

# PRUDENTIA IURIS N° 49

*Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Pontificia Universidad Católica Argentina  
"Santa María de los Buenos Aires"*



**Mayo 1999**

## **AUTORIDADES DE LA FACULTAD**

### *Decano*

Dr. Eduardo P. M. Ventura

### *Secretario*

Dr. Gabriel Limodio

### *Directores de Carrera*

Abogacía: Dr. Manuel Castro Hernández  
Ciencias Políticas: Dr. Francisco Arias Pellerano

### *Coordinación de Estudios*

Abogacía: Dr. Florencio F. Hubeñák  
Ciencias Políticas: Lic. Marcelo P. Camusso

### *Centro de Investigaciones Jurídicas*

Director: Dr. Jorge H. Alterini  
Secretario: Dr. Juan M. Battaglia

### *Coordinador de Relaciones Institucionales y Públicas*

Dr. Nestor A. Raymundo

### *Departamento de Posgrado y Extensión Jurídica*

Director: Dr. Horacio Granero  
Coordinador: Dr. Gustavo F. Costa Aguilar

### *Doctorado*

Director: Dr. Eduardo P. M. Ventura  
Comisión Asesora: Dr. Jorge H. Alterini,  
Dr. Orlando J. Gallo y Dr. Félix A. Lamas

## **AUTORIDADES DE LA REVISTA**

### *Secretario de Redacción*

Dr. Roberto Punte

**Usted Puede consultar Prudentia Iuris en: [www.albrematica.com/dial](http://www.albrematica.com/dial)**

*Ediciones de la Universidad Católica Argentina*

*Universitas S.R.L.*

*Tucumán 1436 - Buenos Aires*

*ISSN:0326-2774*

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723.



# PRUDENTIA IURIS

SUMARIO

MAYO 1999 - N° 49

Editorial .....	7
Homenaje al Dr. Alejandro Roberto Caride. <i>Mario H. Pena</i> .....	11
<b>CUESTIONES DE DERECHO PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL</b>	
Sobre el aborto. <i>Abelardo F. Rossi</i> .....	13
Algunos Problemas surgidos cuando empezó a aplicarse el Art. 76 bis del Código Penal. <i>Mario H. Pena</i> .....	21
Hacia el humanismo penal por el camino de la racionalidad. <i>Roberto V. Vazquez</i> .....	37
El carácter simbólico del Derecho Penal Económico en la Argentina. <i>Juan María Rodríguez Estevez</i> .....	63
Ética pública y ley penal. <i>José Licinio Scelzi</i> .....	87
El sistema penal y la defensa de los menores frente a los ataques a su normalidad sexual. <i>Tristan García Torres</i> .....	101
El arrepentimiento activo en la tentativa. <i>Carlos Hernán Franco</i> ...	113
La investigación penal, entre la policía en función judicial y el Ministerio Fiscal, desde una perspectiva político criminal. <i>Carlos A. Mahiques</i> .....	125
“Selective Incapacitation”. El retorno de la inocuidad al pensamiento penal norteamericano. <i>Santiago Ottaviano</i> .....	137
Insuficiencias normativas y propuestas de reforma del delito de lavado de dinero en la experiencia italiana y europea. <i>Andrea Castaldo</i> ....	157
Problemas jurídico-penales que plantea el proceso de integración política de Europa. <i>Raúl Carnevali Rodríguez</i> .....	165
<b>RECENSIONES</b>	
“Aproximación al derecho penal contemporáneo” de Jesús María Silva Sanchez. <i>Comentario por Gabriela Casas</i> . .....	197
“Biografía de Max Weber” de Marianne Weber. <i>Comentario de Florencio Hubeñák</i> .....	203
“La formazioni degli stati nazionali nell’Europa occidentale” de Charles Tilly. <i>Comentario de Florencio Hubeñák</i> .....	205



## EDITORIAL

Este número reúne estudios sobre temas de derecho penal y política criminal, como sincero homenaje a la persona y trayectoria intelectual del fallecido Profesor Dr. Alejandro Roberto Caride, realizados por profesores de la Universidad y especialistas de otras universidades nacionales y extranjeras. Esta es una de las áreas en que el mundo jurídico se encuentra más cerca del sufrimiento humano, la experiencia del dolor, la impotencia ante los hechos malignos, y la nostalgia de la beatitud quebrada. Aquí, por otra parte, confluyen estos esfuerzos de quienes luchan por la justicia desde el aquí y el ahora; en este caso, a través de la inteligencia y el esfuerzo académico.

La angustia de los que sufren la inseguridad, el dolor de las víctimas, la rebeldía de los victimarios, el mundo de la violencia, las penas y carceles, todo esto puede ser solo comprendido como "dolores de parto" de la creación que espera la renovación redentora; "cruces del hombre de hoy" en palabras del Sumo Pontífice, todo este dolor encuentra su lugar en la historia de la humanidad, haciendo presente "la fuerza de la redención" (Salvifici Doloris, 27), que de algún modo es prefigurada en los actos justos.

Frente al desconcierto y el sentimiento de impotencia, caben pues estas acciones de trabajo donde fe y razón se aúnan en los hombres de buena voluntad para seguir luchando por la justicia.



**CUESTIONES DE DERECHO PENAL  
Y POLITICA CRIMINAL**



## **HOMENAJE AL DR. ALEJANDRO ROBERTO CARIDE\***

Alejandro Roberto Caride me honró con su amistad durante muchos años. Lo conocí en mi juventud y comenzamos un largo trabajo en común con otros amigos entrañables (Juan Carlos Landó, Lucas J. Lennon, Mario S. Rassó, Juan Carlos Márquez, Julio Alfonsín, nuestros compañeros del Juzgado de Sentencia letra M de la Capital) con quienes nos unía la búsqueda de soluciones posibles al drama del menor autor o víctima de delito. Fuimos los dos y Eduardo Aguirre Obarrio, adjuntos en la cátedra de Francisco P. Laplaza, que nos abrumaba con su erudicción y con su afecto tímidamente demostrado. Luego integré el estudio que lo tuvo siempre como jefe no nombrado pero indiscutible. No es el caso de exaltar sus extraordinarios valores morales e intelectuales, pero como esta publicación se hace en su homenaje, quiero dejar asentado que lo que más impresionaba en el trato, superficial o profundo, era su humilde, vivida y esperanzada condición de hombre de Dios. La convivencia diaria y durante muchas horas me autoriza a dar testimonio de la firmeza de su fe y del amor a nuestro Creador que lo acompañó a lo largo de su larga vida y que fue el sostén para que pudiera hacer todo lo mucho y bueno que nos dejó. "Él es el árbol plantado al borde de las aguas..."

MARIO H. PENA

\* Ver "In memoriam Alejandro Roberto Caride" L.L. en Prudencia Juris N° 46, p. 84.



## SOBRE EL ABORTO

ABELARDO F. ROSSI\*

Si se trata de abordar, así sea en apretada síntesis, el problema jurídico (y, por ende, moral) del aborto no ha de recurrirse al derecho positivo, al derecho comparado ni a las leyes vigentes en los distintos tiempos y comunidades, toda vez que en este ámbito hay para todos los gustos. Ha de ahondarse en la ética, en la filosofía del derecho, en el derecho natural, y también en los avances de las ciencias médicas experimentales modernas. Y ello es así habida cuenta que, en el fondo, la solución de aquel problema radica en determinar si el embrión o el feto en el seno materno *por su naturaleza* es o no *persona humana*; porque si se llega a concluir que lo es nadie dudará que ya desde entonces es sujeto de derecho y, por ende, le asisten al menos algunos de los derechos naturales más fundamentales ínsitos en esa naturaleza, como el derecho a la vida y a la integridad corporal. De lo contrario, se daría una discriminación y una desigualdad absolutamente inadmisibles entre las personas humanas. Hoy, que tanto se habla en el mundo de los derechos humanos (como si hubiera derechos que no son humanos), la conclusión expuesta parece totalmente irreprochable y admitida universalmente, al menos en teoría, aunque desgraciadamente, de hecho, haya tantas violaciones a aquéllos.

Desde el punto de vista de las ciencias antes señaladas, cabe recordar que la *justificación* del aborto y la embriotomía proviene de la expresión del antiguo derecho romano de que el ser concebido en el claustro materno es "*pars viscerum matris*", esto es, parte de las vísceras u órganos de la madre; un órgano más, como los riñones, el estómago, los brazos o las piernas, etc., y así como éstas no son sujetos de derecho distintas de la persona, tampoco lo sería el embrión o

\* Profesor Emerito - UCA.

el feto y así se *justificaría* la embriotomía y el aborto, procurados, se entiende, y no los producidos por causas naturales.

## Análisis de la Cuestión

Comenzando por la línea argumentativa de Bender<sup>1</sup> digamos que la procreación es un acto común a la naturaleza humana y a la naturaleza animal y en ambas sigue unas reglas que substancialmente son las mismas aunque difieran accidentalmente según la especie animal de que se trate. No olvidemos que la persona humana es *animal racional*, según la definiera el inmortal Aristóteles; pero animal. Estas reglas comunes son la unión del elemento masculino con el femenino y su desarrollo posterior.

En ciertos animales la fecundación del óvulo y la primera etapa de la evolución del feto se producen en el seno materno, como en el hombre y demás mamíferos; en otros la fecundación se opera en el seno materno y la evolución ocurre totalmente fuera de él, como en las aves; en este caso el óvulo fecundado inmediatamente cesa de ser “*pars matris*”; por fin, en otros animales tanto la fecundación como su primer desarrollo se dan fuera del claustro materno, como en ciertas especies de peces. En este proceso generativo es más evidente que el feto nunca, ni por un instante, ha sido parte de la madre.

Parece, pues, lógico concluir que si *esencialmente* la procreación sigue las mismas reglas, de la unión del elemento masculino con el femenino, en el hombre y los mamíferos ni por un brevísimo espacio de tiempo el embrión ha sido parte de la madre como si el espermatozoide se uniera substancialmente primero con el organismo materno y luego se fecundara el óvulo, lo que la genética moderna ha desechado totalmente. Pensemos sino en la fecundación “*in vitro*” en la que (dejando de lado el problema ético en ella subyacente) la unión del óvulo con el espermatozoide se efectúa totalmente fuera del claustro materno, lo que indica que el nuevo ser así concebido no es parte de la madre y vive ya por sí y para sí mismo. Tampoco puede pensarse, como por ahí se ha dicho, que el elemento masculino sólo se necesita para ser absorbido por el organismo de la madre y poner a ésta en condiciones de engendrar por sí sola, como si aquél elemento fuera una mera condición previa para que la madre concibiera *como parte suya* al nuevo ser. En tal hipótesis el padre no generaría propiamente

<sup>1</sup> Ludovicus Bender O. P. “*Philosophia*”, Roma 1947.

al hijo, lo cual, además de ser desechado por la genética moderna y desvirtuado por la fecundación "in vitro", es contrario a la experiencia de ver que los hijos tienen características semejantes al padre y a la madre y muchas veces son "idénticos" al padre.

Lo que sucede es que desde el preciso momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide no se produce una nueva parte u órgano de la madre, sino que empieza a vivir un *nuevo ser* que se desarrolla según las leyes de su propia evolución y en función de sí mismo y no de la madre; hay una *nueva vida* concebida en el claustro materno distinta a la vida de la madre. Todo lo que en este nuevo ser se presenta —observable por la ecografía— aparece ordenado al fin o bien propio de él y no de la madre aunque necesite del útero de ésta para vivir, crecer y protegerse en los primeros estadios de su desarrollo. A tal punto es así que la ciencia médica desde hace años está tratando de encontrar un aparato que reemplace al útero y al saco amniótico y en el cual el embrión pueda alimentarse y oxigenarse fuera del seno materno, hasta que llegue la época del nacimiento y el feto pueda subsistir por sí mismo. Si el embrión se consigue "in vitro" y su desarrollo se logra en este aún hipotético aparato (lo que traería implicados delicadísimos problemas éticos, que aquí no abordamos) resulta manifiesto que la ciencia actual esta de acuerdo con lo que venimos sosteniendo de que aquel no es parte del organismo de la madre sino otro ser viviente, que tiene *naturaleza humana* y, por tanto, es *persona humana* y, como tal, *sujeto* de algunos derechos naturales fundamentales, como el derecho a la vida y a la integridad corporal.

Es un principio filosófico fundamental que todo comienzo de un ser se ordena naturalmente al acabamiento o perfección de ese ser <sup>2</sup>, de donde resulta que desde la concepción el embrión está ordenado al nacimiento y posterior desarrollo y no puede cortarse esa nueva vida en el seno materno sin ir contra la ley de la naturaleza e importar una grave ilicitud moral.

La ciencia médica de los últimos años ha llegado a conocer toda la evolución del embrión y del feto, haciéndonos ver cómo todo lo que en ellos ocurre se da en vista del desarrollo y perfeccionamiento de ese nuevo ser y no del organismo materno. En el primer mes desde la concepción el embrión ya tiene rudimentos de columna vertebral, tiene circulación sanguínea propia y comienza a latir su corazón; en el

<sup>2</sup> Santo Tomas de Aquino "Summa Theologiae", I-II Q. 1° a 6° ad Corp.: "...quia semper inchoatio alicuius ordinatur consummationem ipsius; ... omnis inchoatio perfectionis ordinatur in perfectionem consummatam".

segundo mes tiene un principio de brazos, piernas y ojos y su corazón late dos veces mas rápido que el de la madre y así sucesivamente en el sentido de ir adquiriendo todas las perfecciones del nuevo ser. La genética moderna nos dice que desde el primer instante se encuentra ya determinado el programa de lo que será ese ser viviente, una persona con características ya bien establecidas. El científico español José María Carrera, Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología Perinatal del Instituto Dexeus de Barcelona, afirma que el feto ya es un “paciente”, es decir, alguien (no una cosa o un órgano) que se puede ver, revisar, realizar análisis de sangre y hasta dialogar con él mediante estímulos a los que responde claramente. Se le pueden diagnosticar y curar enfermedades y, a través de la ecografía, elegir una vena e inyectarle las sustancias que necesite. La nueva rama de la ciencia médica (la Perinatología) invade la intimidad de una persona en su habitación (reportaje al ilustre médico en el diario “La Nación” del 13 de noviembre de 1991).

Si el embrión fuera “pars viscerum matris”, esto es, órgano o parte del cuerpo de la madre (lo que es muy distinto a *estar* en el claustro materno), una vez desprendido, independizado naturalmente del lugar en que vivía se corrompería, se pudriría —como si se tratara de un hígado, riñón o corazón en los transplantes— y no comenzaría propiamente a vivir, como el feto, por sí mismo. Éste sigue viviendo en otro hábitat y con más fuerza y vigor que antes.

## **El Nacimiento - La Persona Humana**

Se ha dicho que desde la concepción hay *vida* humana, pero que sólo desde el nacimiento hay *persona* humana. Aquí se ignora la naturaleza del hecho del nacimiento. Este no produce un *cambio substancial* en el ser nacido como si hubiera sido antes otro ser que se convierte en hombre por aquel hecho o que de hombre imperfecto se convirtiera en hombre perfecto, tal como si la naturaleza humana empezara a existir recién con el nacimiento. Este hecho sólo produce un *cambio accidental* como son el lugar en que vive y la diferente forma de nutrirse y oxigenarse. Pero el criterio para discernir si un ser es persona humana no son estas circunstancias sino la substancia misma del nuevo ser, ahora en el mundo y en la sociedad. Y si, como hemos tratado de mostrar, el ser en el seno materno ya posee la naturaleza humana independiente de la madre ya también es persona y, por ende, sujeto de derecho.

Si las citadas circunstancias accidentales sirvieran para distinguir cuando un ser humano es o no un hombre, sujeto de derecho, no sería tal un adulto que estuviera en terapia intensiva, oxigenándose por una máscara y alimentándose por suero o transfusiones de sangre; este tal, al no ser persona, podría ser matado impunemente por una inyección letal porque no tendría ni el más fundamental de los derechos, el derecho a la vida.

El gran filósofo romano Boecio nos ha dado la clásica definición de persona: "rationalis naturae individua substantia", esto es, substancia individual de naturaleza racional y Aristóteles nos ha dicho que el hombre es "animal racional". Pero aquí se impone una distinción esclarecedora para nuestro tema. Una cosa es la *naturaleza* racional y otra el *uso o ejercicio* de la razón. Para ser persona se necesita tener la naturaleza aunque no se tenga el ejercicio. De lo contrario un adulto totalmente demente o un niño de tres o cuatro años no sería persona y, por ende, estaría desprovisto de todos los derechos, aun de los mas fundamentales, como el derecho a la vida, a la integridad corporal, a que se lo alimente, se lo cuide y respete, lo cual nadie admitiría. Es que el feto desde la concepción, el adulto demente y el niño en sus primeros años son seres racionales aun cuando no tenga uso de razón por causas accidentales, como serían el estar aún en el seno materno, el tener poco desarrollo funcional del cerebro o por enfermedad mental. La vida en el claustro materno es una *etapa* de la vida, como la niñez, la juventud, la adultez o la ancianidad, pero siempre serán etapas de una misma naturaleza. De no ser así ¿cómo y cuándo llegaría a tener el feto la naturaleza humana si no la tiene desde el primer momento de la concepción? ¿Cómo, cuándo y porqué un *individuo* humano no sería *persona* humana distinta de la madre desde el primer instante de su existencia, desde que empieza una nueva vida? ¿Qué es la vida?. Misterio insondable que las ciencias positivas nunca podrán explicarnos; como el misterio de la muerte.

Es cierto que muchas mujeres que se someten a la embriotomía o al aborto y médicos que las efectúan no conocen la máxima romana citada al principio, pero es indudable que obran como si la conocieran o la tienen tranquilamente en el inconsciente, la suponen y aceptan sin plantearse ningún problema físico ni moral. Una encuesta efectuada por "The New York Times" (reproducida por "La Nación" del 29 de enero del corriente año) confirma esta creencia y hasta narra que hay una joven de Houston que responde significativamente al encuestador "lo que yo haga con *mi cuerpo* no es de su incumbencia". Es que

aunque el feto *esté* en su cuerpo no *forma parte* de su cuerpo ni le pertenece y entonces no se puede disponer de su vida arbitraria e impunemente, como si fuera una *cosa*, como si fuera *algo* y no un *alguien*.

La buena madre no ama a sus pulmones, a su hígado o a su estómago, pero sí ama a la persona viva que lleva en su seno, lo que pone en evidencia que hay una clara percepción de una *alteridad*, de un *otro*, a quien ama como a una persona y lo cuida. Antes de verlo lo siente como “un otro ser querido”.

Una madre puede amar u odiar al hijo concebido (v.g. si es el resultado de una violación o incestuoso), pero sólo se ama o se odia a una persona no a una cosa, a alguien y no a algo.

### **Significado del Aborto**

Ha llegado el momento de llamar a las cosas por su nombre. La embriotomía y el aborto configuran un delito de homicidio, un asesinato, un crimen horrendo, agravado por ser la víctima la persona más débil, inocente e indefensa que se pueda pensar, un ser que no tiene voz para hacer oír sus derechos. El ser concebido no es un agresor y menos aún un agresor injusto, como para hacer valer contra él la legítima defensa. El aborto no es un *derecho* de la madre, es una grave injusticia contra el hijo. Casos hay en que es el facultativo quien convence a la madre de que sólo se trata de una especie de grano o quiste o una irregularidad en la menstruación que es preferible eliminar para bien de la salud de ella. Aquí es el médico el culpable.

Hay en el mundo millones de embriones congelados, muchísimos de los cuales serán descongelados “para la muerte” porque serán destruidos o se usarán como material de manipulación científica. En Estados Unidos se está tratando de promover una ley que determine el destino de los 100.000 embriones congelados que hay en ese país. En Gran Bretaña y en Francia pueden conservarse no más de cinco años (“La Nación” del 19.02.1998). Y después ¿qué? Asesinatos en masa de seres humanos inocentes.

Los eufemismos como “interrupción del embarazo” o “aborto selectivo o eugenésico” –para impedir el nacimiento de fetos que se anuncian con ciertas enfermedades o anomalías– no logran ocultar la realidad del delito subyacente ni engañan la conciencia de los hombres de recto sentido ético y apasionados por la Justicia, contra la cual peca gravemente el aborto. La vida –en todas sus etapas– es el prime-

ro de los derechos del hombre surgidos de la ley natural<sup>3</sup> inscrita en su corazón y cognoscible con evidencia por el simple uso de su razón. Nadie en su sano juicio puede ignorarla y es la base y sustento de la sociedad civil y política regida primordialmente por la virtud de justicia, en tanto que ésta constituye como el armazón moral sobre el que necesariamente ha de estructurarse toda comunidad de hombres libres.

La dignidad de la persona humana, su carácter excelso, sagrado e inviolable hacen intrínsecamente ilícito el aborto directo, es decir, el que procura directamente destruir una vida personal aun no nacida. Y ello ya sea que esa destrucción se persiga como fin o como medio para otro fin, incluso legítimo, v.g. para obtener órganos o tejidos para transplantar a otra persona en el tratamiento de alguna enfermedad; el fin no justifica los medios. La investigación biomédica actual sobre embriones o fetos con fines científicos es también intrínsecamente inmoral, en tanto implique la destrucción de aquéllos e importa una desigualdad y discriminación irritantes con las demás personas ya nacidas. La persona humana inocente es absolutamente igual a todas las demás en cuanto al derecho a la vida se refiere. Aquí no hay diferencias ni distinciones que valgan, como no las hay entre el hombre más eminente y el último de los desgraciados en cuanto a las normas éticas fundamentales. ¡No matarás! Somos todos absolutamente iguales. Sólo Dios tiene poder sobre la vida y la muerte.

### **Las Causas Profundas del Aborto .**

La proliferación del aborto, en todas las clases sociales, se enraíza en un relativismo ético que no se anima a distinguir tajantemente el bien y el mal, en la trivialización de la sexualidad de muchos de nuestros jóvenes, desgajada de su natural contorno de auténtico amor, del matrimonio y la familia y que sólo busca el puro placer; en el materialismo, el hedonismo y el individualismo egoísta. La mentalidad actual, desgranada de las normas éticas objetivas, ha ido socavando el sentido moral y respeta la conciencia de cada uno como criterio para decidir sobre la vida y la muerte de un ser tan inocente y desvalido. La sociedad y el Estado deben prevenir y condenar este horrible crimen, recordando que hay un Dios, misericordioso sí, pero que premia y castiga.

<sup>3</sup> Santo Tomás de Aquino "Summa Theologiae" I-II Q. 94, a 2º Ad Corp.



## ALGUNOS PROBLEMAS SURGIDOS CUANDO EMPEZÓ A APLICARSE EL ARTÍCULO 76 BIS DEL CÓDIGO PENAL

MARIO H. PENA\*

La ley 24.316 incluyó en el Código Penal los artículos 27 bis, 76 bis, 76 ter. y 76 quater. Por el primero, se fijan reglas de conducta que el condenado a pena privativa de libertad de ejecución condicional deberá cumplir por disposición judicial, durante un plazo determinado entre dos y cuatro años. Así *deberá fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato (inc. 1), abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas (inc. 2), abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas (inc. 3), asistir a la escolaridad primaria si no la tuviere cumplida (inc. 4), realizar estudios o prácticas necesarios para su capacitación laboral o profesional (inc. 5), someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia (inc. 6), adoptar oficio, arte, industria o profesión adecuado a su capacidad (inc. 7) y realizar trabajos no remunerados a favor del Estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo (inc. 8).*

Se aclara que estas reglas podrán ser modificadas por el tribunal según resultara conveniente al caso. La falta de observancia puede desembocar en el cumplimiento de la pena de prisión que se aplicara. Los otros integran el Título XII "De la suspensión del juicio a prueba" que no existía con esa o parecida redacción. Quien pida y obtenga la suspensión del juicio a prueba deberá someterse a las mismas reglas que las enumeradas y una vez cumplidas se extinguirá la acción penal.

\* Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Penal II. UCA.

En el plano teórico esta ley trata de dar una respuesta acorde con la crisis que afecta al derecho penal nacional y mundial y que se manifestó, entre otros reclamos, en las llamadas “reglas de Tokio”<sup>1</sup>.

Desde la implementación de la ley 24.316<sup>2</sup> se habla de la “probation” como si el régimen anglosajón conocido con ese nombre hubiera sido incorporado a la legislación argentina. Los autores se han encargado de informar que hay diferencias apreciables, recordando que la presumible primer aplicación reconozca como gestor al zapatero de Lexington, Massachusetts, Estados Unidos, John Augustus, autor de un sistema por el que se liberaba al condenado, se prestaba ayuda de la comunidad tanto a él como a su familia, se procuraba conseguirle empleo y recibía consejos durante cierto tiempo de prueba. También mencionan a la “diversión” o medidas sustitutivas que pueden evitar el dictado de la sentencia, aplicables al comienzo del proceso y mediante las cuales el acusador público desestima los cargos que pueda tener en contra de una persona si, a cambio, ella consiente someterse a un programa de rehabilitación y cumplir determinadas obligaciones.

Recuerdo que en Alemania es posible la “renuncia provisional al ejercicio de la acusación pública por un delito menos grave”. En él se incoa el proceso pero se renuncia a la acusación con el consentimiento del Tribunal y del inculpado. Al mismo tiempo la fiscalía impone reglas de conducta al imputado por un período máximo de seis meses y en caso de cumplimiento satisfactorio se lo sobresee definitivamente. Este esquema sigue el modelo americano de diversión o pre-trial probation<sup>3</sup> y pretende hacer cada día más real el lema: *tan poca pena como sea necesaria, tanta asistencia social como sea posible* (op. cit. pág. 693).

Parece preferible darle el nombre que surge del propio texto: “Suspensión del juicio a prueba” que se acomoda más a lo que ocurre y nos permite usar nuestro idioma.

Si quisiéramos hablar de “probation” quizá podríamos referirnos al artículo 27 bis, incorporado, como dije, por la misma ley.

<sup>1</sup> Naciones Unidas, 1990: “Los Estados miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esta manera reducir la aplicación de las penas de prisión y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente”.

<sup>2</sup> La ley 24.316 fue sancionada el 4 de mayo, promulgada el 13 de mayo y publicada el 19 de mayo de 1994.

<sup>3</sup> Jescheck H. “Tratado de Derecho Penal”, pág. 71.

Desde que comenzó la aplicación del nuevo régimen, aparecieron las diferentes maneras de interpretarlo, y tanto la jurisprudencia como la doctrina pusieron en evidencia la cuando menos ambigüedad del texto que en una lectura a primera vista suele pasar inadvertido.

Por esta razón parece oportuno comenzar el análisis con alguna memoria del trámite parlamentario. La iniciativa partió del P.E. (agosto de 1992) quien propiciaba que la “suspensión de la persecución a prueba” tuviera posible aplicación a todo proceso penal después de la declaración del imputado y hasta la fijación de la audiencia de debate o del cierre de la discusión sobre la causa. Varios legisladores presentaron distintos proyectos y hubo labor de comisión y debates en los recintos que deben ser tenidos en cuenta. Claro está que como muchas veces ocurre la voluntad de la ley puede no ser la del legislador. Ardua tarea impone el aserto de que los jueces no deben sustituir la voluntad del legislador sino aplicar la norma como éste la concibió<sup>4</sup>.

La opinión parlamentaria que suele citarse con más asiduidad es la del miembro informante de la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados, Dr. Antonio María Hernández: “...¿en qué consiste la suspensión del juicio a prueba? En que en determinados casos cuando se trata de delitos de acción pública que no tienen una pena mayor de tres años, con acuerdo del imputado y del fiscal, el juez puede resolver luego de realizada la primera parte del proceso penal y antes del juicio, que éste no se lleve a cabo siempre y cuando se establezcan determinadas reglas de conducta, además de la reparación del daño causado por el delito...”.

En otro momento del informe enfatizaba: “...En consecuencia, pensando que se trata de un procedimiento objetivo con reglas absolutamente claras y confiando en la prudencia de los jueces, llegamos a la conclusión de que no existe una violación o lesión a los principios constitucionales consagrados en los arts. 16 y 18 de nuestra Carta Magna...”<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> CSN (Fallos 300:700) cuando lo sancionado parece distinto de lo que fue debatido. “...En esta tarea interpretativa, cuando el texto de la ley no satisface autónomamente para dilucidar su verdadero sentido y alcance se debe atender a la voluntad del legislador de tal manera que, partiendo de la letra de la ley como fuente inicial y cuando no resulta autosuficiente, corresponde acudir a los debates parlamentarios que fijan de manera indubitable el criterio que ha seguido la legislatura para la sanción de la norma...” CNCP, Sala 1. “Botto Nelo Alfio” n° 632 del 10 de febrero de 1996).

<sup>5</sup> Diario de Sesiones, Cámara de Diputados, 2 de junio de 1993, pág. 1320.

Pero en cuanto aparecieron fallos con criterios encontrados y opiniones de comentaristas que acentuaban las diferencias, la ley 24.316 quedó desprendida de sus progenitores y quienes la aplican prescinden, en buena parte, de lo que los legisladores pensaron y dijeron.

Ni las reglas clara y precisas ni la prudencia de los jueces, ni el criterio de autoridad nos permite llegar a una interpretación uniforme. Trataré entonces de enumerar los desacuerdos interpretativos y procuraré dar, a través de sus voceros, las razones esgrimidas por quienes opinan en un sentido o en otro. Como la propia opinión es una de tantas creo importante destacar que la que más vale es la que forme cada lector. Este es el verdadero fin del trabajo.

Un desacuerdo: ¿La suspensión del juicio a prueba es de naturaleza penal o procesal?

En los artículos agregados se fijan reglas de procedimiento. Basta la lectura superficial para que el asunto aparezca dentro de los facultades no delegadas al gobierno federal (arts. 75 inc. 12 y 119 de la C.N.). Se habla del imputado, de la solicitud que deberá presentar, de la intervención de la parte damnificada, del consentimiento del Ministerio Público, todo lo cual no puede dejar duda.

Pero se amplían las hipótesis de comiso, se agrega una causal de suspensión de la prescripción de la acción penal, se modifica reglas de la condenación condicional (arts. 23, 26 y 67 del Cód. Penal) que forman parte integrante de la regulación indispensable y que no podrían ser tratadas por las legislaciones provinciales.

La cuestión ofrece argumentos para sostener posiciones antagónicas, pero debe aceptarse que lo que estaba ya en el texto penal hacía necesario que lo nuevo también integrara la ley de fondo.

Otro desacuerdo: ¿La decisión que se tome, es sentencia que permite los recursos de casación? En las causas "Monti Bernardo Javier s/recurso" nro. 238 del 30 de agosto de 1994, "Del Castaño María Silvana s/recurso" nro. 249 del 12 de setiembre de 1994 y "García Horacio E." Nro. 748 del 5 de marzo de 1996, entre otros, la Sala II de la CNCP sentó doctrina afirmando que las resoluciones que conceden o deniegan la suspensión del proceso a prueba no encuadran en los supuestos del art. 457 del CPPN, por su carácter revocable no es sentencia definitiva ya que no dirime la controversia ni da por finiquitada la causa, y no puede encuadrarse dentro de los autos que niegan la extinción de la pena toda vez que la mera suspensión del proceso no acarrea ese efecto.

Cito: "...que más allá del acierto o error del decisorio cuestionado por medio del recurso de casación, tiene dicho esta Sala que la decisión que los jueces adopten en el trámite de solicitud del beneficio de suspensión del juicio a prueba, a que se refiere el art. 293 del CPPN, es irrevisable. Ello es así ya que no existe norma expresa que prevea su recurribilidad (admisión específica) ni tampoco ello es válido inferirlo de la norma genérica del artículo 457 y concordantes del Código Procesal Penal, obstáculos éstos que impiden sortear la admisibilidad formal de la impugnación extraordinaria intentada".<sup>6</sup>

Pero cito: "...el nuevo Código Procesal Penal de la Nación ha creado un sistema completo y específico en relación a las decisiones que pueden ser objetos de los recursos de casación e inconstitucionalidad. Por tales vías de impugnación se puede llegar a esta Cámara respecto de las sentencias definitivas o de las que el propio art. 457 del citado ordenamiento instrumental ha equiparado taxativamente por sus efectos a los autos que hagan imposible que continúen las actuaciones; entre los que corresponde incluir la suspensión del proceso a prueba arts. 292 y 515 del CPPN..."<sup>7</sup>. En igual sentido en esta Sala las causas "Sosa de Amor, Manuela s/queja" nro. 51 y "Rima Héctor A. S/queja" nro. 78.

Cito una vez más: "...En este orden de ideas cabe tener presente que a un imputado al que se ha concedido la suspensión del beneficio de que se trata, si no comete un nuevo delito, repara los daños en la medida de lo posible y cumple con las reglas de conducta impuestas se le extinguirá, sin más, la acción penal en su contra (art. 76 ter. Cuarto párrafo del Código Penal) y todo ello sin que se haya podido ejercitar por parte de quien se opuso a su concesión —en este caso el Fiscal— su derecho a recurrir la decisión si se convalidara el criterio de no otorgarle a la resolución el carácter de recurrible ante esta Cámara. De ahí que se colige que la decisión en crisis produce consecuencias de insuficiente o imposible reparación ulterior, por lo que en el caso de autos la pretensión del control jurisdiccional intentada por el señor representante del Ministerio Público Fiscal en esta instancia debe ser acogida sin dilación..."<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Conf. "Viguie Daniel Horacio s/recurso de casación" nro. 235, reg. 103 bis/94, rta el 1/9/94; "González Julián A. S/recurso de casación" causa nro. 344, reg. 9/95 del 20 de febrero de 1995 y "Cetrangolo Eduardo D. S/rec. De queja" causa nro. 588, reg. 170/95, rta. El 7/9/95) CNPCN, Sala III causa "Di Bartolomeo Adrián s/recurso de queja" nro. 749 del 16 de febrero de 1996.

<sup>7</sup> CNCP, Sala 1, "Asenjo Claudio Martín s/recurso" nro. 518 del 5 de julio de 1995.

La contradicción está a la vista y parece difícil resolverla (en el tribunal de casación, dos salas por el sí, dos salas por el no y en la Cámara de Apelaciones en lo Criminal *"no puede haber inconstitucionalidad cuando se deniega la suspensión del juicio a prueba por no darse los requisitos del art. 474 del CPP..."*)<sup>9</sup> aunque lo decidido por otro tribunal debiera ponerle fin:

*"1. Es doctrina del Tribunal que las resoluciones cuyas consecuencias sea la obligación de seguir sometido a proceso criminal no reúnen, por regla, la calidad de sentencia definitiva a los efectos del art. 14 de la ley 48, sin embargo corresponde hacer excepción a dicha regla en los casos en los cuales su aplicación podría provocar un gravamen de insuficiente, imposible o tardía reparación posterior. Tal supuesto se da cuando se rechaza el beneficio de la suspensión del juicio a prueba, pues el gravamen de tal denegatoria no resulta susceptible de reparación posterior, en tanto se restringe el derecho del procesado a poner fin a la acción y evitar la imposición de una pena. 2. La finalidad de quien requiere la suspensión del juicio a prueba no es la de obtener una sentencia absolutoria, sino la de no seguir sometido a proceso mediante la extinción de la acción penal. 3. Corresponde hacer lugar a la queja y al recurso extraordinario con base en la doctrina de arbitrariedad pues la Cámara nacional de Casación Penal declaró mal concedidos los recursos de casación deducidos por la defensa sobre la base de fórmulas genéricas y abstractas, tales como la supuesta naturaleza irrecurrible de la denegatoria de suspensión del juicio a prueba, omitiendo considerar los planteos defensivos referentes a que la decisión debía ser equiparada a sentencia definitiva en los términos del art. 457 del Cód. Proc. Penal por tratarse de una cuestión que no puede ser renovada en el curso del proceso y que cualquier interpretación limitativa del recurso resultaba contraria al Pacto de San José de Costa Rica en cuanto no se aseguraba una segunda instancia."*<sup>10</sup>

Paso a otro problema relacionado con la naturaleza de la suspensión del juicio a prueba. ¿Es una pena, una medida de seguridad, un régimen cautelar?

<sup>8</sup> CNCP Sala IV "Muraca Susana Catalina" nro. 443 del 21 de octubre de 1996, y en el mismo sentido causa "Daher Aníbal s/rec. de queja" nro. 432 del 21 de octubre de 1996.

<sup>9</sup> CCC, Sala VII "Escudero Ramón" del 4 de mayo de 1995.

<sup>10</sup> CSN "P. O.R. y otros s/defraudación" del 11 de noviembre de 1997 en DE del 23 de abril de 1998.

El condenado condicional y el que obtiene la suspensión del juicio a prueba deben hacer lo mismo. Están obligados a decir adónde viven, a instruirse y perfeccionarse porque el juez así lo dispuso, ser más o menos abstemios, trabajar gratis, someterse a tratamientos convenientes y de antemano eficaces (¿) y estar bajo el control de un patronato, entre las exigencias que marca la ley y las demás que pueden crear los tribunales (“...el tribunal dispuso entonces que, en su carácter de empresario turístico, de la Cruz realice tareas comunitarias como guía durante dos años en el centro de jubilados La Nueva Esperanza, ubicado en Brandsen 663 de la Boca...”<sup>11</sup>). Lo único que los diferencia es que uno está cumpliendo una pena privativa de libertad en libertad y el otro procura evitar un juicio para que no le impongan una pena privativa de libertad, cumpliendo antes lo que hubiera debido cumplir después. Pero en la vida diaria ambos padecen restricciones e imposiciones, son vigilados por extraños y deben dar cuenta de sus actos. Por cierto que las consecuencias para el futuro son diferentes, pero el presente es igual y es también igual el órgano estatal que les reclama, bajo amenaza, igual comportamiento temporal. Me viene a la memoria aquello de “*mismo perro con diferente collar*”.

Siguen los problemas: ¿la suspensión del juicio a prueba solo para delitos de acción pública?. Cuando en el Código Penal se regula el ejercicio de las acciones no se la menciona y la doctrina dio ese nombre a la que debe iniciarse de oficio (art. 71 Cód. Pen.). Pero la acción dependiente de instancia privada es obligada para los delitos de violación, estupro, raptó y abuso deshonesto cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el art. 91, para las lesiones leves dolosas o culposas y en el impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes (art. 72 id.). La acción privada nace de los delitos de calumnias e injurias, violación de secretos, salvo en los casos de los arts. 154 y 157, concurrencia desleal y del incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cuando la víctima fuere el cónyuge (art. 73 id.).

*“Si consideramos que la finalidad fundamental de la ley 24.316 al incorporar la probation en el derecho penal argentino fue la de permitir una respuesta estatal ante la comisión de delitos leves, carece de sentido que la suspensión del juicio a prueba no alcance a los delitos de acción privada y a una determinada categoría de delitos dependientes de instancia privada... Resultaba más lógico, en este aspecto,*

<sup>11</sup> La Razón del 3 de junio de 1997, pág. 26.

*el proyecto del Poder Ejecutivo Nacional al disponer que la suspensión del juicio a prueba procedía en todo proceso penal tramitado en el territorio de la Nación Argentina...*<sup>12</sup>.

Continúan los problemas: ¿la suspensión del juicio a prueba puede aplicarse sólo a los delitos que tengan pena de hasta tres años de prisión?

Al principio dominó la literalidad del primer párrafo del art. 76 bis: *“El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba... pero con el correr del tiempo y la lectura crítica del cuarto párrafo del mismo artículo: “...Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio...”* extendió la posibilidad de aplicación a delitos cuya pena supere ese límite.

En la Capital algunos Tribunales orales coincidieron en esta segunda posibilidad y los autores hablaron a favor y en contra. A favor: TOF 1 “Nieva, Paola Isabel” del 27 de setiembre de 1994; TOF 5 “Tórreres Griselda B.” Del 21 de setiembre de 1995; TOF 6 “Giliberti Arnaldo” del 17 de julio de 1995; TOC 1 “Cattaneo Carlos” del 22 de junio de 1995; TOC 14 “Cruz Faustina” del 6 de octubre de 1995; TOC 15 “González J.A.” del 31 de noviembre de 1994; TOC 17 “Rodríguez Griselda” del 21 de noviembre de 1995; TOC 23 “Ocampo Jorge” del 22 de agosto de 1995; TOC 26 “Grieco Luisa” a los que debe agregarse varios más que no se registró y los fallos posteriores que todos ellos fueron aplicando en procesos sucesivos.

La doctrina coincidente: Almeyra Miguel Angel “Probation, ¿sólo para delitos de bagatela?”<sup>13</sup>, Sáenz Ricardo “La suspensión del juicio a prueba”<sup>14</sup>; Solimine Marcelo “La suspensión del juicio a prueba para los delitos criminales en la ley 24.316”<sup>15</sup>; Devoto Eleonora “La probation. A propósito de su incorporación en el Código Penal Argentino”<sup>16</sup>, pareciera tener otra postura pero en su libro “Probation e institutos análogos” pág. 83, aclara que adopta la interpretación amplia porque resulta la exégesis más justa.

<sup>12</sup> Edwards Carlos “La probation en el código penal argentino” ed. Córdoba, 1994, pág. 47.

<sup>13</sup> Comentario al fallo “Guaymas R.” del TOC 17 del 22 de abril de 1994 en el Suplemento de Jurisprudencia Penal de La Ley.

<sup>14</sup> La Ley 1994-C, 947.

<sup>15</sup> La Ley 1194-2, 178.

<sup>16</sup> La Ley del 23 de agosto de 1994.

Por supuesto hay posición contraria: en la doctrina Tamini Adolfo Luis y López Lecube Adolfo F. "La probation y la suspensión del juicio a prueba (comentarios a la ley 24.316)"; Kent Jorge y García Torres Tristán "Probation, un fallo que recepta una exégesis adecuada de la institución"<sup>17</sup>; Reinaga Juan "La ley 24.316 análisis y aplicación de los institutos"<sup>18</sup> y en la jurisprudencia Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II<sup>19</sup> (con comentario de Ramón Teodoro Ríos (pág. 6) que concluye: "...*En buen romance la opción del fallo anotado en este punto es válida desde la óptica analítica y formal, aunque a nuestro modesto entender el tribunal ha perdido la oportunidad de acometer con realismo la interpretación más acorde a los valores en juego y a las líneas orientadoras actuales de la política criminal.*" Parece oportuno recordar la recomendación cursada a los fiscales de Primera Instancia por el Procurador General de la Nación del 27 de agosto de 1997, en la que luego de la síntesis "...*que las notorias dificultades interpretativas que plantea el texto del art. 76 bis del Código Penal...*" se resuelve: "*hacer saber a los señores fiscales que en cumplimiento de las funciones otorgadas por el artículo 120 de la Constitución Nacional, resulta conveniente que en las causas criminales en las que pudiera recaer condena condicional donde se solicite la suspensión del juicio a prueba, no sea excluyente de su procedibilidad el máximo de la escala penal prevista para el delito imputado.*" (Res. PGN 39/97)<sup>20</sup>.

Creo que este es uno de los problemas cuya solución legislativa es urgente, porque un puro azar como es la fijación del tribunal interviniente puede conceder o privar de la suspensión del juicio a prueba a quienes se encuentren en similar situación.

La igualdad de iguales como garantía constitucional está en peligro. "...*el principio de igualdad ante la ley consiste en que no se establezcan exenciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros en igualdad de circunstancias.*"<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> La Ley 1995-E, 495.

<sup>18</sup> La Ley 5 de octubre de 1995.

<sup>19</sup> "Monti Bernardo J." del 30 de agosto de 1994, "Del Castaño María Silvana" del 12 de setiembre de 1994 y Sala 1 "Aquilino Fernando E" del 13 de marzo de 1998 en Suplemento de Jurisprudencia Penal de La Ley del 29 de mayo de 1998.

<sup>20</sup> Buena parte de la síntesis precedente está tomada del trabajo inédito de Marum Elizabeth y Zangaro Graciela "El instituto de la probation incorporado por la ley 24.316 al código penal".

<sup>21</sup> CSN Fallos 286:97 "Parke Davis y Cía. de Argentina SAIC" entre muchos otros.

Pero no han terminado los problemas: ¿qué suspende la suspensión del juicio a prueba?

Para la ley quien debe pedir la aplicación del juicio a prueba es "el imputado". Puede serlo desde el comienzo mismo del proceso y de tomarse la expresión en sentido lato, a partir de ese momento inicial podría serle concedida. Pero puede decirse que es imputado también quien por decisión judicial queda vinculado al proceso y su situación deberá terminar cuando se lo tenga por inocente o por culpable. Con esta interpretación sería "imputado" hasta pasar a ser sobreseído, absuelto o condenado<sup>22</sup>.

Agréguese a ello que también hay polémica vigente sobre el alcance de "juicio". Recuerdo que la interpretación que se hace respecto de la "secuela del juicio" como causa interruptiva de la prescripción de la acción penal (art. 67 del Cód. Penal) ha provocado desde su incorporación (ley 13.569 del 21 de octubre de 1949) reiteradas y encontradas posiciones. El legislador de entonces confesó que la norma provenía del proyecto Coll-Gómez (1937) y uno de los autores (Eusebio Gómez) escribiendo sobre el tema destacó que la fórmula era producto del "argot de tribunales"<sup>23</sup> y que la encuentra con inteligente vaguedad para adaptarla a los sistemas procesales provinciales. Una relectura del Tratado de Derecho Penal del maestro (1,683) siempre es oportuna. Antes de todo esto Rodolfo Moreno (h) se mostró enemigo sosteniendo que el mejor remedio para el problema era acelerar el trámite de las causas<sup>24</sup> remedio que lo sigue siendo y que cada día aparece más alejado de la realidad.

Desde el inicio surgen dos criterios, el restrictivo iniciado por Ricardo C. Núñez<sup>25</sup> seguido por Vera Barros y la jurisprudencia de tribunales cordobeses y por el que se interpreta que debe entenderse que la expresión se refiere al debate en el juicio oral o al plenario en el escrito (conviene aclarar que desde 1980 hubo un cambio de doctrina en el Superior Tribunal de esa provincia). El amplio, partiendo de la idea de juicio en el sentido constitucional lo extiende a la totalidad del proceso sin importar las diferencias resultantes de las disposicio-

<sup>22</sup> CCC, Sala VI "Popovich Juan C" del 10 de julio de 1995 en donde se negó la suspensión del juicio a prueba aun cuando fuera más favorable y CCC Sala VII "Meregá Antonio" del 29 de marzo de 1995 también denegada porque había sentencia no firme de la instancia.

<sup>23</sup> Revista de Derecho Penal 1949-4, 301.

<sup>24</sup> "El problema penal" Rodolfo Moreno, pág. 105.

