que la responsabilidad del tráfico, durante los primeros años de la década, se le atribuiría a la recién desmantelada “Conexión francesa”, aun cuando surgirían cada vez más evidencias de la participación de los gobiernos del sudeste asiático en el negocio, pero que por

<sup>3</sup> Así, por ejemplo, el presidente Nixon manifestaría, en 1971, que “el abuso de drogas ha adquirido dimensiones de una emergencia nacional que aflige al cuerpo y alma de América”, señalando además que “la heroína es el enemigo público número uno”.

razones políticas se silencia. Mientras tanto, se acusa cada vez más a la China comunista de “envenenar el mundo libre con la heroína”<sup>4</sup> (BEHR, 1981: 169).

Se desarrollaría un discurso oficial que enfatiza el tema del tratamiento, aunque incorpora ingredientes políticos y jurídicos, razón por la cual puede ser caracterizado como un discurso jurídico-político/médico. A su vez, el discurso geopolítico, en términos de seguridad, es una mezcla de “enemigo externo y enemigo interno”, si se toman en cuenta no sólo las continuas referencias en el discurso a la China comunista como responsable del tráfico, sino la percepción como “enemigo interno” del incremento real de la criminalidad al interior del país, como consecuencia del fenómeno.

Al asumir el mando el presidente FORD, en 1974, se percibe que la situación se ha agravado y que hay un aumento considerable en la disponibilidad y consumo de drogas ilícitas dentro de Estados Unidos. Una posible respuesta sería darle prioridad a la internacionalización de la política criminal, plasmada en el informe *White Paper on Drug Abuse*<sup>5</sup>, publicado en 1975 como producto de la evaluación del fenómeno, de parte del Domestic Council. Su consolidación sería posible al haber sido creada en 1973 la Drug Enforcement Agency (posteriormente transformada en Administration y más conocida como la DEA) y la percepción de amenaza a la seguridad nacional, ya presente en el discurso del presidente FORD.

De este modo, se formulan políticas dirigidas a atacar el problema en el exterior con programas de fumigación de cultivos, iniciados por el presidente NIXON, contra la amapola en Turquía, pero ahora implementadas de manera intensiva en México.

A nivel internacional, el Convenio sobre sustancias psicotrópicas, aprobado en Viena en 1971, ampliaría el margen de control de fár-

<sup>4</sup> Para mayores detalles consultar Hans-Georg BEHR (1981), *La droga, potencial mundial*, Planeta, Barcelona, especialmente cap. 6, donde el autor demuestra el papel amplificador de los medios de comunicación para reforzar ese discurso durante esa época.

<sup>5</sup> En este sentido, entre las recomendaciones de este importante documento, se lee lo siguiente: “El Comité de Trabajo recomienda darle mayor prioridad al desarrollo de la cooperación internacional para prevenir la producción ilícita de drogas, y prestarle atención especial a México, como el principal país fuente para los mercados de Estados Unidos” (The Domestic Council, 1975: 99).

macos, como por ejemplo las anfetaminas, de amplia difusión en los primeros años de los setenta.

#### **D. LA DÉCADA DE LOS OCHENTA: EL NARCOTRÁFICO**

El 6 de marzo de 1981, el presidente Ronald REAGAN calificó al abuso de drogas como “uno de los más graves problemas que enfrentamos... de no actuar corremos el riesgo de perder una gran parte de toda una generación” (The White House, 1984: 3).

Esta afirmación correspondería a la percepción de que a finales de la década de los setenta, el abuso de drogas había aumentado de manera inusitada. De este modo, la Estrategia Nacional para la Prevención del Abuso y el Tráfico de Drogas, promulgada por la Casa Blanca en 1984, afirmaría lo siguiente: “Más de 20 millones de norteamericanos consumen marihuana, al menos una vez por mes. Más de 4 millones —de los cuales la mitad tienen entre 18 y 25 años de edad— son consumidores corrientes de cocaína. Aproximadamente medio millón son adictos a la heroína...” (The White House, 1984: 3). En otras palabras, el consumo ya no estaba circunscripto a un grupo determinado. Son múltiples los actores que intervienen, al igual que en el tráfico, que comienza a adquirir dimensiones de empresa, razón por la cual el consumidor es calificado como “cliente” y consumidor de sustancias ilícitas.

No es posible, dentro de los límites de esta exposición, ahondar en la complejidad de los discursos, las percepciones y las políticas implementadas a lo largo de la década de los ochenta. Sin embargo, se puede afirmar que el diagnóstico señalado en la Estrategia de 1984 legitimaría la llamada “guerra contra las drogas” iniciada durante la administración REAGAN, aunque con dos especificidades: la droga prioritaria sería la cocaína y el principal campo de batalla la región andina, extendiéndose progresivamente a todo el continente americano. A su vez, lo importante era mantener las drogas alejadas de Estados Unidos, de ahí que los principales esfuerzos estarían dirigidos a controlar la oferta en la fuente.

En este orden de ideas, se construiría un discurso oficial que puede calificarse en su inicio como jurídico-transnacional pero que progresivamente se convierte en discurso geopolítico, al incorporar el binomio país víctima/país victimario y más tarde, el ingrediente de la corresponsabilidad. Además, en términos de seguridad, el discurso se construye en torno al “enemigo externo” a Es-

tados Unidos, al cual se lo bautiza con el nombre de Narcotráfico, término que se convierte en un útil comodín político, por su imprecisión semántica, y que poco a poco se va convirtiendo en sinónimo del “Cartel de Medellín”, cuando éste es percibido como el principal enemigo económico, si se recuerda la posterior percepción de la Narcoguerrilla como el principal enemigo político. A ambos se los asocia en el discurso, con la violencia, la subversión y la corrupción y, de este modo, se crea el estereotipo “político-delictivo-latinoamericano”, aunque se percibe más bien como sinónimo de “colombiano”.

El problema es identificado en términos de “amenaza a la seguridad nacional”, lo que posteriormente se ampliaría para ser calificado como amenaza a la “seguridad regional” al ser incorporadas al discurso oficial, afirmaciones como la siguiente: “El narcotráfico está socavando las bases morales de la democracia en América Latina” (WOLA, 1992: 4). De este modo, surge la percepción de “la incompatibilidad entre democracia y drogas<sup>6</sup>. Mientras tanto, se desarrollaba una campaña continental para resaltar el incremento del consumo al interior de los diferentes países.

Las políticas propuestas giraron en torno a la militarización de la política criminal. En un comienzo, los principales escenarios fueron los campos de cultivo de la región andina para implementar medidas de erradicación manual y programas de sustitución de cultivos. Al no obtener los resultados esperados y surgir problemas locales, se optó por la destrucción de laboratorios y se comenzó a implantar un sistema de control aéreo a través de la “radarización”. Simultáneamente, se desarrolló un programa de entrenamiento, en la guerra contra las drogas, para las fuerzas policiales y militares del continente.

<sup>6</sup> En este sentido, la Estrategia Nacional sobre Control de Drogas, presentada por el presidente BUSH en septiembre de 1989, señala lo siguiente: “Intensa violencia inspirada en las drogas o corrupción oficial ha plagado una serie de países latinoamericanos por años; en más de uno, las operaciones de los carteles de la droga y las insurgencias locales asociadas a ellos, son un peligro actual y real a las instituciones democráticas, las economías nacionales y el orden cívico básico... y como nuestra seguridad nacional depende directamente de la estabilidad regional, a lo largo de las Américas y a través del mundo, las drogas se han convertido en una preocupación central de la política exterior de Estados Unidos” (The White House, 1989: 2).



A nivel internacional, al finalizar la década, se aprueba en Viena la Convención contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en 1988. Este instrumento serviría de base para la política que se implementaría en los años siguientes.

### **E. LA DÉCADA DE LOS NOVENTA: LA GLOBALIZACIÓN**

Al entrar a la década de los noventa, se observan cambios fundamentales en la forma de enfrentar el fenómeno de las drogas en los tres aspectos que venimos analizando a lo largo de esta exposición. Todo parece indicar que más allá de la complejización del fenómeno mismo, la posible explicación de estos cambios está relacionada con el fin de la guerra fría y con el surgimiento de la llamada era de la "post-guerra fría". De este modo, con el nuevo orden mundial, el problema de las drogas se plantea como un "reto colectivo de seguridad global" debido a "la naturaleza multinacional de la amenaza" (The White House, 1992: 81) que incorpora la preocupación no sólo por la cocaína sino cada vez más por la heroína, sin descuidar a la marihuana. Ahora, sin embargo, se reconoce que los actores del tráfico ya no están dedicados exclusivamente a una actividad criminal, sino que son empresas multinacionales que se ocupan del comercio de mercancías ilícitas, cuyas operaciones se pueden realizar "interactuando y mezclándose con mercados legítimos ya existentes" (Center for Strategic and International Studies, 1993: 9).

El discurso oficial refleja, por lo tanto, una preocupación fundamental por la economía, razón por la cual puede calificarse de económico-transnacional, complementado con un discurso geopolítico en términos de seguridad como "enemigo global".

En relación directa con la globalización, el discurso científico se concentra en la "salud mundial", aunque el consumidor es percibido como "cómplice del delincuente", ya que se insiste en que "el problema de las drogas refleja malas decisiones de individuos con libertad de decidir" (The White House, 1992: 2). A su vez, se considera como la principal atracción para la juventud, con posibilidades de extenderse a nivel mundial.

<sup>7</sup> En este orden de ideas el documento *The Transnational Drug Challenge and the New World Order* elaborado por el Centro de Estudios Estratégicos e Interna-

La percepción del enemigo se amplía para incorporar a los carteles colombianos, pero especialmente al Cartel de Cali, así como organizaciones criminales europeas y grupos insurgentes, calificados como consorcios transnacionales, con una cultura flexible, producto de la apertura de mercados, la falta de regulación bancaria y la difusión de regímenes democráticos que “irónicamente está exacerbando la expansión global del problema de la droga (Center for Strategic and International Studies, 1993: 3). Se asocia con la violencia y el terrorismo, pero sobretodo con la capacidad de estas empresas de controlar la banca, desde que sus operaciones se han globalizado. En este orden de ideas, se crea y se refuerza cada vez más el estereotipo “financiero” asociado con el llamado “lavado de dinero”.

En estrecha relación con los nuevos discursos y percepciones se implementan en la actualidad políticas donde la prioridad es desarticular las redes de traficantes, y de manera especial confiscar sus bienes, dentro de un escenario global que abarca las bases de operaciones en sus países de residencia\*.

En este orden de ideas, aunque todavía se mantiene a nivel del discurso oficial, está planteada la estrategia de fomentar iniciativas multilaterales globales para lograr la cooperación internacional contra el “lavado de dinero”. Este hecho no sólo se refleja en la

---

cionales, con sede en la ciudad de Washington, presentado en enero de 1993, es muy elocuente. En él se afirma, al referirse a “la difusión del virus del uso y abuso de drogas”, lo siguiente: “Tal como lo revela la investigación anterior, cuando se consideran las estimaciones más recientes sobre consumo a nivel mundial así como las creencias generales sobre las causas del abuso de drogas, es dolorosamente evidente que el abuso de drogas no es sólo una ‘enfermedad americana’. La seducción por las sustancias alteradoras del ánimo es antigua y casi universal...” (p. 19).

\* La Estrategia Nacional de Control de Drogas, presentada por la Casa Blanca en enero de 1992, lo señala claramente cuando dice: “La experiencia ha demostrado que el comercio de droga es más susceptible de ser desmantelado en su centro de gravedad organizacional, la base de operaciones del país de origen de los traficantes. Clave para desmantelar estas operaciones es la destrucción de la infraestructura del tráfico a través de la investigación, persecución, sanción, y —cuando sea apropiado—, la extradición de los traficantes y lavadores de dinero; el decomiso de drogas y bienes y la destrucción de las facilidades de procesamiento y transporte” (The White House, 1992: 80).

Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y psicotrópicos, aprobada en Viena en 1988, sino también en la serie de convenios firmados entre los gobiernos, la prioridad en la agenda de las diversas conferencias internacionales, las invitaciones a Washington a banqueros del continente para discutir el tema, la preparación de expertos en asuntos bancarios que está llevando a cabo la DEA para asistir a los países de América Latina en la materia, y las presiones para legislar a nivel nacional, de acuerdo con el Reglamento Modelo elaborado CICAD, y adoptado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en su reunión de Bahamas en 1992.

A pesar de que es demasiado prematuro para elaborar prospectivas, se vislumbran algunas tendencias para los próximos años, factibles de ser implementadas a nivel internacional como resultado del impacto que tiene el manejo del lenguaje para crear percepciones que permiten legitimar determinadas políticas estatales. Son sólo posibilidades que se presentan como interrogantes, pero que permiten concluir esta exposición con algunas inquietudes: ¿globalización de la justicia con el consiguiente debilitamiento de la justicia nacional y el surgimiento de una justicia paraestatal y extraterritorial? ¿Creación de un tribunal internacional y de fuerzas multinacionales?

## CUADRO I: AÑOS CINCUENTA

|                           |   |
|---------------------------|---|
| REFERENTES                | <ul style="list-style-type: none"> <li>DROGAS: opiáceos (morfina-heroína) - marihuana</li> <li>ACTORES             <ul style="list-style-type: none"> <li>CONSUMO: grupos marginales</li> <li>TRÁFICO: puertorriqueños - negros</li> </ul> </li> <li>PROBLEMA: "deterioro del <i>ghetto</i>"</li> </ul> |
| DEFINICIONES              | <ul style="list-style-type: none"> <li>DISCURSO CIENTÍFICO: salud pública</li> <li>DISCURSO OFICIAL: ético - jurídico</li> <li>DISCURSO GEOPOLÍTICO: enemigo externo</li> </ul>   |
| PERCEPCIONES              | <ul style="list-style-type: none"> <li>ENEMIGO: mafia - conspiración comunista</li> <li>ASOCIACIONES: peligrosidad - patología - vicio</li> <li>CONSUMIDOR: degenerado</li> <li>ESTEREOTIPO: moral</li> <li>MARIHUANA: "Yerba maldita"/violencia - criminalidad</li> </ul>                              |
| POLÍTICAS                 | <ul style="list-style-type: none"> <li>PRIORIDAD: fortalecer la legislación penal nacional</li> <li>ESCENARIOS: <i>ghettos</i></li> <li>MEDIDAS: prisión</li> <li>ESTRATEGIA: suprimir la droga</li> </ul>  |
| PERSPECTIVA INTERNACIONAL | <ul style="list-style-type: none"> <li><i>Protocolo para reglamentar el cultivo de amapola y el comercio del opio, Nueva York, 1953.</i></li> </ul>   |

CUADRO II: AÑOS SESENTA

|                           |   |   |
|---------------------------|---|---|
| REFERENTES                | { | <p>DROGAS: marihuana - LSD - fármacos</p> <p>ACTORES { CONSUMO: estudiantes - <i>hippies</i><br/>TRÁFICO: mexicanos</p> <p>PROBLEMA: "amenaza social"</p>   |
| DEFINICIONES              | { | <p>DISCURSO CIENTÍFICO: salud mental</p> <p>DISCURSO OFICIAL: médico/sanitario - jurídico</p> <p>DISCURSO GEOPOLÍTICO: enemigo interno</p>  |
| PERCEPCIONES              | { | <p>ENEMIGO: distribuidor mexicano (<i>pusher</i>)</p> <p>ASOCIACIONES: virus contagioso</p> <p>CONSUMIDOR: enfermo</p> <p>ESTEREOTIPO: dependencia - delincuencia</p> <p>MARIHUANA: "droga del excluído"<br/>pasividad/síndrome amotivacional</p> |
| POLÍTICAS                 | { | <p>PRIORIDAD: fortalecer la la industria de la salud mental</p> <p>ESCENARIOS: centros educativos - fronteras</p> <p>MEDIDAS: tratamiento - intercepción fronteriza</p> <p>ESTRATEGIA: vacunar</p>  |
| PERSPECTIVA INTERNACIONAL | { | <p><i>Convención única sobre estupefacientes</i>, Nueva York, 1961</p>  |

### CUADRO III: AÑOS SETENTA

|                                  |   |  |
|----------------------------------|---|--|
| <b>REFERENTES</b>                | { | <p><b>DROGAS:</b> heroína - anfetaminas - cocaína (1976)</p> <p><b>ACTORES</b> {</p> <p style="margin-left: 20px;"><b>CONSUMO:</b> jóvenes - veteranos - profesionales</p> <p style="margin-left: 20px;"><b>TRÁFICO:</b> puertorriqueños - negros</p> <p><b>PROBLEMA:</b> "deterioro del <i>ghetto</i>"</p>      |
| <b>DEFINICIONES</b>              | { | <p><b>DISCURSO CIENTÍFICO:</b> salud mental</p> <p><b>DISCURSO OFICIAL:</b> jurídico/político - médico</p> <p><b>DISCURSO GEOPOLÍTICO:</b> enemigo externo/interno</p>   |
| <b>PERCEPCIONES</b>              | { | <p><b>ENEMIGO:</b> conexión francesa - China</p> <p><b>ASOCIACIONES:</b> perturbación social</p> <p><b>CONSUMIDOR:</b> perturbado</p> <p><b>ESTEREOTIPO:</b> político - delictivo</p>  |
| <b>POLÍTICAS</b>                 | { | <p><b>PRIORIDAD:</b> internacionalizar la política criminal</p> <p><b>ESCENARIOS:</b> Turquía - México - Sudeste asiático</p> <p><b>MEDIDAS:</b> fumigación de cultivos de amapola y marihuana mantenimiento con metadona (1969/1973)</p> <p><b>ESTRATEGIA:</b> exportar la aplicación de la ley (DEA: 1973)</p> |
| <b>PERSPECTIVA INTERNACIONAL</b> | { | <p><i>Convenio de sustancias psicotrópicas</i>, Viena, 1971</p> <p><i>Protocolo de modificación de la Convención de 1961</i>, Nueva York, 1972</p> <p><i>Acuerdo sudamericano - ASEP</i>, Buenos Aires, 1973</p>   |

## CUADRO IV: AÑOS OCHENTA

|                           |   |  |
|---------------------------|---|--|
| REFERENTES                | { | <p><b>DROGAS:</b> cocaína - crack</p> <p><b>ACTORES</b> {</p> <ul style="list-style-type: none"> <li><b>CONSUMO:</b> jóvenes - profesionales ejecutivos hispanos - negros - etcétera</li> <li><b>TRÁFICO:</b> cubanos exilados - colombianos</li> </ul> <p><b>PROBLEMA:</b> "seguridad nacional"</p>   |
| DEFINICIONES              | { | <p><b>DISCURSO CIENTÍFICO:</b> crack = amenaza genética</p> <p><b>DISCURSO OFICIAL:</b> jurídico transnacional - geopolítico (países víctimas/países victimarios)</p> <p><b>DISCURSO GEOPOLÍTICO:</b> enemigo externo</p>  |
| PERCEPCIONES              | { | <p><b>ENEMIGO</b> {</p> <ul style="list-style-type: none"> <li><b>ECONÓMICO:</b> narcotráfico = cartel de Medellín</li> <li><b>POLÍTICO:</b> narcogurrilla - narcoterrorismo</li> </ul> <p><b>ASOCIACIONES:</b> violencia - subversión - corrupción</p> <p><b>CONSUMIDOR:</b> cliente</p> <p><b>ESTEREOTIPO:</b> político delictivo latinoamericano</p>  |
| POLÍTICAS                 | { | <p><b>PRIORIDAD:</b> militarizar la política criminal</p> <p><b>ESCENARIOS:</b> campos de cultivo región andina/ todo el continente</p> <p><b>MEDIDAS</b> {</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>erradicación y sustitución de cultivos</li> <li>destrucción de laboratorios</li> <li>entrenamiento de fuerzas policiales y militares</li> </ul> <p><b>ESTRATEGIA:</b> mantener las drogas alejadas de EEUU - incorporar otros países a la guerra (corresponsabilidad)</p> |
| PERSPECTIVA INTERNACIONAL | { | <p><i>Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, Viena, 1988</i></p>  |

## CUADRO V: AÑOS NOVENTA

|                              |   |  |
|------------------------------|---|--|
| REFERENTES                   | { | <p><b>DROGAS:</b> cocaína - heroína - marihuana</p> <p><b>ACTORES</b> {</p> <p style="margin-left: 2em;"><b>CONSUMO:</b> juventud mundial</p> <p style="margin-left: 2em;"><b>TRÁFICO:</b> empresas multinacionales</p> <p><b>PROBLEMA:</b> "seguridad mundial: reto colectivo global"</p>   |
| DEFINICIONES                 | { | <p><b>DISCURSO CIENTÍFICO:</b> salud mundial</p> <p><b>DISCURSO OFICIAL:</b> económico-transnacional</p> <p><b>DISCURSO GEOPOLÍTICO:</b> enemigo global</p>  |
| PERCEPCIONES                 | { | <p><b>ENEMIGO:</b> carteles colombianos - grupos insurgentes<br/>organizaciones criminales europeas</p> <p><b>ASOCIACIONES:</b> violencia - terrorismo - control bancario</p> <p><b>CONSUMIDOR:</b> cómplice del delincuente</p> <p><b>ESTEREOTIPO:</b> financiero</p>   |
| POLÍTICAS                    | { | <p><b>PRIORIDAD:</b> desarticular redes de traficantes</p> <p><b>ESCENARIOS:</b> global</p> <p><b>MEDIDAS</b> {</p> <p style="margin-left: 2em;">radarizar - decomisar precursores químicos - con-<br/>fiscar bienes - identificar estructuras financieras -<br/>crear grupos contra el lavado de dinero</p> <p><b>ESTRATEGIA:</b> iniciativas multilaterales globales</p> |
| PERSPECTIVA<br>INTERNACIONAL | { | <p><i>¿Globalizar la justicia?</i></p> <p><i>¿Creación de un tribunal internacional?</i></p> <p><i>¿Creación de fuerzas internacionales contra las drogas?</i></p>   |



## **ANEXO I: ALGUNAS AFIRMACIONES DE PRESIDENTES DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**

“Esta administración ha reconocido la necesidad de nuestra sociedad para mucho mejores controles médico, legal y social del uso de drogas de parte de los individuos. Hemos reconocido también la necesidad de proteger a nuestra sociedad de los desafortunados resultados del mal uso de drogas y narcóticos peligrosos”, J. F. KENNEDY (1962).

“El abuso de drogas ha adquirido dimensiones de una emergencia nacional que aflige al cuerpo y al alma de América”, R. NIXON (1971).

“El abuso de drogas es uno de los problemas más graves que enfrentamos... si no actuamos corremos el riesgo de perder toda una generación”, R. REAGAN (1981).

“Nuestra estrategia para luchar contra el abuso de drogas reemplaza el debate por la acción. Nuestra meta es clara. Intentamos conquistar el abuso de drogas y asegurar un futuro seguro y productivo para nuestros niños y nuestra nación... Personas a lo largo de toda la nación se han unido a esta lucha”, R. REAGAN (1984).

“La lucha de América contra el uso epidémico ilegal de drogas no puede ganarse en un único frente. Tiene que ser lanzado en todas partes, en todo nivel de gobierno federal, estatal y local y por todo ciudadano, en cada comunidad a lo largo del país”, G. BUSH (1989).

“La guerra contra las drogas es vital para la economía, la competitividad internacional y la seguridad de nuestro país”, G. BUSH (1992).

## BIBLIOGRAFÍA

- ARNAO, G., *Proibito Capire: Proibizionismo e politiche de controllo sociale*, Grupo Abele, Torino, 1990.
- BECKER, H. S., *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, The Free Press, New York, 1963.
- BEHR, H. G., *La droga: potencia mundial. El negocio contra el vicio*, Planeta, Barcelona, 1981.
- BERGER, P. y LUCKMANN, T., *The Social Construction of Reality*, Penguin Books, Londres, 1967.
- BOLIVAR, A., *El encuentro de dos mundos a través del discurso*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, mimeo, 1992.
- CENTER FOR STRATEGIC AND INTERNATIONAL STUDIES, *The Transnational Drug Challenge and the New World Order: The report of the CSIS Project on the Global Drug Trade in the Post Cold War Era*, Washington D.C., enero de 1993.
- CLOYD, J. W., *Drogas y control de información*, Ediciones Tres Tiempos, Buenos Aires, 1982.
- DEL OLMO, R., *La cara oculta de la droga*, Temis, Bogotá, 1988.
- DEL OLMO, R., *El discurso del narcotráfico y sus consecuencias en América Latina*, en A. J. Álvarez (comp.), "Tráfico y consumo de drogas: una visión alternativa", UNAM, México, 1991.
- DEL OLMO, R., *Drogas: ¿percepciones o realidad?*, en "¿Prohibir o domesticar? Políticas de drogas en América Latina", Nueva Sociedad, Caracas, 1992.
- ESCOBAR, J. G., *La realidad social del narcotráfico en Colombia: discursos y políticas criminales*, en "Nuevo Foro Penal" N° 47, 1990.
- GONZÁLEZ ZORRILLA, C., *Drogas y cuestión criminal*, en Bergalli, R. y otros, "El pensamiento criminológico", Temis, Bogotá, t. II, 1983.
- HIMMELSTEIN, J. L., *From Killer Weed to Drop-Out Drug: The Changing Ideology of Marihuana*, en "Contemporary Crisis", vol. 7, N° 1, 1983.

HINKELAMMERT, F. J., *Las armas ideológicas de la muerte. El discernimiento de los fetiches: capitalismo y cristianismo*, EDUCA, San José de Costa Rica, 1977.

LAMO DE ESPINOSA, E., *Delitos sin víctima: orden social y ambivalencia moral*, Alianza, Madrid, 1989.

MORRISSEY, E. R., *Power and Control through discourse. The case of drinking and drinking problems among women*, en "Contemporary Crisis", vol. 10, Nº 2, 1986.

NOWLIS, H., *La verdad sobre la droga*, Ed. de la UNESCO, Paris, 1975.

REINERMAN, C., *Moral Entrepreneurs and Political Economy: Historical and Ethnographic Notes on the Construction of the Cocaine Menace*, en "Contemporary Crisis", vol. 3, Nº 3, 1979.

THE DOMESTIC COUNCIL DRUG ABUSE TASK FORCE, *White Paper on Drug Abuse. A Report to the President*, U. S. Government Printing Office, Washington D.C., septiembre, 1975.

THE WHITE HOUSE, *Proceedings White House Conference on Narcotic and Drug Abuse*, U. S. Government Printing Office, Washington D.C., 27-28 de septiembre de 1962.

THE WHITE HOUSE, *National Strategy for Prevention of Drug Abuse and Drug Trafficking*, Washington D.C., septiembre de 1984.

THE WHITE HOUSE, *The White House Conference for a Drug Free America Final Report*, U. S. Government Printing Office, Washington D.C., junio de 1988.

THE WHITE HOUSE, *National Drug Control Strategy*, Washington D.C., septiembre de 1989.

THE WHITE HOUSE, *National Drug Control Strategy: a Nation Responds to Drug Use*, Washington D.C., enero de 1992.

VAN DIJK, T. A., *Estructuras y funciones del discurso*, Siglo XXI, México, 1989.

WOLA, *Iniciativa Andina: actualidad legislativa*, Washington Office on Latin America, Washington D.C., julio de 1992.



# Abolicionismo: ¿eclecticismo o integración en la criminología?

*Carlos A. Elbert\**

I. En el presente trabajo intentaré un análisis del fenómeno abolicionista, abordándolo desde la óptica de una disciplina social, la criminología, con la que el abolicionismo mantiene una relación de proximidad que podríamos definir como inevitable o forzosa. Así como la criminología se estableció como disciplina a partir del estudio del delito y el delincuente, y consideró que su objeto de estudio se hallaba dentro de los muros carcelarios, el abolicionismo también se desarrolló como movimiento orientado por la cárcel, sólo que renegando de ella y proponiéndose su eliminación. En estos interesantes procesos hay numerosos aspectos que merecen un análisis particularizado, que abordaré sintetizando los conceptos y contenidos de las corrientes de pensamiento recién señalados.

II. El "movimiento"<sup>1</sup> abolicionista apunta a la eliminación de las penas privativas de libertad, las cárceles y establecimientos totales, y en su desarrollo más extremo, a la abolición del sistema penal. Este conjunto de autores y activistas considera que el derecho penal es inhumano, reproductor y agravante de los conflictos de los particulares, a los que ha expropiado su derecho a resolverlos entre sí, del modo que más les convenga. Para el abolicionismo, las institu-

\* Universidad de Buenos Aires; Universidad del Litoral.

<sup>1</sup> Abarcando el conjunto de ideas centrales, aun sin coordinación expresa o tácita para actuar como "movimiento".

ciones y las burocracias jurídico-penales son ineficaces y conspiran contra la evolución democrática y participativa de los ciudadanos. Las víctimas pierden protagonismo y reconocimiento, a expensas de funcionarios y burócratas ajenos y lejanos a los hechos, sobre los que pontifican en base a lenguajes y ritos técnicos complicados que sólo sirven para excluir a los ciudadanos del acto de hacer justicia. Las formas participativas deben recuperar su espacio protagónico, y la justicia penal debe desaparecer, con todo el aparato de control social formal, transformando sus actividades en la dirección reparadora del derecho civil y de formas comunitarias de interacción que aporten soluciones de mucha menor conflictividad. Se trata de achicar el estado tanto como sea posible.

El abolicionismo no es una construcción teórica preocupada por requerimientos epistemológicos o filosóficos del tipo de los que atormentan a la criminología o al derecho penal. No se concibe a sí mismo como disciplina autónoma ni como ciencia. No tiene uno o varios métodos específicos para lograr sus objetivos, que son de tipo pragmático. Podría decirse que, al servicio de sus objetivos, cualquier método resulta admisible, en tanto sea eficaz.

DE FOLTER efectuó un prolijo análisis de los métodos en el abolicionismo<sup>2</sup>, y sostuvo que existen diferentes fundamentaciones metodológicas en los diversos autores, y que el abolicionismo es un pensamiento y una práctica que puede aplicarse a distintas áreas, pero siempre con alcance local. La política abolicionista se limita a desarrollar pensamientos estratégicos a partir de situaciones concretas. En esas líneas estratégicas se tiende a desenmascarar ideologías de control, aun cuando no se desarrollen sino por excepción los problemas del poder y de la estructura del estado. El abolicionismo es, fundamentalmente, un enfoque humanista que se solidariza con los más débiles de la sociedad. De tal caracterización podemos extraer varias conclusiones, que refuerzan lo antes señalado acerca de la "ideología" abolicionista y, particularmente, subrayar su espíritu independiente, más bien libertario, en cuanto al rigor metodológico y las grandes abstracciones teóricas.

<sup>2</sup> DE FOLTER, R., Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault, en "Abolicionismo penal", Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 57.

En consecuencia, el abolicionismo ha delimitado un campo de discusión y trabajo pragmático, simple y creativo. Su apertura y la despreocupación por la prolijidad metódica es consecuencia de un antirreduccionismo que aspira a no confundir método con ideas, como dijo HUSSERL. Puede decirse que el abolicionismo “se la ha hecho sencilla” en oposición a lo que ocurre discursivamente dentro del derecho penal y la criminología, campos científicos plagados de dificultades que multiplican los caminos pragmáticos o militantes hacia objetivos que hayan sido identificados a priori con suficiente coherencia teórica. Más adelante volveremos a referirnos a esta tensión teórico-práctica tan diferente.

III. Dentro de los rasgos generales del abolicionismo, hay uno que me parece especialmente importante destacar: el de su carácter militante, alérgico a todo compromiso con el establishment del control jurídico-penal. Dicho en palabras de HULSMAN, cuando propone “otra lógica” para el tema del delito: “Cambiar el lenguaje no basta si se conservan, bajo las palabras nuevas, las categorías antiguas. Si, por ejemplo, se atribuye al término ‘suceso no deseable’ el mismo contenido de la noción legal de ‘crimen’ —un solo acto puesto en la mira, una responsabilidad que se carga en cuenta a un solo autor visible, etc.— permanecemos, sin percatarnos de ello, en la lógica fundamental del control social que conocemos. Uno se pregunta entonces por qué cosa reemplazar el sistema penal, comienza a buscar soluciones de recambio, y éste no es un buen enfoque. Porque no se trata de volver a construir un edificio que vendría a vaciarse exactamente en el molde antiguo, sino de mirar la realidad con otros ojos”<sup>3</sup>. Por su parte, MATHIESEN ha desarrollado detenidamente una teoría para la acción política, persuadido de que no habría alternativa entre la absorción y el antagonismo abierto con el sistema penal vigente. Señala que, al demandar la implementación de alternativas antes de abolir el sistema prevaleciente, las fuerzas conservadoras están exigiendo algo que no puede materializarse o que al menos se materializará muy lentamente y que resultará muy similar a lo ya existente. Por ello, opta por una relación de contradicción con el sistema existente. La alternativa será

<sup>3</sup> Cf. Sistema penal y seguridad ciudadana, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 85-86.

“alternativa” en tanto no esté basada en las premisas del viejo sistema sino en sus propias premisas, que en uno o más puntos contradigan a las del viejo sistema. La segunda condición es que un movimiento político en expansión debe, para seguir expandiéndose, estar en relación de competencia con el sistema existente. La alternativa de lo inconcluso sólo es tal en tanto compita con el sistema existente. De lo contrario, el recemplazo del sistema existente no será interesante ni relevante y el movimiento político se retraerá<sup>4</sup>.

Estas posturas definen el enfoque abolicionista que me parece más interesante y audaz: el de retar a muerte al sistema desde una posición de intransigencia que no acepte ni su lenguaje. Este no-compromiso es lo que, a mi entender, hizo creíble y admirable al abolicionismo como movimiento general de ideas. Es también una garantía de que no caerá, como otros intentos, en las redes del gatopardismo burocrático-político de que “algo cambie para que todo quede como estaba”, sobre la que previene agudamente PAVARINI en su artículo ¿Menos cárcel y más medidas alternativas?<sup>5</sup>.

Como el abolicionismo no se presenta envuelto en el ropaje de la ciencia, ni se preocupa por grandes fundamentaciones filosóficas o sociológicas, siendo, además, un movimiento antirreduccionista, creo que esa intransigencia diseñada por MATHIESEN representa no sólo un dato de credibilidad, sino de esencialidad para rescatar el valor de movimiento general de ideas que hemos venido reconociendo al abolicionismo.

IV. Aclarados los puntos anteriores, confieso sentir preocupación por la identidad abolicionista, al menos la que yo le he venido asignando conforme a lo expuesto, según informaciones que parecen indicar un cambio de estrategia en el rumbo abolicionista. Así lo sugieren diversas opiniones que he escuchado de abolicionistas europeos y aspectos discutidos en el ICOPA VI, San José de Costa Rica, 1993. En el programa de la conferencia fueron discutidos temas como la compatibilidad de delito, seguridad ciudadana y abo-

<sup>4</sup> De FOLTER, R., op. cit., pp. 72-73.

<sup>5</sup> PAVARINI, M., ¿Menos cárcel y más medidas alternativas?, en “Delito y sociedad”, n° 2, Buenos Aires, 1992, p. 75.



licionismo, la búsqueda de “medidas concretas” hacia el abolicionismo, políticas alternativas en ciertos temas político-criminales, o educación de la población. También escuché que abolicionistas españoles trabajan en comisiones con organismos oficiales, en busca de instrumentar alternativas a la prisión. A pesar de que HULSMAN habla de alternativas al sistema penal que no constituyan sanciones administrativas, admite que no es posible dar una fórmula preconcebida para políticas criminales alternativas<sup>6</sup>.

Si se verificara un rumbo de trabajo de este tipo, coincidiría con la dirección sugerida por FOUCAULT, aquel “resistir estando involucrado” que aparece delineado esencialmente en *Microfísica del poder*<sup>7</sup>. FOUCAULT sostuvo que las luchas para abolir las asimetrías (atención al término abolir) son locales y se pueden dar en un dominio específico, donde la gente se sienta oprimida. De tal modo, muchas veces sería beneficioso cooperar con quienes uno combate o sostener que se puede estar en contra y a la vez involucrado<sup>8</sup>. El propio HULSMAN admite la influencia determinante de FOUCAULT en la búsqueda alternativa, y transcribe las reglas para el desempeño de todo académico, la última de las cuales especifica: “tiene que trabajar conjuntamente con los participantes directos y con los profesionales para modificar las instituciones y sus prácticas y desarrollar otras formas de pensamiento”<sup>9</sup>.

A mi entender, si el abolicionismo en su conjunto adoptase tales líneas tácticas, correría el riesgo de perder su inocencia, por vía del compromiso y la transacción ante los factores de poder del control. Perdería también su posición equidistante, la simpática función de “caja de herramientas” que señala Gilles DELEUZE en su diálogo con FOUCAULT<sup>10</sup>. Finalmente, el discurso abolicionista podría llegar a emparentarse con el del “nuevo realismo” y otras posicio-

<sup>6</sup> HULSMAN, L., El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas, en “El poder punitivo del Estado”, n° 1, Juris, Rosario, 1993, p. 101.

<sup>7</sup> Cf. *Microfísica del poder*, La Piqueta, Madrid, 1980, pp. 39 y siguientes.

<sup>8</sup> Cf. mi crítica al libro de Eugenio R. ZAFFARONI, En busca de las penas perdidas, en “Doctrina Penal”, 1989, pp. 770 y siguientes.

<sup>9</sup> HULSMAN, L., El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas, cit., p. 101.

<sup>10</sup> FOUCAULT, M., *Microfísica del poder*, cit., p. 79.

nes pragmáticas de colaboración con el paradigma oficial de control social, en pos de consenso y reconocimiento.

Estoy seguro de que el abolicionismo perderá su identidad si se involucra, pasando a una acción concertada con factores de poder locales, por las razones que son sobradamente conocidas, y que se han puesto en práctica en relación al movimiento antipsiquiátrico, los procesos de descriminalización y las comisiones para elaborar alternativas a la prisionalización. En esta postura, habrá quedado atrapado en una red de poder, pese a la advertencia de HULSMAN, y terminaría reconstruyendo el edificio nuevo sobre el molde antiguo. ¿O será que el abolicionismo se encamina hacia posiciones eclécticas, a resultas de su indiferencia metódica y su desconfianza por las formulaciones científicas? Estos interrogantes los abordaré en los puntos siguientes, a partir de una propuesta criminológica, a la que quisiera conceder rango de disciplina científica, no por cuestiones de alcurnia del saber, sino por la aspiración de mayor seguridad en el acto de conocimiento.

V. La primera cuestión que debo clarificar es la referente al carácter de la disciplina desde la cual queremos observar críticamente al abolicionismo, o sea el problema de la naturaleza científica de la criminología. Insisto en recuperar una dimensión afirmativa del ser científico, no obstante la fuerza que parecen estar adquiriendo las posiciones escépticas o negatorias<sup>11</sup>.

Nos conformaremos con hilvanar unas pocas precisiones iniciales acerca de la criminología, describiéndola como una disciplina científica que sólo puede ser entendida interdisciplinariamente. La confluencia de diversos saberes en este terreno común dificulta la búsqueda de un objeto y un método propios, razón por la cual la criminología no puede ser definida como ciencia. PAVARINI explica irónicamente esa situación, diciendo que "la criminología no es una ciencia autónoma en la medida en que no tiene un objeto definido, no procede en base a la aceptación de paradigmas comunes y aún

<sup>11</sup> Cf. la presentación de *El poder punitivo del Estado*, n° 1, op. cit., y YOUNG, J., *El fracaso de la criminología. La necesidad de un realismo radical*, en el mismo volumen. También, LARRAURI, E., *La herencia de la criminología crítica*, Siglo XXI, España, 1991.

menos con un mismo método. Ella —se ha señalado varias veces— no es otra cosa que una expresión cómoda para abarcar una pluralidad altamente heterogénea de conocimientos científicos, en ningún caso homogeneizables, salvo por haber intentado ofrecer algunas respuestas a los problemas planteados por la violación de ciertas normas sociales, en particular de las jurídico-penales. En suma, un cómodo parasol a cuya sombra se resguardan personas de distinta lengua, a veces incapaces de entenderse entre sí, pero todas igualmente preocupadas por el desorden reinante en la sociedad, aunque cada una de ellas lo atribuye a razones distintas”<sup>12</sup>.

Comparto, como se anticipó, el punto de vista según el cual la criminología no es una ciencia. Empero, sostengo que está legitimada como disciplina científica e interdisciplinaria, en la medida en que, sin disponer de un objeto unívoco ni de un único método, está en condiciones de tratar temas relativos al crimen y el control social con coherencia científica, valiéndose de objeto y métodos de distintas disciplinas. En tal sentido, los enfoques explicativos de la criminología en sus diversos paradigmas, permiten someter a verificación racional sus proposiciones y hallazgos, a fin de estimar la validez del alcance explicativo. No sostengo que lo consiga siempre, sino que como disciplina científica se ofrece a la verificación, aspira a superarla exitosamente y se hace responsable por sus reglas de razonamiento.

Tras la evolución histórica secular de la criminología, se ha llegado a la investigación de los procesos de definición, tanto en la criminalización primaria como en la secundaria. El objeto de investigación ha pasado a ser el proceso de definición y no los hechos y los sujetos en sí mismos. Los procesos de definición aludidos, del mismo modo que las situaciones socialmente negativas, son históricamente cambiantes y responden a modelos sociales hegemónicos. Por este motivo, la llamada “criminología crítica” asumió un gran compromiso al colocar su discurso interpretativo en colisión con el pensamiento criminológico tradicional, privilegiando un trabajo científico orientado a la deslegitimación de los sistemas punitivos existentes. He allí la gran diferencia con la evolución etiológica an-

<sup>12</sup> PAVARINI, M., Control y dominación, Siglo XXI, México, 1983, p. 93.

terior, dedicada meramente a las propuestas de perfeccionamiento y consolidación de los sistemas de control, a partir de críticas meramente funcionales sobre la óptima operatividad del sistema.

Puede visualizarse ya el área de confluencia entre abolicionismo y criminología, tanto en lo que une como en lo que separa sus respectivos discursos. El abolicionismo se ha hecho cargo de la crisis del control formal, y propugna un objetivo que va desde la supresión de las cárceles hasta la supresión del sistema punitivo jurídico-penal en su totalidad. Pero mientras la criminología crítica entiende que tales propuestas deben responder a una progresión contextualizada social, histórica y políticamente, el abolicionismo las basa en proposiciones éticas de distinto alcance y profundidad, apoyadas en nociones del hombre y la sociedad de tipo genérico e idealista. Usualmente, relaciona esas nociones con una visión crítica “del” progreso, o “de la” sociedad moderna, especialmente según los modelos de naciones desarrolladas y con altos niveles de bienestar.

Mientras la criminología crítica se obliga a transitar un largo camino de estudio de las teorías jurídicas y el estado, recurriendo en medida no despreciable a la influencia marxista, el abolicionismo prescinde de un estudio pormenorizado de esas estructuras y su evolución. Cualquier sociedad puede estar mejor —dice— sin cárceles ni jueces penales, y esto la volverá una sociedad evolucionada, más justa y solidaria. De algún modo, todas las sociedades son iguales, y la naturaleza de todos los hombres es aproximadamente la misma. Más aún, cuanto más primitivo sea el hombre, más sano y bueno resultará; o sea, menos “contaminado” de la impersonalidad de la sociedad moderna.

El alcance del abolicionismo termina allí, en el logro del objetivo que proclama, disolviéndose en una noble utopía social de hombres buenos y francos. En tanto, el objetivo de la criminología crítica es indagar sobre las condiciones objetivas en que los sistemas de control se generan, a partir del reconocimiento del poder que detenta un sector social para digitar, según su conveniencia, las ideas de control y definición. Obviamente, en la medida en que se apliquen categorías marxistas, el sistema jurídico es entendido como una superestructura, un conjunto legal-institucional, al servicio de ciertos intereses parciales y no igualitarios. En tal sentido, el sistema jurídico penal es sólo un segmento del control jurídico. Para

el abolicionismo, el sistema jurídico tiene un solo villano, que es el segmento jurídico-penal al que hay que eliminar para que el resto de la sociedad siga funcionando cada vez mejor.

La necesidad de propiciar un sistema social diverso impone a la criminología crítica el compromiso con una búsqueda tan difícil como apremiante, porque de la visualización de un modelo futuro depende la elaboración de una praxis consecuente y efectiva. Esa búsqueda debe realizarse necesariamente en el catálogo de los sistemas productivos y las organizaciones sociales, especialmente a través del análisis histórico comparado. Para el abolicionismo no hay órdenes sociales sino modelos, y se avanza hacia el modelo mejor como acto de fe y buena voluntad, ejemplificando con el propio idealismo y la generosidad polémica, de algún modo, hay un fácil paralelismo con la imagen de los cristianos en la arena, esperando que la ayuda de Dios los libere del acoso de los leones.

VI. Establecido en qué carácter científico se pretende hablar desde la criminología, podemos aludir a algunos cuestionamientos efectuados al abolicionismo desde la criminología crítica, al menos a aquellos que estimo esencialmente vigentes. Dejaré de lado cuestiones ya discutidas entre penalistas y criminólogos, remitiéndome a esos debates, que considero suficientemente desarrollados, sin ignorar que también desde el discurso del derecho penal provienen muchos cuestionamientos importantes a las propuestas abolicionistas<sup>15</sup>.

a) En lo referente a la identidad de desinstitucionalización radical hemos subrayado antes que el origen irreductible del abolicionismo le hace perder identidad en cuanto pueda verse involucrado con actividades de colaboración con el sistema. La posición extrema le da la legitimidad de propuesta contrastante, pero le ata las manos para la actividad de campo. Por el contrario, la participación en actividades y propuestas reduccionistas o alternativas del sistema penal desdibuja la personalidad del abolicionismo, que puede superponerse fácilmente con corrientes diversas de derecho penal o criminología.

<sup>15</sup> Basta aquí con la enumeración de las cuestiones como la disuasión por la pena (prevención general y especial), los métodos para mensurar perjuicios y penas, la igualdad formal y sustancial de las partes en el proceso, etcétera.

Las diferencias con la criminología fueron bien marcadas por Mauricio MARTÍNEZ SÁNCHEZ cuando señaló que: "A pesar de que la mayor parte de los criminólogos críticos están de acuerdo en abolir la cárcel, ellos aceptan que a dicho objetivo pueden acercarse gradualmente mediante la extensión de las mencionadas medidas alternativas; es decir, mediante la aplicación de la suspensión condicional, de la libertad condicional y en general mediante la ejecución de la pena detentiva en régimen de semilibertad y la apertura de la cárcel hacia la sociedad. En este sentido, las medidas alternativas forman parte de la 'fase de transformación del derecho penal' por el que habrá que pasar antes de abolirlo totalmente, pues el derecho penal mismo puede ser un 'instrumento de reducción y de control de la violencia punitiva'"<sup>14</sup>.