<sup>25</sup> La Ley 63, 559 y Revista de Derecho Procesal 1950, sec. Jurisprudencia II, 884.

nes de los códigos de forma. Por eso los autores creen que secuela de juicio son los actos que, estructurándolo, adelantan la secuencia de la instrucción, del juicio o recursos que provengan del tribunal o de las partes intervinientes en el curso de la acción penal<sup>26</sup>, “hechos que dan vida activa y firme al juicio” (Vera Barros), “actos de la acción penal”<sup>27</sup> “hechos que dan vida activa y firme al juicio” (Vera Barros), “actos de persecución” (Gavier), “impulsión real y eficaz del proceso por parte de órganos y personas facultadas” (Soler). Y entonces entró en discusión cada paso del proceso: la iniciación por querrela o denuncia, las medidas que la defensa pidiera para transformar un sobreseimiento provisional en definitivo, la orden de captura, la citación por edictos, el informe de antecedentes emitido por el secretario, el decreto de autos para sentencia<sup>27</sup>.

En ese momento, y por lo dicho, hay “juicio” y puede haber secuela a lo largo de todo el trámite y así debe entenderse lo reglado por el art. 67 del Cód. Penal.

Cito: 1. *“El significado de la expresión “secuela del juicio” en el art. 67 CP es el de “prosecución o curso del proceso o causa penal latu sensu” siendo opuestas a su sentido léxico-lógico y a la voluntad finalista de la ley, cualesquier otras interpretaciones y, entre éstas, las que parten de considerar que, en la citada locución, la voz “juicio” no comprende al sumario, siendo aplicable, a título exclusivo, a la fase contradictoria del proceso.* 2. *En general para nuestro Código Penal “juicio” es equivalente a “proceso en todas sus etapas no solo en una de ellas”.* 3. *Existe “secuela de juicio” cada vez que en cualquier etapa del juicio penal (comprendido en su totalidad) se produce o realiza un acto con entidad suficiente para dar real dinámica e inequívoco impulso persecutorio al proceso, manteniendo en efectivo movimiento la acción penal...”*<sup>28</sup>.

Pero cito: *“...En el caso de la suspensión a prueba “juicio” no debe interpretarse entonces, como el proceso penal en sus distintas etapas desde su inicio, tal como sucede en el caso del art. 67 del mismo código sustantivo y lo ha reconocido esta Sala (causa nro. 307 “Percunte Mario Daniel s/ recurso de casación” del 7 de marzo de 1995, reg. Nro. 422)*

<sup>26</sup> Núñez Ricardo C. “Las disposiciones generales del Cód. Penal” 1988, pág. 305.

<sup>27</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Fedral fallo plenario del 3 de setiembre de 1997 “R. E.J.” con nota de Julio Chiapini en Zeus (Rosario) del 16 de marzo de 1998.

<sup>28</sup> CNCP Sala III “Patat J.C.” nro. 241 del 13 de febrero de 1995.

*sino que atiende a la etapa de ese proceso técnica e indiscutiblemente denominada plenario, juicio o debate...de lo que se desprende que la petición debe formularse una vez que la instrucción se encuentre completa y después del auto o decreto de elevación a juicio previsto en el art. 351 del Código Procesal Penal de la Nación...Sin apartamiento alguno del precedente citado en el sentido de que la solicitud debe ser anterior y no posterior al debate, es posible establecer ahora el momento preciso en que ella debe concretarse. Y en tal sentido, a los fines de evitar obvios desgastes jurisdiccionales es razonable sostener que dicho derecho caduca al vencer el plazo establecido en el art. 354 del CPPN... ”<sup>29</sup>.*

Es posible suponer que, con el correr del tiempo, las divergencias se vayan acentuando y se anticipe la oportunidad de la petición (¿después del auto de procesamiento? ¿después de la indagatoria? ¿después de la declaración espontánea? ¿antes de que nada pase?). La ley no dice cuando debe ser pedida<sup>30</sup> por lo que “*en cuanto a la oportunidad para interponer el pedido de suspensión a prueba debe ser interpretado en sentido amplio, abarcando la etapa que va desde la indagatoria hasta el llamamiento de autos para sentencia.*”<sup>31</sup>. Creo que el imputado es el que elige el momento de la petición porque nadie mejor que él sabe si es conveniente que el proceso continúe aunque debe tenerse presente que la tendencia jurisprudencial es la de limitar la oportunidad del pedido.

Fue mi propósito mostrar las interpretaciones encontradas por lo que seguiré anotando algunos de los problemas que no han sido definitivamente resueltos.

No procede la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito (art. 76 bis, u° párrafo del CP). En apoyo de la prohibición se dijo: “*la probation no procederá cuando el partícipe sea un funcionario, dado que en este caso existiría una vinculación con delitos contra la administración pública y se pondría en juego toda la transparencia que la comunidad exige de aquellos que de alguna manera tienen injerencia en la administración de los recursos comunes.*”<sup>32</sup>. Pero se sos-

<sup>29</sup> CNPN, Sala I, “Botto Nelo Alfio” causa nro. 632 del 20 de febrero de 1996.

<sup>30</sup> CCC, Sala IV “Ale Roberto” del 15 de agosto de 1995.

<sup>31</sup> CCC Sala VI “Statuto Horacio” del 8 de marzo de 1996.

<sup>32</sup> Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, sesión del 4 de mayo de 1994, senador Alasino.

<sup>33</sup> TOC 15 “Basilio Alberto” del 4 de noviembre de 1994.

tiene que esta exclusión es inconstitucional porque implica confundir la naturaleza jurídica del instituto y establece una discriminación contraria al principio de igualdad. El objetivo es reintegrar a la sociedad a aquellos imputados que cumplan determinados requisitos sin que se tome en cuenta la actividad que esté desempeñando. Impedir el beneficio por ese solo dato sería tanto como decir de antemano que no podrán alcanzar éxito en la resocialización lo que equivale a irracionalidad y la preservación de la función pública se puede eficazmente llevar a cabo por medio del sistema sancionador del derecho disciplinario administrativo, los juicios de responsabilidad civil y las inhabilidades eventuales para ocupar cargos.

Paso a otra cuestión no resuelta: ¿la opinión fiscal es determinante de la concesión? Ya en los comienzos se presentó el problema, porque “en atención a la falta de claridad de la reforma introducida por la ley 24.316 debía entenderse que solo para la concesión del beneficio prevista en el cuarto párrafo del art. 76 bis era necesaria la opinión del Ministerio Público<sup>33</sup> por lo que en las hipótesis de delitos menores podría resolverse sin que su eventual oposición fuera óbice<sup>34</sup>. Sin embargo cito: *“la suspensión del juicio a prueba es suspensión del ejercicio de la acción penal y el tribunal carece de poder autónomo para su promoción y ejercicio y tampoco tiene poder de decisión sobre la suspensión de este ejercicio”*<sup>35</sup>. Y continúan las citas: *“No existe institución o figura que dependa exclusivamente del Fiscal, por lo que la opinión infundada o errónea no obliga”*<sup>36</sup>. Conviene agregar que la mayoría de los tribunales mantienen el criterio de que la oposición fiscal impide la suspensión del juicio a prueba. Por lo dicho los fallos han aceptado todas las posiciones posibles.

Todavía quedan problemas pendientes: ¿la posible pena de inhabilitación impide en todos los supuestos la suspensión del juicio a prueba?

La lectura superficial del nuevo artículo lleva a un sí inevitable. Pero en los asuntos de todos los días el obstáculo, seguramente impensado, se convierte en casi una frustración de la alternativa buscada como eficaz sustituto (¿cuántos homicidios o lesiones culposas causados en el tránsito tramitan ante los tribunales?). La respuesta

<sup>34</sup> En igual sentido CCC Sala VI “Orue Francisco J.” Del 28 de febrer9 de 1995.

<sup>35</sup> CNCP Sala 1 “Dyke Héctor” del 31 de mayo de 1995.

<sup>36</sup> CCC Sala VI “Ortiz Jorge H.” del 16 de marzo de 1995 y Sala VI “Gómez Angel” del 18/4/1996.

jurisprudencial no tardó en presentarse. Así mientras se sostenía que la inhabilitación, como pena principal, conjunta o accesoria impide la aplicación del artículo<sup>37</sup> surgió la posición antagónica limitando la traba a los casos en que esta pena fuere principal y única<sup>38</sup> y en doctrina se anotó: *“La exclusión del régimen de suspensión del juicio a prueba provoca dispendios jurisdiccionales, pues la eventual inhabilitación que podría llegar a imponerse al imputado de un delito de lesiones culposas en el tránsito automotriz en caso de recaer sentencia condenatoria bien pudo habérsela impuesto como condición de la probation y sin necesidad de malgastar los recursos judiciales que la continuación del proceso implica...”*<sup>39</sup> y también se dijo: *“La exclusión realizada por la ley es inmotivada pues no hay razón válida alguna para continuar el trámite del proceso penal solo por estar en juego una pena más leve que la carcelaria (cuando esta última, por el contrario, admite la suspensión). Ello es más claro todavía si se piensa en la posibilidad que tiene el órgano jurisdiccional de disponer la inhabilitación del procesado como regla de conducta...”*<sup>40</sup>. Otro problema y van...: Cuando el imputado presenta la solicitud de juicio a prueba debe ofrecer reparación del daño causado en la medida de lo posible. Hasta ahora han surgido dos problemas: ¿cuál es el daño en los delitos de peligro o en la tentativa? Y ¿abarca también el daño moral? Resulta claro que para la configuración del ilícito civil —presupuesto de toda acción resarcitoria— es necesaria la producción de un daño u otro acto exterior que lo pueda causar y susceptible de apreciación pecuniaria (arts. 1067 y 1068 del Cód. Civ.). Recuerdo que *“la simple posibilidad de daño no es suficiente para la existencia de responsabilidad por parte del agente, pero sí para la configuración de una ilicitud en sentido amplio...”*<sup>41</sup>. Ya se sabe que en algunos delitos basta el peligro (disparo de arma de fuego, ciertos supuestos de abandono de persona, entre otros muchos) que no siempre produce un perjuicio estimable en dinero. Vélez Sarsfield en la nota al art. 1072 precisa: *“la ley penal castiga actos que no hacen sino amenazar el ejercicio de ciertos derechos, aunque no haya un ataque efectivo.”* Mientras que en el derecho

<sup>37</sup> CCC Sala VI “Bonahora Héctor” del 17 de agosto de 1995, Sala VII “Gaitán Oscar” del 4 de octubre de 1995, Sala IV “Golpe José M.” Del 8 de noviembre de 1996.

<sup>38</sup> Sala V “Cruz Francisco” del 28 de febrero de 1995.

<sup>39</sup> Palla Paula Zelmira “Suspensión del juicio a prueba” 1997.

<sup>40</sup> Gambirassi María Inés, Mathieu Bautista y Casaubón Javier “Proyecto de reforma de la ley 24.316” 1997.

<sup>41</sup> Orgaz Alfredo “La ilicitud” de Lerner, 1992, pág. 40.

civil se requiere el perjuicio de los derechos de otro. De lo que podría deducirse que no en todos los casos será necesario el ofrecimiento reparatorio. Pero aun para esos supuestos, hay que pagar los gastos del proceso<sup>42</sup> por lo que el ofrecimiento es requisito. De acuerdo con el art. 29 del Código Penal. La reparación alcanza al daño material y moral (inc. 1) causado<sup>43 44</sup> entendiéndose este último como *“la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria”*<sup>45</sup> sin perjuicio de destacar que existen otras diferentes teorías como la que considera a todo detrimento que no pueda ser daño patrimonial, o a la lesión de un derecho extrapatrimonial o la violación de algunos de los derechos personalísimos o de la personalidad, por lo que en muchas ofensas no existe esa clase de daño (pongo, al azar, un hurto a un banco). De todas maneras lo que importa es destacar que el ofrecimiento es requisito.

Por supuesto que no lo es la aceptación por parte de la víctima, quien además no es parte en la sustanciación del pedido<sup>46</sup>. Pero está sujeto a que el Tribunal lo estime razonable. Ha ocurrido que ante la oferta el Ministerio Público planteara objeción por considerarla exigua y que, de inmediato, el Tribunal decidiera su razonabilidad a fin de que se siguiera sustanciando la audiencia fijada en el código procesal. Por supuesto que esa conclusión deberá atender a las reales posibilidades de cumplimiento por parte del imputado y con atención a la tarea comunitaria que se le podrá imponer, recuérdese que es fuera de los horarios habituales de trabajo.

El ofrecimiento de reparación deberá hacerse siempre que previamente el particular damnificado haya asumido el rol de querellante. Pero surge una cuestión cuando en el artículo, se dice que *“la parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este últi-*

<sup>42</sup> CCC Sala IV “Marengo Juan” del 16 de diciembre de 1994, Sala I “Fernández Marcelo” del 22 de agosto de 1995.

<sup>43</sup> Núñez Ricardo “Las disposiciones generales del Código Penal” 1988, pág. 101/2.

<sup>44</sup> Creus Carlos “Reparación del daño causado por el delito” 1995, pág. 176.

<sup>45</sup> Bustamante Alsina, Jorge “Teoría general de la responsabilidad civil” 1986, pág. 205.

<sup>46</sup> CCC Sala VI “Girardo S.” Del 3 de noviembre de 1994 y CNCP Sala 1 “Calvo Néstor s/rec. de queja” causa nro. 555 del 10 de agosto de 1995, en la que denegó la posibilidad de recurrir porque el querellante no se conformó con la reparación ofrecida.

mo caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente". Para "ejercer la acción civil emergente del delito en el proceso penal su titular deberá constituirse en actor civil" (art. 87 del Código Procesal de la Nación) porque la querrela no lo comprende. Parece que la previsión del art. 76 bis está referida al supuesto de que se estuviera ejerciendo la acción civil en el juicio penal por lo que, al quedar éste suspendido, se habilita su continuación en otra sede. La querrela no incluye el reclamo patrimonial en forma automática (recuérdese el art. 1096 Cód. Civ.) por lo que el derecho de iniciar separadamente el reclamo del daño causado por el delito no requería ninguna aclaración en el código penal.

Basta de problemas, para lo cual dejo fuera de comentario y así lo aclaré en el título, los otros artículos que componen lo agregado al Código Penal.

En resumen se trata de una alternativa que merece preferente atención. La experiencia de estos pocos años de vigencia puede estimarse positiva. Requiere, sin duda, una reforma que elimine las cuestiones existentes y cuya solución jurisprudencial no es fácil. Pero además requiere que lo que se diga en los papeles se cumpla en la realidad.

Los imputados que pidan la suspensión del juicio a prueba serán cada día más y será necesario el efectivo control del cumplimiento de las exigencias que se les impondrán. Habrá que pensar en los oficiales de prueba o a quien se le pueda encomendar esa tarea, inicialmente asumida, por lo que sabemos, por un zapatero.

Porque si se llega a que la suspensión del juicio a prueba se convierta en una declaración solemne e inoperante puede aumentar el generalizado escepticismo popular hacia todo lo que sea Justicia y Jueces.

## HACIA EL HUMANISMO PENAL POR EL CAMINO DE LA RACIONALIDAD

ROBERTO V. VAZQUEZ\*

### I. Modelo e Idealismo

La construcción de un modelo, en el ámbito científico, no implica que éste deba ser paradigmático, es simplemente un modelo, una compleja hipótesis.

El legislador, en el ámbito político, no tiene la posibilidad de experimentar con las instituciones sociales, sino que, muy por el contrario, debe tomar fundadas decisiones conforme al mejor modelo.

Es por ello que epistemología y política no siempre van de la mano, y muchas veces ésta cae en las garras de aquélla.

La moderna idea de que las penas deben ser proporcionadas a los delitos, sometió al legislador, y consecuentemente a los dogmáticos, a una tarea para la cual no estaba preparado. Ya no podía acudir a la discrecionalidad del juez, como lo hizo durante mucho tiempo mediante las llamadas penas arbitrarias, pues por imperio del principio de legalidad, previsto en los arts. 4 y 5 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre de 1789, quedó sometido a la obligación constitucional de establecer el límite máximo a la cual podía llegar una pena<sup>1</sup>.

Nuevas especies de penas, entre las que florecía la privación de la libertad, el principio de legalidad, y la creencia política de los ideólogos del Estado moderno de que era posible configurar un modelo penal racional, es decir, un modelo paradigmático, condujo a resulta-

\* Profesor de Derecho Penal Profundizado. UCA.

<sup>1</sup> Cfse. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, p. 399, Editorial Trotta, Madrid, 1997.

dos muy dispares. Y eso que, todavía, en el siglo XIX y las primeras décadas del XX muy poco se discutía en torno al fin de la pena.

El vigente Código Penal de la República Argentina es producto de la adhesión de los legisladores nacionales al idealismo político en materia penal de aquella época. No es una construcción original, lo que permitiría un análisis profundo de sus fundamentos, ni se sustenta exclusivamente en un solo antecedente.

La parte general sigue los lineamientos expuestos por Feuerbach, concretados —en su primer versión— en el Código de Baviera de 1813<sup>2</sup>.

La parte especial, donde se define la pena de cada delito, en cambio, aún hoy no está claramente reseñada desde una perspectiva histórica<sup>3</sup>. La influencia, entre otros, del código español de 1848/50, peruano de 1862, belga de 1867, español de 1870, húngaro de 1878, holandés de 1881, e italiano de 1889, en la predeterminación legal de la medida de pena (los mínimos, los máximos, y los rangos) de cada delito de nuestra ley criminal, debe ser revisada.

Nuestra advertencia no es parte de un mero ensayo crítico de la pobreza de ciertas investigaciones históricas, así como de su utilización. Es que dichas cuestiones tienen vinculación directa con la base de cualquier proceso de toma de decisiones, que impone aprovechar al máximo toda la información disponible. Lo contrario, conduce a la carencia de fundamentación explícita, y consecuentemente, a la aceptación silenciosa de numerosas irracionalidades. Esto es lo que ha pasado con el modelo de Código Penal adoptado en la República Argentina<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Cfse. Feuerbach, Paul Johann Anselm v., Tratado de Derecho Penal, Hammurabi.

<sup>3</sup> Cuestión central en la determinación de la racionalidad de la sanción impuesta por el daño cometido.

<sup>4</sup> En este proceso de adhesión a modelos normativos extranjeros no siempre se pecó por exceso. Ejemplo: a pesar de que la Constitución Nacional de 1853 (art. 15), y toda una serie de precedentes autóctonos en materia de prohibición de la esclavitud, que datan por lo menos de 1813, el Código Penal en su Parte Especial no contempla expresamente, nada menos que, el castigo de la compra y venta de personas, por la simple razón de que los textos transcritos se inspiraban en concepciones bastantes ambiguas sobre la cuestión. En los fundamentos del Proyecto de 1891 se consideró, sin razón, que la hipótesis del art. 15 de la Constitución quedaban atrapadas por una fórmula idéntica al art. 140 del Código Penal vigente, citando como fuente al art. 145 del código penal italiano, las que a su vez, siguen los proyectistas, concuerdan con las disposiciones contenidas en los códigos de los Países Bajos, del Imperio Alemán y de Hungría. Cfse. Proyecto de Código Penal para la República Argentina, redactado en cumplimiento del Decreto de 7 de junio de 1890 y precedido de una exposición de

## II. La racionalidad

El legislador en materia penal debe evaluar un cúmulo de circunstancias que convergen en la determinación de una acción prohibida y su sanción.

Dicha evaluación, en la medida de lo posible, debe someterse a ciertas reglas del pensamiento universalmente aceptadas (v.gr.: la lógica), y a los lineamientos axiológicos básicos de la comunidad en la que opera<sup>5</sup>.

El mecanismo de preferencias debe ser canalizado en un modelo que comprenda aquél cúmulo de circunstancias evaluadas correctamente.

El legislador penal no puede actuar a ciegas, como hasta el día de hoy lo hace, a lo sumo, encorsetado en la coyuntura<sup>6</sup>.

Sobre la base de sólidos conocimientos teóricos y profundas investigaciones empíricas, las metas políticos-criminales deben iluminar la selección de los medios, procedimiento en el cual no cualquier medio se justifica, ni todo medio resulta apropiado para cualquier fin.

En las deliberaciones sobre la predeterminación legislativa de las penas se deber expulsar todo resabio primitivo de respuesta a un hecho delictivo basada en emociones, creencias populares, intereses corporativos, reacciones instintivas, finalidades demagógicas, etc.

---

motivos por los Dres. Piñero, Rivarola y Matienzo, Buenos Aires, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 1891. Para saldar la centenaria deuda moral, el Proyecto de Soler de 1960 establecía que serán reprimidos con reclusión de tres a quince años los "que realizaren cualquier contrato de compra y venta de personas". (cfse. Proyecto de Código Penal (art. 168), Cámara de Diputados de la Nación, Comisión de Legislación Penal). Ahora bien, Soler incluye la fórmula por obligación más que por convicción, pues entiende que no era necesaria luego de la abolición de la esclavitud (p. 92). Este argumento no parece suficiente. Basta con pensar que, precisamente, la norma penal protege la libertad de los que, a pesar de la abolición, pueden caer en ella. El actual estado de la cuestión sigue como en 1813, no obstante que todos los días se conocen hechos, aunque ajenos a la esclavitud, suponen el comercio de seres humanos, especialmente de recién nacidos.

<sup>5</sup> Vale aquí recordar la propuesta del Profesor español José L. Díez Ripollés, efectuada en el Congreso Internacional de Derecho Penal, realizado en Buenos Aires bajo el auspicio de numerosas universidades nacionales, entre el 11 y 14 de Agosto de 1997, de construir una ciencia de legislación penal, es decir, una disciplina que estudie todos los requisitos (entre ellos la necesaria fundamentación) que debe tener una ley penal.

<sup>6</sup> La capacidad biológica de evaluación es reconocida a todo ser humano. Hasta el día de hoy sólo pueden deslizar sus críticas a cualquier intento de diseñar un modelo racional, en un marco caótico de discusión.

Sin duda, una tarea cíclopea pero ineludible en una comunidad civilizada. Para ello, por lo menos, como punto de partida, se debe acudir a la base ideológica del modelo, es decir, a las fuentes del pensamiento que desarrollaron los conceptos plasmados en las actuales legislaciones penales. Esto significa que los enunciados del idealismo del Siglo XVII, especialmente la concepción leibniziana, también debe estar presente en las iniciales consideraciones para la solución del problema que, sus representantes, plantearon a los legisladores sobre la racionalidad.

Así las cosas, los escépticos podrán realizar sus aportes y críticas en el marco de una discusión científica; claro está, sin el amparo de ambiguas ideologías.

### III. Los principios constitucionales

El análisis de las reglas básicas del sistema respecto de las consecuencias del hecho ilícito obliga a la consideración conjunta de las normas relacionadas al delito y a la pena y otras medidas impuestas a causa de su comisión<sup>7</sup>.

El modelo normativo del sistema penal, plasmado en el Código de 1921, se fortaleció mediante la incorporación de prescripciones de carácter universal y de los lineamientos más respetuosos de la libertad humana, especialmente, a partir de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948, y de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* del mismo año.

Pero ello no se tradujo directamente a las convicciones de políticos, jueces, legisladores, ni siquiera de los académicos<sup>8</sup>.

Es cierto que la Constitución Nacional de 1853 contaba con fórmulas que le permitían a los dogmáticos la construcción de un esquema aceptable de garantías. Sin embargo, muchos de los valores sagrados que dichas declaraciones universales explicitaron fueron postergados.

LLevó casi medio siglo de dualismo inoperante, con altísimos costos individuales y sociales, agravados por las dictaduras con las que

<sup>7</sup> Desde luego que el estudio de las normas constitucionales no puede quedar limitado al delito y a la pena, sino que debe completarse con el examen de las nuevas prescripciones fundamentales sobre el proceso, sobre los órganos competentes para actuar en la materia, etc.

<sup>8</sup> La escalonada ratificación legislativa de los tratados internacionales, no dió mayores resultados, es decir, careció de la fuerza necesaria para iluminar a todos los operadores del sistema.

convivió, para que los derechos universales fueran escritos, junto con nuevos pronunciamientos internacionales en materia penal, con letras mayúsculas en el sistema argentino. Es, a nivel nacional, la reforma constitucional de 1994 (art. 75 inc. 22) la que merece el crédito por haberlo hecho.

Así las cosas, quedó conformado el sistema con principios antiguos y principios de la post-guerra, todos valiosos, que deben ser sistematizados por la dogmática y aplicados por nuestros jueces.

En relación al delito, se destacan:

a) El principio de la lesión jurídica (CN, art. 19, primer enunciado);

b) El principio de legalidad (CN, art. 19 segundo enunciado, y art. 18).

c) Los que formulen, consientan o firmen la concesión de facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo o la suma del poder público o el otorgamiento de sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor y las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna, tendrán la pena de los infames traidores a la Patria (CN, art. 29).

d) Los que realicen actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, y los que usurpen funciones previstas para las autoridades democráticas, tendrán la pena de los infames traidores a la Patria, y serán inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas (C.N. art. 36). La acción penal por estos hechos será imprescriptible (C.N., art. 36, primer párrafo in fine). No podrá aplicarse pena a los ciudadanos que resistan la ejecución de los actos de fuerza mencionados precedentemente (C.N., art. 36 párrafo segundo).

e) El autor de un grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedará inhabilitado, por el tiempo que fije el Congreso, para ocupar cargos o empleos públicos (C.N., art. 36 párrafo tercero).

f) El autor del delito de traición a la Patria tendrá como pena la nota de infamia (C.N., art. 119)<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Nuñez, Ricardo C., Manual de Derecho Penal, Parte Especial, ps. 99/100, aclara que la pena de infamia del art. 119 de la Constitución "no despoja al reo de su personalidad, ni la pone a ésta al margen de la protección penal, pues es una infamia inherente al acto de traición, sin otra trascendencia jurídica". La fórmula tiene di-

g) Todo contrato de compra venta y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebren, y el escribano o funcionario que lo autorice (CN, art. 15).

La sanción penal, por su lado, tiene un cúmulo de principios constitucionales que indican cuales son los lineamientos que el Estado debe sostener en la materia.

Así se dispone que todo individuo privado de su libertad será tratado humanamente<sup>10</sup>, con el respeto debido a la dignidad inherente a la persona<sup>11</sup>.

Precisamente, en este punto, la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Dessy", resuelto el 19 de octubre de 1995, ha realizado una loable interpretación de las normas aplicables en relación a la inviolabilidad de la correspondencia epistolar de un condenado a pena privativa de la libertad. Así las cosas, éste es el caso de un derecho constitucional, reconocido a partir de los Constituyentes de 1813 sin solución de continuidad, que recién es acuñado en su máxima expresión luego de la reforma de 1994 (CN, art. 75 inc. 22), con cita de todos los tratados internacionales que tienen jerarquía de Carta Magna<sup>12</sup>.

Bueno es recordar, asimismo, que la Excma. Corte ya había dado pequeños pasos en favor de la dignidad del recluso, inclusive de su familia. Así, en el acuerdo del 19 de noviembre de 1987, publicada en Fallos 310:2412, los Ministros Fayt, Petracchi y Bacqué, expresaron que: *"...la falta de condiciones elementales de aseo de los establecimientos, la insuficiencia y defectuoso funcionamiento de las instalaciones sanitarias, y la carencia de un servicio de salud adecuado....con*

---

versas referencias en el derecho comparado, v.gr., en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica (Artículo III, Sección III, párrafo (2)) se establece que: "El Congreso tendrá el poder de determinar el castigo por traición, pero el mismo no implicará una mancha hereditaria o la confiscación, excepto durante la vida de la persona condenada". Cfse. Corwin, Edward S., La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual, Editorial Fraterna, p. 729.

<sup>10</sup> Cfse. Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, art. 10, .1, y la Ley Nacional N° 23.313, publicada en el B.O.N. del 13 de mayo de 1986.

<sup>11</sup> Pacto de San José de Costa Rica, art. 5, .2, y la Ley Nacional N° 23.054, publicada en el B.O.N. del 27 de marzo de 1984.

<sup>12</sup> El caso da cuenta de la situación de un condenado al cual las autoridades del penal federal donde cumple su condena le examinaban y, eventualmente, censuraban el texto de las cartas que remitía al exterior de la cárcel y le rechazaban las misivas que entregaba en sobre cerrado, basándose en los arts. 91 y 92 de la Ley Penitenciaria Nacional (decreto-ley 412/58).

*un servicio médico permanente y especializado...pueden llevar a que el modo en que se hacen efectivas las detenciones durante el proceso o la ejecución de las penas, revista el verdadero carácter de una condena accesoria que no corresponda a las aplicadas en las sentencias ni a la pena establecida por la ley para el delito de que se trata”.*

En el caso “Arena, María y Lorenzo Kakis s/recurso de amparo”, resuelto el 21 de noviembre de 1989, publicado en Fallos 312:2218, la Excm. Corte se expidió sobre la revisión vaginal –manuales y visuales– que personal del servicio penitenciario efectuaba a la esposa y la hija menor de 14 años de un interno condenado, para evitar el ingreso de drogas al establecimiento, como condición previa de la visita que periódicamente realizaban. Se destaca el voto del Dr. Fayt, que dijo: “...No escapa a esta Corte que los establecimientos penitenciarios son lugar de encuentro de serias patologías sociales. El control de su funcionamiento de modo que concilie el interés social y el de los individuos es una de las tareas más arduas, difíciles, y cabe reconocerlo, donde los funcionarios responsables se hallan muchas veces ante conflictos de casi imposible solución. Pero no cabe por ello una claudicación de las instituciones y un aferrarse a métodos de innecesaria agresividad para las personas. Es de público y notorio que en la actualidad se ofrecen comercialmente –no ya a nivel experimental– medios de detección más eficaces que los tactos vaginales y la inspección ocular. Tales los sillones o banquetas detectores, para citar un solo ejemplo, que permiten una prospección ecográfica, y son usados en salones VIP de aeropuertos. En un mundo que avanza tecnológicamente no puede negarse la aplicación de ese progreso en un sector tan conflictivo de la vida de la sociedad, cuando se lo emplea en otros ambitos, sin que tal postergación constituya una falta de equidad...”.

El siguiente paso también lo dió el Dr. Fayt, en disidencia, en el caso “Tortora, Daniel Eduardo y otros s/habeas corpus”, resuelto el 27 de noviembre de 1990, y publicado en Fallos 313:1262. En esta oportunidad expresó que el reclamo de “asistencia médica y odontológica adecuada..no parece ser una petición desmedida ni de contenido genérico, ni de remedio imposible ni difícil, aún para los menguados recursos públicos...”, y que se debe aspirar a “...la defensa de la dignidad humana de la cual no puede ser privado ningún habitante de la Nación, aunque su conducta haya sido reprobada y se encuentre cumpliendo una pena privativa de la libertad. En otros términos, se exige la aplicación de derechos constitucionales, cuya preterición agravia a la conciencia social...”.

Recapitulo. Bajo el pretexto de la ejecución penal, nadie puede ser sometido a torturas<sup>13</sup> ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, infamantes o inusitadas, ni nadie podrá ser sometido a la pena de azotes ni a cualquier especie de tormento (CN, art. 18), y nadie podrá ser desterrado<sup>14</sup>.

Además, en todos sus momentos la pena debe ser adecuada a la gravedad y circunstancias del delito.

Respecto de la pena de muerte, se la prohíbe por causas políticas (CN, art. 18) o por delitos políticos o comunes conexos con los políticos (Pacto de San José, art. 4°, 4.). En los países que no la han abolido sólo podrá imponerse por los delitos más graves (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6.2.; Pacto de San José, art. 4 .2), en cumplimiento de sentencia ejecutoria de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena. Su aplicación no podrá extenderse a delitos a los cuales no se la aplique actualmente (Pacto de San José, art. 4, .2). No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez (Pacto de San José, art. 4, .5). No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido (Pacto de San José, art. 4, .3);

<sup>13</sup> Cfse. Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, art. 1, Punto 1, primer enunciado, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, y la Ley Nacional N° 23.338, publicada en el B.O.N. del 26 de febrero de 1987, donde se establece que por tortura se entender, según el art. 1, punto 1, segundo enunciado, "todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia". Sin embargo, quedan fuera del concepto los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas (art. 1, punto 1, segundo enunciado).

<sup>14</sup> Cfse. Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, art. 9. En el caso "ST Río Negro, noviembre 19/1993 S/N s/habeas corpus", publicado en el El Derecho 159, p. 140, el juez entendió que trasladar al condenado portador del virus H.I.V. desde la Alcaldía de Gral. Roca, Provincia de Río Negro, República Argentina, a un establecimiento especializado en dicha dolencia, como el Hospital Muñiz de la Ciudad de Buenos Aires, implicaba cierto "destierro", y por ello fue no sólo desechado, sino prohibido expresamente.

Así lo establece el art. 4 punto 2. de la Convención contra la Tortura. En el art. 32 punto c) de la Convención del Niño, aunque como referencia excepcional, se establece que las penalidades u otras sanciones deben ser "apropiadas".

El principio de la ley más benigna también ha sido establecido constitucionalmente, cuando se dispone que no se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiara con ello (Pacto de San José, art. 9).

En cuanto al fin de la pena, si bien se reconoce su naturaleza punitiva<sup>15</sup> y que su imposición obedece a la comisión de un delito, se establece que la privación de la libertad, cuando de ella se trata, debe ejecutarse en cárceles sanas y limpias (CN, art. 18), y debe tener como objetivo esencial la reforma y la readaptación social del condenado<sup>16</sup>.

En relación a las medidas de seguridad, el marco constitucional vigente a partir de la reforma de 1994, especialmente indica que “nadie será sometido a..., tratos crueles, inhumanos o degradantes”. En particular nadie ser sometido sin su libre consentimiento a “experimentos médicos o científicos” (Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, art. 7). El art. 18 de la Constitución de 1853, por su lado, afirma que “toda medida” que a pretexto de precaución conduzca a mortificar al sometido a ella más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.

Vale aquí recordar, además, que todas las prohibiciones<sup>17</sup> relacionadas con las penas crueles, inhumanas, y degradantes, son extendidas al “tratamiento” de quien, sin ser sujeto de una pena, puede quedar sometido a él.

Respecto de los niños, se establece que de considerarse que han infringido las leyes penales, toda “medida” impuesta a causa de ello será sometida a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley (Convención del niño,

<sup>15</sup> En distintas normas se establece que los autores de un delito, sus cómplices, instigadores y asociados, serán castigados.

<sup>16</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10, .3., y art. 14, .4. Pacto de San José de Costa Rica, art. 5, .6. Convención sobre los derechos del niño, art. 40, punto 1. En los fundamentos del proyecto del Poder Ejecutivo Nacional de la nueva ley de ejecución de la pena privativa de la libertad (N° 24660), se declama que el nuevo instrumento normativo tiende a “agotar la prevención general de la punición con la ejecución garantista del régimen penitenciario que materialice la prevención especial, procurando los resultados positivos requeridos por la sociedad”. Cfse. Orden del Día N° 2125, p. 9650, 1995, Comisión de Legislación Penal, del día 20 de Noviembre de 1995, H. Cámara de Diputados de la Nación.

<sup>17</sup> La reclusión accesoria por tiempo indeterminado, establecida por el art. 52 del Código Penal, ha sido declarada inconstitucional en el caso “Prieto”, Tribunal Oral en lo Criminal N° 6 de la Capital Federal, por resolución de fecha.

art. 2, b), v)). También se señala que se deberán preferir las medidas para tratar a los niños, antes que los procedimientos judiciales. Entre las medidas alternativas a la internación en instituciones, se mencionan: el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional. Todas ellas deben asegurar un trato apropiado para los niños y que guarden "proporción" tanto con sus circunstancias como con la infracción (Convención del niño, art. 40, punto 3, b), y punto 4).

#### **IV. Las penas de los delitos básicos**

##### ***A. Introducción***

En nuestro libro "*La racionalidad de la pena*" se han presentado las primeras conclusiones sobre las características generales de todos los delitos y todas las penas previstas en la Parte Especial del Código Penal<sup>18</sup>.

Ahora se indicará, con un fin comparativo, una síntesis de las características de las penas correspondientes a los delitos básicos, sólo de éstos, contenidos en aquél<sup>19</sup>.

La elección tiene su razón en la circunstancia de que, en principio, contienen los rasgos esenciales de las acciones castigadas, materia que reviste singular importancia si reparamos en que la correcta definición y organización de los tipos delictivos permite reducir las irracionalidades en las respuestas penales conminadas. La cuestión, que excede a los problemas vinculados a la técnica legislativa utilizada, contiene el debate sobre los lineamientos de política criminal adoptados por el sistema.

Es por ello que a los delitos básicos se los ha calificado como "la espina dorsal del sistema de la Parte Especial del Código"<sup>20</sup>. También se las denomina figuras fundamentales, pues son autónomas entre sí, una no deriva de la otra ni representa su base original<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Vásquez, Roberto V., *La racionalidad de la pena*, Alción Editora, 1995, Córdoba, República Argentina.

<sup>19</sup> Las primeras conclusiones del análisis contenido en este trabajo fueron incluidas en la ponencia "Las penas de los delitos básicos", presentada en el Congreso Internacional de Derecho Penal, realizado en Buenos Aires, los días 11 a 14 de Agosto de 1997, con motivo de los 75 años del Código Penal vigente.

<sup>20</sup> Cfse. Mezger, I, 377, citado por Nuñez, Manual, p. 172.

<sup>21</sup> Cfse. Nuñez, Tratado, I, p. 224.

Nuestro Código Penal expresamente no contempla la clasificación de los delitos graves (crimen) y menos graves (simple delito), como lo hacen legislaciones penales del extranjero<sup>22</sup>. Sin embargo, es innegable que los básicos pueden ser categorizadas teniendo en cuenta su gravedad diferenciada. Esta cuestión nos conduce al interesante problema de la diversa gravedad de los delitos, se trate de básicos, agravados, o atenuados. Ejemplo: un delito privilegiado puede tener pena mayor que un calificado.

Es que la clasificación de los delitos básicos, agravados o atenuados, sólo tiene en consideración "el criterio de la relación entre lo general y lo especial"<sup>23</sup>, dentro de una misma familia<sup>24</sup>. Pero dicha cuestión no impide la sistematización de todos los delitos en función de su real gravedad.

Desde ya corresponde recordar que los tipos básicos no son mayoría en el sistema del Código.

En efecto, resulta que de la cantidad de hipótesis delictivas identificados en nuestra investigación, existe un 46 % que son agravadas, un 42 % básicas, y alrededor de un 10 % son atenuadas.

No parece razonable que en la Parte Especial del Código existan tantos tipos básicos como agravados. Es cierto que la equiparación numérica no puede generalizarse. Así por ejemplo, los tipos agravados de homicidio (art. 80) tienen en relación al homicidio simple (art. 79) una proporción evidentemente mayor al promedio del Código. El hurto simple (art. 162) es sucedido por una multitud de calificantes (arts. 163 a 167). En otros casos, por ejemplo, distintas formas del tipo básico del libramiento de cheques punible, no tienen —con razón— agravantes (art. 302). Los figuras delictivas con pluralidad de hipótesis generan, con mayor o menor fundamento, una gran cantidad de tipos básicos<sup>25</sup>.

Ahora bien, todo indica que una razonable sistematización de los tipos penales básicos y agravados conduce a resultados diferentes, que puedan ser compaginados con una teoría aceptable. El Código Penal de la Nación Argentina pareciera estar muy lejos de dicha situación.

<sup>22</sup> V.gr: el código penal alemán define al crimen como al hecho antijurídico amenazado con pena de un año o más. El Proyecto Alternativo de Parte General del Código Alemán, en cambio, propugnaba la medida de cinco (5) años o más.

<sup>23</sup> Cfse. Nuñez, Manual, p. 172.

<sup>24</sup> Cfse. Soler, Tratado, II, p. 163.

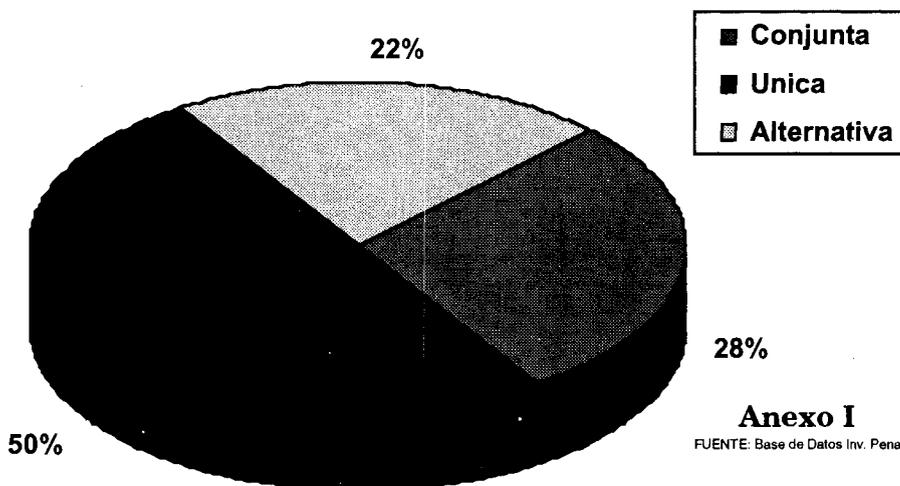
<sup>25</sup> Cfse. Nuñez, Manual, Parte General, p. 174. básicos, agravados y atenuados.

## B. Diferencias y Semejanzas

Las penas de todos los delitos del Código, según su modalidad de asignación, se distribuyen en un 37% de pena única, un 37% de pena conjunta, y un 25% de pena alternativa.

Por su lado, según surge del Gráfico N° 1 del presente trabajo, las penas de los delitos básicos identificados en nuestra investigación se distribuyen en un 50% de pena única, un 28 % de pena conjunta y un 22% de penas alternativas.

**GRÁFICO N° 1**  
**Las penas de los delitos básicos según el modo de asignación**



Si las comparamos resulta claro que el grupo de delitos básicos tiene una frecuencia superior de pena única, a expensas de la pena conjunta, que la observada en el grupo de todos los delitos.

En cuanto a la pena alternativa, se debe apuntar que, prácticamente, en el Código y entre los delitos básicos no tiene una posición destacada. A ello corresponde agregar que la modalidad que absorbe más del 95% de los casos de alternatividad, paradójicamente, resulta ser la que impone una opción entre sanciones de idéntica naturaleza (reclusión o prisión), que bien podría conceptuarse como pena única<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> Atendiendo a la identidad de naturaleza, esta modalidad punitiva, en realidad, podría conceptuarse como pena única. Sin embargo, se considera como pena alternativa a la opción entre la reclusión y la prisión cuando la disyuntiva es exclusi-

La alternatividad real se presenta sólo cuando las opciones, en el momento de la individualización legal, comprenden distintas penas o cuando el aspecto cuantitativo de las mismas señala una diferencia sustancial. Es decir, la verdadera alternatividad debe significar una opción entre penas de diversa naturaleza o entidad.

La alternatividad dinámica será real cuando comprenda dichos factores en la etapa de la ejecución de la pena.

No resulta fácil justificar la finalidad del legislador cuando ha previsto penas alternativas que sólo difieren en aspectos secundarios. Esto revela una falta de claridad respecto de la función que la pena alternativa puede cumplir en el sistema. Ahora bien, tampoco resulta muy explicable la previsión de una alternatividad real que implica la posibilidad de sanciones extraordinariamente diversas, respecto de casos penales supuestamente semejantes, como son todos los captados por el mismo tipo penal. Esto indica que el legislador está utilizando una técnica inapropiada al momento de definir los tipos penales, o bien, que a los mismos les corresponde otra modalidad represiva.

En el actual Código<sup>27</sup> la pena alternativa con una opción real ha sido sustancialmente ignorada por el legislador, y —lege ferenda— obliga a reflexionar sobre ¿cuál es la finalidad correcta que esta modalidad represiva debe tener? No se trata exclusivamente de permitir aplicar una u otra pena de distinta naturaleza o entidad (alternatividad estática), sino de darle al juez de la imposición y/o de la ejecución la posibilidad de adecuar progresivamente la sanción al hecho castigado y a las circunstancias personales del individuo (alternatividad

---

va, es decir, cuando no existe la posibilidad de optar por otra especie de sanción contenida en la misma pena. En cambio, cuando aquellas forman parte de uno de los extremos de una pena que contiene sanciones de diversa naturaleza, la opción, a los fines de la alternatividad, no es considerada central, y por lo tanto, a esta se la tiene como si fuera única, contenida en uno de los extremos de la opción real. La pena del art. 94, integrada por “prisión —escala— o multa —escala— e inhabilitación especial —escala—”, se caracteriza por contener una opción entre especies de diversa naturaleza, pero, no obstante ello, no resulta suficiente para clasificarla como una modalidad de pena alternativa, ya que indefectiblemente cualquiera de dichas especies debe ir acompañada por la inhabilitación especial conminada.

<sup>27</sup> Nuñez, Tratado, II, p. 366, nota 77, señala que la alternatividad o el paralelismo de las penas pretende mejorar el proceso de individualización. Pero ello resulta ilusorio si la opción sólo es aparente. Menos fundada resulta aun dicha afirmación, si se piensa que las alternativas del Código “consultan” los diversos móviles delictuosos y la individualidad del agente, captados en un mismo tipo penal.

dinámica). En este caso, la opción en un determinado momento de la ejecución, posterior a la amenaza y a la imposición, implica la sustitución de una especie por otra.

La modalidad de asignación de la pena (conjunta, única o alternativa) emerge como un indicador concreto que el intérprete debe considerar para identificar la finalidad de aquélla, cercana a un polo retribucionista o a un polo correccionalista del sistema general de las penas. En efecto, tanto la pena única como la conjunta facilitan la identificación de la pena como amenaza, mientras que la modalidad alternativa (con el alcance fijado en este trabajo) aspira a la mejor adecuación de aquélla en el caso concreto.

Los distintos supuestos de penas alternativas identificados no tienen su origen en el catálogo de penas únicas que el Código contempla, inclusive, no deja de llamar la atención que éste no prevea alternativas elementales, vgr: entre la multa y la inhabilitación. La inhabilitación tampoco está prevista como alternativa de la pena privativa de la libertad. En general, se evidencia una falta de racionalidad en su asignación, lo cual es una muestra más de que cuando el legislador se ha preocupado por construir un sistema de sanciones, lo ha hecho para aumentar la gravedad de las mismas (mediante las penas conjuntas), y no para permitir mayor discrecionalidad judicial en el momento de su individualización frente a un caso concreto. Dicha tendencia represiva se evidencia también en las penas alternativas previstas, ya que la cantidad de penas de prisión o reclusión asignadas en ellas se destaca, frente a los valores observados en las restantes modalidades punitivas. Así, el máximo más frecuente de la pena privativa de la libertad asignada de un modo conjunto es el de 6 años, el de la pena única de prisión el de 4 años, y el de las opciones en una pena alternativa es de 10 años.