En suma, entiendo, sin ánimo extorsivo alguno, que el abolicionismo está prisionero de su fácil delimitación de un objeto: si lo mantiene concentra fuerza, pero se le torna difícil la operatividad en el campo social; si se aleja del objetivo final, pierde contorno, y puede operar en el campo social con herramientas y proposiciones que ya son patrimonio de otras corrientes y teorías.

b) En lo referente a la concepción del hombre: no obstante el seductor poder de atracción que ejerce una noción del hombre y su comportamiento guiado por una especie de deliciosa bondad y buena fe, de la que Louk HULSMAN resulta un ejemplo viviente, no puedo dejar de pensar en una idealización. Ni el ser humano está desprovisto de pasiones, ni sus conflictos son independientes del tipo de sociedad en que le toca vivir y de las condiciones culturales que marcaron su desarrollo. Daría cualquier cosa por tener el espíritu positivo de HULSMAN como ser humano, pero me resigno a seguir cargando con mis limitaciones biográficas. En tal sentido, la sociedad que genera los hombres perjudicados por el sistema penal brilla por su ausencia en el planteo abolicionista, o se da por supuesto que no tiene importancia relevarla. Para colmo, la marcha actual de la humanidad se parece a un constante retroceso en la escala zoológica, aspecto que me autoriza a ser aún más escéptico frente a la disposición fraternal del hombre de los abolicionistas.

<sup>14</sup> MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M., Alternativas al sistema penal en la corriente abolicionista, en revista "Criminología y Derecho penal", año 1, n° 1, 1991, Guayaquil, p. 11.

c) En lo referente a la reprivatización de los conflictos: he sostenido en mi ponencia al 11º Congreso Internacional de Criminología, realizado en Budapest en 1993, que el tema de la “reprivatización” tomado de FOUCAULT es merecedor de una revisión crítica especialmente en referencia a América Latina por cuanto nuestra recepción del derecho nada tiene que ver con la evolución histórica europea de solución de conflictos. También es interesante analizar el papel que cumple el estado en nuestros países, donde su rol de garantía frente a abusos puede ser imprescindible ante el cuadro de injusticia social en que ellos están inmersos. Por último, la transferencia al derecho civil de los conflictos que hoy resuelve el derecho penal parece establecer “áreas no contaminadas” dentro de la teoría general del derecho, explicación que encuentro por demás simplista y reductora de la naturaleza del estado capitalista en que estamos inmersos. BARATTA y MARTÍNEZ SÁNCHEZ han destacado suficientemente los riesgos que se corren confiando en una presunta igualdad de las partes en esferas del derecho privado burgués<sup>15</sup>. Basta enunciar esa cuestión para dejarla planteada como serio obstáculo a la credibilidad de las modalidades de futura solución de conflictos que bosquejó HULSMAN en Sistema penal y seguridad ciudadana.

d) En lo referente a la indemnización de la víctima: debe recordarse que, en nuestro país, los jueces penales tienen la potestad de reparar daños y ordenar indemnizaciones, pero escasamente se hace uso de esa atribución. Las causas pueden ser dos: la actitud reticente de los jueces penales para tratar asuntos civiles o reparatorios en medio de un proceso formal, y la abrumadora mayoría de casos en que el autor es una persona sin recursos como para afrontar pagos de indemnizaciones. Esta realidad debe ser tomada en cuenta en nuestros países, porque se corre el riesgo de elaborar paradojas teóricas por las cuales los pobres deban indemnizar a los ricos a cambio de la libertad. Cabe recordar que hasta el 70% de los asuntos investigados en sede penal está constituido por delitos contra la propiedad, cuyos autores generalmente no pueden pagar siquiera una baja caución para obtener su excarcelación. Es delicado, entonces, el tema de los mecanismos compositivos basados en el ejemplo de países ricos o con buen standard de vida.

<sup>15</sup> Ibidem.

Por razones de espacio, me conformo con cerrar aquí el repaso de los planteos críticos desde la criminología hacia el abolicionismo. La conclusión que me permito extraer es tan conocida como imaginable: la proposición extrema del abolicionismo es compartible por la criminología crítica, pero bajo condiciones diferentes, y con fundamentos más amplios, que estimo también mas rigurosamente fundados. Tanto en la deslegitimación del derecho vigente, como en los modos de acceder a su minimalización o reemplazo, se aprecia que no basta con las meras coincidencias de enunciado: son necesarias, además, fundamentaciones teóricas profundas y razonables, que hagan viable una praxis político-criminal cargada de sentido social y actualidad. Aclaro que estas últimas proposiciones nada tienen que ver con el conformismo de los “nuevos realistas” y su modo “eclectico” de entender el sentido social.

Retornando ahora al título de este trabajo, las conclusiones son fáciles de prever y sintetizar: el abolicionismo es válido como toda propuesta humana, en este caso, destinada a crear conciencia y movilizar voluntades hacia un objetivo preciso. El abolicionismo es un movimiento de profundo sentido humanista, condenado a persistir en una posición militante de desmitificación, por cuanto toda posición ecléctica lo haría contradecirse y fusionarse con la criminología tradicional, el nuevo realismo o propuestas minimalistas, que el abolicionismo rechazó antes enfáticamente. De lo contrario, y en la medida que el abolicionismo se haga cargo de contextualizar a su “hombre bueno” en la realidad histórico-social y en la teoría general del derecho que la regula, las coincidencias básicas que lo aproximan a la criminología crítica (deslegitimación del control formal) terminarán integrándolo a ella, al menos en cuanto se avenga a trabajar científicamente sin temor al factor de “poder” que pueda representar el conocimiento. Es evidente que en nuestras sociedades, el poder real (que detenta el control) no se alimenta de los conocimientos adquiridos por la criminología crítica, ni que esta disciplina es ignorante de las construcciones de FOUCAULT. Se trata apenas de privilegiar un método general de razonamiento dentro del cual se pueda ejercer la democracia de la comunicación con reglas entendibles por todos, en una coyuntura planetaria donde se define como libertad aquello que es imposibilidad de comunicarse, de entender la realidad y por ende de transformarla en el sentido humanista que todos anhelamos.



# El marco jurídico del movimiento positivista argentino\*

*Enrique E. Marí\*\**

La prépondérance de la philosophie positiviste est successivement devenue telle depuis Bacon; elle a pris aujourd'hui, indirectement, un si grand ascendant sur les esprits même qui sont demeurés les plus étrangers à son immense développement, que les metaphysiciens livrés, à l'étude de notre intelligence n'ont pu espérer de ralentir la décadence de leur prétendue science qu'en ravissant pour présenter leurs doctrines comme étant aussi fondées sur les observations des faits. Auguste COMTE, Cours de philosophie positive.

## I. EL POSITIVISMO SOCIOLOGICO DE AUGUSTO COMTE

1. Al finalizar el primer semestre de 1830, Augusto COMTE tenía terminada ya la redacción del primer tomo de su obra capital, Curso de filosofía positiva, cuya publicación regular continuará en cinco nuevos volúmenes hasta doce años después. Se incluyen en este primer volumen los principios generales de su doctrina y los específicos de la filosofía matemática. Algunas de las ideas básicas del Curso ya las había dado a conocer en la primera parte de su Sistema de política positiva en 1822, un trabajo al que denomina "Opúsculo Fundamental" en signo de la excepcional importancia que le atribuye, y que reimprime y comunica a cierto número de científicos y filósofos europeos en 1824, año en que precisamente estalla su sonora ruptura con SAINT SIMON. Como ninguna de estas

\* Artículo publicado en BIAGINI, Hugo E. (comp.), El movimiento positivista argentino, Ed. de Belgrano, Buenos Aires, 1985, pp. 141 y siguientes.

\*\* Profesor de la Universidad de Buenos Aires.

dos impresiones (la primera de sólo cien ejemplares) había sido editada oficialmente, abre el Curso con una breve sección, "Advertencia del autor", donde resalta e insiste en la efectiva publicación del Opúsculo en circuito cerrado y poco conocida por el público, a fin de acreditar la paternidad intelectual de los principios relativos a la renovación de las ideas sociales.

Se comprende la fuente de la ansiedad de COMTE: entre esas ideas fundamentales que arriesgaban ser confundidas con las investigaciones posteriores de los saintsimonianos (a los que no nombra) figuraba nada menos que la ley de los tres estadios, ley que unida a la clasificación de las ciencias debía conducirlo en su programa de creación de una ciencia nueva, una "física social", la futura "sociología". Por aquel semestre de 1830, COMTE tenía sobradas aspiraciones en prevenir cualquier merma a su papel crucial y de fundador del movimiento positivista, que se erigía como alternativa frente a la filosofía de la Ilustración ya que, aunque continuándola, intentaba limitarla con dos tipos de protocolos de control: protocolos de control científico para limar las aristas más especulativas del racionalismo metafísico de esa filosofía, y protocolos de organización positiva para redefinir en términos de orden su fuerza crítico-revolucionaria y "negativa" por esencia.

En este momento peculiar del contraste entre ambas tendencias, el positivismo adquiere preponderancia, comienza un auge que perdura en la segunda mitad del siglo XIX y comienzos del XX, e influye y recibe influencias de los espíritus más notables de la época. Entre ellos algunos científicos que integraron su auditorio y lo estimularon son citados y reconocidos por COMTE en la misma "Advertencia", y sus nombres cubren una franja no secundaria de las ciencias que se enlazan en progresión jerárquica y necesaria en su escala enciclopédica, guardando correlación con la jerarquía natural e invariable de los fenómenos. Así, vemos aquí citados a Alexander VON HUMBOLDT, el naturalista; a BLAINVILLE el biólogo, a quien dedica junto a FOURIER, autor de la teoría analítica del calor y secretario perpetuo de la Academia Real de las Ciencias, su Curso de filosofía positiva y por cuyo intermedio recibe de LAMARCK el término

Cours de Philosophie Positive, 5<sup>a</sup> ed., Schleicher Frères, París, 1907.

aristotélico de medio ambiente (*milieu*); a POINSOT, que formara su vocación filosófica y pedagógica; a BROUSSAIS, de quien adopta su principio nosológico de que los fenómenos de la enfermedad coinciden esencialmente con los de la salud, no difiriendo sino en intensidad, principio que no trepida en aplicar para confirmar o perfeccionar las leyes sociológicas<sup>2</sup>; a ESQUIROL, el fundador de la clínica psiquiátrica y quien lo asiste en su malestar mental en el período en que COMTE debió interrumpir su curso, y a BINET, psicólogo y fisiólogo colaborador de CHARCOT.

Como se observa, no encontramos aquí a ningún filósofo o teórico del derecho, ni la ciencia jurídica consta entre las fundamentales que se encadenan en la marcha progresiva del espíritu humano (matemática, astronomía, física, química, fisiología y física social o sociología). Esta circunstancia, unida al hecho sugerente de que, prescindiendo de matices, ninguno de los más influyentes representantes del positivismo jurídico contemporáneo, se trate de Kelsen o de ROSS, de HART o de BOBBIO, reconozcan filiación en el positivismo comteano y esgriman, antes bien, algunas tesis directamente opuestas al pensamiento de COMTE, abre los siguientes interrogantes: ¿se puede asignar algún espacio al positivismo jurídico en el marco del sistema de Comte? ¿O, para hacer uso de la metáfora de WITTGENSTEIN, sólo existe entre uno y otro un aire de familia?

Algunas razones de peso pueden computarse en el sentido de renunciar a toda investigación de raíces comunes. La primera y más poderosa es la propia actitud asumida por COMTE en relación al derecho en su Curso de filosofía positiva. Prescindiendo de algunas ocasionales alusiones despectivas hacia el derecho natural, el Curso es un texto evidentemente vaciado de todo contenido en cuanto a los problemas jurídicos. En segundo lugar, aunque en otros

<sup>2</sup> En agosto de 1828, COMTE escribe Examen del tratado de Broussais sobre la irritación, incluido en "Primeros Principios", México, F.C.E., largamente comentado por Georges CANGUILHEM en *Lo normal y lo patológico*. Para COMTE, tanto BROUSSAIS como CABANIS, GALL y SPURZHEIM, ubican los fenómenos morales en el dominio de la fisiología, pero aunque la física social está fundada en la fisiología, no por eso debe dejar de constituir una ciencia separada, con observaciones propias. Véase, asimismo, la amplia historia de las relaciones SAINT-SIMON-COMTE, en GOUHIER, Henri, *La jeunesse d'Auguste Comte*, París, Vrin, 1970. El trabajo de ARNAUD *La loi selon Auguste COMTE*, está en "Archives de Philosophie du Droit", n° 25.

textos se valga de MONTESQUIEU (que en realidad define a las leyes en sentido jusnaturalista: “leyes son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas”) y cite a SAVIGNY, COMTE conserva esta posición reacia hacia el derecho como surge de algunos párrafos puestos a luz por Pierre ARNAUD, en *La loi selon Auguste Comte*: por ejemplo, cuando ironiza sobre “el fetichismo de la ley”, o llega a declarar que “la palabra derecho debe ser tan apartada del lenguaje político como la palabra causa del lenguaje filosófico”. (*Systeme I*, 361), o cuando añade a esto un voto con miras a “la extinción de las Escuelas de Derecho” (*idem t. IV*, p. 467).

Muchos podrán sospechar con buenas razones que en esta actitud de COMTE frente al derecho se implanta, en sus propios textos, el mal entendido que va acompañar, bajo la forma de la distancia, la historia futura de las relaciones entre el positivismo jurídico contemporáneo y la sociología positivista. Pero no puede deducirse de aquí (por más horror incluso que le produjera el nombre de Derecho) que lo jurídico configurase en sí mismo, para él, un objeto no pasible del método positivo y científico. Lo que COMTE se propone, en realidad, es un curso de “filosofía” positiva y no de ciencias positivas (*Cours, Exposition*, 13). Vale la pena recordar el núcleo de esta filosofía para ver el papel que en su lógica interna juegan las ciencias, su clasificación y el no-lugar del derecho en ella.

2. Por la filosofía positiva, COMTE entiende un cuadro de la historia real del espíritu humano, un verdadero fresco del desenvolvimiento de la civilización sujeta a una evolución “natural” descifrada por la ley de los tres estadios. Por su parte, la clasificación de las ciencias, articuladas en una jerarquía enciclopédica, obra como enrejado de inteligibilidad de ese desenvolvimiento cuyo progreso consiste en pasar de la explicación teológica a la positiva atravesando el período de transición de la explicación metafísica. Esta idea de progreso se inserta en dos niveles: por un lado, en el histórico, satisface el devenir humano; por otro, en el metodológico, conforma la elaboración lenta y despaciosa de una astronomía, de una física, de una química, de una fisiología y de una física social que completa y da acabamiento al sistema. Su función de gozne entre el plano histórico y el epistemológico hace que entre la ley de los tres estadios y la clasificación de las ciencias exista una interdependencia recíproca: no se concibe escala enciclopédica sin ley de los tres estadios, que fija el objeto de la última ciencia; no hay ley de los tres

estadios, a su vez, sin la verificación completa de la escala enciclopédica, cada uno de cuyos segmentos científicos esenciales aporta un grado, una cuota de sentido al total.

Para que la filosofía positiva esté en condiciones de sustituir con toda su superioridad a la teológica y a la metafísica, tiene que adquirir el carácter de universalidad que le falta y del que, en cambio, disponen estas últimas conforme a su respectivos procedimientos. La teológica encuentra este carácter en el hecho de que en este estadio el espíritu humano dirige esencialmente sus investigaciones hacia la naturaleza íntima de los seres, hacia las causas primeras y finales, hacia los conocimientos absolutos, representándose los fenómenos como producidos por la acción directa y continua de agentes sobrenaturales más o menos numerosos (según se encuentre en la etapa del fetichismo, el politeísmo o el monoteísmo). La metafísica, a través de la sustitución de esos agentes naturales por fuerzas abstractas, “verdaderas entidades (abstracciones personificadas) inherentes a los diversos seres del mundo, y concebidos como capaces de engendrar por ellos mismos todos los fenómenos observados, cuya explicación consiste entonces en asignar para cada uno la entidad correspondiente” (Cours, Exp. 3).

La positividad también reclama universalidad y en ella está implícita la idea de sistema y unidad del conocimiento científico. COMTE identifica su principio en un medio completamente distinto al de las acciones sobrenaturales y las entidades abstractas, medio que no estaba al alcance del espíritu humano en sus orígenes y que el desarrollo intelectual moderno venía impulsando desde BACON: la formación de teorías en base a las observaciones. Sin teorías, sin ligar los hechos, combinarlos y articularlos en sus principios, las pacientes observaciones de la astrología y la alquimia, aunque habrían de servir de fructífero material y estímulo para el nuevo tramo positivo, no podían traspasar los sublimes misterios de la filosofía teológica y tenían que desgranarse en atraentes quimeras y enérgicas decepciones. Para formar teorías no bastan, pues, las observaciones, se exige el doble juego de la observación de los hechos y su sujeción a leyes.

Sustitución de causas por leyes, he aquí el rasgo esencial del Curso de filosofía positiva: “Por lo que precede vemos que el carácter fundamental de la filosofía positiva es el de mirar todos los fenómenos como sujetos a leyes naturales inviolables, cuyo descu-

brimiento preciso y reducción al menor número posible constituyen el objeto de todos nuestros esfuerzos, considerando como absolutamente inaccesible y vacío de sentido para nosotros la investigación de lo que se llama las causas, sean primeras, sean finales” (Cours, Exp. 8). En el momento en que COMTE escribe encuentra el mejor indicador de que este rasgo esencial había comenzado el camino de su predominio en la circunstancia de que —como se desprende de nuestro epígrafe— los propios metafísicos se veían forzados a demorar la decadencia de su pretendida ciencia dando marcha atrás y escribiendo sus doctrinas como fundadas también en la observación de los hechos. Si las observaciones tienen que estructurarse en teorías, la ciencia no puede deducirse de la pura razón.

Pero COMTE supone que no sólo las ciencias sino el arte de clasificarlas, la cuestión misma de la clasificación, está sujeta al orden positivo. Y tomándolo en cuenta, propicia una taxonomía donde los fenómenos se clasifican en un pequeño número de categorías naturales —las llama ciencias generales, prescindiendo de las descriptivas o particulares— dispuestas de modo tal que el estudio racional de cada categoría esté fundado, como vimos, en el conocimiento de las leyes principales de la categoría precedente y se convierta, además, en el fundamento del examen de la siguiente. La dirección va de los fenómenos más generales o más simples, a los más particulares o complicados.

Ahora bien, como los fenómenos más complicados son los políticos y sociales y el espíritu humano ya ha fundado la física celeste, la física terrestre —sea mecánica o química—, y la física orgánica —sea vegetal o animal—, COMTE tiene que coronar su sistema de las ciencias de la observación fundando la física social. COMTE condensa en dos palabras del Opúsculo las razones profundas por las cuales la reforma positiva tenía que llegar en última instancia para los fenómenos sociales, a saber, porque “... ellos dependen de todos los otros”.

Dos palabras nada más que retratan, empero, las entrañas mismas de la reflexión teórica de COMTE: la regla de formación de los fenómenos sociales es la misma regla de formación que la de los fenómenos físicos. De ésta “depende” la primera y no hay margen para dudar de que COMTE usa los términos en el sentido fuerte de la palabra dependencia. Así, es posible parafrasear a COMTE con GALI-

LEO o sosteniendo a la manera del famoso párrafo del SAGGIATORE, que “la sociedad” es un gran libro, que se encuentra siempre abierto ante nuestros ojos, pero “no lo podréis entender hasta que no lleguéis a comprender su lenguaje y hasta que no conozcáis los símbolos en que está escrito. Está escrito en lenguaje físico...”.

El Opúsculo lo expresa a su manera: “Hay que mirar la ciencia política como una física particular, y fundada en la observación directa de los fenómenos relativos al desarrollo colectivo de la especie humana que tiene por objeto la coordinación del pasado social y por resultado la determinación del sistema que la marcha de la civilización tiende a producir hoy. Esta física social es, evidentemente, tan positiva como ninguna otra ciencia de la observación” (*Premier Système*, p. 172). Se comprende, con facilidad, todo el sentido conservador y estabilizador que acompaña la genealogía de las ciencias en COMTE (y de las corrientes organicistas en general), en tanto la inaugura reponiendo una ficción que había encontrado en la etapa teológica. De ella, surge una sociedad organizada según el modelo del cielo de LAPLACE, de la mecánica analítica de LAGRANGE y la medicina de BICHAT y de BROUSSAIS<sup>3</sup>.

Con estos paradigmas la sociedad hereda un tipo estable donde el equilibrio sólo se pierde para ser recuperado en un movimiento idéntico al de la ley natural, cuya noción filosófica “consiste en localizar la constancia de la variedad” (*Système de politique positive*, II, 41). COMTE eleva esta definitiva invariabilidad a calidad de dogma. En su Discurso sobre el espíritu positivo llama a este dogma de la invariabilidad de las leyes naturales, principio fundamental de la filosofía positiva. Tan feliz es, dice, su extensión al conjunto de los fenómenos (incluidos los sociales) como tenebrosa la reacción que lo sujeta a graves alteraciones “por ignorancia habitual de las leyes sociológicas”. A los espíritus más adelantados les está reservado dar plenitud decisiva a este gran principio, marcado así en el volumen IV de su Curso: “La filosofía teológica y metafísica sólo domina hoy en el sistema del estudio social. Es necesario expulsarla de este último refugio. Esto se hará en gran parte me-

<sup>3</sup> Cf. ENTHOVEN, Jean-Paul, punto 3, Física Social, en “Historia de la Filosofía. La filosofía en el siglo XIX”, cap. VIII, Auguste COMTE y el positivismo, México, Siglo XXI, 1980.

diante la interpretación básica de que el movimiento social está sujeto necesariamente a leyes físicas invariables, en lugar de estar regido por algún tipo de voluntad”.

Al definir de este modo a la sociedad con los parámetros de la ciencia natural, ambos sistemas se cohesionan en un mismo crisol, todo indivisible, donde la práctica social referida al cambio y a la transformación estructural no tiene más espacio que el condicionado por una regulación inexorable. El punto de referencia de esta regulación no está ni en la subjetividad o introspección de los hombres, ni en los modos históricos con que producen sus medios de vida según las sucesivas formaciones sociales, ni en su voluntad, ni en su pura razón. Es más bien la necesidad físico-natural la que somete esa voluntad a una regla inmutable, estática social que aplica la noción de progreso a la consolidación del orden. El endoso de lo social a lo físico da un sentido a la sociedad: este sentido es cósmico, de conservación de ritmos que pliegan el progreso del orden a su reverso, el orden del progreso. Las evoluciones, los cambios y las rotaciones sociales son como ciclos astronómicos; reproducen invariantes y constancias seriadas. La idea de revolución, de conflicto y de antagonismo social se absorbe en la de armonía, en la de una sociedad coherente, armoniosa y cerrada que señala al mejoramiento de las condiciones sociales márgenes de adecuación a la disciplina industrial.

Anclar la regulación en lo físico supone, desde el punto de vista epistemológico, una triple eliminación en la taxonomía de las ciencias: psicología, economía política y “derecho”. La primera eliminación coincide históricamente con el triunfo de la psiquiatría organicista “sobre las viejas teorías psicológicas de la Sorbona sometidas estrechamente a los poderes político y clerical”<sup>4</sup>, es el eco de este triunfo que se instala hacia 1830 bajo la influencia de BROUSSAIS y de GALL absorbiendo todo el dominio de la psicología en la biología y la medicina. La subjetividad y la introspección deben dar paso al concepto de armonía que la biología suministra y que es indispensable para enlazar al hombre con el conjunto de la serie ani-

<sup>4</sup> Ibid., p. 251. La epistemología positivista —dice ENTHOVEN— es, pues, de naturaleza biológica: “Las relaciones entre el pensamiento y el mundo exterior son concebidas de un modo biológico”.



mal luchando contra el finalismo de los metafísicos, y para compatibilizar medio y organismo ya que no cabe en el Curso mutua determinación. La segunda, la de la economía política, constituye la forma de pacificar toda la ciencia social sin penetrar en la naturaleza contradictoria y conflictiva del sistema económico que COMTE tenía ante sus ojos y buscando con ella descartar “la siempre vana e inaccesible búsqueda de su naturaleza y de su modo de producción”<sup>5</sup>. La tercera eliminación es la del derecho, y se funda en la incompatibilidad entre una legislación que debe legitimarse en la física social y una coyuntura histórica cuya única fuente era el racionalismo de la ilustración, en pleno período metafísico.

3. Retengamos el análisis, de aquí en más, en esta brecha entre el derecho y la taxonomía de las ciencias en el Curso, a fin de dilucidar de qué ella es testimonio. Se trata de resolver si esta fisura excluye para el futuro toda repercusión del positivismo sociológico en el positivismo jurídico marcando *avant la lettre*, por ejemplo, la toma de posición de las distintas corrientes actuales de este último campo, analíticas, formalistas o realistas, donde toda huella de comtismo ha sido borrada o si, en cambio, es signo de algo peculiar y provisorio. A saber, de aquel momento filosófico en que la única alternativa positivista iniciada por la Escuela Histórica de HUGO, PUCHTA y SAVIGNY con el reconocimiento de que el derecho no era una creación abstracta de la razón o de la voluntad del legislador sino un producto de las costumbres y la vida social, había sido autoclausurada con su recurso al no menos metafísico *Volkgeist* o espíritu del pueblo.

Necesitamos obtener aquí un instrumental teórico mínimo para examinar en la segunda parte de este trabajo no las relaciones entre la sociología positivista y las corrientes jurídicas contemporáneas, que quedan fuera de nuestro radio de investigación, sino entre la primera y esas doctrinas así llamadas positivas del derecho (fundamentalmente la escuela penal) que predominaron en nuestro

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 273. El estudio crítico de MARCUSE, Herbert, *Razón y Revolución*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1967, se refiere también a la eliminación de la economía por parte de COMTE. Ver 2ª parte, II: “Los fundamentos del positivismo y el surgimiento de la sociología. 3. Auguste COMTE”.

país en el primer cuarto de siglo y en donde otras fuentes como las del darwinismo, el evolucionismo spenceriano y el transformismo de LAMARCK parecen más nítidas que las originadas en COMTE.

Es útil circunscribir el punto exacto en que la clasificación general de las ciencias colocaba a COMTE en una encrucijada teórica con relación al derecho. Ya conocemos, por así decirlo, los efectos generales de esta lógica. De acuerdo con ella, el orden social se integra en el orden natural al término de un movimiento de complejidad creciente y generalidad decreciente. Las leyes que gobiernan el mundo social y el intelectual son por naturaleza esencialmente invariables y comunes (Cours, V, 53), productos de la madurez y de la experiencia gradualmente desarrolladas.

Algo sabemos también de los efectos especiales relativos al derecho. Sujeto el movimiento social a lo físico e invariable, todo tipo de voluntad queda evacuado, por lo que el derecho no podía tener su origen ni en la voluntad de Dios, como ocurría en el estadio teológico, ni en la voluntad de la Razón inexperiencial, como ocurre en el metafísico, ni en la voluntad del legislador. Las dos primeras exclusiones se conforman, por cierto, con exactitud al espíritu científico, pero la tercera era mucho más problemática, porque de esta voluntad emanan, en cambio, los derechos positivos, estos sí observables como cosas.

He aquí el centro de las dificultades de COMTE: si adoptaba los derechos positivos creados por el arbitrio humano, escindiéndolos —como lo hace el positivismo jurídico más relevante de nuestros días— de las condiciones de su existencia histórica y social, quebraba lo más riguroso de la lógica de su sistema en el que la ciencia social precisa de leyes inscriptas en la naturaleza en general, o en la naturaleza del hombre en especial, y no leyes inscriptas por la voluntad de los hombres. Si, por el contrario, los relegaba, mantenía consistentemente las exigencias de un orden físico-natural, siempre legislado, inaccesible al arbitrio del legislador, pero renunciaba a lo más observable del orden jurídico-positivo.

Condicionado por el determinismo físico, COMTE no atina o no puede dar respuesta a este dilema por el único recurso que le hubiera permitido guardar la consistencia de su doctrina, profundizándola al mismo tiempo: tomar las leyes que los hombres se dan por la necesidad que los gobierna. Tomar el método fecundo de no

confundir y exigir que no se evaporen y confundan los fines, motivos y razones reales que determinan las condiciones sociales y económicas de las leyes, con los motivos, fines y razones que el legislador hace constar en ellas. Reponer el derecho en la taxonomía era reponer la economía política, un camino que COMTE no se decidió a seguir.

Siendo por ello su principio básico positivo la sustitución de las causas por las leyes —según se lee ya en las dos primeras lecciones del Curso— no puede resolver el dilema sin instalarse en la ambigüedad de la palabra ley: ley científica, relación constante entre dos variables fenoménicas, reglas físicas que gobiernan la adaptación de los hombres al medio ambiente; y ley jurídica creada por el arbitrio humano. Así, su obra reproduce todos los sentidos de la ley que, incluso en el secularizado, recuerdan sus orígenes sacros. Bajo su forma “...y como a su llamada, nacen siempre todas las teologías, todas las ciencias y todas las políticas. Da igual que se trate de la ley divina (la Ley Mayor), de las leyes de KEPLER o de las leyes perversas. Como contrapunto la obediencia piadosa, la designación o el terror... La ley es el lugar mismo de la articulación de la ciencia y de la política; es su límite y su proyecto común. Es su semejante léxico”<sup>6</sup>.

Apresado en estas dificultades, COMTE no intenta compatibilizar los términos; reniega, por omisión, de los derechos positivos voluntarios y cree así rescatar la sistematicidad global del Curso, lo que no hace sin pagar el precio contante y sonante de una apelación. La apelación genérica a MONTESQUIEU por cuyo intermedio se encuentra espontánea y paradójicamente con la doctrina del derecho natural que era su blanco principal<sup>7</sup>. Con este acercamiento a MONTESQUIEU, COMTE sella sus desinteligencias con el derecho positivo y se incapacita para dar mejores pasos que los que señalaban el umbral al propio autor de *El espíritu de las leyes*. Tanto aquí como en *Lettres persanes*, nostalgia de un orden también entrevisto en la naturaleza reconciliada, MONTESQUIEU se refería constantemente a

<sup>6</sup> ENTHOVEN, op. cit., p. 263.

<sup>7</sup> Véase ALTHUSSER, Louis, *Montesquieu: la política y la historia*, Ariel, Barcelona, 1974.

las causas que los hombres ignoran: el clima, el terreno, las costumbres, la lógica de las instituciones. Pero cuando tiene que definir a las leyes en la apertura de su *Espíritu de las leyes* (punto 1, libro I) introduce una de las típicas doctrinas del derecho natural: “Las leyes ...son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas”.

Que esta naturaleza no es la realidad empírica, ni la condición fáctica del hombre, sino el viejo concepto del derecho natural, es algo que no puede dudarse con tener presente el pasaje de este mismo punto 1 de MONTESQUIEU, cuando inserta las leyes humanas en el conjunto de las leyes generales:

“Los seres particulares pueden tener leyes que ellos han hecho; pero tienen también las que no han hecho. Antes de que hubiera seres inteligentes, éstos eran posibles; había pues relaciones posibles y, por lo tanto, leyes posibles. Antes de que hubiera leyes hechas, había relaciones de justicia posibles. Decir que no hay nada justo ni injusto más que lo que ordenan o prohíben las leyes positivas, es igual que decir que todos los radios no son iguales antes de haber trazado el círculo. Es preciso, pues, confesar que hay relaciones de equidad anteriores a la ley positiva que las establece...”<sup>8</sup>.

Estas leyes de una justicia que se precede a sí misma, dependientes de todos los cambios históricos, no se refieren a leyes humanas, positivas, enraizadas en condiciones de aparición y existencia cuya “ley” fuese tarea del científico poner a luz. Forman, desde luego, el bagaje doctrinario con que MONTESQUIEU puede refutar la teoría del contrato de HOBBS (si hay leyes antes de las leyes, nada tiene que hacer el contrato) pero indican en un primer movimiento la raíz iusnaturalista de MONTESQUIEU (cf.: *El espíritu de las leyes*, 2; *Cartas persas*, nº 94 y 104), y señalan, acto continuo, el índice del atascamiento de COMTE.

Ahora bien; ¿debemos concluir de este merodeo que hace COMTE alrededor de MONTESQUIEU y del no-lugar del derecho en el Cours, que su positivismo sociológico poco y nada tenga que ver con el positivismo jurídico cuya apuesta, por lo demás, se presenta como su alternativa inversa: énfasis en los derechos positivos; remisión de los vestigios históricos y sociales de éstos a la trastienda de una

<sup>8</sup> *The Spirit of Law*, Chicago University, *Great Books of the Western World*, tr. de T. Nugent, B. B. Tº 38, libro I.

historia externa y secundaria del derecho? ¿Habría que atribuir sólo a la ambigüedad de la palabra “positivismo”, que perdure una vaga y diluida semejanza entre ambas corrientes no acreditada en los textos?

Es curioso comprobar que en circunstancias en que se requiere a COMTE algunas aclaraciones sobre el título del Curso, su respuesta en *Avertissement de l'auteur* da cuenta de una ambigüedad en la expresión “filosofía positiva”. Pero hace recaer todo el peso de esta ambigüedad en la palabra “filosofía”, por su empleo abusivo en multitud de acepciones diferentes, y no en el segundo término. Introduce por el contrario este adjetivo, “positiva”, a fin de precisar el primero, anunciando que considera con él esta manera especial de filosofía que consiste en enfocar las teorías, cualquiera que fuese su orden de ideas, “como teniendo por objeto la coordinación de los hechos observados, lo que constituye el tercer y último estadio de la filosofía general, primitivamente teológica y luego metafísica, tal como lo explico a partir de la primera lección”.

Es bien sabido que la historia posterior no corroboró esta fe de COMTE en la rigurosidad del nuevo término que había acuñado y que desde sus días hasta el presente el rubro “positivismo” vio enturbiada su univocidad al cubrir, prácticamente en la mayoría de las disciplinas científicas, las más variadas líneas y corrientes. Con sólo atenernos a lo jurídico, hay “positivismo” desde el utilitarismo de Jeremy BENTHAM y John STUART MILL<sup>9</sup>, la escuela francesa de la

<sup>9</sup> En *Histoire de la philosophie du droit*, de Guido FASSÒ, colección dirigida por Ch. Eisenmann, H. Battifol y M. Villey, volumen XX, se historian las relaciones entre el positivismo filosófico y el jurídico, en diversas corrientes. Entre los que recibieron influencias positivistas FASSÒ cita a SUMNER MAINE, Guillaume DE GREEF, Albert HERMANN POST, Alfred FOUILLEE y el polaco Louis GUMPCOWICZ. Su tesis, contraria a la que sostengo en este trabajo, tiende a disminuir las relaciones entre ambas corrientes, relativas a procedimientos diferentes: una cosa, aclara, es la positividad del comportamiento humano concreto, otra la constituida por la existencia formal de una norma. Ver cap. X, I. Es ésta la opinión standard en esta materia. Para las relaciones MILL-COMTE, véase de John STUART MILL, *Comte y el positivismo*. El rechazo de la psicología por COMTE en favor de la fisiología, y la cuestión del papel del individualismo reivindicado por MILL en contra de COMTE, son los puntos esenciales que los separan.

exégesis<sup>10</sup>, la histórica de SAVIGNY<sup>11</sup>, el imperativismo de AUSTIN, la teoría de los intereses de ROSCOE PUND, el realismo norteamericano de HOLMES, el escandinavo de LÜNDSTEDT, OLIVERCRONA y ROSS, hasta el conceptualismo neokantiano de KELSEN y la iusfilosofía integrativa de HALL.

Le ocurrió al positivismo de COMTE, como lo observara ya Moritz SCHLIK<sup>12</sup>, lo que a toda tendencia filosófica que se define por aquellos principios que considera fundamentales y a los cuales recurre siempre en su argumentación. Pero como suele suceder en el devenir histórico de tal tendencia, ya sea porque se reciban nuevas formulaciones, o se amplíen o restrinjan, o se altere gradualmente su contenido, los principios no se consideran inmutables y llega un momento en que se erige la cuestión de saber si se habla aún del desarrollo de la misma orientación que conserva su nombre originario, o del surgimiento de otra.

Mi respuesta a este interrogante no corre en el sentido de negar las especificidades de las distintas corrientes del positivismo jurídico, ni de ignorar la distancia entre sus distintas manifestaciones y la sociología comteana. Mi respuesta corre más bien en el sentido de negar que el espíritu mismo del positivismo, su tipo de racionalidad, tal como COMTE lo formula casi por completo en las dos primeras lecciones, y lo reafirma en la lección 48 de su libro cuarto (que contiene la parte dogmática de la filosofía social, "Caracteres fundamentales del método positivo en el estudio racional de los fenómenos sociales"), haya perdido sus rastros a pesar de la "panne" o avería que, en metáfora, hayamos atribuido al derecho en dicho texto.

Lo que sugiere mi respuesta es algo así como lo que, en apretada síntesis, quiso significar en 1864 E. LITTRÉ en Prefacio de un discí-

<sup>10</sup> Véase de FASSÒ en la obra citada, *Les théories de la codification*, punto 7 "L'école de l'exégèse", con el método de MARCADE, LAURENT, AUBRY, RAU, DUTANTON, TROPONG; y la cita de Jean J. BUGNET: "Personnellement je ne connais pas le droit civil, j'enseigne le Code Napoléon".

<sup>11</sup> Véase la controversia SAVIGNY-THIBAUT en *La codificación*, Madrid, Aguilar, y las referencias a la escuela histórica en la introducción de Jacques STERN.

<sup>12</sup> En *Positivismo y realismo. El positivismo lógico*, comp. por AYER, México, F.C.E., 1965.

pulo, al definir las relaciones entre COMTE y la filosofía positivista emplazada ya fuera del radio de su creador: "Quand je dis la philosophie positive j'entends Auguste Comte...". Expresión que viene a mi mente ya que, al margen de los reconocimientos expresos u omitidos que surjan en los diversos segmentos del positivismo jurídico<sup>13</sup>, no me resulta imaginable, ni lógicamente concebible, ninguno de ellos, sin la ratio previa de COMTE, quiero decir, sin alguna de las cuotas fundamentales que integran esta ratio y que fueran desenvueltas en parte en este escrito: sujeción de los hechos sociales a leyes; renuncia a las explicaciones teológicas o metafísicas; limitación del objeto del conocimiento a lo dado en la experiencia, teniendo lo real o ideal existente como lo único cognoscible; relativismo empírico; unidad de método y homogeneidad de la doctrina; tendencia a disminuir lo más posible el número de las leyes generales para explicar los fenómenos; especialización y división intelectual del trabajo, valor no sólo teórico sino práctico de la ciencia para prever: "science, d'où prévoyance; prévoyance, d'où action". (Cours, leçon 2, 35; cf. Discurso sobre el derecho positivo, apartado III, punto 3º: "Destino de las leyes positivas: previsión racional").

Por lo demás, COMTE no tenía ya en este último texto tanta seguridad como en el Curso de la univocidad semántica de la palabra "positiva" y brinda en el Cap. III, punto 1, un catálogo de acepciones, ninguna de las cuales es ajena a los diversos segmentos del positivismo jurídico: 1) se entiende por positivo lo real por oposición a lo quimérico; 2) se dice que algo es positivo cuando es útil por oposición a lo ocioso, 3) cuando es cierto y no indeciso: aptitud de constituir la armonía lógica en el individuo y la comunión de la especie entera en lugar de aquellas dudas indefinidas y de aquellas discusiones interminables que había de suscitar el antiguo régimen mental; 4) por oposición de lo preciso a lo vago, sentido que recuerda la tendencia constante del verdadero espíritu filosófico a obtener en todo el grado de precisión compatible con la naturale-

<sup>13</sup> Una simple recorrida de los índices de los diferentes autores del positivismo-jurídico, es la prueba más evidente de que en todos ellos se encuentra borrada toda huella de COMTE. En este sentido, este trabajo puede ser considerado como una contratesis a la posición tradicional.

za de los fenómenos y conforme con las exigencias de nuestras necesidades. Mientras que la antigua manera de filosofar conducía a opiniones vagas, apoyada en una autoridad sobrenatural. 5) Es positivo lo que se opone a lo negativo, por lo cual este espíritu no es crítico sino constructivo; tiende a organizar y no a destruir. 6) Finalmente es positivo lo verificable en lugar de lo no comprobable, lo que tiene el sentido de sustituir todo lo relativo a lo absoluto.

Dado que cualquier test de confrontación entre estas acepciones de lo positivo en COMTE y los distintos segmentos del positivismo jurídico, dejaría difícilmente de acreditar la relación entre ambos —y el consiguiente influjo de la sociología comteana en los segundos—, nos hemos colocado ahora en condiciones de cubrir teóricamente en la segunda parte de esta investigación las influencias que ese positivismo sociológico identificado en la persona de su fundador ejerciera entre autores, corrientes y escuelas de derecho que alcanzaron su mayor expresión en la Argentina en las tres primeras décadas del siglo presente.

Pero desarrollar ese punto abrirá necesariamente un margen a la consideración de los factores socio-económicos vigentes en ese período de nuestra historia que sirvieron de estímulo a la expansión del positivismo y de base de su predominio intelectual volcado en particular en los círculos científicos y universitarios. Forma parte de esta historia un punto crucial del que nos da la pista un pasaje del mismo LITTRÉ aplicable por entero no sólo al medio en que él escribía sino a nuestra situación política a caballo de los dos siglos, y que expresa con belleza formal y meridiana claridad la inserción ideológica del positivismo en una coyuntura dada de la sociedad industrial: “La filosofía positiva es a la vez el producto y el remedio de una época turbada. No carecen de fundamento los terrores que a veces asaltan al hombre reflexivo y a las masas irreflexivas. ¿Qué vemos en efecto?: sacudidas prolongadas, esperanzas defraudadas, fluctuaciones sin interrupción, el miedo de retorno a un pasado que se rechaza y la incertidumbre de un porvenir que no se puede definir. En esta inestabilidad la filosofía liga toda la estabilidad mental y social a la estabilidad de la ciencia, que es el punto fijo dado por la civilización precedente”.

Si es cierto, si es exacto que la sociología positivista de COMTE tiene este destino de caución política de la sociedad, evacuando con la estabilidad de la ciencia los miedos de retorno al régimen ante-



rior (el Ancien Régime en el país donde naciera, y el régimen colonial en el nuestro) y atrincherando en el presente —definido por su orden— las dudas e incertidumbres por el porvenir, le resulta difícil entonces eludir el cerco de una inevitable contradicción: dicha coyuntura histórica le asigna una función progresista de fuerte peso frente al pasado, y conservadora, al mismo tiempo, bajo la forma del acriticismo y la neutralidad respecto del porvenir. Esta última tendencia tiene registro textual en la acepción 5ª del vocablo “positivo” que acabamos de ver (su forma específica en el positivismo jurídico emana de la distinción entre el universo del ser y el mundo del deber ser de las normas como exclusivo objeto de estudio).

Con esto, el comitismo se instala en el punto en que política y epistemología se entrecruzan. Los hombres y las tendencias que ahora vamos a examinar son los que impulsaron al positivismo hacia su mayor brillo, rindiendo cuenta acabada de ese espacio teórico de la doctrina nacional en una coyuntura social y económica no menos específica. Por las características indicadas de ese entrecruce puede comprenderse ahora que fueran los intelectuales más progresistas de la época, junto a algunos de tendencia conservadora liberal, los que jugaran el papel más destacado en su promoción.

## **II. LAS ESCUELAS POSITIVAS CLÁSICAS DEL DERECHO EN LA ARGENTINA**

1. Una y otra vez la literatura especializada se ha referido a los rasgos más destacados de la coyuntura económica y social que abrieran las puertas al positivismo en la Argentina. Las condiciones materiales determinadas por una sostenida incorporación de las masas inmigratorias que al venir en búsqueda de progreso lo realimentaban, el tendido de los ferrocarriles y las líneas telegráficas, la no remota conquista de desierto, la concurrencia del capital financiero, en una palabra, el desenvolvimiento de las fuerzas productivas, implantaba las exigencias de la organización positiva de esas mismas fuerzas en el doble plano de la organización práctica y su ideología legitimante. La apertura del nuevo ciclo y su punto de no retorno al pasado colonial tenía su hito: la generación del 80. Una página del discurso prepositivista de ALBERDI en las Bases prefigura su contenido y anuncia su mandato de realización práctica:

“El momento de echar la dominación española de ese suelo, no era el de atraer los habitantes de esa Europa temida. Los nombres de inmigración y colonización despertaban recuerdos dolorosos y sentimientos de temor. La gloria militar era el objeto supremo de ambición. El comercio, el bienestar material se presentaban como bienes destituidos de brillo. La pobreza y la sobriedad de los republicanos de Esparta eran realzadas como virtudes dignas de imitación por nuestros republicanos del primer tiempo. Se oponían con orgullo a las ricas telas de Europa los tejidos grotescos de nuestros campesinos. El lujo era mirado de mal ojo y considerado como escollo de la moral y la libertad pública. Todas las cosas han cambiado y se miran de distinto modo en la época en que vivimos... Hoy se busca la realidad práctica de lo que en otro tiempo nos contentábamos con proclamar y escribir”.

Mucho es lo que encierra y propone este cambio de mirada de ALBERDI y de gran parte de ello había dado cuenta el invento por SAINT-SIMON de una palabra: industrialismo. ALBERDI NO necesitó conocerla en los textos mismos de *L'organisateur*, *Du système industriel* o de *Catéchisme des industriels*, ni quizá tampoco en las doctrinas análogas de *Le Censeur Européen*. Pero cuando invita a concretar las palabras de la Constitución sobre el derecho de propiedad con la abolición de todas las antiguas leyes coloniales que esclavizan la industria (de las que el comercio marítimo y terrestre son nuestra vocación especial), y a colocar a la cabeza de esa misma Constitución los grandes intereses económicos, considerando secundarios los medios de defendernos de los remotos y débiles ataques de una Europa militar vencida y alejada, no parece dar una fórmula menos expresiva del nuevo espíritu positivista que la de DUNOYER: “Hemos llegado a la época del comercio, época que debe reemplazar necesariamente la de la guerra, como la de la guerra ha debido necesariamente precederla... La guerra era el impulso salvaje; el comercio es el cálculo civilizado. Es claro que cuando más domina la tendencia comercial, más debe debilitarse la tendencia guerrera. El único fin de las naciones modernas es el reposo; con el reposo, el bienestar y como fuente del bienestar, la industria”<sup>14</sup>.

Satisfechos ya los fines de la libertad y de la independencia, el espíritu crítico-negativo y revolucionario del primer período, debía ceder paso a la organización positiva de los intereses del comercio,

<sup>14</sup> GOUHIER, Henri, *La jeunesse d'Auguste COMTE et la formation du positivisme*. París, Vrin, 1970, p. 144; ALBERDI, Juan Bautista, *Bases, Plus Ultra*, 1983.

la inmigración libre; los ferrocarriles, la navegación de nuestros ríos, la industria sin trabas. En cuanto al poder, principio de autoridad y de mando, después de Caseros y a pesar de su origen doloroso, hay que conservarlo en vez de destruirlo, cambiando su dirección política y aplicándolo en forma práctica al desenvolvimiento dinámico de la nueva situación. La historia, empero, suele enseñar cuáles son los efectos prácticos de este eufemismo y que no hay “desenvolvimiento dinámico” de nuevas situaciones sin lesión y relaciones conflictivas con intereses alternativos que, en su caso, fueron bautizados por el positivismo como “atavismos románticos de la raza”.

Es esto lo que expresa A. KORN, al criticar al positivismo de esta época:

“Es el positivismo en acción. Se liga a esta influencia el desarrollo económico del país, el predominio de los intereses materiales, la difusión de la instrucción pública, la incorporación de masas heterogéneas, la afirmación de la libertad individualista. Se agrega como complemento el despojo de la tradición nacional, el desprecio de los principios abstractos, la indiferencia religiosa, la asimilación de usos e ideas extrañas. Así se creó una civilización cosmopolita, de cuño propio y ningún pueblo de habla española se despojó como el nuestro, en forma tan intensa de su carácter ingénito, so pretexto de europeizarse”<sup>15</sup>.