La cuestión adquiere su valor si se repara que la alternatividad real se presenta como la respuesta más compatible y racional con la descripción básica de una conducta punible, aunque se trate de un hecho grave<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Este criterio no pareciera inspirar el proyecto Zaffaroni de penas alternativas a la pena privativa de la libertad, en la medida que la alternatividad ilumina sólo las últimas fases de ejecución de la casi exclusiva pena única, que mantiene sin reformas en la Parte Especial del Código Penal de la República Argentina. Un análisis más profundo del Proyecto Zaffaroni puede consultarse en nuestro trabajo La Racionalidad de la Pena, ob. cit., p. 115 y sgts.

### B.1. Delito Básico y Pena Unica

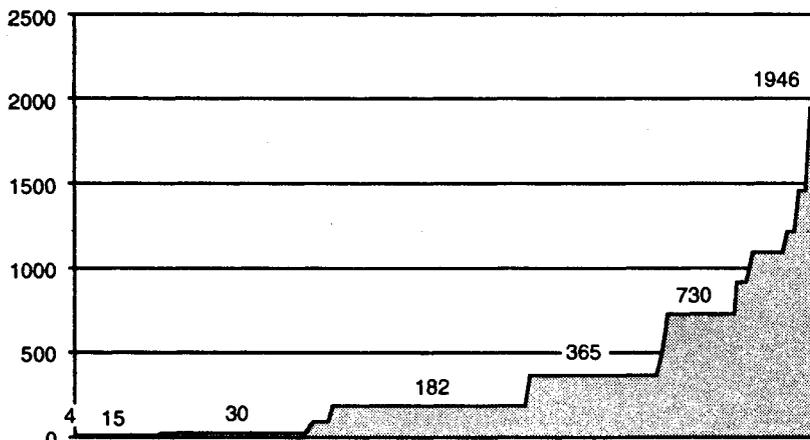
En el grupo de delitos básicos los tipos de penas observados son cuatro:

- a) la pena de prisión –escala– (en un 90 % de los casos),
- b) la pena de multa –escala– (en un 7 % de los casos),
- c) inhabilitación absoluta –escala– (porcentaje no significativo),
- d) inhabilitación especial –escala– (porcentaje no significativo).

En este grupo, está prácticamente representado todo el espectro de penas únicas del Código, que son cinco (5). La única que no está es la multa –escala en porcentajes del valor sustraído–.

Un análisis de la pena privativa de la libertad identificada en este grupo, indica que los mínimos observados se concentran alrededor de 16 valores diferentes<sup>29</sup>. El mínimo menor es el de 4 días, y el mayor es el de 1946 días (ver Gráfico N° 2).

**GRÁFICO N° 2**  
**Delitos básicos y Pena Unica**  
**El Mínimo de la Prisión**



FUENTE: Base de Datos Inv. Pena

<sup>29</sup> La unidad de medida utilizada en nuestra investigación para cuantificar las variables relacionadas con esta especie de pena, es el día, que, como tal, es la unidad más perceptible por el hombre común, y por otra parte, es la única que permite obtener con la mayor precisión posible los límites de una pena conminada, cuando el legislador, v.gr., en los arts. 105, 107, 232, 233, 234, la define mediante categorías como “un tercio”, la “cuarta parte”, la “mitad”. En este terreno, debe advertirse, la ley se maneja con unidades (días, meses, años) y con cantidades que, en la mayoría de los casos, han sido receptadas de legislaciones o proyectos del siglo pasado, sin repa-

Las medidas mínimas más frecuentes son:

<i>Tabla 1</i>		
Orden	Días	%
1	182	26
2	30	19
3	365	17
4	15	11
5	730	9

Los 9 valores restantes, comprensivos sólo del 18 % de los casos, son los siguientes: 60, 91, 456, 608, 973, 912, 1216, 1460, y 1095.

Comparadas estas frecuencias de valores (mínimos de pena única de los básicos) con las medidas respectivas de pena única del Código, para todo tipo de delito, no se observaron diferencias significativas. En cambio, estas surgen si consideramos todos los mínimos del Código, sin distinguir por la modalidad de asignación. En efecto, debe destacarse como el mínimo de 1095 días (tres años), que en el total de penas (únicas, conjuntas, y alternativas) tiene una representatividad del 15 %, entre las medidas de penas únicas de los delitos básicos su presencia es muy pequeña (4 %).

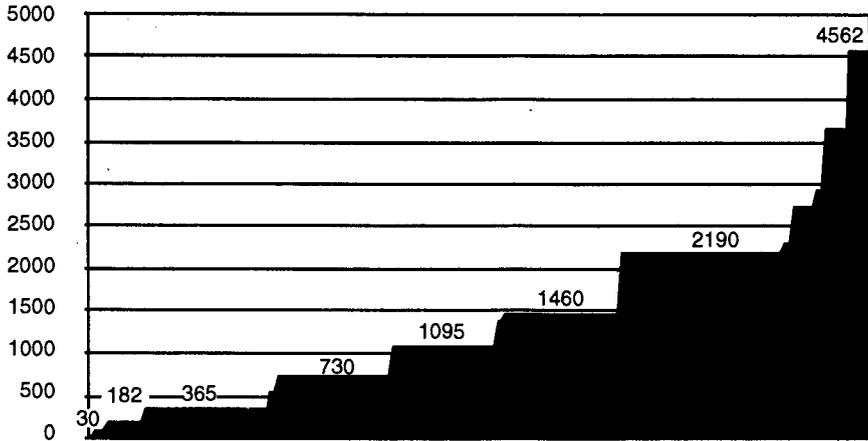
Por su parte, los máximos más observados son los siguientes:

<i>Tabla 2</i>		
Orden	Días	%
1	2190	20
2	365	15
3	1460	14
4	730	14
5	1095	13

rar demasiado en la sustancial modificación de las condiciones de vida del ser humano, por lo menos, en las grandes urbes, y su efecto sobre la utilización del tiempo por parte del ser humano que es amenazado y castigado con dicha pena. Cfse. Messuti de Zabala, Ana, El tiempo como pena, p. 42 y sgts., Opúsculos de derecho penal y criminología N° 37, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1989. Y Zaffaroni, Tratado, T V, p g. 115. A continuación, para facilitar la lectura de los valores presentados, se inserta una tabla de valores expresados en días y en años y meses : 365 (1 año), 456 (1 año y 3 meses), 486 (1.4), 547 (1.6), 608 (1.8), 730 (2), 912 (2.6), 973 (2.8), 1095 (3), 1216 (3.4), 1368 (3.9), 1460 (4), 1825 (5), 1946 (5.4), 2190 (6), 2281 (6.3), 2433 (6.8), 2735 (7.6), 2920 (8), 3650 (10), 3893 (10.8), 4380 (12), 4562 (12.6), 4866 (13.4), 5475 (15), 5840 (16), 7300 (20), 9125 (25), 10950 (30), 14600 (40), 18250 (50).

En este rubro (ver Gráfico N° 3) la variedad es idéntica que en los mínimos, puesto que existen 16 valores diferentes, donde 30 días es el máximo menor y 4562 el mayor.

**GRÁFICO N° 3**  
**Delitos Básicos y Pena Única - El Máximo de la Prisión**



FUENTE: Base de Datos Inv. Pena

Los 9 valores restantes, comprensivos del 24 % de los casos, son los siguientes: 91, 120, 182, 547, 1368, 2281, 2920, 2735, 3650 .

Los rangos observados en la pena privativa de la libertad asignada como pena única a un delito básico, se concentran alrededor de 33 valores diferentes, es decir, la mitad de todos los rangos observados en el Código (64 valores) . El menor es el de 15 días (art. 243), y el mayor de 3102 (art. 234).<sup>30</sup>

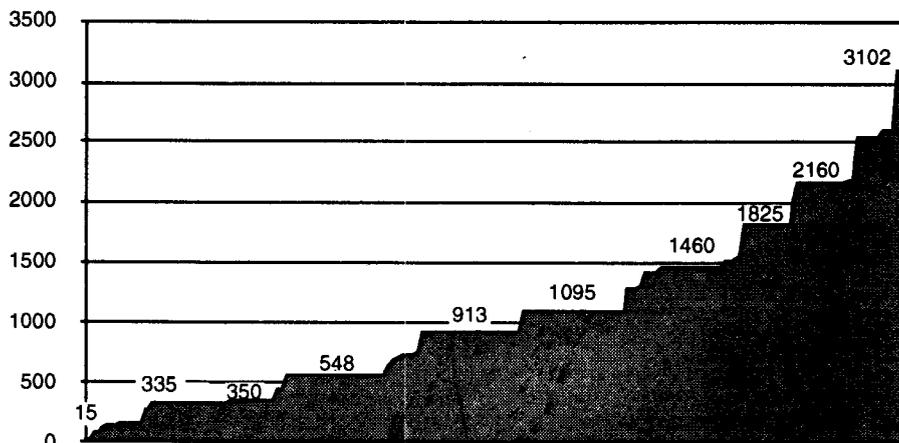
Las medidas del rango que se observan con mayor frecuencia, representativas del 47 % de los casos, son:

Orden	Días	%
1	1095	12
2	548	11
3	913	10
4	335	8
5	1460	6

<sup>30</sup> El rango es producto de la siguiente operación:  $R=(\text{Máximo}-\text{mínimo})$ . Circunstancias especiales vinculadas a la calidad de partícipe (CP, arts. 46

Los valores restantes son: 76, 116, 152, 167, 274, 350, 456, 639, 670, 700, 715, 730, 760, 912, 1278, 1308, 1430, 1519, 1551, 1823, 2008, 2160, 2190, 2555, y 2616. La representación puede observarse en el Gráfico N° 4.

**GRÁFICO N° 4**  
**Delitos Básicos y Pena Unica**  
**El Rango de la Pena de Prisión**



FUENTE: Base de Datos Inv Pena

### *B.2. Delito Básico y Pena Conjunta*

En todo el Código se han identificado 34 tipos de penas conjuntas, de las cuales están asignadas a un delito básico las siguientes 17 modalidades:

1) prisión –escala– e inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena (art. 207, en función del art. 204) (en un significativo 46% de los casos)

2) prisión –escala– e inhabilitación especial –escala– (art. 151) (en un 12% de los casos)

3) reclusión o prisión –escala– e inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena (art. 86) (en un 9% de los casos)

4) multa –escala– e inhabilitación especial –escala– (art. 136 párrafo segundo) (en un 8% de los casos)

y 47), al concurso de delitos (CP, arts. 55 y 56), o al grado de ejecución del hecho (CP, arts. 42 y 44), modifican la escala que conforma el rango para el delito consumado.

5) reclusión o prisión –escala– e inhabilitación absoluta y perpetua (art. 144 tercero inc. 1º) (en un 4% de los casos).

El resto de los tipos de penas, considerados individualmente, no alcanzan un 4% de representación; a saber:

6) reclusión o prisión –escala– e inhabilitación absoluta por doble tiempo del de la condena (art. 275 párrafos 2º y 3º)

7) prisión –escala– y multa –escala– (art. 175 bis)

8) prisión –escala– e inhabilitación absoluta –escala– (art. 259)

9) prisión –escala– e inhabilitación absoluta por el doble tiempo del de la condena (art. 276 párrafo segundo y art. 275 párrafo primero y tercero)

10) prisión –escala– e inhabilitación especial perpetua para desempeñarse en cargos públicos e inhabilitación especial perpetua para tener o portar armas de todo tipo (art. 144 cuarto inc. 4º, en función de los incisos 1º y 2º primera hipótesis)

11) prisión –escala– o multa –escala– e inhabilitación especial –escala– (art. 94)

12) multa –escala– e inhabilitación absoluta perpetua (art. 269 párrafo 1º)

13) prisión –escala– o reclusión –escala– e inhabilitación absoluta –escala– (art. 256)

14) reclusión –escala– o prisión –escala– e inhabilitación especial por un tiempo doble del de la condena y nota de infamia por el tiempo de la condena e inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos (CN, arts. 36 y 29, y supuesto del art. 227 bis par. 1º y 235 par. 1º).

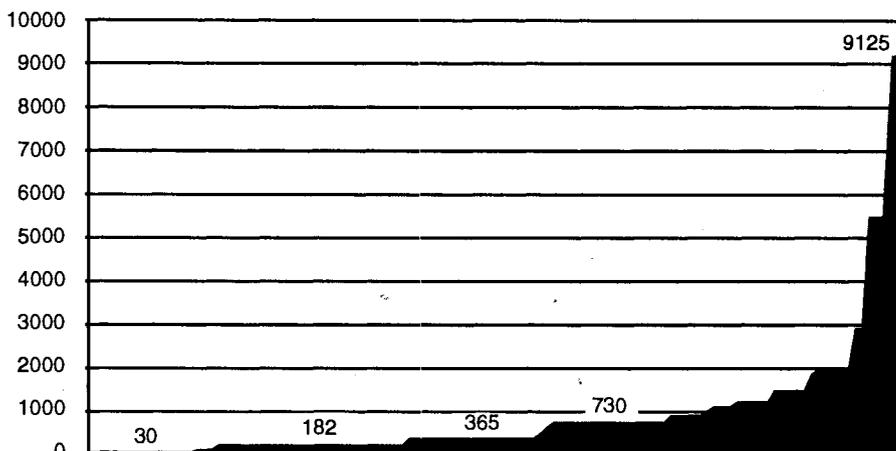
15) reclusión perpetua o prisión perpetua y nota de infamia por el tiempo de la condena (art. 119 de la CN, y art. 215 del Código Penal).

16) reclusión o prisión –escala– e inhabilitación absoluta –escala– (art. 265)

17) prisión –escala– y nota de infamia por el tiempo de la condena e inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos (CN, arts. 36 y 29, y art. 226 párrafo 1º del Código Penal).

Un análisis de la pena privativa de la libertad indica que los mínimos observados se concentran alrededor de 18 valores diferentes. El mínimo menor es el de 30 días, y el mayor es el de 9125 días. En el Gráfico N° 5 puede observarse lo descripto.

**GRÁFICO N° 5**  
**Delitos Básicos y Pena Conjunta**  
**El Mínimo de la Pena Privativa de la Libertad**



FUENTE: Base de Datos Inv. Pena

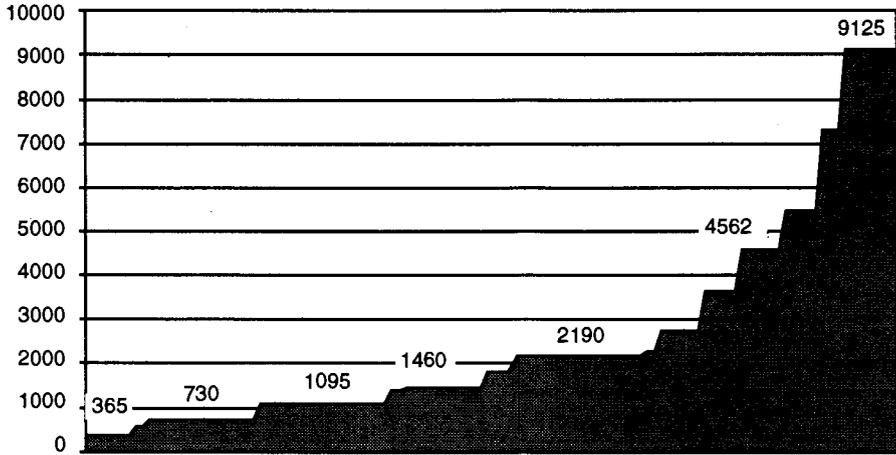
Las medidas mínimas más frecuentes son:

<i>Tabla 4</i>		
<b>Orden</b>	<b>Días</b>	<b>%</b>
1	182	23
2	365	16
3	730	14
4	30	12

Los 12 valores restantes, comprensivos del 35 % de los casos, son los siguientes: 60, 91, 456, 608, 912, 973, 1095, 1216, 1460, 1825, 1946 y 2920.

Es notable, en este grupo de delitos básicos con pena conjunta (principalmente privación de la libertad más inhabilitación), la mayor frecuencia de mínimos más elevados que los observados entre las penas únicas. Se trata de un grupo de delitos que no sólo tienen asignada dos especies de pena, sino que también el mínimo de prisión es más alto en una importante cantidad de casos. Los dos años de mínimo se presentan con mayor frecuencia, a expensas de los 30 días y de los 15 días.

**GRÁFICO N° 6**  
**Delitos Básicos y Pena Conjunta -**  
**El Máximo de la Pena Privativa de la Libertad**



FUENTE: Base de Datos Inv. Pena

Por su parte, los máximos más observados (ver Gráfico N° 6) son los siguientes:

<i>Tabla 5</i>		
Orden	Días	%
1	2190	16
2	1095	16
3	730	13
4	1460	9
5	9125	7

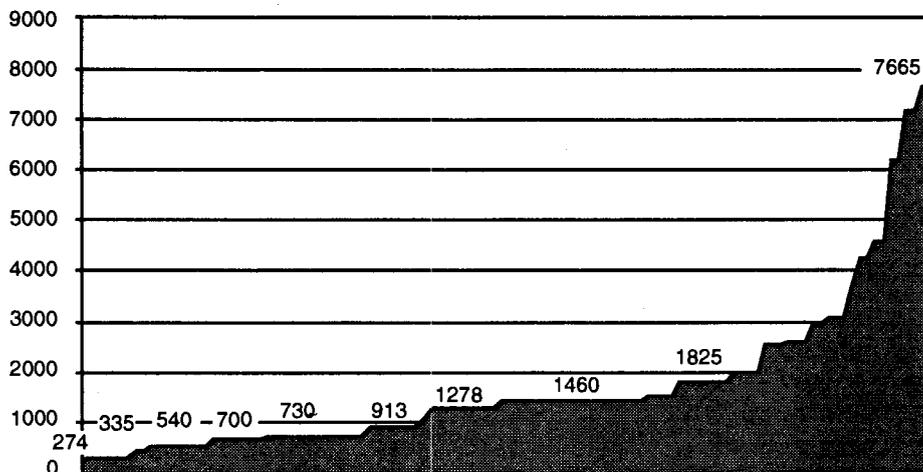
En este rubro la variedad es menor que en los mínimos, puesto que existen 15 valores diferentes, donde 365 días es el máximo menor y 9125 el mayor.

Los 8 valores restantes, comprensivos del 33 % de los casos, son los siguientes: 547, 1368, 1825, 2281, 2735, 3650, 5475, y 4562.

Los rangos observados en la pena privativa de la libertad asignada conjuntamente a un delito básico se concentran alrededor de 34 valores diferentes. El menor es el de 274 días (art. 233 y 230), y el mayor de 6205 (art. art. 79:el del homicidio simple).

Las medidas del rango, según surge del Gráfico N° 7, que se observan con mayor frecuencia, representativas sólo del 39 % de los casos, son:

**GRÁFICO N° 7**  
**Delitos Básicos y Pena Conjunta**  
**El Rango de la Pena Privativa de la Libertad**



FUENTE: Base de Datos Inv. Pena

**Tabla 6**

Orden	Días	%
1	1460	13
2	730	9
3	1278	6
4	548	6
5	700	5

Los valores restantes, comprensivos de un significativo 61%, son: 15, 75, 116, 152, 167, 274, 335, 350, 456, 639, 670, 715, 760, 912, 1095, 1308, 1430, 1470, 1521, 1551, 1825, 2008, 2160, 2190, 2555, 2616, y 3102.

La cantidad de medidas diferentes de rangos también es elevada. Asimismo, los valores máximos también son más amplios que los observados, en los primeros lugares, entre los rangos de pena única de prisión de los básicos. Emergen los 4 años, los 2 años, y los 3 años y medio, que en el otro grupo casi no se veían.

**B.3. Delito Básico y Pena Alternativa**

Los tipos de penas alternativas<sup>31</sup> observados son exclusivamente cuatro:

<sup>31</sup> En todo el Código existen 7 modalidades distintas de penas alternativas.

Los tipos de penas observados son exclusivamente cuatro:

a) la pena de reclusión o prisión –escala– e inhabilitación absoluta perpetua y nota de infamia por el tiempo de la condena o reclusión o prisión perpetua e inhabilitación absoluta perpetua y nota de infamia por el tiempo de la condena (art. 214) (en un 6 % de los casos)

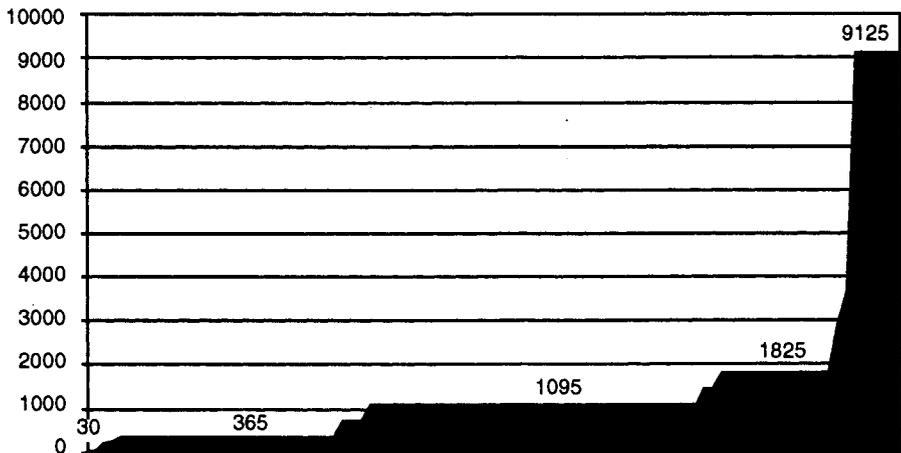
b) la pena de reclusión o prisión –escala– (art. 167) (en un 90% de los casos)

c) multa –escala– o prisión –escala– (art. 110) (sólo dos casos)

d) multa –escala– o prisión –escala– o exención judicial de la pena (art. 116) (en un 1 caso).

Un análisis de la pena privativa de la libertad indica que los mínimos observados se concentran alrededor de 11 valores diferentes. El mínimo menor es el de 30 días, y el mayor es el de 9125 días.

**GRÁFICO N° 8**  
**Delitos Básicos y Pena Alternativa**  
**El Mínimo de la Pena Privativa de la Libertad**



FUENTE: Base de Datos Inv. Pena

Las medidas mínimas más frecuentes, representadas en el Gráfico N° 8, son:

<b>Tabla 7</b>		
<b>Orden</b>	<b>Días</b>	<b>%</b>
1	1095	40
2	365	26
3	1825	13

Los 6 valores restantes, comprensivos del 21 % de los casos, son los siguientes: 182, 244, 730, 1460, 2920, y 3650.

Debe destacarse, no sólo la concentración en 11 valores distintos, sino también la envergadura de los mínimos de pena privativa de la libertad que tienen los delitos básicos de este grupo. Basta con señalar que los tres años, representativos del 40% de los mínimos de la pena alternativa, no aparece significativamente desde un punto de vista estadístico entre los mínimos de las penas únicas ni conjuntas asignadas a los básicos. A ello corresponde agregar que el mínimo de 8 años de prisión o reclusión merece la misma consideración.

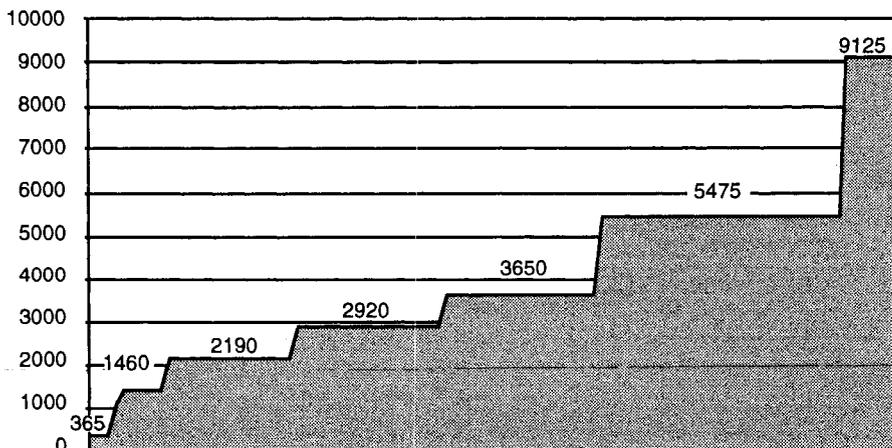
Por su parte, los máximos más observados son los siguientes:

<b>Tabla 8</b>		
<b>Orden</b>	<b>Días</b>	<b>%</b>
1	5475	30
2	3650	19
3	2920	18
4	2190	16

En este rubro la variedad es sensiblemente menor que en los mínimos, puesto que existen sólo 8 valores diferentes, donde 365 días es el máximo menor y 9125 el mayor.

Los 2 valores restantes, que representan el 17 % de los casos, son: 1095 y 1460. La descripción gráfica de los mismos se incluye con el N° 9.

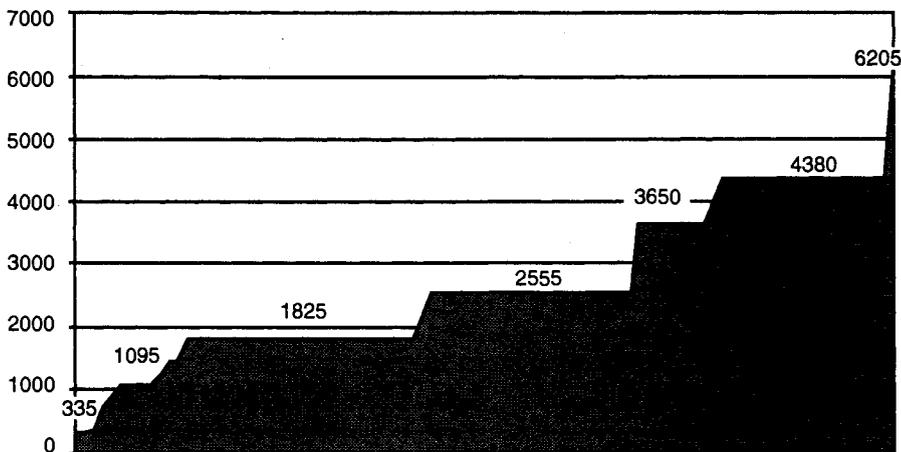
**GRÁFICO N° 9**  
**Delitos Básicos y Pena Alternativa**  
**El Máximo de la Pena Privativa de la Libertad**



FUENTE: Base de Datos Inv. Pena

Los rangos observados en la pena privativa de la libertad asignada de un modo alternativo respecto de un delito básico se concentran alrededor de sólo 14 valores diferentes. El menor es el de 335 días, y el mayor de 6205 días. Todo ello se puede visualizar en el Gráfico N° 10.

**GRÁFICO N° 10**  
**Delitos Básicos y Pena Alternativa**  
**El Rango de la Pena Privativa de la Libertad**



FUENTE: Base de Datos Inv. Pena

Las medidas del rango que se observan con mayor frecuencia, representativas del 80 % de los casos, es decir, con la menor dispersión observada, son:

<b>Orden</b>	<b>Días</b>	<b>%</b>
1	1825	26
2	2555	23
3	4380	19
4	3650	8
5	1095	4

Los restantes valores son: 365, 730, 912, 1216, 1460, 2190, y 4015.

### **V. Epílogo**

En el proceso de diseño de un nuevo modelo de sistema penal, para evitar las irracionalidades hoy observadas, se deberán considerar delicadas cuestiones. A saber:

a) la necesidad de fortalecer la independencia e idoneidad de jueces y fiscales, locales e internacionales, que son los que deben transformar la racionalidad en justicia del caso concreto.

b) la necesidad de acotar la arbitrariedad del legislador, exigiendo fundamentos axiológicos y científicos en cada decisión legal.

c) la noción de derecho penal mínimo y garantizador, en el marco del Estado de Derecho Democrático, y plenamente adecuado a sus principios constitucionales.

d) la persona como eje de todo modelo.

e) la prevención como fin y función principal de todo instrumento jurídico.

f) la pena como última "ratio".

g) la noción de alternativas a la pena.

h) la noción de alternativas a la pena privativa de la libertad.

i) la necesidad de construir una escala de gravedad de los delitos, y en consecuencia, una escala de gravedad de las penas.

j) la gravedad de la pena determinada por la valoración conjunta de la especie, la modalidad de asignación y sus medidas.

## EL CARÁCTER SIMBÓLICO DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN LA ARGENTINA

JUAN MARÍA RODRÍGUEZ ESTÉVEZ\*

*“El derecho penal no le toca al delincuente ni un pelo... el mundo de los criminales puede burlarse de los parágrafos que sólo viven en el papel hasta tanto el derecho penal no actúe realmente” (BELING)*

### 1. Introducción

El presente trabajo tiene por finalidad abordar el carácter simbólico del derecho penal aplicado a la actividad económica y empresarial en nuestro país, traslucido en el déficit de sanción penal que se comprueba empíricamente en su implementación.

En este sentido, uno de los puntos que pone a prueba el sistema penal, es justamente la confrontación entre los casos de la realidad en los que aparece la pretensión de actuación del derecho penal y los casos que en definitiva alguien resulta responsabilizado penalmente por esa clase de delitos. En el ámbito de los injustos económicos, los supuestos merecedores de pena son mucho mayores que aquellos en que efectivamente alguien es declarado responsable.

Es decir, frente al actual fenómeno expansivo del derecho penal sobre la actividad económica de las personas, su aplicación concreta por parte de los poderes del Estado presenta un déficit preocupante.

Es por ello, que efectuaré aquí una descripción del fenómeno en nuestro país, acompañando estudios de campo en lo relativo a la implementación de la ley de defensa de la competencia y a la ley penal tributaria, abordando a modo de esquema, el estudio de las causas que producen esta particular característica del derecho penal económico en la Argentina.

\* Ex-Profesor de D. Penal Profundizado - UCA.

## 2. Aproximación al tema

Asistimos en la actualidad a un creciente fenómeno de expansión del derecho penal sobre la actividad económica y empresarial de las personas.

Cada vez con mayor frecuencia el derecho penal se ocupa de los comportamientos económicos de los ciudadanos, es decir, de aquella actividad dirigida a la utilización de la riqueza. Esta circunstancia, pone de manifiesto que el auge económico de una sociedad junto al desarrollo de su actividad empresarial, repercute necesariamente en la legislación penal<sup>1</sup>.

Esta circunstancia, acarrea en palabras del profesor *Sgubbi*, un consecuente aumento del riesgo penal emergente de dicha actividad de intercambio de bienes y servicios. En este sentido, señala que "el riesgo penal para un sujeto es tanto más elevado cuanto más central y socialmente relevante es la actividad que ese sujeto desarrolla"<sup>2</sup>.

En la actualidad, la tutela penal incluye no sólo bienes jurídicos individuales o personales (tales como los delitos contra la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, etc.) sino también bienes jurídicos de la comunidad o suprapersonales, poniendo en crisis la legitimación material del derecho penal entendido como "última ratio" del ordenamiento jurídico.

Así, surgen entre nosotros leyes que prevén delitos contra la salud pública, el interés económico general, el orden socio-económico, el mercado, la competencia, la hacienda pública, etc.; apareciendo en muchas ocasiones, leyes penales que protegen más bien funciones de la administración en lugar de bienes jurídicos.

A su vez, leyes especiales que no tiene estrictamente carácter penal, contienen cláusulas de responsabilidad penal (como ser la ley

<sup>1</sup> En este orden de ideas, no deja de ser significativo que la legislación penal tributaria fue sancionada entre nosotros cuando el país comenzaba a consolidar su desarrollo económico, trasluciendo que la legislación penal pretende ir acompañando dicho crecimiento. En este sentido, no puede perderse de vista que las exigencias de organismos internacionales, en cuanto a la concesión de créditos a nuestro país, acarrear por lo general exigencias de tipo fiscal, siendo el déficit en la recaudación una problemática de nuestro medio. Es por ello, que se buscó con la sanción de la ley penal tributaria poner a disposición de la Administración una herramienta idónea para asegurar la recaudación impositiva.

<sup>2</sup> Conferencia del profesor italiano en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral; septiembre de 1996. Jornadas sobre el derecho penal en la transformación económica (actividad organizada por el Departamento de Derecho Penal).

de AFJP, de ART, de residuos peligrosos, etc.) conteniendo en algunos supuestos severas sanciones penales para los directivos de las personas jurídicas en cuyo nombre se comete el delito<sup>3</sup>.

Ahora bien, como contracara de este fenómeno abarcativo de nuevas áreas de desarrollo socio-económico, el derecho penal material contenido en dicha legislación específica, muy pocas veces llega efectivamente a aplicarse<sup>4</sup>.

Es decir, esta tendencia incriminatoria (pareciera que toda nueva ley para mostrarse efectiva necesita de una disposición penal) contrasta en los hechos con un déficit de sanción, convirtiéndose en legislación simbólica o retórica. Legislación que una vez sancionada, es destinada a tener una efectividad reducida, cumpliendo funciones negativas para el derecho penal, ajenas a su fin específico en el cual encuentra su plena legitimación<sup>5</sup>.

El término simbólico, utilizado aquí para caracterizar al derecho penal económico, es empleado en su acepción negativa. Es decir, como una función del derecho penal, la cual no sólo no lo legitima, sino que incluso debe valorarse muy negativamente para el mismo<sup>6</sup>.

Creo oportuna esta aclaración, ya que desde una perspectiva funcional del derecho penal, la imposición de una pena conlleva un carácter simbólico en sentido positivo, denotando que la norma se aplica a quien ha defraudado las expectativas sociales mediante la comisión de un delito. Asimismo, comunica simbólicamente al impu-

<sup>3</sup> En este orden de ideas, es significativo el caso de la ley de AFJP que sanciona penalmente al directivo de empresa que por negligencia en su gestión, da lugar a que en el ámbito de su actuación se cometa un delito de los allí tipificados, convirtiéndose en un caso de participación culposa en delito doloso cometido por un inferior jerárquico. En este sentido, el artículo 144 de la ley 24.241, establece que "cuando el delito se hubiera cometido a través de una persona de existencia ideal, pública o privada, la pena de prisión se aplicará a los funcionarios públicos, directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes que hubieran intervenido en el hecho, o que por imprudencia, negligencia o inobservancia de los deberes a su cargo, hubiesen dado lugar a que el hecho se produjera"

<sup>4</sup> Esta afirmación preliminar será corroborada empíricamente a través de datos estadísticos.

<sup>5</sup> La interesante distinción entre fines y funciones del derecho penal puede verse en SILVA SANCHEZ, "Aproximación al Derecho Penal Contemporánea", pág. 179 a 310. Ed. J.M. Bosch, 1992.

<sup>6</sup> Conforme SILVA SANCHEZ, "Aproximación al Derecho Penal Contemporánea", pág. 299. Señala el catedrático español "que estas funciones o efectos sociales empíricos del Derecho Penal, han de quedar fuera de toda teoría de legitimación del mismo".

tado las consecuencias de haber infringido la norma (privándolo de sus bienes jurídicos más preciados), mientras que para los potenciales delincuentes significa su estabilización, poniendo de manifiesto los riesgos de pretender vulnerarla (prevención general).

Aclarada esta cuestión terminológica, a fin de ubicar metodológicamente el objeto de mi análisis, seguiré el planteo general de *Silva Sanchez* al exponer los fines y funciones del derecho penal en el Estado Contemporáneo de Derecho.

### 3. Sobre los fines y funciones del Derecho Penal en general

Al tratar la legitimación material del derecho penal, es decir, la razón en términos valorativos de su existencia, *Silva Sanchez* estructura su enfoque a partir de los fines del derecho penal (donde encuentra su legitimación) distinguiéndolos de sus funciones (las que no sólo no lo legitiman sino que incluso deben valorarse muy negativamente).

En cuanto a los fines del derecho penal, entiende que “superadas legitimaciones apriorísticas que pudieran atribuir al Derecho penal la misión de realización de la justicia sobre la tierra, la fuente de la legitimación del Derecho penal debe situarse en el hecho de que su presencia en la sociedad, con ser un mal, conlleva un mal menor que el que trata de evitar... lo que legitimaría al Derecho penal sería su capacidad para reducir al mínimo posible el grado de violencia –en sentido amplio– que se genera en una sociedad”<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> SILVA SANCHEZ, “*Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*”, pág. 181. En este sentido, entiende que “la ausencia de un Derecho penal supondría, de hecho, el abandono del control de la desviación al libre juego de las fuerzas sociales: en definitiva, a una dinámica de agresión –venganza (agresión)– venganza. Su presencia, en cambio, como mecanismo organizado y monopolizado por el Estado tiene significativas ventajas. Por un lado, en buen número de casos las propias conminaciones penales tienen ya un efecto disuasorio que impide la aparición de agresiones (delitos) que, de otro modo, se producirían. Por otro lado, producida una conducta agresora definida como delito, la sanción del responsable favorecerá, de una parte, que tanto el sujeto sancionado como otros autores potenciales no realicen en el futuro hechos lesivos de ese género, y, de otra parte, impedirá que los ciudadanos afectados por tales delitos se sientan compelidos a tomarse la justicia por su mano...”. Esta reflexión se aplica perfectamente entre nosotros, donde frente a los problemas que enfrenta el Estado para resolver la falta de seguridad (especialmente en la provincia de Buenos Aires), los particulares han recurrido en reiteradas oportunidades al recurso de la legítima defensa, que en muchos casos ha sido empleada de manera excesiva, lindante con la justicia por mano propia.

Ahora bien, entre las funciones negativas del derecho penal, señala la ético social; la de satisfacción de necesidades de psicología social; y la simbólica. Nos ocuparemos aquí solamente de esta última, siempre en relación con el derecho penal económico y la experiencia de nuestro país.

#### **4. Rasgos característicos de la legislación penal simbólica**

La característica principal de la legislación penal meramente simbólica radica en que la misma no tiene lugar en el exterior (puesto que no se aplica), sino que queda en la mente de los políticos y de los electores. En los primeros, produce la satisfacción de haber hecho algo, mientras que los segundos experimentan la sensación de tener el problema bajo control<sup>8</sup>.

Esta función simbólica o retórica de las normas penales, se caracteriza por no resolver de modo directo el problema jurídico-penal. Por otra parte, tampoco protege bienes jurídicos, sino que se limita a producir en la opinión pública la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido<sup>9</sup>.

En este orden de ideas, es cierto que dada la importancia de los signos y símbolos en las comunidades humanas, la legislación penal simbólica produce, en algunas situaciones, efectos sociales muy sig-

<sup>8</sup> Para un estudio más profundo, pueden verse los trabajos clásicos de ARNOLD, *"The Symbols of Government"*, New York 1962, y el de EDELMANN, *"Politik Als Ritual"*, 1976.

<sup>9</sup> En este sentido, sería un proceder legislativo con características básicamente simbólicas, la creación de nuevos tipos penales especiales que ya se encuentran contenidos en disposiciones generales del Código Penal, o el incremento de las penalidades existentes. Este fenómeno es muy común en nuestro país donde se pretende solucionar todos los problemas serios que aquejan a nuestra sociedad mediante el recurso al derecho penal. Ahora bien, frente al fracaso de una legislación (su falta efectiva de aplicación equivale a su fracaso) no se efectúan estudios empíricos a fin de determinar cuales fueron las razones que llevaron dicha legislación a su inaplicabilidad. Por el contrario, se pretende reemplazar una ley por otra sin estudiar el porqué de su ausencia de aplicación. Sin este necesario e ineludible análisis empírico previo, la nueva ley tendrá el mismo destino que la reemplazada. En definitiva, más de lo mismo. Esto también se aprecia claramente en nuestro país, en la tendencia de querer reformar sistemáticamente los códigos de procedimiento para mejorar las fallencias del sistema de administración de justicia. En este sentido, FORES (Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia) ha afirmado en reiteradas oportunidades que los problemas que aquejan a la Justicia en sus tres áreas principales (institucional, humana y funcional) no se resuelven cambiando los códigos procesales, sino que obedecen más bien a problemas organizacionales y de falta de un auténtico gerenciamiento.

nificativos y muchas veces positivos en las conciencias de los ciudadanos, pudiendo en algunos supuestos producir una toma de conciencia en la población respecto de la importancia del bien jurídico que se busca proteger<sup>10</sup>.

Más allá de algunos aspectos positivos que pueda tener el carácter simbólico del derecho penal, lo cierto es que ellos duran muy poco tiempo, puesto que pierden toda fiabilidad con su inaplicación o su ineficacia.

Es así, que el derecho penal de características simbólicas se convierte en corto plazo en un remedio peor que la enfermedad, ya que confirma a la sociedad que los problemas siguen donde estaban, desprestigiándose tanto el instrumento (ley penal) como sus operadores (policía y justicia penal). A su vez, el efecto propio de la legislación simbólica se vuelve también contra la misma clase política, la que incapaz de resolver los problemas de fondo, pierde la confianza del electorado<sup>11</sup>.

Efectuado este breve esquema general mediante el cual pretendo poner de manifiesto en que contexto abalizo el carácter simbólico del derecho penal, corresponde volver sobre el tema específico que nos ocupa y avanzar en el estudio de las causas generadoras de este fenómeno.

## **5. Sobre algunas posibles causas del carácter simbólico del derecho penal económico en la Argentina**

En materia socio-económica, es totalmente aplicable a nuestro país, la reflexión de *Hassemer* y *Muñoz Conde* cuando sostienen que en ese campo se sabe que la mayor parte de los macroprocesos que a veces se abren no pasan de la fase instructora; que los jueces del crimen apenas recorren los marcos penales; que la cifra negra de criminalidad no registrada es muy alta; y que quienes caen en manos de la Justicia son los "peces chicos" y nunca los "gordos"<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Piénsese entre nosotros, los efectos buscados desde el Gobierno con la sanción de la ley penal tributaria, la que pretendió (y en cierto modo lo logró) instalar una especie de "ética fiscal" entre la población, buscando cambiar el hábito del no pago de tributos en nuestro país.

<sup>11</sup> En este orden de ideas, a la ineficacia en la resolución de los serios problemas que aquejan a nuestra ciudadanía (falta de seguridad, desocupación, falta de independencia del Poder Judicial, etc.), se suman los cuestionamientos sobre la conducta ética de algunos políticos lo cual conlleva que la población pierda confianza en el sistema.

<sup>12</sup> WINFRED HASSEMER y FRANCISCO MUÑOZ CONDE; en *"La responsabilidad Penal por el producto en derecho español"*, pág. 32. Ed. Tirant lo blanch alternativa. Valencia, 1995.

Ahora bien, hay que reconocer que este fenómeno no es propio ni exclusivo de nuestro país. Por el contrario, parece ser una característica casi connatural a la materia específica y aplicable a diversos ordenamientos jurídicos. En este orden de ideas, es interesante la propia experiencia italiana relatada por el Profesor *Filippo Sgubbi* (Universidad de Bologna) cuando refiere que “nacen así leyes simbólicas, puestas esencialmente para asegurar a la opinión pública sobre el hecho que la autoridad se esmera en eliminar comportamientos sociales. Leyes que se usa definir como avanzadas, incluso fuerte y audazmente innovadoras; leyes que nacen no tanto para tutelar efectivamente los bienes jurídicos cuanto, en cambio, para satisfacer los valores contingentes de la política”<sup>13</sup>.

Este modo de legislar (verdadero aluvión incriminatorio) se convierte en una manera de eludir los problemas de fondo, transformándose en una “política criminal de maquillaje” limitada a la búsqueda de soluciones superficiales, que a la larga revelan las falencias estructurales del sistema, convirtiendo a la supuesta “medida innovadora” en inoperante.

Así, se evidencia que mediante el recurso a la amenaza penal se buscan solucionar los problemas de fondo que aquejan a una Administración Pública determinada, prefiriéndose el atajo legislativo en lugar de asumir y encarar los problemas desde su raíz.

Entre nosotros, en el campo de la ley penal tributaria, la tipificación de penas elevadas (aunque no se apliquen), con mínimos altos que pretenden evitar el beneficio de la condena de ejecución condicional; es más fácil, rápido, cómodo y económico, que poner en marcha una compleja reforma de la administración financiera del Estado, diseñando políticas aptas para descubrir los delitos fiscales y mejorar el sistema recaudatorio. No obstante esta circunstancia, el Estado en su legítimo afán de recaudar, cae en la tentación de recurrir al derecho penal para asegurar esa función de la Administración e incurrir en el error de penalizar meros incumplimiento administrativos, creando en consecuencia, el delito de desobediencia<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Ponencia efectuada en el marco de las actividades académicas del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Austral, en el seminario “*El Derecho Penal en la Transformación Económica*”. Buenos Aires, septiembre de 1996.

<sup>14</sup> El caso más significativo de instauración en nuestro sistema del delito de desobediencia, lo constituye el art. 5 de la derogada ley 23.771, que establecía pena de prisión de quince días a un año a quien “estando obligado por las disposiciones de las respectivas leyes tributarias y sus decretos reglamentarios no se inscribiere u omitiere presentar sus declaraciones juradas. El delito se configurará cuando el

Ahora bien, en cuanto al déficit de sanción penal que existe en el ámbito de los llamados delitos económicos, se suele afirmar que los casos merecedores de pena son mucho mayores que los casos en que efectivamente alguien es declarado responsable de un delito. Esta realidad empírica es seria, ya que un sistema penal se pone a prueba mediante la confrontación entre los casos de la realidad donde aparece la pretensión de actuación del derecho penal y los casos que en definitiva alguien resulta responsabilizado penalmente por esa clase de delitos<sup>15</sup>.

Ahora bien, ¿Cuáles son las causas que generan esta situación? ¿Porqué éste déficit de sanción penal en materia económica y empresarial?

Las razones que pueden concurrir para favorecer esta insuficiencia de represión penal son muy variadas. Entre esas causas, suelen señalarse los aspectos valorativos-sociales que influyen en la impunidad de este tipo de hechos; las deficiencias de la legislación penal en cuanto no comprende adecuadamente todos los casos merecedores de pena; y por fin, las dificultades dogmáticas para la imputación de responsabilidad a los empresarios y directivos de sociedades comerciales y entidades financieras en el marco de los tipos penales existentes<sup>16</sup>.

---

obligado no diera cumplimiento a los deberes aludidos dentro de los treinta días de notificada la intimación respectiva en su domicilio fiscal, legal o real, según el caso". Aquí se pone en evidencia claramente un derecho penal administrativizado, al decir de ZAFFARONI, donde el recurso al derecho penal ya no es para la protección de bienes jurídicos sino para cumplir funciones ajenas a sus fines legitimantes. Ahora bien, cabe aclarar que no se pretende aquí que este tipo de conductas quede impune, sino que sostengo el error de recurrir al derecho penal para castigarlas (de hecho muy pocas veces son sancionadas). En este sentido, creo que el carácter constitucional del principio político criminal de "intervención penal mínima", traslucido en el recurso al derecho penal como "última ratio" del ordenamiento jurídico, nos lleva a sostener que mejor que castigar este tipo de sanciones con el derecho penal, es el recurso al derecho administrativo, el cual seguramente dará una mejor respuesta a las expectativas sociales, con una aplicación más eficaz.