Coroliano ALBERINI, el más virulento entre los críticos, dice quizá lo mismo, pero en su modo de decirlo sugiere, en cambio, lo que calla KORN, a saber, que sin el modelo externo la burguesía debió haber inventado el positivismo para satisfacer su coyuntura histórica:

“El auge del positivismo coincidió con los momentos más frenéticos del progreso económico de la Argentina. Sin que se pueda afirmar una relación de causalidad estricta, bien puede presumirse que durante el período comprendido entre 1880 y 1910, los fenómenos ideológicos en la Argentina están muy vinculados a lo económico. Éstos ofrecen por lo menos, una fuerte perturbación sobre el progreso espiritual. No me refiero exclusivamente al positivismo de los ideólogos profesionales, sino al difuso de la masa culta, o de la oligarquía dirigente, en quienes el positivismo es una creencia práctica. Esto fue, así, ideología resultante más que ideología dirigente. En otros términos: la atmósfera positivista fue un epifenómeno del violento progresismo vegetativo del país”<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Influencias filosóficas en la Evolución Nacional, Buenos Aires, Claridad, p. 175.

<sup>16</sup> Problemas de la historia de las ideas filosóficas en la Argentina actual, La Plata, 1966.

Ahora bien; en el reverso de este progresismo económico, el positivismo juega un papel por cuenta de otra escena: el papel de garantía científica en los términos que nos enunciara LITTRÉ. Sabemos que es un papel epistemológico, pero con instancias en lo político según su función. Y es aquí precisamente donde el derecho reclama su ingreso por tener en regla sus mejores instrumentos ya que si lo específico de esa función es —bajo la forma de la estabilidad científica— irrigar el dominio de esa coyuntura social con constancia, firmeza, consistencia e incluso durabilidad, ¿qué otra disciplina podrá ofrecer mejores materiales para este trabajo que el derecho con su previsibilidad, estabilidad y valores de certeza y seguridad jurídica? ¿Es posible, acaso, pensar en otro sector de la ciencia más privilegiado que aquel que, estabilizando, consagra el orden de producción de los beneficios del progreso, conforme a un sistema económico que, al predeterminarlo, prefija al mismo tiempo las sanciones penales y distribución de los castigos contra los que atentan contra ese orden, la actividad que los produce, sus frutos y las normas que lo controlan?

No es difícil intuir ahora por qué razón, pese al no-lugar del derecho en el Curso de la filosofía positiva y al coqueteo de COMTE respecto de algunas ideas de MONTESQUIEU, entre positivismo y derecho tenía que estar sellado un pacto inevitable de intersección al margen del grado de reconocimiento a nivel de los respectivos discursos. Y no menos claro es que el punto de intersección debía afectar dos registros: a) el de los filósofos, teóricos del derecho y juristas en general; b) el de los criminólogos y científicos del derecho penal en particular.

Resulta de interés, en consecuencia, identificar los autores, corrientes y escuelas que en la literatura nacional absorbieron las influencias del positivismo y describir la modalidad de las ideas que ese encuentro suscitara<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> SOLER, Ricaurte, El positivismo argentino, se refiere al jefe del comtismo argentino J. Alfredo FERREIRA, con su criterio sociológico de Ensayos de Ética. Juan Carlos TORCHIA ESTADA describe esta corriente del llamado grupo normalista de la Escuela Normal de Paraná, donde nació el Comité Positivista Argentino, en La filosofía en la Argentina. Pese a ser éste el grupo que absorbiera las mayores influencias de COMTE, su examen queda fuera de mi trabajo por vincular en particular el positivismo con la pedagogía.

2. La intersección en el primer dominio tiene los más variados matices, pues se extiende de aquellos autores que reciben una débil influencia indirecta por participar, por ejemplo, de las ideas de la escuela exegética francesa o de la histórica alemana, hasta aquellos que se muestran directa y fuertemente sensibilizados por el positivismo de COMTE. Entre los primeros, los historiadores del derecho<sup>18</sup> citan los nombres de José María MORENO en la Universidad de Buenos Aires y Rafael GARCÍA en la de Córdoba. Junto a estos tres doctrinarios del Derecho Civil, Lisandro V. SEGOVIA, José Olegario MACHADO y Baldomero LLERENA publican entre 1881 y 1898 las más importantes exposiciones, comentarios y críticas al Código de VÉLEZ SARSFIELD.

Herederos de DURANTON, de MARCADE y TROPLONG, de AUBRY y RAU —cuyas obras ingresan a Buenos Aires a fines de siglo— estos civilistas se caracterizan, con pequeñas diferencias, por atenerse al texto de la ley que se proponen interpretar conforme a la doctrina de la exégesis. Se conocen las características de ésta y su persistente vitalidad en la labor práctica de los jueces y profesionales del derecho pese a que, en teoría, se la considere, por sus trasfondos ontológicos, pensamiento del pasado: la ley, que se confunde con el derecho mismo, es expresión privilegiada del legislador cuya voluntad procura reconstruir el intérprete. Así, la interpretación comienza con el texto, se expande y consuma en el espacio de la escritura, lugar que sabe, asamblea de signos materiales a la que se interpela sobre el sentido, la intención, el querer decir. Con la exégesis, se asigna al intérprete la tarea de hacer hablar a la ley, de convertirla en viva vox iuris mediante los clásicos mecanismos que reenvían a los doublets: palabra y sentido, letra y espíritu, signifiante y significado en sentido moderno. En el cuerpo de la ley se encierra ex-utero la voluntad del legislador que hay que develar.

Técnica predominante en el derecho civil, propuesta de procesamiento de un material volitivo, es obvio que la exégesis, frente a las opiniones negativas de COMTE que ya conocemos respecto de la

<sup>18</sup> Para un registro de la historia jurídica en la Argentina, véase a Abelardo LEVAGGI, *El cultivo de la Historia Jurídica en la Universidad de Buenos Aires*. Buenos Aires, Perrot, 1977. Y Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *Las ideas jurídicas en la Argentina*, Buenos Aires, Perrot, 1977.

voluntad (incluso la del legislador), transporte las relaciones entre el autor del Curso y nuestros civilistas a un enclave: el de las desinteligencias entre positivismo sociológico y jurídico que ya conocemos y sobre las cuales no cabe insistir.

Un caso especial dentro de los civilistas es, en cambio, el de Juan Atilio BIBILONI (1860-1933), quien desechando la concepción exegetica se volcó a una investigación científica basada en los métodos de COMTE y SPENCER. Son estas influencias sociológico-positivistas y naturalistas las que acusa también José Nicolás MATIENZO (1860-1936) al proclamar que la ciencia política debía ser positiva y experimental, analizándose los fenómenos políticos a la manera del biólogo en el dominio de la vida (véase El Gobierno Representativo Federal en la República Argentina).

Entre los constitucionalistas como MATIENZO y en las cátedras de Introducción General al derecho (1876) y de Filosofía del derecho (1884) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNBA), se cobijaron, asimismo, profesores que —como en el caso de los civilistas— podemos dividir en dos grupos: a) el de aquellos que tienen tintes positivistas por su cercanía esta vez a la escuela histórica del derecho y b) el de los que dan muestras de haber recibido influencias más directas de COMTE.

Pertencen al primer grupo, entre otros, Lucio V. LÓPEZ, Aristóbulo DEL VALLE, Manuel Augusto MONTES DE OCA, Rodríguez LARRETA (Derecho Constitucional); Juan José MONTES DE OCA, y su hijo Manuel Augusto, en Introducción General al Derecho, antes de cambiar la cátedra, y a los que pueden sumarse los romanistas Raymundo WILMART DE GLUMES, WEIGEL MUÑOZ, Osvaldo MAGNASCO y Carlos IBARGUREN. Están entre el segundo grupo: Antonio DELLEPIANE, en Derecho Constitucional con sus Estudios de filosofía jurídica y social, 1907, La filosofía jurídica en la formación del jurista, 1908 y Las ciencias y el método reconstructivo; Juan Agustín GARCÍA en Introducción al Derecho, además de John STUART MILL y TAINÉ<sup>19</sup>; y, en Filosofía del Derecho, Wenceslao ESCALANTE quien, en sus Lecciones de Filosofía del derecho (1901), contiene el siguiente pasaje, de neto cuño comteano: "... No os alarméis suponiendo

<sup>19</sup> LEVAGGI, op. cit.

que el estudio de la evolución del derecho es una exposición in extenso de su historia: no es la historia del derecho, sino sus leyes de evolución sucesiva y de coordinación simultánea, su filosofía que pertenece a nuestra materia... La historia del derecho nos suministrará naturalmente los datos en que hemos de fundar las inducciones de las leyes que las rigen...". En esta misma cátedra sostienen, por fin, el enfoque sociologista Alfredo L. PALACIOS, para quien los fenómenos jurídicos son hechos sociales a emprender con criterios deterministas y biologists, por métodos experimentales e inductivos, y Mario SAENZ.

Por dentro de este grupo que hemos llamado "general" del derecho al sólo efecto de distinguirlo de aquel sector de la teoría —el del derecho penal—, donde las experiencias positivistas produjeron las polémicas más encendidas y encontraron su campo de exploración más espontáneo y peculiar al mismo tiempo, hay dos autores que merecen ser desglosados no sólo por reconocer influencias directas de COMTE sino por el dilatado trato que le dieron: Carlos Octavio BUNGE y Ernesto QUESADA.

Carlos Octavio BUNGE (1873-1918) es el caso más extremo de positivismo entre los jurisconsultos argentinos, como lo hiciera notar Emile DESPLANQUES, traductor de su obra capital *El derecho. Ensayo de una teoría integral* bajo el título *Le droit c'est la force*. Sucesor de Juan Agustín GARCÍA en la cátedra de Introducción al derecho desde 1905 hasta la fecha de su muerte, BUNGE, en efecto, profundiza el sociologismo del primero permutando sus rasgos tradicionalistas por una directa recepción de las ideas de Augusto COMTE, cuyo Curso de filosofía positiva inspira largos y repetidos pasajes de su texto.

Por supuesto encontramos en BUNGE mucho más que COMTE. Hay SPENCER (*Principles of sociology*), hay J. S. MILL (*System of logic*), hay MARX (*Das Kapital, Das Elend der Philosophie*), hay FOULLÉE (*La liberté et le déterminisme; L'évolutionisme des idées forces*) y GUYAU (*Esquisse d'une morale sans obligation ni sanction*. Cap. I y III, p. 15). Están también los biólogos, LAMARCK (*Philosophie zoologique*), DARWIN (*The Origin of Species*), HAECKEL (*Historia de la creación de los seres organizados según las leyes naturales*) y LE DANTEC (*Le déterminisme biologique et la personnalité consciente; Lamarckiens et Darwiniens*, Libro III, cap. X, p. 62). Al fin y al cabo, no debemos olvidar que lo que BUNGE arriesga proponer es la

creación de una nueva escuela de derecho: la escuela integral fundada en la aplicación conjunta del método filosófico, del histórico, del económico y del biológico. Pero si alguna justificación tiene el énfasis que atribuyo al vínculo específico COMTE-BUNGE, ella procede de un hecho comprobable en los textos: ni antes, ni después de sus colaboraciones, ningún autor argentino se propuso aplicar sistemáticamente el pensamiento comteano a la ética y al derecho, ni intentó una lectura taxonómica de las doctrinas jurídicas (y morales) en base a la ley de los tres estadios, como él.

Para BUNGE las razones por las cuales hay que examinar el derecho con la clave de COMTE, son muy precisas y saltan, por así decirlo, a la vista: el positivismo originado en COMTE estaba en el aire de los tiempos y no acompañarlo implicaba simplemente renunciar al espíritu científico. Es más —piensa—, si KANT y otros grandes filósofos de otra época hubiesen tenido a su disposición los datos científicos que poseemos probablemente sus doctrinas hubiesen sido muy diferentes; de más está decirlo, positivistas. El derecho es una parte de la ética y...

“El primordial, si no único, objeto de este tratado es estudiar el fenómeno de la ética en su fase jurídica, positiva y experimentalmente, como un fenómeno natural, como el calor o la electricidad, para constituir con este estudio una verdadera ciencia del derecho”.

El intento seguramente no es nuevo, pero sólo el siglo XX ofrece suficientes elementos para que se expongan los fenómenos sociales como simples y meros fenómenos naturales. Así, en los tiempos modernos, la marcada primacía de la tendencia positiva sobre la especulativa tiene un punto de apoyo: la mejor información científica. Es COMTE quien ha sintetizado esta evolución hacia un positivismo cada vez más decisivo y dominante, con lo que ya entonces BUNGE llama “famosa teoría o ley de los tres estados sociales”.

BUNGE explica las características de esta teoría y refuta por inconsistentes algunas de las críticas levantadas contra ella, lo que no le impide reconocer como exageración de positivistas del siglo XIX, el identificar por completo la especulación con la falacia y el positivismo con la verdad, para lo cual recuerda el dictum del propio COMTE: “Lo único absoluto que sabemos es que para nosotros todo es relativo”.

Tamizada así la ley, dedica los capítulos IV y V (Libro II) a formular —como lo había hecho con la ética— un cuadro general de las es-



cuelas clasificándolas en especulativas y positivas del derecho, orden que correlaciona con la filosofía general (p. 93). Así, entre las primeras distingue la Teológica (Santo Tomás DE AQUINO), las de derecho natural (GROCIO, PUFFENDORF, siglo XVII; TOMASIO, LEIBNIZ y WOLFF, KANT, FICHTE, STAMMLER); teoría idealista de la historia jurídica (HEGEL, LASSON); orgánica (KRAUSSE, AHRENS y RÖDER), y clásica del derecho penal (BECCARIA, s. XVIII y CARRARA, s. XIX). Y entre las positivas incluye: a) la analítica inglesa (HOBBS y BENTHAM, AUSTIN y SUMMER MAINE), b) la histórica (escuela romanista, HUGO, SAVIGNY y escuela germanista o nacionalista), c) la económica (MARX, ENGELS, LORIA), y d) positiva del derecho penal (escuela italiana, LOMBROSO, FERRI, GARÓFALO; y escuela alemana, LISZT y MERKEL).

Cualesquiera que fueren los comentarios que merezca esta clasificación, hay algo que pone de manifiesto: la adhesión de BUNGE a COMTE no es abstracta o genérica, sino que se traduce en una contribución concreta que ensaya aplicar las claves del Cours, básicamente esta ley de los tres estadios y la interpretación físico-natural y biológica del derecho (apartado 62, cap. X) con el mayor grado de elaboración en la doctrina nacional. Conocemos que lo hizo con cierta originalidad, sin aceptar un transporte acrítico de las ideas del Cours. La sola circunstancia de haber dado cabida a la psicología (WUNDT) y a la economía (MARX), es la prueba más concluyente de esta libertad de criterio. Pero incorpora lo esencial de COMTE: observación, rechazo de la especulación, unidad metodológica del derecho y de la ciencia, combinación de los factores históricos con los biológicos, relativismo empírico.

Desde Córdoba, el 20 de julio de 1918, y en ocasión del fallecimiento de Carlos Octavio BUNGE, escribe Enrique MARTÍNEZ PAZ: "¿Fue acaso el Dr. Bunge un filósofo? Ante este interrogante sus propias palabras parecían respondernos: "En el continuo devenir y progreso de la inteligencia humana, la idea filosófica ha terminado por desprestigiarse a su vez, para ser reemplazada por la idea netamente científica. Esta última mucho más modesta que las anteriores se ha contentado con estudiar la causa eficiente de los fenómenos..." y agrega con sentido crítico: "El sistema jurídico del Dr. Bunge encuadra dentro de la teoría "realista" moderna, en cuanto sostiene que no hay otro derecho que las normas impuestas coactivamente por el poder público y que no hay otra filosofía o ciencia del derecho que la teoría general relativa a esas normas".

Esta crítica tiene interés porque nos ayuda a precisar aún más la relación entre BUNGE y el positivismo, vista ahora desde otra perspectiva, pues ¿qué quiere decir que para BUNGE no hay otro derecho que las normas impuestas coactivamente? Si lo que se quiere resaltar con ello es la concepción de BUNGE como “fuerza sistematizada”, concepción que se desenvuelve en particular en el capítulo XXI de su obra, el derecho internacional, y en su remisión a los párrafos 38 y 58, y que por otro lado diera origen al título de su versión francesa, MARTÍNEZ PAZ apuntaría con ello correctamente a un aspecto de lo que BUNGE consideraba esencial del derecho. Aun cuando es justo aclarar que la posición de este último era más matizada ya que “... sólo desde el punto de vista genético y esencial cabe considerar al derecho como ‘la fuerza sistematizada’. En cambio, desde el punto de vista fenomenológico —es decir, en su forma moderna— preséntase como antinómico de la fuerza”<sup>20</sup>.

Pero de todos modos, en su propia letra, la crítica da paso a un malentendido, puesto que permite que el pensamiento de BUNGE se confunda y asimile con corrientes positivistas que, como las de AUSTIN, BENTHAM y KELSEN, postulan la falta de conexión necesaria entre el derecho y la moral, o entre el derecho que es y el que debe ser. No es ésta, sin embargo, la posición de BUNGE, para quien separar derecho y moral —subsistemas de la ética— constituía un gravísimo error de método y doctrina.

Cuestión de distinta factura es, en cambio, el modelo con que BUNGE enfoca la ética (en el doble sentido del derecho y la moral). Este enfoque es físico-naturalista; el derecho se forma por “aquiescencia experimental”, nace y crece como un organismo. Para MARTÍNEZ PAZ, “Un principio semejante importa desconocer toda idea o noción de justicia”, de modo que en los procedimientos de la metodología bungeana “el factor de los ideales del grupo” no tiene espacio. La interpretación de MARTÍNEZ PAZ, defensor del derecho natural, es aquí ajustada a la doctrina que impugna y, en cuanto tal, define desde otro ángulo lo que hemos caracterizado como “positivismo extremo” de BUNGE y su sentido comteano.

Ahora bien, creencias como las de MARTÍNEZ PAZ son justamente las que COMTE había arrasado precisamente en sus bases, para la termi-

<sup>20</sup> MENÉNDEZ, Jesús, *El derecho*, 5ª ed., Buenos Aires, 1920.

nante opinión de Carlos Octavio BUNGE: "A Augusto Comte (1798-1857), que expuso sus doctrinas en su monumental *Cours de philosophie positive* (1830-1842), corresponde la gloria principal en la demolición de las antiguas creencias e hipótesis. Estableció en moral el principio de la relatividad y preconizó la exactitud del método positivo, aplicado a las ciencias sociales" (p. 76).

Leído pues BUNGE en sus textos, o a partir de los escritos de sus críticos, no puede negarse que el autor de *El Derecho. Ensayo de una teoría integral* es el jurisconsulto que propagó el comtismo en la Argentina con mayor firmeza.

Un decidido defensor de las ideas de COMTE fue, por último, Ernesto QUESADA. Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Juez en lo Civil y al mismo tiempo profesor de sociología de la Facultad de Filosofía y Letras, QUESADA publica en 1910 el ensayo *Augusto Comte y sus doctrinas sociológicas*<sup>21</sup>, que reproduce las conferencias dictadas en su curso de sociología. Se trata de una obra de carácter predominantemente expositivo, en cuyo capítulo IV QUESADA desenvuelve la ley de los tres estadios, indicando una muy actualizada bibliografía de COMTE para su época, entre otras las obras de MILL, LEVY-BRUHL, con el popular resumen de MONNIER, HARRIET MARTINEU, LEWES y TORNELLI.

El ensayo de QUESADA sucedió a otros trabajos sobre COMTE, por él producidos, como *La sociología. Carácter científico de la enseñanza*; *Las doctrinas presociológicas*; *La influencia sociológica de las doctrinas de Comte*; *Las doctrinas sociológicas de Stuart Mill*, y *Las doctrinas sociológicas de Buckle*. En esta red de monografías trazada alrededor de COMTE entre 1905 y 1907, tiene relevancia otro volumen de conferencias elevadas a texto: *Herbert Spencer y sus doctrinas sociológicas*, publicado por la "Revista de la Universidad de Buenos Aires" (t. 7, año IV).

Uno de los puntos que preocupan a QUESADA es, efectivamente, el de las relaciones entre COMTE y SPENCER, respecto de las cuales aconseja la bibliografía especial de ROBERTY, *Comte et Spencer*. QUESADA deslinda, en la historia del pensamiento inglés del siglo XIX, la parte que le corresponde a DARWIN y aquella que es propia

<sup>21</sup> Buenos Aires, Arnaldo Moen y Hermanos, 1910.

de SPENCER en la divulgación de la teoría de la evolución. La correlación que formula QUESADA es sencilla pero justa; por ella, la teoría de DARWIN vino a quedar como parte integrante de la teoría general de la evolución en las líneas spencerianas, pues en tanto el primero se ocupa desde el punto de vista estricto de la ciencia, SPENCER amplía el radio de la teoría y la concibe como solución general.

Es esta correspondencia, en opinión de QUESADA, la aplicación de las leyes de la filosofía natural, de la *physica animae*, y la aplicación empírica de los fenómenos físicos por LOCKE, HUME, ambos MILL y BAIN, lo que produjo la apertura del medio inglés para la difusión del positivismo comteano. DARWIN, por supuesto, había entrevisto la posibilidad de extender su principio de la selección natural a otros campos del conocimiento. En carta a THIELE, le dice: "... me interesa singularmente la aplicación a cuestiones morales y sociales de una doctrina que he estudiado sólo en relación a las especies", pero de hecho se abstuvo de invadir dominios ajenos a su actividad científica. He aquí, para QUESADA, el vacío que recoge SPENCER extendiendo la teoría evolutiva al terreno sociológico "y haciendo servir al pasado y al presente de los fenómenos sociales como elementos de experimentación y comprobación. Es pues a través de la obra de SPENCER, cómo la doctrina de DARWIN ha podido triunfar en el mundo filosófico gracias a su inmediata aplicación a la sociología".

En cuanto a COMTE, SPENCER no conocía su obra, ni directamente ni a través de STUART MILL, lo que no constituyó un escollo para que ambos coincidieran en lo básico: aplicar el método científico a la interpretación de los fenómenos sociales, hasta ahora excluidos de él. Pero estos importantes puntos de contacto no excluyen las diferencias que QUESADA puntualiza: a pesar de haber sido aceptada por MILL, SPENCER repudia la ley de los tres estadios, rechaza la limitación del saber y establecimiento de lo incognoscible que caracteriza el positivismo comteano, y no reconoce la jerarquía de las ciencias ideada por COMTE<sup>22</sup>. Un punto ríspido separa, por otro la-

<sup>22</sup> Herbert Spencer y sus doctrinas sociológicas, ed. citada.

do, a COMTE de los ingleses: la cuestión del individualismo respetado por éstos, mientras que COMTE daba la primacía absoluta a lo social sobre lo individual con un control de la autoridad que SPENCER y MILL disminuyen.

De todos modos, QUESADA pone de relieve cómo SPENCER, después de haber marcado sus distancias en relación a COMTE en *Classification of Sciences* (1864) y en *Reasons for Dissenting from the Philosophy of M. Comte* (1864), le hace justicia por haber revolucionado el pensamiento de muchos espíritus y familiarizado la mente humana con la idea de una nueva ciencia social, la sociología. Es ésta también la razón de QUESADA para fundamentar su propia adhesión, aunque comparando el *Cours* con el *Système*, impregnado éste de subjetivismo, llega a la conclusión de que COMTE abjura aquí de la base y el método de esa sociología, siendo esto último lo que debía haber predominado.

La monografía de QUESADA sobre COMTE omite, por razones de espacio, lo relativo a la influencia de su sociología sobre otras naciones, entre las que cita Chile, México y Brasil<sup>25</sup>. Aunque este punto haya quedado relegado a otros apuntes de clase publicados en la revista de la Universidad de Buenos Aires, es ella, en sí misma, una buena prueba de esa incidencia en nuestro medio jurídico respecto de un autor de peso. Un balance crítico de su trabajo no puede prescindir de una ligera pero indicativa comparación con Carlos Octavio BUNGE.

Ofrece el texto de QUESADA, precisamente por su carácter de monografía, más información que *El Derecho. Ensayo de una teoría integral*. No obstante, esta información abunda en ciertos pasajes en datos biográficos no articulados en doctrina. En QUESADA predomina lo expositivo pero sin aspirar a un enrejado teórico que permite a BUNGE, en cambio, aplicar la sociología de COMTE al derecho. BUNGE teoriza como jurista, QUESADA describe como sociólogo. Uno y otro son, de todos modos, buenos exponentes del predominio del positivismo en el período que analizamos. Pero el lugar propio de la aplicación de esta corriente, en esa misma época, fue como dije antes la criminología y el derecho penal. Nada mejor entonces

<sup>25</sup> Para un análisis del positivismo mexicano, ver la conocida obra de ZEA, Leopoldo, *El positivismo en México*, México, F.C.E., 1943.

que concluir esta contribución examinando lo que ocurriera en este dominio con la influyente “escuela positiva italiana”, eje de polémicas y debates proyectados al ámbito nacional con una agudeza y una acritud cuyos ecos aún resuenan.

Nuestra preocupación conceptual va a ser la siguiente: ¿estamos aquí hablando de la misma tendencia que la originaria o se trata de una mutación de sentido tal que sólo por tradición seguimos hablando de “positivismo”? En otras palabras, ¿tiene algo que ver COMTE con esta escuela, como para que se juzgue de interés incluirla en nuestro trabajo que toma por eje al autor del Cours?

3. Es sabido que, en relación al derecho, los principales positivistas encontraron su campo de aplicación más extenso y espontáneo en el derecho penal, y que mencionar en esta región al positivismo es prácticamente hablar de positivismo italiano con su referente: la escuela criminal positiva de César LOMBROSO, Enrique FERRI y Rafael GARÓFALO<sup>24</sup>. Calificadas sus respectivas obras, *L'uomo delinquente*, *Sociología Criminale* y *Criminología*, de verdaderos evangelios de la corriente, no cabría discutir su condición de fundadores y máximos exponentes de la escuela, con sus correspondientes sesgos antropológico, sociológico y jurídico.

Sin embargo vale la pena, a pesar de la aparente trivialidad del punto, detenerse un instante en algunas propuestas que circularon de ampliar este cuadro inicial con la incorporación de Escipión SIGHELE y Julio FIORETTI. La primera propuesta emana de Constancio Bernado DE QUIRÓS (*Las nuevas teorías de la criminalidad*) quien la basa en que así como GARÓFALO reparó el olvido en que LOMBROSO y FERRI habían dejado al término “delito” en su afán de estudiar al delincuente, SIGHELE hizo lo mismo sobre el fenómeno de la asociación en el delito, descuidado a raíz de que, esta vez los tres, remitían sus obras a la acción individual. La segunda sugerencia es cita-

<sup>24</sup> Cito las obras de los miembros de la escuela positiva italiana por las siguientes ediciones: LOMBROSO, Cesare, *L'uomo delinquente*, ed. reducida de Gina LOMBROSO, Torino, Fratelli Bocca, 1924. FERRI, Enrico, *Sociología Jurídica*, tomo 1, Madrid, Centro Editorial de Góngora. *Principi di Diritto Criminale*, Torino, Unione Tipográfica, 1928. LOMBROSO, FERRI, GARÓFALO y FIORETTI, *Polémica in difesa della Scuola criminale positiva*, en su traducción castellana, *La Escuela Criminológica Positivista*, Madrid, La España Moderna, S.F.

da por Luis JIMÉNEZ DE ASÚA (Tratado de derecho penal, t. II, apart. IV, punto 510) y se fundamenta en la intervención de Julio FIORETTI, junto a los creadores, en el texto *Polémica in Difesa della scuola criminale positivista*.

Es esta última sugerencia la que reclama nuestro interés, ya que provoca el interrogante de cómo es posible pretender ubicar en el mismo nivel de los jefes fundadores a FIORETTI, cuyo prematuro suicidio le impidió incluso mostrar su capacidad de trabajo, por el sólo hecho de participar en el ramo polémico de una doctrina abierta. El hecho tiene, sin duda, todos los aires del siguiente indicador: difícilmente habrá de encontrarse en el derecho otro ejemplo igual al de esta escuela que produjese tanto fragor, tanta disputa y encono en debates donde, a escala internacional, se comprometieron científicos, religiosos, filósofos, criminólogos, alienistas y moralistas, en amplio y variado espectro. Más que evangelistas, LOMBROSO, FERRI y GARÓFALO fueron, entonces, dioses o héroes de batallas homéricas, ya que fue en batallas y a través de batallas que el positivismo italiano, que prendió en sus discursos, logró ocupar casi medio siglo de atención.

Una frase de Aristides GABELLI en *La Nueva Antología*, y que LOMBROSO va a recoger en *La difesa* (traducido al castellano como *La escuela criminológica positivista*), para iniciar luego la contracrítica, da cuenta de este clima:

“Una teoría que teniendo el delito por una enfermedad o una locura, por natural antítesis hace de la virtud un delirio, del heroísmo un frenesí, de la caridad no se sabe qué otro procedimiento; mezcla de un modo confuso las nociones del bien y del mal y los anula, hace inícuas la pena, absurda la recompensa, bestial la justicia humana e imposible la divina; y poniendo a la sociedad entera en la necesidad de cambiar por completo sus códigos, leyes, costumbres y hasta su mismo lenguaje, la conduciría a una existencia belicosa, aún más abyecta que la de las tribus más salvajes de la tierra conocida”.

En estas “caricias” críticas, como las llama con ironía LOMBROSO, en el acre humo de la leyenda que —según hacen constar los integrantes de la escuela en el prólogo al mismo texto— los envuelve acerca de la impunidad de los malhechores y de trastornos morales y sociales, leyendas que con malas artes dejaron en sus venas “los cómplices de los antiguos dominadores, o porque sólo de oídas nos juzgaban”, no es impropio sospechar detrás de las discrepancias teóricas y científicas el punto en que chocan y se enfren-

tan, a una, dos visiones del mundo distintas, dos modelos políticos diferentes de sociedad<sup>25</sup>.

A propósito del método positivo-experimental, FERRI (Sociología Criminal) lo hace notar al subrayar las diferentes reacciones que se produjeron según se tratara de aplicarlo en ciencias que se relacionan con el hombre mismo, en fisiología o en estudios morales y psicológicos del hombre y ciencias sociales. En el primer caso (física, química, astronomía, etcétera) no hubo grandes oposiciones. En el segundo, cuando Claudio BERNARD quiso aplicarlo a la fisiología humana y destruir las viejas investigaciones metafísicas como el vitalismo, los rumores sordos pronto retornaron al silencio porque en esta ciencia no estaba aún interesada suficientemente la parte moral del hombre. Pero, en cambio, la lucha fue tumultuosa cuando COMTE, SPENCER, ARDIGO y WUNDT quisieron extenderlo al estudio moral y psicológico del hombre, por creerse amenazados los sentimientos consuetudinarios y de herencia y las creencias religiosas. Y:

“Cuando a continuación quiso aplicarse el propio método positivo a las ciencias sociales, y de un modo especial a aquellas que más de cerca se relacionan con la vida general cotidiana, es decir, la economía política y el derecho penal, se agrandaron de un modo desmesurado las sospechas y las resistencias; porque sólo se veía en tal intento la amenaza de un trastorno económico y jurídico de la sociedad: pues si los intereses se creen en peligro, no permiten a las ideas seguir en paz su ruta y producir sus bienhechores efectos”.

Ahora bien, ¿cuál es la ruta que nos propone en 1863 (año en que LOMBROSO funda la cátedra de psiquiatría en la Universidad de Pavia) el nuevo pensamiento penal y qué panorama ofrecía la teoría penal al irrumpir *L'uomo delinquente* con la forma inicial de la escuela, la antropología criminal?

Desde unos cien años atrás, pues BECCARIA había concebido su famoso tratado *De los delitos y de las penas* entre 1763 y 1764, tenía vigencia indiscutida —recuerda Gina LOMBROSO al prologar el libro de su padre— la escuela clásica del derecho penal que considera al reo un individuo normal, dotado, salvo en casos excepcionales, de cuerpo y alma igual a los otros hombres, “un individuo

<sup>25</sup> La difesa, pág. 9. Polémica de C. Lombroso.



normale il quale compie il delitto per un atto consciente e libero di prava malvagità. Per questo atto, la società a mezzo del giudice gli commina una pena adeguata che deve emendarlo, dopodiché il delinquente è presupposto riabilitato”<sup>26</sup>.

Es éste, efectivamente, el eje central de la escuela clásica: la impunitabilidad basada en un principio del estadio metafísico, el libre albedrío. Sujeto de la ley penal es el hombre capaz de querer como ser consciente, inteligente y libre. Alrededor de este eje se articulan los otros postulados: a) no puede existir delito sin violación previa de la ley penal; b) el derecho es un sistema dogmático que reposa en conceptos y en un método esencialmente racionalista; c) el delito no es un ente jurídico (E. CARRARA, Programa, vol. I, parte general, prefacio, p. XII); d) la pena tiene una sola justificación, la tutela jurídica (Programa, pref. pág. XIV). La reacción penal que se desprende del ejercicio de esta tutela jurídica no es un acto retributivo puro, que tenga en vista la ofensa cometida y castigue por mor de la justicia como en el sistema kantiano, sino más bien de carácter utilitarista atendiendo a las consecuencias valiosas del castigo según los fines de prevención y reforma.

Por el contrario, en el modelo de la antropología criminal, LOMBROSO hace ocupar el eje central al delincuente concebido no como un hombre sano y dotado de libertad y conciencia, sino determinado en las condiciones de la historia natural del hombre. Así como la antropología general tiene por objeto esta historia, y la zoología la historia natural de los animales, la antropología criminal, capítulo de la primera, es la historia natural del hombre delincuente. Para estudiar a este hombre la antropología recurre al método de observación y experimentación, el que revela al criminal como un ser atávico, sea por degeneración o falta de desarrollo o por alguna otra condición patológica, que reproduce los caracteres orgánicos o físicos de la humanidad primitiva. Con estos caracteres, el modelo del criminal es el del salvaje, el bárbaro y el niño, pues la ley de HAECKEL (Antropogenia o historia de la evolución humana), según la cual para el organismo físico el desarrollo del individuo (ontogenia) reproduce las fases del desarrollo de las especies que le han precedido en la serie zoológica (filogenia), debe ser completa-

<sup>26</sup> Prólogo de Gina LOMBROSO a *L'uomo delinquente*, p. VIII.

da por la observación de SPENCER, PREYER y otros que establecen que lo mismo acontece en el desarrollo psíquico (FERRI, op. cit., p. 54).

Nada ha alcanzado difusión más popular entre los conocimientos relativos a esta escuela que las tesis de LOMBROSO sobre la existencia de un tipo humano destinado natural y necesariamente al crimen. La historia lo registra como “delincuente nato”, el célebre nombre que le diera para distinguirlo del delincuente de ocasión que merece un trato jurídico-penal y político-criminal diferente.

A fin de describir sus rasgos morfológicos, fisiológicos y fisonómicos —y señalar además su proporción— LOMBROSO produce un trabajo estadístico y experimental de una intensidad inusitada cuyos resultados da a conocer no sólo en su obra capital sino en múltiples textos y revistas científicas de la época. Por ejemplo en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* y en su libro de 1899 *Las causas y la lucha contra el crimen*, traducido al alemán en 1902 bajo el título *Die Ursachen und Bekämpfung des Verbrechens*. En la revista (vol. III, p. 457) fija, en 1883, entre el 65 y el 70 por ciento el número de individuos que presentan anomalías craneológicas y fisonómicas entre una muestra de delincuentes, número que en *Die Ursachen* reduce al 40%. También aquí formula un resumen de esas anomalías: escasa piloridad del cuerpo, fuerte pigmentación, potente desarrollo de las mandíbulas y cígomas, prognatismo, ideas supersticiosas, inclinación al alcohol. Un tipo patológico de hombre le da motivo para cubrir diversas variaciones: el epiléptico, el atávico, el loco moral, el infantil, el mattoide (loco a medias).

El *Traité des dégénérescences physiques, intellectuelles et morales* del belga A. B. MOREL escrito en 1857, o sea pocos años antes de *L'umo delinquente*, los trabajos de PRITCHARD sobre moral insanity y los de VIRCHOW en Alemania, BROCA en Francia, y DAVIS en Inglaterra, el primero con su concepción de la transmisibilidad hereditaria de los caracteres patológicos y los otros con sus estudios sobre la índole psíquica y el tipo somático del delincuente habitual, planean, como precursores, sobre sus ideas<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> Sobre el Tratado de Morel en “*Les fondements de la Clinique*”, de Paul BERCHE-

De toda esta descripción y del impresionante material empírico procesado por LOMBROSO, hay algo que sugiero retener: las relaciones entre el comportamiento humano (crímenes) y las anomalías cerebrales, y lo relativo a la forma, peso y talla del cráneo, la esclerosis cránica, etcétera. Este tema, en efecto, abre paso al papel de la frenología y F. J. GALL en el pensamiento de LOMBROSO, y alrededor de este papel jugará mi propia interpretación teórica acerca del vínculo entre Augusto COMTE y la escuela positiva italiana, con el que concluiré más tarde mi trabajo.

Digamos, entretanto, que si este concepto lombrosiano de criminal constituía la médula de la escuela, era obvio que FERRI no habría de descartarlo al producir su inflexión sociológica, que explica así:

“Para el antropólogo criminal, que hace la historia natural del delincuente, cada dato tiene un valor anatómico, fisiológico o psicológico propio, independientemente de las consecuencias sociológicas que de él se pueden sacar. He aquí por qué, el aparato técnico de las investigaciones de detalle, sobre la constitución orgánica y psíquica del delincuente, es el reservado a la nueva ciencia autónoma de la antropología criminal. Para el sociólogo criminalista, por el contrario, esos antecedentes que constituyen el punto de llegada, no son otra cosa que el punto de partida para alcanzar las conclusiones jurídico-sociales que escapan a la competencia particular de éste. De forma que se puede decir que la antropología criminal es a la sociología criminal, lo que las ciencias biológicas, ora descriptivas o experimentales, son a la clínica” (op. cit. p. 56).

Lo expresado por FERRI encierra naturalmente una crítica a la formulación puramente antropológica de la escuela destacando las causas físicas y sociales externas al delito, crítica a la que, por otra parte, el mismo LOMBROSO había sido sensible en la *Zeitschrift* y en *Die Ursachen* al ocuparse, en la etiología del delito, de los influjos meteorológicos y climatológicos, de la cultura, densidad de la población, el régimen alimenticio, profesión, influencias de la prisión, etcétera, aunque aclara que “La investigación de las causas no

---

RIE, E. du Seuil, París, 1980, cap. 7. Lo esencial de esta teoría reside en el carácter de la transmisibilidad hereditaria de la degradación. Informes sobre *Die Ursachen*, pueden verse en *Criminología*, de Eduardo MEZGER, Ed. Revista de Derecho Privado, primera parte, Madrid.

disminuye la fatalidad creada por el factor orgánico; las causas del delito son solamente, con harta frecuencia, la última determinante; la causa capital es la gran potencia de la impulsividad genética". Es sobre este mismo tipo de réplica que LOMBROSO articula, a su vez, sus contraargumentos en relación a GABELLI, como puede leerse en La difesa: "También me pregunta Gabelli si los cráneos explican la mayor criminalidad contra las personas, por delitos de sangre, en Italia y especialmente en el Mediodía; en comparación con Alemania, Francia, etcétera. Pero ¡cómo! ¿ignora, él que es estadístico, la influencia del clima cálido, de los meteoros que, después de Quetelet y Guerry, he demostrado no sólo en mi Hombre delincuente (1ª y 2ª ediciones), sino en un libro especial, Pensamiento y meteoros, que algunos correigionarios suyos combatieron precisamente porque fingiendo o creyendo (como ahora lo hace él respecto del cráneo) que, al manifestar yo la influencia de aquel factor climático, daba a entender que renegaba de la existencia de los demás factores por mí estudiados?"

Y es también contra GABELLI que FERRI reitera su punto de vista sobre los factores sociales del delito: "Una sola observación quiero añadir por mi cuenta y es el silencio absoluto que ha guardado Gabelli acerca de los factores sociales del delito que, sin embargo, son una de las conquistas más seguras y fecundas de la nueva escuela criminal", con lo que recuerda su triple clasificación de los factores en tres categorías, antropológicos, físicos o cósmicos, y sociales, unánimemente adoptada por los partidarios de la escuela. (La difesa, p. 92-93; en el mismo sentido, véase el Apéndice a la polémica de LOMBROSO, respuesta a COLAJANNI, p. 295).

Ahora bien; de esta fase sociológica, que es la definitiva de la escuela, y del sesgo jurídico anterior proporcionado por GARÓFALO —que sin renunciar a las ideas básicas de LOMBROSO incrementa notoriamente la reflexión sobre las instancias y categorías jurídicas a las que cabría sostener la lucha normativa contra la delincuencia, articulando a tal fin el concepto de temibilidad— emergen los otros postulados con que la escuela completa su refutación a la escuela clásica, a saber: a) método experimental en reemplazo del método racionalista; b) responsabilidad penal fundada en el doble juego del determinismo y la peligrosidad del delincuente.

Es fácil hacer notar que este cambio de armas sobre el fundamento de la pena es una consecuencia lógica de la nueva concepción

sobre el delincuente, ya que si éste produce necesariamente el delito, también hay una necesidad en la defensa contra él. Es lo que hace notar LOMBROSO en *Die Ursachen* (pág. 340: la pena habrá de orientarse teniendo en cuenta el grado de temor que infunde el individuo de que se trata) y FERRI en *La difesa* (pág. 105, al aludir al mismo GABELLI: “Está bien que diga él, como buen espiritualista: ‘Pero yo robo o mato, según vosotros, porque una fatalidad de mi organismo físico y moral me impele a ello’. La sociedad, como buena positivista, responde: ‘Pues yo también me defiendo de ti, porque la necesidad fatal de mi conservación me lo impone’”).

En una palabra, si el delito es un fenómeno natural que se produce en una sociedad que experimenta el daño y la ofensa, el tercer postulado será: c) la pena debe concebirse no como un castigo, sino como un medio de defensa social.

Formado con estos parámetros, prietamente descriptos, el cuadro del positivismo penal italiano, y puesto de relieve el clima al rojo vivo en que se tejieron a su alrededor las controversias, hay que volver la atención a un fenómeno que, aunque no único, asumió sí características especiales: la acelerada expansión de sus ideas a nivel internacional, su ingreso en casi todos los países, la polarización pro-contra de los científicos en relación a él, la concentración de los temas en los más significativos congresos internacionales a su respecto. Es muy probable que una buena parte de los efectos de esta difusión se haya debido al esfuerzo que realizaron sus jefes fundadores en lograrla, para lo cual no dudaron en conciliar algunas disidencias a fin de obtener la unidad de la escuela y con ella su pasaporte exterior. Cualquiera sea el motivo, ha sido observado que en el continente americano fue nuestro país el que produjo las mayores respuestas al ser solicitados nuestros hombres de ciencia por la red conceptual que acabamos de ver. Nada hay de exageración es este aserto: sólo falta explicar cómo y a través de quiénes se produjo la recepción.

4. En su clasificación comteana de las escuelas, nuestro conocido Carlos Octavio BUNGE colocó correctamente a la escuela italiana entre las positivas y añadió, en este rubro, a la escuela alemana de LISZT y MERKEL. En su correlación con la filosofía general señala como inspiradores a COMTE, DARWIN y SPENCER. En el capítulo IV de *El derecho. Ensayo de una teoría integral*, la desarrolla en su punto

27, donde vincula el interés despertado por la escuela entre nosotros con las necesidades de renovación de la legislación:

“En la República Argentina, la nueva escuela criminológica despertó, desde su iniciación, vivísimo interés. Coincidieron sus primeras manifestaciones italianas con la época de promulgación del Código Penal (1887). Derivado éste del proyecto de Carlos Tejedor (1817-1904) con sustanciales modificaciones —es decir, totalmente rehecho— resultó imperfectísimo, y fue preciso modificarlo más tarde (1903). El interés doctrinal de la nueva escuela se unió así a la necesidad de renovar la legislación”.

BUNGE considera que el principal sostenedor de la escuela positiva en la Argentina ha sido Rodolfo RIVAROLA quien, inmediatamente de iniciada en Italia, adoptó sus conceptos en *Exposición y crítica del código penal y, sobre todo, la doctrina antropológica en Derecho penal argentino* (1910). Hubo otros representantes distinguidos para BUNGE: Luis María DRAGO, autor de *Los hombres de presa* (1888); Antonio DELLEPIANE, con *Las causas del delito* (1892); Cornelio MOYANO GACITÚA autor de *Curso de derecho penal*, pero que define mejor su tendencia positiva en *La delincuencia argentina ante algunas cifras y teorías* (1905); Rodolfo MORENO, con *La Ley penal argentina* y José INGENIEROS, autor de *La criminología*, y una variada cantidad de monografías.

En el inventario de BUNGE no pueden figurar, obviamente, otros importantes juristas que dieron a la luz sus trabajos con posterioridad. Pero omite, en verdad, a dos influyentes penalistas anteriores: Norberto PIÑERO y Francisco RAMOS MEJÍA. Es muy probable que la primera omisión obedezca a que PIÑERO, profesor entre 1887 y 1897, miembro de las Comisiones que redactaron los proyectos de código penal de 1891 y 1906, sólo dejase por escrito su labor legislativa. Años más tarde, sin embargo, aparecen los *Estudios Jurídicos de BUNGE*<sup>28</sup>, donde éste aclara que las conferencias de PIÑERO fueron publicadas por dos discípulos en *Apuntes de Derecho Penal*. Recuerda, asimismo, a su hermano Osvaldo M. PIÑERO, de la misma línea, autor también de los consabidos apuntes —admirador de TARDE— y de una monografía, *Delitos de imprenta*, sueltos y artículos en revistas de derecho penal sobre estadística criminal comparada.

<sup>28</sup> Madrid, Espasa-Calpe, 1926.

La omisión de Francisco RAMOS MEJÍA parece menos explicable, por el contrario. RAMOS MEJÍA es, sin duda, importante entre los defensores de la nueva escuela. En primer lugar integró junto con José María RAMOS MEJÍA, José Nicolás MATIENZO, Norberto PIÑERO y RIVAROLA, el grupo fundador de la Sociedad de Antropología Jurídica, cuya denominación hace fácil reconocer la orientación lombrosiana del grupo. Además pronunció también en esa Sociedad presidida por él, el 14 de mayo de 1888, una conferencia recogida en 47 páginas con el título de Principios fundamentales de la Escuela Positiva de Derecho Penal, dividida en cinco sectores, —el delito, el delincuente, la responsabilidad, la pena, y el derecho de castigar— donde desenvuelve los principios del nuevo pensamiento.

La lista de BUNGE debería ser completada también con cuatro relevantes positivistas: Juan P. RAMOS, Eusebio GÓMEZ y Jorge Eduardo COLL, autores del proyecto de código de 1937, y José PECO, considerado neopositivista, autor del proyecto de 1942. Del mismo modo que en Italia, los defensores de los principios positivistas irrumpieron en una escena dominada por la escuela clásica, sostenida entre nuestros tratadistas por Carlos TEJEDOR, Manuel OBARRIO, Godofredo LOZANO y Julián H. AGUIRRE.

TEJEDOR, además de autor del proyecto de código luego en vigencia, fue quien produjo el primer manual de la materia en nuestro país. Manuel OBARRIO, por su parte, redactó su Curso de derecho penal, más completo que el de TEJEDOR. A cargo de la cátedra entre 1872 y 1882 criticó a la escuela positiva en su edición de 1902, escuela que BUNGE defiende coherentemente con sus conceptos que hemos volcado en el punto 2 de este apartado. Pero OBARRIO, al cambiar de rama jurídica nos privó, piensa BUNGE, de constituirse en nuestro CARRARA o BIRKMAYER. De todos modos, la reacción más sistemática entre los clásicos fue la de LOZANO en su opúsculo La escuela antropológica y sociológica criminal ante la sana filosofía.

Pasemos revista ahora a algunas de las ideas que defendieron los sostenedores de la nueva escuela en nuestro país.

Luis María DRAGO fue, en realidad, quien promovió las primeras páginas sobre ella en Los hombres de presa donde cita a los hermanos PIÑERO, a Francisco RAMOS MEJÍA y Osvaldo MAGNASCO. Es él quien despierta la atención sobre las posibilidades de la apertura

de un programa de investigación a partir de la fisonomía humana, punto al que es atraído por la publicación en 1807, a cargo del profesor MOREAU, del libro de LAVATER, *L'art de connaître les hommes* par la *physionomie*, que incluye un extracto de la obra del napolitano Juan B. DELLA PORTA de 1602 sobre la relación entre fisonomía humana y los diversos caracteres. El libro de DRAGO, al igual que el trabajo de FRANCISCO RAMOS MEJÍA, tuvo su origen en una conferencia dada en la Sociedad de Antropología Jurídica y forma parte —en su traducción al italiano— de *I Criminali Nati*, con prólogo de LOMBROSO.

Otro prólogo de LOMBROSO se inserta, a su vez, en el libro de Cornelio MOYANO GACITÚA escrito en Córdoba en 1905. LOMBRÒSO dice, en dos líneas, “que es lo más importante aparecido en los dos últimos años en Sociología y Antropología Criminal”. No parece tratarse de una simple cortesía del jefe de escuela con uno de sus discípulos. Creo, más bien, que hay algo en el libro de MOYANO GACITÚA que debió llamar su atención favorable, a saber la aplicación de algunas de sus ideas con carácter concreto a un medio físico, geográfico y social particular y el hecho de que esa aplicación, en La delincuencia argentina, se monte en un laborioso trabajo empírico con cuadros, gráficos y estadísticas, en una de las formas que indicaba a esa tarea el método experimental. MOYANO GACITÚA explica por qué lo hace así: “El estudio, la observación, la medición libre de prejuicios y el tiempo, son los que deben dictar e inspirar una obra de ciencia, máxime en materias en que la verdad de ayer suele ser el error de hoy...”.

MOYANO GACITÚA pone, en efecto mucho énfasis en estudiar por vez primera este fenómeno en el orden local vinculándolo con factores mesológicos (clima, peculiaridades geográficas), de composición de la población —atendiendo a la nativa y a la inmigración— y sociales. También las profesiones son objeto de análisis. Tiene interés el examen del autor de los conceptos de FERRI en *Omicidio*, sobre el predominio de las tendencias al homicidio y al infanticidio entre los latinos, como asimismo sobre la raza como factor de incidencia en el delito y el mismo trato de las reservas que sobre este factor formula COLAJANNI, dada sobre todo la doble fuente mencionada de la población. Pero ninguno de estos desarrollos irían más allá de un sentido expositivo, si no fuese por que MOYANO GACITÚA los inserta



se siempre en la realidad local. He aquí lo valioso de su texto<sup>29</sup>.

Son precisamente las opiniones de MOYANO GACITÚA sobre el delito, las que Rodolfo MORENO (hijo) incluye —junto con las de R. RIVAROLA— en un sector de El código penal y sus antecedentes (t. 1, puntos 70/73) destinado a confrontar, en esta materia, los criterios positivos con la escuela clásica. La cuestión alude a un punto importante en el conjunto de la doctrina de la escuela, pues es ella la que contiene el famoso concepto de “delito natural”, estructurado por GARÓFALO para responder a la pregunta de si entre los crímenes y delitos de nuestras leyes contemporáneas los hay que hayan sido considerados como acciones punibles en todos los tiempos y países. Correlato creado por GARÓFALO respecto de la fase antropológica del delincuente nato (natural), MORENO lo toma razonablemente en cuenta y extracta un pasaje de RIVAROLA en Derecho Penal Argentino (p. 47) que ilustra de por sí la inclinación de éste, y del mismo MORENO, en favor del tramo jurídico de la escuela positiva italiana: “Los escritores modernos de derecho penal han abandonado y aun repudiado toda pretensión de definir al delito fuera de los términos que lo refieren a la ley penal, definición útil cuando se trata de aplicar la ley. La preocupación de definir el delito natural como fenómeno social, no tiene ningún interés jurídico. Basta la definición como fenómeno jurídico, que se caracteriza por la sanción penal”.

Por otra parte, MORENO ya había defendido los principios positivistas alrededor del eje FERRI-GARÓFALO, en La ley penal argentina (1908), texto en el que critica abiertamente el concepto de libre albedrío y el criterio de responsabilidad de la escuela clásica que recoge el art. 81, inc. 1º del código penal, al que contrapone el de temibilidad. Reprimir, dice, porque el hombre debe responder de sus actos, se parece más a una hipótesis religiosa sobre premios y castigos cuya discusión sería mejor dejar para el terreno de la moral y no para el jurídico. El énfasis en este eje disipa la figura de LOMBROSO, y no es producto del azar que MORENO deje de citarlo en este punto, que es aquel en que el autor del *L'uomo delinquente* asumió más vigor, para apoyarse en cambio, en La criminología de GARÓFALO y en Los nuevos horizontes de FERRI.

<sup>29</sup> La delincuencia argentina, Córdoba, F. Domenici, 1905.

Con MORENO y RIVAROLA se decide, en efecto, la inclinación básica de nuestros positivistas en favor del porte, del giro jurídico de la escuela consolidado por GARÓFALO. Es ésta la posición resuelta de Juan P. RAMOS en *El derecho penal*, la mejor quizá entre las muestras de ese género tan particular de “los apuntes de clase” cuya calidad, en este caso, elevó a primer rango el nombre de los compiladores Isauro P. ARGÜELLO y Pedro FRUTOS, y logró la adhesión de generaciones enteras de estudiantes de la Facultad de Derecho. RAMOS desarrolla vastamente la escuela positivista y no deja margen de ambigüedad en cuanto a su simpatía por el sesgo jurídico. En el cap. I, donde formula su apreciación crítica, en el punto 5, dice rotundamente:

“La antropología criminal y la sociología criminal no son el derecho penal: son medios de conocimiento que la doctrina de la escuela positiva quiso que tuviera el juez para que aplicara de una manera sistemática y dogmática, esto es, jurídicamente, la sanción adecuada”

“El error metodológico capital de la escuela positivista fue no haber visto la diferencia entre la investigación causal de los factores del delito sobre determinadas categorías de delincuentes (ahí sí se aplica el método de las ciencias naturales) y la ubicación del hecho cometido por el delincuente en el ordenamiento jurídico de la sociedad, para lo cual el juez, el tratadista o el profesor van a emplear el método deductivo”<sup>30</sup>.

Una valiosa contribución a la escuela positiva es la tesis de Antonio DELLEPIANE para optar por el grado de doctor en Jurisprudencia sobre *Las causas del delito* (1892) y es él, por lo demás, quien prologa el libro que compila las conferencias pronunciadas por Enrico FERRI en ocasión del Centenario en la Argentina, libro presentado hacia 1911 en su versión italiana<sup>31</sup>. Pero es correcto, por cierto, el primer sitio asignado por BUNGE a Rodolfo RIVAROLA entre los positivistas de esta corriente. RIVAROLA fue profesor de La Plata y Buenos Aires y entre otros trabajos de interés publicó: *La justicia en lo criminal* (1889), *Exposición y crítica del código penal* (1899) en tres tomos, y en 1910 su citado *Derecho Penal Argentino*. No hubo prácticamente intentos de reformar la legislación penal en

<sup>30</sup> Curso de Derecho Penal, t. 1, Buenos Aires, Ariel, 1942.

<sup>31</sup> *Le conferenze di Enrico Ferri nella Repubblica Argentina*, Buenos Aires, A. Guidi Buffarini, 1911. Con presentación de DELLEPIANE.

que RIVAROLA dejara de participar: por ejemplo en 1890 con Norberto PIÑERO y José María RAMOS MEJÍA.

El 21 de julio de 1942, presidida por Artemio MORENO<sup>32</sup>, la Sociedad Argentina de Criminología realiza una sesión en que se presentan tres trabajos, Rodolfo Riva rola Penalista, de José Peco; Rodolfo Riva rola Jurisconsulto del mismo Artemio MORENO, y Rodolfo Riva rola Educador, de Osvaldo LOUDET, los que en distintos perfiles completan su personalidad. Maestro del derecho por antonomasia para PECO, Rodolfo RIVAROLA adviene al derecho penal argentino en una época muy crítica de la disciplina, aquella caracterizada por el rudo batallar de las escuelas. Convertido el código penal en un catálogo de delitos y penas y el derecho penal en un enlace de silogismos, irrumpe la escuela positiva, magnífica en estudios antropológicos, pero indigente en estudios jurídicos: he aquí el vacío que colma RIVAROLA. Su función: separar el derecho penal de las disciplinas criminológicas; el primero más inclinado al método dogmático, las segundas al método de la observación. En nuestro comentado *Los hombres de presa* de Luis María DRAGO, existe el prefacio de LOMBROSO recordado por PECO:

“Estudiar la personalidad del hombre delincuente, sorprender a éste en su vida actual, en su estado normal o anormal, en sus antecedentes hereditarios, practicar el examen psíquico y antropométrico, estudiar su vida vegetativa y de relación, las anomalías de conformación, es abrir el campo a la investigación científica moderna, necesaria siempre a la sociedad.”

La formación intelectual de RIVAROLA no es la más propicia para este tipo de examen. La labor dogmática, la reforma del ordenamiento jurídico de 1886, la exposición y la crítica del código penal, he aquí el *Ersatz* de RIVAROLA. Su fin, establecer un puente entre la antropología criminal y el derecho penal. Las obras de FLORIÁN, de FIBRETTI, de ZERBOGLIO, de SIGHELE llevan la impronta antropológica; RIVAROLA, en cambio, se propone la reforma gradual y progresiva de las leyes criminales conforme a los principios de la nueva escuela. Con él, la tendencia jurídica de nuestros especialistas en derecho alcanza su máxima expresión, y, emplazado en medio de

<sup>32</sup> Véase, asimismo, de MORENO, A., en *El sentimiento en la vida y el arte*, su capítulo X, “La personalidad de Enrique Ferri”, con datos sobre la fundación de la Sociedad de Antropología Jurídica.

la disputa sobre el grado de libre arbitrio o de positivismo, RIVAROLA prefiere un tournant para esa problemática en beneficio del ajuste y el encuadramiento de la codificación. Este giro jurídico, pro-GARÓFALO, por citarlo de esta manera, predomina en la literatura nacional, pero no con caracteres absolutos. Para concluir este inventario descriptivo me interesa destacar dos excepciones: Eusebio GÓMEZ y Francisco RAMOS MEJÍA.

En 1907 José INGENIEROS funda el Instituto de Criminología, el que es dividido en tres secciones: etiología, clínica y terapéutica. Entre los adscriptos figura el joven Eusebio GÓMEZ, uno de los más decididos positivistas. GÓMEZ escribe *La mala vida en Buenos Aires*, un pequeño libro donde ensaya una sociología urbana del delito y una descripción de los diferentes tipos de delincuentes que pululan en una ciudad, entonces en crecimiento. GÓMEZ cita a FERRI, a NICÉFORO, a SIGHELE, a LATZINA, Pietro GORI y MOYANO GACITÚA entre otros positivistas. En un prólogo, de lenguaje peculiar y colorido, José INGENIEROS hace notar así las cuotas del determinismo en los delincuentes, la herencia y el medio social, que guían la investigación: "A través de sus capítulos, ellos pasan impertérritos e inconscientes, llevando sobre las frentes fugitivas el estigma de su infamia involuntaria y sobre los mudos labios la mueca oblicua y amenazadora del que escruta a sus semejantes con ojo enemigo. Parecen ignorar que son las víctimas de un complejo determinismo, superior a todo freno ético. Sumánse en ellos los desequilibrios transfundidos por una hereditariadad mórbida, las deformes configuraciones morales plasmadas en el medio social y las mil circunstancias ineludibles que atraviésanse al azar en la abrupta travesía de la existencia"<sup>33</sup>. Estas sugerentes palabras de INGENIEROS dan una idea del clima en que la formación intelectual de GÓMEZ se articula: influencia de las ciencias biológicas y médicas en el derecho, cuadro morliano de la degeneración, entrecruce en la criminología de lo biopsicológico y lo jurídico, con predominio del primer nivel. GÓMEZ no renuncia a su condición de jurista, pero nunca abandona en su positivismo el clima que lo rodeó a partir del núcleo de INGENIEROS. Era la época del Instituto de Criminología, pero también la

<sup>33</sup> GÓMEZ, Eusebio, *La mala vida en Buenos Aires*, con prólogo de José INGENIEROS, Buenos Aires, Juan Roldán, 1908.

época del arribo a Buenos Aires de Pietro GORI, el anarquista que huye de una condena por un delito político e inicia la publicación de *Criminología Argentina* (1898). Era la época brillante de los Archivos de *Criminología*, *Medicina Legal* y *Psiquiatría* (1902); de *La Semana Médica* con FRANCISCO DE VEYGA, cuyo primer trabajo es *Etiología y terapéutica del Delito político-social*, La época de Helvio FERNÁNDEZ y los libros de J. M. RAMOS MEJÍA.

En este clima se forma Eusebio GÓMEZ quien con el sólo título de otro texto, *Delincuencia político social* (y no *Delito político-social*), define su matiz en el interior de la escuela positiva.

Nos resta por aludir ahora a uno de los partidarios de la escuela positiva penal más comprometido con la línea antropológica: Francisco RAMOS MEJÍA. De él se recuerda una conferencia que es un arquetipo del género. La pronuncia, como anticipáramos, en el Colegio Nacional, en la sesión de la Sociedad de Antropología Jurídica, del 15 de mayo de 1888 y es convertida en texto por la imprenta *El Censor*, ese mismo año. RAMOS MEJÍA comienza con un enunciado vigoroso, al estilo de un manifiesto científico:

“Señores: Nuestro siglo es eminentemente positivo y experimental. La renovación que se diseñó en el siglo XVI con Galileo, con Bacon y con Descartes en las ciencias naturales, ha tenido su brillante complemento en nuestros días. Ya no hay conjunto de conocimientos que merezca el nombre de ciencias sino los que se apoyan en el escalpelo, en la balanza, en el microscopio, y las ciencias naturales están ya fuertemente impregnadas de positivismo. Todas reciben su luz de la gran ciencia social, la Sociología, que no es ella misma sino una rama de la más vasta y complicada de las ciencias, la Biología que con más razón que cualquier otra puede llamarse la *alma parens* de la ciencia natural del hombre.”

Unos años antes, desde París, Claude BERNARD creaba la medicina experimental y demostraba el mismo espíritu que RAMOS MEJÍA desde las primeras páginas de su *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*. Todo su porvenir lo consideraba subordinado a la creación de un método de investigación aplicable al estudio de los fenómenos de la vida, sea en su estado normal o en el patológico. Ese método es el experimental, que BERNARD defiende, así, en su rama:

“Es necesario haber sido educado y haber vivido en los laboratorios para sentir toda la importancia de esos detalles de investigación, tan ignorados y despreciados a menudo por los falsos científicos que se llaman generalizadores. Sin embargo, jamás se arribará a generalizaciones

fecundas y luminosas sobre los fenómenos vitales hasta que se haya experimentado por sí y removido en el hospital, el anfiteatro o el laboratorio, el terreno fétido y palpitante de la vida"<sup>34</sup>.

Para RAMOS MEJÍA es esto, exactamente, lo que hay que hacer en Antropología. Lanzarse sobre el terreno fétido y palpitante de la vida criminal, separar, con SERGI, la degeneración atávica de la adquirida, medir cráneos, con LOMBROSO y BENEDICKI, pesar cerebros, escrutar en los rostros groseros, en los ángulos y figuras abyectas y estúpidas, en el tinte pálido de la piel, el estigma del crimen y el delito. BERNARD encuentra en el determinismo el principio de toda ciencia y la medicina, en cuanto experimental, se funda en los hechos y su medida. RAMOS MEJÍA, por su lado, ve en el delito un producto y un fenómeno de la naturaleza, tan natural que se percibe en toda la serie orgánica, en el animal como en la planta y en el hombre (Cf. *L'uomo delinquente*, cap. I, Embriología del delitto. *Il delitto e gli organismi inferiori*. 1. *Le apparenze del delitto nelle piante e negli animali*). Eliminar esos miembros inadaptados a la vida social, y no castigarlos, pues su ineptitud es absoluta y perpetua en el loco criminal, y necesaria en los criminales habituales: he aquí el fin de la pena.

Con RAMOS MEJÍA asistimos, pues, a la vertiente más antropológica de la escuela entre nuestros jurisconsultos, vertiente que él encuentra dignamente representada por Antonio PIÑERO con su craneometría, quien junto a PODESTÁ, PENNA y NAÓN en la clínica, a AMEGHINO y a MORENO, a LUIS VARELA, FRANCISCO PICO y Benjamín GONZÁLEZ en sus aplicaciones a la ciencia penal, estarán en condiciones de colocarla a la altura de LOMBROSO, de PUGLIA y de LACASAGNE.

En el cuadro receptivo local de la escuela positiva italiana, con las modalidades descriptas no puede, pues, dejar de identificarse tanto a la corriente sociológica de FERRI y predominantemente jurídica de GARÓFALO, como a las primeras manifestaciones antropológicas.

Ahora bien, las páginas de estos puntos 3 y 4 han pasado y poco y nada se ha visto aparecer a COMTE. Retornando ahora a su figura,

<sup>34</sup> Introduction à l'étude de la médecine expérimentale; París, P.U.F., 1947, p. XII; RAMOS MEJÍA, Principios fundamentales de la Escuela Positiva de Derecho Penal, Buenos Aires, Tip. El Censor, 1888.

hasta aquí borrosa en sus relaciones con el positivismo de corte penal, sólo queda, entonces, por reiterar nuestro anterior interrogante: ¿tiene algo que ver COMTE con esta escuela? ¿Es él sólo una sombra, un cuerpo ingrávito en el dominio conceptual nacido en Italia y expandido en la Argentina, o hay reflexiones teóricas que pueden acordar formas a ese rostro y peso a ese cuerpo? El punto final que sigue intentará despejar esa incógnita.

5. Hay que dilucidar un punto brumoso de la doctrina: las relaciones entre la escuela positiva del derecho penal y el positivismo en su forma clásica y originaria que, a lo largo de este trabajo, he anclado en COMTE. Este punto ofrece dificultades teóricas adicionales al de las relaciones entre el positivismo comteano y el positivismo jurídico, tratadas anteriormente, ya que además de haber sido negadas estas relaciones también se ha considerado que entre positivismo jurídico y positivismo criminológico sólo existe una similitud semántica, una mera coincidencia de nombre<sup>35</sup>.

En la primera sección de este trabajo me hice cargo de lo que podemos llamar “tesis negativa” de las relaciones profundas entre el positivismo-sociológico de COMTE y el positivismo-jurídico, rastreando el origen de esa tesis en los propios malentendidos entre el derecho y el Cours de philosophie positive que se generan en este texto. Mi argumento en contra de esta tesis fue: a pesar de ese malentendido y del no-lugar del derecho en el Cours, las ideas de COMTE crearon un nuevo marco de racionalidad para las ciencias sociales y sin esta ratio son impensables las distintas formas de positivismo-jurídico. A raíz de esta ratio y de las funciones ideológicas que cumple el positivismo en la sociedad industrial, que desarrollé a partir de la proposición-LITTRÉ, se ha sellado un pacto inevitable de intersección entre el positivismo clásico y el derecho que está más allá del malentendido del Cours y del escaso reconocimiento de su génesis por parte del positivismo jurídico.

Es mi opinión que ninguno de estos argumentos deja de tener validez en esta región restringida y conflictiva del problema, donde

<sup>35</sup> Véase, entre otros, NINO, Carlos, Introducción al análisis del Derecho, Buenos Aires, Astrea, 1980, pág. 179: “Otro intento interesante de definición del concepto de delito ofrece el llamado ‘positivismo criminológico’, que, salvo la coincidencia del nombre, nada tiene en común con el positivismo jurídico de tipo metodológico”.

el debate recae en la relación COMTE-escuela penal positiva. Debo hacerme cargo, sin embargo, de un argumento de peso que podría apoyar muy bien “la tesis negativa” en esta región, a saber, lo que surge de los propios textos de los jefes fundadores de la escuela.

En *L'uomo delinquente* no se encuentran referencias a COMTE y, en cuanto a la vertiente biologicista del positivismo, en el prefacio a la última edición (pág. XVIII y XIX), LOMBROSO rechaza expresamente que su obra no fuera más que un capítulo del darwinismo. En cuanto a FERRI, dice expresamente en *Principii di Diritto Criminale*:

“Ma ciò che importa qui di rilevarsi è soprattutto questo che la scuola criminale positiva non accoglie ni plasma alcun sistema filosofico o sociale, a cominciare dalla “filosofia positiva” (COMTE, SPENCER, ARGIGO, ecc.) nè alcuna dottrina biologica (Darwin, Lamarck, Moleschott ecc.). Essa è sorta quando le dottrine di quei grandi pensatori erano nel pieno loro meriggio ed essa quindi -come tutte le scienze biologiche e sociali- non potè non risentirne allora il riflesso. E certo che di quei sistemi filosofici è di quelle dottrine biologiche non tutto è morto, che anzi -oltre innumerevoli dati particolari de biologia, psicologia, sociologia, ormai divenuti patrimonio comune- permane il loro dato fondamentale della “evoluzione naturale” contraposta al immobilismo assolutista della metafisica. Ma il fatto decisivo è que la scuola criminale positiva è caratterizzata essenzialmente dal metodo scientifico” (pág. 44).

Sin embargo, surge muy claro de este texto que aunque FERRI diga que la escuela no acoge, ni plasma, ningún sistema filosófico o social a partir de la “filosofía positiva”, no rechaza in toto la génesis del positivismo clásico de la escuela. Lo que FERRI, al interponer esta distancia, tiene probablemente en mente son las implicancias filosóficas del *Système de philosophie positive*, la consabida religión de la humanidad y otros devaneos que deterioraban a ojos de los científicos lo más sensible de las ideas de COMTE: su rigor metodológico. Sobre esto FERRI es terminante: el hecho decisivo es que la escuela positiva se encuentra caracterizada esencialmente por el método científico. ¿Y qué otra cosa puede identificarse bajo este rótulo que el método positivo de COMTE, el método experimental aplicable a las ciencias sociales? La distinción de FERRI entre filosofía positiva y método positivo, lejos de diluir el vínculo de la escuela con COMTE lo reafirma, por el contrario. Está también, por cierto, el problema de la biología que había cobrado una relevancia tal que, entre buena parte de los partidarios de la escuela, se la consideraba como un tronco del que la sociología no era sino una rama



(recordemos, por ejemplo, el enunciado de RAMOS MEJÍA quien altera el orden de la clasificación de las ciencias en el Cours). Se ha querido ver en este énfasis depositado por gran parte de los positivistas en la biología, como en lo bio-médico, el resultado de una influencia profesional. Dado que muchos de ellos eran médicos, le-gistas, alienistas, etcétera (es el caso, en nosotros, de la vertiente de JOSÉ INGENIEROS, de DE VEYGA, etcétera) habrían impregnado sus textos de metáforas biológicas y citas procedentes de este campo, influyendo al mismo tiempo en el uso semántico de los juristas (léase a MOYANO GACITÚA).

Hay que decirlo una vez más: no se trata de una cuestión meramente semántica, sino, por un lado, de una vía para reafirmar el naturalismo eliminando la psicología introspectiva y, por el otro, de un engranaje propio de la criminología, que lo necesita a fin de interpretar la enfermedad mental con el código teórico de la ciencia penal y el delito con el de la patología mental (Juego cruzado de visualizar un loco con el prisma del delito por apartarse de los circuitos de la producción y tener a un delincuente por loco a causa del desvío de su conducta requerida por el orden social<sup>36</sup>). Además, las reservas de LOMBROSO y FERRI respecto de la biología tienen por fin defenderse de las acusaciones de darwinismo social en que recayeron los positivistas de la escuela que tomaron el principio de la defensa social como una manifestación de la lucha por la vida.

Pero esta inflexión biológica en ningún modo se contradice con el papel que la biología juega en el Cours de COMTE, ni descarta, en consecuencia, su repercusión concreta en la escuela. Para decirlo de otro modo, el papel asignado por COMTE a la biología en la clasificación de las ciencias en modo alguno se contraponen ni crea un problema en el interior de la metodología de los positivistas penales italianos. Y ello resulta así porque, como dice Georges CANGUILHEM en *La philosophie biologique d'Auguste Comte et son influence en France au XIX siècle*<sup>37</sup>, es correcta la contestación de

<sup>36</sup> Cf. MARÍ, Enrique E., José Ingenieros, el alienista, su loco y el delito, en "Todo es Historia", n° 173, dedicado a "Los Positivistas Argentinos", con artículos específicos de H. SANTOMAURO, H. BIAGINI, E. CÁRDENAS y C. PAYÁ, E. CORBIÈRE, M. V. SUÁREZ, H. CLEMENTI, A. GALLETI y E. MARÍ.

<sup>37</sup> En *Etudes d'histoire et de Philosophie des Sciences*, París, J. Vrin, 1975. Sobre

Paul TANNERY acerca de si el Cours de Philosophie positive se encontraba al corriente de la ciencia, en el sentido de que la filosofía de COMTE es más exactamente contemporánea de la ciencia de su tiempo por lo que concierne a la biología que a las matemáticas o la física y que es dudoso que la sociología conserve de la obra comteana una marca más profunda que lo que hace la biología. En esta materia —como lo expresé al comenzar el trabajo— COMTE, de la mano de BLAINVILLE y BROUSSAIS, piensa eximir al pensamiento biológico de toda consideración metafísica de finalidad, sustituyendo, con CUVIER, el dogma de las causas finales por el principio de las condiciones de existencia, admitiendo entre órganos y funciones relaciones de concurso y de conveniencia que no expresan más que el hecho de la viabilidad de lo vivo.

Aunque COMTE se ubica en un punto de vista filosófico, lo que podría repeler la idea de FERRI, muy por el contrario la satisface en tanto ese punto de vista —muy diverso de la biología metafísica de los alemanes, es decir de la Naturphilosophie— es el de la unidad concreta de la existencia y de la acción que coincide exactamente con el método preconizado por FERRI. COMTE, por lo demás, recibe de LAMARCK, vía BLAINVILLE, el concepto de “ambiente” y propone en la lección 43ª una teoría general de los ambientes, coherente también con la corriente de la escuela positiva penal al tratar de preservar al lamarckismo de toda confiscación “cosmológica” que derive de una reabsorción de lo orgánico en lo inerte, a lo que se llegaría si, bajo la presión del entorno, se rehusare al ser vivo toda espontaneidad propia. Es sabido, en este sentido, que para FERRI aun la criminalidad natural pasa gradualmente de formas materiales de violencia a las intelectuales de astucia y fraude, y que con ello reproduce “esta evolución tranquilizadora, por virtud de la cual, el hombre se aleja sin cesar de su origen animal y salvaje” (Sociología Criminal, pág. 214).

Ahora bien, aunque constituya un dato relevante no basta con postular la compatibilidad del sistema de COMTE con el de la escuela

---

la biología en COMTE, véase en op. cit., nota 3, el trabajo “La ciencia biológica”, de Bernadette BENSUADE, y la obra de Yvette CONRY, *L'Introduction du Darwinisme en France au XIX siècle*, París, Vrin, 1974, con referencias a COMTE y a su discípulo E. LITTRÉ.

positiva para deducir de ella la influencia del primero en la segunda. Tal propósito exige otro elemento, que se hace ineludible analizar: la función de GALL y la frenología en COMTE y su reflejo en la antropología italiana. Es esta, a mi juicio, una pieza teórica esencial en pro de la refutación de la "tesis negativa" del vínculo Comte-esuela italiana que vengo criticando.

En 1798 F. J. GALL escribe, a DE RETZER, una carta cuyos pasajes reproduce G. LANTERI LAURA<sup>38</sup>.

"En realidad mi fin verdadero es determinar las funciones del cerebro en general, y las de sus diversas partes en particular; probar que se pueden reconocer diferentes posiciones e inclinaciones por las protuberancias que se encuentran en la cabeza o en el cráneo y presentar de un modo claro las más diversas verdades y consecuencias que de ello se siguen para el arte médico, para la moral, para la educación, para la legislación, etcétera, y generalmente para el conocimiento más profundo del hombre".

Esta carta se refiere al prefacio de un libro de GALL sobre las funciones del cerebro en el hombre y los animales. Aparece este texto en *Neuer deutscher Merkur*, Weimar, y constituye el manifiesto inicial que contiene las ideas directrices de la frenología que GALL va a desarrollar en sus libros más importantes entre 1809 y 1810, entre ellos *Darstellung der Nerven, auf Untersuchungen der Verrichtungen des Gehirns gegründet. Theorie der Physiognomik* (Descripción de los nervios fundada en investigaciones de las funciones del cerebro. Teoría fisiognómica) y con SPURZHEIM, *Anatomie et physiologie du système nerveux en général et du cerveau en particulier, avec des observations sur la possibilité de reconnaître plusieurs dispositions intellectuelles et morales de l'homme et des animaux par la configuration de leurs têtes*.

Al citar *Los hombres de presa* de Luis María DRAGO, tuvimos ocasión de referirnos entre los precursores a L. B. DELLA PORTA, el napolitano que en 1655 propone en *La physionomie humaine*, conocer las costumbres y lo natural de los hombres a partir de signos que estén fijos y permanentes en el cuerpo. Los tratados de anatomía del Renacimiento habían concedido ya un lugar muy grande a la osteología, con descripciones más o menos detalladas de los

<sup>38</sup> En su *Histoire de la phrénologie*, París. P.U.F., 1970, p. 25.

huesos de la bóveda y la base del cráneo. Ésta comienza a constituirse en el objeto de una ciencia, pero al lado del uso médico comienza a aparecer también el empleo judicial que tiene a su examen como uno de los medios más adecuados de conocer al hombre en su singularidad.

Es precisamente BROUSSAIS, del grupo de científicos preferidos por COMTE, quien cita, en su *Cours de phrénologie*, uno de los ejemplos más interesantes de este uso, ocurrido años antes de los trabajos de GALL. En el reino de Nápoles, el marqués MASCARDI, Secretario de Estado de Justicia, tenía entre 1778 y 1782, la administración del derecho de gracia. Cuando un acusado —explica BROUSSAIS— había sido condenado sin confesar, lo hacía comparecer a su despacho, miraba su rostro, palpaba su cráneo y, de acuerdo con los resultados del examen decidía mantener la pena capital si lo consideraba irrecuperable, o concederle la gracia si pensaba que el castigo podía enderezar su naturaleza, o si el crimen dependía de ciertas circunstancias y no de una predisposición casi fatal.

En noviembre de 1807 GALL se instala en París. Sus ideas comienzan a expandirse en un círculo creciente, en el que no faltan las oposiciones y los adversarios, actúa en pie de igualdad con los profesores de la Escuela de Medicina, y se acredita como innovador serio. COMTE no podía permanecer alejado de ese círculo y años más tarde escribe en carta del 29 de mayo de 1842: “Apartando todas las vanas tentativas de localización azarosa o aun evidentemente viciosa, queda por recoger verdaderos resultados generales que, desde largo tiempo, están tan combinados con mi propia filosofía que miro a Gall como uno de mis más indispensables predecesores”.

La razón de la importancia que COMTE atribuía a las teorías de GALL radica en que éste defendía el carácter innato de las inclinaciones fundamentales de los motivos de la conducta animal y humana. El método craneoscópico era la consecuencia de una hostilidad de principio al sensualismo. Como dice CANGUILHEM:

“La determinación de los asientos encefálicos de las facultades psíquicas suponía el postulado de la preexistencia originaria de esas facultades”.

Con esto, la idea lamarckiana según la cual las funciones biológicas son independientes de sus órganos y pueden incluso crearlos quedaba fuera del esquema teórico de GALL y de COMTE. Además, la to-

pografía cerebral de GALL, con su argumento a favor del carácter innato de las aptitudes, le garantizaba a COMTE su doctrina de continuidad del progreso por el desarrollo de un orden preexistente<sup>39</sup>.

A los ojos de COMTE, y siempre permaneciendo en el período del Cours —ya que más adelante, en el *Système*, desalentado por los pocos progresos de GALL se apartará de él procediendo subjetivamente— la frenología tenía varias ventajas: a) le permitía prescindir de la psicología, incapaz de llegar al estadio positivo por su dependencia con el estudio incierto de la vida interior; b) no aislar facultades abstractas pues emplea funciones interindividuales; c) no omitir la descripción de los animales pues esta descripción forma parte importante de ella; d) no limitarse a las funciones intelectuales pues acuerda una gran importancia a la vida afectiva y sus mecanismos cerebrales.

Estas diversas funciones constituyen para COMTE el operador teórico que asegura la transición de lo individual a lo social en tanto ellas “analizan la existencia del hombre en el grupo sin reconstruirla a partir del solipsismo y la tabla rasa”. Ahora bien, ¿en qué sentido puede postularse que GALL, precursor al mismo tiempo de COMTE y de los miembros de la escuela positiva italiana, constituya un puente entre ellos que acredita una modalidad específica del positivismo, anclada en la antropología?

No hay en los positivistas italianos pruebas de que su recepción de GALL, innegable en cuanto la frenología fue el origen al menos parcial de la escuela positivista de LOMBROSO, se haya hecho por el rodeo de COMTE. LOMBROSO tomó en préstamo de la frenología “la idea de que el criminal verdadero es aquel que abriga una inclinación innata al crimen, ligada a un órgano cerebral hipertrofiado y la técnica del examen craneoscópico a la investigación de testimonios palpables de anomalías somáticas; pero se aleja de Gall al simplificar el problema de la responsabilidad y al disminuir el papel de la prevención en provecho de la defensa social” (LANTEI-LAURA, op. cit., pág. 172).

En *L'uomo delinquente*, 2ª ed., t. 1º, págs. 12 y 177, cita directamente a GALL y lo mismo ocurre con FERRI, como puede verse en

<sup>39</sup> G. CANGUILHEM, op. cit., p. 68.

Sociología Criminal, pág. 148, donde a propósito de los remordimientos en los criminales recuerda que GALL indicaba antes que LOMBROSO, desde 1825, la distinción entre aquellos que son arrasados por la pasión y los que obedecen a instintos innatos.

Admitiendo ese acceso directo de los miembros de la Escuela a GALL, mi opinión es que esta circunstancia no garantiza la “tesis negativa” que excluye la relación Comte-Escuela italiana positiva de derecho penal. El hecho de que ambos tengan el mismo precursor, algo nos dice desde el punto de vista teórico, a saber, su compromiso en un mismo juego que es el que determina el lazo de unión.

Ahora bien, este juego no es exactamente el conjunto de los procedimientos y mecanismos de la frenología, sino más bien el papel de garante que daban al carácter innato de las inclinaciones dichos mecanismos como la craneoscopia, los asientos encefálicos y la circunscripción de las raíces de las funciones en diversos territorios corticales. De ahí que resulte muy bien concebible, dado el carácter prioritario de este último aspecto, que COMTE y la escuela positiva de derecho penal puedan prescindir del carácter específico de esos mecanismos, sin que por ello se tenga que resentir la relación entre ambos, si encontrasen los medios sustitutos respectivos.

Y ello es así porque COMTE no busca a la frenología por sí misma, sino como un medio de preservar lo innato de las inclinaciones, apartarse de la reflexión interior y defender con los asientos encefálicos el postulado de la preexistencia original de esas facultades. El blanco de COMTE son las consideraciones metafísicas de finalidad, y el sensualismo, que no garantizan la continuidad del progreso por el desarrollo de ese orden preexistente. A su vez, la escuela italiana tampoco se apoyó en GALL por la frenología en sí misma sino como garantía del atavismo, de su concepto básico de delincuente nato o habitual.

Esto último se comprueba con las propias manifestaciones de los miembros de la escuela cuando intentan, no con pleno éxito, poner distancia de GALL en *La difesa*. Así, por ejemplo, LOMBROSO en su réplica a GABELLI dice: “Participa por completo de esta opinión y cree en serio que he restaurado el sistema de Gall, y llega hasta a decir, como muchas comadres, que yo querría hacer condenar a los hombres sólo por la forma del cráneo, o por las orejas salientes o los labios delgados. No se ha fijado en que hasta mis estudios cra-

neológicos se basan en la capacidad y en la patología de los huesos craneales, comparados en los locos, en los sanos y en los criminales, en la microcefalía, plagiocefalía, oxicefalía, platicefalía, etcétera, que tienen que ver con el sistema de Gall como la anatomía quirúrgica de la mano con la quiromancia. Y que además del cráneo, examiné las anomalías de las orejas, de la nariz, etcétera”. Y FERRI, más adelante coincide en esta línea contracrítica, al expresar: “Es preciso no dar a los estudios antropológicos las pretensiones de la antigua frenología, que si nació de la intuición de Gall acerca de la relación entre muchos órganos cerebrales y actividades psíquicas, llegó, sin embargo, a aquellas exageraciones que son la única parte que ha quedado entre los profanos desterrada en cambio de la ciencia”. (Cf., en el mismo texto, FIORETTI, págs. 235 y 237).

El resultado de mis observaciones sobre el asunto de la presencia de GALL en el Curso de filosofía positiva y en la escuela positiva penal, es, entonces, que no interesa tanto la especificidad de los procedimientos de la frenología, como su función de garante, en un caso, del carácter innato de las inclinaciones y, en el otro, del concepto de atavismo, lo que hace cobrar relieve al vínculo entre COMTE y esta variante de positivismo. Si prescindimos de aquellos procedimientos e incluso si apartáramos a GALL del Cours, el método positivo experimental de COMTE mantendría su condición de base de racionalidad para postular a partir de ella su influencia en los integrantes de la escuela positiva al margen de registros textuales más o menos precisos en sus libros.

Y es que, en el fondo, lo que dice FERRI al afirmar que la escuela, por haber surgido en el momento en que los grandes pensadores del positivismo estaban en su apogeo, no pueden dejar de experimentar su influjo, no está muy lejos de lo que, a su turno, expresara LITTRÉ en su prefacio: “Quand je dis la philosophie positive j’entends Auguste Comte”.

Es Augusto COMTE, en efecto —el COMTE del Curso de filosofía positiva—, el fundador de la doctrina y el que está presente en toda corriente del positivismo jurídico sin excepción, pues ninguna de ellas resulta lógicamente pensable sin la médula del método experimental aplicable a las ciencias sociales y único tenido por los positivistas como científico. Que ese reconocimiento sea o no expresado, que el rostro del antiguo alumno de L’Ecole Polytechnique sea

más o menos visible, no excluye para nada su gravitación esencial. Sólo nos habla de una modalidad del desarrollo del positivismo en la histórica evolución constante de la doctrina.



# Reflexiones criminológicas y político-criminales sobre la criminalidad de “cuello blanco”

*Antonio García-Pablos de Molina\**

I. La criminalidad de “cuello blanco” produce un poderoso impacto antipedagógico y corrosivo en la sociedad —en el propio sistema económico y financiero— muy superior al de la delincuencia económico-patrimonial convencional, tanto desde un punto de vista cualitativo como cuantitativo. Y, sin embargo, el delincuente de “cuello blanco” disfruta de un irritante privilegio, por muy diversas razones, que suelen hacerlo inmune al sistema penal.

Me propongo en este breve trabajo examinar las circunstancias que determinan la elevada “cifra negra” de estos delitos y la consiguiente impunidad del infractor. En segundo lugar, haré algunas consideraciones sobre un problema muy debatido: ¿es la pena privativa de libertad la sanción más adecuada para prevenir esta criminalidad?

II. Es obvio que, en la realidad española, se producen frecuentes prácticas y comportamientos nocivos, gravemente nocivos, para el orden económico general.

Forzoso es reconocer que las maquinaciones aludidas son, cualitativa y cuantitativamente, más perjudiciales que la delincuencia convencional contra el patrimonio<sup>1</sup>, aunque carezcamos de estadísticas fiables y no sea razonable extrapolar los datos verificados en otros

\* Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid.

<sup>1</sup> Sobre el problema, ver BAJO FERNÁNDEZ, M., La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal, en C.P.Cr., 5, 1958, p. 53; BERISTÁIN, A., El delito de cuello blanco. Eficacia de sus sanciones penales, en “El Ciervo”, XXXI, núm. 371, p. 6; FERNÁNDEZ ALBOR, A., Estudios sobre criminalidad económica, Barcelona, Bosch, 1978, pp. 22 y ss.; SAINZ CANTERO, J. A., Criminología

países<sup>2</sup>. Prescindiendo, con una actitud realista, de interpretaciones interesadas, que oscilan entre el “triumfalismo” acrítico y el “catastrofismo”<sup>3</sup> de la “ciencia ficción”, lo cierto es que estos delitos deparan al autor unos beneficios financieros cuantiosos, como lo son también los correlativos perjuicios materiales para el propio sistema económico. Y no es menos cierto que conllevan necesariamente, también, un impacto demoledor (efectos “inmateriales”) para la economía de mercado. Deforman los mecanismos legales de fijación de precios, restringen o eliminan la libre competencia y, en definitiva, desacreditan y perjudican el sistema mismo que descansa en la confianza en el correcto y normal funcionamiento del tráfico de las fuerzas económicas<sup>4</sup>. Con razón suele aludirse al “efecto de resaca” o “espiral” que desencadena una práctica de esta naturaleza, forzando al competidor a actuar del mismo modo<sup>5</sup>; del “efecto en cadena”<sup>6</sup>

---

de los fraudes alimentarios, en “Estudios Penales y Criminológicos”, VI, Santiago de Compostela, pp. 265 y ss. En la doctrina extranjera, KAISER, G., *Criminología*, cit.; TIEDEMANN, K., *Aspectos penales y criminológicos de las actividades de las empresas transnacionales*, en “Estudios Penales y Criminológicos”, VI, Santiago de Compostela, pp. 291 y ss.; PEARCE, F., *Los crímenes de los poderosos*, Siglo XXI, 1980, pp. 106 y ss.; ANIYAR DE CASTRO, L., *La realidad contra los mitos. Reflexiones críticas en criminología*, Universidad de Zulia, Maracaibo, 1982, pp. 123 a 187; TAYLOR, I., WALTON, P., y YOUNG, J., *Criminología crítica*, Siglo XXI, 1977, tr. de N. Grab, pp. 54 y siguientes.

<sup>2</sup> Así lo advierte ZYBON, *Wirtschaftskriminalität als gesamtwirtschaftliches Problem*, München, 1972, pp. 31 y 32, quien manifiesta la imposibilidad de extrapolar a Europa los datos obtenidos en la muy distinta realidad americana; KAISER, G. (*Criminología*, cit.) señala la limitación de las fuentes que producen tales datos (policía, fiscalías del Estado y abogacías del Estado). En este sentido relativizador, BAJO FERNÁNDEZ, M., *La delincuencia económica*, cit., C.P.Cr., 5, 1978, pp. 6 y 7.

<sup>3</sup> Una cierta actitud catastrofista manifiesta SCHÖLLGEN, cuando se refiere a la “dinámica de atracción hacia el abismo” que producen estos delitos. Cfr. KAISER, G. (*Criminología*, cit.), quien entiendo existe una “teoría de la conjura”, preocupada por magnificar los males de esta delincuencia, prescindiendo de la reserva escéptica y sobriedad racional que deben caracterizar el saber científico.

<sup>4</sup> Sobre el problema, en general, ver la exposición de BAJO FERNÁNDEZ, M., *La delincuencia económica*, citado.

<sup>5</sup> El denominado “Sog- und Spiraleffekt”, por ZIRPINS-TERSTEGEN, *Wirtschaftskriminalität. Erscheinungsformen und ihre Bekämpfung*, Lübeck, 1963, pp. 98 y 99; también, OPP, K.D., *Soziologie der Wirtschaftskriminalität*, 1975, München, p. 96; sobre este efecto de “resaca” y “espiral”, cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., *La delincuencia económica*, cit.; KAISER, G., *Criminología*, citando a EDELHERTZ.

<sup>6</sup> Sobre la “reacción en cadena” (“Kettenreaktion”), ver ZIRPINS-TERSTEGEN, *Wirtschaftskriminalität*, cit. Como precisa BAJO FERNÁNDEZ, M. (*La delincuencia eco-*

incontrolable que se pone en marcha, “contagioso”<sup>7</sup>, cuyo impacto “corruptor” alcanza inevitablemente a la propia Administración Pública<sup>8</sup> responsable, hoy más que nunca, en cuanto que el Estado moderno no es ya un mero “árbitro” o “gendarme”, sino un Estado “intervencionista” —el principal empresario—, activo gestor de los procesos sociales. Las colosales maquinaciones sobre los precios, por su trascendencia socio-económica, pueden llegar a propiciar lo que SCHNEIDER denominaba “la desorganización social absoluta”<sup>9</sup>. Son un reto o provocación para los restantes protagonistas del mercado: “algunos lobos humanos —decía gráficamente SCHÖLLGEN, refiriéndose al efecto contagioso y corruptor de las prácticas delictivas examinadas<sup>10</sup>—, sin escrúpulos, pueden situar a toda la comunidad ante la alternativa de participación o ruina”.

III. La llamativa y paradójica inaplicación del Código penal a hechos de tan particular gravedad, supone, pues, cuando menos, un injusto privilegio<sup>11</sup>, en comparación con el trato que recibe la criminalidad económica “convencional”. Sin duda, tenía razón SUTHERLAND<sup>12</sup> al

---

nómica, cit.) dicha reacción es particularmente ostensible en momentos de crisis económica: el perjudicado es el primer eslabón, que tratará de trasladar y repercutir la crisis a sucesivos interlocutores económicos.

<sup>7</sup> Al “Ansteckungswirkung”, o “efecto de contagio” se refiere OPP, K.D. (Soziologie der Wirtschaftskriminalität, pp. 38 y 39). Dicho efecto, según BAJO FERNÁNDEZ, M., (La delincuencia económica, cit.), viene potenciado por la buena “imagen” del delincuente y la “cifra negra” de estos delitos, cuyas penas, además, son benignas. Y el delincuente potencial lo sabe.

<sup>8</sup> No sólo porque la Administración es responsable y garante del recto funcionamiento del sistema, lo que en muchos casos fundamentará, cuando menos, una culpa in vigilando, sino porque la complejidad de estos delitos y el intervencionismo económico del Estado dificultaría al máximo su comisión sin la connivencia de algunos funcionarios concretos. Sobre este poder corruptor, ver SAINZ CANTERO, J. A., Criminología de los fraudes alimentarios, citado.

<sup>9</sup> SCHNEIDER, H. J., Wirtschaftskriminalität in kriminologischer und strafrechtlicher Sicht, en J.Z., 1972, p. 463. En este sentido, también SEIDEL y SCHÖLLGEN, G., Criminología, citado.