<sup>15</sup> Este déficit de sanción en nuestro país no es solamente privativo del derecho penal económico, alcanzando en gran medida también a casos serios de corrupción administrativa, muchos de los cuales incluso revisten la calidad de verdaderos delitos económicos (piénsese por ejemplo en el escándalo IBM-Banco Nación e IBM-DGI). Esta realidad, es negativa no sólo por la injusticia intrínseca de la cuestión, sino porque instala en la opinión pública, al decir de SILVA SANCHEZ, la idea de que lo que no es punible se puede hacer. Señala así, que "amplios sectores de la sociedad parecen incapaces de dirigir un reproche moral a quien no es sancionado (por la razón que fuere) por los tribunales penales" (*Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, nota 498, pág. 303).

<sup>16</sup> Conforme LUIS GARCIA y PATRICIA LLERENA en "*Criminalidad de Empresa (Responsabilidad penal de los directivos de sociedades comerciales y de entidades financieras)*". Ad-Hoc S.R.L Buenos Aires, 1990.

En cuanto a la valoración ético social de los delitos económicos cometidos en el ámbito de actuación de una empresa, cabe destacar la "doble moral" de los denominados delincuentes de "cuello blanco", quienes apareciendo en un destacado status socio-económico y profesional, lo utilizan como pantalla para la comisión de ilícitos variados. Por otra parte, la experiencia ha demostrado que los denominados delitos económicos suelen estar ligados a una actividad lícita de la corporación, con lo cual muchas veces la conducta delictiva no es fácilmente detectable.

Adviértase por ejemplo, que la legitimación de activos provenientes de ilícitos consiste en introducir en el mercado legal el dinero proveniente de actividades tales como el narcotráfico, la venta de armas, etc. Ahora bien, una vez ingresado el dinero espurio al mercado legal, es muy difícil su rastreo, el cual merced a los avances tecnológicos circula a gran velocidad. Por otra parte, el capital ya ha sido invertido en actividades lícitas e incluso generadoras de empleo y productivas socialmente<sup>17</sup>.

Por otra parte, la valoración social de los hechos conocidos criminológicamente como criminalidad empresarial, es muy distinta a la valoración ética-social que generan en la población, por ejemplo, los delitos contra la vida o contra la propiedad. Asimismo, otro motivo de su dificultad probatoria, reside en que los fraudes económicos conllevan en la mayoría de las veces perjuicios económicos a una pluridari- dad de personas que no siempre saben que han sido víctimas de una defraudación. Por otra parte, se suma la falta de conciencia social respecto de la gravedad de este tipo de conductas disvaliosas<sup>18</sup>.

Sin perjuicio de las razones hasta aquí aludidas, en lo personal entiendo que las causas del carácter simbólico del derecho penal económico deben ser encuadradas en tres grupos: a) aquellas que obedecen a la complejidad del delito económico cometido a través de la em-

<sup>17</sup> Esta razón justifica que los esfuerzos legislativos estén destinados a fortalecer las medidas de prevención y los controles sobre las entidades bancarias y financieras. Esto ha despertado un interesante debate en nuestro país entre los representantes del Ministerio de Justicia y los de las entidades financieras.

<sup>18</sup> En este sentido, en nuestro país no existía (por lo menos hasta hace unos años) la conciencia de la disvaliosidad social de la evasión impositiva. Ahora bien, es justo reconocer que el Estado tampoco ha sido patrón de medida de conductas éticas en el manejo de fondos públicos. Al ciudadano común no le resulta muy sencillo el pago del tributo que no sabe que destino tendrá. Si bien el impuesto debería volver a la ciudadanía en educación, salud y seguridad, la realidad no siempre confirma la valides de esta premisa.

presa; b) aquellas que encuentran su razón de ser en la estructura de la propia legislación, transluciendo una falta de coherencia política-criminal del Estado en la persecución de este tipo de delitos; y c) la justicia penal inefectiva<sup>19</sup>.

### ***5.1 Complejidad intrínseca del delito económico cometido en el ámbito de actuación de una empresa.***

El actual desarrollo de la vida socio-económico ha llevado a que el principal agente de intercambio de bienes y servicios haya dejado de ser el comerciante individual para que ocupe su lugar la entidad empresaria. Ahora bien, esta circunstancia no sólo genera un aumento de las fuentes de riesgo para los diversos bienes jurídicos, sino que una vez concretado uno de esos riesgos en la lesión o puesta en peligro de intereses vitales de la sociedad, la determinación de la persona responsable se ve dificultada sobremanera. Es decir, el problema central de tratamiento jurídico-penal de la criminalidad de empresa, es el de la imputación del hecho delictivo a sujetos individuales<sup>20</sup>.

Esta circunstancia deriva necesariamente de la propia organización empresarial, esto es, su estructuración tanto horizontal (división de trabajo) como vertical (principio jerárquico). Dentro de este marco de actuación, al que hay que sumar el fenómeno real de la delegación de funciones, es muy complicado establecer la persona física responsable que actuó<sup>21</sup>. A ello, se agrega la utilización por parte de la criminalidad de empresa de los denominados "hombre de paja", donde el verdadero responsable es "el hombre de atrás".

<sup>19</sup> Como se apreciará, el carácter simbólico de la legislación penal económico-empresaria obedece tanto a factores endógenos como exógenos a la propia legislación.

<sup>20</sup> Para evitarlo, SILVA SANCHEZ propone que "es preciso disponer de estructuras de imputación que, sin desbordar el marco ontológico, resuelvan satisfactoriamente el problema político-criminal planteado. Ello requiere por un lado, que las estructuras sean aptas para la atribución del hecho a los verdaderos responsables (en sentido criminológico) de éste, por encima de las apariencias expresadas en la ejecución material del mismo; ello las hará conformes con las necesidades preventivas. Sin embargo, por otro lado, deben evitar establecer formas de responsabilidad objetiva, a fin de mostrarse conformes con las exigencias garantísticas del Derecho penal" (*Responsabilidad Penal de Las Empresas y de sus Organos de Derecho Español*, puede verse en Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal, pág. 368; Libro-Homenaje a Claus Roxin. J.M. Bosch Editor, S.A. Barcelona, 1995.

<sup>21</sup> Este es uno de los argumentos comunes a la hora de proponer la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En este sentido, las empresas presentan por lo general ámbitos de competencia diferenciada que abarcan equipos de trabajo integrados por varias personas. En este ámbito de actuación, se comprenderá fácilmente que la conducta puramente ejecutiva, por ejemplo la del empleado de la corporación de quien surge el único acto, que por sí sólo o en conjunción con otros produce el hecho delictivo, no es siempre la más relevante, lo que supone un cambio notorio de perspectiva en relación con el derecho penal clásico<sup>22</sup>.

Con el objeto de evitar esta laguna fáctica de impunidad, la dogmática penal a diseñado la teoría del "autor detrás del autor", mediante la cual se busca imputar a los verdaderos responsables los hechos cometidos por el inferior jerárquico, sujeto por demás eminentemente fungible<sup>23</sup>.

Por último, se debe destacar el "microclima ético" que impera por lo general dentro de las corporaciones empresarias. Así, muchas veces dentro de la organización impera una especie de "moral de grupo" (espíritu de pertenencia a la empresa), donde pueden perderse los parámetros objetivos de lo correcto, quedando el individuo inmerso en un clima que muchas veces dificulta la valoración de las conductas<sup>24</sup>.

En definitiva, todas estas dificultades de índole fáctica reseñadas de modo esquemático, favorecen el carácter simbólico de la ley penal específica.

<sup>22</sup> Ciertamente es que con la mera sanción del empleado no se alcanzan las finalidades político-criminales planificadas en la persecución penal de la criminalidad de empresa. En este orden de ideas, lo importante será determinar los sujetos situados jerárquicamente por encima de los meros operadores, hasta llegar en grado ascendente a alcanzar el nivel de quienes detentan el control máximo de la empresa o el "dominio social típico", al decir de GRACIA MARTIN. En definitiva, se trata de determinar quienes dominan de modo esencial el acontecer típico, en la medida en que son estos quienes poseen toda la información acerca del hecho delictivo y controlan las estructuras en que la comisión del mismo tiene lugar.

<sup>23</sup> Desde esta perspectiva, es evidente que los empleados revisten la condición de operadores fungibles, esto significa que saben perfectamente que si no realizan la conducta que se les ordena, perderán el empleo y habrá otro que lo haga sin mayores problemas.

<sup>24</sup> Como dato empírico que comprueba en cierta medida esta afirmación, es habitual escuchar que quienes trabajan para importantes corporaciones emplean el vocablo "nosotros" para referirse a las actividades que desarrolla la empresa. Este tipo de comportamiento, podría llevar a que en algunos casos el empleado cometa el delito para beneficiar a la empresa de la cual se considera parte integrante, sin sentirse responsable de ello, ya que lo hace por y para la corporación.

## **5.2 Falta de coherencia político criminal**

En cuanto a la segunda causa del carácter simbólico del derecho penal económico en nuestro país, creo que en gran medida el déficit de sanción penal en la materia encuentra su germen en la propia legislación penal especial, trasluciendo en una relevante falta de coherencia política criminal del Estado a la hora de implementarla.

Es decir, como contraste del avance del derecho penal sobre conductas que tradicionalmente le eran ajenas, existen desde el propio Estado mensajes contradictorios que llevan a la desconfianza de la ciudadanía, afectando el sentimiento de seguridad jurídica y la previsibilidad del derecho penal.

Un ejemplo claro lo apreciamos en la política criminal empleada en materia tributaria. Por un lado, la Administración sale a recaudar con todos los mecanismos legales para asegurar una tarea efectiva (incluso la legislación y el proceso penal) mientras que por otra parte desde la propia Administración surge la posibilidad de acogerse a un plan de moratorias que incluye, en ocasiones, la "moratoria de moratorias" buscando regularizar la situación impositiva de los ciudadanos frente al Fisco.

En este sentido, es interesante recordar la discusión judicial que originó el acogimiento a planes de pago como posible novación de la deuda fiscal y la consecuente posibilidad de ver extinguida la acción penal por el pago parcial de la deuda impositiva.

En este orden de ideas, el dictado por parte del Poder Ejecutivo Nacional de disposiciones tales como los decretos 1646/90, 292/91, 631/92 y 932/93 sobre "presentación espontánea", mediante los cuales los contribuyentes podían regularizar su situación fiscal, planteó judicialmente la discusión sobre si la aceptación por parte del Fisco del plan de facilidades y el consecuente pago parcial de la deuda, equivalía al pago exigido por la ley para acceder al beneficio de la extinción de la acción penal.

Quienes entendían que era posible, sostenían que prolongar el proceso hasta el pago de la última cuota sería ignorar que el alcance de la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de lo razonable<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> El derecho a ser juzgado en un proceso penal en tiempo razonable fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 287:248; 289:181; 300:1102; 305:913, entre otros. Asimismo, la garantía cuenta en la actualidad con rango constitucional, ya que es receptada por el Pacto de Derechos Humanos de San

Asimismo, se señalaba que el régimen de presentación espontánea era alentado desde el propio Estado, haciéndose hincapié en que la negativa de extinguir la acción penal transformaría al proceso penal en un garante del pago de las obligaciones e instauraría la prisión por deudas, lo cual ofrecería serios reparos constitucionales. Se agregaba que no cabía efectuar distingo entre quien cancela su obligación mediante un pago al contado, con quien lo hace en cuotas, pues lo contrario sería introducir una desigualdad de tratamiento –por categorización– de los contribuyentes, incompatible con el principio de igualdad que consagra el art. 16 de la Constitución Nacional<sup>26</sup>.

Por el contrario, quienes negaban el carácter extintivo de la acción penal al pago de las cuotas exigibles al momento de solicitar la extinción de la acción penal, señalaban en primer lugar que la aceptación de un plan de regularización fiscal con el fin de saldar en cuotas deudas previsionales o la pretensión fiscal no constituía una novación de la deuda originaria, pues, después de aquella, la obligación nacida “ex-lege” se mantiene sin transformación esencial alguna<sup>27</sup>. En este orden de ideas, se negaba que la sola aceptación de un plan de pagos con prescindencia de que éste sea cumplido en su totalidad pudiese acarrear la extinción de la persecución penal. Se argumentaba que “efectivo cumplimiento de las obligaciones”, “efectivizar”, “pagar” o “cancelar” no es lo mismo que “prometer”, “comprometerse”, “anunciar”, “declarar” o “jurar” que en el futuro se pagará<sup>28</sup>.

Esta discusión se debió a que la propia ley permitía obtener la extinción de la acción penal mediante el pago de la deuda fiscal. Esta

---

José de Costa Rica. En cuanto a la materia específica que nos ocupa (ley penal tributaria) se sostenía que mantener el proceso vigente con el argumento de que no habían sido satisfechas la totalidad de las cuotas, se contraponen con características fundamentales del proceso penal, donde una vez ejercida la acción penal, ésta no puede quedar en suspenso ni resolverse de otra forma que con un pronunciamiento que le ponga término definitivo, salvaguardando el principio de inocencia que sólo puede ser destruido mediante el dictado de una condena.

<sup>26</sup> Todos estos argumentos comunes a una misma postura fueron esgrimidos en el voto en disidencia del Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctor Adolfo Vázquez, en los autos “SIGRA SRL” (L.L. 1998-A-334).

<sup>27</sup> En relación con este tópico se señalaba que la sujeción a dichos planes sólo implicaba una alteración relativa al tiempo y modo de cumplimiento como al monto de la obligación, dejando intactos sus elementos principales (sujeto, objeto y causa) sin cuya variación sustancial no es posible pretender la extinción por novación conforme a la normativa civil (arts. 801 y 812 del Código Civil).

<sup>28</sup> Estos argumentos fueron utilizados por la mayoría de la Corte en el caso “SIGRA SRL” (L.L. 1998-A-334).

posibilidad estaba y está establecida en el propio texto de la normativa específica (en la actualidad el art. 16 ley 24.769, mientras que con anterioridad en el art. 14 de la ley 23.771). La ley vigente (más estricta en este sentido que la anterior) prevé para ciertas conductas típicas la extinción de la acción penal con el consecuente dictado del sobreseimiento si el imputado se acoge “total e incondicionalmente” a la pretensión impositiva del organismo recaudador y paga el tributo “supuestamente evadido”.

Esta pauta legislativa, trasluce que la finalidad principal del Estado a través del derecho penal tributario es facilitar la recaudación impositiva. De otro modo, no se entiende porque acordar al pago al Fisco del monto evadido, carácter extintivo de la acción penal<sup>29</sup>. Ahora bien, es cierto que se nos podría decir que si el bien jurídico a proteger por el derecho penal es el mantenimiento de la norma a costa del infractor<sup>30</sup>, es real que el pago al fisco de lo que éste reclama, revela que la norma ha salido airosa y continúa vigente.

No obstante ello, si concebimos al derecho penal como un medio legítimo para el afianzamiento de valores “éticos sociales”, el pago de lo adeudado al fisco trasluce más bien una comunicación de carácter negativo al resto de la sociedad, puesto que constituye, al decir de *Sgubbi*, el comercio de la “indulgencia penal”, esto es, una moderna organización del Estado que vende la sanción penal a cambio de dinero, disfrazándola de una supuesta “regularización de la situación tributaria”.

<sup>29</sup> Si la evasión impositiva participa de la naturaleza jurídica del delito de estafa, en cuanto están presentes sus elementos típicos característicos, cabe recordar que en la defraudación el reintegro de la suma ilegítimamente obtenida en nada reviste la calidad de excusa disculpante o extintiva de la acción penal, al contrario, en reiteradas oportunidades tanto doctrina como jurisprudencia han señalado que el delito quedaba igualmente consumado. En cuanto a la comparación del delito de defraudación tributaria con el de estafa, la cuestión despertó en España un interesante debate en cuanto a la presencia del engaño como elemento típico en el delito fiscal. Para un importante sector doctrinario (especialmente PEREZ ROYO, BACIGALUPO, GRACIA, GIMBERNAT) la mención del verbo defraudar debe concebirse simplemente como equivalente a la causación de un perjuicio patrimonial, sin necesidad de que abarque elementos ulteriores y sin exigir un engaño determinado (teoría de la infracción del deber). Por el contrario, otro importante sector doctrinal, quizá con más adeptos en doctrina y jurisprudencia, ha preconizado la llamada “teoría del engaño”, consistente en entender que el verbo defraudar debe ser dotado de un contenido jurídico-penal autónomo que ha de ser concebido como comprensivo de un engaño.

<sup>30</sup> Postura de JACKOBS, principal referente de la teoría de los sistemas aplicada al derecho penal (funcionalismo).

La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de referirse a esta novedosa causal de extinción de la acción penal que se suma a las previstas por el art. 59 del Código Penal.

Así, en el caso "Sigra SRL", tras reconocer que la acción penal pública no puede renunciarse, estableció que "el art. 14 de la ley 23.771 instituye una excepción a dicho principio, basada en razones de política legislativa –cuyo acierto o conveniencia es materia ajena a la competencia del tribunal– que permite extinguir la acción penal cuando se satisfaga la pretensión del organismo administrativo, sin que esa conducta implique reconocimiento de los hechos y del derecho en que se funda"<sup>31</sup>.

Quedo claro para el alto tribunal que la disposición en estudio constituye un supuesto de excepción a la indisponibilidad de la persecución penal. Asimismo, la Corte no entró a juzgar el mérito, oportunidad o conveniencia de la ley, puesto que bien se sabe que en materia constitucional ello está vedado al Poder Judicial. Lo contrario, implicaría un quiebre de la división de poderes en beneficio del judicial, introduciendo en el sistema, aquello que los franceses han dado en llamar "el gobierno de los jueces".

La aclaración del tribunal, en cuanto afirma que no entrará a analizar el acierto o error de la disposición en estudio, no deja de llamarme la atención. En este sentido, es cierto que cuando el tribunal se ocupa de recordar expresamente este inveterado principio del control constitucional, es porque la disposición en juego no le agrada del todo o por lo menos entiende que la misma no parece a primeras luces legítima. Es decir, entiendo que la referencia tangencial al acierto en el criterio de política legislativa que podría haber llevado al legislador a implementar una norma de tales características, constituye un "obiter dictum" que trasluce, por lo menos, que para la Corte tal normativa merecería algún reparo valorativo. De lo contrario no lo hubiese dicho.

Ahora bien, en relación con la naturaleza jurídica del "pago al fisco de lo evadido", señaló que se trata "de una solución alternativa al conflicto" generada por una conducta aparentemente delictiva, por

<sup>31</sup> El fallo es de fecha 25 de septiembre de 1997 y fue juzgado a la luz de la anterior y derogada ley penal tributaria (23.771). Sin embargo, los principios allí plasmados son perfectamente ajustables a la legislación específica vigente. El fallo puede verse en L.L. 1998-A-334.

la cual sólo en estas condiciones el Estado está dispuesto a renunciar a la persecución penal sin discutir la culpabilidad del imputado<sup>32</sup>.

Este fenómeno, tampoco es exclusivo de nuestro país. En España, en la reforma de 1995 se introdujo la novedad de la exención de pena para los denominados casos de "regularización de la situación tributaria". En ese país, la posibilidad de semejante exención había sido una cuestión objeto de profunda controversia (tanto dogmática, como político-criminal) acentuada en los últimos años a raíz del reconocimiento de la relevancia jurídica de la regularización voluntaria en el derecho tributario. En este sentido, por una parte, la opinión dominante había coincidido, en términos generales, en reconocer la necesidad político-criminal de eximir de pena al contribuyente que de forma voluntaria rectificase su mendaz declaración inicial o declarase la que previamente había omitido. Por otra parte, la opinión mayoritaria entre la doctrina penalista entendía que si se quería conseguir el resultado espontáneo, resultaba imprescindible la introducción de una específica causa de supresión de la pena<sup>33</sup>.

Desde una valoración axiológica del derecho positivo vigente, entiendo que este modo de legislar implica un cierto riesgo de disminución de la eficacia preventiva de las normas penales, tanto en el aspecto de intimidación a potenciales delincuentes (prevención general), como el relativo al mantenimiento de la confianza de la población en el sistema jurídico-penal. Por otra parte, disposiciones como éstas, constituyen "el vaciamiento" del derecho penal material, dejándolo sin contenido.

En cuanto a la implementación procesal de legislación penal económica en nuestro país, la misma presenta ciertas particularidades interesantes que modifican los principios generales del derecho penal. Así, la propia ley penal tributaria presenta procedimientos específicos cuya promoción queda, de modo prejudicial, en la esfera administrativa.

Al respecto, señala *Yacobucci* que "la adopción de sistemas procesales particulares termina afectando los fines preventivos y re-

<sup>32</sup> Es interesante el empleo por parte del tribunal de la noción de "solución alternativa del conflicto". Esta terminología, más común en materia no penal, se instala cada vez más en el proceso penal, surgiendo al lado del "ius puniendi" (expresado en la imposición de una pena por parte del Estado) otras soluciones menos gravosas para resolver las problemáticas producidas por conductas antijurídicas.

<sup>33</sup> En este sentido, MARTINEZ-BUJAN PEREZ en "*El bien Jurídico en el Delito de Defraudación Tributaria*", en estudios penales y criminológicos, XVIII. Santiago. 1995.

tributivos del ordenamiento penal general. En este sentido, se advierte la dependencia de las instancias penales a las de orden administrativo, por lo cual se subordina la aplicación de consecuencias punitiva al cumplimiento posterior al ilícito de las obligaciones tributarias, comerciales o financieras. Con estas decisiones se sujeta entonces la sanción penal a comportamientos posteriores a la consumación del delito. Aquí se evidencia que las leyes penales en materia económica persiguen principalmente el cumplimiento de reglas administrativas y objetivos de recaudación tributaria<sup>34</sup>.

Asimismo, en el ámbito de leyes penales que regulan la libre competencia del mercado económico y la lealtad en las actividades comerciales, está previsto un sistema administrativo de índole prejudicial, dentro del cual el compromiso de cese de las conductas anticompetitivas denunciadas, impide la actividad de la instancia penal propiamente jurisdiccional.

Esta situación priva jurídicamente al sistema penal del poder de contralor sobre la oportunidad y legalidad de los procedimientos, máxime cuando queda en poder de la administración la decisión de iniciar una investigación de carácter criminal. En este sentido, la ley de defensa de la competencia pone en cabeza del Secretario de Industria, Comercio y Minería la decisión de referencia, con lo cuál se instaura en nuestro sistema jurídico-penal un criterio de oportunidad ajeno a nuestra tradición.

Todas estas fallas en la legislación penal económica, generan, por su falta de coherencia político-criminal y de gobierno, un campo propicio para el desarrollo del carácter simbólico como mera función del derecho penal.

### ***5.3 La Justicia penal inefectiva: algunos datos empíricos***

En cuanto al tercer grupo de causas que generan el carácter simbólico del derecho penal especial, si bien es cierto que la actual legislación presenta serias lagunas de punibilidad y falta de coherencia, no deja de ser menos correcto que el déficit de sanción que se registra, sea atribuible en gran medida a la justicia penal inefectiva.

En este sentido, y con relación a los efectos de prevención general del derecho penal, señala con acierto *Silva Sanchez* que “de las variables jurídico-penales que inciden en la disuasión de la realiza-

<sup>34</sup> GUILLERMO YACCOBUCI, “*La Criminalidad Económica en la Experiencia Latino-Americana*”.

ción de un hecho delictivo, la decisiva es la certeza de la sanción, muy por encima de consideraciones de gravedad<sup>35</sup>.

Entre nosotros, es muy común que frente a hechos violentos que sufre nuestra sociedad contemporánea, la respuesta del poder político sea introducir sistemáticamente en el debate de la opinión pública la propuesta de la pena de muerte, o remitir al Congreso Nacional proyectos de ley que pretenden disminuir la edad de la punibilidad o aumentar las penalidades para ciertos delitos<sup>36</sup>.

Ahora bien, centrándonos en la implementación de la legislación penal económica en nuestro país, el carácter simbólico en cuanto refleja su falta de aplicación efectiva por parte de los poderes del Estado, alcanza su máxima expresión en lo relativo a la aplicación de la ley de defensa de la competencia<sup>37</sup>.

En el marco de *Justicia y Desarrollo Económico*<sup>38</sup>, se analizó la aplicación efectiva de la legislación antimonopolios por parte de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) y por la Justicia<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> SILVA SANCHEZ, "Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo", pág. 247.

<sup>36</sup> Un caso ejemplificativo de esto último lo constituye el homicidio culposo producido en el tráfico rodado. En este orden de ideas, el art. 84 del Código Penal prevé un máximo de pena de tres años para el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro la muerte (esta penalidad, por aplicación del art. 26 del Código Penal, puede ser dejada en suspenso si es la primer condena). Ahora bien, cada vez que ocurre este tipo de hecho lamentables (algunos verdaderamente indignantes) la sociedad reclama que se suban las penas para que el autor vaya preso. A esto se suma algún político o funcionario que solicitará que se incremente la escala penal para que el hecho no sea excarcelable. Ahora bien, en lugar de subir los máximos o mínimos de las escalas penales, el juez perfectamente podría aplicar una pena de 1 año de prisión de efectivo cumplimiento, ya que no debe olvidarse que la condena de ejecución condicionada, término empleado por ZAFFARONI, es la excepción al principio general y su dictado debe estar fundado, bajo pena de nulidad, en las particularidades personales del imputado.

<sup>37</sup> En este orden de ideas, si bien no toda la legislación de defensa de la competencia tiene carácter penal, lo cierto es que se le aplica de modo supletorio el Código Penal y el Código de Procedimientos en Materia Penal. Por otra parte, dicha legislación contiene una serie de conductas típicas que forman parte de los posibles delitos anticompetitivos.

<sup>38</sup> Se trata de un estudio interdisciplinario encarado de modo conjunto por FORRES (Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia) y por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires a pedido del Consejo Empresario Argentino (CEA). Dicha investigación estuvo destinada a determinar la incidencia del funcionamiento del sistema judicial en el desarrollo económico del país.

<sup>39</sup> El anexo pertinente de dicha investigación se titula *Justicia y Monopolios* y estuvo bajo la dirección del DR. HORACIO M. LYNCH, mientras que quien aquí escribe participó como investigador.

Allí se determinó que de los 278 dictámenes que emitió la CNDC en sus 17 años de vida institucional (al mes de marzo de 1998) en ninguno de ellos aconsejó la intervención de la Justicia Penal por la comisión de un delito. La conclusión es categórica: desde la sanción de la ley de Defensa de la Competencia (1980) el derecho penal de Defensa de la Competencia nunca fue aplicado.

En este sentido, la justicia en lo penal Económico en el ámbito de la Capital Federal y las Cámaras Federales en el ámbito de las provincias, se limitaron a intervenir como tribunales de alzada respecto de las decisiones administrativas que eran implementadas por la Secretaría de Industria, Comercio y Minería de la Nación.

A su vez, como demostración empírica irrefutable del carácter simbólico de la protección penal de la competencia en nuestro país, no deja de ser significativo que el único caso que pasó a la justicia penal por la presunta comisión de un delito, no lo fue precisamente por una conducta tipificada en la legislación especial, sino para investigar la posible comisión del delito de falso testimonio producido durante una audiencia tomada por la CNDC<sup>40</sup>.

En definitiva, en cuanto la aplicación del derecho penal de defensa de la competencia, es evidente el fracaso de recurrir al mismo como herramienta idónea de política legislativa<sup>41</sup>.

Pasemos ahora al estudio de la implementación de la ley penal tributaria en nuestro país. Aquí si bien la situación es diversa (teniendo en cuenta el mayor número de casos investigados) el carácter simbólico sigue siendo una constante<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Conforme dictamen Nro.29 de fecha 7 de abril de 1983, en el expediente "Dirección General de Comercio de Santa Fé".

<sup>41</sup> En *Justicia y Desarrollo Económico* se establecieron las razones por las cuales se sostenía la inconveniencia de recurrir al derecho penal para regular el mercado competitivo. En este sentido, se hizo hincapié en las mayores exigencias del tipo penal, como también el tratarse de un proceso pensado en defensa de los derechos constitucionales del imputado. Asimismo, se puntualizó la falta de entrenamiento de nuestros magistrados penales en temas de alta complejidad económica. Por último, partiendo del derecho penal como "última ratio" del ordenamiento jurídico, se aconsejó el recurso a otras ramas del ordenamiento jurídico para proteger adecuadamente la competencia y dejar al derecho penal solamente para casos extremos.

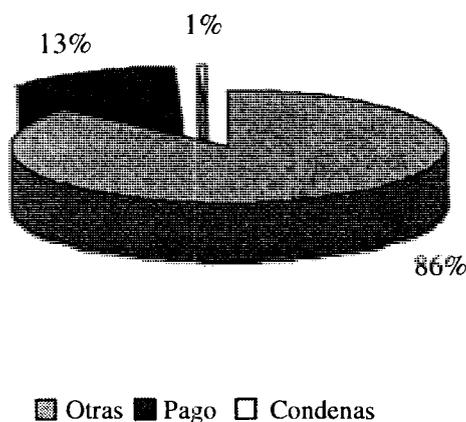
<sup>42</sup> Es justo reconocer que en lo relativo a la ley penal tributaria la decisión política apoyó la implementación de la legislación específica. Esto es evidente en cuanto refleja el interés que tiene el Estado Nacional en la recaudación para cumplir con exigencias de organismos internacionales de crédito (FMI). Esta decisión política no alcanzó a la ley de defensa de la competencia. Ahora bien, creo que en cuanto a esta última, la cuestión cambiará considerablemente (ya se ve una evolución en la envergadura de los casos que en los últimos tiempos manejó la CNDC).

En cuanto a su aplicación concreta, se observa que durante la vigencia de la derogada ley 23.771, sobre un total de 8.565 causas iniciadas, 1.116 concluyeron por aplicación del allanamiento del imputado a la pretensión fiscal<sup>43</sup>, aplicándose 53 condenas, o sea 13 condenas anuales entre agosto de 1991 y octubre de 1995<sup>44</sup>.

Es decir, del total de causas iniciadas durante la vigencia de la derogada ley penal tributaria, en solamente un 1% se aplicaron condenas a las personas sometidas a proceso penal. Por otra parte, se extinguieron las acciones penales por el pago al fisco de lo reclamado en un 13% del total de las causas iniciadas, con lo cual se aprecia que la satisfacción de la función recaudadora del Fisco salió mejor parada que la aplicación efectiva del derecho penal material.

La relación expuesta se puede visualizar claramente a través del siguiente gráfico:

### Ley Penal Tributaria 23.771



<sup>43</sup> Recordamos que el art. 14 de la derogada ley 23.771 establecía que “cuando por la pena requerida por la acusación fiscal, sea aplicable la condena de ejecución condicional o cuando con anterioridad a la acusación se estimare que presumiblemente en caso de condena corresponderá la condena de ejecución condicional y el infractor acepte la pretensión fiscal o previsional, por única vez el tribunal actuante, previa vista al fiscal y al querellante o, en su caso, damnificada, y una vez efectivizado el cumplimiento de las obligaciones, declarará extinguida la acción penal”.

<sup>44</sup> Los datos estadísticos fueron tomados del trabajo de CORTI, ARISTIDES H. M.; CALVO, RUBEN A.; SFERCO, JOSÉ M; “Un primer acercamiento, A Trazo Grueso, Al Nuevo Régimen Penal Tributario”, en la revista jurídica *La Ley* (Antecedentes Parlamentarios; Año 1997, N°2, pág. 761).

Efectuemos ahora, a modo de esquema general, un relevamiento de campo relativo al funcionamiento de la justicia penal económico, quien tiene jurisdicción y competencia en temas de derecho penal empresario (ley penal tributaria, ley de AFJP, delitos aduaneros, etc.).

Según la Secretaría de Estadísticas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 1996, de un total de 4980 causas ingresadas, solamente 89 fueron elevadas a juicio oral, es decir, un 1,79%<sup>45</sup>.

Según esa misma oficina, en el año 1997, de un total de 5241 expedientes, solamente se elevaron a juicio oral 188, es decir un 3,59 %<sup>46</sup>.

Esta información estadística pone de manifiesto que la actual estructura de la justicia penal no se encuentra en condiciones de hacer frente de modo efectivo al fenómeno actual de la criminalidad empresaria<sup>47</sup>.

## 6. Conclusiones y Propuestas

Las estadísticas corroboran que el número de ilícitos por los cuales se efectúa un juicio de reproche penal es notoriamente inferior a los casos merecedores de sanción. Por ejemplo, en lo relativo a la implementación de la ley penal tributaria, si es cierto que según la Administración Federal de Ingresos Público (AFIP) las grandes empresas evadieron \$ 400 millones en el primer cuatrimestre del '98<sup>48</sup>, la respuesta penal deja mucho que desear.

<sup>45</sup> Corresponde aclarar que dicha información no es atribuible a un tribunal en particular, sino que es sintomática de los 8 Juzgados en lo Penal Económico que existen en el ámbito de la Capital Federal. En este sentido, el Juzgado que mejor performance tuvo fue el que elevó a juicio un 2,61 % de las causas ingresadas en el año 1996 (es decir de 574 pasaron a la etapa de juicio sólo 15). Más allá de que es cierto que el pago al fisco extingue la acción penal y produce el consecuente archivo del proceso, los números estadísticos no dejan de ser significativos, no sólo en la problemática del déficit de sanción que se comprueba en la criminalidad de empresa, sino también desde la óptica del funcionamiento eficaz del sistema judicial penal.

<sup>46</sup> Estadísticas 1997; *Poder Judicial de la Nación, Corte Suprema de Justicia*, pág. 147.

<sup>47</sup> Quedará para otra oportunidad el estudio de las causas que han llevado a esta situación actual, como también la formulación de propuestas concretas de mejoramiento del sistema judicial penal frente a la delincuencia económica. Aquí, sólo me quise referir a las razones que originan el carácter simbólico del derecho penal económico en sus rasgos más generales.

<sup>48</sup> Conforme Información del diario *La Nación* (17/8/98; sección economía, pág. 6).

El carácter simbólico de la legislación penal es sumamente nocivo no sólo por traslucir un déficit de sanción en materia de criminalidad de empresa, sino también porque genera desconfianza en los destinatarios de las normas que cumplen con el ordenamiento jurídico, poniéndose en evidencia la injustificable desigualdad de trato entre quien cumple con la ley y quien evade.

Asimismo, el recurso al derecho penal (si luego no se aplica efectivamente) no sólo produce inseguridad jurídica en la comunidad, sino que al ser utilizado como herramienta para alcanzar determinadas funciones, se desprestigia a sí mismo. El derecho penal simbólico deja mal parado al derecho penal y a la justicia penal encargada de su aplicación.

Por otra parte, el carácter simbólico del derecho penal empresario presenta también reparos desde la óptica de los derechos individuales de quienes se ven sometidos a proceso penal por la comisión de delitos de esas características, convirtiéndose para ellos en una verdadera espada de doble filo. En este sentido, la circunstancia de que el derecho penal económico no se aplica sobre ellos a través de una sentencia definitiva condenatoria, contrasta en los hechos con el recurso a la prisión preventiva como una verdadera pena anticipada<sup>49</sup>.

Como podrá apreciarse, el carácter simbólico del derecho penal económico es un fenómeno complejo que no es fácilmente atribuible a un único indicador. Por el contrario, señalamos tanto causas endógenas como exógenas que llevan a esta situación.

En este sentido, se impone elaborar una legislación específica regida por la razonabilidad que no pretenda abarcar todas las cuestiones, sino que se limite a brindar tutela penal a los casos que efectivamente afecten la pacífica convivencia social, mediante la lesión de

<sup>49</sup> Esta circunstancia se aprecia sobre todo cuando se encuentran involucrados personajes públicos (políticos, artistas, deportistas) donde la noticia principal pasa por la realización de procedimientos policiales espectaculares y el dictado inmediato de órdenes de detención. Dificilmente, luego es conocido por la opinión pública el resultado final del proceso penal. Por otra parte, no olvidemos que este tipo de investigaciones suele prolongarse en el tiempo (muchas veces por su complejidad), acarreado en muchas ocasiones el dictado de la prescripción de la acción penal por mora en la persecución. En un reciente informe estadístico expuesto por FORES (Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia) en las *Jornadas Sobre La Reforma de la Justicia Penal* (diciembre de 1998-Fundación BANK BOSTON, expositor Germán Garavano) se determinó que del total de causas ingresadas al fuero penal económico, un 8% prescriben. Este número de prescripción es sumamente elevado si lo comparamos con el resto de la justicia penal donde sólo prescriben el 1% de las causas ingresadas.

bienes jurídicos básicos<sup>50</sup>. Señala *Sgubbi* que “cuando el derecho penal pretende regularlo todo, cuando las leyes se superponen en forma caótica, cuando los preceptos dejan de ser reconocibles por el ciudadano, cuando el derecho penal se limita a proteger una determinada función del Estado (y no bienes jurídicos), cuando pesa sobre todos los comportamientos económicos humanos el álea o peligro de la responsabilidad penal o, en todo caso, del inicio de un proceso penal, entonces la responsabilidad penal viene gobernada por el acaso”<sup>51</sup>.

La finalidad del derecho penal debe ser siempre la protección de bienes jurídicos, dejando a otras ramas del ordenamiento jurídico la protección de funciones de la Administración (para ello esta por ejemplo el derecho administrativo). En la medida en que el Estado recurre al derecho penal para proteger funciones de la Administración, se corre el riesgo de perder la previsibilidad del derecho penal, ya que cada nuevo Gobierno se verá tentado a recurrir al mismo para cumplir sus intereses como mejor le plazca. Todo ello hace pensar en el peligro de que el derecho penal sea utilizado por el Estado como medida de apoyo a una concreta política de gobierno, ya no con el fin de tutelar un auténtico bien jurídico sino de reforzar la vigencia de las normas que el propio Estado previamente ha creado<sup>52</sup>.

A su vez, el Estado deberá asumir una coherente política criminal para hacer frente a la criminalidad de empresa, optando por un modelo a seguir y manteniéndose coherente en la consecución de los fines propuestos.

Asimismo, sin una justicia penal efectiva que cuente con recursos humanos, técnicos y materiales aptos para hacer frente a las nue-

<sup>50</sup> Es ilustrativo el caso del art. 1 de la derogada ley penal tributaria como un supuesto de legislación penal que pretende abarcarlo todo. Dicha normativa, establecía como conducta típica “el responsable por deuda propia o ajena que mediante doble contabilidad o declaraciones, liquidaciones registraciones contables, balances engañosos o falsos, o la no emisión de facturas o documentos equivalentes cuando hubiere obligación de hacerlo, o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño, ocultare, modificare, disimulare o no revelare la real situación económico o patrimonial, con el objeto de dificultar o impedir la fiscalización o la percepción de tributos, siempre que pueda importar un perjuicio patrimonial al fisco, cuando el hecho no importe un delito más severamente penado”. Es justo reconocer que la vigente ley penal tributaria ha mejorado considerablemente la técnica legislativa.

<sup>51</sup> Ponencia efectuada en el marco de las actividades académicas del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Austral, en el seminario “*El Derecho Penal En La Transformación Económica*”. Buenos Aires, septiembre de 1996.

<sup>52</sup> Conforme SILVA SANCHEZ; “*Aproximación Al Derecho Penal Contemporáneo*”. Barcelona. 1992, p. 291.

vas formas de crimen económico, el carácter simbólico de esta novedosa rama del derecho penal, traslucido en déficit de sanción, irá en aumento.

Es evidente que no resulta suficiente la sanción de leyes penales que incriminen conductas vinculadas con la criminalidad de empresa, si sólo viven en los textos (dimensión normológica) con escasa aplicación efectiva (dimensión sociológica). Es necesario además, una justicia penal efectiva con herramientas útiles y con un proceso penal eficaz para enfrentar estas nuevas formas de criminalidad propias de la globalización y los avances tecnológicos.

En definitiva, la mayor intervención del sistema penal en la actividad económica no puede conformarse con la simple incorporación legislativa de delitos de contenido económico. Por el contrario, se impone además lograr su efectiva y racional aplicación.

Por último, la toma de conciencia de estos problemas hará posible su mejor implementación, siempre y cuando, este acompañada por la decisión política de hacerlo realidad.

## ETICA PUBLICA Y LEY PENAL

JOSÉ LICINIO SCELZI\*

### 1. Introducción

#### 1.1.

La Cámara de Diputados de la Nación comunicó a su similar de Senadores, el 29 de agosto de 1997, los términos del proyecto de ley de "ética pública" por ella aprobado.

La iniciativa se ajustó al mandato del texto constitucional que se reformara en 1994, a cuyo tenor aguarda una ley que específicamente regle las cuestiones inherentes a la materia.

#### 1.2.

Sustanciales modificaciones produjeron los representantes de las provincias al ordenamiento que recibieron en revisión, según rezan las respectivas actas de sesiones del 20 de abril y el 19 de agosto del año en curso.

#### 1.3.

La arquitectura normativa medular concebida en Diputados fue preservada por la Cámara alta.

Así, ambas composiciones, dotadas de casi medio centenar de preceptos tratan —en nueve capítulos— asuntos atinentes al objeto de la ley; sujetos obligados; deberes y pautas de comportamiento; régimen de declaraciones juradas; antecedentes para el desempeño de la función pública; incompatibilidades y conflictos de intereses; obsequios y regalos prohibidos; prevenciones sumarias; Comisión Nacional de Etica Pública; reformas al Código Penal; parámetros para publicar actuaciones de órganos públicos; y disposiciones transitorias.

\* Profesor Adjunto de Derecho Penal II - UCA.

#### **1.4.**

Cada cláusula luce pasible de detenido análisis.

Cumple advertir entonces que –sopesando cometido y espacio– los siguientes apuntes apenas atañen a novaciones en la legislación criminal que el Senado propiciara.

Instan estas notas, con el recurso de su difusión, a ampliar el debate de los juristas respecto del sustrato de cánones orientados a recuperar la confianza ciudadana en el adecuado funcionamiento de instituciones básicas de la organización republicana.

## **2. Prescripción**

### **2.1.**

Ubicados pues en la planicie de esta tarea, cabe destacar primeramente que la versión senatorial de la “Ley de ética de la función pública” sustituye el segundo párrafo del actual art. 67 del Código Penal por la fórmula: “La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público”.

Remedia, aludiendo al ejercicio de la función pública, el deficiente catálogo vigente (“La prescripción también se suspende en los casos de delitos previstos en los capítulos 6, 7, 8, 9, 9 bis y 10 del Título 11, Libro II, de este Código...”), molde que no comprendía otros reatos consumados por tales agentes.

### **2.2.**

El senador Maglietti postuló incorporar en la especie el instituto de la imprescriptibilidad de la acción penal respecto de las señaladas ilicitudes pero, a lo largo del debate parlamentario, su idea fue reputada constitucionalmente inaceptable.

## **3. Cohecho Pasivo Simple**

### **3.1.**

La Cámara de Diputados patrocinó que el art. 256 del Código Penal reprimiera no sólo al funcionario público que por sí o interpósita persona recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una

promesa directa o indirecta análoga, en los términos que hoy rigen el tipo sino, además, castigara la conducta del funcionario público que “pidiere” dinero o cualquier otra dádiva, con prescindencia de que la solicitud fuera aceptada o efectivizada.

Recibe el que entra en la tenencia material del objeto que se le ofrece y, acepta, el que admite recibir en un futuro lo que se le promete.

Los dos comportamientos denotan la actitud pasiva que explica el nombre tradicionalmente atribuido a la figura: “cohecho pasivo”. Junto al “cohecho activo” (art. 258 del Código Penal) proveen reproche a la acción bilateral que distingue esta realidad delictiva, en tanto la primera censura al funcionario público que se deja corromper y, la restante, a quien induce a que el funcionario se corrompa.

### 3.2.

El giro verbal “pidiere” inscripto en el art. 256 por el proyecto de la Cámara baja fue suprimido en Senadores y, conforme se verá, el nuevo art. 256 bis enuncia la acción de solicitar, compatible con aquella otra y las de figuración en los códigos español (arts. 419 a 421) y francés (art. 432-11).

Tuvieron en miras los legisladores, para proceder como lo hicieron, las alternativas que la práctica forense debió recorrer en la aplicación de los arts. 256, 257 y 266 del Código Penal, a propósito del reciente juzgamiento del ex-magistrado civil Carlos Wowe.

El Fiscal de aquel debate interpretó que el obrar del imputado era ajeno a la figura de cohecho agravado porque esta sólo incrimina al juez que “acceptare” la dádiva y no al que la “pidiere”, sin recibirla. Peticionó se subsumiera ese quehacer en el tipo más benigno de exacciones ilegales.

Los jueces intervinientes calificaron la relacionada conducta como constitutiva de cohecho pasivo agravado, en grado de tentativa (T.O.C. n° 27, s. del 3 de octubre de 1997, causa n° 267).

Los senadores consideraron que, al margen del precedente evocado, doctrina y jurisprudencia mayoritariamente concluyen que la acción del funcionario público de “pedir” dádiva, no seguida de la entrega o aceptación de lo pedido, comporta un acto preparatorio e impune de cohecho pasivo.

Entendieron que el momento consumativo de la ilicitud se alteraba en el supuesto de añadir la expresión “pidiere”, toda vez que la instancia determinante de la acción penada consistente en recibir o aceptar la dádiva venía a anticiparse a la oportunidad de pedirla.

Vieron que el proyecto de sancionar a la persona interpuesta que pidiera dádiva facilitaba la impunidad del funcionario público por la ineficacia probatoria que el tipo ínsitamente produciría con la incriminación del mero pedido, sin necesidad de esperar el tiempo de entrega o aceptación, con lo que la condena del agente oficial sólo acontecería en la improbable hipótesis de que confesara connivencia con el sujeto interpósito.

### **3.3.**

Consecuentemente, la redacción del art. 256 del Código Penal que sancionara la Cámara alta establece: “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones”.

### **3.4.**

Se aprecia que el Senado conservó, acertadamente, entre las finalidades del sujeto activo de cohecho simple, la de “retardar... algo relativo a sus funciones”, votada por los diputados y nacida del propósito de adicionar a la figura básica la acción de “demorar... una resolución o fallo, en asunto sometido a su competencia” que contiene el cohecho agravado del art. 257.

### **3.5.**

Los códigos penales de Bélgica (arts. 246, 247 y 248), Alemania (arts. 331 a 334) y España (arts. 419, 420 y 425) sientan una diferencias entre el “cohecho propio” (actos ilícitos del agente público corrupto) y el “cohecho impropio” (conductas del funcionario público que, aun cuando hacen al objeto del pacto venal, se refieren a actos que no son sustancialmente ilegales).

El art. 256 vigente prescinde de esa diversidad, dado el legislador ha concebido que el bien jurídico tutelado en este Título no justifica tales escisiones, bastando abastecer al juzgador de una escala represiva que autorice la administración de sanciones proporcionales al disvalor de cada caso.