<sup>10</sup> Cfr. KAISER, G., Criminología, citado.

<sup>11</sup> Sobre el problema, por todos, FERNÁNDEZ ALBOR, A., Estudios sobre criminalidad económica, citado.

<sup>12</sup> SUTHERLAND, E. H., White collar crime. New York, 1961, 6ª ed., p. 47. También, PEDRAZZI, C., Odierna esigenze economiche e nuove fattispecie penali, en “Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale”, 1975, p. 1099. Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR, A., Estudios..., citado.

afirmar que en nuestros días se ha pasado del tradicional “beneficit of clergy” a un “beneficit of businnes”. Y OPP, cuando constata irónicamente que mientras la delincuencia económica clásica se reprime en los juzgados penales, la financiera de “cuello blanco” suele dilucidarse en torno a una mesa, con un té con masas<sup>13</sup>.

El hecho, sobradamente conocido a través de una amarga experiencia histórica por la sabiduría popular<sup>14</sup>, se reconoce, con notorio cinismo, por algún delincuente privilegiado, como DREW, D., quien decía: “La ley penal es una telaraña para los mosquitos e insectos pequeños, que no atrapa a los abejorros gordos”<sup>15</sup>.

Este injusto y discriminatorio privilegio explica, en parte, el origen a finales de los años treinta, de una nueva categoría “criminológica”: el delincuente de “cuello blanco” (“White-Collar Crime”), debida a SUTHERLAND<sup>16</sup> y que pronto adquirió el significado de “concepto-denuncia”, convirtiéndose, con su carga ideológica, en una poderosa y fecunda instancia crítica. Aunque el concepto citado adolece de ciertos prejuicios neopositivistas (intenta acuñar un supuesto “tipo de autor” de base unitaria, inexistente)<sup>17</sup> y de noto-

<sup>13</sup> OPP, K.D., Soziologie..., citado.

<sup>14</sup> Todos los idiomas cuentan con alguna máxima proverbial que destaca la desigualdad real ante la ley. En alemán, por ejemplo, dice así: “se cuelga a los pequeños y se deja libre a los grandes”. Cfr. KAISER, G., Criminología, citado.

<sup>15</sup> “La ley es como una telaraña: está hecha para las moscas y otras clases de insectos pequeños, pero no le corta el paso a los abejorros grandes. Cuando tropecé con problemas técnicos de la ley, siempre me las arreglé para sacármelos de encima con toda facilidad”. Cfr. PEARCE, F., Los crímenes de los poderosos, cit., refiriéndose a GILBERT GEIS.

<sup>16</sup> El 27 de diciembre de 1939 presentó E. H. SUTHERLAND su discurso presidencial ante la Sociedad Americana de Sociología, acuñando este concepto (“White-Collar-Criminality”). Sería después publicado en la “Americam Sociological Review” (A.S.R.), 1940, pp. 1 a 12. El término ha sido receptado en todos los idiomas (“Weisse-Kragen-Kriminalität”, “criminalité en col blanc”, “criminalità in colletti bianchi”, etc.). Su éxito fue indiscutible, habiéndose llegado a afirmar que supuso, para la criminología, una conmoción similar a la causada, en 1876, por la obra de LOMBROSSO, L’ Uomo delinquente. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., La delincuencia económica, cit. Parte del éxito de esta nueva categoría debe atribuirse a su poderosa carga ideológica y crítica, y a la simplificadora visión dicotómica de la realidad criminal (delincuente pobre-delincuente poderoso). Cfr. KAISER, G., Criminología, citado.

<sup>17</sup> KAISER, G., (Criminología, cit.) advierte que, felizmente enterrado el “delin-

ria agresividad ideológica<sup>18</sup> (se presenta al delincuente de “cuello blanco” como el “enemigo del pueblo” de los años treinta), con los consiguientes excesos<sup>19</sup>, el mérito de SUTHERLAND fue indiscutible<sup>20</sup>. Porque el nuevo estereotipo de criminalidad que, a través del ejercicio de su profesión y prevaliéndose de su privilegiado

---

cuenta nato” lombrosiano, sería anacrónico que se intentara la reaparición de un sucedáneo del aquel bajo la figura de un homo economicus criminalizado. Éste es el riesgo, a mi juicio, de las teorías de corte biopsicológico que se esfuerzan por diseñar los rasgos de un supuesto nuevo “tipo de autor”, ofreciendo un retrato “robot” de éste. En tal “prejuicio positivista” pudiera incurrir el conocido “psicograma de Mergen” (Tat und Täter. Das Verbrechen in der Gesellschaft, München, 1971, pp. 45 a 56) y otras formulaciones afines. Parece preferible, por el contrario, examinar el “síndrome de circunstancias” que caracterizan esta criminalidad, relegando a un lugar secundario el examen de la personalidad del autor. Entre otras razones, porque no existe un “tipo de autor unitario” (KAISER, G., Criminología, cit.), y porque las investigaciones criminológicas revelan el fracaso de los esquemas convencionales en el momento de explicar la etiología y significado global de esta delincuencia, siendo sustituidos por teorías o hipótesis ad hoc: teoría de la “opción económica”, del “aprendizaje”, de la “desocialización”; e incluso concepciones “integradoras”, que parten de la “asociación diferencial”, si bien ponderando el rol de ciertos factores económicos y la influencia coadyuvante de ciertos rasgos psicológicos del autor (Cfr. ANIYAR DE CASTRO, L., La realidad contra los mitos, cit.). Resaltando el valor prioritario del contexto socioeconómico y político, SZABO, D., La Criminalité d’Affaires. Aspects Criminologiques, “Publicaciones del Centro Internacional de Criminología comparada”, Universidad de Montreal, 1977, p. 39.

<sup>18</sup> Con razón advierte KAISER (Criminología, cit.) que, a menudo, el concepto de delincuente de “cuello blanco” se orienta a la “búsqueda comprometida (tendenciosa) del criminal de la clase superior”, amparándose en razones de tipo “moral” y “crítico-cultural”.

<sup>19</sup> Tales excesos pueden constatarse en la descripción que se hace de este “tipo de autor”, como sujeto “ciego a los valores”, “insensible” (cfr. KAISER, G., Criminología, cit., críticamente), “el tipo de criminal más peligroso, en potencia y de hecho” (MERGEN, Die Persönlichkeit des Verbrechers in weissen Kragen, en “Probleme im Gespräch”, 4, Wirtschaftskriminalität, Bern-Frankfurt, 1972, pp. 27 y ss.). Es un nuevo “enemigo del pueblo” (Cfr. KAISER, G., Criminología, cit.). Pero tales excesos se comprueban mejor aún en el “rigorismo ético-social” con el que se lo enjuicia, rigorismo que resulta ya inusual y desconocido en las propuestas de política criminal actuales (así, KAISER, Criminología, cit., también críticamente).

<sup>20</sup> Algún autor ha llegado a afirmar que si existiera un premio Nobel de Criminología, SUTHERLAND sería uno de los candidatos más destacados por la aportación que supuso acuñar esta nueva categoría del “White-Collar-Crime”. Cfr. FERNÁNDEZ ALBOR, A., Estudios..., cit., refiriéndose a MANNHEIM.

“estatus social”, infringe la ley<sup>21</sup>, llamará la atención sobre dos extremos: 1. que la conducta criminal no es patrimonio de los desheredados, de los asociales, de los sectores situados en la base de la pirámide social; y 2. que los poderosos burlan fácilmente la ley, desmintiendo el dogma de la “igualdad” de todos los ciudadanos ante ésta<sup>22</sup>, evidencia ya denunciada por Anatole FRANCE desde premisas diferentes<sup>23</sup> y que reclama un análisis profundo de las causas de tal situación para su urgente remedio.

Las “causas” del inmerecido privilegio de este delincuente son de muy diversa índole, como ha puesto de relieve la moderna criminología: sociológicas, psicológicas, jurídicas y políticas, fundamentalmente.

Una de ellas puede encontrarse en el propio hecho criminal —en el síndrome de circunstancias<sup>24</sup> que lo caracterizan—: en su forma de ejecución, en la buena imagen del autor y en la psicología de la víctima. Todos estos factores debilitan al máximo la “reacción social”.

<sup>21</sup> Según SUTHERLAND, la delincuencia analizada significa la “violación de la ley penal por una persona de alto nivel socioeconómico en el desarrollo de su actividad profesional”. Sobre el concepto de SUTHERLAND, ver OPP, K.D., *Soziologie*, cit. El criterio más relevante de este concepto es la referencia al privilegiado “estatus” del autor, lo que permite diferenciar esta categoría de la “delincuencia económica” convencional y del occupational crime (la de los “profesionales”). A su vez, la necesaria conexión del “White-Collar-Crime” con el desempeño de una actividad “profesional”, distingue los delitos de “cuello blanco” de los llamados *Kavaliersdelikte* (delitos de caballeros).

<sup>22</sup> Para la criminología tradicional, sociedad y delincuente se contraponen. El delincuente es el “otro”, algo ajeno y externo a la sociedad, que se localiza en los sectores menos privilegiados del cuerpo social, marginados, asociales, etc. (cfr. GARCÍA-PABLOS, A., Reflexiones sobre el actual saber jurídico-penal y criminológico, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense”, n.º 63, p. 9). Según KAISER, G. (Criminología, cit.) el concepto del “White-Collar-Crime” se opone a la concepción tradicional del delincuente como “el otro”, y al tradicional enfoque de la criminalidad circunscrita a las clases sociales inferiores, reclamando el restablecimiento del principio de igualdad ante la ley.

<sup>23</sup> Decía Anatole FRANCE: “La ley, con su mayestática igualdad, prohíbe lo mismo al rico que al pobre dormir bajo los puentes, mendigar por las calles y robar pan”.

<sup>24</sup> “La escasa visibilidad del delito, la volatilización de la cualidad de víctima y las estructuras anónimas de comunicación”, configuran, a juicio de KAISER, G. (Criminología, cit.) el “síndrome” de la delincuencia de “cuello blanco”.

Las maquinaciones y fraudes financieros, a diferencia del delito contra el patrimonio convencional, no significan un enfrentamiento directo y frontal contra la norma jurídica, patente y sotensible a los ojos del ciudadano medio, sino una maniobra sofisticada que bordea aquélla. Aparentemente, una operación financiera o mercantil, una práctica o procedimiento como otros muchos del complejo mundo de los negocios, no es en sí misma llamativa, repugnante —como lo es, de forma inequívoca y obvia, un homicidio o unas lesiones—; la actividad es neutra, y aparentemente lícita<sup>25</sup>. La ilicitud no se constata directamente, porque es necesaria derivarla de su confrontación con la norma; normas, por otra parte, complejas, muy técnicas, incomprensibles para el no experto, y previos los oportunos dictámenes periciales. El corpus delicti —a menudo, una cifra, un guarismo<sup>26</sup>, un acuerdo colegiado— nunca produce el rechazo y desaprobación inmediata del delito convencional. El negocio criminal se inserta en los procesos normales del tráfico jurídico<sup>27</sup> mercantil. Aprovecha la complejidad y tecnificación de éste, para no despertar sospechas. Es bien difícil distinguir un “buen negocio” de una “colosal estafa”<sup>28</sup>.

A esto se añade el “anonimato” del autor y de la víctima y el delirado distanciamiento entre ambos<sup>29</sup>. El autor suele ser una per-

<sup>25</sup> Sobre la “apariencia de licitud” o “neutralidad” del delito, derivada de la compleja trama jurídico-mercantil que le sirve de base, ver BAJO FERNÁNDEZ, M., *La delincuencia económica*, cit.; FERNÁNDEZ ALBOR, A., *Estudios...*, citado.

<sup>26</sup> Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., *La delincuencia económica*, citado.

<sup>27</sup> En lugar de producirse un enfrentamiento directo y ostensible con la norma jurídica, el negocio criminal examinado se inserta en los procesos normales y ordinarios del tráfico mercantil y financiero, como cualquier otra operación lícita, tratando de bordear las prohibiciones legales y, en su caso, de enmascarar la infracción. Cfr. ANIYAR DE CASTRO, L., *La realidad contra los mitos*, cit. El correlato de esta estrategia tal vez pudiera encontrarse en la capacidad de adaptación camaleonesca que, desde un punto de vista de psicología criminal, suelen atribuir al autor los diversos especialistas (cfr. KAISER, G., *Criminología*, citado).

<sup>28</sup> Así, ZIRPINS-TERSTEGEN, *Wirtschaftskriminalität*, cit. El hecho es esencialmente equívoco, ambivalente. Sólo un dictamen técnico puede demostrar si se trata de una conducta socialmente beneficiosa y meritoria o de un grave delito. Así, BAJO FERNÁNDEZ, M., resaltando la “circunstancialidad” que caracteriza estos hechos y su valoración (*La delincuencia económica*, citado).

<sup>29</sup> Según KAISER, G., (*Criminología*, cit.), la escasa visibilidad de la infracción, la volatización de la cualidad de víctima y las estructuras anónimas de comunicación, son tres características inherentes a esta criminalidad.

sona jurídica. La víctima, un colectivo anónimo, heterogéneo, sin conciencia de víctima, siquiera. Remisa a emprender acciones judiciales y muy proclive al pacto o a la transacción económica<sup>30</sup>. Temerosa respecto a los poderes económicos y sin excesiva confianza en la justicia, muy lenta y distanciada del ciudadano en eventuales procesos sobre estas materias.

Se ha dicho, con acierto, que estos delitos tienen un escaso *crime appeal*<sup>31</sup> —afectividad, carga de emotividad— y que, por ello, apenas se denuncian y persiguen. Y es lógico. En primer lugar, porque no suele producirse un choque directo entre autor y víctima, un enfrentamiento “personal” e inmediato. El “distanciamiento” entre ambos al que antes me refería hace que, a veces, ni siquiera ésta conozca a aquél. En segundo lugar, porque es un dato comprobado que la reacción social es inversamente proporcional al grado de abstracción de los intereses afectados<sup>32</sup>. El ciudadano más celoso de una pequeña cuota de su patrimonio es insensible a las lesiones más graves del patrimonio público o colectivo. No lo contempla como “propio”, y se desentiende insolidariamente de lo que es “común”. La doctrina “procesalista”, como veremos después, ha llamado la atención sobre la necesidad de articular mecanismos idóneos para proteger estos “intereses difusos”, tan unidos a la “calidad de la vida” y a los “intereses generales” pero no contemplados por el proceso convencional<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Así, FERNÁNDEZ ALBOR, A., Estudios..., cit. Desde un punto de vista “procesal”, advierte ALMAGRO NOSETE, J., “En efecto, limitada la legitimación a quien actúe afirmando un derecho o interés propio, muchas veces la pequeñez de lo que individualmente puede reclamarse, el temor al enfrentamiento con fuerzas más poderosas que debilitan la posición de parte, frustan el fin de reintegración del ordenamiento jurídico perturbado, que cumple también la iniciativa privada, al no ejercitarse el derecho a la jurisdicción” (Tutela procesal ordinaria y privilegiada. Jurisdicción constitucional de los intereses difusos, en “Revista de Derecho Político de la U.N.E.D.”, n° 16, 1982, p. 97).

<sup>31</sup> Así, ZYBON, A., *Wirtschaftskriminalität*, cit.; RIMANN, B. R., *Wirtschaftskriminalität. Die Untersuchung bei Wirtschaftsdelikten*, Zürich, 1973, pp. 66 y 67; KAISER, G., *Criminología*, cit.; SCHNEIDER, H. J., *Wirtschaftskriminalität*, cit.; cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., *La delincuencia económica*, citado.

<sup>32</sup> En este sentido, ZIRPINS-TERSTEGEN, *Wirtschaftskriminalität*, cit. También, RIMANN, B. R., *Wirtschaftskriminalität*, cit.; ZYBON, *Wirtschaftskriminalität*, cit. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., *La delincuencia económica*, citado.

<sup>33</sup> Por todos, ALMAGRO NOSETE, J., *Tutela procesal ordinaria*, cit. (las citas de este autor suelen referirse específicamente al proceso “civil”).



Pero en el trato de favor de estos delitos influyen considerablemente, también, las denominadas “técnicas de autojustificación” o de “neutralización”<sup>34</sup>. Se trata, en definitiva, de propagandas interesadas que ponen en marcha los “forjadores de la opinión pública”, a través de sofisticadas manipulaciones de la imagen o del lenguaje de los medios de comunicación de masas. Su objetivo final es propiciar la justificación o comprensión del delincuente por la opinión pública, bien explotando su “buena imagen”, bien desviando la atención hacia otras formas de criminalidad más llamativas, bien restando trascendencia, con argumentaciones falaces, al hecho criminal que nos ocupa. No pocas veces conseguirán concientizar al ciudadano, así, de que no se trata de un problema “criminal”, sino de un problema “social”.

Una de las estrategias más conocidas consiste en apelar a la llamada “moral de frontera”<sup>35</sup>, que se supone inherente al mundo de los negocios, presentando el hecho criminal como una práctica inevitable, generalizada, conocida y tácitamente tolerada por todos. El castigo sería, entonces, arbitrario, injusto; y el delincuente, una víctima fungible del azar o, quizás, de ocultas maniobras políticas de sus adversarios. Los lemas y mensajes de autojustificación, como es lógico, son más o menos perceptibles: las estrategias, variadas o sutiles. Puede resaltarse, por ejemplo, la faceta humana, familiar o profesional del delincuente: trabajador infatigable, emprendedor, audaz —como todo buen empresario, que debe arriesgarse—, creador de riqueza y puestos de trabajo, buen padre de familia y apreciado por quienes lo conocen, etc. O rebajar la entidad y trascendencia del hecho criminal: es un negocio audaz, no un delito; una conducta tal vez irregular, pero no criminal; no hace daño a nadie; la prohibición es puramente formal y circunstancial; la conducta es mala quia prohibita, pero no prohibita quia mala. En último término, llega a amenazarse con los efectos catastróficos que el castigo representaría para la propia economía na-

<sup>34</sup> Sobre la materia, es fundamental la obra de Gresham M. SYKES y David MATZA, *Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency*, en “*American Sociological Review*”, 1957, 22, pp. 664 y siguientes.

<sup>35</sup> Sobre el “Grenzmoral”, ver BAJO FERNÁNDEZ, M. La delincuencia económica, citado.

cional o para el sector con la consiguiente pérdida de puestos de trabajo creados por el delincuente.

En definitiva, cabe extrapolar al delito de maquinaciones para alterar los precios de las cosas los cinco mecanismos exculpatorios que, con carácter general, examinaron Gresham, M., SYKES y David MATZA en 1957<sup>36</sup>: exclusión de la propia responsabilidad, negación de la ilicitud de la conducta, supuesta inexistencia de víctima, descalificación global de quienes enjuician y desaprueban la conducta y llamada o reclamo a instancias superiores.

Las técnicas de autojustificación comentadas cuentan con un claro “soporte ‘ideológico’” y han dado lugar a conocidas formulaciones “doctrinales”. Con ellas se pretende demostrar que los altos dignatarios de las finanzas y directivos de las grandes empresas no pueden caracterizarse como “delincuentes”. Que su “estigmatización penal” es “ilógica”, acientífica y subjetiva. VOLD<sup>37</sup>, por ejemplo, entiende contradictorio que la misma colectividad que concede a estas personas un elevado status por la “capacidad de dirección imaginativa” que acreditaron, los rotule como “criminales”. A su juicio, tal etiquetamiento es un mero “recurso semántico”, poco realista, que pugna con las propias valoraciones y definiciones de la comunidad, tan importante o más, para ponderar una conducta específica, como los criterios jurídico-penales “formales”. TAPPAN<sup>38</sup> abunda en este punto de vista, advirtiendo que en la determinación de lo socialmente pernicioso (delito) no deben interferir valoraciones subjetivas e ideológicas, susceptibles de manipulación, sino que es necesario aceptar el resultado “realista” de la acción de los controles policiales y judiciales (esto es: la inaplicación de las leyes penales a la conducta delictiva cuando su autor pertenece al mundo de las grandes finanzas). Su argumentación es clara: “en

<sup>36</sup> Cfr. BARATTA, A., *Criminología liberale e ideologia della difesa sociale*, extracto de “La Questione Criminale”, 1, 1975, pp. 21 y ss., donde pondera el aporte realizado por SYKES y MATZA.

<sup>37</sup> VOLD, G. B., *Theoretical Criminology*, New York, Oxford, University Press, 1958, pp. 253 y 254. Cfr. TAYLOR, I., WALTON, P., y YOUNG, J., *Criminología crítica*, citado.

<sup>38</sup> TAPPAN, P. R., *Who is the criminal?*, en “*American Sociological Review*”, 1947, pp. 12 y ss. Cfr. TAYLOR, I., WALTON, P., y YOUNG, J., *Criminología crítica*, citado.

otro caso, el rebelde puede gozar de una verdadera orgía de placer perjudicando como criminal poco menos que a cualquiera que se le ocurra; cabe imaginar que algunos expertos preferirían entonces asimilar a las clases criminales a cualquier empresario capitalista de éxito. El resultado puede ser un estupendo adoctrinamiento o una catarsis lograda mediante descargas cerradas contra el sistema existente. Esto no es criminología. No es ciencia social". TAPPAN concluye invocando de nuevo el "realismo" y "objetividad" con que se aplican las leyes: "Los delincuentes convictos representan la aproximación más cercana a los infractores efectivos de la ley, cuidadosamente seleccionados por el tamiz del debido proceso legal; ningún otro objetivo de control social se propone determinar el quebrantamiento de normas con un rigor y una precisión comparables"<sup>39</sup>.

El discurso transcrito carece de solidez argumental y debe rechazarse de plano. El pretendido "realismo" es un "subterfugio ideológico legitimador" del "delincuente de cuello blanco", amparado en un pernicioso pseudocientificismo. Afirmar que "delincuente" no es "todo el que" infringe la ley penal—sea quien sea—rechazando el criterio jurídico-penal ("recurso semántico"), es prueba del sectarismo que cuestiona los principios de seguridad 'jurídica e igualdad' ante la ley, pilares de la concepción 'liberal y democrática' del Derecho y garantías intocables del ciudadano. Las referencias de este "sociologismo realista" a las "valoraciones sociales" para aquilatar la relevancia de conductas descritas en el ordenamiento penal son aún más peligrosas. No sólo porque la circunstancialidad, relativismo y ambivalencia de aquéllas se manipulan en favor del delincuente "distinguido", sino porque evocan la amarga experiencia del 'Derecho penal del autor', de corte claramente totalitario. Por último, la aceptación acrítica y dogmática de los resultados que arrojan los mecanismos de criminalización (la práctica impunidad de estos delincuentes) es todo menos "realista". La moderna criminología ha demostrado, por el contrario, las profundas desviaciones que experimenta el mandato legal abstrac-

<sup>39</sup> TAPPAN, P. R., Who is the criminal?, reimpresso en WOLFGANG, M., SAVITZ, L., y JOHNSTON, N. (edit.), *The Sociology of crime and delinquency*, 1962, New York, Wiley, p. 47.

to en su proceso de concreción a la realidad, precisamente por la 'acción selectiva y discriminatoria de los controles sociales' que operan bajo la presión de un determinado estereotipo de delincuente<sup>40</sup>.

Pero baste, por ahora, con esbozar el significado de tales técnicas de autojustificación y demás construcciones doctrinales, como importante mecanismo neutralizador de la necesaria reacción social.

En la práctica impunidad de estos delitos influyen, también, graves deficiencias de nuestra 'legislación material y adjetiva' (penal y extrapenal) y de la 'infraestructura jurisdiccional y administrativa' que, lógicamente, un delincuente organizado y hábil conoce y aprovecha<sup>41</sup>.

En cuanto a la normativa penal, resulta suficiente tener presente la ausencia de un importante capítulo en nuestro Código que prevea los delitos financieros, los societarios, las infracciones contra el mercado, y, en general, contra el propio orden socioeconómico. La laguna es muy grave<sup>42</sup>.

Otros preceptos, por los problemas interpretativos que suscitan —como es el caso de las maquinaciones para alterar el precio de las cosas, del art. 540 del Código Penal— se han convertido, de hecho, en letra muerta.

El proceso penal, previsto y adecuado para el enjuiciamiento del delito contra el patrimonio clásico, deviene disfuncional cuando se aplican sus preceptos a la delincuencia financiera de nuestro tiempo. La determinación de las "responsabilidades civiles ex delicto", o el señalamiento de las "finanzas", desconocen la singularidad de hechos criminales sui generis, producto de un tráfico jurídico más dinámico, tecnificado y complejo, sin que la praxis haya podido paliar las imprevisiones del legislador. A esto se añade la insufi-

<sup>40</sup> Por todos, CHAPMAN, D., *Sociology and the stereotype of the criminal*, Londres, Tavistock Publications, 1968, quien resalta el "círculo vicioso" en que incurre la metodología positivista.

<sup>41</sup> En general, sobre el problema, FERNÁNDEZ ALBOR, A., *Estudios...*; cfr. ANIYAR DE CASTRO, L., *La realidad contra los mitos*, citado.

<sup>42</sup> A graves deficiencias de la legislación "penal" atribuye SAINZ CANTERO, J. A., la limitada tutela de la salud pública (*Criminología de los fraudes alimentarios*, cit.). También, FERNÁNDEZ ALBOR, A., *Estudios...*, citado.

ciente infraestructura de nuestra Administración de Justicia, mal dotada y escasa de medios personales y técnicos, que no puede competir con una delincuencia sofisticada y poderosa<sup>43</sup>. De hecho, la justicia penal es una justicia “rogada”, “lenta”, “burocratizada” y “distanciada” del ciudadano medio, sin que el Estado “empresario” de nuestros días haya reflejado en los presupuestos generales las partidas indispensables para suministrar un servicio público eficaz y ágil.

La protección de los “intereses generales” carece de la oportuna articulación “procesal”, porque el proceso (sobre todo el “civil”) responde a los postulados individualistas del Estado liberal decimonónico. La tutela procesal se presta, tradicionalmente, al sujeto en su calidad de titular de un derecho o interés “propio”, negando legitimidad activa, salvo excepciones, al tercero ajeno a la relación jurídica originadora de tales derechos, para gestionarlos si no son “propios” o “privativos” de éste. La moderna sociedad postindustrial, sin embargo, contempla al individuo como miembro de una comunidad; y razones de solidaridad social obligan a compartir derechos e intereses generales (intereses “difusos”); intereses que no son privativos de nadie, sino “comunes”, “propios” y “ajenos” al mismo tiempo. Esta nueva realidad obliga a revisar los conceptos básicos del proceso<sup>44</sup> tradicional. Como ha resaltado nuestra mejor doctrina procesalista, “el derecho a la jurisdicción debe abrirse a legitimaciones grupales, que permitan un modo complementario de acceso a la justicia; la válida constitución de la relación jurídica procesal obligará, en muchas ocasiones, a un llamamiento a terceros interesados; la distribución de la carga de la prueba se verá afectada en determinadas reclamaciones por la flexibilidad de su aplicación; la eficacia de la cosa juzgada habrá de hacerse extensiva a terceros no intervinientes; la ejecución de sentencia deberá transformarse para dar acogida a condenas abiertas en

<sup>43</sup> Uno de los factores decisivos es la “falta de preparación suficiente de los agentes del control social institucionalizado en materia de procedimientos contables, fiscales y técnicos: lo que TURK llamaría un grado leve de organización y sofisticación por parte de las autoridades y también de la comunidad consumidora, frente a un alto nivel de ambas cualidades por parte de los delincuentes, o la Oposición” (ANIYAR DE CASTRO, L., *La realidad contra los mitos*, citado).

<sup>44</sup> Así, ALMAGRO NOSETE, J., *Tutela procesal ordinaria*, citado.

cuanto a la cantidad en que consiste la reclamación (dentro de unos límites), para permitir la comparecencia de anónimos perjudicados<sup>45</sup>.

La normativa “extrapenal” debe ser objeto, también, de una profunda revisión, en cuanto integra y complementa los respectivos tipos penales; y encauza la acción administrativa de control y prevención. Tal exigencia es particularmente obvia, según he tratado de poner de relieve, a propósito de la caótica legislación sobre precios, rica en lagunas y contradicciones. Pero otro tanto cabría afirmar en cuanto a operaciones bancarias, bursátiles, mercado de capitales, control aduanero y fiscal, prácticas monopolísticas y restrictivas a la libre competencia, etcétera<sup>46</sup>. El sistema de la “doble vía” de nuestro ordenamiento jurídico (por ejemplo, prácticas “delictivas” contempladas, además, en la legislación “administrativa”, también caótica, de “disciplina de mercado”) es, a todas luces, insatisfactorio; y no porque conculque el principio de *ne bis in idem*, sino porque la celeridad del procedimiento administrativo, contundente y avasallador, termina por convertir en letra muerta los correlativos preceptos penales, operándose por esa vía espúrea —pero fácil— una descriminalización sutil de conductas delictivas de particular trascendencia socioeconómica, que se degradan a meros “ilícitos administrativos”.

Finalmente, ‘razones políticas y estructurales’ coadyuvan a la práctica impunidad de los delitos analizados. Parece indiscutible —si se contempla la criminalidad como fenómeno social y complejo— que el Código penal no es el resorte primario, ni el más eficaz (ni el único, desde luego) para evitar las maquinaciones delictivas<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Así, ALMAGRO NOSETE, J., Tutela procesal ordinaria, citado.

<sup>46</sup> La caótica legislación administrativa sobre precios distorsiona la interpretación del artículo 540 del Código penal, según se ha puesto de relieve. La normativa mercantil y bancaria no es más satisfactoria. La regulación, por ejemplo, de los “certificados de depósito” (títulos) es muy reciente; y la figura del “holding” pasa casi inadvertida, con las consecuencias lamentables en ambos casos ya experimentados de abandonar a la “praxis” hechos de gran trascendencia que debieran ser objeto de la adecuada reglamentación. Los ejemplos podrían multiplicarse.

<sup>47</sup> Refiriéndose a los fraudes alimentarios —aunque pueda generalizarse su afirmación— advierte SAINZ CANTERO, J. A. (Criminología de los fraudes..., cit.) que “una política exclusivamente represiva está abocada al más completo fracaso”. Es necesaria una política de “prevención”.

Es necesaria una legislación administrativa moderna y realista y una acción decidida de control, vigilancia y seguimiento por parte de los poderes públicos. Esto es: una 'voluntad política' inequívoca que propicie la idónea prevención de estos comportamientos, incidiendo en los factores y causas últimas de éstos. La "prevención" y el "control" que, por otra parte, reclama para sí el Estado "intervencionista", son los resortes más eficaces. Porque la "pena", que es una reacción legítima y ejemplar cuando se aplica a un hecho aislado y patológico, deja de serlo peligrosamente, si, por inercia, tolerancia o falta de medios en los poderes públicos, se convierte en una práctica generalizada y reiterada. La "voluntad política" a que me refería exige, pues, ante todo, modernizar y dotar suficientemente a la Administración de la necesaria infraestructura, pues sin la meticolosa vigilancia, control e inspección no podrá llevar a cabo aquélla la imprescindible función preventiva, anticipándose al comportamiento criminal. Y reclama, además, una actuación administrativa presidida por una siempre difícil "independencia" al servicio del bien común<sup>48</sup>.

<sup>48</sup> Una actitud de independencia en la Administración requiere, entre otras cosas: 1. Que ésta muestre celo e interés en la persecución efectiva de todos los hechos criminales o prácticas abusivas que conozca, por generalizados o reiterados que fueren, exigiendo las oportunas responsabilidades, y dando cuenta de los mismos, en su caso, a la jurisdicción competente. La vía "administrativa" no puede ser un filtro o barrera discrecional que obstaculice la exacción eventual de responsabilidades criminales. 2. Que en el proceso de gestación de las diversas reglamentaciones sectoriales (precios, seguros, banca, servicios públicos, etc.) no se limite a informar o pactar con los poderes económicos más interesados, sino que potencie la activa participación en dicho proceso de las organizaciones y entidades que representan intereses generales de colectivos difusos, destinatarios finales de aquellos bienes y servicios. 3. Que se cierren los actuales canales y mecanismos de íntima "relación" entre determinados sectores y la Administración Pública. La política de designación de cargos públicos, por ejemplo, en favor de personalidades destacadas en ciertos sectores que, una vez cesados los cargos, retornan a ellos, parece nociva. Como lo es, también, el hecho de que forman parte de empresas nacionales —en concepto de "representantes del Estado"— las autoridades gubernativas que precisamente deben ejercer el control de las actividades de aquellas en el ámbito de sus respectivas competencias. 4. Que se revise el "status" y "funciones" de algunos cargos de indudable tradición, como las "Delegaciones del Gobierno" en ciertas compañías, a fin de que sean verdaderamente "delegaciones del Gobierno" en ellas, y no "delegaciones de las compañías" en el Gobierno. 5. Finalmente, en aquellos casos en que el Estado interviene como "consocio" en la actividad empresarial, debe evitarse que su "auctoritas" refrende y potencie las frecuentes prácticas "abusivas" de que son víctimas ingentes colectivos de usuarios, pues éstas se agravarían al no poderse acudir a una Administración "árbitro" imparcial, sino "cómplice consocio" de tales abusos.

De todo lo expuesto, creo que se desprenden los objetivos a medio y largo plazo que ha de asumir una política criminal realista para la prevención de la criminalidad financiera examinada: a) incidir y contrarrestar el "síndrome de circunstancias" que caracterizan la criminalidad de "cuello blanco"; b) desvirtuar las "técnicas de neutralización y autojustificación", poniendo de manifiesto los graves perjuicios que aquélla ocasiona y la inmerecida "buena imagen" de este delincuente; c) reformar, entre otros, el artículo 540 del Código penal, subsanando las lagunas de las que adolece y los problemas interpretativos que propicia; d) agilizar el proceso "penal" y dotar a la Administración Penal de una infraestructura personal y técnica más adecuadas y eficaces; e) modificar las normas reguladoras del proceso "civil", articulando los mecanismos necesarios para la tutela jurisdiccional de los "intereses difusos"; f) actualizar la normativa extrapenal (administrativa, mercantil, etc.), sobre todo la caótica legislación sobre "precios" y "prácticas restrictivas de la competencia"; g) potenciar y agilizar la eficaz labor de inspección y control administrativo de las actividades comerciales y financieras, para prevenir la generalización de prácticas delictivas y abusivas anticipándose o corrigiendo, en todo caso, a éstas.

La pena mixta —privativa de libertad y pecuniaria— que contempla el artículo 540 del Código para el delito de maquinaciones (y el artículo 344 del Proyecto de Ley Orgánica de 1980), fue ya objeto de un breve comentario en páginas anteriores. Señalé entonces que era partidario de la pena privativa de libertad para este delito, por razones de justicia retributiva y de prevención general; que me parecía, incluso, benigna en comparación con las previstas para otros hechos criminales objetivamente menos graves que sólo afectan al patrimonio individual; y, en todo caso, poco imaginativa, si se repara en los esfuerzos de la doctrina científica y otras legislaciones por ampliar el catálogo convencional de penas con otras más ajustadas a las características de esta delincuencia.

No puedo ocultar, sin embargo, que, desde un punto de vista de política criminal, existe una viva polémica sobre la conveniencia de la sanción "penal" para los delitos financieros y, particularmente, de la pena "privativa de libertad". Quiero, por ello, dar cuenta de ésta y matizar brevemente mi punto de vista.



IV. Es un hecho muy debatido, por último, si la pena privativa de libertad es la más eficaz y adecuada para prevenir la delincuencia de “cuello blanco”, y si este delincuente se hace acreedor precisamente a dicha sanción.

Es un hecho fácilmente verificable la escasa eficacia del control “penal” sobre la criminalidad financiera, y la consiguiente necesidad de perfeccionar los dispositivos de prevención de ésta con otras estrategias. TIEDEMANN ha advertido, por ejemplo, que sólo un 2 % de las sanciones impuestas por los tribunales de los EE.UU. a las compañías más poderosas pro-violaciones de las leyes de este país son de naturaleza “penal”<sup>49</sup>.

Probablemente sea cierto, también, que la ley “penal” tradicional es un instrumento excesivamente inflexible y tosco para hacer frente a determinadas manifestaciones económicas y tecnológicas que cambian con gran rapidez<sup>50</sup> en el tráfico jurídico y financiero moderno. El rígido, burocrático y lento proceso penal tampoco suele ser un cauce adecuado y eficaz en muchos casos.

Pero estas objeciones no pueden generalizarse, ni cuestionan válidamente la legitimidad o procedencia de la sanción “penal”, o de algunas de sus manifestaciones, como la privación de libertad.

Contra la justificación de la “pena” —y, en particular, de la privativa de libertad— en los delitos financieros que examinamos, se han formulado básicamente cuatro argumentos.

1. La “moral de frontera” —los mínimos niveles éticos— que caracteriza el mundo de los negocios, propicia la existencia generalizada y conocida por todos de prácticas abusivas que la sociedad, de algún modo, tolera. La criminalización de éstas no sólo sería poco “realista”, sino que no se “justifica”, porque falta ese consenso —esa reprobación social— que fundamenta<sup>51</sup> y legitima

<sup>49</sup> TIEDEMANN, K., Aspectos penales y criminológicos..., cit. Por ello, concluye que es más provechosa “una reforma de la ley económica y administrativa que el recurso al Derecho penal” (op. cit.); KAISER, G., Criminología, cit.; ZYBON, A., Wirtschaftskriminalität, cit., para quien la “cifra negra” en estos delitos es superior aún a la del aborto; BAJO FERNÁNDEZ, M., La delincuencia económica, citado.

<sup>50</sup> Así, TIEDEMANN, K., Aspectos penales y criminológicos..., citado.

<sup>51</sup> Cfr., sobre el problema, BERISTÁIN, A., El delincuente de cuello blanco, cit.; BAJO FERNÁNDEZ, M., La delincuencia económica, cit. (también en términos expositivos).

la “pena”, como reacción drástica y cualitativamente más severa que cualquier otra. El propio autor —se añade— no suele tener conciencia de actuar “criminalmente”<sup>52</sup>.

2. El fracaso evidente del control “penal” (elevada cifra negra) y la injusticia que significaría su eventual y aleatoria intervención, restan credibilidad y eficacia intimidatoria a la pena. El delincuente sería una “víctima” propiciatoria y fungible. La pena, una lotería. Esto es: se frustrarían las exigencias derivadas de la prevención general<sup>53</sup>.

3. Desde un punto de vista de la prevención especial, la pena (sobre todo la privativa de libertad, que debe orientarse a la resocialización del delincuente) carece de sentido, porque el autor de estos hechos está perfectamente socializado y no necesita de programa resocializador alguno. La pena, por el contrario, lo estigmatizará<sup>54</sup>.

4. La sanción administrativa es más rápida, más eficaz e, incluso, más intimidatoria, careciendo de los efectos nocivos e irreversibles de la pena y, particularmente, de la privativa de libertad.

A mi juicio, sin embargo, tienen perfecta vigencia en el ámbito de la criminalidad que nos ocupa los principios generales sobre la intervención “penal” del Estado (intervención “mínima”, como última ratio, subsidiaria y fragmentaria); así como la teoría general relativa a la justificación y eficacia de las penas, en particular, de las privativas de libertad (proporcionalidad, etc.). Dicho de otro modo: la especificidad de esta delincuencia reclama nuevas estrategias para su eficaz control y prevención, pero no invalida los principios generales válidos con relación a la criminalidad convencional, ni justifica un régimen discriminatorio para este delincuente “privilegiado”.

<sup>52</sup> Así, COURAKIS, N. C., Introduction a l'étude de la criminalité en col blanc, en “Revue de Science criminelle et de Droit Penal comparé”, 1974, p. 777. La doctrina suele aceptar, por ello, la tesis de MERGEN, A., Tat und Täter, citado.

<sup>53</sup> Cfr. BERISTÁIN, A., El delincuente de cuello blanco, citado.

<sup>54</sup> Cfr. BERISTÁIN, A., El delincuente de cuello blanco, cit. Basándose precisamente en la perfecta socialización de este delincuente, fundamenta BAJO FERNÁNDEZ, M. (La delincuencia económica, cit.) la naturaleza “retributiva” de la pena. En otro caso, afirma, se otorgaría un inmerecido privilegio al criminal de cuello blanco.

La alternativa: sanción penal o sanción administrativa es ficticia. Como todo problema de política criminal, no admite éste tampoco fórmulas apriorísticas. Lo único evidente es que la criminalidad “financiera” no merece un trato distinto y discriminatorio con relación a la delincuencia “convencional”. Y que, como trataré de fundamentar, no existen objeciones de principio contra la eventual aplicación —cuando se estime pertinente— de una pena privativa de libertad. Debe regir, por lo tanto, el principio de “igualdad” ante la ley<sup>55</sup> y el de “proporcionalidad” de la sanción con la gravedad del delito<sup>56</sup>, sin perjuicio de la conveniencia de una intervención mínima y subsidiaria del Derecho penal.

No comparto la tesis de quienes se oponen a la procedencia de la sanción penal, invocando las características y excelencias de un supuesto “tipo de autor”, digno de especial consideración. Pero, tampoco, los excesos y revanchas ideológicas de quienes exigen, sin matiz alguno, el mayor rigor penal para este sucedáneo del “enemigo del pueblo” de los años treinta. El psicoanálisis podrá explicar, sin duda, por qué nuestra sociedad descarga hoy su justa indignación moral sobre el delincuente poderoso, emigrando la agresividad y frustración que en otros tiempos proyectara sobre la desviación sexual hacia el criminal de “cuello blanco”. Pero una política criminal racional no puede asumir los citados mecanismos de proyección erigiendo un nuevo “chivo expiatorio”<sup>57</sup>.

Las objeciones contra la sanción “penal” y, en su caso, la pena privativa de libertad no son convincentes.

1. El principio de “proporcionalidad” de las penas obliga a ponderar la especial gravedad objetiva de estos delitos, cuyo impacto nocivo en la economía —financiera, moral— puse de relieve en páginas anteriores. No puede justificarse, en principio, según esto, una sanción como la “administrativa” que, cualitativamente, expresa un reproche menor que la “penal”. La mayor o menor reprobación social es, más bien, producto de conocidas “técnicas de neutralización”, consecuencia de una perniciosa “pedago-

<sup>55</sup> Como afirma TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsrecht und Wirtschaftskriminalität*, I, Hamburgo, 1976, p. 30.

<sup>56</sup> Así, expresamente, OPP, K. R., *Soziologie...*, citado.

<sup>57</sup> Sobre esta explicación psicoanalítica, ver KAISER, G., *Criminología*, citado.

gía social”, que deben corregir las más objetivas y realistas valoraciones “legales”.

2. Lo mismo puede afirmarse de la hipotética falta de conciencia de actuar criminalmente que se atribuye, de forma gratuita y generalizada, al autor. En otras muchas manifestaciones de la delincuencia (subcultural, de conflicto, ciertas psicopatías criminales) puede faltar, también, esa autoconciencia, sin que por ello se cuestione la legitimidad de la “pena”. Más aún: tal déficit puede revelar una insuficiente “socialización” del autor que deba ser compensado, porque incluso desde el punto de vista de la “prevención general” pocas personas son tan peligrosas como aquéllas, ciegas a todo valor y capaces de sacrificar cualquier bien jurídico en aras de un “desmedido afán de lucro”<sup>58</sup>.

3. La escasa eficacia del control penal no cuestiona ni invalida necesariamente la función preventivo-general de la pena. Lo que reclama es su perfeccionamiento. Del mismo modo que la elevada “cifra negra” de un delito, no es un argumento inequívoco a favor de su “descriminalización”, sino todo lo contrario: pone de relieve la necesidad de mejorar los mecanismos de control y represión fallidos<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> Criminológicamente son diversos los tipos de autor que carecen de tal autoconciencia. Penalmente, corresponde al Derecho ponderar si ese déficit merece consideración; o si, por el contrario, fundamenta por sí mismo la conveniencia del castigo. Cabe castigar precisamente por carecer de esa conciencia del valor de los bienes jurídicos ajenos y comunitarios, porque “debía” ser sensible a ellos.

<sup>59</sup> La “cifra negra”, como dato empírico, no sugiere por sí misma ninguna proposición de política criminal. Por el contrario, es susceptible de interpretaciones contradictorias. Respecto de ella, incluso desde una común opción “ideológica”, llegan a sustentarse estrategias contrapuestas. Por ejemplo: la “descriminalización” del aborto y la mayor penalización del “delito fiscal”. ¿No debe seguir obsesionando la ingenua “fascinación del dato”? Cfr. GARCÍA-PABLOS, A., Reflexiones sobre el actual saber jurídico-penal y criminológico, citado.

Lo que sí entiendo correcto es que el control “penal” de la criminalidad de “cuello blanco” —irregular, poco eficaz, aleatorio— es, de hecho, un “mecanismo legitimador ad hoc”. A menudo útil “para que algún falso poderoso sirva de víctima propiciatoria que facilite la impunidad de los demás” (así ANIYAR DE CASTRO, L., La realidad contra los mitos, cit.). Como dice gráficamente la autora: “En la esgrima de los controles se toca al adversario con la punta de la espada. Éste se inclina y reconoce con un gentil touché que perdió la sesión, paga su multa y se va, aunque regrese” (op. cit.).

Las objeciones derivadas del principio de la prevención especial, son, aún, más endeables.

Que el autor de estos delitos no necesita la resocialización es una tesis discutible. No puede confundirse la socialización con la inteligencia, la cultura, la exquisitez o los buenos modales. Parece, por el contrario, que no está socializada la persona que prescinde de los valores comunitarios y antepone, sin miramientos, su afán desmedido de lucro a cualquier interés ajeno. Ello evidencia que no ha asumido satisfactoriamente los “valores jurídicos” y que padece un claro déficit de socialización, por más que pertenezca a una envidiada “supercultura” criminal.

La pena, evidentemente, no “resocializa”<sup>60</sup>. Pero no resocializa a nadie. ¿Por qué ha de merecer un régimen discriminatorio este autor?

Todo ello sin perjuicio del error de planteamiento que supone atribuir a la pena una función exclusivamente resocializadora. Incluso si se aceptara —porque yo no lo acepto— a los meros efectos polémicos, que la pena debe resocializar, es indiscutible, en todo caso, que estaría indicada para la criminalidad que se examina porque, desde luego, satisfaría otras exigencias fundamentales: las de prevención general.

Comparte la inadecuación de la vía penal, y las deficiencias del proceso, como respuesta a concretas manifestaciones de la criminalidad financiera. Pero ni la objeción es generalizable, ni es difícil subsanar tales problemas.

En cuanto a las supuestas excelencias de la sanción pecuniaria, ya he anticipado alguna objeción. Su eficacia disuasoria es muy limitada en el mundo de las grandes finanzas; y puede dar lugar a resultados injustos y contraproducentes. Porque el previsor delincente de “cuello blanco” cuenta, de antemano, con ella; la incluye en el pasivo exigible, como dato contable, y la repercute en el precio final del bien o servicio, como integrante del costo, pagándola, de hecho y sin saberlo, el inocente comprador<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS, A., La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, XXXII, fascículo 3, 1979, pp. 677 y siguientes.

<sup>61</sup> Opinión muy generalizada. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M., La delincuencia económica, citado.



# El orden carcelario. Apuntes para una historia material de la pena \*

*Massimo Pavarini\*\**

## I. PREMISA

En la literatura penal actual, la cuestión de la crisis de la cárcel es un tema recurrente. Por lo demás, como nos enseñan los clásicos, desde que la pena privativa de libertad existe, siempre se ha hablado de crisis de la cárcel.

La circunstancia de que la institución penitenciaria haya sufrido siempre, aun desde sus orígenes, de precaria salud, deja suponer, a menudo, que su actual crisis no es cualitativamente distinta de la de antaño. Esta interpretación, todavía hoy muy difundida, es en parte favorecida por el modo con el cual nos interrogamos acerca de la presencia misma de esta institución. En efecto, si en lo que respecta a la cuestión carcelaria la mirada se posa —a priori— en el sistema de legitimación de la pena privativa de la libertad, la imagen que emerge anula la dimensión histórico-temporal de la institución penitenciaria: lo que surge, pues, de esa mirada, es una sucesión (casi una persecución) de las mismas —pocas— ideas acerca del “deber ser” del castigo legal, una alternancia de teorías absolutas y teorías relativas y, dentro de estas últimas, de finalidades de prevención general y de prevención especial, a su vez entendidas en sentido “positivo” o “negativo”. Una “historia infinita” pues “circular”, como todas las historias de las ideas. Una prueba tangible de ello lo constituye el hecho de que, en el debate actual sobre los fines del sistema penal, los autores más citados aún hoy

\* Tr. de Laura Martin

\*\* Profesor de la Universidad de Bologna.

son BENTHAM, BECCARIA, KANT, HEGEL, DURKHEIM y pocos más; estos Grandes Maestros no sólo son citados por homenaje o respeto hacia las Grandes Narrativas de los siglos pasados, sino sobre todo porque no somos capaces de “producir” otras ideas. O mejor dicho, no las producimos porque no pueden existir otras ideas acerca del deber ser de la pena, tal como la moderna teología no creo que haya producido “nuevas” demostraciones de la existencia de Dios que no hayan sido ya pensadas por SAN AGUSTÍN. Sólo si se posee la humildad necesaria para desviar aquella mirada metafísica desde el deber ser de la pena hacia su efectividad (humildad que, por cierto, pocos tienen) se descubrirá cuán poco el “ser” del castigo tiene que ver con los ideales de justicia y utilidad social. Constatada la inadecuación entre realidad e idea, se denuncia la primera como un fracaso.

Una mirada fija, en cambio, en el “ser” de las penas legales, mostraría una cosa muy distinta y, creo, más interesante. En primer lugar, la imagen tendría, finalmente, una perspectiva: en los hechos, el modo de castigar ha cambiado en el tiempo y en el presente se transforma rápidamente. Todo está en movimiento.

Esta perspectiva diferente, abierta en forma pionera a través de la obra de RUSCHE y KIRCHHEIMER (1939) me ha fascinado siempre y me ha orientado en mis primeros trabajos científicos (MELOSSI, PAVARINI, 1977) en lo que concierne al estudio de las causas materiales del origen de la invención penitenciaria. El interés por una historia material de la pena moderna ha sido, después, cultivado en estudios menores, de los cuales no vale la pena dar cuenta.

La invitación que gentilmente he recibido para contribuir en un volumen de estudios en honor del amigo David BAIGÚN, me ha estimulado para poner un poco de orden en las ideas que, acerca de la historia material de la pena, he venido elaborando en estos casi veinte años que me separan de aquella primer monografía mía. Lo que sigue no es más que una serie de apuntes; la mayor parte de las ideas que aquí sintetizaré han aparecido ya en otros trabajos míos. Por lo tanto, nada de original: sólo un poco más de sistematización.

## II. EL ORDEN SOÑADO

Las necesidades punitivas y disciplinarias en las sociedades premodernas, cuando podían escapar de las necesidades de la repre-



sentación del Poder a través de la sugestión del gran suplicio (FOUCAULT, 1975, 1ª parte), recurrían a los medios de su economía.

En el bajo medioevo se podía internar usque ad correctionem (cfr. SCHIAPPOLI, 1904: 619-68) en un monasterio, la célula productiva por excelencia; en la América colonial los pobres podían ser socorridos en una almshouse estructurada sobre el modelo de la colonia industrial (ROTHMAN, 1971: 40 y ss.). Sin embargo, no era la elección del internamiento la que sostenía las prácticas de la pena; era lo social mismo —en las formas de aquella economía— lo que se estructuraba naturalmente como el lugar de disciplina más apropiado. Ello ocurrió hasta que ese sistema socio-económico pudo sostener —es decir, pudo afrontar a través de un desarrollado aparato caritativo— los procesos de pauperización (GEREMEK, 1973; PIVEN, CLOWARD, 1972).

La ruptura de ese orden determinó la producción de un excedente de población marginal que no podía ya ser contenido a través de aquel sistema originario (DOBB, 1958; POLANYI, 1944; SWEEZY, 1970). Sólo cuando el campo se despobló como consecuencia del proceso de parcelación de la tierra y un éxodo de dimensiones bíblicas “creó” en pocos decenios las grandes concentraciones urbanas (VEXILLARD, 1956; PAULTRE, 1906), se determinaron las nuevas condiciones de la política del control social.

La elección de fondo fue de tipo segregacionista; pero, como ésta fue la respuesta considerada adecuada para garantizar el nuevo orden, la organización de la práctica institucional terminará por estructurarse sobre el modelo disciplinario que había determinado las condiciones mismas del proceso: primero la manufactura, luego la fábrica (MELOSSI, PAVARINI, 1977).

La casa de trabajo de Bridewell surgirá a mitad del siglo XVI en Londres (VAN DER SLICE, 1936-37: 4 y ss.; GRUNHUT, 1948: 15 y ss.; WEBB, 1963: 12 y ss.) para difundirse, luego, por todo el territorio inglés; la Raisphuis será erigida por primera vez en la comercial Amsterdam (SELLIN, 1944: 20 y ss.; HALLEMA, 1936: 174 y ss.) para proyectarse como modelo de todas las workhouses de la Europa del Norte.

Los rústicos mercaderes de Amsterdam arriesgarán la utopía: educar a ese universo compuesto de ex campesinos y artesanos sin trabajo —acostumbrados a vivir bajo el sol y según el tiempo de las estaciones— a reconocer en la disciplina de la fábrica la propia

condición natural. Ésta fue la estación del “gran internamiento”: sólo dos siglos después, bajo los fundamentos de aquella experiencia originaria, surgirá, entre el 1700 y el 1800, la institución penitenciaria propiamente dicha. Pero aquella ascendencia marcará de forma indeleble toda la historia del orden penitenciario.

Esa experiencia encontrará su más acabada racionalización “filosófica”, paradójicamente, cuando las condiciones materiales que dictaron aquella elección ya habían sido definitivamente superadas.

El utilitarista BENTHAM soñó el Panóptico (BENTHAM, 1962a) incluso como algo posible tanto para el presente como para el futuro, sin percatarse de que estaba inventando —piadosamente— lo que ya había existido: entregaba al museo de la arqueología industrial la idea acabada de una experiencia “vieja”, de dos siglos (EVANS, 1971; DUBINI, 1986; HUXLEY, 1948; MARÍ, 1983).

Este juicio vale sólo en relación a la obstinada e irreal voluntad de materializar aquella idea —simple como el huevo de COLÓN— apta para disciplinar toda la sociedad: su locura consistió en creer posible y útil dar cuerpo a ese sueño disciplinario; como metáfora de ese poder, en cambio, el sueño de BENTHAM soñaba “realísticamente”. BENTHAM luchará toda la vida —inútilmente— por ver “edificado” su Panóptico: acariciará la idea —por cierto siempre confesada— de poder transformarse en el “gran guardián”, convencido como estaba de poder, de este modo, sacar también algún provecho personal. Y en esto se desilusionó amargamente. Pero si hubiera sobrevivido a los intentos llevados a cabo que, en mayor o menor medida se inspiraron en su idea, quizás se hubiese desengañado: su hipótesis pedagógica, una vez realizada, no producía hombres más útiles, sino sólo locura y muerte.

Aquella idea —verdaderamente absurda en su dimensión de proyecto arquitectónico— narraba, en cambio, tanto fiel como metafóricamente, el proyecto político de fines del siglo XVIII. Es el mismo BENTHAM quien lo confiesa explícitamente: “¿... y si el resultado de un diseño tan minuciosamente elaborado no fuese otro que el de producir un conjunto de máquinas bajo la apariencia de hombres?, la felicidad, ¿habría aumentado o disminuido por esta disciplina? Se llamen soldados o se llamen máquinas: aun cuando lo fuesen, si son felices, nada más me importa” (BENTHAM, 1962a.: 64).

Ya HOWARD, hacia fines del siglo XVIII, a través de su peregrinaje por las instituciones segregatorias de toda Europa (HOWARD, 1973a), contará con una puntillosa y fóbica precisión la crisis ya irreversible de la política del gran internamiento: lugares de concentración indiferenciada de toda marginalidad social; cuerpos sufriendos, abandonados a la pudrición, objetos de violencia y enfermedad se ofrecían como imagen especular e invertida de aquel orden y de aquella disciplina “soñada” (IGNATHIEFF, 1978: 47 y ss.).

Poco tiempo antes, PIRANESI, en sus *Invenções. Caprichos de Cárceles*, había representado la angustia del nuevo espacio prisionero (HUXLEY, 1948), entregando al espíritu romántico aún por venir (BROMBERT, 1975) una estructura del sueño que “es anterior a la imagen de las estructuras reales” (YOURCENAR, 1961: 76).

Entre una pesadilla premonitória de “Prisiones metafísicas” grabadas con el buril y un aburrido diario de un peregrinaje por el nuevo infierno se escribe el acta de muerte de una secular utopía abierta con la Old Poor Law (EDEN, 1929; MARSHALL, 1968: 295-305).

Pocos años después de la muerte de HOWARD —mártir burgués quebrado por el tifus contraído en los lugares de su atenta exploración— en plena Revolución Industrial, las tendencias liberales de tipo malthusiano dispondrán la sepultura, con la New Poor Law (PIVEN, CLOWARD, 1972) de toda huella de aquella estafalaria idea de “fabricar hombres útiles” (TREIBER, STEINERT, 1980) para la nueva sociedad.

### III. UN SUEÑO AMERICANO

Es necesario abandonar la vieja Europa —crónicamente atormentada por una exuberancia de fuerza de trabajo y por lo tanto naturalmente obligada a favorecer prácticas dirigidas a la “destrucción” de la población excedente— y trasladarse al Nuevo Mundo para asistir a un repunte, con características originales, de aquel originario proyecto pedagógico.

Sigamos a BEAUMONT y a TOQUEVILLE, observadores por encargo del gobierno francés de lo que sucede allende el océano: asistamos, así, al nacimiento del moderno Penitentiary System (BEAUMONT, TOQUEVILLE, 1833).

En 1787 se fundó la Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prisons, asociación de cuáqueros piadosos anima-

dos por propósitos filantrópicos no muy distintos de los que poseía su coetáneo —y en parte cófrade— HOWARD. Sólo que la diferencia —radical y objetiva— entre éste y aquéllos consistió en que los cuáqueros actuaron en una realidad afligida por la escasez de hombres. Fue por obra de esta sociedad (ROTHMAN, 1971, cap. 1) y de su incisiva y constante apelación a la opinión pública que nació aquella institución en la cual “el aislamiento celular, la oración y la total abstinencia de bebidas alcohólicas habrían debido crear los medios para salvar tantas criaturas infelices” (BARNES, 1927: 82).

Bajo estos propósitos se fundó el modelo filadelfiano o del Solitary Confinement, como hipótesis arquitectónica de distribución de los espacios que se erigió como principio del proceso educativo.

La ciencia arquitectónica se transforma en ética: “...observando ciertos principios arquitectónicos se pueden obtener fácilmente importantes cambios morales en las capas más corrompidas de nuestra sociedad” (Boston Prison Discipline Society, 54); en la búsqueda, por consiguiente, de una “forma de celda que sea capaz por sí misma de transformar un corazón vicioso en uno virtuoso” (REYNOLDS, 1934: 209).

La antigua hipótesis penitenciaria canónica del ergastulum (MABILLON, 1724) revive, así, en la invención cuáquera a través de formas aún más exasperadas: “en esta celda cerrada, sepulcro provisorio, los mitos de la resurrección toman cuerpo fácilmente” (FOUCAULT, 1975: 261). Se trata del recurrente sueño benthamiano que intenta materializarse.

La fuerza de esta invención no reside en los resultados, sino en su necesidad, en el ofrecerse históricamente como la única vía posible para afrontar el desorden social. Es, en efecto, el mismo principio de autoridad que reina en el proceso productivo el que asume las semblanzas de necesidad técnica: y es esta misma necesidad la que termina por presidir todas las otras organizaciones sociales, incluso el universo de la pena. Una autoridad invisible, entonces, que nace “automáticamente” del correcto funcionamiento de un organismo social que se autoregula. Incluso a costa de no lograrlo, justamente porque no es posible de otro modo.

Un juicio no muy diferente merece también la otra clásica variante del Penitentiary System. Nada de radicalmente contrapuesto al Solitary Confinement, como, en cambio, quisieron entender los

reformistas de la época. Simplemente, habían cambiado las coordenadas sobre las cuales medir los objetivos de una pedagogía utilitarista: la nueva centralidad de las “máquinas que ahorran tiempo” imponía un management, un adiestramiento del hombre a la nueva racionalidad de las mismas (MOHLER, 1924-25: 330-97; JACKSON, 1927-28: 218-690). Necesidad, entonces, de poner también el cuerpo del detenido en el interior de la realidad del trabajo organizado: de allí, trabajo en común durante el día en la prisión-taller y aislamiento celular en las horas nocturnas.

Una vez más, la realidad histórica nos puede enseñar algo sólo en su dimensión metafórica. Por lo demás, aún si se quiere juzgar la efectividad de esta experiencia, se debe registrar la derrota, la inidoneidad del medio en relación al fin: la institución fundada en el principio del Sylent System nunca produjo hombres más útiles (MELOSSI, PAVARINI, 1977: 222 y ss.).

#### IV. DESPERTAR Y MALA CONCIENCIA

En la Europa de la segunda mitad del siglo XIX lo que reina es la multiplicación de la tipología carcelaria, un pastiche colosal de estilos y formas (DUBINI, 1986; CANNELLA, 1968: 666 y ss.) que refleja, a través de un eclecticismo exasperado, la conciencia de la inutilidad de la respuesta carcelaria, en ausencia de una alternativa practicable.

Con el transcurso del tiempo, se ha hecho ya evidente que la cárcel no reeduca, quizás ni siquiera sirve para defender la sociedad (PADOVANI, 1981: 41 y ss.). Pero esta evidencia se transforma en mala conciencia cuando se enfrenta con la imposibilidad de “no emplear” de la cárcel: en una realidad estructural en la cual a la riqueza de las naciones se opone un ulterior empobrecimiento de amplios estratos de la colectividad, la exigencia de dramatizar las distancias sociales se satisface en las férreas leyes de la less eligibility (PAVARINI, 1976: 263 y ss.), es decir, en una disciplina social que sea capaz de valorar cualquier situación laboral, aunque sea subalterna, como “preferible” a la marginalidad social o a la criminalidad. Fuera ya de toda utopía de reintegración, la cárcel debe afirmar la función de “disuasión”.

Los lugares de la pena escapan a toda sugestión de integración con la ciudad obrera, y entonces prefieren la exasperación de la origi-

naria forma panóptica en sus nuevas realizaciones “a estrella”, “a cruz” para que se reafirme incluso visiblemente la función simbólica de la exclusión. Lo que reina ya en los espacios restringidos de la cárcel son sólo las exigencias de imponer una aflicción ulterior: se acentúan los criterios de separación y de aislamiento; se reutilizan las superadas técnicas de trabajo carcelario con el único fin de agravar la eficacia intimidatoria de la pena.

En Pentoville (IGNATHIEFF, 1978: cap. 1) se introducirá el “molino humano”: una rueda gigantesca movida por detenidos encadenados que subirán con fatiga una escalera móvil con el único objetivo de moler... aire; o bien, aislados en sus celdas, los internados deberán trabajar en la “bomba” haciéndola girar por lo menos diez mil veces por día si no quieren quedar sumergidos en el agua helada.

## V. UN NUEVO ORDEN

La sociedad que se asoma al siglo XX encuentra en la metrópolis la representación de los efectos de un orden y de un sentido del orden social perdidos: ciudades caóticas, contenedores de hombres diferentes en costumbres, cultura, idioma y riqueza. Piénsese en la Detroit y en la Chicago de los años rugientes.

Las grandes ciudades están en el centro del nuevo interés de las ciencias sociales y de las políticas de control social: la disciplina de la metrópolis (es decir, qué nuevo orden dar a la ciudad) es la estrategia por excelencia del nuevo control de la sociedad.

Es significativo que esta tarea política del orden metropolitano haya sido enmarcada, en los Estados Unidos de los años veinte y treinta, dentro de una perspectiva ecológica (MORRIS, 1958), a través de un estudio capaz de describir las áreas morales en las cuales se estructura la metrópolis. En la búsqueda de dar un orden a lo que se representa como absolutamente carente de orden alguno, el lenguaje utilizado se toma prestado del de los estudios sobre la vida de las plantas. En efecto, la situación que vive la gran ciudad es la de la simbiosis, es decir, la habitual vida en común de diferentes organismos y especies dentro de un mismo hábitat. A través de este modelo de interpretación se trata de dar cuenta del modo en que se estructuran los ghettos, las comunidades altamente homogéneas desde un punto de vista cultural (ANDERSEN, 1923; WHITE, 1924) que deben vivir en una relación simbiótica con otras comunidades. La tarea del “patólogo social” es, por lo tanto, la de

descubrir los mecanismos y procesos a través de los cuales un equilibrio semejante puede ser alcanzado y mantenido.

En esta nueva perspectiva, se pierde irremediamente la centralidad de las políticas que se fundaban en la exclusión social.

En otras palabras, la cárcel pierde interés ya sea como objeto de análisis o como instrumento de disciplina social, e incluso como “representación” de un orden social a imponer. La cárcel muere como metáfora de orden social (MELOSSI, 1988).

La marginalidad de la cárcel se hace cada vez más manifiesta, y ello no tanto en términos de obsolescencia cuantitativa, sino más bien en su carácter cualitativamente residual en relación a las nuevas prácticas de control social. Los sujetos encerrados en instituciones segregatorias representan, ya, una minoría comparados con los que son socialmente controlados “fuera de los muros”. La elección del control “en” lo social (GARLAND, 1985) se torna dominante puesto que es naturalmente capaz de ofrecerse con una potencialidad de difusión comparable sólo a su propia “invisibilidad” social.

Pero la cárcel, como institución, sigue viviendo. Cada vez más se ofrece como momento de una violencia institucional insuprimible: última pero decisiva instancia para quien no quiere o no puede ser disciplinado de otro modo. Un complicado juego de cajas chinas presenta como último y escondido nudo la “cárcel dura”, la cárcel que sólo debe dar miedo: para quien no quiere o no puede ser tratado con guantes de terciopelo, debe quedar bien claro que existe aún (¡y sobre todo ahora!) el puño de acero.

La cárcel moderna es la pena que no transforma. Y este aspecto es suficiente para reflexionar sobre el significado de la invención de la “cárcel segura”.

Es al arquitecto HOPKINS a quien se le debe el primer modelo de cárcel de máxima seguridad, con la invención de la “cárcel a palo telefónico” (HOPKINS, 1930). Otras exigencias, antagónicas a las que habían inspirado la invención benthamiana: no tanto el esquema de la ciudad apestada del siglo XVII sino el lazareto del Renacimiento; no tanto la necesidad de disciplina sino sólo la de seguridad.

En “Handbook for Correctional Design and Construction” (Federal Bureau of Prisons, 1949) se presenta un proyecto ideal de institución penitenciaria de máxima seguridad comparándola con una vieja cárcel estadounidense, la de Alcatraz, considerada en

aquellos tiempos como la más segura. En Alcatraz el bloque central tiene tres filas de celdas internas, todas en el mismo edificio y todas con galerías comunes. Los defectos son evidentes: falta de separación y control difícil, especialmente en caso de revuelta. En el proyecto de prisión de “máxima seguridad” todos los bloques celulares pueden ser apartados de los otros edificios; todos los bloques de las celdas están iluminados por claraboyas dispuestas entre el techo y las paredes; las galerías de vigilancia están arriba de los bloques de celdas. La idea es relativamente simple: la estructura arquitectónica debe ser un espacio fácilmente transformable en una trinchera segura para las eventuales acciones masivas de los revoltosos.

Después de un largo sueño —porque ya es claro que se ha tratado de un sueño— la cárcel que aún sobrevive, la que no logra “diluirse”, revela abiertamente su falta de vinculación con lo social. Bajo todas sus formas, es lo radicalmente opuesto a la sociedad.

## VI. CÁRCEL Y SOCIALIZACIÓN DEL CONTROL

Una reconocida literatura penológica está de acuerdo en afirmar la tendencia hacia la reducción de la centralidad del momento custodial en los sistemas occidentales de control social. (SCULL, 1977; GARLAND, 1985; MELOSSI, 1980: 277-362; 1988b; COHEN, 1985a: 5-48; 1985b).

En la producción de la crisis de la cárcel, la interpretación más compartida imputa un papel determinante a la crisis de legitimación del fin especial-preventivo y de las finalidades de tratamiento de la pena (FOGEL, 1972; EUSEBI, 1991).

Según otros (LEA, 1979: 217-35; MELOSSI, 1980: 277-363), en cambio, la obsolescencia de la práctica custodial debe buscarse en la transformación del conjunto de las políticas de control social, donde la supervivencia institucional ha cambiado en el interior de una estrategia más favorable a modalidades de integración que de exclusión social.

De todas formas, el momento de la detención mantiene una función insuprimible, aunque distinta, en el interior del sistema de control social: la cárcel se radicaliza como respuesta extrema con fines de incapacitación para los sujetos en relación a los cuales el sistema de control social “blando” —fundado en la integración— se demuestra un fracaso.



Este proceso se traduce en tendencias divergentes hacia una más o menos acentuada “fuga” de la respuesta custodial, acompañada por la permanencia de una resistencia custodialista cada vez más atraída por hipótesis de “máxima seguridad” para quienes —“abandonado” o “descartado” por la red de los servicios asistenciales y resocializadores— termina por ser, a causa de ello, definido como “peligroso” (DE LEONARDIS, 1985: 323-350; PITCH, 1989).

Se considera implícito que entre los dos fenómenos —crisis del paradigma segregacionista y control social no segregacionista— existe una relación.

De frente a una disminución del umbral de encarcelamiento —que debe entenderse en una acepción cualitativa más que cuantitativa (RUGGIERO, 1991: 127-41; MATTHEWS, 1987: 15)— se advierte el emerger de sistemas de disciplina social “fuera de los muros” de la cárcel.

Todo esto puede definirse convencionalmente como “descarcelamiento”: un proceso que se realiza en una etapa de desinstitucionalización y de socialización del control o de desplazamiento de los conflictos y de las situaciones problemáticas hacia nuevos espacios sociales de solución y de control.

Este proceso pone en juego múltiples perfiles problemáticos que analizaremos en su dinamicidad.

## VII. CIRCULARIDAD Y SECUESTRO

El primer perfil dinámico puede ser advertido en una perspectiva de un largo período. En él podemos registrar una significativa inversión de flujo: de una primera tendencia en la cual las políticas de control social se realizaban a través del secuestro, a una tendencia con sentido inverso en la cual las situaciones sociales secuestradas son disciplinadas en/por medio de lo social (SPITZEL, SCULL, 1977: 265-341).

Con el nacimiento del Estado moderno asistimos a la primera etapa radical: las diferentes formas en que se manifiesta el malestar social encuentran una respuesta adecuada en el secuestro de éstas en ámbitos separados, como ya hemos visto. El lugar en el cual se efectúa este proceso “de asunción a cargo” está constituido por las múltiples instituciones totales. Multiplicidad que tenderá a crecer en relación directa con la expansión y la progresiva especifici-

dad de los ámbitos normativos y de saber. Del ámbito jurídico-penal al médico-psiquiátrico, del asistencial-caritativo al higiénico-sanitario: cárceles, manicomios, hospitales, hospicios, orfanatos, lazaretos, etc. Una proliferación continua de espacios de exclusión acompaña a una proliferación de nuevos estatutos de saber.

La crisis de esta práctica disciplinaria coincide con la imposición progresiva de nuevas necesidades de control, que de alguna manera se ajustan a las razones del Estado social (GARLAND, 1985; MELOSSI, 1988; DOWNES, 1988; SNARE, 1972).

Urgentes necesidades que no se traducen tanto en una reducción apreciable cuantitativamente de los sujetos "secuestrados" en espacios institucionales (MELOSSI, 1988a: 13-18; 1993: 259-79; RUGGIERO, 1991: 127-41), sino en la expansión de nuevas prácticas disciplinarias en relación a un universo social cada vez más amplio.

Las nuevas técnicas de control terminan por coincidir u homogeneizarse con las formas típicas a través de las cuales se ejerce la política del Estado social (CHRISTIE, 1968: 2 y ss.).

Es posible que hoy asistamos a una tercera fase, de algún modo imputable a la crisis del Estado social; unas nuevas necesidades de disciplina social presionan no tanto en favor de una resurrección de la respuesta custodial, sino por un diverso empleo de lo social mismo (SCULL, 1977; DE HAAN, 1986: 157-77). Pienso en los fenómenos de re-privatización de las agencias represivas y de control social reactivo (ERICSON, MCMAHON, EVANS, 1987: 355-87), en los procesos de ghettización metropolitana (MELOSSI, 1980: 277-363), en la utilización creciente de la informática para necesidades de disciplina difusa (COHEN, 1985b), etcétera.

Con estas tendencias, se está delineando un primer y significativo proceso. Nos parece suficiente, por ahora, haber dramatizado esta tendencia circular y haber hecho notar que es relevante sólo si la percibimos en su dimensión cualitativa.

El riesgo que no se debe correr es el que se deriva de percibir esta tendencia circular como la metáfora de la "puerta giratoria": no existe, en efecto, un retorno a las posiciones originarias; la respuesta custodial no retoma ventaja alguna, aun cuando es probable que el número de los sujetos institucionalizados aumente. En verdad, desde el punto de vista cuantitativo, el universo de los excluidos no disminuyó nunca, ni siquiera en la fase de máxima ex-

pansión del Estado social (AUSTIN, KRISBERG, 1982: 374-409; MATTHEWS, 1992: 45-73). Donde se evidencia la transformación, en cambio, es en el diverso empleo de las formas de control social, en el emerger de nuevas modalidades, como así también en la refuncionalización hacia una diferente estrategia de las supérstites prácticas asilares.

Por lo tanto, científicamente es útil mantener la imagen de la tendencia circular del proceso, pero teniendo en cuenta que la dimensión histórica en la cual ella se desarrolla (por lo menos tres siglos) termina por transformar radicalmente los términos mismos del proceso: tanto la institución como lo social.

### VIII. DIFERENCIACIONES Y RESISTENCIAS

Dentro del proceso señalado más arriba, advertimos un fenómeno que puede ser descripto de la siguiente manera: cuanto más inadecuada se muestra la respuesta custodial y, por lo tanto, cuanto más ventaja pierde en relación a las otras modalidades de control, tanto más se hace funcional a éstas —transformando, así, radicalmente su función originaria—. La supervivencia de las originarias modalidades de secuestro institucional se pliega funcionalmente a las nuevas estrategias de control en lo social (PAVARINI, 1978: 39-61).

Este proceso puede ser representado acabadamente a través de la imagen de la “abertura a tijera” o la del juego de las “cajas chinas”; ambas metáforas muestran el despliegue de las estrategias de control social formal entre un mínimo y un máximo de coerción, en el cual la permanencia de instancias de control duro de tipo custodial se coloca en un extremo. Este proceso de diferenciación se justifica por medio del emerger mismo de necesidades de “seguridad diferenciada” (entre un mínimo y un máximo) en las políticas de control social.

Esta modalidad de diferenciación disciplinaria es funcional al proceso ya descripto de desinstitucionalización y socialización del control. En efecto, las tipologías subjetivas y las cuestiones problemáticas más directamente abordadas por las políticas de disciplina que implementaron las agencias del Estado social han sido más bien las colocadas en el extremo de la “asunción a cargo”, de la “ayuda” y de la “asistencia” que en el extremo del control puro. En este contexto, la categoría de la “peligrosidad social” (entendiéndola en una acepción diferente de la positivista) ha servido para

“seleccionar” la desviación misma en función de las múltiples respuestas disciplinarias (DE LEONARDIS, 1985: 323-50).

Ya en este nivel de abstracción es posible dar cuenta de algunas constantes en las políticas de disciplina en el Estado social, y en particular de su propia crisis. La extensión del control social se relaciona directamente con la ampliación del Estado social. En primer lugar, lo que aumenta son las políticas de control implementadas por las agencias del Estado social; en la medida que éstas tiendan a elevarse, aumentarán, también, las situaciones problemáticas que se evidencian como un fracaso en relación a un control social no asilar. Si la boca del embudo disciplinario se agranda, consecuentemente más personas pasarán incluso por el cuello de ese embudo. De ello, una primera conclusión: la difusión de prácticas disciplinarias “blandas” implica —aunque no necesariamente— un aumento de necesidades disciplinarias “duras” (MATTHEWS, 1987).

Por lo tanto, asumiendo el papel de instancia decisiva del control social, el momento segregatorio sobrevive como polo extremo del espectro disciplinario. Termina, de este modo, por refuncionalizarse a este último (HUDSON, 1984: 4 y ss.).

Una última observación: la ideología que históricamente había legitimado la práctica del secuestro institucional (la terapia, la prevención especial, la corrección, etc.) abandona irremediablemente la institución, para transformarse en el vector que gobierna el proceso mismo de salida de las prácticas custodiales.

La elección custodial se queda, por lo tanto, huérfana de todo oropel justificador: la institución total pierde toda cobertura ideológica, para justificarse en términos tecnocráticos por lo que realmente es: momento de control para quienes no pueden ser gobernados “de otra manera”.

## **IX. DESPLAZAMIENTOS**

El conjunto del control social formal se estructura en múltiples subsistemas, cada uno de los cuales se caracteriza por diferentes particularidades, ya sea que se lo analice en relación al grado de formalización de los procedimientos, o a los objetivos perseguidos o, en fin, que se lo relacione con los estatutos científicos que lo fundan y lo legitiman. En todo este conjunto de subsistemas disci-

plinarios existe una circulación interactiva permanente, como desplazamiento continuo de situaciones problemáticas (COHEN, 1985: cap. 5). También este proceso se caracteriza por una dinamicidad de tipo circular.

Por un lado, es posible advertir un flujo —no siempre coherente— de “salida” del sistema jurídico-penal hacia otros subsistemas disciplinarios, donde paralelamente a la existencia de una respuesta de tipo puramente represiva, se mantiene el predominio de los aspectos asistenciales, terapéuticos, compensatorios. Por otro lado, en cambio, es posible advertir una extensión progresiva de la tutela jurídico-penal en relación a “viejos” y a “nuevos” intereses.

Son múltiples las razones que impulsan a la búsqueda de soluciones fuera de la respuesta puramente represiva. En primer lugar, la crisis de la respuesta de tipo custodial termina por deslegitimar la práctica carcelaria, que permanece como el ala estructural del sistema de represión penal. Pero también otras razones, no necesariamente homogéneas entre ellas: una distinta percepción social de los valores y de los intereses, instancias de racionalización, consideraciones de oportunidad.

De todos modos, es importante repetir que las tendencias favorables a la desinstitucionalización —que en la esfera del control penal llamamos “descarcelamiento” (SCULL, 1977)— favorecen, indirectamente, el proceso de despenalización, sin identificarse con éste.

Frente a esta tendencia, es posible observar una de sentido contrario, que enfatiza el dominio de lo jurídico-penal como respuesta adecuada para la valoración de nuevos intereses. La primacía de lo penal se extiende hacia diferentes frentes: por un lado, como momento central en la construcción de una cultura y de una praxis de emergencia; por otro, como instancia —más ideológica que efectiva— de “refuerzo” de disciplinas normativas administrativas, advertidas políticamente como necesitadas de una tutela especial.

La distancia que media entre estas distintas áreas de “nuevo” interés de lo jurídico-penal es más aparente que real: en efecto, ellas están homogeneizadas por un común denominador derivado de las necesidades de legitimación del sistema político. Está claro cómo el instrumento penal es de por sí inidóneo —o por lo menos, escasamente eficaz— para disciplinar realmente los intereses que

se pretenden proteger o tutelar. La inidoneidad funcional respecto de los fines, se compensa luego con la especificidad del medio empleado en la urgencia política: el “medio” penal es de por sí idóneo para valorizar, a través de su primitivo y ontológico compromiso con el mundo de los valores; expresa voluntad, mando, decisión, se opone y resiste a la anarquía conflictual y a la dispersión decisional produciendo consenso o apariencia de consenso.

En consecuencia, esta tendencia al desplazamiento permanente de situaciones problemáticas hacia adentro y hacia afuera del sistema de justicia penal —hoy muy veloz— responde a un criterio funcional: esto es, incrementar cada vez más la dimensión puramente simbólica del sistema penal.

## **X. SÍMBOLOS Y MATERIALIDAD**

Partamos desde una primera “imagen”: si antes el derecho penal constituía más bien un instrumento para la protección de un orden natural, hoy se ha convertido, en el proceso de monopolización del recurso penal por parte del Estado social, en un instrumento que sirve para reforzar un orden artificial. La formación monopolista se realiza en la creación artificial de lo que es penalmente protegido, donde esto último pertenece al Estado porque él mismo lo crea artificialmente; pero este espacio, carente a menudo de toda verificación social y cultural, se ofrece cada vez más como pura “organización”, como pura “reglamentación” de un determinado comportamiento social (SGUBBI, 1990). Las normas penales, estructurándose como “prescripciones técnicas”, determinan “órdenes públicos tecnológicos”, para usar la feliz expresión de LASCOUMES (1986: 301).

En el nivel estructural, es posible, entonces, intuir una evolución significativa. En tanto y en cuanto lo que es protegido por la norma penal se ha transformado en fin público, la misma ley penal deviene un “recurso público”, que, como tal, es “objeto de intercambio político”. El derecho penal se coloca entre los así llamados bienes de autoridad, es decir, aquellos bienes que, según los procedimientos del modelo neo-corporativo, son objeto de negociación entre las autoridades públicas por una parte, y los grupos sociales organizados por la otra (ROSE, 1984).

Esta negociación de lo penal, que tiene como fin una distribución social del castigo, se desenvuelve en un contexto donde el más

fuerte trata de acaparar la mayor cuota posible de este recurso público, penalizando las conductas ajenas y salvando las propias, determinando con ello —contingentemente— una distribución desigual del castigo mismo. El derecho penal se transforma en un elemento interno de los conflictos sociales: cada vez más es norma de sostén y de confirmación del poder contractual-institucional de los sujetos sociales colectivos, de los grupos de interés organizados (SAVELSBERG, 1987: 529 y ss.).

Esta distribución artificial de inmunidades y responsabilidades penales es, entonces, un aspecto de la distribución política de la riqueza social ampliamente entendida, resultado contingente del conflicto social, que ubica el castigo de manera diferente según ese mismo resultado.

La definición y distribución de la criminalidad es ya sólo un “riesgo” de la competición social, consecuencia inevitable del proceso de hipertrofia del control social; este proceso define un perfil cuantitativo donde el sistema disciplinario pierde progresivamente su carácter originario de fragmentariedad para ofrecerse, en cambio, en términos totalizadores: de ser un instrumento de protección de un orden natural (¡cuando se creía en la “naturalidad” del Mercado!) ha pasado a ser un instrumento para reforzar un orden ficticio.

La distribución desigual del castigo persigue, por lo tanto, el fin de perjudicar algunas actividades o sectores sociales, y no por cierto el de impedir las primeras o de eliminar, resocializar o intimidar los segundos; con lo cual el sistema de control social de la criminalidad se torna una modalidad de sostén y de confirmación del poder contractual-institucional de los sujetos sociales colectivos, de los grupos de interés organizados.

La criminalidad, como la penalidad, no sólo son artificiales, sino que han perdido ya toda especificidad: son sólo recursos sociales en su máxima valorización simbólica, igual que el dinero.

Este proceso, así como da cuenta de las razones de la ampliación de la esfera de lo ilícito penal, también explica la poca influencia de esta dilatación en los niveles efectivos de represión. Mejor dicho: los niveles efectivos de represión no revelan casi ninguna dependencia de la ubicación desigual de la penalidad artificial en lo social, sino más bien de la demanda social de represión —es decir,

de la demanda social de mayor o menor castigo (DOWNES, 1988; MELOSSI, 1993: 259-79)—. En efecto, el mismo proceso de valorización simbólica del recurso penal libera progresivamente el ejercicio de la represión de toda otra referencia que no sea el “pánico social”, o bien de cómo éste es entendido en el interior de una determinada construcción social. La dimensión cada vez más decisiva para dar cuenta de cuánto y cómo efectivamente se castiga, de la variación sincrónica de los índices de penalidad y de encarcelación es la “reacción social” a la criminalidad. O mejor dicho, cómo ésta se traduce en el vocabulario punitivo (MELOSSI, 1988a: 13-18; 1993: 259-79).

## XI. INTERCAMBIO DISCIPLINARIO

Volvamos a nuestro tema: lo que hemos expuesto más arriba, ¿qué produce en el interior del sistema material del sufrimiento legal (cada vez más dinamizado por procesos de diferenciación y de desplazamiento disciplinarios)? Si es que existe, ¿cómo es la relación que se instaura entre modalidades de control duro y modalidades de control blando, entre hacer sufrir de una manera o de otra?

Sostengo que algunas tesis interpretativas —a menudo las más compartidas— deben ser rechazadas. Por ejemplo, considero científicamente poco convincentes las siguientes afirmaciones: la socialización de los conflictos y las políticas de desinstitucionalización tienden a reducir y a suprimir los momentos de disciplina social “reforzada”; las prácticas de soft control se muestran antitéticas a las originarias del hard control; y finalmente: entre hard y soft control existe una relación de dependencia recíproca —como si fuesen vasos comunicantes— por la cual al aumento de uno de los términos corresponde, necesariamente, una disminución proporcional del otro (cfr. MATTHEWS, 1992: 45-73).

Es probable que estas tesis sean verdaderas si las relacionamos con particulares subsistemas disciplinarios o con determinadas situaciones históricas. No pueden, en cambio, asumir el papel de verdaderas leyes interpretativas de todas las transformaciones que se verifican en las políticas de control social.

En un nivel heurístico, puede resultar más útil recurrir a un modelo diferente de interpretación, que sea capaz de poner en juego incluso la variable de las relaciones entre control social formal e in-



formal. Este modelo podría definirse de la siguiente manera: las formas de control social formal “blandas” se extienden reduciendo, no tanto el espacio de las prácticas de control social formal “duras”, sino más bien el campo de las políticas de control social informal; por lo que las políticas sociales formales “blandas” no son alternativas a las definidas como “duras”, sino sobre todo a las formas de control social informal.

Este esquema explicativo, aun en su —deseada— simplicidad, es capaz de dar cuenta de algunos fenómenos que, de otra manera, se mostrarían contradictorios entre sí o carentes de significado. Algunos ejemplos: la expansión de las formas de control social formal “blandas”, a partir de las primeras décadas de este siglo, no ha sido jamás acompañada por una restricción cuantitativamente apreciable de los sujetos sometidos a las prácticas de hard control; es más: a menudo se ha verificado exactamente lo contrario. En términos estadísticos se asiste a una tendencia opuesta: el hecho de colocar muchas situaciones problemáticas fuera de la respuesta de tipo custodial se acompaña de un aumento considerable de los sujetos “encerrados” institucionalmente.

La característica de alternatividad que generalmente se atribuye a los sistemas de soft control en relación a los de hard, debe entenderse reductivamente, en el sentido de que los primeros terminan por regir sólo “apoyándose” en los segundos —a veces a través de la amenaza, otras en la efectiva aplicación—; de forma tal que si las formas de soft control se muestran inadecuadas, serán sustituidas por las de hard control. Entre hard y soft control existe, por lo tanto, una estrecha interacción que puede ser considerada como de tipo sinalagmático, como forma de intercambio disciplinario. Éste se estructura a través de una oferta disciplinaria más o menos “dura” o más o menos “blanda” frente a una demanda más o menos elevada de participación del sujeto a la actividad disciplinaria; esta demanda debe ser entendida como aceptación de la acción disciplinaria; poco importa, en cambio, si esta disponibilidad a colaborar es “sincera”: incluso una simple “ficción” puede ser suficiente.

En ausencia de esta disponibilidad, que en cierta medida es el reflejo del “modo de ser” del sujeto en cuestión, resulta imposible una intervención soft; queda sólo la respuesta “dura”.

## XII. LAS CONDICIONES MATERIALES DE LAS ALTERNATIVAS A LA CÁRCEL

En las políticas penitenciarias el “intercambio penitenciario” constituye el fundamento de los recorridos de alternatividad a la pena privativa de la libertad. Sobre la base del “intercambio disciplinario”, es posible dar cuenta críticamente de la relación que puede instaurarse entre momento custodial y alternativas a la pena de prisión.

Aun cuando sean histórica y culturalmente distantes entre sí, y estén disciplinadas en formas diferentes en los distintos ordenamientos positivos, las alternativas legales a la pena privativa de la libertad pueden ser reconducidas a algunas estrategias de fondo diferentes y, a menudo, inconciliables entre sí. Creo que, en última instancia, las razones profundas que pueden convencer de la necesidad de encontrar estas alternativas pueden ser fundamentalmente tres.

Un primer conjunto de alternativas legales está promovido por necesidades que se conectan con el paradigma clásico de la “pena justa”. En una perspectiva atenta a lo que se puede llamar economía política de la pena, no todos los delitos merecen la privación de la libertad, aun cuando sea temporalmente limitada. En una concepción estrictamente retributiva, no todas las violaciones de la ley penal pueden ser pagadas con la libertad. El complejo y encendido debate, de los siglos XVIII y XIX, en torno a las penas pecuniarias refleja cuán excesivo —y por lo tanto injusto— el sufrimiento de la cárcel aparecía al pensamiento jurídico clásico.

De manera distinta, pero en igual medida, el debate decimonónico para la superación de la penas detentivas breves, demuestra una intolerancia que se relaciona más bien con un criterio de justicia retributiva que con un criterio de utilidad: el sufrimiento de la cárcel, aunque como el “mínimo de los posibles”, puede exceder el límite impuesto por la debida proporcionalidad con el ilícito cometido (PADOVANI, 1981). Consideraciones aceptables de prevención general resisten esta crítica sólo en un segundo orden de razones: la pena privativa de la libertad puede ser, antes que inútil o socialmente nociva, simplemente injusta.

Ya desde los albores del derecho penal moderno, en forma “abstracta”, se advierte algo distinto de la cárcel, pero, históricamente,

ese algo diferente de la cárcel por necesidades de justicia se podrá realizar sólo si es posible “materialmente”: por ejemplo, si las alternativas son las penas pecuniarias, sólo podrán implementarse ante una riqueza socialmente difusa.

La cuestión es diferente si se toma en consideración una pena que sea más útil que la pena privativa de libertad. Precisas razones utilitaristas son las que militan en favor de este camino hacia algo mejor que la cárcel —y no ya más justa—.

La pena privativa de libertad —de alguna manera en coincidencia con su afirmación como pena dominante en la primera mitad del siglo pasado— se evidencia, inmediatamente, como un fracaso en relación a cualquier criterio de utilidad social: no retiene tanto a quien ya ha violado la ley penal, sino a quien todavía no lo ha hecho; a menudo, más que inútil, se evidencia como dañina, pues favorece la reincidencia. Debe buscarse, por lo tanto, algo diferente de la cárcel para que la pena sea socialmente más útil.

Es el movimiento correccionalista —surgido de la cultura positivista— el que lleva adelante esta estrategia de alternatividad, especialmente entre fines del siglo pasado y los primeros decenios del actual: si no es siempre posible contar con un tratamiento con fines especial-preventivos en un ambiente carcelario, se puede en cambio confiar en espacios extra-carcelarios. El momento correctivo y disciplinario, de ser intra-muros, se traslada hacia fuera de los muros de la cárcel.

Pero incluso esta hipótesis diferente de alternatividad no habría sido jamás posible ni concebible si el espacio social de afuera de la cárcel no hubiese sido hegemonizado por instancias de disciplina de tipo formal: afuera de los muros, ya no existe el vacío disciplinario. Sólo con la imposición del Estado social esta salida desde la cárcel hacia lo social —desde la disciplina intra-muros hacia la disciplina extra-muros— es concebible y realizable.

Aún más diferente es la cuestión sobre la elección de disponer algunas alternativas a la cárcel por necesidades de gobierno de ésta. Las exigencias de gobierno de la prisión —como de toda institución total— encuentran una satisfacción adecuada en la conocida lógica de premios y castigos. El orden, en las instituciones penitenciarias, está garantizado por la promesa o la amenaza de modular la intensidad del sufrimiento en razón de la conducta del dete-

nido. Reducir la aflicción —convirtiendo el tiempo de la pena, o parte de él, en modalidades punitivas más livianas— puede abrir la puerta a modos de sufrir la pena de la cárcel en espacios extra-muros. Pero, una vez más, siempre bajo la condición de que fuera de los muros se haya producido históricamente una sociedad disciplinada.

Esta observación, si se quiere un poco banal pero que generalmente no es tenida en cuenta, explica los fracasos catastróficos producidos en los intentos de exportar, por sugestión o hegemonía cultural, el “progreso de las medidas alternativas” a contextos socio-económicos distantes de aquellos en los cuales este modo “dulce” de castigar ha tenido un éxito relativo.

### **XIII. DESINTEGRACIÓN CARCELARIA**

Frente a las dinámicas ya descritas, la cárcel tiende a desintegrarse. Múltiples son los procesos dinámicos en marcha: re-examinémoslos sintéticamente.

El originario y monolítico aparato carcelario sufre un violento proceso de diferenciación (PAVARINI, 1978: 39-61). Con ello quiero decir que el espacio carcelario, de contenedor indiferenciado de la desviación criminalizada, ha pasado a ser una estructura compleja y relativamente desarticulada. Algo que puede ser acabadamente representado a través de la imagen del “alcaulcil”: un corazón interno relativamente compacto y homogéneo, cubierto por capas de hojas, las últimas de las cuales coinciden con modalidades de ejecución atenuadas como podrían ser, en los distintos contextos jurídico-nacionales, las diferentes medidas alternativas o incluso modalidades de tratamiento no estrictamente custodiales.

En coincidencia con el proceso antes descrito es posible observar la descomposición del monocentrismo de la estructura carcelaria y el esparcimiento pulverizado de segmentos penitenciarios en una suerte de policentrismo institucional. El espacio penitenciario no sólo, entonces, se especifica, diferenciándose en su interior sino que, además, se descompone en varios sistemas relativamente autónomos.

Este segundo proceso no es fácilmente perceptible en el plano material, por lo menos en el contexto continental —se podría argumentar en forma diversa a propósito de las tendencias a la priva-

tización de algunos momentos carcelarios, en marcha en los Estados Unidos (BORNA, 1986: 321-32; RYAN, WARD, 1989)—, aunque sí en el plano simbólico, en el sentido de que hoy existen contenedores carcelarios autónomos orientados hacia la disciplina de problemas sociales diferentes.