A la luz de esas reflexiones los senadores suprimieron el segundo párrafo que la Cámara de Diputados glosara en el art. 256 (“Si lo

fuere para hacer un acto contrario a sus deberes la pena de reclusión o prisión será de dos a ocho años”), teniendo en cuenta que el agravante introducía severas dificultades para la práctica forense, en tanto tornaba indispensable la previa condena pasada en autoridad de cosa juzgada del abominable convenio y del respectivo funcionario público que lo celebrara; y, además, mutila garantías constitucionales del imputado mediante el principio de doble imposición penal (ilicitud del acto sobre el que recayere el acuerdo espúrio y delictuosidad del mismísimo cohecho propio).

#### **4.Tráfico de Influencias**

##### **4.1.**

El Código Penal no tiene un art. 256 bis.

Ambas Cámaras han destinado esa cláusula a escarmentar el “tráfico de influencias”, esto es, la acción del que pide o recibe dinero o dádiva, o acepta promesa de remuneración, “para hacer valer su influencia indebidamente ante un funcionario público a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones”.

La figura ha venido a ampliar nociones alistadas en el actual art. 256.

##### **4.2.**

El texto sancionado en Diputados penaba la mera conducta de “hacer valer influencia” y en Senadores se agregó que esa influencia debía ser indebida, toda vez que de lo contrario aparecería castigado el “lobby” legal.

En nuestra disertación ante la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado propusimos un cambio semejante.

##### **4.3.**

La Cámara baja no estableció diferencias de graduación sancionatoria en caso de que el tráfico de influencias se hiciera sobre un funcionario público o un juez.

De adverso, los senadores votaron una pena de reclusión o prisión de 1 a 6 años e inhabilitación especial perpetua para el supuesto de que la influencia indebida lo fuera respecto de un funcionario público; prescribiendo que “el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años” cuando la “conducta estuviera destinada a

hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público...”.

Se ha querido proteger el criterio distintivo acuñado por el actual art. 258 del Código Penal.

## 5. Cohecho Pasivo Calificado

### 5.1.

El art. 257 fue objeto de modificaciones sólo en el Senado.

### 5.2.

La actual pena de inhabilitación “absoluta y perpetua” se reemplaza por la de inhabilitación “especial y perpetua”.

Al respecto, el senador Yoma, miembro informante del bloque y presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara expuso que: *“...la diferencia fundamental es que la inhabilitación especial priva al sujeto de toda posibilidad de continuar en el ejercicio del empleo, cargo, profesión o derecho sobre el que recae la pena, es decir en la esfera en que delinquiró, más la incapacidad para obtener otro cargo o profesión del mismo género durante la condena. Al inhabilitar de manera especial, perpetua para empleo, cargo o derecho sobre el que recae y la incapacidad para obtener otro del mismo género – cuando se trata de funcionarios públicos que cometen delitos–, es indudable que los condenados por un acto de corrupción se verán, en razón de dicha pena, inhabilitados a perpetuidad para continuar en el ejercicio de la función pública. Ahora, lo más importante es que no siempre la pena de inhabilitación absoluta es más gravosa que la de inhabilitación especial. Por ejemplo, el régimen de restitución en uso y goce de los derechos es más estricto y restringido en la inhabilitación especial que en la inhabilitación absoluta. Tanto en el caso de la inhabilitación absoluta como en el de la especial el condenado puede ser restituido por el juez en el uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado por esa inhabilitación. Pero en el caso de la absoluta bastará que el funcionario hubiera intentado reparar el daño en la medida de lo posible para que se restituyan los derechos, durante la mitad del plazo de la pena en el término de diez años, si aquella fuera perpetua, según el artículo 20 del Código Penal. Mientras tanto, en la inhabilitación especial es necesario que el funcionario público se hubiere comportado correctamente. Significa que además de no haber cometido nuevos delitos, tampoco ha realizado actos de inconducta*

que hagan inconveniente la concesión del beneficio, que hubiere remediado su incompetencia. Este requisito es interesante porque llena los objetivos de la pena al demostrar que el condenado ha asimilado la necesidad de reinserción en el marco del comportamiento social. Es decir que las condiciones son bastante más amplias para que el inhabilitado especial vea reprimidos sus derechos, y no es tan gravoso en el caso del inhabilitado de manera absoluta, que puede ser restituido mediando solamente el esfuerzo por haber reparado el daño cometido. Y además, por último, para que proceda la restitución de los derechos al inhabilitado especial que hubiere reparado los daños en la medida de lo posible. Obsérvese que en el caso de inhabilitación absoluta, hace falta sólo el esfuerzo; aquí hace falta el resultado para que se restituya el derecho. Por eso, consideramos que es más atinado respecto del marco del delito que se quiere sancionar –y para proteger a la Administración contra el ejercicio de los cargos por parte del funcionario penado– el establecimiento de la inhabilitación absoluta. El único argumento que se puede sostener para afirmar que la inhabilitación absoluta es más grave para el funcionario público que la especial, es que por imperio del artículo 19 dicha inhabilitación conlleva la suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro civil o militar, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión. Esta medida –la suspensión del goce– no se encuentra tipificada en el Código Penal para la inhabilitación especial. Pero si bien no está prevista en este último Código, está en cada una de las leyes orgánicas que regulan la actividad de las reparticiones públicas respectivas, comprendidas por esta ley. Por ejemplo, el artículo 29 de la ley 24.018, en lo que respecta a los magistrados y funcionarios del Poder Judicial, legisladores nacionales, secretarios y subsecretarios de ambas cámaras del Congreso y secretarios y subsecretarios del Poder Ejecutivo, consagra la pérdida del régimen especial de jubilación en el caso de remoción por mal desempeño de las funciones. De tal modo que, si bien no está prevista la sanción en el Código Penal, sí lo está en esa ley especial. También el régimen previsional de las Fuerzas Armadas tiene disposiciones parecidas. Por último, en toda la legislación comparada analizada –Bélgica y España, por ejemplo– la pena accesoria es de inhabilitación especial para los delitos contra la administración pública, no de inhabilitación absoluta perpetua. Por todos estos motivos, que por supuesto son opinables y podrán ser debatidos en el tratamiento en particular, ...introducimos la modificación señalada en la sanción de la Cámara de Diputados”.

### **5.3.**

La voz “juez” que hogaño exhibe ese dispositivo abarca, a través del proyecto sancionado por la Cámara Alta, a “el magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público”.

### **5.4.**

La finalidad de la acción punible comprende en la norma propuesta: “emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen, en asuntos sometidos a su competencia”.

## **6. Cohecho Activo**

### **6.1.**

Los congresistas congeniaron en la reformulación del art. 258, adecuándola a las novedades promocionadas en otros preceptos.

### **6.2.**

En el Senado se recomendó, ante la hipótesis allí resistida de que el cohecho pasivo incluyera la acción de pedir, admitida por Diputados, que el tipo del art. 258, al igual que el art. 391 del Código español reformado en 1944, censurara al que “acepta las solicitudes del funcionario”; colacionado además que el art. 423 del vigente digesto hispano diferencia el monto de pena, administrando una menor si el ofrecimiento de la dádiva “atiende las solicitudes del funcionario”.

### **6.3.**

Propusimos sin éxito ante el Senado que se agravara el castigo no sólo cuando el sujeto activo fuera funcionario público, sino en el supuesto allí no previsto de que se tratara de un juez o de un magistrado del Ministerio Público.

## **7. Negociaciones Incompatibles**

### **7.1.**

El texto codificado se refiere al funcionario público que directa u oblicuamente “se interesare en cualquier contrato u operación en que intervenga en razón de su cargo”.

En los debates parlamentarios que se analizan hubo de acordarse de que el reproche respondería al hecho de interesarse “en miras de un beneficio propio o de un tercero”.

El miembro informante del bloque mayoritario indicó que: *“En el dictamen en mayoría eliminamos el requisito de que el interés observado por un funcionario deba ser necesariamente de índole patrimonial, cuando hablamos de la negociación incompatible con la función pública. En efecto, al pretender la expresa declaración de que el interés del funcionario se realice con miras a un beneficio patrimonial, la sanción de Diputados opta por una tesis muy restrictiva en la constitución de este tipo delictivo. De manera que el interés particular ilícitamente insertado en la negociación, deberá tener como requisito típico indispensable el contenido patrimonial. Hay otro tipo de intereses que son reprochables éticamente y que deben ser tenidos en cuenta—según nuestro dictamen—, aunque Diputados no lo tiene en cuenta, puesto que sólo se refiere al interés patrimonial. Me refiero, por ejemplo, a razones de carácter político, afectivo o familiar, que muchas veces determinan la consumación de operaciones o negocios que desatienden el buen funcionamiento de la administración pública, priorizando el interés particular por sobre el público, en la consumación—repito— de negocios u operaciones desfavorables para el Estado”.*

La tesis amplia que recepcionó la Cámara alta es similar a la seleccionada por la legislación penal española y francesa.

## 7.2.

El texto avalado por ambas Cámaras incorpora, de modo encomiable, a “los árbitros, amigables componedores... y liquidadores” entre las personas a las que resulta aplicable el art. 265.

## 8. Soborno Internacional

### 8.1.

En el marco de la audiencia pública a la que fuimos convocados por la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado, planteamos la necesidad de que una ley de ética pública como la discutida a la sazón incluyera la figura de soborno internacional, omitida en el proyecto que aprobara Diputados.

### 8.2.

Fundado en la “Ley de prácticas corruptas en el exterior”, sancionada en los Estados Unidos de América en 1977, el art. VIII de la

Convención Interamericana contra la Corrupción, suscripto en 1996 por los representantes de 21 países reunidos al efecto en Caracas, entre ellos el de la República Argentina, manda: "Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transaccional, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención. Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transaccional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida que sus leyes lo permitan".

### **8.3.**

A partir de esos antecedentes la Cámara alta alentó la generación del art. 258 bis del Código Penal: "Será reprimido con reclusión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública, el que ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionadas con una transacción de naturaleza económica o comercial".

## **9. Exacciones Ilegales**

### **9.1.**

Hemos visto ya que el Senado objetó la acción de pedir añadida por la Cámara de Diputados en el ámbito del cohecho pasivo.

### **9.2.**

Consecuentemente, el cuerpo parlamentario revisor reformuló el art. 266 del Código Penal, y a las conductas de exigir o hacer pagar o

entregar indebidamente una contribución, derecho o dádiva, antepu-  
so la expresión "solicitare".

Procuró sistematizar con el socorro de mejor técnica jurídica las  
disposiciones del Título.

## **10. Enriquecimiento Ilícito**

### **10.1.**

El vigente art. 268 (2) del Código Penal, bien se sabe, ha sido  
cuestionado desde el punto de vista constitucional, afirmando que su  
estructura afecta esenciales garantías individuales pues obligaría al  
imputado a declarar contra sí mismo y quebrantaría la presunción de  
inocencia al invertir las reglas del "onus probandi".

### **10.2.**

Esas críticas no neutralizaron la decisión de los congresistas, com-  
partida por nosotros, de conservar la tipicidad del enriquecimiento  
ilícito del funcionario público.

A su tiempo en Diputados se aprobaron las siguientes modifica-  
ciones a la figura actual:

a. Se agregó a las penas privativa de libertad y de inhabilitación,  
la de "multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del  
enriquecimiento".

b. Se estableció que la inhabilitación absoluta fuera "perpetua".

c. Se delimitó el período del enriquecimiento punible entre lo "ocu-  
rrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y  
hasta dos años después de haber cesado en su desempeño".

d. En cuanto al alcance de la figura dispúsose: "Se entenderá que  
hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incre-  
mentado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen  
cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban".

e. Respecto de la persona interpuesta que sirviera para disimu-  
lar el enriquecimiento, se aceptó sancionarla "con la misma pena que  
el autor del hecho".

f. Se eliminó el carácter secreto de las pruebas que ofreciera el  
imputado.

### **10.3.**

En Senadores votaron, en cambio, la preservación de ese manda-  
to de reserva probatoria, y compartieron el acierto de las reformas

propiciadas por los legisladores remitentes, con excepción de la frase que se verá en el restante acápite.

A estos fines, el miembro informante del dictamen mayoritario adujo que *“La otra Cámara elimina –a mi juicio, de manera incorrecta– el secreto de la prueba aportada respecto del enriquecimiento. Propugnamos que se mantenga el texto del art. 268 del Código Penal vigente. Aquí se establece que la prueba aportada por el funcionario acusado se conservará secreta a su pedido y no podrá ser invocada contra él para ningún otro efecto. La Cámara de Diputados eliminó esta redacción y aumentó la conflictividad constitucional del tipo delictivo, o sea, las objeciones del tipo delictivo, al levantar el secreto de esa prueba aportada. Evidentemente, se pueden generar hasta situaciones de afectación del derecho de defensa, de relaciones comerciales o de otro tipo, que no tienen por qué verse afectadas con motivo del proceso pena”*.

#### **10.4.**

En lugar de reprimir el “enriquecimiento patrimonial apreciable” del funcionario o empleado público, así enunciado en el art. 268 (2) que rige y en la versión que aprobara la Cámara baja, los senadores prefirieron reprochar al que “no justificare razonablemente un incremento en su patrimonio de significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño”.

La frase de tal forma modelada no cuenta con tradición entre nosotros.

En la sesión del 24 de junio de 1998 el senador Yoma explicó: *“La redacción que prevé la Convención Interamericana contra la Corrupción dice lo siguiente: El que al ser debidamente requerido no justificare razonablemente el incremento de su patrimonio de significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones...Los países miembros han adoptado esta redacción prevista en esta Convención que es ley de la Nación”*.

### **11. Declaraciones Juradas**

#### **11.1.**

Finalmente, el Senado creó el art. 268 (3), a efectos de penar con prisión de 15 días 2 años e inhabilitación especial perpetua, las conductas de:

a. Omitir maliciosamente la presentación, dentro de los plazos normativamente establecidos, de las declaraciones juradas patrimoniales que por ley deben realizar determinadas personas en razón de su cargo.

b. Falsear u omitir insertar maliciosamente los datos que tales declaraciones juradas patrimoniales han de contener según leyes y reglamentos aplicables.

### **11.2.**

Las dos fórmulas, acaso pasibles de ajustes, reprenden comportamientos que ameritan punición.

## **12. Epílogo**

### **12.1**

Hemos ensayado consideraciones sumarias acerca de una de las denominadas leyes constitucionales, probablemente la más relacionada con un reclamo cívico extendido que atañe al improrrogable deber histórico de oponer los instrumentos de la ley a la presencia nociva de la corrupción administrativa en el tejido social.

### **12.2.**

Con razón el Preámbulo de la rememorada Convención Interamericana contra la Corrupción, que es derecho vigente a nuestro país, describiendo la magnitud del problema, asevera que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos.



## EL SISTEMA PENAL Y LA DEFENSA DE LOS MENORES FRENTE A LOS ATAQUES A SU NORMALIDAD SEXUAL

TRISTAN GARCIA TORRES\*

### I. Objeto de este trabajo

Por supuesto que ha sido un inmerecido honor para mi el haberme invitado a colaborar en esta publicación en homenaje al *Dr. Alejandro Roberto Caride*, gran ser humano, profundo hombre de Fe (en serio), sapiente jurista y magistrado ejemplar en todos los niveles de la judicatura argentina; así como, particularmente, empeñoso y valiente defensor de la minoridad en situación de riesgo, a la que dedicó sus eficaces esfuerzos durante toda su vida, desde su juventud en el amparo de los jóvenes "canillitas" y, luego, como Juez de Sentencia de menores, función en la que, además, formó escuela con una trascendente cantidad de discípulos. Puedo dar de ello directo testimonio porque me enorgullezco de haber sido honrado y beneficiado en grado sumo con su generosa amistad y sus permanentes enseñanzas: Y así hasta puedo decir —a título de elocuente ejemplo— que me constan personalmente los desvelos e inusitados esfuerzos del *Dr. Caride* como Ministro de Gobierno de la provincia de Buenos Aires para retirar a los menores de las comisarías en que se encontraban detenidos y llevarlos a institutos apropiados que, él siempre trató de mejorar espiritual y materialmente. Seguramente, ya en la Casa del Padre, el *Dr. Caride* continuara su obra con sus piadosas súplicas a Dios N.S. que esperamos no queden sin su adecuada respuesta."

\* Ex-Profesor de Derecho Penal, Parte Especial. UNBA.

## II. El grave problema de la minoridad vulnerable sexualmente

Por lo expuesto en el apartado precedente, es que me ha parecido procedente colaborar modestamente en este merecido homenaje al *Dr. Caride* abordando un tema que sé indudablemente que lo ha preocupado mucho en su vida, cual es el que titula este capítulo.

Y, al respecto, resulta conveniente comenzar por señalar –aunque sea muy brevemente– que, a poco que se lea la crónica criminal, no solamente en cuanto a los delitos sexuales cometidos contra menores sino también hasta en los ofrecimientos de comercio sexual con jóvenes casi niñas y viajes de “turismo sexual”, que se conoce que existen hoy en día hasta por su impúdica publicidad, se advertirá “dramáticamente la magnitud del desamparo en que se encuentran los niños y jóvenes menores de edad como “pasto” de fieras humanas depravadas, a un extremo como no lo están naturalmente los animales.

Esto ocurre, muy lamentablemente por cierto en nuestra Patria; y parecería que más aún sucede en otros lugares de la tierra, hasta en países considerados del “primer mundo” y de –al menos en apariencia– elevados niveles culturales y económicos: Hace poco tiempo, se han podido leer noticias de un repugnante auge de abusos de tipo sexual hacia niños, ocurridos en Bélgica con sospechas de participación y/o encubrimiento de poderosos personajes vinculados a funciones gubernamentales y empresarias.

Y en nuestro país, desgraciadamente, ya se han hecho públicos tremendos episodios de corrupción de menores, hasta en prostíbulos de índole homosexual, en el que se abusa de jóvenes (en algunos casos de corta edad); y –lo que parece increíble– con alegada compli- cidad policial y de otras autoridades, contando entre su “clientela” a personas públicas, según se ha informado recientemente por los medios de prensa de Buenos Aires detalladamente.

Es conocido, pues, que todo esto está sucediendo entre nosotros, lamentablemente.

No es excusa para dejar de preocuparnos, por cierto, que esta proliferación de premeditadas campañas de corrupción sexual, hasta organizadas comercialmente, se produzcan en un contexto de cruel trato de los menores en el mundo, que llega hasta la perpetración de mutilaciones sádicamente realizadas sobre niños durante el transcurso de los conflictos armados contemporáneos; enfrentamientos que se caracterizan –como lo apuntó Ricardo López Dusil en el diario *La Nación* del 27/4/98– por haber dejado de lado la consideración de tabú

al ataque a los menores y por ser "luchas amorales, sin reglas". Todo ello a punto tal que el aumento de las víctimas infantiles se promovía, poco antes de que la tragedia de Ruanda alcanzara su punto culminante, por un "reputado periodista radial" de la etnia hutu estimulando públicamente el genocidio de los niños de la etnia tutsi, diciendo: "Para terminar con las ratas grandes, hay que eliminar a sus crías".

Este es el panorama que debemos enfrentar: y es verdad que nos horrorizamos cuando presenciamos, como sucedió en el aeropuerto de Fiumicino en Roma el 7 de junio de 1994, el desembarco de 109 chicos de entre 6 meses y 14 años, mutilados sin excepción: "A algunos les falta la lengua, la nariz o un brazo; otros llegan con las órbitas oculares vaciadas, y a 18 de ellos los iguala haber sido víctimas de la misma perversión, la amputación a machete de la pierna izquierda", como nos cuenta el periodista citado en la mencionada nota. Empero, nos deberíamos espantar mucho más todavía si pudieramos observar las evidencias del aniquilamiento moral —físico y psíquico— con un desvío perverso no sólo de su inocencia infantil, sino hasta de su normalidad sexual, que ocurre con infinidad de criaturas en el mundo y en nuestra Patria, a diario.

Entonces, cabe pensar que el haber llegado a aquella tamaña monstruosidad física impensable en seres humanos normales, ha hecho todavía más posible la utilización de los infantes como víctimas inocentes e indefensas de las perversiones sexuales de los mayores, que las practican —como se viera— organizadamente hasta en forma mafiosa, "cosificando" a esos menores y convirtiéndolos en mercancías de sus siniestras empresas.

Pero, en definitiva, lo cierto e indiscutible es que de esta manera se viola, cotidianamente, en forma terrible el principio evangélico que prescribe no escandalizar a los niños, pese a la advertencia divina de que más le valiera al que así actúa atarse una piedra de molino al cuello y arrojarse a un río.

### **III. La función del sistema penal**

Frente a todo ello, la sociedad argentina tiene que reaccionar y sin esconder estos gravísimos problemas tratar de solucionarlos actuando con todos los medios legítimos a nuestro alcance. Por supuesto que lo primero que se debe hacer es tratar de prevenir y evitar estos gravísimos ataques sexuales a la minoridad. En nuestra Patria

las modas del Norte llegan tarde, pero llegan, pese a la lejanía de este gran país del Sur.

Quizás, hasta se pueda decir que ya han llegado a afincarse algunas malas costumbres como modas comunes y corrientes que antes no se veían, al menos en lo que trata de la enorme cantidad de ofrecimientos públicos de prostitución e incluso de corrupción juvenil e infantil, aunque ,ésta no sea tan explícitamente mostrada, ni tampoco la anormalidad de sus ofertas.

Y, en tales condiciones, parece demás decir que, obviamente, ese necesario amparo de la niñez frente a tamaños ataques muy bien planificados y llevados a cabo, tiene que realizarse de manera eficaz, por medios que, en principio, no son penales: educación, formación espiritual, amparo familiar moral y económico, instrucción adecuada, posibilidad de trabajo para los padres y también para los jóvenes, etc., etc.

Pero, a la vez, no puede perderse de vista el enorme cometido que cabe al sistema penal en esta materia. Por cierto que, no olvidando las sabias y ya anejas palabras del Maestro Francisco Carrara, cuando a mediados del Siglo XIX nos advertía que “el principio de la tutela jurídica no debe entenderse a la letra y materialmente, como si la misión del derecho penal fuera la de obtener de un modo efectivo que el derecho nunca sea violado sobre la tierra...”<sup>1</sup> Pero también teniendo en cuenta las no menos sabias palabras de otro magistral doctrinario penal más actual, H.H. Jescheck, en el sentido de que “cuando otras medidas y posibilidades fracasan, el Derecho Penal asegura, en última instancia, la coercibilidad del orden jurídico positivo”, luego de lo cual se corre el peligro de volver a la venganza privada<sup>2</sup>. No hay que olvidar esta última advertencia, máxime cuando, como ocurre en nuestro país, también siguiendo tardíamente una moda europea abolicionista no tan vigente en la actualidad, se está frente a un descreimiento hacia la pena privativa de libertad —lo que parece razonable—, pero que se amplía —inconvenientemente— al Derecho, a la Justicia y —por supuesto que sin quererlo nadie— a las instituciones: lo cual lleva, en definitiva, a un creciente escepticismo respecto del sistema penal, en su totalidad; sin reparar en que es la máxima herramienta para salvaguardar en última instancia la paz social y los valores de

<sup>1</sup> conf. Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Vol. I, págs. 14 y 15, Ed. Temis, Bogotá, 1957.

<sup>2</sup> conf. Tratado de Derecho Penal, Parte General, T.1, pág. 4, Ed. Bosch, Barcelona.

todos y de cada una de las personas que conforman nuestra sociedad, pensando que más allá nos acechan la decepción y la venganza privada que es una consecuencia horrorosa pero natural en el ser humano gravemente afectado como puede ser el directamente allegado a un niño corrompido.

Cabe recordar siempre, en tal sentido, la advertencia que hizo Alexander Soljenitsyn en su famoso discurso de Harvard cuando se condolió de que "la sociedad ha demostrado estar mal defendida contra los abismos de la decadencia humana, por ejemplo contra la utilización de la libertad para ejercer violencia moral sobre la juventud..., se puede constatar en la sociedad occidental de hoy en día, un desequilibrio entre la libertad para hacer el bien y la libertad para hacer el mal" (sic).

Por hay que tener presente siempre que si el delito pasa desapercibido en la comunidad, si hay impunidad para los graves delitos como son, entre otros, los cometidos contra la normalidad sexual de los menores, todo ello constituye un gravísimo factor criminógeno.

Entonces, la sociedad no queda tranquila. Lo que hace inútil al derecho penal que tiene por misión, precisamente, tranquilizarla. Y ello sucede cuando el Estado no cumple con su principal misión protectora a través del derecho, ni hace desaparecer el dominio del más fuerte (por ej. de las organizaciones dedicadas al corruptor comercio con los menores), lo cual ocurre NO cuando NO se erradica el delito de la faz de la tierra, que es imposible, pero Sí en los supuestos en que la criminalidad NO es controlada mediante la averiguación, esclarecimiento y condena de un elevado porcentaje de los delitos, cuando menos de los más graves.

"Mal se encuentra la sociedad cuando ya no reacciona de ningún modo con sus reflejos frente a los mazazos de la violación de la ley, de la arbitrariedad, de la inhumanidad..., cayendo en esa apatía que es el heraldo de su derrumbamiento moral. Cuando, después, en lugar de esa indignación que no reconoce disculpa alguna, se recurre a la coonestación, a presentar el hecho como interesante, a ganar la comprensión, a justificar los medios por el fin, a inventar cínicas teorías justificativas y a flirtear snobísticamente con las aberraciones, es señal de que se ha alcanzado el punto más bajo..."

<sup>3</sup> Conf. Wilhelm Röpke, "La crisis social de nuestro tiempo", pág. 17, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1941.

Y entre nosotros, cabe entonces preguntarnos si no estaremos cayendo en ese terrible conformismo de aceptar que se corrompa a nuestra niñez y juventud, frente a nuestras narices y sin que se nos mueva un pelo.

Por eso es necesario todavía confiar en el sistema penal, por supuesto que aplicando un Derecho Penal mínimo, humanitario, razonable, no cruel, propio de un estado de derecho y hasta con connotaciones de un estado social<sup>4</sup>.

Y esto será así, al menos, mientras no exista un sustituto legal mejor que la última herramienta punitiva con que contamos para garantizar al individuo en sociedad el logro de su plena libertad y hasta el ejercicio de todos sus derechos fundamentales.

Es que la principal y trascendente misión del sistema penal es que coadyuve a la efectiva consagración del derecho de toda persona a que se respete su integridad física, psíquica y moral; así como, en especial, el derecho de todo niño a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado, conforme lo prescribe la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1, 5 y 19). E, igualmente, debe tenerse presente en todos estos temas el "standard" jurídico del interés superior del niño, previsto en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Y, por tanto, en atención a lo establecido por el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, los tribunales tienen que tomar en especial consideración a dicho interés superior del niño, al resolver sobre cuestiones delictivas que los tienen como sujetos pasivos, para hacer responder incluso penalmente a los que afectan y ponen en peligro la vida, la salud o el pleno desarrollo de un menor de edad, porque el infante "tiene derecho a cuidado y asistencia especiales", habida cuenta de que, como se indica en la Declaración aludida, "por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento" (conf. Preámbulo, párrafos 4, 5 y 7).

Si no hacemos aplicables vívidamente a estos importantísimos postulados teóricos, para qué sirven?

#### **IV. El delito de corrupción de menores**

La previsión en el art. 125 del Código Penal argentino del delito de corrupción de menores, es, en concreto, el instrumento que sirve

<sup>4</sup> conf. Winfried Hassemer, "Crítica al Derecho Penal de hoy", págs. 75 y sigtes., Ed. Ad Hoc, Bs. Aires, 1998.

de amparo penal para los menores en situación de vulnerabilidad frente al flagelo de la corrupción sexual que los acecha.

La doctrina penal argentina ha sido muy clara y categórica en la interpretación de esa norma penal: En resumen, cabe recordar, sucintamente, que la acción corruptora debe ser medida con la naturaleza de la relación sexual en el sentido biológico natural. Y así señala *Sebastian Soler* que la acción para ser calificada de corruptora debe tender a la alteración antinatural de las condiciones en que el acto sexual se realiza en sí mismo, ya sea –y esto es muy importante– por inculcarse a la víctima el hábito de prácticas puramente lujuriosas o depravadas, o por actuarse en forma *prematura sobre una sexualidad aún no desarrollada*, pues la acción corruptora puede dejar una huella psicofísica de carácter deformante o perverso: “*Turba en definitiva aquel desarrollo que la ley tutela en su aspecto de salud sexual*”<sup>5</sup>.

Por ello se ha concluido afirmando el carácter formal de este delito, con lo que queda claro que para su consumación no es necesario que se acredite la corrupción, y ni siquiera que ella se hubiera producido efectivamente. Por ello es que *Ricardo Nuñez* es muy claro cuando manifiesta que la criminalidad no reside en el logro de la prostitución o corrupción de la víctima, sino en la simple dirección del acto que muestra que el autor propende o coadyuva a aumentarlas o mantenerlas. No se trata, pues, de un delito de resultado material, sino de un delito formal<sup>6</sup>.

Esta concepción legal y, consecuentemente, doctrinaria, tiene que jugar fundamentalmente cuando se trata de corrupción de menores y la perversidad del acto sexual se analiza en el caso de los menores, precisamente, por ser prematuro, aunque más no sea. Con lo que esa calidad corruptora debe ser analizada en términos tales que –como alguna vez dije– sin entrar en el campo de la psicología profunda, del examen del caso resulte posible fácilmente imaginarse una lógica consecuencia de dicho que hacer delictivo que se evidenciará en el futuro, quizás en la adolescencia o madurez de la víctima del suceso, no solamente en cuanto a un ejercicio anormal de su sexualidad, sino hasta probablemente en un rechazo de una vida sexual normal.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Derecho Penal Argentino, T.III, págs. 304/305, Ed. TEA, Bs. Aires, 1970).

<sup>6</sup> Derecho Penal Argentino, T.IV, pág. 341, Ed. Omeba).

<sup>7</sup> Conf. del autor, “*Algunas reflexiones sobre el delito de corrupción de menores*”, en *El Derecho del 13/4/87*, glosando un fallo de la Cámara del Crimen de la Capital Federal, en el que la entonces Juez de ese Tribunal Dra. Lilibiana Catucci puso de resalto magistralmente una opinión jurídica en el sentido del sostenido en este tra-

Además, hay que tener en cuenta que textualmente el Código Penal Argentino prevé como delictivo el accionar corruptor cuando también se obra sobre un menor ya corrupto: al respecto, contra la solitaria opinión adversa de Soler, cabe señalar la doctrina sostenida por Núñez y seguida por la jurisprudencia casi pacífica de nuestros tribunales en cuanto sostiene que el delito se configura incluso cuando su autor propende a aumentar o mantener la degradación sexual del menor<sup>8</sup>.

Y, por otra parte, también debe tenerse en cuenta que el Código Penal prevé como delictivo el quehacer de naturaleza corruptora, aunque el autor no hubiera tenido otra finalidad que la de satisfacer deseos propios, así como no obstante el episodio configurara algún otro delito, como frecuentemente sucede, por ejemplo abuso deshonesto, estupro o violación.

Acerca de este tema, parece útil volver a recordar la antigua pero vigente doctrina sentada en el fallo plenario "Zabala, Joaquín" de la Cámara del Crimen de la Capital Federal y, especialmente, el voto del Dr. Juan P. Ramos, el que expuso sabiamente la opinión de que frente a un precepto penal como el de nuestro código de fondo en la materia que hace referencia al hecho de "satisfacer deseos propios o ajenos", no puede descartarse que se configure el delito de corrupción al cometerse actos deshonestos que introduzcan el germen de la lascivia prematura o perversa meramente, aunque sólo sea para dar satisfacción a los deseos del autor. El Juez Ramos se remitió al voto del Dr. Ortiz de Rosas —que fuera igualmente juez de ese Tribunal— en el pronunciamiento plenario "Legora, Juan", acerca de que, si bien es cierto que violar, estuprar y abusar deshonestamente de menores, son actos que NO importan necesariamente la corrupción de las víctimas, el delito de corrupción sexual se va a configurar en los supuestos en que exista, por supuesto, la perversión sexual, que, obviamente, se produce indudablemente cuando se llevan a cabo prácticas sexuales prematuras.

Y por ello fue —cabe volver a recordarlo— que Núñez expresó textualmente que: "...los ataques a la honestidad de los menores se

---

*bajo y mostró en su voto elocuente y dramáticamente hasta un intento de suicidio del menor allí víctima, cuya repetición no descartó la psicóloga informante.*

<sup>8</sup> Conf. ob cit., T.IV, pág. 344; así como los precedentes de la Cámara del Crimen, Sala 6a., in re "D.O.", sent. del 22/12/78, y sus citas, y de la Sala 3a., en los casos "G", sent. del 21/8/79, y "P", sent. 27/11/81, entre muchos otros.

mantienen dentro de los tipos de violación, abuso deshonesto o exhibición obscena... siempre que por sus modalidades extraordinarias no excedan la realización normal del respectivo tipo, sea por la reiteración del acto, sea por las formas de éste”.

La violación, el abuso deshonesto y la exhibición obscena son delitos de finalidad sexual, cuyo logro no excluye, con arreglo a la configuración de las figuras legales, formas ejecutivas torpes y depravadoras... Cuando de esos modos trascienda, además, la tendencia de los actos a la depravación de la víctima, se dará “también el tipo de la corrupción”<sup>9</sup>

Queda así aclarada indiscutiblemente la cuestión atinente a que el delito de corrupción puede concurrir idealmente con los de violación, abuso deshonesto, etc., lo cual no fue aceptado algunas veces, equivocadamente, por algunos de nuestros tribunales, aunque sí por la mayoría<sup>10</sup>.

## **V. La plausible jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal**

Para finalizar, resulta conveniente destacar por su elevada jerarquía los valiosos precedentes coincidentes con la doctrina antes referida que ha dictado este Alto Tribunal de Justicia penal, parece conveniente ponerlos de resalto como colofón de este trabajo.

Cabe consignar especialmente, entonces, como elocuente muestra de lo expuesto a las sentencias dictadas en los casos “Giménez, Rubén Eduardo”, por la Sala II, y “García, Carlos Horacio”, por la Sala IV.

En el primero de los fallos, cabe destacar, sustancialmente, lo siguiente:

- El reconocimiento del carácter de delito formal de la corrupción sexual de menores, en cuanto basta que la simple dirección del acto muestre “que su autor materialmente propende o coadyuva a aumentar o mantener el infame mundo de la corrupción... porque su criminalidad reside ya en el peligro de que la conducta del autor corrompa... o mantenga en la corrupción... a la víctima o aumente su depravación sexual...”;

<sup>9</sup> Op. cit., T.IV, p. “gs. 345 y 346).

<sup>10</sup> Conf. en este último sentido los precedentes “D.O.” de la Sala 6a., y “G”, y “P”, de la Sala 3a. de la Cámara del Crimen, ya citados).

- Destacándose como suficiente que los hechos "... siendo prematuros por la edad de las víctimas, que poseen una sexualidad aún no desarrollada... pueden producir sobre su espíritu una deformación psíquica que las altere moralmente para el resto de sus vidas provocándoles un vicio en su instinto sexual";

- Recordándose la jurisprudencia y doctrina conforme con la cual el delito de corrupción se consuma aun cuando se trate de una víctima "cuya depravación pueda suponerse";

- Reconociéndose, especialmente, el carácter de prematuros en los actos típicos;

- Negándose como argumento válido para absolver "el hecho de que no haya mediado voluntad o propósito en el autor de obtener la corrupción de la víctima,...pues lo definitivo en este delito –se resolvió– es la potencialidad corruptora de los actos juzgados, que deben ser considerados siempre un escalón más en la corrupción de un menor";

- Aceptándose, por tanto, la configuración de este delito incluso cuando el autor "pretende satisfacer su propia libido";

- Y concluyéndose en que "lo que debe quedar claro es que el dolo específico en el caso del art. 125 del Código Penal no es el de corromper a la víctima, sino simplemente el de realizar actos libidinosos, se tenga o no en vista la corrupción misma..."

En tanto que en el otro precedente se llegó a las siguientes conclusiones también muy importantes:

- Se remarcó igualmente el carácter formal del delito de corrupción, con cita abundante de los precedentes jurisprudenciales pertinentes, señalándose que "se reprimen los actos idóneos por sí mismos para provocar tal efecto (la corrupción), independientemente del resultado que eventualmente pueda ocurrir, es decir de la efectiva corrupción del menor", que si fuera lo único reprimido, la intervención legal "constituiría una protección tardía;

- Asimismo, se reiteró la doctrina de que "un acto con potencialidad corruptora debe ser considerado siempre un escalón posible más en la corrupción de un menor", aunque, éste ya sea corrupto;

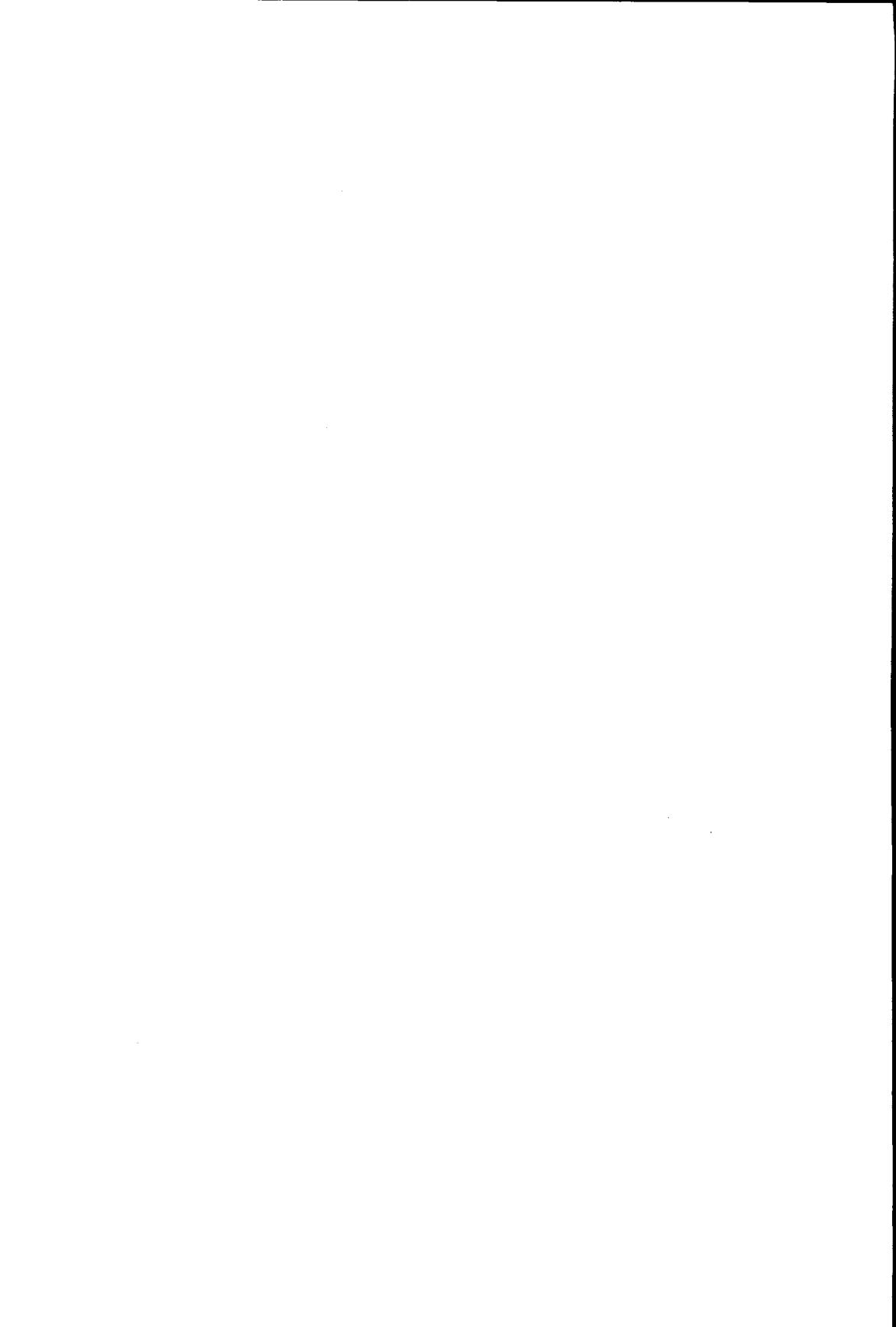
- Y se sostuvo, finalmente, que "los actos corruptores son aquellos actos de lujuria que siendo prematuros por la edad o depravados por su clase, tengan la entidad objetiva suficiente para producir sobre el espíritu de los menores una deformación psíquica que los altere moralmente, produciendo un vicio o una perversión en el instinto sexual..."

Tal es la sana y conveniente doctrina penal sobre este gravísimo problema referente a la corrupción de los menores que está sucediendo entre nosotros en mayor medida de la que nos imaginamos, y que, por supuesto, se debe combatir con todos los medios legítimos que el Estado de derecho puede y debe emplear ineludiblemente y sin excepción alguna, tanto no penales como penales.

Es que, tampoco hay que olvidar que, como asimismo lo expresa Jescheck, las infracciones delictivas graves NO pueden minimizarse por una benevolencia infundada, debiendo lograr el Derecho Penal una conciencia de seguridad general que haga posible a todos los ciudadanos el libre desarrollo de su personalidad; y en los menores, además, su amparo y asistencia moral y material, así como, concretamente, el resguardo de su normalidad sexual.

Esperemos, aunque a veces pueda parecer contra toda esperanza, que el sistema penal cumpla bien, entonces, y en todos los casos, con su importantísimo cometido social de amparo de los menores que NO puede dejarse de lado hoy en día, tanto más cuando se repara en la afligente situación de hipocresía social, que en éste como en otros temas, se advierte en la actualidad. Nuestro querido Pontífice Juan Pablo II ha descrito dramáticamente este momento al decir —ya hace algún tiempo— que *“La nuestra es, sin duda, la época en que más se ha escrito y hablado sobre el hombre, la época de los humanismos y del antropocentrismo. Si embargo, paradójicamente, es también la época de las más hondas angustias del hombre respecto de su propia identidad y destino, del rebajamiento del hombre a niveles antes insospechados, época de valores humanos conculcados como jamás lo fueron antes”*<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Discurso inaugural de la reunión episcopal de Puebla, 1, 9, *L'osservatore Romano*, Ed. en Lengua Española, 4/2/79, pág. 7).



## EL ARREPENTIMIENTO ACTIVO EN LA TENTATIVA

CARLOS HERNÁN FRANCO\*

### 1. Denominación

Por la "actividad" que el agente debe desplegar, ciertos autores, para diferenciarlo del simple desistimiento, lo denominan "arrepentimiento activo", "receso activo" o "contribución operante" o "activa"<sup>1</sup>. Otros, en cambio, prefieren la denominación de "desistimiento en la tentativa acabada" o "conducta de evitación"; por oposición al "abandono" o desistimiento, en la "tentativa inacabada"<sup>2</sup>.

Entre nosotros, la expresión "desistimiento", ha sido comúnmente empleada para ambas hipótesis en autores como Soler, Núñez, Fontán Balestra<sup>3</sup>. Más recientemente, Bacigalupo y Sancinetti<sup>4</sup> emplean la denominación del título.

La denominación cumple fines didácticos y no se identifica con la calidad de los motivos del agente. En definitiva, sólo existe desistimiento, sea en tentativa acabada o en tentativa inacabada, lo que denota similar raíz de ambos "desistimientos" aunque, como veremos,

\* Ex-Profesor Adjunto de Derecho Penal I - UCA.

<sup>1</sup> ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Ediar, Bs. As., 1980, t. IV, p. 497

<sup>2</sup> MAURACH, GÖSSEL, ZIPF, *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Astrea, 207; WESSELS, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Depalma, Bs. Aires, 1980, p. 187; STRATENWERT, GÜNTHER, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. EDERSA, Caracas, 1976, p. 218; JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General*, p. 906; JESCHECK, H., *Tratado de Derecho Penal*, 744

<sup>3</sup> SOLER, *Tratado de Derecho Penal*, I, 206; NÚÑEZ, R., *Manual de Derecho Penal*, p. 270

<sup>4</sup> BACIGALUPO, E., *Manual de Derecho Penal*, Ed. Temis, Bogotá, 1984, p. 174; SANCINETTI, M., *Teoría del Delito y Disvalor de la Acción*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1991, p. 439

con distintos requisitos en atención al diferente momento del "iter criminis" en que se producen. En el texto usaremos las expresiones desistimiento y arrepentimiento para diferenciar ambas hipótesis.

## 2. Desistimiento y arrepentimiento

En general, la correspondencia teórica de ambos institutos con la tentativa inacabada o acabada, respectivamente, proporciona criterios más o menos precisos para distinguir casos prácticos, ya que la diferenciación entre una y otra tentativa se asienta en criterios objetivos según cuál sea el supuesto en que se interrumpe el proceso ejecutivo por desistimiento o abandono (tentativa inacabada) o bien si se realiza todo el proceso ejecutivo pero no sobreviene la consumación por actividad del desistente (tentativa acabada).

Sin embargo, hay consenso hoy día en considerar que para resolver casos concretos, además de comprobar si el autor ha hecho o no todo lo que está a su alcance, habrá que tomar en consideración además, el plan del autor<sup>5</sup>. Porque, sin tener en cuenta su plan delictivo (representación), es imposible determinar cuándo debe tenerse por realizada o no la totalidad de la acción ejecutiva necesaria para la consumación.

Se dice así que la tentativa es inacabada cuando el autor no ha hecho todavía todo o cree no haber hecho todo lo que, según su plan, es necesario para producir el resultado típico. La tentativa, en cambio, es acabada cuando el autor ha hecho todo o cree haber hecho todo lo que, según su plan, es necesario para producir dicho resultado.

El deslinde, sin embargo, presenta serios problemas en dos supuestos: cuando exista pluralidad de actos ejecutivos (en cuyo caso habrá que analizar si el autor procuró lograr su objetivo con varios o con un solo acto<sup>6</sup>; y en los supuestos de error como cuando según creencia errónea del autor ya puso todas las condiciones previas exigidas por su plan<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> WELZEL, HANS, *Derecho Penal Alemán*, Ed. Jur. Chile, 11ª. ed., Santiago, 1976, p. 273: "El autor tiene que abandonar definitivamente su plan del hecho pues sólo entonces existe razón para que el autor obtenga excensión de pena".

<sup>6</sup> "Cuando el que dispara contra la víctima dispone de más proyectiles pero interrumpe el proceso, habrá tentativa inacabada. En cambio, si el plan fue producir el resultado con un sólo acto que, contra toda presición no logra el objetivo, habrá tentativa acabada". Ver, E. D., t. 17, p. 300

<sup>7</sup> Si al momento en que el autor pretende arrepentirse se ha producido el resultado, el delito se ha consumado, aunque el autor no lo supiera.