Se trata, casi, de un proceso hacia atrás en el tiempo, de una tendencia opuesta al proceso de centralización administrativa de la ejecución de la pena así como ha surgido con la formación del Estado moderno. Algo que tiene que ver con un proceso de re-feudalización del momento punitivo.

*Por un lado, conocemos segmentos carcelarios que tienen como función tomar a su cargo necesidades endoprocesales atípicas, concientemente establecidas para favorecer las distintas y auspiciadas formas de colaboración procesal del detenido con la autoridad judicial.*

Por otro lado, se asiste a la supervivencia y refuncionalización del momento custodial como última y decisiva instancia para el mantenimiento del sistema —en expansión— de las penas y medidas sustitutivas de la pena privativa de libertad. Lo carcelario deviene ultima ratio cuando las otras modalidades sancionadoras se evidencian como un fracaso o, por lo menos, inadecuadas en el caso concreto.

Existen, luego, áreas carcelarias destinadas, en una lógica de defensa social, a satisfacer instancias de pura incapacitación (GREEMBERG, 1975: 541-80; VAN DINE, DINITZ, CONRAD, 1977: 22-32), en relación a las subjetividades consideradas refractarias a cualquier entendimiento, aunque sea mínimo, con la administración penitenciaria.

Pero advertimos también circuitos carcelarios igualmente especiales utilizados para calmar algunos momentos o eventos que suscitan una particular alarma social; lo carcelario termina, así, por contener momentáneamente —y sin una voluntad punitiva determinada— algunas situaciones atípicas generalmente conectadas con la ilegalidad económica o ilegalidad de los poderosos.

Es dable observar, además, momentos de recuperación, por parte de lo carcelario, de funciones disuasorias —siguiendo el modelo del Shock System (PETERSON, 1973: 319-426)— en relación a algunas manifestaciones de ilegalidad antes disciplinadas en el plano

institucional: pienso en la amenaza y en el encarcelamiento de los tóxico-dependientes con el fin de presentarles como más conveniente el internamiento voluntario en una comunidad terapéutica.

Un fin parcialmente análogo a este último —pero con funciones más claramente definidas como de suplencia— es posible verificar en el uso de la práctica del internamiento carcelario de algunos estados de malestar psíquico que no pueden resolverse inmediatamente a través del sistema psiquiátrico.

Y aún se podría continuar en la individualización de estos segmentos...

#### **XIV. MARGINACIONES CORRECTIVAS**

Si trato de tomar estos procesos dinámicos en marcha contemporáneamente, con las múltiples interacciones que ofrecen, considero que podría vislumbrar —quizás tan sólo vislumbrar— el desencadenamiento de una fuerza centrífuga que trata de alejar cada vez más del centro gravitacional de la cárcel toda instancia correctiva y, en consecuencia, toda retórica justificadora de tipo especial-preventiva.

La obsesión correctiva se margina ya en los bordes de la cárcel, para desbordar abundantemente fuera de lo jurídico-penal. En un escenario que quiero dramatizar, me parece que la urgencia correctiva ya ha salido de los muros de la cárcel que, marginalmente, penetra aún algunos momentos de lo jurídico-penal, pero que fundamentalmente se está radicando en las nuevas (o no nuevas) prácticas de disciplina social de tipo no penal.

Los circuitos o segmentos estrictamente carcelarios ya están liberados definitivamente de toda preocupación correctiva y la misma retórica especial-preventiva ha sido abandonada por las agencias oficiales: la jurisprudencia utiliza cada vez con menos ganas el argumento del fin re-educativo de la pena para motivar la determinación judicial del castigo, prefiriendo, según el caso, motivarla en términos de defensa social, de incapacitación, etc. La misma administración penitenciaria evidencia un malestar frente a las prácticas del tratamiento, anteponiendo siempre y de todas formas las imprescindibles exigencias de seguridad y de disciplina institucional.

La doctrina penal-criminológica, ya desde hace tiempo más despa-bilada, a menudo niega con firme decisión la función especial-pre-

ventiva, adhiriendo más fácilmente a las sugerencias de la prevención general (en la literatura penal italiana, cfr. STELLA, ROMANO, 1977) o del merecimiento de la pena (en el contexto filosófico italiano, ver, por todos, MATTHIEU, 1978), o bien termina por interpretar el fin especial-preventivo en una óptica verdaderamente ajena a todo compromiso con el tratamiento (siempre en la doctrina penal italiana, ver, por ejemplo, BRICOLA, 1974; DOLCINI, 1979).

Donde todavía permanecen resistencias —aunque sólo tímidas resistencias— de tipo correctivo (o ideologías especial-preventivas de tipo correctivo) es en los bordes o en el exterior de lo carcelario, fundamentalmente en la práctica de las modalidades ejecutivas de tipo no custodial o de custodia atenuada. Es significativo que cuanto más nos alejamos del momento puramente custodial-carcelario, en favor de una distinta implicación de las agencias de disciplina y de control social que operan fuera o al lado del momento institucional, más fácil resulta verificar —aun cuando formulada en manera diferente— la instancia y la práctica correctivas.

En realidad, en la actividad rutinaria de las agencias —aun penales— descentralizadas y territorializadas de sostén y asistencia de los sujetos completa o parcialmente liberados de los circuitos segregatorios, se advierte una profunda desconfianza en las posibilidades correctivas, atribuida —ciegamente o por mala conciencia—, de vez en vez, a dificultades técnico-administrativas o simplemente económicas.

Donde, en cambio, creo poder individualizar la sede privilegiada del desplazamiento de la fe correctiva y de su práctica coherente es en el exterior no sólo de los circuitos carcelarios, sino del sistema mismo de la justicia penal (cfr. PEPA, 1992). Que quede claro que me refiero a una instancia pedagógico-correctiva en relación a tipologías subjetivas expulsadas de lo penal —definitiva o momentáneamente— y que de todas formas podrían ser tocadas nuevamente por la disciplina penal.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSEN N. (1923), *The Hobo*, Chicago.
- AUSTIN J., KRISBERG B. (1982), *The Unmet Promises of Alternatives to Incarceration*, en "Crime and Delinquency", XXVIII: 374-409.
- BARNES H. E. (1927), *The Evolution of Penology in Pennsylvania*, N. J., Mountclair: Patterson Smith.
- BEAUMONT G. DE, TOQUEVILLE A. DE (1833), *Sur le système pénitentiaire aux Etats-Units et de son application en France*, Paris.
- BORNA S. (1986), *Free Interprise Goes to Prison*, en "British Journal of Criminology", XXVI, 4: 321-34.
- BOSTON PRISON DISCIPLINE SOCIETY, *Fourth Annual Report*: 54.
- BRICOLA F. (1973), *La teoria generale del reato*, en "Nuovissimo Digesto Italiano", XIX: 47-137.
- BROMBERT V. (1975), *La Prison Romantique. Essai sur l'imaginaire*, Paris.
- CANELLA G. (1969), *Il carcere e i compiti della architettura*, en "Rassegna di studi penitenziari": 666 y siguientes.
- COHEN S. (1985a), *Lo sviluppo del modello correzionale: chiacchere e realtà del controllo sociale*, en "Dei delitti e delle pene", 1: 5-48.
- COHEN S. (1985b), *Visions of Social Control: Crime, Punishment and Clasification*, Cambridge: Polity Press.
- COHEN S. (1988), *Against Criminology*, New Prunswick: Transaction Books.
- DE HAAN W. (1986), *Abolitionism and Politics of Bad Conscience*, en H. Bianchi, R. van Swaaninger, "Abolitionism: Toward a Non-Repressive Approach to Crime", Amsterdam: Free University Press: 157-77.
- DE LEONARDIS O. (1985), *Statuto e figure della pericolosità sociale tra psichiatria riformata e sistema penale: note sociologiche*, en "Dei delitti e delle pene": 323-350.
- DOBB M. (1972), *Problemi di storia del capitalismo*, Roma: Editori Riuniti.
- DOLCINI E. (1979), *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Padova: CEDAM.



- DOWNES D. (1988), *Contrasts in Tolerance: Post-War Penal Policy in Netherlands and England and Wales*, Oxford: Clarendon Press.
- DUBINI R. (1986), *Architettura delle prigioni. I luoghi e il tempo della punizione (1700-1880)*, Milano: Franco Angeli.
- EDEN F. M. (1929), *The State of the Poor*, London.
- ERICSOR R., MCMAHON M., EVANS D. (1986), Punishing for Profit: Reflections of Revival of Privatisation in Corrections, en "Canadian Journal of Criminology", 4: 355-87.
- EUSEBI L. (1991), La pena "in crisi". Il recente dibattito sulla funzione della pena, Brescia: Morcelliana.
- EVANS R. (1971), Bentham's Panopticon, an Incident in the Social History of Architecture, en "Architectural Association Quarterly".
- FEDERAL BUREAU OF PRISON (1949), *Handbook of Correctional Design and Construction*, Kansas: Leavenworth.
- FOGEL D. (1975), "We are the Living Proof": The Justice Model for Corrections, Cincinnati: Anderson Publishing Co.
- FOUCAULT M. (1961), *Folie et deraison. Histoire de la folie á la l'age classique*, Paris: Librairie Plon.
- GARLAND D. (1985), *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Aldershot: Gover.
- GREEMBERG D. F. (1977b), The Incapacitive Effect of Imprisonment: Some Estimates, en "Law and Society Review", 9: 541-80.
- GRUNHUT M. (1948), *Penal Reform*, Oxford.
- HALLEMA A. (1936), In em om de Gevangenis, Van vroger Dagen in Nederland, en "Nederlandsch-Indie's": 174 y siguientes.
- HOPKINS A. (1930), *Prisons and Prison Building*, New York.
- HOWARD J. (1973a), *The State of the Prisons in England and Wales, with Preliminary Observations and an Account of Some Foreign Prisons and Hospitals*, New Jersey: Patterson Smith Publishing Corporation.
- HOWARD J. (1973b), *An Account of Principal Lazarettos in Europe*, New Jersey: Patterson Smith Publishing Corporation.
- HUDSON B. (1984), The Rising Use of Imprisonment: The Impact of Decarceration Policies, en "Critical Social Policy", n° 11.
- HUXLEY A. (1948), Prisons, Introduction a "Carceri metafisiche di G. Piranesi".

- IGNATHIEFF M. (1978), *A Just Measure of Pain. The Penitentiary in Industrial Revolution, 1750-1850*, London: McMillan.
- JACKSON H. T. (1927-28), *Prison Labor*, en "Journal of American Institute of Criminal Law and Criminology", XXV: 218 y ss.
- LASCOUMES P. (1986), *Des erreurs pas de Fautes. La gestion discrète du droit des affaires*, Paris.
- LEA J. (1979), *Disciplina e sviluppo capitalista*, en "La questione criminale", V, 2: 217-235.
- MABILLON DOM J. (1724), *Reflexiones sur les prisons des ordres religieux*, en "Ouvrages postumes de J. M. e de Dum Th. Ruinart, Benedictines de la meme Congregation", D. V. Tuiller, Paris, vol. 2, pp. 321-335.
- MARSHALL J. D. (1968), *The Old Poor Law, 1662-1795*, en "Essays in Economic History", pp. 295-305.
- MATTHEWS R. (1987), *Decarceration and Social Control: Fantasies and Realities*, en Lowman (comp.) "Transcarceration: Essays in the Sociology of Social Control", Oxford: Gower.
- MATTHEWS R. (1992), *Decarcerizzazione e riforme penali: un approccio realista*, en "Dei delitti e delle pene", 1: 45-73.
- MELOSSI D. (1980), *Oltre il panopticon. Per uno studio delle strategie di controllo sociale nel capitalismo del ventesimo secolo*, en "La questione criminale", VI, 2-3: 277-363.
- MELOSSI D. (1988), *Incarcerazione, vocabili punitivi e ciclo politico-economico in Italia (1896-1965): rapporto su di una ricerca in corso*, en "Inchiesta", n° 79-80: 13-18.
- MELOSSI D. (1990), *The State of Social Control*, Cambridge: Polity Press.
- MELOSSI D. (1993), *Gazette of Morality and Social Whip: Punishment, Hegemony and the Case of USA, 1970-1992*, en "Social and Legal Studies", 2: 259-279.
- MELOSSI D., PAVARINI M. (1977), *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, 1ª ed., Bologna: Il Mulino.
- MOHLER H. C. (1924-25), *Convict Labor Policies*, en "Journal of American Institute of Criminal Law and Criminology", XV: 530 y siguientes.
- MORRIS N. (1974), *The Future of Imprisonment*, Chicago: Chicago University Press.

PADOVANI T. (1981), *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alle detenzione nella sua dimensione storica*, Milano: Giuffrè.

PAVARINI M. (1976), *Il tema di economia politica della pena. I rapporti tra struttura economica e lavoro penitenziario alle origini del sistema di produzione capitalistica*, en "La questione criminale": 263 y siguientes.

PAVARINI M. (1978), "Concentrazione" e "diffusione" del penitenziario. *Le tesi di Rusche e Kirchheimer e la nuova strategia del controllo sociale in Italia*, en "La questione criminale", VI, 3: 39-61.

PAULTRE C. (1906), *De la repression de la mendicité in France sous l'Ancien Règime*, Paris.

PEPA L. (1992) (comp.), *La nostra Bastiglia. La sfida della formazione tra repressione e presa in carico della devianza*, Torino: Gruppo Abele.

PETERSEN D. M., FRIDAY P. C. (1973), *Shock Imprisonment: Short-Term Incarceration as a Treatment Tecnique*, en "International Journal of Criminology and Penology", 1: 319-326.

PIVEN F. F., CLOWARD R. A. (1972), *Regulating the Poor. The Functions of Public Welfare*, London.

POLANAYI K. (1944), *The Great Transformation*, New York-Toronto: Rencart and Co.

REYNOLDS J. (1934), *Recollections of Windsor Prison*, Boston.

ROSE L. (1984), *Understanding Big Government*, London.

ROTHMAN J. D. (1971), *The Discovery of Asylum. Social Order and Disorder in the New Republic*, Boston: Little Brown and Co.

ROTHMAN J. D. (1980), *Conscience and Convenience. The Asylum and its Alternatives in Progressive America*, Boston: Little Brown and Co.

RUGGIERO V. (1991), *Decarcerizzazione e ricarcerizzazione*, en "Dei delitti e delle pene", 1: 127-141.

RUSCHE G., KIRCHHEIMER O. (1939), *Punishment and Social Structure*, New York: Columbia University Press.

RYAN M., WARD T. (1989), *Privatisation and Penal Politics*, en Matthews (comp.), "Privatisation Criminal Justice", London: Sage.

SAVELSBERG J. J. (1987), *The Making of Criminal Law Norms in Welfare States*, en "Law and Society Review": 529 y siguientes.

- SCHIAPPOLI D. (1904), *Diritto penale canonico*, en "Enciclopedia del diritto penale", a cargo de Pessina, vol. 1: 619-668.
- SCULL F. A. (1977), *Decarceration: Community Treatment and the Deviant. A Radical View*, New Jersey: Prentice Hall.
- SELLIN TH. (1944), *Pioneering in Penology: The Amsterdam House of Correction in the Sixteenth and Seventeenth Centuries*, Philadelphia.
- SGUBBI F. (1990), *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna: Il Mulino.
- SNARE A. (1977), *Work-war, Prison and Welfare: Control of the Laboring Poor in Sweden*, Berkeley.
- SPECTOR M. (1981), *Oltre il crimine: come controllare che disturba la pace sociale*, en "La questione criminale": 183 y siguientes.
- SPITZER S., SCULL T. A. (1977), *Social Control in Historical Perspective: From Private to Public Responses to Crime*, en D. F. Greenberg (comp.), "Corrections and Punishment", London, pp. 265-284.
- STELLA F., ROMANO M. (1980) (comps.), *Teoria e prassi della prevenzione dei reati*, Bologna: Il Mulino.
- SWEEZY (1970), *La teoria dello sviluppo capitalista*, Torino: Einaudi.
- VAN DER SLICE V. A. (1936-37), *Elisabethan Houses of Correction*, en "Journal of American Institute of Criminal Law and Criminology", XXVII, 4.
- VAN DINE S., DINITZ S., CONRAD J. (1977), *The Incapacitation of the Dangerous Offender: A Statistical Experiment*, en "Journal of Research and Crime and Delinquency", 14: 22-34.
- VEXILIARD A. (1956), *Introduction a la sociologie du vagabondage*, Paris: Books.
- WEBB S. y B. (1963), *English Prisons under Local Government*, London.
- WHITE W. F. (1968), *Little Italy*, Bari: Di Donato.
- YOURCENAR M. (1961), *Les prisons imaginaires de Piranese*, en "Nouvelle Revue Francaise": 77 y siguientes.

## **§ VI. Epílogo**



# Testimonio y palabra

## Conversaciones con el Profesor David Baigún

Alberto M. Binder\*

Cuando uno se acerca al pensamiento de un autor, puede —al menos en teoría— hacer abstracción de su vida y de las circunstancias que rodearon su trabajo intelectual. Pero también sabemos que esa abstracción no sólo no es recomendable sino que puede generar una deformación importante de las ideas mismas.

Si esto es aplicable a cualquier intelectual, en el caso de quien es esencialmente un Profesor, se vuelve imperioso. La vida de un Profesor y su influencia se nutre de muchos detalles. Quien se ha iniciado por el camino de la vocación intelectual sabe perfectamente que en esos detalles se esconden las claves que entusiasman. Los códigos secretos de esa transmisión cultural que en nuestros países tiene mucho de locura, mucho de empecinamiento y una dosis de sacrificio pocas veces perceptible.

En el caso del Profesor BAIGÚN, esa abstracción sería imposible ya que entonces la imagen que tendríamos de él sería totalmente falsa. Quienes, como es mi caso, hemos sido influenciados tanto por sus ideas como por sus ejemplos, sabemos que el mejor camino para acercarnos a él es el de su propia experiencia vital: experiencia que es tanto vida como pensamiento, en proporciones que nunca se han podido separar con claridad.

Nos ha parecido que en este homenaje no podía estar ausente este relato-memoria-interpelación, porque corríamos el riesgo de dejar afuera al hombre que todos queremos y sobre el cual queremos dejar un testimonio de afecto. El Profesor BAIGÚN no es un conjunto de ideas que se pueden analizar, sino una vida pensante, que se debe emular. Para los más jóvenes debe quedar claro que es posible —aunque no fácil— construir una vida intelectual en condiciones muchas veces adversas, sin apoyo oficial, en un país conflictivo, sosteniendo ideas que no siempre gozan de popularidad y sin dar la espalda a las urgencias políticas y a los deberes de conciencia. En una época en que muchos creen que el desarrollo profesional sólo es posible sobre el individualismo y cerrando los ojos, estas conversaciones son un testimonio de cómo el conocimiento se dignifica en la solidaridad y el compromiso.

\* Secretario del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).

## I. LOS AÑOS DE FORMACIÓN

Alberto Binder: —Prof. Baigún, quisiera conversar con Ud. sobre las fuentes de su vocación intelectual, los hechos que lo impactaron o en los que fue protagonista y cómo se fue entremezclando en su vida el compromiso en la defensa concreta de los derechos humanos con el estudio, la investigación y la enseñanza universitaria. Además Ud. es conocido y apreciado por el estímulo constante a los alumnos y jóvenes egresados para que continúen con los estudios, no abandonen la tarea intelectual y se comprometan con los grandes problemas político-criminales de nuestro país y nuestra época. ¿Cómo fue su propio inicio en estos temas? ¿Quiénes fueron las personas que más influyeron para orientar esta vocación tan definida?

Profesor Baigún: —Creo que es importante tener en cuenta la situación de la Universidad de Buenos Aires cuando comienzo mis estudios en el año 1943, tanto en su relación con los hechos políticos de entonces como desde el punto de vista de la pedagogía de aquella época. En términos generales, las clases en la Facultad de Derecho no eran muy estimulantes porque los profesores daban clases generales, de tipo magistral, ante una multitud de alumnos que no participaban ni tenían mayor contacto con el docente. Esas clases no eran complementadas con talleres, seminarios o trabajos prácticos y era costumbre que el alumno hiciera una buena parte —si no la mayor parte— de su carrera rindiendo exámenes libres ante una mesa examinadora extraña y muchas veces arbitraria. Más bien diría que desde esa época me ha quedado un claro rechazo a ese tipo de enseñanza impersonal y alejada del alumno.

Por eso nuestro contacto con la Universidad era esporádico; no era el ámbito del trabajo intelectual. Sí era el lugar en el que uno se relacionaba con otra gente de pensamiento afín o de similares preocupaciones políticas.

A ello hay que sumarle que el período de mis estudios universitarios, desde el año 1943 hasta el año 1948, estuvo rodeado de una política de represión al interior de la Universidad que hizo que los estudiantes que estábamos en contra del régimen peronista o, en general, del pensamiento fascista que se manifestaba a través de la Alianza Libertadora Nacionalista y otros grupos, debiéramos limitar nuestra presencia en la Universidad para evitar esa persecución. En esa época, yo participaba activamente en el movimiento refor-



mista. Y cuando digo “activamente” quiero señalar que era una época de luchas violentas, donde era frecuente el enfrentamiento con la policía o con otros grupos rivales. Recuerdo especialmente la ocupación de la Universidad por parte de los estudiantes, en el año 1944, que forma parte de los movimientos que luego fuerzan la renuncia de Perón.

En ese contexto no se podía desarrollar demasiada vida intelectual al interior de la Universidad. En ella nos relacionábamos con compañeros interesados y organizábamos actividades externas. Por ejemplo, recuerdo un Seminario que realizamos en la “Casa de la Cultura” sobre “Forma y contenido en la filosofía”, donde estudiábamos a los filósofos materialistas franceses, y que me sirvió para descubrir a BABEUF. Recuerdo otro seminario sobre “Teoría del Estado”, y otro —que nos significó un gran esfuerzo—, sobre HEGEL, especialmente sobre la Fenomenología del Espíritu y la “pequeña lógica” y en el que nos ayudó RAURICH, un intelectual socialista, gran estudioso de HEGEL, con quien nos habíamos conectado en la “Casa del Pueblo”.

No obstante, ya desde estudiante —y como sucede habitualmente también hoy en día—, me interesé por el Derecho Penal, leía obras de FERRI —como era habitual en aquella época. Me entusiasmó la obra de Eusebio GÓMEZ y tuve la oportunidad de asistir a clases de Derecho Penal de Alfredo MOLINARIO, que era muy buen expositor y un hombre muy cálido. Esa conjunción de temas hizo que, desde entonces, viera clara la vinculación del Derecho Penal con otros temas políticos y con la estructura general del Estado. Pero en esa época no profundicé demasiado sobre todo esto. No dejo de lamentarme por ello, pero creo que mi eje de aquella época era más bien la militancia política; y las preocupaciones intelectuales estaban un poco subordinadas a ella.

—En ese clima universitario, tan poco estimulante, supongo que igualmente habría profesores que escapaban a la regla o transmitían a Uds. una imagen diferente ¿Cuáles eran las figuras dominantes en la Facultad de Derecho de esa época o las que a los círculos a los que Ud. pertenecía les impresionaban?

—Creo que hay que recordar que, desde principios de 1946, desaparecen de la Facultad aquellos a quienes nosotros considerábamos los profesores más respetables, tales como Eusebio GÓMEZ, Ju-

lio DASSEN, en general, los profesores liberales —que no eran muchos—. Ellos se apartan de la Facultad y a eso se suma que otros profesores, como SOLER o JIMÉNEZ DE ASÚA, no estaban en esa época en la Universidad de Buenos Aires sino en Rosario o La Plata.

El único recuerdo que tengo de un buen docente de esa época es el de Salvador FORNIELES. Así que no había figuras demasiado descolantes y, como dije, el sistema de estudios no permitía que el estudiante se relacionara con los profesores. Sí había profesores dominantes dentro del campo del pensamiento de derecha, con mucha influencia del fascismo, como PESSAGNO o LEVENE en nuestra materia, a los cuales no me acercaba por diferencias políticas obvias.

Por eso, durante los estudios universitarios no tuve la influencia decisiva de ninguna persona; la influencia importante provino de la actividad política y de la gente que conocía a través de ella, tanto durante los tiempos de estudiante como luego, ya egresado, en la defensa de los presos políticos.

—El período 43/48 marca un tiempo muy especial, donde la Segunda Guerra Mundial es un hecho político abarcador que influyó en todos y en todo. ¿Cuáles eran las preocupaciones intelectuales, los temas que preocupaban a los estudiantes, militantes de organizaciones de izquierda en esa época?

—Ciertamente, la Segunda Guerra Mundial generó una situación de permanente polarización y confrontación. También hizo que estuviéramos pendientes de todo lo que sucedía en Europa, tanto en el campo político como intelectual. El existencialismo comenzaba a irrumpir con fuerza en la Universidad. Las discusiones alrededor del Idealismo y del Materialismo eran centrales en la formación de los militantes de izquierda. Comenzaba la renovación europea del pensamiento socialista, y se discutía a GRAMSCI y DALLA VOLPE. Estábamos más bien pendientes de las discusiones de Francia e Italia. Y, en general, existía una preocupación por “estar al tanto” de lo que sucedía en todo el ámbito científico. Yo no sé si esa era una característica de nuestra generación, pero sin duda me ha marcado mucho: no admitíamos quedarnos encerrados en el marco del Derecho y sus discusiones acerca de la interpretación de la ley; buscábamos, antes bien, una base filosófica, política y científica más amplia, aunque por entonces eso significara para mí un simple tratar de “estar al tanto”. Siempre he tratado de buscar una base más

amplia para el Derecho Penal y desde entonces me ha quedado una preocupación permanente por la interdisciplina.

—Desde entonces Ud. adopta el pensamiento marxista y se afilia al Partido Comunista. ¿Cómo se introduce y se forma en dicho pensamiento?

—Comienzo a tener contacto con la bibliografía marxista gracias a la biblioteca de Tomás MALDONADO, que era pintor y activista político y hermano de Héctor MALDONADO, que hoy es un biólogo reconocido, pero que entonces estudiaba Derecho junto conmigo. Muchas veces estudiábamos juntos y allí tuve acceso a los libros de Tomás, que me pusieron en relación con el pensamiento marxista moderno.

Por otra parte, en los primeros años de ejercicio de la abogacía tuve una actividad intensa como defensor de presos políticos y de muchos militantes que eran perseguidos. Mi inserción en el Partido Comunista fue como simple afiliado: nunca pertenecí a sus órganos de dirección. Pero he estado ligado a la defensa de muchos militantes políticos, al movimiento estudiantil de orientación socialista y a las actividades que se realizaban dentro del gremio de abogados. Lo cierto es que la Universidad no tuvo influencia en mi formación marxista ya que en esa época no era un pensamiento estudiado en las aulas; la formación estaba indisolublemente ligada a la práctica política.

Eso no quiere decir que no estuviera en contacto con las discusiones de la izquierda europea, con la crítica al socialismo real, con los intentos teóricos de revitalizar el marxismo y, en general, con la gran producción intelectual que se produce en el campo del pensamiento de izquierda durante la posguerra. Durante ese tiempo, en el campo intelectual influía GHIOLDI, aunque era más reconocido como dirigente político, y sobre todo, Hector P. AGOSTI, discípulo de Aníbal PONCE, un hombre inteligente y de buena pluma, pero inmerso dentro del aparato partidario, circunstancia que lo limitaba. Quiero insistir en que mi formación marxista resultaba de las necesidades de la acción política; mis preocupaciones intelectuales de ese entonces estaban ya orientadas claramente hacia el Derecho Penal y en esa época todavía no se había desarrollado un pensamiento de raíz marxista sobre el Derecho, que no estuviera influido por las necesidades políticas de organizar el Estado (como

podía ocurrir en la Unión Soviética y las polémicas entre sus juristas). Todavía no existía o no era conocido aquí un pensamiento como el de CERRONI o BARCELONA de las décadas siguientes. Repito que me hubiera gustado en ese entonces explorar más a fondo las relaciones entre las formas de sociedad, el Estado y el Derecho Penal, pero tenía otras urgencias y no encontré quien alentara o apoyara ese interés. Incluso posteriormente, ya bajo la influencia de JIMÉNEZ DE ASÚA, realizamos un Seminario sobre “El Derecho Penal del futuro”, en el año 1959, en el que se plantearon todos estos problemas, incluso desde perspectivas que hoy serían muy cercanas al abolicionismo. Recordando ahora aquel trabajo me lamento aún de no haber seguido insistiendo en esa línea, que después demostraría tener una enorme riqueza. En esa época no percibimos con toda claridad la centralidad de esa reflexión o quizás era muy fuerte la necesidad de renovar los estudios dogmáticos y eso consumió nuestras energías.

—El marxismo argentino siempre ha sido acusado, incluso por políticos o pensadores de izquierda, de ser poco crítico, muy apegado a los dogmas del partido y reacio a respetar la libertad de opinión de sus propios miembros...

—Sí, es cierto, esa acusación siempre existió. En el Partido Comunista argentino existían intelectuales que eran críticos pero que no dejaban ver que esas posiciones críticas existían en el interior del partido. Recuerdo, por ejemplo, la discusión alrededor de las críticas al período stalinista, donde se tenía conciencia de la existencia de graves problemas pero la tendencia era la de verlos como disfunciones dentro de un sistema que, en sí mismo, era inobjetable. Se lo analizaba como extralimitaciones de STALIN o de BERIA y no como problemas de esa estructura de Estado.

—El período del gobierno peronista marca sin duda a toda una generación de intelectuales argentinos, que siempre ha sido acusada de no comprender el fenómeno peronista. Ahora, con mirada retrospectiva, ¿Cómo ve sus posturas en ese período?

—Políticamente, veíamos al gobierno como un régimen autoritario que, desde el punto de vista del manejo de los instrumentos del Estado, continuaba con las viejas prácticas de los gobiernos conservadores y desarrollaba una cuota importante de violencia institu-

cional. Además, en el plano intelectual, quienes le daban soporte eran profesores reconocidos que provenían del pensamiento nacionalista y fascista. Por lo tanto, no tenía ninguna identificación con el gobierno. A veces confraternizábamos con algún sector del peronismo o del sindicalismo peronista que tenía una posición más crítica; pero lo cierto es que formaba parte del espectro político anti-peronista, como la casi totalidad del pensamiento de izquierda de aquella época, que conocía muy bien las implicancias del pensamiento Nazi, del fascismo italiano y del falangismo de Primo DE RIVERA, movimientos a los que asociábamos al peronismo.

A decir verdad, en aquella época nos sentimos más cómodos con el gobierno de la Revolución Libertadora, ya que si bien no coincidíamos en muchas cosas con ella, desde el punto de vista del ámbito intelectual y de la vida universitaria, se respiraba mayor libertad, mayor nivel académico, porque habían sido incorporados profesores que venían del exterior. Soy consciente de que en el plano político ocurrían prácticas dictatoriales, tales como la proscripción del peronismo, los fusilamientos, etc., pero, para ser sinceros, en el ámbito intelectual y académico esos hechos no repercutían con mayor fuerza y se respiraba un clima de tranquilidad y respeto a la crítica.

## **II. LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES Y JIMÉNEZ DE ASÚA**

—En el año 1955, más allá del significado político que se le asigne a esa fecha, comienza un nuevo período para la Universidad de Buenos Aires. Un período que muchos han calificado como el más rico y creativo, que culmina con la intervención militar en el año 1966. ¿Cómo influyó en Ud. esa época?

—Si, efectivamente. En ese año se produce un cambio fundamental, ligado a la vuelta o al ingreso de muchos profesores de gran prestigio. En el campo del Derecho Penal, SOLER representaba esa renovación y por eso busqué los medios para integrarme a su trabajo y acercarme a él. No se puede decir que compartiera todos sus enfoques, pero tenía, en el campo del Derecho Penal, una buena posición, y era un intelectual importante y serio. Sin embargo, SOLER no tenía demasiada vocación de maestro, no aglutinaba a la gente joven, ni le dedicaba demasiado tiempo a quienes se acercaban a él con inquietudes intelectuales. Quizás fuera falta de tiem-

po o un temperamento especial. Así que quienes éramos o queríamos ser sus ayudantes no teníamos mayor intervención en sus cursos y no sentíamos que él se preocupara por nuestra formación.

Recién el año 1958 se puede decir que comienzo a recibir una influencia intelectual decisiva. En ese año conozco personalmente a JIMÉNEZ DE ASÚA, a quien ya conocía de nombre, tanto por su trabajo en el Derecho Penal, como por su actuación política como exiliado republicano. En ese año la Universidad de Buenos Aires contrata a JIMÉNEZ DE ASÚA, quien pronto pasa a dirigir el Departamento de Derecho Penal. Yo me conecté con él desde el primer día que llegó. Al mismo tiempo se había organizado una carrera que se llamaba de “docencia libre”, que permitía obtener una cátedra después de cinco años de trabajo académico. Eso me permitió instalarme en el Departamento de Derecho Penal y comenzar a trabajar allí. Esos son los años de mayor intensidad en la formación, tanto por la preocupación directa de Don Luis como por la conformación de un grupo de ayudantes y graduados jóvenes —BACIGALUPO, TOZZINI, AVILA, PAIXAO, Gladys ROMERO, SPOLANSKY, ZAFFARONI, D’ALESIO y otros más, que luego han sido penalistas reconocidos—; en esa fecha fijaría el inicio de mis trabajos sistemáticos en el Derecho Penal.

—Ud. sabe que esa época siempre es señalada como ejemplo del funcionamiento del Departamento de Derecho Penal, funcionamiento, por otra parte, que no se ha podido lograr nuevamente...

—Si, es cierto y es interesante contar un poco cómo trabajábamos entonces, ya que puede servir de ejemplo. Don Luis estaba todas las tardes, a partir de las cuatro hasta las ocho de la noche, aproximadamente. Siempre había cursos para graduados, talleres de resolución de casos, seminarios. Yo estaba a cargo de una clase de graduados, por ejemplo. JIMÉNEZ DE ASÚA siempre se preocupaba de corregir nuestra actuación, de estimular el perfeccionamiento, de recomendarnos bibliografía y prestarnos libros de su biblioteca. Yo sentí muy favorablemente el cambio de un trabajo de autodidacta a estar integrado en un grupo de trabajo, bajo la dirección de Don Luis. Se trabajaba en distintos ámbitos. Los que teníamos mayor experiencia colaborábamos con él en los cursos y tomábamos a nuestro cargo el tratamiento de los casos, ya que la enseñanza de Don Luis siempre se hacía sobre la base de casos. En este sentido, nos esti-

mulaba para que analizáramos los casos desde distintas perspectivas y tomando en cuenta la opinión de diversos autores. Esto nos obligaba a profundizar bastante para preparar nuestra participación como profesores auxiliares.

En esa época trabajábamos con distintos textos, no sólo alemanes sino también italianos. Hay que tener en cuenta que JIMÉNEZ DE ASÚA estaba informado como nadie en el mundo del Derecho Penal y él nos brindaba esa información. Trabajábamos básicamente con MEZGER, con VON LIZT; empezaban a circular algunos textos de WELZEL (las primeras traducciones de FONTÁN BALESTRA) y, en general, los libros clásicos y las propias obras de Don Luis. Ya existía el tratado de SOLER, a quien utilizábamos para confrontar con el pensamiento de JIMÉNEZ DE ASÚA, pero no había una preocupación especial por las polémicas con SOLER.

También estaban alrededor de JIMÉNEZ DE ASÚA otras personas interesantes, como FRÍAS CABALLERO, BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, y juristas de distintos países que lo visitaban. En esa época se organizaron unas Jornadas excepcionales en la Universidad de Buenos Aires a las que venían muchos de los mejores penalistas del mundo. A mí personalmente me tocó atender a MAURACH, y siempre lo recuerdo como un suceso intelectual que no ha tenido muchas repeticiones.

En cuanto a la investigación, se promovían los trabajos de investigación y la realización de publicaciones. Se comenzó a llevar a cabo el proyecto de un Anuario, del cual se publicaron tres tomos, en el que participaba todo el grupo y Don Luis era quien distribuía el trabajo por áreas. Algunos trabajaban en la legislación comparada: unos vinculados a lo que sucedía en Alemania, otros en Italia, a mí me asignó el seguimiento de la legislación de los países socialistas. Esto nos obligaba, también, a estudiar otros idiomas y ampliaba nuestra perspectiva. Lamentablemente el Anuario se suspendió cuando ocurrió el golpe de Estado de 1966.

Otra de las actividades de JIMÉNEZ DE ASÚA consistía en estimular a que algunos de los más dedicados obtuvieran trabajos que no los alejaran de la actividad intelectual y de la colaboración con el Instituto. En el prólogo a mi libro sobre "Delitos de peligro", Don Luis explica algo del trabajo que se hacía en el Departamento. Esta es

una época en la que muchos de nosotros comenzamos a publicar mucho más sistemáticamente, y todo ello gracias al impulso de JIMÉNEZ DE ASÚA. Por otra parte, él fue armando una biblioteca dentro del Departamento y también nos prestaba sus propios libros. Yo, en esa época, trabajaba sobre el tema de la ultractividad de la ley penal —investigación que lamentablemente no publiqué y en la que sometía a crítica algunas opiniones de JIMÉNEZ DE ASÚA—; luego sobre los delitos de peligro (publicada en 1969) y sobre la naturaleza de las circunstancias agravantes, de la cual fue publicada una primera parte general y quedó pendiente un estudio de las agravantes en la parte especial del Código Penal.

—En “Delitos de peligro” se encuentran dos perspectivas, a mi juicio, interesantes: una, el intento —que JIMÉNEZ DE ASÚA destaca en el prólogo— de usar categorías filosóficas no usuales en la dogmática; la segunda, el hecho de que, si bien el análisis de la *praesumptio dolis* era un tema clásico en el Derecho Penal, no era usual buscar relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal...

—En verdad, sobre las categorías de peligro habíamos discutido mucho tiempo, ya que en el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal de 1964 se discutía sobre los delitos de peligro, es decir, era un tema que estaba en el tapete. Por otra parte, la jurisprudencia de la Cámara Federal de ese entonces utilizaba los delitos de peligro como una forma de persecución política y eso era un estímulo muy importante. Se aunaron, entonces, la preocupación teórica con una necesidad muy concreta de frenar una interpretación autoritaria que llevaba a la presunción del dolo en los delitos de peligro.

Uno de los jueces que había mantenido esa posición era RAMOS MEJÍA, que era un excelente profesor, pero sostenía posiciones altamente discutibles en términos de política criminal.

Así que aquel trabajo tuvo esas motivaciones. Por esa época pude conocer personalmente a Juan BUSTOS y Sergio POLITOFF y coincidir con ellos en la crítica a la utilización de este tipo de conceptos dogmáticos para encubrir políticas autoritarias.

—Pareciera que es una constante, y hoy nos enfrentamos al mismo problema, que cuando el Derecho Penal se aleja del conflicto real (llámese a eso bien jurídico o como se quiera), por más que desde el pun-



to de vista de la lógica de la ilicitud se puedan fundar posiciones coherentes, lo cierto es que se abre la puerta a políticas autoritarias, que buscan penar la desobediencia a las órdenes del Estado...

—Si, es el tema que luego se planteará con la polémica alrededor del disvalor de acción. Me parece que la teoría del bien jurídico actúa como una regla de contención al poder penal. La formalización del concepto de bien jurídico desdibuja ese límite. No se puede decir que exista una relación tan directa entre esquemas del tipo funcionalista, por ejemplo, y la posibilidad de una política autoritaria, y sería imaginable un sistema de garantías distinto o reformulado que cumpliera las mismas funciones que la teoría del bien jurídico. Sin embargo, opino que todavía no se ha reemplazado adecuadamente la barrera de contención que ha significado la concreta afectación a un bien jurídico.

—En el pensamiento de JIMÉNEZ DE ASÚA se le da una importancia central a la teoría del bien jurídico. ¿Era esto un motivo de discusión en el grupo que trabajaba con él?

—Bueno, hay que tener en cuenta que existen muchos desarrollos de los discípulos de WELZEL que son posteriores y JIMÉNEZ DE ASÚA no llegó a conocerlos. Él nunca aceptó el finalismo, al que acusaba de cierta tendencia a la eticización del Derecho Penal, lo que quizás demostró que era posible en trabajos posteriores. Diría que más bien se aceptaba que el sistema de garantías necesitaba del concepto de bien jurídico como uno de sus ejes.

—Ahora, ¿qué es lo que ha impedido que, desde entonces, no se haya podido lograr en el Departamento de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires un tipo de trabajo semejante?

—Yo creo que lo determinante era la vocación especial de JIMÉNEZ DE ASÚA de formar gente, la fuerza que ponía en ello y el entusiasmo que transmitía para que los jóvenes se dedicaran al Derecho Penal y se especializaran. No sólo como un conocimiento técnico sino casi como un eje de su vida. Don Luis tenía algo así como un programa de trabajo con los jóvenes: primero les abría el mundo del Derecho Penal, luego los entusiasmaba y trataba de que el trabajo intelectual se convirtiera en el eje de sus vidas. Con todos nosotros hizo eso mismo. Además, todos los días pasaba horas en el Departamento; estaba en su escritorio, generalmente corrigiendo

pruebas o escribiendo, y era accesible para llegar a él y discutir cualquier tema de Derecho Penal. Otras veces, él mismo sometía a discusión temas relacionados con el Tratado que estaba escribiendo y era muy personal en sus trabajos escritos, lo que hace que su obra sea realmente monumental. En este sentido, él era abierto a todas las críticas y estaba dispuesto a rectificar sus posiciones. A pesar de que muchas veces se piensa en él como alguien petulante, lo cierto es que en el ámbito intelectual y privado era muy abierto y dispuesto a escuchar.

A mí siempre me impresionó, de todas sus cualidades, su vocación de maestro, su disposición a estimular, a prestar materiales, a discutir ideas y a promover vocaciones intelectuales.

Desde el punto de vista ideológico él estaba al tanto y preocupado por el movimiento republicano en el exilio; pero fuera de ello no tenía activismo en política y sus opiniones eran más bien técnicas.

—¿Cómo veía JIMÉNEZ DE ASÚA sus actividades políticas? ¿Las respetaba o trataba de encauzarlo hacia una actividad intelectual excluyente? ¿Cómo influía en Ud. esa permanente actividad paralela?

—No, al contrario. Cuando yo me vinculo al Departamento ya tenía una larga trayectoria en la defensa de presos políticos y JIMÉNEZ DE ASÚA no desalentó eso; antes bien, me vinculó a ciertos problemas con exiliados españoles y nunca hizo ningún comentario negativo sobre mi actividad política.

Esa actividad política y de defensa de las personas perseguidas ha sido determinante, incluso en el desarrollo de mis preocupaciones intelectuales, ya que abría mi horizonte de preocupaciones y vivencias. Por eso, en cierto modo, si bien me proporcionaba mayor información, desordenó un poco mi actividad central dentro del Derecho Penal. Además, se debe tener en cuenta, que así como sólo a partir de JIMÉNEZ DE ASÚA se puede decir que comienza una formación sistemática, también en mi caso, como en el de otros, teníamos que recuperar mucho tiempo en el que no habíamos tenido orientación.

Un elemento importante para mí en esa época era la colaboración con JIMÉNEZ DE ASÚA en la cátedra de Criminología, en la carrera de Psicología, donde me preocupé especialmente de todo lo vinculado a los temas de menores y delincuencia juvenil.

—¿De qué los apartaba JIMÉNEZ DE ASÚA? En otras palabras, ¿los disuadía para que no leyeran a los autores que él rechazaba?

—No, generalmente no tenía esa actitud. Claro que había autores que no respetaba: en especial, los españoles que colaboraban con el régimen de FRANCO o los que pertenecían al pensamiento fascista. Pero no tenía que disuadirme porque yo tenía las mismas opiniones que él. JIMÉNEZ DE ASÚA se consideraba un militante de cierto Derecho Penal; yo estaba de acuerdo con él y consideraba que esa era la postura correcta, incluso cuando era intransigente, como lo era a menudo.

—Esa intransigencia o, mejor dicho, coherencia, se manifiesta claramente en el año 1966, un año crucial para el país y, en especial, para la Universidad ya que muchos sostienen que la Universidad de Buenos Aires nunca se recuperó de la intervención militar de esa época.

—Sí, efectivamente. En esa época era público el clima de golpe de Estado que existía (el famoso discurso de PISTARINI, etc. ). En general era un proceso que se veía venir. En el ámbito universitario había dos opiniones: una que propugnaba un alejamiento total, una renuncia, al estilo de lo que se había hecho en el año 1943 o '46; la otra posición creía que era inconveniente abandonar la Universidad y dejarla en manos de los fascistas. Ésta era la opinión, por ejemplo, de Ambrosio GIOJA. La posición rupturista era encabezada por JIMÉNEZ DE ASÚA, DASSEN y otros profesores. Se hicieron muchas reuniones entre los profesores progresistas para analizar la posición que se debía tomar. Finalmente, todo un grupo de profesores decidimos renunciar, en conjunto con otros profesores de la Universidad, de otras Facultades. No hay que olvidarse que la Facultad de Derecho siempre tuvo un gran componente de pensamiento de derecha y el pensamiento progresista siempre fue minoritario.

—En esa época era decano FRANCISCO LAPLAZA, un personaje que luego tuvo una actuación nefasta durante el golpe del 76...

—Sí, en esa época LAPLAZA era un decano de transición y tuvo algunas actitudes correctas como la contratación de Don Luis y otras que no lo fueron tanto, como la disolución de la carrera de docencia libre, que fue una vieja aspiración reformista con el fin darle cabida a los profesores que no tuvieran apoyo oficial. Era una situación contradictoria. En esa época todavía no se había desnudado la

verdadera actuación de LAPLAZA. Se lo conocía como una persona un poco intratable, erudita, y él invocaba mucho su carácter de víctima del régimen peronista.

Lo cierto es que algunos nos alejamos de la Facultad de Derecho de la UBA y tuvimos que buscar un lugar de trabajo. Allí surgió la idea de organizar un Instituto de Estudios Superiores dentro de la Asociación de Abogados. Este Instituto tenía secciones y la de Derecho Penal la dirigía JIMÉNEZ DE ASÚA y varios de nosotros, como BACIGALUPO, yo y otros que éramos profesores. Este Instituto funcionó dando cursos y además nos permitía reunirnos para estudiar y mantener contactos.

—La Asociación de Abogados ¿tenía la misma línea que ha tenido en los últimos años?

—No exactamente. Se acababa de mudar al local de Uruguay y tenía una conducción más cuidadosa o moderada. Cuando ingresamos, la Comisión Directiva era más abierta. Además, la figura de JIMÉNEZ DE ASÚA era indiscutible. Pero luego, bajo la dirección de FAYT, se disolvió el Instituto y se formaron distintas comisiones: de hecho significó el fin del Instituto.

—¿Cuáles eran los temas que discutían en esa época? ¿Cómo era la actitud de JIMÉNEZ DE ASÚA respecto del finalismo? Porque todos sus discípulos argentinos adoptaron el finalismo: ¿él los alentó a estudiar a Welzel?

—No del todo. JIMÉNEZ DE ASÚA, tal como lo dice en el Tratado nunca fue finalista y toma una posición polémica con WELZEL. Pero cuando BACIGALUPO, principalmente, se orientó hacia el finalismo nunca lo desalentó; al contrario, hizo todo lo posible para facilitar sus contactos con WELZEL. En esa época todavía no se leía mucho a WELZEL. Ya circulaban las traducciones de FONTÁN BALESTRA (el Tratado y algunos artículos), pero no se puede decir que ya existiera una difusión del pensamiento de WELZEL. Eso se va a dar recién con la traducción de YAÑEZ y BUSTOS.

Se lee también el libro de GALLAS que explicaba el finalismo y Derecho Natural y Justicia material, que explicaba el pensamiento filosófico de WELZEL. Hay que tener en cuenta que en las Jornadas del '60, cuando vino MAURACH, ya se había comenzado a difundir el finalismo.

—Pero en el grupo de seguidores de JIMÉNEZ DE ASÚA, ¿cómo tomaban

el pensamiento de WELZEL? ¿Qué discutían? Ya en esa época existía suficiente material sobre la obra de WELZEL traducido al español como para que todos tuvieran acceso. ¿Cuál era la actitud general de ese grupo en relación al finalismo?

—Yo te diría que, en un primer momento, el único que estudiaba a fondo a WELZEL era BACIGALUPO. ZAFFARONI en esa época estaba afuera del país y también lo hace, pero en México. Se puede decir que no hay una discusión grupal sobre finalismo o causalismo. Se discutían problemas concretos, pero no se discutía el sistema en general. Se tomaba el pensamiento de WELZEL en relación a un tema dogmático concreto. La discusión sobre causalismo y finalismo no se da en esta época, ni siquiera al interior del grupo. Tampoco JIMÉNEZ DE ASÚA le daba gran trascendencia a esa polémica.

Desaparecido el Instituto de la Asociación de Abogados, y siempre tratando de buscar un ámbito de encuentro, se crea el Centro de Investigaciones Internacionales. Del grupo originario quedamos más vinculados BACIGALUPO, Gladys ROMERO, TOZZINI. Se comienza a configurar lo que luego será el grupo de Nuevo pensamiento penal.

—En esa época, nace la revista amarilla, que es el primer antecedente de la línea editorial que luego seguirán Nuevo Pensamiento Penal y Doctrina Penal ¿Cómo nace esa publicación? ¿Cómo la organizaron?

—La Revista de Derecho Penal y Criminología nace en 1968, por una gestión directa de JIMÉNEZ DE ASÚA con REMORINO, que era uno de los propietarios de La Ley. Allí está todo el grupo originario del Departamento y el que acompañó a JIMÉNEZ DE ASÚA posteriormente. Esa revista sirve para aglutinar al grupo, darle mayor personalidad y comenzar a relacionarse con el exterior.

—Pero esa revista tiene una vida muy breve...

—Lo que ocurre es que cuando muere REMORINO, los nuevos directores de La Ley le sugieren a JIMÉNEZ DE ASÚA un “cambio de lenguaje”, ya que la revista era claramente opositora al régimen militar. En esa revista comentábamos las normas de facto y no les reconocíamos valor. Allí sale un famoso artículo de NUÑEZ —El origen bastardo de una reforma— y, en general, era muy crítica respecto de la evolución del Derecho Penal del régimen militar. REMORINO era una persona más abierta, más republicano; en cambio, los OLIVA VÉLEZ, venían del pensamiento nacionalista, de tipo fascista, que tenía el mismo gobierno de ONGANÍA. Ellos no querían una revista

contraria al gobierno.

Así que JIMÉNEZ DE ASÚA renuncia, nos retiramos, y la retoman LAPLAZA y FONTÁN BALESTRA, de quienes JIMÉNEZ DE ASÚA ya estaba muy distanciado. Lo mismo ocurre con SOLER. Todos ellos tenían una actitud de clara colaboración con el régimen militar y JIMÉNEZ DE ASÚA no aceptaba esto.

—Nuevamente pierden el ámbito de encuentro. ¿Cómo hacían para mantener los vínculos, dónde se reunían, de qué manera se reconocían como grupo? Ya que no estaban en la Universidad, no tenían ningún local propio y ni siquiera un órgano de expresión...

—Bueno, era un problema. Nos reuníamos en la casa de JIMÉNEZ DE ASÚA, o en nuestras oficinas... hasta que el IDES —Instituto de Estudios Económicos y Sociales— nos permitió reunirnos en las aulas que ellos tenían en la calle Güemes. Lo que nos permitía mantenernos más o menos unidos era el hecho de que continuábamos con el Seminario, al que asistían incluso otras personas como Isidoro DE BENEDETTI. Estas reuniones se hacían en distintos lugares, despachos, aulas, estudios, casas... donde podíamos. Casi todo el grupo que luego estará en Nuevo Pensamiento Penal, ya participaba más activamente... BERGALLI, SCHIFFRIN, y los que estaban más vinculados a BACIGALUPO, como RIGHI o CASTILLA asistían al Seminario.

En esas reuniones se proponía un tema, generalmente, de dogmática penal general (como tentativa, delitos culposos, etc.) y se discutía. Era simple, nos reuníamos a discutir.

Hay que tener en cuenta que hasta el '69 JIMÉNEZ DE ASÚA había estado bien de salud, pero en ese año tuvo un paro cardíaco que lo afectó y ya no volvió al ritmo de trabajo intenso que tenía. En esa época tenía más de setenta años...

—Retomemos esta misma época pero desde otra perspectiva, siempre presente en su trabajo. Me refiero a la actividad política, a la defensa de perseguidos, a las actitudes frente al gobierno militar...

—Yo creo que la represión tiene características más o menos homogéneas hasta el año '76 donde hay un salto cualitativo con el Terrorismo de Estado. Pero ya en esta época de ONGANÍA empezaban los secuestros, se decretaba el Estado de Sitio, las personas eran puestas a disposición del Poder Ejecutivo, y ya empiezan algunas desapariciones, aunque no con la escala que tendrán luego. Re-

cuerdo el caso del Nestor MARTINS y CENTENO, que desaparecen en pleno centro, por fuerzas irregulares, al estilo de lo que se hará después masivamente. La Doctrina de la Seguridad Nacional comienza a proyectarse activamente. Yo continuaba asumiendo la defensa de detenidos políticos, pero todavía no existía la presión que luego vendría en el '76. Desde mucho tiempo atrás teníamos una organización que se llamaba Comisión pro defensa de la libertad. Pero el organismo principal era la Liga Argentina por los Derechos del Hombre y yo estaba vinculado a ella. Sin embargo todavía los organismos de Derechos Humanos no tenían las características que tendrían después.

En estos años se dio una enorme aceleración de los acontecimientos políticos, que hizo que nunca pudiéramos adaptarnos totalmente. Yo seguía vinculado al Partido Comunista, pero tampoco en esta época tuve cargos partidarios, porque yo entendía que mi deber fundamental era poner mis capacidades de abogado en la defensa de presos políticos. Siempre hubo presos políticos hasta el año 1983 y los interregnos eran muy breves; así que eso siempre me llevó mucho tiempo.

Siempre consideré que mi deber como abogado era defender a las personas que eran perseguidas políticamente y también entendía que debía hacer docencia sobre esto. Casualmente el otro día me encontré con un abogado que recordaba algo que yo ya había olvidado: los cursos que daba en la Asociación de Abogados sobre Derecho Penal, fundamentales para los abogados de presos políticos, para que pudieran ejercer mejor sus defensas.

—Todo el grupo de JIMÉNEZ DE ASÚA estaba fuera de la Universidad...

—Prácticamente todo el grupo. Pero en el año '69 o '70 se produjo un pequeño conflicto. Se abrió en la Facultad de Derecho un concurso para cargos de profesores adjuntos. Comenzó a discutirse en el grupo si debíamos presentarnos o no. En general, la opinión era favorable, ya que veíamos que la renuncia masiva del '66 había sido contraproducente. Finalmente llegamos a la conclusión de que si el concurso era razonable había que presentarse. Yo pedí que me eximieran porque había sido uno de los abanderados de la renuncia del '66 y no me sentía cómodo presentándome ahora a los concursos. Pero no veía mal que otros se presentaran. Lo hicieron BACIGALUPO y TOZZINI. A pesar de las expectativas, fue un

concurso totalmente manejado y, por ejemplo, LENNON salió por encima de BACIGALUPO, cuando LENNON no había escrito ni un artículo... y BACIGALUPO ya tenía una formación considerable. En realidad lo aceptaron a BACIGALUPO porque ya era indiscutible y porque era el discípulo más importante de JIMÉNEZ DE ASÚA. De todo el grupo que acompañó a JIMÉNEZ DE ASÚA, el que desde el inicio demostró una mayor vocación intelectual fue BACIGALUPO y por ello JIMÉNEZ DE ASÚA siempre tuvo una gran confianza en su carrera intelectual. En realidad, la inserción que se logró en la Universidad fue muy pobre. Servía para dar a conocer algunas doctrinas, pero no existió un mayor trabajo universitario.

—¿Cómo vivió todo este grupo y Ud. personalmente, la muerte de JIMÉNEZ DE ASÚA, ya que sin duda él era el eje alrededor del cual se producía una convocatoria...?

—Hay que tener en cuenta que no era un grupo tan homogéneo como pudiera parecer. Había distintos niveles de participación y de vinculación con Don Luis. Para todos la muerte de Don Luis fue un gran impacto y tomamos conciencia de lo que él significaba. Ciertamente nos sentimos desamparados.

Al poco tiempo comenzó a gestarse la idea de Nuevo Pensamiento penal. Los miembros del grupo que había trabajado en la anterior revista (y nos habíamos ido con él), quedamos ya con la idea de volver a tener una revista. JIMÉNEZ DE ASÚA siempre nos insistió sobre la necesidad de tener un revista que recogiera el pensamiento crítico, las corrientes modernas, nuestros propios trabajos. Era el mismo proyecto de la revista amarilla, que había quedado trunco por la falta de apoyo de la La Ley. Así conseguimos que Astrea se hiciera cargo de la publicación y se estableció un Consejo de Redacción en el que apareció todo el grupo más vinculado a JIMÉNEZ DE ASÚA.

—En esta época Ud. comenzó a tener una producción científica más constante...

—Sí, es cierto. Pero hay que tener en cuenta que siempre mi trabajo científico estuvo vinculado a preocupaciones provenientes de mi actuación concreta. Siempre tuve un tipo de reflexión vinculado a problemas definidos, a luchas concretas, a preocupaciones político-criminales precisas. No me he dedicado a un modelo de reflexión más programado o sistemático. Creo que es un estilo del



cual no me arrepiento, a pesar de que luego parezca que la producción científica es fraccionada o parcial.

—Incluso después de la muerte de JIMÉNEZ DE ASÚA se organizaron unas jornadas muy importantes, en homenaje al cincuentenario del Código Penal Argentino.

—Si, fue en el año 1971 y se organizaron en la Universidad de Belgrano. Logramos que viniera un sector muy importante del Derecho Penal. Estuvieron WELZEL, VASALLI, KAUFMANN, BAUMANN, y muchos otros. Fueron unas jornadas muy interesantes. Todavía recuerdo las reuniones en mi casa, incluso de carácter social. Pero todo esto tenía la importancia de demostrar que nuestro grupo era el que tenía los contactos con la comunidad científica internacional y que esa comunidad nos respetaba. Esto tenía relación, sin duda, con nuestro carácter de “seguidores” de JIMÉNEZ DE ASÚA, que era amigo o conocido de todos ellos. Además, ellos veían que era un grupo que trabajaba, incluso en condiciones adversas, y que existía una relación discipular con Don Luis.

Estas reuniones fortalecían la idea de contar con una revista y tener proyección internacional. En ese sentido fue un gran espaldarazo. Incluso en el tiempo que siguió, esta vinculación con Europa y la comunidad científica en algo nos protegió de la persecución política o de la represión más brutal.

### III. UNA NUEVA ETAPA: 1973/1983

—Ud. me contaba que en el año '73, los sorprendió, en cierto modo, la aceleración de los acontecimientos y la producción de algunos hechos inesperados o casi inimaginables dos o tres años antes...

—Fue una época muy compleja. Desde el punto de vista que nos interesa, desde fines del '72 y comienzos del '73 se produjo una transformación en cierto modo no prevista, con muchos acontecimientos que no esperábamos y que nos superaban...

En la Universidad ocurrió algo parecido y las fuerzas que comenzaron a gravitar en ella no estaban, a mi juicio, preparadas para un gobierno universitario; por lo menos tal como aquella época imponía. Se produjo una intervención y se nombraron nuevos profesores interinos. El interventor en Derecho fue KESTELBOIM, quien no tenía gran experiencia como profesor, pero sí una militancia polí-

tica en los sectores progresistas. Quizás por eso se cometieron muchas ingenuidades, muchos infantilismos..., aunque tampoco deben ser exagerados pues en términos generales fue un proceso que buscaba una Facultad abierta, que permitió incorporar nuevos profesores y nuevas corrientes del pensamiento. Sin duda todo esto fue una ruptura muy importante para la cual las fuerzas políticas —en particular los sectores del peronismo que habían tomado la conducción de la Facultad— no estaban preparadas. Tampoco había una clara diferenciación entre la calidad académica y la militancia política, y eso también generó arbitrariedades. Pero así y todo —insisto, sobre todo juzgando desde ahora, con perspectiva histórica— fue un proceso de apertura importante.

—¿Cómo se manifestó todo esto en el campo del Derecho Penal? ¿Qué significó para todo el grupo al cual Ud. pertenecía?

—En este campo significó una incorporación masiva del grupo de Nuevo Pensamiento Penal y, en general, todo el grupo que había trabajado con JIMÉNEZ DE ASÚA ingresa a la Universidad. Sin embargo, no llegamos a realizar un trabajo organizado. La dirección del Departamento de Derecho Penal la tomaron BACIGALUPO y TOZZINI, y aparecieron nuevas caras enseñando Derecho penal.

En realidad tuvimos poco tiempo, ya que este proceso comenzó en mayo de '73 e inmediatamente debimos hacernos cargo de clases multitudinarias, de la reorganización del Departamento, de la Facultad, etc.. Esto duró hasta la intervención del '74, es decir, que apenas hubo un año de trabajo que no nos permitió hacer pie adecuadamente. Por otra parte, algunos ingresaron a la función pública como BACIGALUPO, RIGHI o Gladys ROMERO...

—Ud. nunca ingresó a la función pública. ¿Fue por falta de interés, no se dieron las circunstancias, o ha sido algo deliberado?

—Bueno, es una pregunta que puede tener muchas respuestas. Por ejemplo: en esa época, el hecho de que yo mantuviera muy buenas relaciones con todo el sector del viejo grupo de JIMÉNEZ DE ASÚA que entonces adhería al gobierno del '73 no quiere decir que tuviéramos una coincidencia total sobre la forma de hacer las cosas o de verlas. En esa época nunca me propusieron nada y yo tampoco pedí absolutamente nada. Además, confieso que nunca me gustó la función de gobierno ya que si uno acepta ejercer esas funciones pierde capacidad crítica y siempre valoré mucho mantener esa

capacidad. En el año 1956 me habían propuesto ser Fiscal, pero no acepté porque pensaba que prontamente iba a tener problemas. Debo decir que no me han ofrecido mucho pero la verdad es que no tengo vocación de funcionario público. Incluso cuando estuve en el Banco Central, era un consultor, un asesor, pero no un funcionario del Banco.

—Volviendo al '73, el hecho de que todo el grupo comenzara a tener protagonismo, tanto en la facultad como en el sector público, ¿generó problemas en el trabajo intelectual? ¿Se resintió la actividad científica?

—No lo creo. No obstante las distintas tareas, BACIGALUPO, por ejemplo, nunca se separó de la clases. Incluso en esa época BACIGALUPO redactó los apuntes que luego constituirían los Lineamientos... que tanto han influido. El proyecto original incluía que yo hiciera lo mismo con la Parte Especial. Sin embargo, llegó la intervención y no pude concretarlo. Y luego ya me dediqué a otras cosas.

—Esta es la época en la que comienza la difusión del finalismo en la Universidad de Buenos Aires...

—Así es. Aunque todavía ZAFFARONI no estaba en Buenos Aires: no participaba de este proceso y daba clases en La Plata. Pero BACIGALUPO hizo una fuerte introducción del finalismo en Buenos Aires. En realidad, todas las preocupaciones que teníamos en el Seminario se llevaron a la Universidad. Lo que sí se perdió fue la regularidad de las reuniones de seminario.

—Algo que para muchos lectores extranjeros sonará incomprensible, pero que en nuestro país y en otros lugares de Latinoamérica ha ocurrido es la directa vinculación del finalismo con el marxismo, vinculación que se convirtió pronto en sospecha e imputación...

—Eso fue un invento de los sectores de derecha entre los que cabe señalar a LAPLAZA, quien era el principal sostenedor de esta idea ridícula. Como algunos de nosotros éramos de izquierda o defensores de presos políticos, de allí salió la idea de que comunismo y finalismo iban de la mano... pero esto era un invento de LAPLAZA, un invento de tipo policíaco y de carácter primitivo. Él no lo decía directamente pero sus allegados o discípulos menores lo repetían. Pero, insisto, no era una discusión académica —aunque fuera ridícula— sino una maniobra policíaca que buscaba señalarnos, en una época en la que ya se estaba gestando la violencia que pronto

se desencadenaría en el país.

—SOLER, que ya por esta época era sin duda un hombre de derecha, tenía otro tipo de críticas; en realidad a él nunca lo convenció la idea de un concepto de acción prejurídico, de carácter no normativo. En este sentido, sus críticas se ubican en el mismo plano que muchas otras posteriores...

—Con SOLER ya no teníamos ningún contacto y no participaba de estas polémicas. No se lo puede comparar con LAPLAZA, que era un hombre muy resentido y con actitudes, como dije, de tipo policia-co. SOLER, ya desde el año 1966, había perdido contacto con nosotros y las publicaciones que habíamos hecho de los trabajos críticos de NÚÑEZ también contribuyeron a su alejamiento.

—¿Se puede decir que en el año '73 se produce el ingreso de la dogmática penal moderna en la Universidad de Buenos Aires?

—Sí, y eso es obra de BACIGALUPO y ZAFFARONI, principalmente. En esa época yo tenía ciertas reservas respecto de los fundamentos de la teoría finalista, sobre todo en lo que tiene que ver con el sustrato finalista. Pero sin duda la dogmática finalista aparecía como más racional, más fina y eso luego quedó demostrado por la aceptación general de ciertas categorías. En esa época publiqué un trabajo sobre el delito incumplimiento de los deberes de asistencia familiar en el que utilicé la estructura de los tipos omisivos tal como lo proponía el finalismo, pero insisto en que tenía dudas sobre el tema de las estructuras lógico-objetivas y la fundamentación filosófica del sistema de WELZEL.

—Todo esto se produce en un tiempo muy corto que, sobre todo, es interrumpido abruptamente por la intervención de la Universidad en el año 1974...

—Sí, efectivamente. Yo estaba entonces en el extranjero, porque había asistido al Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal y en Alemania me encontré con BACIGALUPO quien me anotició de la intervención y de la presencia de OTALAGHANO en la Facultad de Derecho. Por supuesto que todos los profesores designados a partir del año 1973, en especial quienes habían demostrado mayor compromiso con la universidad del '73 fueron separados. Así que una vez más quedamos fuera de la Universidad. Otro núcleo de profesores permaneció y luego fue expul-

sada en marzo de 1976. Es decir que el desplazamiento de los profesores progresistas se dio en dos etapas: primero con OTALAGHANO, y después con el golpe militar. Pero, en conjunto, ambas etapas tuvieron consecuencias nefastas, ya que la Universidad quedó en manos de los sectores más retrógrados que habían sido desplazados en el año '73. Muchos de esos profesores eran los que habían formado la famosa Cámara Federal dedicada a la represión de delitos políticos y se reinstalaron en el '76. La intervención fue prácticamente una vuelta al '66.

Fuimos separados por simples decisiones administrativas. Yo, en el año 1974 estaba a cargo de la cátedra de Derecho Penal, Parte Especial y fui separado en la misma resolución en la que se separó a BACIGALUPO y a RAMOS MEJÍA.

—La intervención ponía fin a una etapa de euforia y esperanza... ¿Cómo se vivieron esos momentos?

—Ciertamente las autoridades de la Facultad de Derecho habían caído en muchos vicios de infantilismo y se habían confundido, como ya dije, posiciones políticas con idoneidad académica. Es cierto que se propusieron nombramientos que no tenían sentido. Pero la intervención fue vista como un acto de agresión, que era el reflejo de lo que sería LÓPEZ REGA en el país.

—Con la intervención comenzó una nueva dispersión del grupo de JIMÉNEZ DE ASÚA. BACIGALUPO se fue al exterior, luego se fueron Gladys ROMERO, RIGHI, SCHIFFERIN, etcétera. Yo permanecí en el país y continué con las defensas de presos políticos. Durante el año '75 nuestras actividades se concentraron más en Nuevo Pensamiento Penal.

—Nuevo Pensamiento Penal se convirtió en el eje del trabajo intelectual y, sin duda, era una revista de gran calidad. Pero en el año 1976 se produjo un conflicto que llevó, en cierto modo, al cierre de esa revista y al nacimiento de Doctrina Penal. Se ha hablado mucho en nuestro medio de ese conflicto y él ha influido, incluso, en generaciones posteriores ¿Qué fue realmente lo que sucedió?

—Ese conflicto yo lo viví muy de cerca y todavía recuerdo cinco días de discusiones en Bonn con Gladys ROMERO, BACIGALUPO, BERGALLI, Julio MAIER y otros sobre el destino de Nuevo Pensamiento Penal. Esta polémica era el reflejo de la misma discusión que se daba en otros ámbitos. Existían dos posiciones. Para algunos, era ne-

cesario cerrar la revista, ya que no se daban condiciones para publicarla de un modo libre y, por otra parte, mantenerla significaba dar lugar a confusión en el exterior sobre la situación en el país. Para otro sector, no tenía sentido cerrarla y debía ser editada como un modo de resistencia, sin aceptar condicionamientos y sólo debería ser cerrada si se producían presiones o se obligaba a publicar algo en particular. Yo estaba por esta segunda posición, ya que no tenía sentido autoclausurarse y perder una posibilidad de seguir convocando y formando gente. Todavía creo en esa posición y la prueba está en que *Doctrina Penal* fue una revista crítica, en muchos aspectos más crítica que *Nuevo Pensamiento Penal* y que tomaba partido muy concretamente respecto de temas puntuales vinculados a la jurisprudencia o a la legislación. Era una de las pocas vías de conocimiento en el exterior de lo que sucedía en la política criminal argentina, desde un punto de vista crítico. Sin embargo, lo cierto es que el grupo que estaba en contra de continuar con la revista se apartó de la nueva publicación. En esa posición inicial estaban BACIGALUPO, RIGHI, Gladys ROMERO y SCHIFFRIN...

—¿Por qué eligieron a Núñez como Director?

—En realidad NÚÑEZ ya era Director en los últimos meses de *Nuevo Pensamiento Penal*. Se lo propuso a él porque era una persona con una conducta intachable y una clara oposición a los regímenes militares. NÚÑEZ aceptó, a pesar de que tenía muchas diferencias conceptuales con el grupo de redacción. Cuando en Alemania se acordó no continuar con el nombre de *Nuevo Pensamiento Penal* yo propuse sacar una nueva revista, con otro nombre. Esto fue aceptado en forma general. Así que una vez que volví a Buenos Aires me comuniqué inmediatamente con él.

—A partir del año '76 otra vez se perdió todo vínculo con la Universidad. Así que *Doctrina Penal* se convirtió en el ámbito de trabajo fundamental. Comenzó una época de trabajo intenso con Carlos Tozzini...

—Efectivamente. Otros muchos trabajaban en *Doctrina Penal*, como Jaime MALAMUD y Julio MAIER, pero el esfuerzo principal se dividía entre TOZZINI y yo; por lo menos hasta el año 1985, en el que TOZZINI asumió una mayor carga de trabajo, porque yo ingresé nuevamente a la Universidad. Toda esta etapa fue muy dura, de exilio interno. La revista nos permitía reproducir una cierta vida universitaria, realizar investigaciones, algunas reuniones, pero carecía-

mos de un ámbito propio, ni siquiera teníamos unas oficinas o institución que nos albergara. Buscábamos mucho la solidaridad externa y eso también nos protegía.

—En esa época se producía el fenómeno de lo que se llamó la “Universidad de catacumbas” y los estudiantes buscaban la forma de conectarse con los grupos de intelectuales que seguían produciendo fuera de la Universidad. Pero en el año 1976 se produce un sistema de represión cualitativamente distinto al de épocas anteriores: nunca había sido tan brutal, tan abarcador...

—Entre los años ‘76 y ‘79 el sistema de represión fue brutal. También se debe tener en cuenta que el gobierno militar hacía todo lo posible para transmitir una imagen ordenada y respetuosa a la comunidad internacional. Por eso en Doctrina Penal —y ese era un pequeño aporte que podíamos hacer— mostrábamos toda la legislación represiva. Además, yo personalmente seguía vinculado a la Liga por los Derechos del Hombre y a la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos y trabajaba con los casos de desapariciones. Claro que corríamos riesgos, pero uno se forma una cierta insensibilidad que le hace no considerar todos los riesgos... En esa época era enorme el trabajo con los habeas corpus, el contacto con organismos del exterior y las misiones que enviaban, el trabajo con presos políticos, porque no todos eran desaparecidos. El año 1976 fue una divisoria de aguas: muchos penalistas que se decían progresistas, que habían estado vinculados al grupo de JIMÉNEZ DE ASÚA incluso, se recluyeron en el ejercicio privado de la profesión y no participaron en la defensa de los derechos humanos. Otro sector, al que me enorgullece pertenecer, se volcó decididamente a esa defensa.

Por supuesto hubo un sector de juristas y de penalistas que participó abiertamente en el gobierno militar e, incluso, como el caso de LAPLAZA —que participó en la caza de brujas— o de SOLER, que justificó algunas acciones del gobierno militar. Otro sector no tenía un compromiso ideológico directo y, de alguna manera, participó al inicio pero luego se apartó. De todos modos, el sector que se oponía activamente era muy reducido. En esa época tenía una sensación de impotencia enorme y era muy fuerte observar cómo grandes sectores de la sociedad estaban aterrorizados. No estábamos preparados para el tipo de represión que se desató en el ‘76. Nos sorprendíamos todos los días. Recuerdo el caso de Jorge REBO-

ri, profesor de filosofía de la Facultad, que fue detenido, torturado y murió en la tortura. Como habían allanado el estudio, también secuestraron al hermano que nada tenía que ver, y lo mismo ocurrió con la mujer. El grado de arbitrariedad era total y no era fácil prepararse para ello. Así que uno vivía en peligro pero trataba de no tomar demasiada conciencia de ese peligro.

—Y en ese contexto ¿era posible continuar con el trabajo intelectual?

—Paradójicamente, se volvió esencial. Si uno tiene la posibilidad interior, mantener algunas de sus actividades anteriores, de sus rutinas, es un modo de no dejar que la opresión lo abarque todo y de mantener fuerzas.

—En esa época, ¿Ud. permanecía en contacto con el Partido Comunista? La posición del comunismo en esos años ha sido muy criticada...

—Si, yo continuaba en contacto sobre la base de mi defensa de los derechos humanos, de los presos políticos, de los militantes universitarios, tal como lo había hecho siempre. Se ha criticado mucho, es cierto, a un sector del comunismo argentino —en el partido existían sectores y grupos, como en todos los partidos— por la pésima evaluación que hacían del sector militar, de la posibilidad de especular sobre contradicciones internas de las Fuerzas Armadas, críticas con las cuales coincido. Creo que todo eso fue un gran error. Pero para los que estábamos en la defensa concreta de los desaparecidos, torturados, etc., esas distinciones no tenían ningún sentido. Esas distinciones tenían que ver con la presencia indudable de sectores stalinistas dentro del partido, sectores que privilegiaban las relaciones con la Unión Soviética. Sin duda se cometieron graves errores...

—Volvamos a Doctrina Penal...

—Doctrina Penal se convirtió en un ámbito de convocatoria, de crítica, de continuidad de un espíritu de trabajo intelectual. Creo que mi opinión en el sentido de que no era conveniente dejar de tener una revista fue confirmado en la propia existencia de Doctrina Penal, que se convirtió en un punto de referencia del pensamiento crítico respecto del autoritarismo dominante en el campo de la política criminal.

#### IV. LA VUELTA A LA DEMOCRACIA



—En el año '83 volvemos a tener un gobierno democrático, esta vez con nuevas características, que abren un período muy rico para la sociedad argentina, en el que todavía estamos. También es una nueva etapa para la Universidad...

—Al inicio del gobierno democrático, el Decano de la Facultad, que era Eugenio BULIGYN, llamó a quienes habíamos sido profesores antes del golpe militar a que nos incorporáramos mientras se organizaban los concursos. Es cierto que esta primera convocatoria no fue muy amplia, sino más bien selectiva, ya que era una época de transición hasta la normalización de la Universidad por concursos. El primer impacto fue encontrarnos con un estudiantado totalmente distinto, formado en la época del proceso, con menos ideales que los estudiantes del '73, mucho menos crítico y bastante temeroso.

No se puede decir que en la Facultad de Derecho haya habido un recambio total. Sí se produjo el ingreso de profesores progresistas, de nuevas ideas, pero también continuaron muchos profesores de antes. En realidad —y hasta ahora— la Facultad de Derecho no ha tenido una gran renovación. Esa es todavía una tarea pendiente. En Derecho Penal, Filosofía del Derecho, Derecho Civil, ingresó gente con ideas nuevas. Pero el grueso de los profesores siguió con esquemas bastante similares a los anteriores.

—Pero en los años '84 y '85 se produjo un cambio muy importante: los concursos y las cátedras que antes eran alternativas pasaron a ser las dominantes.

—Sí; no se trata de minimizar los cambios. En el campo del Derecho Penal, en especial, los concursos significaron un gran cambio. En la Facultad nuevamente se introdujo la dogmática penal moderna y se produjo una apertura hacia todo el pensamiento moderno. En ese sentido, el año 83 marcó una gran apertura que no se había vivido antes: FOUCAULT, la Criminología Crítica, las nuevas discusiones de la dogmática penal. De todas maneras, el Departamento de Derecho Penal no ha llegado aún a funcionar correctamente y allí hay un problema estructural que no se ha podido resolver. No obstante aumentó mucho el intercambio con profesores extranjeros.

—Ya han pasado casi diez años. Posiblemente el tiempo más largo de permanencia en la Universidad de toda su vida, ¿Qué le han dejado estos diez años?

—Efectivamente, es el período más largo de mi vida dentro de la Universidad. Yo creo que se advierte, más que nunca, la necesidad de que existan profesores-maestros en la Facultad, profesores con dedicación total a la enseñanza y a la formación de nuevos intelectuales. Ésta sigue siendo la gran carencia de nuestra Facultad, ya que la participación de los docentes sigue siendo parcial, nómada. Por otra parte, los profesores no hemos trabajado en equipo, ni existe una gran intercomunicación; no hay debate entre los profesores ni mayor coordinación. Además, nos sigue faltando imaginación para crear caminos nuevos, que entusiasmen a la gente: seguimos enseñando de una manera tradicional y aburrida. Hay poca ruptura, poca crítica, muy poca innovación.

En Derecho Penal, nuestro apego a lo que se produce en Alemania e Italia, algo de los Estados Unidos, es poco crítica...

—En gran medida, eso se produce por una falta de reflexión político-criminal adecuada. Ella es la que nos da especificidad y nos permite un diálogo más preciso. Por ejemplo, existe una experiencia suya en el campo de la lucha contra la delincuencia financiera que ha influido en su obra.

—Si, eso se vincula a una experiencia personal realizada en el Centro de Investigaciones del Banco Central. Se debe tener en cuenta que el auge de la delincuencia financiera en nuestro país se produjo a partir de un famoso decreto del año '77, de MARTÍNEZ DE HOZ, que permitió la creación de Bancos y Financieras con muy pocos recaudos. Esta situación habilitó el ingreso de un sector muy aventurero e hizo que se crearan rápidamente grupos bancarios, o que todos los grupos económicos ingresaran a la actividad bancaria, que pronto distorsionaron y corrompieron todo el sistema.

Esto no significó solamente un aumento cuantitativo de los delitos en este campo sino que aparecieron rápidamente nuevas y muy complejas formas de criminalidad financiera. Yo traté de que en el Banco Central se estudiaran las nuevas formas de delincuencia económica para tratar de prevenirlas.

—En esa época Ud. organizó un Centro dedicado no sólo a la investigación sino a la persecución de los casos de delincuencia financiera.

—Todo comenzó cuando fui contratado personalmente por el Banco Central para hacerme cargo de una querrela que se llevaba con-

tra directivos del Banco de Italia. Yo en esa época no tenía gran experiencia en la persecución de la delincuencia financiera de gran envergadura. Pero era evidente que el modo en que se trabajaban esas querellas desde el Banco Central era inadecuada: no había medios, no existían peritos adecuados ni abogados preparados y tampoco había un espíritu dispuesto a tomarlo en serio. Yo comencé a insistir en armar un equipo de trabajo con una metodología y un espíritu diferente, que se ocupara también del estudio de los medidas preventivas. Finalmente, en 1987, el Directorio del Banco Central me convocó para proponerme la formación de ese equipo y solicitarme que me haga cargo de ese Centro. Por concurso se formó un buen equipo de abogados y comenzamos a trabajar con esa nueva metodología. Creo que se produjo un mejoramiento en el modo de llevar adelante las querellas y el Banco Central abandonó su tradicional política pasiva. El procedimiento escrito y el sistema judicial no nos permitía demasiado pero, incluso en esas circunstancias, logramos procesamientos importantes y se abrió la puerta a un trabajo especializado. Los Directivos de muchos Bancos privados comenzaron a presionar de un modo muy fuerte y el apoyo inicial se debilitó muy pronto.

—El año '83 significó un gran esfuerzo de toda la sociedad por construir una democracia no corporativa. La sensación es que esa lucha no tuvo éxito y se fue perdiendo con la corporación militar, la financiera, la sindical, la judicial, etc. ¿Qué sabor le quedó de esos años forzados?

—La impresión que me quedó después del año 1989, cuando disolvieron el Centro y el equipo de trabajo, es que la fuerza de estos grupos es más fuerte de lo que pensábamos. La reacción de los grupos financieros fue muy fuerte y provocaron una disolución directa. En el propio Directorio del Banco Central existían personas que estaban en contra de los intereses públicos. La fuerza de todos estos grupos, la conexión que existe entre ellos, su capacidad de presionar al poder público es muy grande. En el año 1989, cuando asumí, bajo la presidencia de GONZÁLEZ FRAGA, el nuevo directorio disuelve directamente el Centro de Asuntos y Estudios Penales. Era previsible que con el cambio de gobierno vinieran cambios y me imaginaba que el Director sería reemplazado. Pero no imaginaba que directamente se lo iba a disolver de un modo abrupto. Un día me enteré indirectamente de que había salido un decreto que lo di-

solví. Reuní a todo el equipo y manifesté que era necesario oponerse de inmediato y de un modo público a esa disolución. El grupo de trabajo me pidió que esperara unos días para ver que pasaba. Como seguía el silencio, le escribí directamente a GONZÁLEZ FRAGA señalando las consecuencias de esa disolución e interrogando acerca de las motivaciones. Esta nota crítica tuvo repercusión en algunos medios de comunicación, incluso del exterior, y ello provocó que me dieran algunas explicaciones. GONZÁLEZ FRAGA dijo que en el modelo de libre regulación los delitos financieros iban a ir desapareciendo solos. Pero esa opinión era formal. Yo creo que molestaba que se establecieran controles sobre los grupos financieros, tanto a través de la persecución como de las medidas preventivas. Todo esto molestaba y el nuevo directorio respondía directamente a los grupos financieros.

La gran experiencia fue observar de un modo directo la total ineficacia del sistema judicial para intervenir en estos casos de delincuencia. La burocracia, la ideología de los jueces, y otros factores, hacían que el sistema judicial no tuviera capacidad ni imaginación para hacerse cargo de esto. En segundo término fue interesante comprender la estrecha interconexión que existe entre el poder económico y el poder político; y, en tercer lugar, la fuerte interrelación entre estos grupos.

El Centro tuvo una existencia corta, pero nos permitió experimentar que se podían hacer cosas interesantes, aunque no era fácil hacerlas por las diferencias de poder.

Este es un tema que desde entonces he tenido presente porque sigo viendo cómo esos grupos y ese sector que había devastado las finanzas del Estado, cada día avanza más, y hoy se ha apoderado del país entero. Creo que nosotros estábamos bien orientados, pero los hechos posteriores nos demostraron que no habíamos evaluado correctamente el enorme poder de todos estos sectores. Lo doloroso es que hoy sería más difícil aún. Pero hay que seguir insistiendo en que es posible organizar una persecución eficaz de la delincuencia financiera.

—Esa experiencia le dio un giro a su trabajo intelectual. ¿Cuáles son desde entonces sus principales preocupaciones?

—En estos años se producen algunos cambios en mi trabajo. Hasta el año 1985 volqué todas mis fuerzas en el campo de los dere-

chos civiles y políticos más clásicos; mi trabajo como abogado y mi producción escrita estuvieron vinculados directamente a esa preocupación. A partir de ese año, tomé conciencia de la necesidad de orientar fuerzas hacia este otro sector de los derechos de índole económica, hacia la idea de bienestar general o público, campo en el que no había tantas ideas claras y en el que era necesario examinar con mayor precisión los mecanismos que se pueden utilizar.

Hasta hace poco tiempo, la lucha contra la delincuencia económica no era planteada o percibida como una exigencia inmediata, vinculada a los derechos humanos, como un reclamo de la población en general o algo vinculado a las mayorías. Por eso comienzo a trabajar estos temas. De estos años es el libro sobre Administración fraudulenta, los artículos sobre la delincuencia económica, el análisis del problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Comienzo a estudiar más la necesidad de estructurar sistemas especiales para combatir la delincuencia económica. Junto con Carlos CRUZ, comenzamos una investigación sobre delincuencia económica que aún no ha terminado y, en general, siento una gran insatisfacción sobre el modo en que el Derecho Penal se vincula a todos estos temas.

Diría que en los últimos diez años me he orientado a estos temas, he dado muchas conferencias y escrito artículos sobre la relación entre el derecho penal y lo económico-financiero, en general alrededor de la idea de que los instrumentos clásicos del derecho penal son inadecuados para resolver estos problemas.

Ahora se publica un artículo sobre el concepto de “acción institucional”, es decir, el concepto de acción que necesita un Derecho Penal eficaz para la lucha contra la delincuencia económica. Se trata de un sistema de doble imputación, como el que trabajamos en el Anteproyecto de Guatemala, que se basa en una reformulación de muchas de las categorías. De todos modos, sigue siendo Derecho Penal, pero un Derecho Penal en el que las categorías puramente subjetivas desaparecen. Eso no significa una entrada directa de la responsabilidad objetiva —porque ella es en cierto modo un concepto referencial— sino una reformulación de todo el sistema de imputación. La actuación del interés económico y los problemas de organización interna de la empresa obligan a nuevas categorías que aprehendan adecuadamente los procesos de toma de

decisión.

—Todo esto es muy complejo y poner en crisis todos los conceptos básicos del Derecho Penal requiere una gran valentía. Sin embargo, creo que es un camino insoslayable si queremos tener alguna posibilidad de reorientar la selectividad del sistema penal. Pero quisiera terminar con una pregunta simple Ahora que se cierra un ciclo de su vida universitaria y con la experiencia que ha tenido, ¿volvería a optar por el Derecho Penal?

—Sin duda. Pero lo haría de un modo disciplinado. Lamento algunas cosas. Si tuviera que hacer una autocrítica, diría que he estudiado de un modo desorganizado. Pero eso es también producto de toda nuestra vida, del tiempo que nos tocó vivir, de la inestabilidad permanente. Me he sentido siempre saltando de una isla a otra y si pudiera rectificar algo del pasado, haría una formación más sistemática. No me arrepiento de haber puesto mis conocimientos al servicio de la defensa de las personas y de la oposición al autoritarismo, aunque con ello haya perdido muchas oportunidades de un trabajo intelectual más sistemático, porque antes que profesor, abogado o cualquier otro calificativo que me puedan dar, me interesa sentirme actor en la construcción de una sociedad más justa y más digna. Creo que ése es el camino y eso es lo que trato de enseñar.







# Obras del Profesor David Baigún

## A. TRABAJOS PUBLICADOS EN LIBROS Y REVISTAS JURÍDICAS

1. El trabajo de Van Boemelen sobre los principios de la legislación soviética del 25/12/1958 en "Law in Eastern Europe", en "Estudios de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Penales de la UBA", N° 3, p. 159.
2. Sistematización y contenido de los delitos contra el honor, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", ed. La ley, N° 4, p. 31.
3. La ley 17.812. Modificación complementaria de la ley 17.567, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", 1968, N° 2, p. 113.
4. Elementos subjetivos de la antijuricidad, en el libro de Boffi Boggero, Ilícitud en indemnización, Ed. J. Alvarez, 1969, p. 165.
5. Comentarios de la Jurisprudencia reciente en defraudaciones con grandes inmuebles, en "Nuevo Pensamiento Penal", t. I, p. 104.
6. Evolución de los métodos y medios del derecho penal, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1973, t. II, p. 195.
7. Interpretación de la ley de amnistía y delegación de las leyes represivas, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1974, t. III, p. 239.
8. Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1974, T. III, p. 239.
9. Comentario de la ley 20.642, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1974, p. 339.
10. Comentario de la ley 20.840, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1974, p. 339.
11. Otra vez el artículo 2857. Zigzagueo de la jurisprudencia en la equiparación de los cheques particulares con los públicos, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1975, p. 477.

12. Tentativa de extorsión, "delito experimental" y punibilidad, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1976, t. V, p. 295.
13. Ordenamiento penal del nuevo gobierno, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1976, t. V, p. 433.
14. Política criminal y tutela del medio ambiente en la República Argentina, en "Doctrina Penal", 1978, t. 1 p. 1.
15. Modificaciones penales y procesales de excepción, bajo el pseudónimo de Luciano Zarraga en "Doctrina Penal".
16. El bien jurídico tutelado en la falsedad documental, en colaboración con Carlos A. Tozzini, en "Doctrina Penal", 1978, p. 531.
17. Reforma al Código Penal ley 21.766, en "Doctrina Penal", 1978, p. 425.
18. Ley 21.808; reincorporación del art. 29 de la ley 20.318, en "Doctrina Penal", 1980, p. 431.
19. Reforma de los arts. 13 y 53 del Código Penal. Ley 22.156, en "Doctrina Penal", 1980, p. 143.
20. La ley 21.400 y el concepto de seguridad interna, en "Revista de Derecho Laboral", año XIX, 1977, p. 113.
21. Observaciones en el proyecto de Código Penal (parte general) redactado por la Subcomisión de Reformas al Código Penal, ley 20.509 y decreto 480/73, Ed. Congreso de la Nación, 1975.
22. Culpabilidad y alienación, en "Los problemas de las ciencias penales y la filosofía del derecho", libro de homenaje a Jiménez de Asúa, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1970.
23. Actualidad de las ideas de política criminal del Código Penal de 1921 en el ámbito de la pena de muerte, en "Jornadas de Derecho Penal Argentino", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1973.
24. La derogación de normas penales y el programa de reformas del Poder Ejecutivo, en La Ley, t. 115, p. 1055, Buenos Aires, 1964.
25. Décimo octava ley de reforma del Código Penal en la República Federal de Alemania, ley para la represión de la criminalidad ambiental, en "Doctrina Penal", N° 18, p. 355.
26. Reseña de 1982. Leyes 22.591, 22.617 y 22.624, en "Doctrina Penal", N° 20, p. 733.
27. El concepto de venta de inmuebles en el inc. 9° del art. 173 del Código Penal, en "Doctrina Penal", N° 20, p. 741.
28. Delito de "hostigamiento de un grupo de población". Modificación del Código Penal de Suecia, en "Doctrina Penal", N° 22, p. 342.

29. Reseña del último semestre del gobierno de facto, en "Doctrina Penal", 1983, p. 727.
30. Culpabilidad y coerción estatal. La realidad argentina, en "Libro de Homenaje a Hilde Kaufmann", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984.
31. La ley 23.098. Procedimiento de Hábeas Corpus, en "Doctrina Penal", 1984, N° 28.
32. La obediencia debida en el art. 514 del Código de Justicia Militar, en "Doctrina Penal", 1986, p. 377.
33. Dos cuestiones dogmáticas conocidas —legítima defensa y dolo eventual— y las valoraciones de la política criminal, en "Doctrina Penal", 1987, p. 267.
34. Competencia en delitos vinculados con depósitos a plazo fijo, en "Doctrina Penal", 1988, p. 641.
35. La asociación ilícita financiera, en "Publicación del BCRA", 1989.
36. El uso de las normas tecnológicas y la responsabilidad penal de las empresas, en "El derecho y las normas tecnológicas", revista de Derecho Industrial N° 33, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 795.
37. El sistema bancario internacional y criminalidad económica. Las relaciones Argentina-Italia, en "Doctrina Penal", 1989, N° 46, p. 488.

## **B. TRABAJOS CIENTÍFICOS DE INVESTIGACIÓN**

1. La investigación de campo sobre "Delincuencia juvenil", bajo la dirección del Dr. Luis Jiménez de Asúa, en el Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1964/1966.
2. El bien jurídico protegido en el Código Penal Argentino, investigación realizada en el Centro Internacional de Investigaciones para las Ciencias Penales, Buenos Aires 1972, y Friburgo (R.F.A.), 1974.
3. Investigación de campo en la justicia comercial y en la justicia penal sobre el desarrollo de las quiebras. Inconcluso.
4. La falsificación de instrumentos privados, Investigación realizada en colaboración con el Dr. Carlos A. Tozzini, en "Doctrina Penal", 1981, p. 279.
5. Administración fraudulenta en las sociedades comerciales. En colaboración con Salvador Bergel, Depalma, Buenos Aires, 1988.

### **C. TRABAJOS PUBLICADOS EN EL EXTRANJERO**

1. Les circonstances aggravantes et leur nature en droit argentin, en "Revue Internationale de Droit Penal", 1965, p. 303.
2. Les methodes scientifiques e recherche de la verite, en "Revue Internationale de Droit Penal", 1972, p. 397.
3. Les delites de mise en danger, en "Revue Internationale de Droit Penal", 1969, p. 33.
4. La investigación de la verdad en el delito y los derechos individuales, en "Revista Jurídica Veracruzana", Veracruz, N° 3, 1973.
5. Política Criminal y Derecho Penal, en "Revue Internationale de Droit Penal", 1978, p. 31.
6. La politique penale et la protection de 1<sup>a</sup> enviroment dans la Republique Argentine, en "Revue Internationale de Droit Penal", 1979, p. 45.
7. Administración fraudulenta e intereses públicos, en "Estudios de Derecho Penal en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, Ed. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1986.
8. ¿Es conveniente la aplicación del sistema penal convencional al delito económico?, en "Gedachnisschrift fur Armin Kaufmann, Carl Heymanns, Koln-Berlin-Bonn-München, 1989.

### **D. TRADUCCIONES**

1. Racz, Georges, La defensa de los derechos del hombre en el marco de las actividades policiales, en "Doctrina Penal", 1980, t. 3, p. 583.
2. Racz Georges, Un antagonismo insoluble con la política criminal contemporánea, en "Doctrina Penal", 1983, p. 81.
3. Kudravtez, V. N., Causalidad en la criminalidad, Moscú, 1968.
4. Racz, Georges, El método criminológico en la interpretación de las leyes penales, en "Doctrina Penal", 1986, p. 467.