En definitiva, la determinación del deslinde entre una y otra tentativa será una cuestión de hecho a ser resuelta en cada caso con criterios objetivos y subjetivos.

### 3. Previsión del Código Penal

El artículo 43 del Código Penal sólo dispone que el “autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito”<sup>8</sup>. Creemos con la doctrina nacional y la jurisprudencia, que la fórmula “desistimiento del delito” comprende tanto al desistimiento como al arrepentimiento, porque en uno y otro supuesto no habrá “delito”. Ello así, aún cuando el Código no distinga entre tentativa acabada e inacabada, pues la autonomía del art. 43 favorece al intérprete al no ceñirlo a una correspondencia teórica que, como vimos, en la práctica, puede presentar dificultades para su distinción. Como se ha dicho con acierto: “Pareciera que nuestro Código sólo ha legislado en el art. 43 el desistimiento de la tentativa en el segundo de los casos mencionados (tentativa inacabada); pero no existe razón valedera para negar eficacia al “arrepentimiento activo” en los casos que los alemanes llaman de tentativa acabada, porque ninguna duda cabe que el obrar de quien desmantela su propia obra criminal para que no ocurra el resultado delictivo, es equiparable al de quien interrumpe la ejecución del delito antes de haberla completado totalmente.”<sup>9</sup>

Diversos proyectos de reformas al Código Penal han incorporado el concepto en sus previsiones con fórmulas más o menos comprensivas, aunque en todos los casos, manteniendo la impunidad.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> En el Código Tejedor, art. 2, tít. 2, la tentativa no estaba sujeta a pena cuando el agente “desista de su empresa”, fórmula ésta que su autor tomó del Código Bávaro de 1813. En el mismo sentido se pronunció el P. de Villegas, Ugarriza y García (arts. 13, 14 y 15). En el Código de 1886, sin embargo, la definición varió: ahora la tentativa no está sujeta a pena cuando se desista voluntariamente “del delito”, manteniéndose esta locución en el P. de 1891 (arts. 65 y 66), en el de 1906 (arts. 45 y 46) y en el de 1917, base del Código Actual (13 bis).

<sup>9</sup> CABRAL, LUIS, *Compendio de Derecho Penal*, p. 206

<sup>10</sup> El Proyecto Coll-Gómez se refería al “desistimiento espontáneo de la tentativa” (art. 8) acentuando al aspecto motivacional del autor. El Proyecto Peco, en la misma línea atenuaba la sanción si el agente “impidiera espontáneamente la producción del resultado” (art. 12). El Proyecto de 1951, sólo regulaba el “desistimiento espontáneo” de la tentativa tanto para autores como partícipes. En el Proyecto de 1979, su artículo 26 declara impune al que “voluntariamente desistiere del delito propuesto” y al que “impidiere o contribuyere decisivamente a impedir que el resultado se produzca”. La fórmula recogió la del Proyecto Soler de 1960.

#### 4. Derecho Comparado

El Código Penal Alemán admite el arrepentimiento, como causa de impunidad cuando se impide la consumación del delito o cuando, aún mediando consumación sin intervención del desistente, éste “voluntariamente se esforzó con seriedad para impedir su consumación” (art. 42). El Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica se refiere al que “impidiese que el resultado se produzca” (art. 40). Diversos Proyectos de Códigos Penales Latinoamericanos han recogido la fórmula con mayor o menor variación<sup>11</sup>. El reciente Código Penal Paraguay (1997) proyectado por el Prof. Schöne distingue el desistimiento del arrepentimiento así: “El que voluntariamente desista de la realización ya iniciada del tipo legal, o en caso de tentativa acabada, impida la producción del resultado, quedará eximido de pena. Si el resultado no acontece por otras razones, el autor también quedará eximido de pena cuando haya tratado voluntaria y seriamente de impedirlo” (art. 28).

#### 5. Requisitos

Tratándose de un verdadero desistimiento, el arrepentimiento comparte requisitos comunes con aquél pero, a la vez, tiene características propias. Los requisitos comunes son la existencia de tentativa, voluntariedad definitiva y evitación oportuna del resultado. A ellos se suma la actividad como exigencia particular del instituto que nos ocupa.

##### 5.1. *Tentativa*

Tanto en el desistimiento como en el arrepentimiento el autor está en tentativa. El Código Penal se refiere al “autor de tentativa” indicando que el ámbito temporal del arrepentimiento va desde el comienzo de ejecución de un delito determinado hasta la consumación. Como dice Núñez, el precepto no supone la inexistencia sino la existencia de una tentativa<sup>12</sup>.

No puede darse este instituto, en consecuencia, en los meros actos preparatorios (impunes como tales, salvo que la ley los tipifique

<sup>11</sup> Ver *Códigos Penales Latinoamericanos*, R. LEVENE (H) y E. R. ZAFFARONI, Ed. La Ley, Bs. As., 1978

op. cit., p. 270

como delito; por ejemplo, art. 299 del Código Penal), ni en los delitos ya consumados (salvo que también la ley compute al arrepentimiento "tardío", como en los casos que se verán "infra").

Tampoco podría existir en los delitos que no admiten tentativa según nuestra ley, como los delitos culposos, preterintencionales y de mera actividad<sup>12 bis</sup>.

En la tentativa calificada, como la tentativa abarca la consumación de otros delitos, la impunidad se refiere a la tentativa del delito desistido, pero no a los delitos ya consumados por el autor, por ejemplo: el arrepentimiento en el robo, puede dejar subsistente daños y violación de domicilio; en el homicidio desistido, quedarán las lesiones, etc.. En general, se trata de supuestos en los que, por aplicación del principio de subsidiariedad o de absorción (curso de leyes), los ilícitos pueden perder autonomía con la tentativa; pero que, al no darse ésta (por la evitación del resultado), conservan su individualidad punible.<sup>12 ter</sup>

Lo mismo sucede en el supuesto de concurso ideal, ya que cuando el sujeto con una sola acción intenta violar dos o más normas, la pena mayor absorberá la menor; pero si por cualquier causa la pena mayor no es aplicable, resta la del delito menor. Así, el autor o partícipe que evita una tentativa de estafa mediante uso de documento privado falso, dejará subsistente la figura de la falsedad documental.

En la tentativa inidonea (art. 44 CP), finalmente, no cabe descartar la posibilidad del arrepentimiento cuando el autor haya ignorado completamente la inidoneidad del medio o del objeto.<sup>13</sup>

En los delitos de peligro abstracto no cabría el arrepentimiento pues dada su peligrosidad general, el comienzo de ejecución impide el retroceso. No así en los delitos de peligro concreto en que la evitación de la consumación es posible.

En la omisión impropia, la falta de desenvolvimiento activo de una voluntad de realización, impide hablar de "etapas" de realización del delito omisivo<sup>14</sup>.

<sup>12 bis</sup> Ver interesante fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en que admitió el desistimiento en el contrabando pese a ser delito formal (J. A. 1989, I, 918)

<sup>12 ter</sup> Ver J. A. 1980 II, 345: "Un caso de tentativa calificada", DANIEL P. CARRERA Y AIDA TARDITI

<sup>13</sup> El autor cree que el proceso ejecutivo desplegado es apto. Sin embargo, se arrepiente, descubriéndose luego la inidoneidad

<sup>14</sup> BACIGALUPO, E., *El delito impropio de omisión*, Ed. Pannedille, Bs. As., 1970, p. 129

## 5.2. Voluntariedad

Es una exigencia de la ley. Actuará voluntariamente quien desiste por motivos autónomos; es decir, desbarata el plan delictivo libremente, sin determinaciones ajenas o motivos heterónomos. La clásica fórmula psicológica de Frank del "motivo autónomo autodispuesto" según la cual actúa voluntariamente quien se dice "no quiero, aunque pueda" e involuntariamente cuando, a la inversa, se dice "quiero, aunque no puedo", sirve todavía como regla básica pese a las críticas que se le han hecho<sup>15</sup>. Sólo que debería ser complementada con otros criterios valorativos, tales como la inexistencia de un motivo externo significativo para la modificación del plan de acción; la "voluntad de retornar a la legalidad" o, finalmente, la "ausencia de coacción por un tercero"<sup>16</sup>.

Aún cuando la calidad de los motivos que provoca el desistimiento no esté conforme a derecho (por ejemplo: cálculo especulativo) o sea éticamente disvalioso (odio, etc.) es posible el desistimiento porque la ley no exige motivación especial. Tampoco se requiere que el desistimiento sea "espontáneo" pues éste exigiría el "arrepentimiento", que no es necesario porque puede no haber arrepentimiento en el autor como motivo y sí objetiva evitación de la consumación.

En definitiva entonces, la "calidad moral" del impulso del arrepentimiento no tendrá efecto para su configuración.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Las críticas se refieren a que la fórmula sirve más bien para determinar cuándo la tentativa está fallida que para averiguar cuándo el desistimiento es voluntario. ZAFFARONI, op. cit., p. 489

<sup>16</sup> La jurisprudencia ofrece casos ilustrativos: Así, se ha dicho que para que el desistimiento alcance efecto desincriminatorio debe ser voluntario y "no satisface esa calidad el repliegue que tiene lugar una vez que la consumación se ha tornado imposible" (L. L., 1985, D, 474). Sin embargo, aún cuando el encartado haya supuesto "mayores complicaciones" y por ello desistió de su acción, "no priva el carácter voluntario de éste" (BCNCyC, 1981, X, 225). No es voluntario el desistimiento cuando el autor no sigue adelante en su finalidad criminal "al encontrar un inconveniente para hacerlo, sea que el inconveniente provenga de un tercero o de las propias circunstancias en que el autor obra" (J. A., 1979, IV, 392); Quien es impelido a no querer la consumación por un accidente que actúa como obstáculo y no como estímulo, no desiste voluntariamente (id); si uno de los empleados fugó del lugar donde se estaba perpetrando el robo, lo que fue advertido por el acusado, su desistimiento no es voluntario (T. O. n° 14, 17.11.93, causa n° 40); El desistimiento es voluntario cuando el sujeto se ha dicho: no quiero, aún cuando pueda (J. A., 1992, III, 559). La jurisprudencia ha sido reacia en aceptar la "voluntariedad" cuando la víctima sea por su "actitud decidida" (J. A. 1978, IV, 261) o por haber "despertado sospechas" en el autor (L. L. 1988-C, 396) motiva el desistimiento.

<sup>17</sup> Así se ha dicho que la falta de móvil ético no resta eficacia exculpante al desistimiento (C. C. C., Sala V, 3.4.81; J. A. 1981-III-212); No se requiere arrepenti-

Si existiesen fundadas dudas sobre si actuó o no voluntariamente, el principio in dubio pro reo no beneficiará al que se arrepintió dado el terreno ilícito en que se encuentra.

### **5.3. Voluntad "definitiva"**

No se deberá llegar a la consumación porque el autor ha cambiado definitivamente de actitud respecto del propósito de consumarlo. En este sentido, para el arrepentimiento, la prolongación del ritmo del proceso ejecutivo o su suspensión, no son suficientes. Se requiere la evitación del resultado: el carácter definitivo de la voluntad de des-hacer –"dolo de evitar"–, quedará demostrado por la evitación en sí.<sup>18</sup>

### **5.4. Oportunidad**

El Código Penal no contiene este requisito. Sin embargo hace al carácter voluntario del actuar desistente pues, mientras la ejecución del hecho no haya sido "descubierta", es posible el arrepentimiento "voluntario". A partir del descubrimiento sin embargo no cabe tal "voluntariedad", pues el autor que ha sido descubierto o que cree que ha sido descubierto, no se arrepiente "voluntariamente".<sup>19</sup>

No "descubren" en forma idónea parientes, adeptos o partícipes del autor.

Descubren sí, aquellos que actúan en contra los intereses de éste.

Es el hecho, el que debe ser descubierto; aunque no lo sea su autor.

### **5.5. Actividad**

Mientras el "desistimiento" puede ser cometido por acción u omisión, para el "arrepentimiento" de la consumación se requiere una conducta activa porque toda inactividad reforzará la voluntad realizadora del tipo.

Así, no puede dispensarse de responsabilidad por tentativa a aquél que, una vez concluida ésta "deja que las cosas sigan su propio rum-

---

miento (T. O. n° 14, L. L. 1994, E, 366); El sentimiento de "miedo" para el desistimiento no lo invalida porque indica que surtió efecto la amenaza penal (C. C. C., Sala IV, 1996, L. L. 1986-E, 719); El desistimiento voluntario del autor de un delito es una cuestión meramente volitiva (J. A., 1993, II, Síntesis)

<sup>18</sup> VID, ZAFFARONI, op. cit., p. 495

<sup>19</sup> No existe desistimiento si medió intervención policial. (E. D., t. 18, p. 338; t. 58, p. 692). Como dice Jakobs, el desistimiento está excluido, cuando el autor ya no puede evitar la consumación "con seguridad", op. cit., p. 911

bo" con la fortuna de que el resultado no se produce<sup>20</sup>. Tampoco se excluye de la punición al que observa cómo un tercero no involucrado en el hecho impide la producción del resultado o cuando el resultado se elimina fortuitamente; o, en fin, cuando el "shock" que sufre el autor durante la ejecución, motiva la interrupción del acto.<sup>21</sup>

No debe olvidarse al respecto que el desistente por arrepentimiento se encuentra en terreno ilícito, por lo que —según el "versari in re illicita"—, el autor debe cargar con el riesgo total de producción o no producción del resultado dado que ha sido él mismo quien ha puesto en peligro el bien jurídico.

De allí que además, la actividad que se requiere debe ser seria de acuerdo con el plan del autor: la utilización de medios que solo representan una posibilidad remota o dudosa para la evitación del resultado, no son suficientes para lograr la impunidad. Seria es la actividad idónea para evitar el resultado dentro del particular proceso ejecutivo de que se trate.

### **5.6. Evitación del resultado<sup>22</sup>**

No cabe duda que nuestra ley —cuando se refiere al desistimiento del "delito"— exige que la consumación de éste haya sido impedida pues, como vimos, cuando pese a la voluntad de evitación el curso causal hubiese concluido en la consumación sin variaciones sustanciales respecto de lo representado y puesto en marcha por el autor, éste será responsable por el delito consumado. Así, quien luego de dar veneno, inculca el contraveneno no obstante lo cual la víctima muere, responderá por homicidio.

Para acoger la impunidad del que se arrepiente cuando la consumación se produce "por otras razones", pese a su esfuerzo serio por evitarla (como en Alemania), deberá incorporarse una previsión legal. Hoy día, en ausencia de una norma que contemple la impunidad para estas hipótesis, el Juez deberá acudir al artículo 41 del Código Penal a efectos de la elección de la pena dentro de la escala del delito consumado.

<sup>20</sup> MAURACH, GÖSSEL, Zipf, op. cit., p. 99

<sup>21</sup> Si el "shock" llevará a la imputabilidad se plantea el complejo problema si quien se torna inimputable en el curso de la ejecución, puede arrepentirse (ver Zaffaroni, op. cit., p. 493)

<sup>22</sup> BACIGALUPO, E., MANUAL, p. 76. La evitación no requiere el "agotamiento" del delito comprensivo de los propósitos del autor de tentativa. Cuando el autor ha creado varios riesgos y no puede revocarlos a todos, no puede haber arrepentimiento

No es necesario que sea el desistente quien evite el resultado. Él puede valerse de terceros (médico para el antídoto, bomberos para apagar el fuego iniciado, etc.), siendo suficiente que él haya contribuido decisivamente para la evitación pues el criterio de eficacia requerido es objetivo.

## 6. Efectos

El arrepentimiento activo lleva, como vimos, a la impunidad de la tentativa. Diversos fundamentos se han dado para ello:

- La teoría de la política criminal (o del premio) estima que el derecho brinda un “puente de oro” a fin de que el autor desista. La posición es teóricamente correcta en la medida en que se facilita el retorno a la legalidad desde la ilegalidad. Sin embargo, en la práctica, el autor no reflexiona sobre el alcance normativo de su conducta ni en la mayoría de los casos, conoce el beneficio.

- La teoría del fin de la pena, en cambio, considera que de mediar arrepentimiento voluntario, no existe conducta merecedora de pena según la valoración del legislador. En nuestro Código Penal sólo se exige voluntariedad y evitación del delito, lo que no requiere que la pena se haya hecho innecesaria. Sin embargo, las disposiciones de la ley 24660 podrían fundar esta concepción para nuestro derecho<sup>23</sup>.

- Otros autores han visto una falta de tipo<sup>24</sup> en la tentativa desistida, pues si la ley exige “comienzo de ejecución” sólo es susceptible de ejecución una acción y la falta de algún elemento que determine que la acción es delito provocará la ausencia de tipicidad. Sin embargo, nuestra ley se refiere al “autor de tentativa”, lo que impide aceptar esta posición, ya que no se puede ser autor de tentativa cuando no existe tentativa, salvo que se altere el texto con mengua del principio de legalidad. Tampoco puede excluirse la tipicidad cuando ya hubo tentativa y menos cancelar el desvalor de la acción ya cumplida.

- Se ha sostenido también que existe una causa de inculpabilidad, sea por la “insignificancia de ésta”, su “cancelación” o “anula-

<sup>23</sup> Roxin considera que el fin de la pena se halla cumplido con el desistimiento siendo innecesaria la prevención general o especial (Problemas Básicos del Derecho Penal, Ed. Reus, Madrid, 1976, p. 248). La ley 24660, en su art. 1 se refiere al propósito de las penas privativas de la libertad: “capacidad de comprender y respetar la ley” por el condenado. De acuerdo con ello, el que se arrepiente muestra una conducta anticipadamente conforme al fin de la pena.

<sup>24</sup> Ver L. L. 1986, E, 719 (n° 5768); J. A. 1987, I, 219

ción". En nuestro derecho sólo funcionan como tales el error y la coacción. Además, ¿cómo cancelar la culpabilidad existente por el arrepentimiento posterior?

• Finalmente, se ha dicho que estamos en presencia de una excusa legal absolutoria que sólo elimina la pena del autor del desistimiento. Ciertos autores cuestionan esta calificación, que es mayoritaria en la doctrina.<sup>25</sup>

Se advierte que el fundamento de la impunidad ha pasado por todos los elementos estructurales de la definición del delito hasta llegar a la pena. La posición correcta parecería ser la de combinar las diversas posiciones pues no existe un fundamento único. Así, razones de política criminal indican que debe estimularse el desistimiento. También es aceptable la idea de que el autor del arrepentimiento tiene una voluntad menos resistente o no tiene una mala voluntad firme y persistente. Finalmente, como el arrepentimiento no afecta ninguno de los caracteres del delito, puede aceptarse que se trata de una causa personal que cancela la punibilidad.<sup>26</sup>

## 7. Supuestos especiales

### 7.1. Participación

Como el efecto del arrepentimiento es estrictamente personal solamente el autor o coautor que cumple con los requisitos del arrepentimiento queda impune, pero la impunidad no puede extenderse a otros partícipes del delito (si existiera falta de tipo, todos quedarían impunes). Viceversa: cuando varias personas participan en la realización del hecho (cómplices, instigadores), sólo quedará eximido de

<sup>25</sup> Muñoz Conde sostiene que el desvalor del resultado desaparece por la voluntaria actividad (desistimiento activo). Luego, el desistimiento tampoco en este caso se puede explicar como una excusa legal absolutoria o por razones de estricta falta de necesidad de la pena, sino porque el hecho no merece pena, pues no es posible imputar objetivamente el resultado al comportamiento, lo que es básico para la constitución del injusto. En este caso —dice—, el desistimiento excluye la penalidad no sólo del que desiste, sino también de los partícipes, pues no es una causa personal de exclusión de la pena (Manual de Derecho Penal Español, 319). Sin embargo, la inexistencia de consumación sólo beneficia "al autor" del arrepentimiento, según nuestra ley.

<sup>26</sup> Wessels la denomina "excusa absolutoria personal" (op. cit. p. 183), y Straterwert "excusa absolutoria posterior especial" (op. cit. p. 219). Lo evidente es que la naturaleza de la impunidad del arrepentimiento debe buscarse en la teoría de la pena y no en la teoría del delito. Nuestra jurisprudencia ha sostenido la impunidad en razones de "política criminal" (J. A. 1980, II, 341).

pena el partícipe (no los autores ni coautores) que voluntariamente retirase su contribución e impidiese la consumación.

### **7.2. Arrepentimiento en delito consumado**

El Código Penal exime de pena al que revela a la autoridad la conspiración para la traición, antes de haberse comenzado el procedimiento (art. 217).

También exime de pena al que revele la confabulación o “espontáneamente impidiera la realización del plan” para cometer delitos de fabricación, tráfico, introducción, producción, etc., de estupefacientes (Leyes 23737, 24424 y 24819).<sup>27</sup>

<sup>27</sup> Laje Anaya es muy crítico de la forma como se ha estructurado este desistimiento posterior (Narcotráfico y Derecho Penal Argentino, Ed. Lerner, Córdoba, 1998, p. 292).



## **LA INVESTIGACION PENAL, ENTRE LA POLICIA EN FUNCION JUDICIAL Y EL MINISTERIO FISCAL DESDE UNA PERSPECTIVA POLITICO CRIMINAL**

CARLOS A. MAHIQUES\*

1. Nuestro procedimiento penal reparte meticulosamente el papel de sus actores. Investigación, instrucción y juicio constituyen etapas precisadas y reguladas.

Nunca la autoridad judicial se identificó exclusivamente con la acción de un órgano o funcionario, aunque a veces la función se exprese a través de ellos. Es, sin embargo, aquella imagen la que recibe la opinión pública particularmente de la policía de investigaciones, del fiscal y del juez de instrucción.

Es verdad que la conducción de casos difíciles revela muchas veces la personalidad de quien lleva las riendas de la encuesta que, como una proyección de aquella, será lenta o rápida, laxa o represiva.

En cualquier caso, la importancia de la investigación preparatoria en el proceso penal, los funcionarios encargados de realizarla y el modo en que ésta se lleva a cabo es motivo de preocupación en el legislador y en los actores no institucionales de la política criminal (especialmente los "Mass media") quienes recurrentemente oponen como dilemáticas y antagónicas, nociones que solo expresan contrastes es decir, la apariencia de contradicciones. No hay, en efecto, oposición sino complementación e integración entre realidades tales como individuo y sociedad; seguridad y garantías; verdad material y eficacia; procedimiento secreto o abierto; pruebas orales o escritas; etc.

La disputa se extiende también a cuales deben ser los órganos institucionalmente responsables de la investigación y al alcance de

\* Profesor Titular de Derecho Penal II y de Derecho Penal Profundizado. UCA.

sus potestades sin que se haya llegado todavía a un acuerdo definitivo sobre el “qué” y el “para qué” de esa actividad.

Será difícil adoptar cambios profundos en esta materia sin interpelar en su globalidad a un sistema que, en nuestra experiencia, reconoce un origen heredado de las leyes de enjuiciamiento españolas y que, en el ámbito nacional, rigió a través de un código con esa impronta hasta hace poco más de seis años.

2. En la base de cualquier reforma del sistema regulador de la labor investigativa, está la cuestión del status y las prerrogativas del Ministerio Público Fiscal. ¿Es éste un órgano investigador o instructor?; ¿titular de la acción pública o sólo de su ejercicio?; ¿su actividad debe enmarcarse en un sistema de persecución oficiosa o de oportunidad de persecución?

El programa político emergente de la reforma constitucional de 1994, así como los principios y el contexto que informaron el artículo 120 de la Constitución Nacional y la ley de Ministerio Público N° 24.946 evidencian que el eje del cambio es tendencialmente acusatorio. En algunos códigos locales, como el recientemente sancionado en la provincia de Buenos Aires (ley 11.922) ello aparece de manera explícita.

La idea entrañada en el cambio —también presente en el proyecto de reformas al código procesal de la Nación del Poder Ejecutivo de 1998— apunta a asignarle a los fiscales la dirección de la instrucción. Esta transcurre, a su vez, en un “tiempo” procesal en el cual el organismo que la conduce puede seguir adelante con ella o archivar el caso; reunir ciertas pruebas o dejarlas fuera de la compulsa; seleccionar en definitiva un “dossier” favorecedor o perjudicial para una de las partes. Es por eso que, en este contexto, asume tanta importancia que quien dirija la instrucción sea independiente (y además lo parezca), porque sólo así, quienes hayan de juzgar contarán con el material necesario para hacerlo y con la credibilidad de los ciudadanos.

3. La exposición que sigue se ceñirá a identificar algunos de los problemas que afronta la investigación preparatoria en los nuevos modelos de matriz acusatoria y a señalar algunos de los andariveles que permitan orientar la reflexión a partir de algunos “conceptos llave”.

El objeto formal y material de la investigación penal es la realidad conocida como “objeto procesal”, cuyo conocimiento abastecerá

mediante el juicio de mérito y la certeza moral explicitada en la sentencia, la causa final del proceso, esto es, el establecimiento de la verdad jurídica objetiva.

El hecho y la “notitia criminis” es el punto de partida de la investigación, y su comprobación constituye el fundamento de la argumentación en el que se sustenta la convicción razonable de los jueces.

El “material probatorio” –cuyo contenido “intrínseco” y valor procesal será apreciado por el tribunal de juicio– es, a su vez, la síntesis que expresa el resultado de la actividad investigativa. Para obtenerlo el investigador judicial debe haber cumplido con las llamadas “reglas de admisibilidad” o de “exclusión”, que condicionan la incorporación y utilización de los elementos reunidos en el “dossier”<sup>1</sup>.

En materia probatoria es posible distinguir dos grandes ámbitos, el de los “principios generales”, que regulan el funcionamiento procesal del estado de inocencia; los límites de la eficacia de los medios de prueba; los métodos de para su recta apreciación y los distintos grados de certeza compatibles con la naturaleza “tópica” del razonamiento judicial.

El segundo incluye la “administración” de la prueba, es decir lo concerniente a la investigación “stricto sensu” y a la intervención de los operadores procesales responsables del ofrecimiento, producción, calificación y adquisición de los elementos de juicio<sup>2</sup>.

Nos limitaremos aquí, a dos aspectos específicos de la fase preparatoria del proceso; a) la referencia a las secuencias más significativas que conforman la investigación penal en sentido amplio y a los principios que informan la mencionada actividad; y, b) la cuestión de la “iniciativa” en la búsqueda de las pruebas, y el perfil y la regulación normativa de la actuación del fiscal en el ordenamiento nacional, y en algunos ejemplos de la legislación comparada.

4. En aquella etapa que sigue a la constatación del suceso supuestamente delictivo, cabe distinguir dos aspectos conceptualmente distintos.

<sup>1</sup> Spencer, J., Deleuze B. y Vorms, D. “La preuve, une question inclassable”. Problèmes et principes généraux de politique criminelle, en *Revue de Science Criminelle et droit pénal comparé*. 1993. Paris. Dalloz-Sirey.

<sup>2</sup> Delmas-Marty M. y otros, “La procédure pénale en Europe”, PUF.1995, p.515 y ss.

En primer término, la “investigación” propiamente dicha, efectuada casi exclusivamente por la policía en función judicial <sup>3</sup> bajo la dirección del juez o, en su caso, del fiscal de instrucción <sup>4</sup>.

Como afirma Moras Mom<sup>5</sup> la “investigación” se inicia con la recepción de la “notitia criminis” y se continúa con sucesivos acopios de datos que confirmen la producción del hecho, y aseguren el progresivo conocimiento de las circunstancias de su acaecimiento y de la identidad de sus autores.

La significación procesal que aquellos asuman (ponerlos “en” y “como” evidencia), y el mérito que se le asigne al conjunto (el resultado y consecuencia lógica de la pesquisa) constituye técnicamente la “instrucción”.

La “instrucción” parte de un conocimiento sin certezas del hecho y sus responsables, pero con vocación de aptitud para, a su término, dar sustento al juicio y en él poder afirmar, probar, debatir, concluir y juzgar sobre sus circunstancias y accidentes <sup>6</sup>.

La investigación tiene un momento inicial —la “notitia criminis”— y a partir de allí, todo se desenvolverá con una intensidad y exten-

<sup>3</sup> Así todavía debe denominarse a la policía de investigaciones Federal y de la provincia de Buenos Aires, cuyos integrantes mantienen su estado policial y dependencia administrativa de los respectivos poderes ejecutivos. En el caso de Buenos Aires, la actual ley del Ministerio Público prevé el funcionamiento en el marco de su estructura de una policía judicial como la que ya cuentan las provincias de Córdoba, y Tucumán.

<sup>4</sup> V. arts. 183, 184, 194, 196, 212 y 353 bis del C.P.P.N.

<sup>5</sup> “La investigación en el proceso penal. Técnica del descubrimiento”; Abeledo-Perrot, 1998, p.13 y ss.

<sup>6</sup> Moras Mom, ob. cit., p. 15.

El código Nacional conserva, en embargo, ciertas “proyecciones” instructorias en la fase del juzgamiento. Así, en el art. 354 CPPN. acuerda al Tribunal de Juicio la facultad de “verificación de las prescripciones” que rigen la etapa preparatoria antes de citar a las partes; art. 357, la “instrucción suplementaria” que puede llevar a cabo el Tribunal de Juicio respecto de prueba omitida o denegada, o de imposible cumplimiento en la audiencia; art. 384, facultad del presidente de comenzar con el interrogatorio al imputado y a los testigos antes que las partes; art. 388 que acuerda al Tribunal la potestad de ordenar de oficio las pruebas que considere “manifiestamente útiles” (nuevos elementos, o indispensables aunque sean conocidos); art. 397, recepción de nuevas pruebas o ampliación de las producidas en debate “reabierto” cuando el Tribunal estime que éstas sean de “absoluta necesidad”; art. 391 declaraciones de testigos ausentes, fallecidos o inhabilitados o que lo hayan hecho por exhorto o informe; art. 392, reproducción de declaraciones de coimputados sobreesidos, absueltos, condenados o prófugos por el mismo delito o por otros conexos, y de las actas del mismo u otro proceso; art. 378, declaración del imputado y eventual “careo consigo mismo” cuando se niegue a declarar en audiencia o se contradiga con su anterior indagatoria.

sión acorde con la complejidad del objeto procesal, desde las situaciones más simples de flagrancia, en las que el grado de la verificación es muy alto, hasta aquellos supuestos donde el suceso delictivo se exhibe con un margen mayor de incertidumbre.

El método que deberá presidir la compulsa de los elementos de comprobación, está fundado en la lógica y el sentido común. El “desorden” visible en los primeros tramos de la investigación habrá de dejar paso progresivamente a un “orden” diferente donde las partes se integren en un todo con univocidad de sentido. En este orden secuencial y reglado, lo primero será la verificación material del hecho y la escena del crimen la fuente primera e insustituible de la pesquisa.

Vinculado con lo anterior aparece otro de los presupuestos legitimantes de la investigación: el de la legalidad de los procedimientos.

En tanto los actos de investigación comprometen, en mayor o menor medida, los derechos y garantías de las personas a las que se las vincula de un modo directo o indirecto con aquella, su realización debe estar justificada y juzgada inevitable para que el Estado pueda llevar adelante sus estrategias político criminales de contención y persecución del fenómeno social de la delincuencia<sup>7</sup>.

##### 5. La iniciativa de la investigación.

Plantear el problema de quien debe asumir la “iniciativa” de la investigación del hecho criminal, es decidir si la legitimación estará en el juez de instrucción o en las partes (fiscal o actor civil). Esto implica, al mismo tiempo, tomar posición por una forma particular de intervención del juez, y aceptar la estructura funcional en la que aquel –según la opción elegida– se deberá desenvolver. Es necesario para ello partir de la base común a todos los sistemas en vigencia (sea éste inquisitivo, acusatorio o mixto) de que la función primaria –lógica y cronológicamente precedente– en la investigación está a cargo de la policía judicial que dispone, en este aspecto y según los casos, de una parcela de iniciativa más o menos amplia.

<sup>7</sup> La racionalidad de los actos de gobierno se deriva del art. 1<sup>o</sup> de la CN, lo que, en nuestro caso, implica que la investigación “tiene en el proceso penal una validez institucional específica, tanto en sus fines como en su integración regulada...y no será válida si la actividad no se asienta en actos jurídicos procesales” (Moras Mom, ob, cit. p. 24). En otros términos, aquellos actos deben ser estrictamente necesarios; respetuosos de las formalidades legales, de las garantías individuales, con intervención de los organismos jurisdiccionales establecidos y en el marco de un proceso legalmente abierto. V. igualmente, Cám. Federal S. Martín; causa 73/97, “Pinedo G. y otros s/inf. Ley 23.737, del 15-5-98.

Una diferencia se advierte, empero, entre los países en los cuales la policía está sometida al control del Ministerio Público (Alemania, Francia, Italia) y los que no imponen, como es el caso de Inglaterra, límites de actuación preestablecidos a la acción policial.

En realidad podría afirmarse que en el primer grupo de países hay "iniciativa compartida" de la averiguación criminal, sea porque el principio de dirección del Ministerio Público sobre la policía no se opone a que ésta disponga de un poder de iniciativa propio (como ocurre en Alemania, Bélgica, Canadá -Quebec-, y Francia), sea porque es la misma la ley la que le otorga una potestad autónoma de investigación (Italia).

Desde la perspectiva de las garantías procesales del imputado, es útil examinar separadamente las situaciones en las que la iniciativa está puesta en cabeza del juez y de la policía a través de tres ejemplos emblemáticos.

En el primero de ellos, aparece en el supuesto en que un juez debe librar una orden autorizando una medida restrictiva de libertades constitucionalmente garantizadas. En Inglaterra, ciertos actos como la detención requieren el mandato de un juez de paz. En Alemania el "Juez de la información" aprecia la oportunidad de ciertas diligencias tales como la orden o secuestro.

En la segunda hipótesis, la iniciativa del juez se sustituye ocasionalmente a la de la policía. En Italia, el juez de la investigación preliminar (GIP) interviene principalmente para coleccionar ciertas pruebas no reproducibles o en riesgo de desaparecer. Pero este magistrado no ejerce esa función sino a requerimiento de las partes. Es pues, la iniciativa de estas últimas la que origina la actuación del magistrado<sup>8</sup>.

En un tercer caso, la iniciativa del órgano jurisdiccional sustituye totalmente a la de la policía -como sucede en Francia- donde el juez de instrucción asume, a partir del momento en que le es dado intervenir, la iniciativa excluyente de la encuesta.

Las alternativas antes expuestas permiten precisar las diferencias que surgen cuando se toma como eje la intervención del Ministerio Público. Estas diferencias pueden, no obstante, atenuarse apreciando la eficacia de la iniciativa confiada a los otros actores del proceso.

<sup>8</sup> Pisapia, G.D. "Le nouveau Code de procédure pénale italienne"; en Archives de politique criminelle, N° 13, Paris. 1991, p. 130.

Lo cierto es que un control coordinado y eficaz de la policía por el Ministerio Público se ha revelado ilusorio y difícil de llevar a cabo en la práctica. No existen, en este punto, diferencias con el sistema inglés. De igual modo en Francia tampoco la figura del juez de instrucción asegura una mayor protección de las garantías individuales si se las coteja con la de otros sistemas que no prevén la intervención de un magistrado con esas facultades. Hasta se ha denunciado que el cúmulo de funciones jurisdiccionales y de investigación otorgadas al juez de instrucción puede presentar un riesgo —en términos de afectación de garantías— para el inculpa<sup>9</sup>.

En lo que concierne a la intervención de los particulares en la fase de la investigación cabe observar igualmente una diferencia entre los países que reconocen a la defensa un derecho de participar activamente en aquella etapa (Inglaterra, Italia), y aquellos que no admiten sino un derecho de “hacer” investigar. Esta diferencia se atenúa en la práctica en la medida en que, como ocurre en el Reino Unido, la defensa está raramente en posición de realizar por sí misma la pesquisa.

En cuanto a la iniciativa de las partes dirigida a “hacer” investigar y buscar las pruebas, ella no será plenamente eficaz si no se la armoniza y asegura con recursos que la hagan obligatoria para el órgano oficial encargado de realizarla. Empero, tanto la policía en Inglaterra como el juez de instrucción en Francia, no están constreñidos a dictar resoluciones motivadas a los pedidos de investigación sugeridas por el imputado. Ocurre lo propio si la demanda proviene del “Crown Prosecution Service” inglés, mientras que si lo hace el “Procureur de la République” francés, el rechazo del juez a proceder debe estar fundado. En Alemania existe un derecho limitado del damnificado a investigar desde el inicio del proceso pero en definitiva siempre sometido a la apreciación del Ministerio Público.

Los sistemas inglés e italiano prevén que aún durante la audiencia el juez de cognición pueda evaluar la pertinencia de las pruebas ofrecidas, aunque en el último caso con un carácter más limitado. La no-pertinencia debe aparecer manifiesta y no es a la parte oferente a quien corresponde demostrar la validez de la prueba ofrecida<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Commission Justice pénale et droits de l'homme. “La mise en état des affaires pénales”. Paris, La Documentation Française, 1991.

<sup>10</sup> V. “Procès pénal et droits de l'homme”, bajo la dirección de Mireille Delmas-Marty, Paris, P.U.F., 1992, p. 79 y ss.

En nuestro medio, y en el ordenamiento procesal nacional vigente, el comienzo de la etapa preparatoria está previsto en alguna de las alternativas siguientes: por denuncia (arts. 174, y 178 CPPN); requerimiento del agente fiscal (art. 181); por decisión del juez de instrucción (art. 180, quien deberá transmitirla al fiscal en el término de 24 horas, pudiendo delegarle a éste la dirección de la investigación, art. 196); o de la policía (arts. 182 y 186). En estos dos últimos supuestos deberá formalizarse el requerimiento del fiscal (art. 188).

La restante opción es la iniciativa a cargo de la "prevención" policial, que es el modo de llamar a la iniciativa propia de la policía de investigaciones o en función judicial (arts. 183 y 186 del cód cit.). En este caso, los agentes podrán actuar por cuenta propia aunque deberán dar cuenta al magistrado instructor en el plazo de tres, cinco u ocho días, según los casos, de la investigación realizada.

Es claro que el fiscal es uno de los dos sujetos procesales legitimados para investigar ejerciendo su natural potestad referida al ejercicio de la acción penal pública (arts. 5 y 65 CPPN.).

Con la salvedad antes expuesta y la que haremos más adelante, el fiscal en nuestro medio "requiere" o "insta", pero no conduce la investigación (art. 188 CPPN., en los casos de denuncia ante la policía o el juez de instrucción, y cuando éste último no decidiera delegársela conforme al art. 196 citado).

Al margen de las facultades que la ley nacional le acuerda al fiscal en el "requerimiento" (arts. 196 y 212 CPPN), su intervención tiene la finalidad de promover la acción penal y limitar el "objeto procesal", circunscribiendo y definiendo la jurisdicción del tribunal de juicio.

Asimismo, el fiscal en nuestro derecho actúa según el principio de "legalidad" de persecución, y aunque es materia controvertida, en caso de que no requiera, es decir, de que desestime la promoción de la acción pública (hipótesis no prevista en el código vigente) y el juez no comparta tal criterio, la cuestión podrá ir en "consulta" a la Cámara de Acusación o Apelaciones por vía de analogía no vedada del art. 348 del CPPN que fija ese procedimiento para los casos de pedidos de sobreseimiento no compartido por el juez. El código procesal nacional bloquea la iniciativa "ex officio" y la decisión del juez de instruir sumario no es apelable (arts. 199, 203, 433 y 180, última parte "a contrario") siempre que haya mediado requerimiento fiscal.

La reciente sanción de la ley 24. 826 incorporó como título IX (debió decir VIII) del Libro II del CPPN, la regulación de la nueva

instrucción sumaria encargada a los fiscales para los delitos en los que proceda la condena de ejecución condicional, cualquiera sea la pena amenazada en abstracto. Esta competencia funcional es autónoma, a diferencia de la que prescribe el art. 196 antes citado, donde se regula una modalidad de pesquisa o investigación (arts. 209 a 215 ib. id.), en la que el órgano judicial conserva para sí todos los actos y las funciones de naturaleza jurisdiccional (art. 213 id.)<sup>11</sup>. Las nuevas atribuciones asignadas a los fiscales no están en pugna con la Constitución Nacional (art. 108 y concordantes) "porque su tarea no invade la propia e indelegable del Poder Judicial"<sup>12</sup> (queda fuera de su potestad disponer la detención y la prisión preventiva; arts. 283 y 312, respectivamente).

El nuevo régimen modifica significativamente el sistema prefigurando, quizá, la definitiva transformación de nuestro sistema mixto en uno acusatorio.

Las diferencias más importantes entre la nueva instrucción sumaria y el régimen de la etapa preparatoria a cargo del juez son, a) la desaparición de la declaración indagatoria (art. 294 id.) y del auto de procesamiento (art. 306 id.); y, b) la asignación al Ministerio Público de la facultad de considerar concluida la instrucción, lo que constituye una importante atribución ordenatoria.<sup>13</sup>

De acuerdo al nuevo art. 353 bis del CPPN, para que tenga lugar el trámite de instrucción sumaria se necesita que el juez evalúe dos circunstancias: en primer lugar, que el imputado haya sido sorprendido en "flagrancia" en la comisión de un delito de acción pública; y en segundo término que se estime prudencialmente que no habrá de dictársele la prisión preventiva.

En caso de que concurren ambas circunstancias, la investigación queda a cargo del fiscal, quien debe hacer conocer al imputado el hecho que se le atribuye y las pruebas existentes en su contra, invitándolo a elegir defensor.

Como quedó dicho, se suprimió en el procedimiento descripto la declaración indagatoria del imputado, quien no obstante puede hacer manifestaciones voluntarias, inclusive por escrito, en las que aclare los hechos u ofrezca pruebas, -unilateralmente y no en un interroga-

<sup>11</sup> D'Albora, Francisco J. "Aproximaciones sobre la nueva instrucción sumaria en el Código procesal penal", Rev. Núcleo, U.C.A. Ed., p. 4 y 5.

<sup>12</sup> D'Albora, ob.cit., p. 4.

<sup>13</sup> D'Albora, ob. cit., p. 5.

torio- en un trámite que guarda marcada similitud con el que se lleva a cabo en el ordenamiento francés<sup>14</sup>.

La ley fija que la instrucción sumaria no se extienda por más de quince días (aunque este plazo ha sido considerado ordenatorio), y una vez que el fiscal estime que ha concluido la etapa instructoria, debe correrle vista a la parte querellante, si la hubiera, para luego formular su requerimiento de elevación a juicio.

Concluida la instrucción sumaria, el trámite de la etapa de juicio puede realizarse bajo las normas comunes o, en su caso, de acuerdo al procedimiento abreviado, puesto que este rito instructorio no está obligatoriamente ligado a una modalidad de enjuiciamiento determinada.

6. La información y la "inteligencia" en la investigación de la policía en función judicial.

En el orden procesal penal nacional, el juez instructor puede requerir información a la policía en el marco de la llamada "inteligencia criminal" y dentro del plan propuesto por la ley para llevar adelante una investigación judicial (art. 193 CPPN). Conviene precisar, a este respecto, que toda información con aquel fin debe ser requerida y decidida por resolución judicial, con base en el material probatorio acopiado en las primeras instancias del proceso como consecuencia de la actividad adquisitivo-procesal emprendida por el órgano jurisdiccional y, o, por las partes (arts. 216/236 CPPN).

Por lo demás, el "informe" es un dato "en bruto" tal como se obtiene de la fuente; una mera noticia, pero no una prueba en sentido técnico y constituye un paso previo a la "inteligencia".

La "inteligencia", en cambio, representa un grado más elevado en la tarea investigativa. Esta facultad operativa anticriminal tiene el más alto sustento normativo pues responde a la exigencia constitucional de "proveer a la seguridad común" de los habitantes previniendo, reprimiendo la delincuencia, y contribuyendo a "afianzar la justicia" y a consolidar la seguridad jurídica haciendo más eficaz la función penal del Estado.

La inteligencia anticriminal desarrollada por el fiscal y la policía judicial (con el control de legalidad de un juez de garantías), o del juez instructor, se caracteriza por ser una actividad de análisis y selección de informes obtenidos por los investigadores policiales. Este conoci-

<sup>14</sup> Comparison directe a cargo de la "section des crimes flagrants" du Parquet (denominación del Ministerio Público fiscal en Francia).

miento de datos adquiridos en el transcurso de la encuesta preliminar debe orientarse y ponerse en obra en función de pautas preestablecidas en políticas de investigación y persecución penal en el marco de la política criminal del Estado de Derecho. La falta de un sistema de informaciones integrado, encriptado y accesible por capas o niveles ha puesto de manifiesto –tanto en lo que toca a la microcriminalidad como a la delincuencia organizada– los riesgos que conlleva la desconexión informativa y no “socialización” de la información entre los organismos policiales federales y locales.

Está claro que quedan fuera de una tarea de inteligencia criminal los actos preparatorios que, en cuanto tales, no son investigables como delitos (salvo las excepciones legales), pero sí la detección y procesamiento de la información obtenida por la policía en el ámbito de la prevención (que sí es obligatoria, arts. 8 y 9 de la ley orgánica de la Policía Federal n° 21.965).

Aquella facultad lleva naturalmente a admitir y, como consecuencia, a legitimar, la actividad de inteligencia preventiva –previa y no instruccional– de los organismos de investigación policiales, cuyo límite funcional es la observación con fines preventivos. Esta no podrá incluir afectación de personas, cosas, ámbitos, derechos o garantías, y será habilitada –y conocida en todas sus secuencias– por la autoridad judicial de contralor cuando la policía de seguridad o investigaciones tenga la presunción o motivos serios de la futura comisión de un delito.<sup>15</sup>

Ejemplo de este tipo de inteligencia operativa es la que, con respecto a la delincuencia organizada, realizan en Francia e Italia los Servicios especializados de la Policía Judicial, consistente en la detección, vigilancia y localización de grupos delictivos y objetivos potenciales.

<sup>15</sup> Moras Mom, cit. p. 32 y 33; y, en el mismo sentido, el proyecto de ley orgánica de la policía de investigaciones de Buenos Aires. Ministerio de Justicia y Seguridad de la Provincia de Buenos Aires. 1998; art. 2, inc. “j”...”Mantener un servicio de informaciones operativo anticriminal, en coordinación con los organismos policiales de seguridad y de gobierno en los términos y con los alcances establecidos en la ley reglamentaria...”, fijándose como tareas, entre otras, el “análisis táctico en relación al desarrollo de una operación investigativa en curso y el análisis estratégico para la prognosis criminológica...” para lo cual se dotaría a los organismos de investigación de un banco de datos informatizado que permitiera conocer con precisión el “mapa” del delito, la actividad de personas y grupos ilegales, las tendencias locales e internacionales de la criminalidad (especialmente la de tipo organizado), etc.

La policía actúa en estos supuestos a partir de la recopilación de informaciones, datos de procedencia y fuentes diversas (informantes, denuncias, comunicaciones de otros servicios) que apuntan a determinados segmentos de la criminalidad en capacidad de operar, y así ejercer una vigilancia previa y permanente en previsión de la realización de sus proyectos criminales<sup>16</sup>. Todo el material reunido es, a esa altura, de naturaleza circunstancial; los investigadores policiales deben aún "investigar" la información, es decir, seleccionarla y procesarla antes de integrarla al "dossier"<sup>17</sup>.

El juez, en definitiva, puede valerse de los resultados de la "inteligencia" policial realizada durante la etapa preparatoria y hacer con aquella su propia "inteligencia judicial" a través de la corroboración de los datos aportados determinando, eligiendo, ordenando el material. Este es uno de los aspectos más significativos del trabajo del juez de instrucción, quien ha sido caracterizado como un "Jano" con dos caras, que investiga "à charge et à décharge" según un plan que la ley establece pero conservando siempre un amplio margen de "discrecionalidad técnica" (arts. 193, 194, y 196/202 CPPN)<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Pueden citarse como ejemplos el organigrama de la Brigade de Recherche et intervention (B.R.I.) francesa cuya consigna es "detectar", "vigilar" y "detener"; o las "Directives" (Dir. Gén.- 26) de la Sureté du Quebec acerca de la "utilización y control de informantes y delatores", en las que se precisa con detalle el rol de los intervinientes, su responsabilidad, el grado de reserva, y el control al que está sujeta su actividad. Igualmente, las "Misure di prevenzione" o más conocidas como "misure de polizia", con las que se faculta a la policía y carabinieri italianos contra "i pericoli comuni, politici e mafiosi" (l. N° 1423/56, y decretos-leyes de "Sicurezza pubblica" del 19 de marzo de 1990; 15 de enero, 29 de octubre, 13 de mayo y 29 de noviembre de 1991; y 8 de junio de 1992).

<sup>17</sup> "El combate contra el crimen organizado en Francia y en la Unión Europea"; Serge Antony y Daniel Ripoll, Serv. Coop. Técnica intern. Pol. Francesa en México; Ed. Proc. Gral. Rép. México, 1995, p. 96 y "passim".

Demás está insistir en que una tarea de esas características requiere la intervención de personal seleccionado, experimentado, irreprochable moralmente y altamente capacitado, que esté en aptitud de "extraer la inteligencia", es decir el entramado, el orden y las relaciones que guarden los elementos reunidos y la prognosis del fenómeno criminal considerado. Para ello el personal deberá contar, obviamente, con recursos técnicos (vehículos equipados, comunicaciones, equipos de vigilancia -"tracking"-, base de datos computarizadas, recursos financieros, etc.). Debe ser oportuna, amplia (integral, y con pluralidad de fuentes), activa (dinámica), permanente, planificada, interdisciplinaria, con unidad de dirección en cada nivel y uno superior.

<sup>18</sup> Confr. R. Van Ruymbeke, "Le juge d'instruction". Coll. Que sais-je, PUF, 1988, p. 4 y ss.). También, "Las instrucciones sumarias en el Código Procesal Penal de la Nación (análisis de la ley 24.826)", D. L. Altieri; Rev. La Ley, Actualidad, 9-6-98.).

## **“SELECTIVE INCAPACITATION”**

### **El retorno de la inocuización al pensamiento penal norteamericano contemporáneo.**

SANTIAGO OTTAVIANO\*

#### **1. Introducción**

Hablar de inocuización o neutralización de los delincuentes nos ubica, como es sabido, en el ámbito de la prevención especial, entendida esta como el conjunto de concepciones acerca de los fines de la pena que se refieren al delincuente individual, procurando que este no cometa nuevos delitos. Así, conforme al criterio formulado originalmente por Von Liszt, la prevención especial se puede llevar a cabo en tres formas: la imposición de una pena como modo asegurar al conjunto de la población mediante el encierro del autor del delito, la pena como medio de intimidar al delincuente para que no cometa nuevos delitos, y la pena como forma de mejoramiento del autor penal, protegiéndolo así de la reincidencia.<sup>1</sup> Mientras que las dos últimas formas de la prevención especial así entendida son de naturaleza indirecta y psicológica o motivatoria, la primera opera de manera directa y mecánica.<sup>2</sup>

Estas tres modalidades se vinculaban en Von Liszt a diferentes tipos de autores, proponiéndose concretamente un tratamiento diver-

\* Abogado. Master en Administración de Justicia Criminal - USA. Docente en Museo Social Argentino.

<sup>1</sup> Ver ROXIN, C. *“Fin y Justificación de la Pena y de las Medidas de Seguridad”*, en Maier, J. (compilador) (1993) *“Determinación Judicial de la Pena”*. Del Puerto. Buenos Aires, p. 20.

<sup>2</sup> Ver SILVA SÁNCHEZ, J. (1992) *“Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”* José María Bosch Editor, Barcelona. p. 26, nota 50.

so según el tipo de autor: la inocuización de los incorregibles o delinquentes consuetudinarios, la intimidación de los delinquentes ocasionales y el mejoramiento o resocialización de aquellos susceptibles de ser mejorados.

Se ha afirmado que en la actualidad han perdido vigencia en el plano teórico tanto la intimidación individual como la inocuización, y que sus postulados han desaparecido como posible fundamento de la intervención punitiva, subsistiendo tan solo –y no sin severos cuestionamientos– la resocialización.<sup>3</sup> Sin embargo, tanto la intimidación individual como la inocuización tienen expresiones propias de mucha actualidad en el ámbito norteamericano. Respecto de ésta última en particular, surgió a comienzos de los años ochenta la teoría de la “selective incapacitation”, que se desarrolló, al igual que la propuesta inocuizadora de Von Liszt, teniendo en mira a un tipo particular de autores: los “career criminals” o delinquentes de carrera. Solo que en el caso de estos últimos resulta irrelevante si pueden o no ser resocializados. Basta con que el pronóstico acerca de su reincidencia sea desfavorable al momento de ser sentenciados.

## 2. Panorama General

La finalidad de éste trabajo es pues exponer y analizar someramente los elementos que confluyeron para que surgiera una de las teorías que más impacto ha tenido en la práctica penal norteamericana de los últimos años. Esta tarea se emprende con clara conciencia de las dificultades que debe afrontar todo intento de describir adecuadamente, y en términos inteligibles para quien pertenece al mundo del derecho continental, teorías que fueron pensadas para operar sobre la configuración de un concreto derecho penal de la tradición del “common law” y que, además, no son en su mayoría producto de elaboración jurídica sino criminológica.

A ello debe sumarse que los Estados Unidos son un país con una vastísima producción intelectual en temas penales centrada casi exclusivamente en los problemas locales<sup>4</sup>, en el que abundan publicaciones especializadas de distinto tenor sobre temas que hacen a la criminología, la penología, la victimología, el derecho penal y otras

<sup>3</sup> Ver SILVA SÁNCHEZ, op. cit., p. 198.

<sup>4</sup> Sobre ello ver LEAVITT, G. (1990) “*Relativism and Cross-Cultural Criminology: A Critical Analysis*” en “*Journal of Research in Crime and Delinquency*, Vol. 27 n. 1, Febrero pp. 5-29

disciplinas con cierto nivel de autonomía como “criminal justice” (o justicia criminal, dedicada al estudio de diversas cuestiones atinentes al funcionamiento de la administración de justicia en materia criminal)<sup>5</sup> y “policing” (especialización directamente referida al ejercicio de la actividad policial). En ese universo de publicaciones las ideas son expuestas, evaluadas, refutadas, reformuladas y analizadas reiteradamente desde perspectivas no siempre coincidentes y con distintos niveles de abstracción y profundidad, advirtiéndose un marcado énfasis en la cuantificación de los resultados a los que su puesta en práctica podría conducir o efectivamente conduce.

Además, al momento de concretar en políticas o programas de acción las teorías producidas en el ámbito académico, éstas se suelen mezclar con conceptos e ideas de diverso origen, muchas veces irreconciliables entre sí. En ese proceso influyen particularmente las ideologías políticas del escenario estadounidense (fundamentalmente la conocida antinomia entre conservadores y liberales) que si bien proveen un marco necesario para entender en profundidad el estado del debate de las ideas penales, carecen de contornos precisos y muchas veces se definen más por una toma de partido acerca de determinadas cuestiones que por un conjunto coherente de principios.<sup>6</sup> Esta influencia de confusas ideologías políticas se debe en parte a que las disciplinas correspondientes han abandonado deliberadamente la discusión de los puntos de partida básicos de sus postulados. En efecto, la vigencia del paradigma positivista en un importante sector de las ciencias penales norteamericanas ha hecho que se mantenga una fuerte resistencia a incorporar fundamentos axiológicos o filosófico-políticos en la discusión teórica. Por ejemplo la teoría de la “selective incapacitation” no fue ni es presentada, y solo es ocasionalmente debatida,

<sup>5</sup> En tanto la criminología aún se mantiene para muchos como ciencia que busca una explicación causal del delito y estudia categorías o tipos de delinquentes.

<sup>6</sup> La adhesión a tales posturas ha sido descrita como un acto de “fe” en postulados por demás contradictorios. Un ejemplo clásico de esa contradicción puede hallarse en los debates en torno al control de las drogas y de las armas. En general los conservadores tienden a apoyar restricciones a la tenencia de las primeras y a favorecer la no interferencia del estado respecto de las segundas, usando en cada caso argumentos muy similares a los que en modo inverso utilizan los liberales para oponerse a la tenencia de armas y favorecer la legalización de la droga. Sobre todo ello ver WALKER, S. (1994) “*Sense and Nonsense about Crime and Drugs. A Policy Guide*”. Wadsworth Publishing Company, Belmont, California, USA. Sobre las ideas básicas de los liberales y conservadores en materia de delincuencia ver también SIMON, D. R. (1995) “*Social Problems & the Sociological Imagination: a Paradigm for Analysis*”. Mc Graw Hill, New York, USA.

en relación a su viabilidad para servir de fundamento legitimador de la intervención penal. Por el contrario, la mayoría de los estudios tanto críticos como favorables que a ella se refieren ponen el acento en su eficacia para controlar la delincuencia y para lograr un manejo eficiente de los recursos de que dispone la administración de justicia, lo que permite mantener la discusión a nivel de variables que son empíricamente verificables según el criterio mayoritario<sup>7</sup> y por lo tanto en el plano de lo "científico". No es pues extraño que una denominación bastante extendida en la criminología y la justicia criminal de los Estados Unidos para designar construcciones teóricas directamente vinculadas a lo que nosotros conocemos como teorías de la pena sea la de "crime control theories", lo que de todos modos implica, encubierta o inconscientemente, una toma de partido acerca de cuestiones fundamentales. La clásica denominación de "philosophy of punishment" subsiste sin embargo, sobre todo en el ámbito del derecho penal, la filosofía del derecho y la filosofía política.<sup>8</sup>

### 3. El Marco Concreto en que Surgió la Teoría

De entre las muchas circunstancias que convergieron para conformar el panorama general de las ideas y las prácticas penales en los Estados Unidos brevemente esbozado en el apartado anterior, habremos de abordar a continuación, y sin pretensiones de exhaustividad, algunas que influyeron decisivamente en el surgimiento de la teoría de la "selective incapacitation", o que al menos hicieron posible su difusión.

#### *a) El Aumento de la Criminalidad*

Desde mediados de la década del cincuenta hasta por lo menos mediados de los años setenta los niveles de delincuencia aumentaron sustancialmente en los Estados Unidos. Sobre este problema se ha llegado a decir que el período posterior a la segunda guerra mundial podría ser caracterizado como "la era del delito", puesto que se regis-

<sup>7</sup> Sobre los problemas de validez y confiabilidad que de todos modos presentan los métodos comunmente usados en Estados Unidos para medir la delincuencia ver MAXFIELD, M. G. Y BABBIE, E. (1995), "Research Methods for Criminal Justice and Criminology", Wadsworth, Belmont, California, USA, p. 272-275.

<sup>8</sup> Ver por ejemplo SIMMONS, J., COHEN, M., COHEN, J. Y BEITZ C.R., compiladores, (1995), Introducción al libro "Punishment, a Philosophy & Public Affairs Reader, Princeton University Press, Princeton, N. Jersey, USA.

traron incrementos drásticos en todas las categorías de delitos graves.<sup>9</sup> Las dimensiones del problema llevaron a que en 1967 una comisión presidencial analizara la situación en todo el país, elaborando un informe titulado "The Challenge of Crime in a Free Society", cuyas alarmantes conclusiones confirmaron la gravedad de la situación.<sup>10</sup>

Si bien no existe una única explicación acerca del origen de esa escalada en el número de delitos, es generalmente aceptado que hacia fines de los años sesenta los Estados Unidos padecían un altísimo nivel de violencia que se manifestaba en disturbios de tipo político (como ser los motines por cuestiones raciales o las protestas estudiantiles y pacifistas) y en la delincuencia común (sobre todo en delitos contra las personas y la propiedad que no solo afectaban áreas urbanas en decadencia sino que se hacían sentir también en zonas suburbanas y rurales), completando este cuadro sombrío un generalizado incremento en el uso de estupefacientes.

### ***b) La Politización del Delito y de las Intervenciones Penales***

En tales circunstancias, no resulta extraño que desde el inicio de la década del sesenta viniera aflorando en la población una marcada sensación de inseguridad que se tradujo en una fuerte presión sobre los dirigentes políticos para que ofrecieran soluciones al problema. La politización del debate sobre los temas de la delincuencia y la justicia criminal ya había comenzado con la llamada revolución del "due process" iniciada en los años cincuenta,<sup>11</sup> cuya tendencia a extender la interpretación y aplicación de las garantías constitucionales en materia penal encontró una fuerte oposición en sectores más conservadores. Buen ejemplo de ello fue la campaña presidencial por "la ley y el orden" que en 1964 llevara a cabo el entonces senador Goldwater desde el extremo opuesto del espectro político. Posteriormente el ya mencionado informe de la Comisión Presidencial contribuyó a darle al problema del delito un lugar de preeminencia en la política interna que ya no volvería a abandonar.

<sup>9</sup> Ver FRIEDMAN, L. (1993) "*Crime and Punishment in American History*". Basic Books, a Division of Harper Collins Publishers. New York. USA, p. 305 y en general todo el cap. 20 titulado de modo elocuente "A Nation besieged" (Una nación sitiada).

<sup>10</sup> President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice (1967). "*The Challenge of Crime in a Free Society*". US Government Printing Office. Washington DC. USA.

<sup>11</sup> Y que perdió fuerza luego de que, en 1969, el juez Warren Burger reemplazara Earl Warren en la Corte Suprema.

Concluída la década del sesenta sin que el aumento en delincuencia lograra ser contenido, las exigencias de soluciones se transformaron en una creciente demanda de mayor severidad. Esta tendencia junto con un sostenido incremento en la población de los niveles de temor a ser victimizado, continúan hasta hoy y en alguna medida se han independizado de las estadísticas sobre los delitos más graves que en general han disminuido en el último decenio.<sup>12</sup>

Favorecidas pues por la opinión pública, han logrado imponerse en la política criminal norteamericana una serie sucesiva de estrategias de “mano dura” que con diversa fortuna incorporan ideas de distinto origen aglutinadas en eslóganes como “war on crime, “get tough” o “lock'em up”. Un buen ejemplo de una política de “mano dura” que intenta incorporar elementos de distintas teorías es la versión californiana del “three strikes and you're out”, por la que se establece una pena privativa de libertad por tiempo indeterminado para aquellos delincuentes que reincidan por tercera vez en el delito. Los proponentes de esta política aseguran que la misma: 1) Protegerá efectivamente a la población al inocular a los delincuentes crónicos. 2) Intimidará a los delincuentes reincidentes aún en las calles disuadiéndolos de no cometer nuevos delitos. 3) Permitirá ahorrar dinero al disminuir el número de veces que los delincuentes reincidentes deben ser procesados por el sistema. 4) Es hacer “lo correcto” (“the right thing to do”) en tanto en justicia corresponde que aquellos que repetidamente causan daños y pérdidas a otros vean restringida su libertad.<sup>13</sup>

Las ciencias penales no han sido ciertamente inmunes al marco ideológico-político imperante, y han nutrido a la práctica penal de modelos teóricos que, aunque en muchos casos eran presentados como

<sup>12</sup> Sobre esta disminución ver “*Criminal Victimization in The United States, 1996*”, publicación periódica del “Bureau of Justice Statistics”. Washington, Government Printing Office. Ejemplifican muy bien la creciente demanda pública de castigos severos las estadísticas sobre el apoyo a la pena de muerte. En 1965 el 38 % de los norteamericanos en favor de ella, y para 1985 las opiniones favorables ascendían al 72% (ver respectivamente PARISI, N., GOTTFREDSON, M.R., HINDELANG, M.J. Y FLANAGAN, T.J. (comps.) (1979) “*Sourcebook of Criminal Justice Statistics -1978*” Washington, National Criminal Justice Information and Statistics Service; y el reporte Gallup (1985) “*The Death Penalty*”. Princeton, The Gallup Report).

<sup>13</sup> Este sumario de los argumentos de quienes favorecen la aplicación de los “three strikes” ha sido tomado de GREENWOOD, P. “*Estimated Benefits and Costs of California's New Mandatory-Sentencing Law*”, en SHICHOR, D. Y SECHREST D.K. compiladores (1996), “*Three Strikes and You're Out*”, Sage, Thousand Oaks, California, USA, p.54.

“neutrales” en cuestiones de principios, contribuyeron a legitimizar una masiva expansión de estrategias segregativas, mayormente el uso del encarcelamiento.<sup>14</sup> De todas maneras ello no significa que en el pensamiento penal de los Estados Unidos puedan identificarse hoy escuelas asentadas sobre principios formulados y discutidos de manera más o menos clara, o que exista un consenso científico acerca de la necesidad de imponer castigos más severos. La situación se presenta más bien como un mosaico variado de teorías cuyos denominadores comunes son un utilitarismo asumido sin demasiadas explicaciones, la utilización de métodos de comprobación empírica tenidos por los únicos científicamente aceptables y el reconocimiento de un “genérico” influjo de las ideologías políticas sobre la elaboración científica.<sup>15</sup>

Existen asimismo otros elementos comunes que permiten caracterizar al grueso del pensamiento penal hoy dominante en los Estados Unidos. Sobre ello volveremos al referirnos al “nuevo enfoque en materia penal”. Baste mencionar por ahora que esos puntos de convergencia en la diversidad han tenido una consecuencia muy importante: el paulatino descrédito y posterior abandono de las ideas de la resocialización como fundamento principal de la intervención penal.

### *c) El Ocaso de la Resocialización*

La perspectiva resocializadora, cuyo innegable predominio en el pensamiento penal y en la legislación de los Estados Unidos se venía extendiendo desde finales del siglo diecinueve, entró pues en crisis a partir de mediados de los años sesenta, primando entre los cuestionamientos de toda naturaleza que se le han hecho las críticas referidas a la ineficacia de los programas ideados y las políticas implementadas conforme a sus principios para controlar el problema de la delincuencia.

La controversia en torno a la eficacia estalló definitivamente en 1974, a partir de un informe producido por el criminólogo Robert Martinson, quien habiendo revisado previamente todos los artículos publicados en inglés entre 1945 y 1967 en los que se evaluaban pro-

<sup>14</sup> Ver SIMON, J. “Criminology and the Recidivist” en SCHICHOR, D. Y SECHREST D.K. (Compiladores) (1996) “Three Strikes and You’re Out”. Sage. Thousand Oaks, California. USA.

<sup>15</sup> No a todos los planteamientos les cabe esta caracterización. Así por ejemplo están excluidos de ella, aunque por diversos motivos, la tesis neo-retribucionista del “just deserts” y los sectores abolicionistas y críticos.

gramas de resocialización, concluyó que salvo aisladas excepciones, los esfuerzos intentados habían sido de ningún efecto, y que era habitual que se proclamara el éxito de los programas sin ninguna base legítima para hacerlo.<sup>16</sup> El título del informe de Martinson redactado en forma de pregunta: "What Works?" (¿Qué Funciona?), pronto se transformó para los sectores críticos a las propuestas de la resocialización en la frase "Nothing Works" (Nada Funciona), verdadero lema que aún hoy constituye el punto de partida (casi un lugar común) en el debate sobre la cuestión.

Después del trabajo de Martinson, muchos otros han emprendido la tarea de evaluar políticas o programas de rehabilitación de delincuentes y otros tantos han efectuado meta-análisis acerca de la validez de esas evaluaciones, obteniéndose en general resultados mixtos.<sup>17</sup>

Con fundamento en esos estudios, hay quienes afirman que no puede sostenerse que "nada funciona", y que ciertos principios acerca de como lograr una efectiva resocialización se han aplicado con éxito en un número importante de estrategias de intervención como para ser desestimados.<sup>18</sup> También han surgido en los últimos años nuevas técnicas de tratamiento y control de delincuentes convictos, en cuya implementación se encuentran ciertamente entremezclados componentes resocializadores. Entre ellas cabe mencionar el monitoreo electrónico y la supervisión intensiva para los condenados a pena en suspenso o en libertad condicional; y el arresto domiciliario y los campos de entrenamiento de estilo militar como alternativas de internación distintas de las prisiones comunes. Sin embargo en ellas la reinserción social es un objetivo secundario, teniendo primacía la finalidad de control de grupos de individuos considerados peligrosos.

En definitiva, aunque la resocialización aún cuenta con adherentes, su "momento" ha pasado, e impera más bien un marcado escepticismo en torno a las reales posibilidades de las estrategias destinadas a la reinserción social de los condenados. Ello ha llevado a que, en el plano de la eficacia en el control de la delincuencia, comenzaran a buscarse y debatirse otras opciones como la inocuización.

<sup>16</sup> Ver MARTINSON, R. "What Works? Questions and Answers about Prison Reform." *Public Interest*, 35 (Spring 1974):22-54.

<sup>17</sup> Ver GENDREAU P. Y ROSS, R.R. (1987) "Revivification of Rehabilitation: Evidence from the 1980s" *Justice Quarterly*, Vol. 4 No. 3, Septiembre; y Walker, S., op. cit, p. 209-233.

<sup>18</sup> Ver en particular las conclusiones de GENDREAU P. Y ROSS, R.R., op. cit.

En el ocaso de la resocialización en los Estados Unidos también tuvieron que ver las críticas referidas a la falta de legitimidad constitucional de algunas de las políticas implementadas conforme a sus principios, y que originalmente tuvieron por blanco a uno de sus principales exponentes en ese país: la sentencia indeterminada.<sup>19</sup> Tales cuestionamientos tuvieron una favorable acogida judicial en el marco de la ya mencionada revolución del "due process", en apogeo durante la década del sesenta. Así fue como la sentencia indeterminada empezó a ser considerada incompatible con la prohibición constitucional de establecer castigos crueles e inusuales.<sup>20</sup> La libertad condicional también fue objeto de embates en punto a su constitucionalidad, cuestionándose sobre todo la forma en que se decidía su otorgamiento o rechazo por juntas integradas por profesionales dependientes del ejecutivo que actuaban con total discrecionalidad, sin control judicial alguno y sin otorgar demasiadas posibilidades de participación a los condenados potencialmente en condiciones de ser liberados por ese medio.

Finalmente, las ideas de la resocialización han sido atacadas por pensadores neo-retribucionistas propulsores del "just deserts approach", quienes rechazan todo intento de legitimar la pena por razones de utilidad. Según esta postura, los delincuentes son justamente sometidos a ciertas privaciones porque las merecen en tanto realizan conductas que producen o amenazan producir daños prohibidos por la ley. Mediante la pena no es la sociedad la que retribuye al delincuente (lo que es rechazado como mera venganza) sino el delincuente el que paga a la sociedad por el daño que ha realizado, y mediante una pena proporcionada o adecuada a la gravedad del delito que no resulte demasiado severa pero tampoco demasiado leve.<sup>21</sup> En esto último los neo-retribucionistas se diferencian de la crítica a la resociali-

<sup>19</sup> Conf. SILVA SÁNCHEZ, J. M., op. cit. pp. 29-30.

<sup>20</sup> Resulta ilustrativa al efecto la historia de un tal John Lynch en California, condenado originalmente por exhibiciones obscenas a una pena indeterminada con un año de prisión de mínimo, y que llevaba algo más de cinco años preso cuando su caso fue tratado por la Corte Suprema Norteamericana. Ver FRIEDMAN, L. op. cit. pp. 306-307.

<sup>21</sup> Ver VON HIRSCH, A. (1976) *Doing Justice: The Choice of Punishments*. New York: Hill and Wang. Sobre la importancia de la posición neo-retribucionista en el resurgimiento de la pena de muerte en los Estados Unidos, sobre todo al ser asumida por la Corte Suprema de ese país, ver además FINCKENAUER, J.O. (1998) "Public Support for the Death Penalty: Retribution as Just Deserts or Retribution as Revenge?", *Justice Quarterly*, Vol. 5 No 1, Marzo.

zación desde la perspectiva constitucional, según la cual la proporcionalidad opera en principio solo como límite máximo de las penas que el estado puede imponer.

#### ***d) Un Nuevo Enfoque en Materia Penal<sup>22</sup>***

Los cambios que se han venido produciendo durante los últimos treinta años en las ideas penales de los Estados Unidos son, como ya se dijo, el producto de una multiplicidad de factores que han posibilitado el surgimiento de diversas propuestas no reductibles en una sola idea rectora. Sin embargo, existen ciertos rasgos comunes que caracterizan una nueva forma bastante generalizada de concebir las cuestiones propias de la materia. Este nuevo enfoque se manifiesta sobre todo en el lenguaje científico empleado, en los objetivos que se le asignan al sistema penal y en las técnicas que se desarrollan para alcanzarlos.

La característica principal del nuevo lenguaje científico es la sustitución de las descripciones clínicas o morales de los individuos delincuentes por cálculos de probabilidad y distribuciones estadísticas aplicadas a poblaciones, es decir, el abandono de un lenguaje centrado en el individuo y en su responsabilidad en cuanto tal, reemplazándolo cada vez más por terminología tomada de las teorías sobre utilidad social y “management” empresario. Ello ha entrañado un énfasis aún mayor en la cuantificación que ya era un aspecto bastante desarrollado en el pensamiento norteamericano. Tan es así que las estadísticas —utilizadas durante la vigencia de las ideas de la resocialización para medir los resultados que las penas-tratamiento producían sobre grupos o tipologías de delincuentes definidas conforme aspectos biológicos, psicológicos, económico-sociales o culturales— han pasado actualmente a definir por sí mismas las categorías de criminales. Hoy se habla pues de “high-rate offenders” y de “career criminals”.

<sup>22</sup> Esta nueva concepción que ha surgido en materia penal ha sido identificada y expuesta de manera muy clara por Malcom M. Feeley y Jonathan Simon, a quienes se sigue en lo sustancial en esta exposición. Ellos se refieren a la nueva concepción con el nombre de “The New Penology” definiéndola de la siguiente manera: “Lo que hemos denominado la nueva penología no es una teoría del delito o de la criminología. Su peculiaridad radica menos en la integración de conceptos que en un enfoque común sobre ciertos problemas y un modo compartido de encuadrar las cuestiones. (...) Aunque no podemos reducirla a un cuerpo de principios, es posible señalar algunas de sus características más salientes.” FEELEY & SIMON (1992) “*The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and its Implications*”. *Criminology*. Vol. 30, N 4., p. 452.

Otro aspecto importante del nuevo lenguaje científico es la incorporación de elementos provenientes de una versión de la teoría de los sistemas originalmente desarrollada en el campo de la administración de empresas. Así es que se concibe al conjunto de las agencias penales como un gran sistema con sus sub-sistemas, sus componentes, sus procesos internos y sus disfunciones.<sup>23</sup>

El cambio en el lenguaje de los expertos en materia penal ha influido para que en el nuevo enfoque las finalidades principales asignadas al sistema no sean castigar ni resocializar individuos sino identificar, clasificar, ordenar y manejar grupos peligrosos de modo eficiente. A ese cambio de objetivos ha contribuido también la disminución de las expectativas en torno a lo que la sanción penal puede lograr, consecuencia a su vez del ocaso de la resocialización. Así, ha crecido en importancia la verificación de la eficiencia de los procesos internos de los distintos componentes del sistema (principalmente los departamentos de policía, los juzgados en lo criminal y los servicios penitenciarios) en el manejo del flujo de casos que reciben. Este nuevo énfasis en objetivos puramente intrasistémicos, aunque favorable para incentivar una utilización racional y responsable de los recursos de los que las agencias disponen, ha oscurecido aún más la discusión acerca de los principios sobre los que se asientan las ideas penales llevadas a la práctica.

A efectos de alcanzar los nuevos objetivos atribuidos al sistema penal, se han desarrollado técnicas estadísticas que facilitan la identificación y clasificación de riesgos. Esas técnicas a su vez han servido de base para el diseño de programas prometen mantener controlado el delito al menor costo posible.

Sorprendentemente, la notable evolución de los modelos estadísticos aplicados a las ciencias sociales en general, y a los temas de justicia criminal en particular a partir de los años sesenta, ha sido a la vez causa y efecto del nuevo enfoque penal.<sup>24</sup> El contar con técnicas

<sup>23</sup> En la incorporación del lenguaje sistémico a los temas penales fue de fundamental importancia el ya mencionado informe de 1967 de la Comisión Presidencial, donde se utilizó por primera vez la frase "criminal justice system". Sin embargo, la primera referencia a la justicia criminal como sistema se produjo en la "American Bar Foundation Survey" efectuada hacia fines de los cincuenta. Sobre ello ver. Walker, S. op cit. p. 28.

<sup>24</sup> Piénsese que recién en 1969 comenzó a funcionar el "National Criminal Justice Information and Statistics Service", posteriormente transformado en 1979 en el "Bureau of Justice Statistics", que recoge, analiza, organiza y presenta anualmente un enorme caudal de datos sobre temas de delincuencia y administración de

estadísticas confiables que permitieran tener un panorama más claro del problema de la delincuencia contribuyó al cambio en el lenguaje científico al que ya se hiciera referencia. A su vez, ese cambio posibilitó que un importante número de investigadores del campo penal se volcara a desarrollar técnicas aún más refinadas para obtener y medir las variables que permitirían predecir con mayor exactitud el comportamiento peligroso, y a generar modelos teóricos presumiblemente aptos para establecer cuál es la intervención penal más adecuada en cada caso. Con lo ya dicho debe quedar claro que esta adecuación se refiere en primer término a la intensidad o nivel de supervisión necesarios para manejar el riesgo, lo que en inglés se denomina “variable detention depending upon risk assesment”. Es esta la idea que ha justificado el surgimiento –y en muchos casos ha permitido la subsistencia luego del ocaso de la resocialización– de numerosas penas alternativas a la prisión ya mencionadas como los sistemas de monitoreo electrónico, la supervisión intensiva y los campos de entrenamiento de estilo militar. La teoría de la “selective incapacitation” es también, como se verá oportunamente, un claro exponente, sino la quintaesencia, de esta manera de pensar.

### ***e) Las Investigaciones Sobre los Delincuentes de Carrera***

Conocido en distintas épocas bajo nombres tan diversos como delincuente habitual, depredador criminal o delincuente de carrera, los reincidentes han ocupado siempre un lugar de importancia en las investigaciones sobre temas penales. Se ha dicho al respecto que detrás de la noción del criminal persistente está la idea de que una población determinable y relativamente pequeña de reincidentes es responsable de una larga proporción de delitos, y que esta idea ha preocupado a la política criminal por más de un siglo, habiendo sobrevivido sucesivas modas intelectuales en criminología y ciclos previos de optimismo y derrota.<sup>25</sup>

La última ola de renovado interés por los delincuentes que reinciden surgió a partir del ya clásico estudio efectuado por Marvin Wolfgang, Rober Figlio y Thorsten Sellin hace ya más de veinticinco años.<sup>26</sup> En ese trabajo se dedicaron a investigar los antecedentes penales de

---

justicia, siendo su programa más conocido la “National Crime Survey” iniciada en 1972. Sobre ello ver O’BLOCK, R. L. (1992) “*Criminal Justice Research Sources*”, 3era. edición, Anderson Publishing Co., Cincinnati, USA.

<sup>25</sup> Ver SIMON, J., op. cit., p. 26.

todos los varones nacidos en la ciudad de Filadelfia en 1945 (una muestra de 9.945 sujetos), desde el día de su nacimiento hasta que cumplieron dieciocho años en 1963. Para ello utilizaron registros oficiales como los producidos por escuelas y departamentos de policía, llegando a las siguientes conclusiones: De todos los integrantes de la muestra, unos 3.475 registraban al menos un contacto con la policía (el 34,9 por ciento del total). Dentro de ese grupo sólo 627 (el 6,3 por ciento del total) habían tenido cinco o más contactos con la policía, siendo por ello caracterizados como reincidentes crónicos. Ahora bien, este pequeño grupo era el responsable de el 51,9 por ciento de los 10.214 delitos presuntamente cometidos por todos los integrantes de la muestra que tenían prontuario, cifra que se elevaba al 63 por ciento en los delitos más graves.

Este estudio, y las réplicas del mismo tenor que le siguieron, plantearon una serie de interrogantes en torno a cómo identificar fehacientemente a los criminales de carrera, cómo establecer cuántos y qué tipo de delitos podían llegar a cometer, cuándo comenzaban a delinquir, cuándo cesaban y por cuánto tiempo se mantenían en actividad.<sup>27</sup>

Tales interrogantes, dirigidos a la obtención de estrategias que permitieran un adecuado control de los "career criminals", ocuparon pronto la atención de las ciencias penales. Los hallazgos de Wolfgang y sus asociados, que por cierto tuvieron lugar en un contexto político muy favorable para su difusión, se constituyeron así en la base sobre la cual se cimentó toda la investigación posterior acerca de los delincuentes de carrera y las carreras criminales.<sup>28</sup>

La teoría de la "selective incapacitation" se inscribe entre los intentos de aplicar los conceptos desarrollados por las investigaciones en carreras criminales y delincuentes de carrera, y de responder las preguntas que el estudio de Wolfgang trajo aparejadas.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Ver el trabajo de los nombrados publicado en 1972, *"Delinquency in a Birth Cohort"*, University of Chicago Press, Chicago, USA.

<sup>27</sup> Sobre las réplicas y los planteamientos que el estudio generó ver WALKER, S., op. cit. p. 60.

<sup>28</sup> Ver BLUMSTEIN, A., , COHEN, J. Y FARRINGTON, D.P., (1988) *"Criminal Career Research: Its Value for Criminology"* Criminology, V. 26, n. 1. En ese trabajo, al igual que en Walker, S., op. cit., p. 60, pueden hallarse también explicaciones acerca de las nociones fundamentales en carreras criminales, y la diferencia entre estas con el concepto de delincuente de carrera.

<sup>29</sup> Blumstein, Cohen y Farrington sostienen que, de todos modos, los conceptos generados por los estudios sobre carreras criminales pueden ser aplicados tanto para desarrollar estrategias de neutralización como estrategias preventivo generales y resocializadoras.(op cit. p. 22).

#### 4. Las Propuestas Inocuidadoras Norteamericanas

La moderna versión norteamericana de la inocuidación llamada "incapacitation", puede ser definida como una estrategia para controlar el delito que supone el aislamiento físico del delincuente separándolo de la comunidad, comunmente a través del encarcelamiento, a fin de evitar la comisión de nuevos hechos. Resulta de fundamental importancia para la investigación en materia de "incapacitation" poder determinar el efecto neutralizador; es decir, estimar en cifras el porcentaje de reducción en el número de delitos que puede atribuirse a una estrategia dada.<sup>30</sup>

La teoría de la "selective incapacitation" en particular tiene como antecedentes inmediatos a los trabajos acerca de "gross" o "collective incapacitation" y, como se dijo, a las investigaciones en carreras criminales.

Los primeros exponentes de trabajos sobre "collective incapacitation" que datan de comienzos de los setenta, se limitaban a poner de manifiesto el potencial que tenían las políticas de encarcelamiento ya existentes para reducir la delincuencia, por el solo hecho de aislar a los delincuentes. En algunas investigaciones también se comparaban los efectos inocuidadores de las políticas vigentes con los que se podrían obtener realizando hipotéticos cambios en materia de encarcelamiento, tales como el establecimiento de montos mínimos obligatorios para ciertos delitos.

En general, las propuestas de "collective incapacitation" tenían en cuenta únicamente la gravedad del hecho cometido y los antecedentes penales de los condenados. La idea en ellas subyacente era que toda estrategia de encarcelamiento conllevaba un efecto neutralizador en la medida en que todos los delincuentes encarcelados podrían cometer nuevos delitos si estuvieran en libertad. En algunos casos se llegó a sostener inclusive que el número de delitos se reducía en la misma proporción en que se recortaba el tiempo en libertad de los delincuentes activos, y que, por lo tanto, cuantos más de ellos fueran enviados a prisión (o cuando en promedio se los encarcelara du-

<sup>30</sup> Esta definición y la exposición posterior siguen en lo esencial a FRANKLIN E. ZIMRIG Y GORDON HAWKINS (1995) *Incapacitation: Penal Confinement and the Restraint of Crime*, Oxford University Press, Nueva York; y el trabajo de CHRISTY A. VISHNER (1987) *Incapacitation and Crime Control: Does a "Lock'Em Up Strategy Reduce Crime?"*, publicado en *Justice Quarterly*, Vol. 4, No. 4, Diciembre. pp. 513-538.

rante períodos más largos), mayor sería la cantidad de delitos que se lograría prevenir.<sup>31</sup>

Sin embargo no todos los estudios sobre "collective incapacitation" llegaban a los mismos resultados en cuanto a la cantidad de delitos que efectivamente se prevenían por esa vía. La fuente principal de desacuerdo eran las diversas estimaciones sobre el número de hechos que cada delincuente en libertad cometía.<sup>32</sup>

La búsqueda de una estimación empíricamente validada de la frecuencia con que los delincuentes de carrera cometían delitos llevó a un grupo de investigadores nucleados en la Corporación Rand (entidad privada ubicada en el estado de California) a desarrollar una serie de encuestas a presos que eran elegidos por ser reincidentes en delitos considerados graves. La metodología empleada consistía en extensas entrevistas en las que los internos eran consultados acerca de su frecuencia en la actividad delictiva y acerca de sus antecedentes penales como menores, como jóvenes-adultos y como adultos en el período previo a su detención. También se incluían aspectos de la historia personal tales como circunstancias familiares, escolaridad y empleo, uso de drogas y alcohol, motivaciones personales para delinquir y estilos o modalidades en la comisión de delitos.<sup>33</sup> Los resultados más importantes, en general coincidentes, de esas encuestas fueron que los delincuentes no mostraban especialización en la actividad delictiva, y que cometían hechos muy diversos dentro de un mismo período. Además, en la mayoría de los consultados se notaba una frecuencia delictiva baja, siendo unos pocos los que aparecían, para cada tipo de delito, como autores penales con promedio alto.<sup>34</sup> Si bien los resultados de estas investigaciones no cerraron la discusión en torno a las estimaciones de frecuencia en los delincuentes de carrera, tuvieron una consecuencia importante: al proporcionar una serie de varia-

<sup>31</sup> Ver SHINNAR, S. Y SHINNAR, R. (1975) "*The Effects of the Criminal Justice System on the Control of Crime: a Quantitative approach*". *Law and Society Review* 9:581-611.

<sup>32</sup> Conf. BLUMSTEIN, A., COHEN, J. Y NAGIN, D., (compiladores) (1978). "*Deterrence and Incapacitation: Estimating de Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates*". Washington, DC: National Academy of Sciences.

<sup>33</sup> Ver PETERSILIA, J., GREENWOOD, P. Y LAVIN, M. (1977) "*Criminal Carreers of Habitual Felons*". Rand Corporation. Santa Mónica, California, USA.

<sup>34</sup> Ver PETERSILIA, J. ET. AL., OP. CIT.; PETERSON, M. A. Y BRAIKER, H. (1980). "*Doing Crime: a Survey of California Prison Inmates*", Rand Corporation. Santa Mónica, California, USA; Chaiken J. M. y Chaiken M. R. (1982) "*Varieties of Criminal Behavior*". Rand Corporation. Santa Mónica, California, USA.

bles supuestamente vinculadas estadísticamente con la actividad de los delincuentes de más alto promedio, dejaron latente la posibilidad de establecer una estrategia selectiva de inocuización.

Fue así que en 1982 los investigadores Peter Greenwood y Allan Abrahamse, también ligados a la Corporación Rand, presentaron su trabajo "Selective Incapacitation" en el que tomaron como base la segunda de las encuestas llevadas a cabo por sus colegas.<sup>35</sup> En este trabajo los autores argumentaron que mediante estrategias selectivas de neutralización era posible obtener reducciones verdaderamente significativas en el número de delitos y, mejor aún, sin necesidad de aumentar el número de personas encarceladas.

A partir del análisis de datos obtenidos acerca de delincuentes condenados por hechos de robo y robo con allanamiento, Greenwood y Abrahamse establecieron que había siete variables que parecían estar asociadas a altas frecuencias en la comisión de esos delitos. Esas variables eran: 1) Haber tenido alguna condena previa por un delito del mismo tipo. 2) Haber estado encarcelado más del 50 por ciento del tiempo en los últimos dos años. 3) Haber sufrido una condena penal antes de cumplir dieciseis años. 4) Haber sido alojado en una prisión juvenil estatal.<sup>36</sup> 5) Haber consumido drogas duras en los últimos dos años. 6) Haber consumido drogas duras antes de llegar a la mayoría de edad. 7) Haber estado desempleado más del 50 por ciento del tiempo en los últimos dos años.

Con esos siete items los investigadores crearon una escala sumatoria que, según su criterio, posibilitaba detectar a los delincuentes de promedio alto. De este modo sugerían que a cada persona a ser sentenciada se le otorgara un punto por cada uno de los items en los que estuviera incluida. La relación entre puntaje final y predicción era la siguiente: entre 0 y 1 puntos, delincuente de bajo promedio; entre 2 y 3 puntos, delincuente de promedio moderado; más de 4 puntos, delincuente de alto promedio. Greenwood y Abrahamse afirmaban que el uso de su escala, válido solamente en California que era donde la segunda encuesta de la corporación Rand se había realizado, permitiría reducir el índice de robo en ese estado en cerca de un

<sup>35</sup> Ver GREENWOOD, P. Y ABRAHAMSE, A. "Selective Incapacitation: Report Prepared for the National Institute of Justice". Rand Corporation. Santa Mónica, California, USA.

<sup>36</sup> Recuérdese que en la mayoría de los estados las prisiones estatales reciben solo a los que cometieron delitos graves, siendo destinados a las cárceles de condado los condenados por delitos menores.

15 por ciento, y al mismo tiempo disminuir el número de personas encarceladas por ese delito en alrededor de un 5 por ciento. En cambio, según sus cálculos, utilizando una estrategia de "collective incapacitation" en la que no se identificara adecuadamente a los delincuentes de carrera, solo sería posible obtener la misma reducción en ese delito encarcelando a un 25 por ciento más de autores.

En resumen, los propulsores de la teoría de la "selective incapacitation" intentaron mejorar la eficiencia neutralizadora de las estrategias de intervención penal, para lo cual propusieron que la intensidad de las intervenciones estuviera en directa proporción con el riesgo de que el delincuente sometido al sistema cometiera futuros delitos. De más está decir que la clave de esta propuesta radica en la posibilidad de identificar fehacientemente a aquellos que en el futuro habrán de cometer la mayor cantidad de delitos graves.

Las conclusiones de Greenwood y Abrahamse fueron reanalizadas posteriormente, obteniéndose resultados menos espectaculares que los que ellos prometían en un principio. Un panel científico llamado especialmente para revisar los presuntos efectos neutralizados de la estrategia selectiva concluyó que las cifras originales eran demasiado optimistas en la medida en que se habían pasado por alto una serie de factores de importancia que podían reducir significativamente la eficacia del programa.<sup>37</sup> Entre esos factores se destacaban: 1) La posibilidad de que los delincuentes encarcelados fueran reemplazados por otros en su actividad (lo que era altamente factible en delitos cometidos en el marco de grupos u organizaciones). 2) La posibilidad de que el potencial predictivo de la escala se viera disminuido por la falta de uniformidad de criterios para sentenciar en las distintas jurisdicciones (aún dentro del mismo estado) y por la disparidad en la composición de las poblaciones carcelarias. 3) Las distorsiones en las variables de predicción producidas por la metodología utilizada ("self-reports"), obstáculo insalvable ya que tampoco resultaba confiable reemplazar las encuestas por registros oficiales muchas veces inexactos e incompletos. 4) La posibilidad de que aquellos identificados como delincuentes de bajo promedio incrementaran su actividad delictiva al ser sentenciados a penas más leves que disminuirían el poder disuasivo del castigo. 5) La posibilidad de que los integrantes

<sup>37</sup> Ver BLUMSTEIN, A., COHEN, J. y VICHER C.A. (compiladores) (1986). *Criminal Careers and Career Criminals*. National Research Council. National Academy Press. Washington DC.

del sistema de justicia resistieran los intentos de disminuir su discrecionalidad adaptando en la práctica concreta las reglas de las estrategias inoquizadoras según su propio criterio (sobre todo en base a ideas de equidad en el tratamiento de condenados por delitos similares).

Asimismo, posteriores evaluaciones de la escala predictiva coincidieron en que la misma acertaba en identificar correctamente a las distintas categorías de delincuentes en no más de un 51 por ciento de los casos.<sup>38</sup>

Estos nuevos resultados y las graves dificultades metodológicas llevaron a que en alguna medida disminuyera el número de investigaciones dedicadas en profundidad a la "selective incapacitation", lo que no obstó la continua adopción y popularización de muchos de sus aspectos en las políticas implementadas en años subsiguientes.<sup>39</sup> Hoy en día las recomendaciones al personal calificado de los distintos servicios penitenciarios que toman decisiones o asesoran a los jueces al sentenciar, y las directivas dirigidas a estos últimos, incluyen escalas de puntuación preparadas explícitamente para predecir riesgos y sugerir la pena adecuada en cada caso. Algo similar ocurre en las decisiones acerca de la prisión preventiva con finalidad de prevenir la comisión de futuros delitos. Pero por sobre todas las cosas, las teorías de la "collective" y de la "selective incapacitation" han contribuido a que en la discusión penal actual, en la planificación e implementación de programas y en la sanción de nuevas leyes penales se tenga en cuenta entre las finalidades centrales (si no la principal) la neutralización de los delincuentes, sobre todo mediante su encarcelamiento.

Al márgen del debate sobre su eficacia, las ideas de la "incapacitation" ha sido objeto de fuertes críticas por pensadores neo-retribucionistas, para quienes resulta inaceptable en justicia que la conducta futura se erija en la base para graduar la sanción penal.<sup>40</sup> Esta

<sup>38</sup> Ver: GREENWOOD, P. Y TURNER S. (1987). "*Selective Incapacitation Revisted*": *Why de High Rate Offenders Are Hard to Predict*". Rand Corporation. Santa Mónica, California, USA.

<sup>39</sup> Sobre ello ver ZIMRING, F. E. Y HAWKINS, G. op. cit. p. 95. Por su parte estos autores han emprendido una investigación en la que buscaron medir los efectos inoquizadores de los documentados crecimientos en el número encarcelamientos en California entre 1981 y 1990. Para ello combinaron metodologías diversas con la finalidad de evitar las críticas de las que fuera objeto la investigación de Greenwood. Sin embargo, y aún cuando la delincuencia disminuyó en ese periodo, sus resultados han sido caracterizados por ellos mismos como "equivocos" (ver especialmente op. cit. p. 126).

<sup>40</sup> Ver VON HIRSCH, A. op cit. pp .84-88.

objección ha intentado ser contestada aduciendo que sería posible conciliar las exigencias de merecimiento e inocuización haciendo jugar esta última en el marco de una escala penal cuyo mínimo y máximo estuvieran establecidos con base en criterios retributivos.<sup>41</sup> Sin embargo, desde la aproximación del "just desserts" se ha insistido en que esos intentos conciliatorios no tienen en cuenta las importantes diferencias entre las filosofías que animan una y otra postura, además de resolver inequitativamente la situación de delincuentes de conducta igualmente reprochable fundándose en criterios como el uso de drogas o el desempleo (particularmente la "selective incapacitation") que nada tienen que ver con la culpabilidad por el hecho cometido.<sup>42</sup>

Estas críticas, y otras referidas a los efectos estigmatizadores de las variables utilizadas para predecir la reincidencia y a los posibles errores en esa predicción que llevarían a imponer castigos severos a delincuentes de bajo promedio delictivo, han sido y son en gran medida ignoradas o dejadas de lado como cuestiones "filosóficas". Se ha llegado a decir al respecto que debatir en esos términos no tiene ninguna consecuencia sobre la efectiva aplicación de las estrategias inocuizadoras, cuya definitiva aceptación o rechazo dependerá en mayor medida de la verificación empírica de su efectividad y de las cuestiones metodológicas de su implementación,<sup>43</sup> a los que habría que agregar su afinidad con el enfoque científico y la ideología política vigentes.

## 5. Palabras Finales

En este rápido recorrido por el pensamiento penal norteamericano contemporáneo, especialmente dentro del ámbito de la criminología y la justicia criminal, seguramente han quedado sin tratar temas que al igual que el de la inocuización están instalados en la discusión

<sup>41</sup> En tal sentido, MORRIS, N. Y MILLER, M. (1985) "Prediction of Dangerousness". en MORRIS, N. Y TONRY, M (compiladores) *Crime and Justice: An Annual Review of Research*, Vol. 6, pp. 1-50. University of Chicago Press. Chicago.

<sup>42</sup> En ese sentido, VON HIRSCH, A. (1985) "Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals". Rutgers University Press. New Brunswick, Nueva Jersey, USA; y VON HIRSCH, A. Y GOTTFREDSON, D. (1984). "Selective Incapacitation: Some Queries on Research Design and Equity." *New York University Review of Law and Social Change* 12 (1): 11-51.

<sup>43</sup> Así lo entiende VISHNER, C., op. cit., p. 525.

actual, como por ejemplo las nuevas formulaciones de modelos teóricos y estrategias político criminales enroladas en la prevención general negativa, en la prevención especial intimidatoria y en tesis mixtas.

Pero el retorno de la inocuización llama particularmente la atención en tanto aparece claramente como la aproximación menos compatible con cualquier finalidad de garantía que pretenda atribuirse al derecho penal. También es la que de modo más patente sacrifica al individuo como medio para lograr un fin socialmente útil o, lo que es más grave, para satisfacer necesidades de funcionamiento internas del llamado sistema de justicia criminal.

Quizás un aspecto rescatable del retorno de la inocuización en los Estados Unidos es, como ha sostenido Schünemann<sup>44</sup>, que permite constatar que las ciencias penales en ese país tienen un efecto configurador sobre la praxis, a diferencia de lo que ocurre en el derecho continental donde los legisladores y operadores penales parecen alejarse cada vez más de lo que la ciencia, en parte atrapada en discusiones abstractas y críticas estériles, tiene para ofrecer.

<sup>44</sup> VER SCHÜNEMANN, B. (1996) *Consideraciones Críticas sobre la Situación Espiritual de la Ciencia Jurídico-penal Alemana* (Traducción del alemán por Cancio Meliá, M.) Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

**INSUFICIENCIAS NORMATIVAS  
Y PROPUESTAS DE REFORMA  
DEL DELITO DE LAVADO DE DINERO  
(Experiencia italiana y europea)**

POR ANDREA CASTALDO\*

I. La reglamentación normativa de un fenómeno social es directamente proporcional al grado de atención que éste despierta en la opinión pública.

La legislación penal no escapa a esta regla, tan simple como descontada.

Una mirada sumaria a la política criminal de los últimos decenios confirma el carácter "emergencial" del recurso al instrumento penal: "input" desordenados de impulsos ambientales se han traducido en contestaciones punitivas igualmente inorgánicas, en la ilusión —si no de luchar contra el fenómeno— de controlar o por lo menos dar respuesta simbólica a las preocupaciones de la opinión pública.

La norma penal debe nacer como reacción de signo contrario a reales patologías de comportamiento de nueva o cambiada dimensión social. Esta opción resulta siempre preferible a la existencia de una política criminal que pretenda imponer por sí misma el carácter de ilícito a determinadas conductas.

Un estímulo a la función propulsiva —intervencionista— del derecho penal deriva en efecto, de otorgarle al mismo la equivocada función de guía, que poco se concilia con el carácter de subsidiariedad tradicionalmente asignado por un estado de derecho.

\* Professore di Diritto Penale. Università di Salerno. Italia

II. La disciplina penalística contra el lavado de dinero se integra perfectamente en la lógica antes delineada.

Enseguida resulta interesante subrayar que existe una perfecta identidad de fundamentos para la respuesta sancionatoria a nivel internacional.

Sin embargo, antes de detenerme en el recorrido normativo seguido por Italia, es necesario precisar, aunque sea muy sintéticamente dos cosas: a) qué se entiende en general por la expresión lavado de dinero, b) cuál es, sobre una ancha escala de posibilidades, la estrategia de contraste utilizada.

A) Por *Lavado de dinero* se entiende convencionalmente la actividad de transformación en carácter lícito de las rentas de derivación criminal.

Puesto que la realización de ciertas conductas delictivas produce una utilidad económica o incluso puede esta representar la finalidad inspiradora para su autor, se hace evidente la exigencia de “limpiar” –legitimar– las rentas del delito en una forma que no solo evite “subir” hasta la prueba del crimen cometido sino también producir riqueza.

Este procedimiento de transformación económica es naturalmente proyectado a gran escala y se traduce en actividad profesional frente a los fenómenos delictivos realizados por las organizaciones criminales.

La cantidad de hechos individuales pero también la calidad de estos (repárese en el narcotráfico, en el racket de las extorsiones) mueve ingentes masas de dinero, que la organización criminal se preocupa, a través de delegaciones internas y merced a una perfecta geometría de funciones diferenciadas, en invertir en el circuito económico-financiero.

La legislación para enfrentar el lavado de dinero puede moverse por lo tanto, gracias al perfecto conocimiento de estos mecanismos y conforme diferentes niveles de intervención sobre los mismos.

B) Es posible delinear así la estrategia de lucha, que se orienta y estructura en base a módulos progresivos.

En el peldaño más bajo y más simplificado existe la represión de las conductas de *encubrimiento*. Se pasa luego a las de *transformación y sustitución* de los capitales ilícitos. Se concluye enfrentando el *nuevo empleo* –reempleo– en actividades económicas y financieras. Esta última etapa representa la lógica conclusión de la actividad del

“lavado” o legitimación de activos y también la más temible, pues con ella la riqueza no viene simplemente transformada sino empleada para generar en forma “limpia” nueva riqueza.

**III.** Conviene ahora analizar la legislación penal italiana en la materia:

*El artículo 648 bis. Riciclaggio.*

*Fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo, ovvero compie in relazione ad essi altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa, e punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da lire due milioni a lire trenta milioni.*

*La pena é aumentata quando il fatto é comesso nell' esercizio di un attività professionale.*

*La pena é diminuita se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale é stabilita la reclusione inferiore nel massimo a cinque anni.*

*Si applica l'ultimo comma del articolo 648.* (Le disposizioni di quest' artículo si aplican anche quando l'autore del delito da cui il denaro o le cosas provengono non é imputabile o no é punibile ovvero cuando manchi una condicióne de procedibilidad referita a tale delito).

La actual formulaci3n del delito previsto en el artículo 648 bis es el resultado de varias modificaciones normativas.

En su origen esta norma estaba prevista por el art 3 de la ley 178/91 en forma de delito de consumaci3n anticipada. Después fue modificada por el art. 23 de la ley 55/90 en una norma más tradicional, para sufrir enseguida otra modificaci3n por la ley 328/93 que ratifica la Convenci3n de Strasburgo de 1990.

Esta disciplina normativa ha ampliado en efecto los delitos supuestos (en origen estaban limitados al robo agravado, extorsi3n agravada, secuestro de personas y a los delitos de tráfi-co de sustancias estupefacientes) *a todos los delitos no culposos.*

Esta excesiva dilataci3n de la figura delictiva ha sido sin embargo, compensada por el atenuante previsto en el tercer inciso del artículo 648 bis, en los casos de delitos no particularmente graves.

Hay que recordar además, que el art. 12 quater de la ley 356/92 autoriza a las fuerzas de policia a realizar procedimientos simulados de compra de droga mientras que el art. 10 de la ley 172/92 preve que

la autoridad judicial pueda retrasar u omitir la ejecución de medidas cautelares.

El cuadro normativo delineado demuestra como la lucha contra el "lavado" de dinero se articula sobre el momento inicial del iter criminalis. Por un lado, golpea al delito por el que la organización criminal tiene la exigencia de reciclar las rentas derivadas. Por otra lado, amplía las conductas que concretan momentos de legitimación o lavado de bienes o utilidades de esos delitos.

Esta técnica legislativa presenta sin embargo ciertos riesgos:

1. En primer lugar, se termina ampliando excesivamente la conducta típica que pierde así taxatividad y hace más difícil en concreto la comprobación efectiva de la ilicitud de los hechos castigados.

2. En segundo lugar, cabe reflexionar sobre cierta contradicción existente en la estructura del tipo penal.

Como es notorio, las rentas de cualquier delito son atacables a través del embargo y la confiscación. Esto no es posible cuando las rentas constituyen la premisa lógico-formal del delito de riciclaggio.

En efecto, en estos casos el delito de lavado de dinero se perfecciona solo a través de la conducta de "utilización o sustitución" de las rentas. *por lo tanto solo el éxito de la condena por hechos de lavado de dinero* permitirá atacar el provecho o la utilidad económica del delito que, *paradójicamente*, era ya en principio neutralizable por las medidas cautelares ordinarias.

**IV.** Por lo que respecta a la conducta sancionada, con la expresión *Sustitución* se busca comprender también el simple deposito en un banco de dinero sucio. Siendo el dinero un bien fungible, el banco está obligado a la restitución de la misma cantidad de dinero, que así deviene de hecho limpiado o legitimado.

En cambio, en lo que respecta a la locución: *Cumplir operaciones en forma de obstaculizar la identificación*, se trata de un concepto difícil de concretar y privado de los caracteres de determinación que las normas constitucionales imponen.

Ya hemos observado que solo expresiones tan "porosas" sean consideradas eficaces para reprimir el delito. En realidad, la extrema latitud interpretativa no permite al juez penal comprender el concreto disvalor del hecho, con la consecuente imposibilidad en muchos casos de probar la efectiva comisión del delito.

Por lo que respecta al elemento subjetivo, el art. 648 bis ciertamente no preve el dolo específico. En particular la expresión de manera de obstaculizar, constituye el requisito objetivo de la conducta y no el fin del sujeto agente. De allí consigue que, para la configuración del delito, sea suficiente que el sujeto activo sea consciente del origen delictivo del dinero, bien o utilidad.

Si se considera la posibilidad de dolo eventual del sujeto agente, se entiende la terrible fuerza expansiva que tiene la norma, además recordando que no existen limitaciones a los delitos-supuestos como origen de los activos

Por otra parte, es interesante preguntarse si este delito subsiste frente a los operadores bancarios que deben, conforme el art. 3 de la ley 197/91, señalar las operaciones sospechadas de transferencia de dinero o títulos y *omitan hacer la denuncia*.

En estos casos se trataría de supuestos que pueden pertenecer al reciclaje. Desde el perfil objetivo se trata de operaciones que obstaculizan la identificación de la procedencia-ilícita de los activos, al que se agrega, desde el perfil subjetivo, la hipótesis de consciencia solo eventual del operador bancario sobre la procedencia ilícita.

*V. El art. 648 ter. Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita.*

*Chiunque, fuori dei casi di concorse nel reato e dei casi previsti dagli articolo 648 e 648 bis, impiega in attivita economiche o finanziarie denaro, beni o altre utilita provenienti da delitto, e punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da lire due milioni a lire trenta milioni.*

*La pena e aumentata quando il fatto e commesso nell esercizio di un attivitta professionale.*

*La pena e diminuita nell ipotesi di cui al secondo comma dell articolo 648.*

*Si applica l'ultimo comma dell articolo 648.*

El art. 648 ter constituye en la legislación italiana, el anillo de cierre en la represión del lavado de dinero. El delito ha sido introducido por el art. 24 de la ley 55/90, modificado sucesivamente por la ley 328/93 de ratificación de la Convención de Strasburgo de 1990.

El hecho típico, construido de manera residual, encuentra aplicación en los casos no pertenecientes a las hipótesis de encubrimiento y de reciclado de dinero, bienes, u otras utilidades en actividades económicas o financieras.

No escapa que la norma acaba por traicionar la *ratio* de tutela que la inspira. Repárese que, por los casos peligrosos de utilización

económico-financiera de rentas criminales, se ataca finalmente a hechos que poco o nada tienen que ver con aquella. Esto es así por un lado, a raíz de la expresión "EMPLEAR" que resulta tan amplia que incluye cualquier conducta de explotación económica. Y de otro lado, porque el empleo que se castiga incluye también el caso de rentas de delitos culposos.

De esto se ha dado cuenta la doctrina que acabó por interpretar restrictivamente el alcance de la norma. Por lo que hace a la jurisprudencia, las raras aplicaciones de la norma confirman esta orientación restrictiva y, al mismo tiempo, sancionan de hecho la pretendida función simbólica otorgada a esta legislación penal.

## **VI. El bien jurídico protegido.**

Según una concepción sostenida con autoridad, el bien jurídico protegido por estas normas no parece ser el del patrimonio.

En realidad, el peligro que el legislador entiende prevenir es la *Turbación del orden económico*. En efecto, tanto la sustitución como la transferencia de dinero o el empleo de este falsean la "par condicio" del mercado y alteran las reglas del juego, reglas que vinculan a todos los operadores.

En efecto, queda claro que la gran disponibilidad de capitales sucios o fruto de delitos se traduce en un elemento de desequilibrio para el mercado. Incluso, la organización criminal puede culminar con la conquista de nuevos espacios en el mercado a través de medios violentos (extorsión, intimidación).

Esta patología del mercado, falseado doblemente tanto por la entrada de activos ilegales cuanto en la fase de gestión de estos, constituye el verdadero problema para el legislador y un real riesgo de alteración de la iniciativa económica privada y de la correcta canalización del ahorro, bienes ambos protegidos a nivel constitucional.

## **VII. Perfiles de derecho comparado.**

En la "lucha" contra el lavado de activos Italia ha estado entre los primeros países en dotarse de normas ad hoc y además, estableció una estructura normativa dentro de las más articuladas, que terminó siendo sustancialmente calcada en los países europeos de la misma tradición jurídica.

Una mirada a la normativa internacional en esta materia es sin duda útil, no tanto a los fines de recopilación informativa, cuanto con el objetivo indispensable de dirigir un procedimiento de armonización futura.

El texto más conocido es la Convención de Viena del 19.12.88. En el mismo año el Comité de Reglamentación bancaria reunido en Basilea, disponía reglas dirigidas a los bancos para prevenir el lavado de dinero.

En 1989, con motivo del G7 de París, se procedía a la institución del GAFI (Grupo Ideación Financiero Internacional) órgano que llegó a la elaboración de 40 recomendaciones por la prevención del lavado de activos.

En el ámbito comunitario, es fundamental la convención firmada en Strasburgo el 8.11.90, seguida de la directiva nº 91-138 del 10.6.91 siempre en la misma materia. Estos dos textos (Convención y Directiva) se caracterizan por la elaboración de líneas comunes de política criminal, imponiendo a los estados miembros ciertas obligaciones.

Este programa político-criminal puede sintetizarse en lo siguiente:

A) Intervenciones *preventivas dirigidas a las entidades bancarias y financieras*. En particular: a.1. identificación del cliente por operaciones económicas de valor superior al límite máximo de 15.000 dólares: a.2. informar las operaciones sospechadas a la autoridad investigadora (En Italia originariamente era el Cuestor, jefe superior de la policía, luego el U.I.C., Oficina Italiana de Cambio).

B) Determinación de *represión* tradicional, consistente en la *enumeración* normativa de las conductas castigadas como lavado de dinero.

C) Disciplina del *post-factum* o sea, predisposición a todas las medidas idóneas para expropiar al autor del crimen de las rentas delictivas (en particular embargo y confiscación), con la intención de neutralizar explícitamente "el impulso psicológico al delito" alimentado por la concreta posibilidad de obtener grandes ganancias personales.

En este marco de intervención posterior al hecho la Convención de Strasburgo se ocupa de *reforzar la cooperación jurídica internacional*.

## VIII. Consideraciones críticas.

Actualmente, a pesar de la articulada respuesta normativa y del empleo de hombres y medios, la lucha contra el lavado de dinero no ha producido los resultados positivos que todo el mundo esperaba.

Más que en el refinamiento de las técnicas de elusión de las normas por parte de la organización criminal, este balance negativo, es

el producto de por lo menos dos factores que deben ser tenidos en cuenta para fundamentar una inversión en las tendencias sobre la materia.

1. Es necesario "desamparar" el enfoque tradicional segun el cual la lucha contra el lavado de activos pasa necesariamente por la arbitraria utilización de la sanción penal. En cambio, resulta mucho mas productivo sostener una respuesta penal segun módulos bien diferenciados.

Es decir, la tipología de la intervención preventiva, para ser idónea (en los aspectos de individualización y bloqueo a la raíz del fenómeno del lavado) *tiene que ser administrada a través de mecanismos extra penales, por ejemplo, previsiones de ilícitos administrativos*. Como tales, estos resultan más idóneos por la simplicidad de su utilización para obstaculizar operaciones sospechadas.

La sanción Penal, por el contrario, tiene que ser dejada para el área residual de las conductas de lavado de dinero en línea con el principio de subsidiariedad de la norma penal.

Estas conductas típicas *tienen que ser basadas sobre pocas y elusivas operaciones de sustitución y nuevo empleo de los bienes*, que resultan realmente ofensivas del orden económico y en enlace con la limitada categoría de delitos-supuestos (como origen de renta ilícita)

2. En esta materia, como en ninguna otra, es además necesaria una concertación a nivel internacional en actitud de superar el escollo tradicional de la soberanía nacional y utilizando órganos investigativos supra-nacionales, fundados en eficaces tratados de cooperación internacional.

De otra forma, en una época de globalización informática de los mercados financieros, tendría muy poco sentido la represión del lavado de dinero y se estaría por contrario favoreciendo la creación de zonas de impunidad territorial que finalmente serían el mas cómodo recurso para las organizaciones criminales.

# PROBLEMAS JURÍDICO-PENALES QUE PLANTEA EL PROCESO DE INTEGRACIÓN POLÍTICA DE EUROPA

RAÚL CARNEVALI RODRÍGUEZ\*

## I. Introducción

La integración política de Europa ha planteado a la dogmática penal una serie de interrogantes, que giran fundamentalmente sobre la necesidad de edificar un sistema jurídico-penal común. Lo que se pretende a través de este trabajo es exponer principalmente dos as-

\* Profesor de Derecho penal de la Universidad Gabriela Mistral, Chile. Departamento de Derecho penal de la Universidad de Navarra, España.

### *Abreviaturas*

*ADPCP*: Anuario de Derecho penal y Ciencias penales; *AP*: Actualidad penal; *as*: asunto; *BIMJ*: Boletín de Información del Ministerio de Justicia; *CE*: Comunidad / es Europea / s; *CECA*: Comunidad Europea del Carbón y del Acero; *CEE*: Comunidad Económica Europea; *CEEA*: Comunidad Europea de Energía Atómica; *CLR*: The Criminal Law Review; *CMLR*: Common Market Law Review; *CP*: Código penal; *CPC*: Cuadernos de Política Criminal; *DOCE*: Diario Oficial de las Comunidades Europeas; *EURATOM*: véase *CEEA*; *JZ*: Juristenzeitung; *N*: nota a pie de página; *RAP*: Revista de la Administración pública; *RDIPP*: Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale; *Rec*: Recopilación; *REDC*: Revista Española de Derecho Constitucional; *REE*: Revista de Estudios Europeos; *RID e PP*: Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale; *RScC*: Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé; *RTDP*: Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico; *RTDPE*: Rivista Trimestrale di Diritto penale dell'economia; *RVAP*: Revista Vasca de Administración Pública; *StGB*: Strafgesetzbuch (Código penal alemán); *STJCE*: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comjnidades Europeas; *TCE*: Tratado de la Comunidad Europea; *TCECA*: Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero; *TCEE*: Tratado de la Comunidad Económica Europea; *TCEEA*: Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica; *TJCE*: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; *TUE*: Tratado de la Unión Europea; *UE*: Unión Europea; *VVAA*: Varios Autores; *ZStW*: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

pectos, a saber: 1) sobre qué presupuestos se debería construir el sistema y 2) la importante y creciente influencia que el Derecho comunitario está ejerciendo sobre los ordenamientos jurídico-penales de los Estados miembros y las dificultades —que no son pocas— que esta relación suscita.

Ya Jescheck<sup>1</sup> en 1967 advertía que un Derecho penal europeo surgía sólo de la utópica imaginación de unos pocos idealistas. Probablemente, transcurridos treinta años, aquella frase no ha perdido su vigencia, dada las enormes dificultades que representa construir los cimientos, sentar las bases hacia la conformación de un sistema penal.

Si bien, la dogmática no se enfrenta ante un desafío novedoso, pues ya en épocas pasadas se planteó la idea de la unificación del Derecho penal<sup>2</sup>, es indudable que el surgimiento de las Comunidades Europeas, hoy Unión Europea, ha dado a este problema el carácter de ineludible.

Aun cuando hoy ya nadie discute la incidencia que el Derecho comunitario ejerce sobre los distintos sistemas jurídicos-penales, no siempre se pensó así, debido quizá a la idea de que como las Comunidades estaban revestidas, en un principio, de un carácter eminentemente económico era tarea de otras ramas del Derecho preocuparse de su normativa.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> JESCHECK, "Lo stato attuale del diritto penale europeo", en: *Prospettive per un Diritto penale europeo*, Padua, 1968, p. 323.

<sup>2</sup> Un ejemplo lo constituye el "Bureau international pour l'unification du droit pénal". Vid. JESCHECK, "Lo stato attuale...", p. 323.

<sup>3</sup> Cfr. TIEDEMANN, "El Derecho penal económico en la Comunidad Europea", (trad. Adán Nieto Martín), en: *Estudios de Derecho penal económico*. Arroyo/Tiedemann (ed), Cuenca, 1994, p. 235: "Durante décadas el Derecho comunitario y los Derechos penales nacionales se han ignorado mutuamente"; Biancarelli/Maidani, "L'incidence du droit communautaire sur le droit pénal des Etats membres", *RS&C*, 1984, p. 225: "Il n'existe apparemment guère de rapports entre le droit communautaire et le droit pénal des Etats membres"; Sieber, "unificazione europea e Diritto penale europeo", *RTDPE*, 1991, p. 966. También publicado en *ZStW*, 1991, p. 957 y ss.; CUERDA RIEZU, "¿Óstentan ius puniendi las Comunidades Europeas?", en: *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 621; MESTRE DELGADO, "El Derecho penal de la Unión Europea", en: *Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristáin*, San Sebastián, 1989, p. 575; FERRÉ OLIVÉ, "Derecho penal y competencia de las Comunidades Europeas" en: *Estudios de Derecho penal económico*. Arroyo/Tiedemann (ed), Cuenca, 1994, p. 276.

Habría que atribuir esta escasa relación que en un principio se manifestó, y que motivó un limitado análisis dogmático, a un informe de la Comisión de las CE en el que señaló que el Derecho penal no entraba en cuanto tal dentro de la esfera de competencia de la Comunidad, sino que permanecía bajo la jurisdicción de los Esta-

Hay que considerar, para comprender la escasa relación que en un principio se manifestó entre el Derecho penal y Derecho comunitario, los distintos modelos económicos adoptados por la Comunidad Europea durante su historia. En un comienzo, al firmarse el Tratado de Roma, la C.E.E. hizo suyos los principios propuestos por la llamada "Escuela de Friburgo", que eran eminentemente neoliberales, de tal forma que sus objetivos los pretendía alcanzar dejando que actuaran libremente sus agentes económicos dentro de un mercado común. Lo anterior suponía entonces, que la C.E.E. debía limitar su papel a una política económica de no intervención, esto es, verificar que en el mercado no hubiera interferencias que alteraran la libre competencia, estableciendo para ello una serie de sanciones propias.<sup>4</sup> Asimismo, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas disponían que cada Estado miembro debía brindar a los intereses comunitarios la misma protección que otorgaba a sus intereses nacionales equivalentes, a través de sus leyes penales internas.<sup>5</sup> Por otro lado, en el evento de existir normas internas contrarias al Derecho comunitario, para la no aplicación de aquellas, bastaba con invocar los principios de efecto directo y de supremacía de las normas comunitarias. El escenario comenzó a cambiar a principio de los años setenta, y con ello el papel que debía asumir el Derecho penal que hasta entonces era bastante pasivo, debido a que el modelo económico seguido comienza a dar paso a uno de corte más bien mixto, esto es, de mayor intervención en la economía, dada la necesidad de organizar de mejor manera las políticas económicas de los países en pos de una

---

dos miembros, 8e. Rapport général sur l'activité des Communautés européennes, Mayo 1974, p. 87. Cabe señalar, que si bien lo allí expuesto en estricto sentido no ha cambiado, sí merece ser matizado, por cuanto en la práctica el ejercicio del ius puniendi se ha visto limitado. Circunstancia ésta que la dogmática se tardó en percibir.

Merecen destacarse como primeros trabajos: VVAA, *Prospettive per un Diritto penale europeo*, Padua, 1968; *Diritto penale europeo*, Congresso organizzato il 7,8,9, novembre 1968, Instituto de Estudios Europeos, Universidad Libre de Bruselas, ed. "Press universitaires de Bruxelles", 1970.

<sup>4</sup> Vid. Art. 87 en relación a los art. 85 y 86 del TCE.

<sup>5</sup> Así por ejemplo, art. 194. 1. Párrafo 2° del TCEEA: "Cada Estado miembro considerará el incumplimiento de esta obligación como una violación de sus secretos protegidos a la que, tanto en razón del fondo como de la competencia, serán aplicables las disposiciones de su legislación vigente en materia de atentados contra la seguridad del Estado o de divulgación del secreto profesional. Perseguirá, a instancia de cualquier Estado miembro interesado o de la Comisión, al que, estando sometido a su jurisdicción, hubiere incumplido dicha obligación".

mayor integración.<sup>6</sup> A consecuencia de lo anterior, y como ya la Comunidad comenzó a tener sus propios recursos, se planteó la necesidad de contar con una normativa que proteja de mejor forma, no sólo sus propios bienes jurídicos, sino también aquellos en los que participa activamente, tales como, medio ambiente, servicio financiero, etc. Unido a lo anterior, el Tribunal de Justicia de las Comunidades –cuya labor ha sido vital en la elaboración del Derecho comunitario– comenzó a exigir a los Estados miembros una mayor protección a los intereses en los que participa la Comunidad<sup>7</sup>. Lo expuesto supuso por tanto, una mayor vinculación del Derecho penal con el comunitario. No basta, en consecuencia, que la UE cuente con sus propias sanciones, sino además, que las sanciones establecidas en las legislaciones internas sean eficaces.<sup>8</sup>

Si bien es cierto, que la tarea a que se enfrenta nuestra ciencia puede parecer difícil de abordar, no es aventurado señalar que la dogmática penal se encuentra preparada para enfrentar un desafío de esta magnitud. Probablemente, y de esto los penalistas debemos estar orgullosos, existen pocas ciencias del Derecho tan preocupadas de converger hacia la formulación de principios comunes que ilustren a la mayor parte de los ordenamientos jurídicos penales. La historia de la Ciencia del Derecho penal, fundadamente desde el iluminismo, constituye una clara demostración de que a sus cultivadores siempre los ha motivado elaborar principios que tengan un carácter universal.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Cabe destacar, que los objetivos perseguidos en el Tratado de Roma, también ocasionaron graves desequilibrios tanto regionales como sociales, ya existentes al momento de la integración, lo que motivó una política de mayor participación en el desarrollo del mercado común. A lo anterior, debemos agregar la crisis económica vivida por Europa a comienzo de los setenta, lo que dio lugar a una intervención creciente de la economía. Atrás quedaba el optimismo de un crecimiento permanente. Para mayor detalle Cfr. *La economía de la Comunidad Económica Europea*, Servicios de Estudios Económicos, Banco Exterior de España, Madrid, 1979, p. 162 y ss.

<sup>7</sup> Trascendente resulta en esta línea la sentencia del TJCE Comisión con Grecia (“caso del maíz griego”) de 21 de Septiembre de 1989, as. 68/88 en Rec. 1989. En efecto, el TJCE exige que las infracciones a la normativa comunitaria deben ser sancionadas en condiciones materiales y análogas a las infracciones nacionales de naturaleza e importancia similares y además, que las sanciones deben tener siempre un carácter efectivo, proporcional, disuasivo. Mayor detalle, Cfr. GRASSO, *Comunidades europeas y Derecho penal* (trad. N. García Rivas), Ediciones Universidad Castilla-La Mancha, 1993, p. 20.

<sup>8</sup> Para mayor detalle de lo expuesto en este párrafo, Vid. NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios. Derecho penal económico europeo*, Barcelona, 1996, p. XXI-XXV.

<sup>9</sup> Así, JESCHECK, “*Linee direttive del movimento internazionale di riforma penale*”, *L'indice penale*, 1979, p. 188: “Che il diritto penale possa essere in tal modo inteso come parte di un contesto culturale universale é merito soprattutto della dottrina penalistica...”

Desde siempre la Ciencia del Derecho penal ha demostrado una vocación supranacional.<sup>10</sup>

Basta señalar para corroborar lo anterior, y sólo a vía de ejemplo, la existencia de la Asociación Internacional de Derecho Penal, institución que desde 1924, ha realizado una constante labor orientada, como señalan sus estatutos, a lograr un Derecho penal universal.<sup>11</sup> Así también, es digno de mención, el encomiable esfuerzo realizado por penalistas hispanoamericanos, en la década del sesenta y setenta, por elaborar un Código penal tipo para Iberoamérica<sup>12</sup>, reflejando con ello, que el Derecho penal se sustenta efectivamente sobre una base supranacional.

## II. Fundamentos para un sistema común de Derecho penal

Aun cuando existe claridad de que las propuestas de unificación no pueden quedar reducidas a procesos de armonización legislativa —como sucede ahora en la UE— sino que, debe procurarse ir más allá, a una homogeneización de los conceptos y categorías de la Teoría jurídica del delito, es necesario considerar que la dogmática se podría enfrentar a una suerte de falta de determinación, a la hora de precisar cuál es la mejor orientación que debe darse al Derecho penal en su proyección hacia un sistema común. En efecto, como bien expone Silva Sánchez<sup>13</sup>, existe la creencia, por alguna parte de la doctrina, de que para que efectivamente el Derecho penal tenga un carácter supranacional debe indefectiblemente vincularse a estructuras lógico-objetivas (*sachlogische Zusammenhänge* o *Strukturen*), esto es, relacionarse con una serie de premisas universales inmutables en el tiempo. Si lo que se pretende, es otorgar al Derecho penal un carácter único y universal, la dogmática debe abocarse a encontrar estas verdades atemporales, única vía que permite desvincular al Derecho penal de consideraciones valorativas mutables en el tiempo<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> SILVA SÁNCHEZ, "Sobre las posibilidades y límites de una dogmática supranacional del Derecho penal", en: *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Libro-Homenaje a Claus Roxin, Silva Sánchez (ed), Barcelona, 1995, p. 11.

<sup>11</sup> Sobre la historia de la A.I.D.P., vid. El breve resumen, Bassiouni, *Derecho penal internacional* (trad. J. L. De la Cuesta Arzamendi), Madrid, 1984, p. 13 y ss.

<sup>12</sup> VID. RIVACOBA Y RIVACOBA, "Pensamiento penal y criminológico del Código penal tipo para Iberoamérica", en: POLAJNO (Comp.) *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, Córdoba, 1987, p. 215 y ss.

<sup>13</sup> SILVA SÁNCHEZ, "Sobre las posibilidades y límites...", p. 12.

<sup>14</sup> Lo expuesto ha sido la característica del pensamiento finalista. Así por ejemplo, WELZEL, *Vom Bleibenden und Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft*, Mar-

Si bien se puede decir que la posibilidad de construir el sistema del Derecho penal sustentándose únicamente sobre bases óntico-lógicas se hallaría superada, pues la construcción del sistema debe basarse en conceptos normativos<sup>15</sup>, lo anterior no significa desestimar la importante función del límite que tiene la realidad del ser<sup>16-17</sup>.

La corriente teleológica o funcionalista, a grandes rasgos, considera para la elaboración del sistema, enunciados cuyo contenido valorativo proviene de estimaciones político-criminales del Derecho penal. La sistemática teleológica se distingue por su pretensión de orientar a la dogmática conforme a la función social del Derecho penal. Por tanto, sus conceptos deben ser normativos, y para ello, debe recurrir a los fines político-criminales<sup>18</sup>.

Roxin fue quien enfatizó en la necesidad de superar las barreras que se interponían entre el Derecho penal y la política criminal<sup>19</sup>. Se hacía indispensable no continuar lo que hasta entonces constituía una característica de la dogmática, a saber, elaborar sus premisas en forma abstracta sin considerar las necesidades reales. Para evitar lo anterior, el sistema del Derecho penal debía dejar entrar las valoraciones político-criminales. Debía construirse por tanto, un "sistema abierto".

---

burg, 1964; KAUFMANN, ARMIN, "Das Übernationale und Überpositive in der Strafrechtswissenschaft", en: *Gedächtnisschrift für Zong Llk Tjoun*, Tokio, 1985, p. 100-111. [citados por SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 58]. Como no es objetivo de este trabajo exponer las ideas de la dogmática finalista, para mayor detalle, cfr. Entre otros, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 57-62, 135-139; WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal* (trad. J. Cerezo Mir), Barcelona, 1964.

<sup>1</sup> En contra, HIRSCH, "El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel" (trad. M. Bacigalupo), en: POLAINO (Comp.), *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*, Córdoba, 1987, p. 19-44. En p. 44 señala: "A través del punto de partida ontológico es posible lograr, por el contrario, que la Dogmática pueda adelantarse al pensamiento del legislador y no al revés. Además, este punto de vista permite atravesar la estrechez de las Ciencias Nacionales,..."

<sup>16</sup> SILVA SÁNCHEZ, "Sobre las posibilidades y límites...", p. 12.

<sup>17</sup> En todo caso tampoco es conveniente rechazar la existencia de estructuras objetivas, indispensables para concretar los juicios de valor que el Derecho formula en abstracto.

<sup>18</sup> Para mayor detalle respecto a la dogmática funcionalista y sobre todo acerca de las posiciones de ROXIN y JAKOBS, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 67-72; El mismo, en Introducción a SCHÜNEMANN (Comp), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, p. 19-22.

<sup>19</sup> VID. ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal* (trad. F. Muñoz Conde), Barcelona, 1972.

Se puede ya vislumbrar, que las principales críticas que se le han hecho a esta corriente de pensamiento provienen precisamente de la supuesta inseguridad que puede significar la construcción de las categorías de la teoría del delito conforme a valoraciones político-criminales. Dicho en otros términos, el dejar entrar, para la elaboración del sistema, circunstancias culturales, valores que pueden ser mutables, podría propiciar una dogmática "arbitraria", ajena a su propósito supranacional, acercándola a la configuración de un Derecho "nacional" (por su vinculación a un ordenamiento constitucional)<sup>20</sup>.

Aunque se plantean dificultades a la hora de precisar los presupuestos valorativos, lo anterior no impide que el sistema teleológico pueda tener un carácter transnacional, pues éste al construirse sobre fines político-criminales que son comunes a aquellas sociedades que participan de un mismo ámbito cultural, permite otorgarle tal condición<sup>21</sup>. El que se fundamente en una política criminal asentada sobre significados permanentes le confiere estabilidad. En definitiva, si lo que se quiere es elaborar un sistema sobre bases sólidas, "reales", y que por sobre todo sea eficaz, evitando discrepancias en el plano teórico y práctico, es evidente que éste debe ser orientado axiológicamente conforme a principios político-criminales.

En esta misma línea Moccia señala: *"La estrecha comunicación entre normas jurídicas y la realidad social es la premisa para la construcción de un sistema que aspire a expresar una "lógica" asumible por sus destinatarios y, coherentemente, que persiga perspectivas de viabilidad. Por tanto, deviene tarea del sistema la búsqueda de valoraciones "adecuadas a la materia" (stoffadäquate), y su descripción, para hacerla clara, ordenándola en sus conexiones estructurales y normativas. Siguiendo este orden de ideas, a buen seguro se puede afirmar que la dogmática penal tiende a desembarazarse de aquellos caracteres casi esotéricos que ya representaban para ella un notable lastre"*<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 71.

<sup>21</sup> Es indudable que hoy en día la sociedad occidental participa de similares decisiones político-criminales, lo que permite afirmar la supranacionalidad de la dogmática teleológica. Cfr. SCHÜNEMANN, *"La política criminal y el sistema de Derecho penal"* (trad. M. Martínez de Escamilla), ADPCP, 1991, p. 693-713. En p. 713 afirma: "A causa de esta comunidad en las convicciones básicas político-criminales incluso hoy me parecen más favorables que antaño las perspectivas de nivelación de los ordenamientos jurídico nacionales así como de los sistemas jurídico-penales".

<sup>22</sup> MOCCIA, *"Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente"* (trad. F. Melero Merino), en: *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, Libro-Homenaje a Claus Roxin*, SILVA SÁNCHEZ (ed), Barcelona, 1995, p. 81.

Precisamente, la forma más adecuada de construir un derecho penal supranacional, es logrando determinar la base cultural, valorativa, de la cual participan quienes quieran entrar en él, Europa en este caso.

En definitiva, teniendo presente la necesidad de considerar este "horizonte valorativo común", para la construcción del sistema, la tarea será entonces, precisar cuáles son estos enunciados axiológicos comunes a Europa<sup>23</sup>, que permitan llenar de contenido los conceptos y categorías de la teoría del delito.

2. Si bien, no resulta fácil precisar cuáles son estos presupuestos teleológicos, es posible afirmar, como ya lo hizo Pagliaro<sup>24</sup>, que éstos subyacen en las culturas de los pueblos, pues Europa constituye una unidad cultural. Es preciso entonces, auscultar las tendencias profundas de la cultura jurídico-penal del continente<sup>25</sup>.

Como el propósito es entonces, reconocer este horizonte valorativo, un sector importante de la doctrina ha dirigido la mirada a las constituciones europeas occidentales, considerando éstas como un marco de referencia filosófico-político en donde se plasman premisas valorativas reconocidas por nuestra civilización se parte de que el Estado social y democrático de Derecho supone ya un conjunto de valores que deben ser respetados, entre los cuales se cuentan principios tan cargados de contenido material como la dignidad humana<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Enunciados que son aplicables a nuestro continente dado los indudables vínculos valorativos que nos unen a Europa. SILVA SÁNCHEZ, "Sobre las posibilidades y límites...", p. 12, incluso habla de "cultura occidental" para referirse a la comunidad en la que estamos insertos.

<sup>24</sup> PAGLIARO, "Diritto penale e cultura europea", en: Prospettive per un Diritto penale europeo, Padua, 1968, p. 150; EL MISMO, "Límites a la unificación del Derecho penal europeo" (trad. C. Suárez González), en: *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann, Madrid, 1995, p. 689.

<sup>25</sup> MIR PUIG, "El sistema del Derecho penal en la Europa actual", en: *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, Libro-Homenaje a Claus Roxin*, SILVA SÁNCHEZ (ed), Barcelona, 1995, p. 25.

<sup>26</sup> MIR PUIG, "El sistema del Derecho penal...", p. 28. Es necesario destacar que es autor ya en su libro *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, propuso cimentar el método de elaboración teórica del Derecho penal en la idea de un Estado social y democrático de Derecho. Cuando la Constitución española de 1978 acogió expresamente este modelo de Estado en su art. 1º, 1 desarrolló las consecuencias de este modelo en *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1º ed. 1979, 2º ed. 1982. También en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994. Es preciso destacar que Mir Puig en *Introducción...*, p. 82 y ss. Cita el libro de CALLIES *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt, 1974, como uno de los primeros que en Alemania propone que la concepción de la pena y del delito sea conforme a dicho modelo de Estado.

MOCCIA también participa de a idea de elaborar el sistema conforme a un Estado Social de Derecho<sup>27</sup>. Afirma este autor, que esta fórmula, si bien elaborada por la doctrina alemana<sup>28</sup>, se adapta perfectamente al actual contexto constitucional italiano, constituyendo un equilibrio armónico entre garantías formales y sustanciales. Más adelante señala: "en el plano de la tutela de los derechos del individuo, ello significa un empeño efectivo en asegurar, haciéndolas eficaces, un conjunto de garantías de tipo formal y substancial combinadas entre sí. Pero, también, ello viene referido a un igual empeño en la tutela de los intereses supraindividuales, como expresión de un orden solidario, que ha adquirido la misma dignidad que tenía la tutela de la libertad individual en una estructura de pura fundamentación liberal y que debe además, contribuir a configurar una estructura ideológicamente más compleja. Ello significa, en términos de política criminal, la adopción de estrategias de control de los hechos (considerados) socialmente dañosos y que, en el marco del respeto a la libertad y dignidad de la persona, vengán inspiradas por criterios de racionalidad y eficiencia"<sup>29</sup>.

Orientar al Derecho penal conforme a las pautas indicadas significa otorgar a éste un carácter preventivo. Su propósito es proteger a la población de aquellas conductas que ella misma ha estimado dañosas. La pena por tanto, no sólo debe tener un carácter intimidatorio, sino, y esto es lo más importante, debe constituirse en el instrumento que satisfaga la conciencia jurídica de la ciudadanía a través de la reafirmación de los valores<sup>30</sup> (*prevención general positiva "integradora"*). No basta generar temor por la imposición de una pena, se debe ir más allá procurando crear confianza en la labor que desarrolla el Derecho. El carácter preventivo de la pena supone entonces que la norma jurídica debe tener un carácter directivo, esto es, motivar a que el sujeto no delinca. Si lo que se pretende es prevenir la comisión de hechos socialmente dañosos, es necesario que previamente el ciudadano se motive conforme a la norma a no delinquir. Se debe procurar influir positivamente mediante el arraigo social de las normas.

<sup>27</sup> MOCCIA, "Función sistemática de la política...", p. 81.

<sup>28</sup> La ley fundamental alemana de 1949 establece que la República es un Estado federal, democrático y social.

<sup>29</sup> MOCCIA, "Función sistemática de la política...", p. 82.

<sup>30</sup> MIR PUIG, "Función de la pena...", p. 31.

SILVIA SÁNCHEZ agrega: "Frente a la intimidación, cuya tendencia al terror penal se pone de relieve, se pretende alcanzar una auténtica afirmación y asentamiento social de las normas fundamentales, hoy ello, por la vía de una política penal humana, respetuosa de las garantías del Estado de Derecho y atenta a los intereses de todos los intervinientes en el conflicto provocado por el delito"<sup>31</sup>.

En definitiva, dirigir el Derecho penal conforme a lo expuesto supone propender activamente a la protección de sus ciudadanos (Estado social), optando para ello, por una determinada función de la pena, la preventiva general. Además impone, a fin de evitar una ingerencia en la esfera íntima de las personas<sup>32</sup>, una serie de limitaciones, a saber, el de ser el Derecho penal la última ratio y el de exclusiva protección de bienes jurídico-penales. Así también, el respeto al principio de legalidad (manifestación del Estado de Derecho). Por último, impone al Derecho penal estar al servicio de la persona (Estado democrático), pues al desarrollar su función debe considerar entre otros aspectos, los principios de humanidad y de culpabilidad.

### III. Problemas que el Derecho comunitario plantea al Derecho penal

1. Si bien a nivel de la dogmática, respondiendo como se ha dicho, a su vocación supranacional, existe acuerdo en la elaboración de un sistema común, la tarea no se vislumbra sencilla. Lo anterior, no tanto quizá por las dificultades, que por cierto tiene, dicha construcción, sino más bien, porque supondría, tarde o temprano, la transferencia a una entidad supranacional del *ius puniendi*. El problema es por sobre todo político<sup>33</sup>. No cabe duda que traspasar la potestad punitiva supondría, en el hecho, poner término a la soberanía de los

<sup>31</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 230.

<sup>32</sup> VIC. MIR PUIG, "Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva", ADPCP, 1986, p. 56-57: "Digo, en primer lugar, que el respeto de la autonomía moral del individuo se opone a utilizar la prevención general positiva como fundamentadora de la intervención jurídico-penal. (...) Ello vale no sólo para la actitud frente a las normas morales, sino también para la actitud interna frente al Derecho: la imposición de una actitud interna de fidelidad al Derecho supone la internalización de la aceptación ética del Derecho. Si la prevención general positiva se entendiera como autorización para intentar por medio de la pena la adhesión interna de los ciudadanos al Derecho, sería rechazable. Así entendida, la prevención general supondría el desbordamiento del límite representado por el fuero interno".

<sup>33</sup> Vid. PAGLIARO, "Límites a la unificación...", p. 693-694.

Estados. Dé ahí entonces, las reservas que se observan a nivel gubernamental, a la hora de tratar este tema, lo que en cierta manera no deja de sorprender, considerando que la UE tendría un propósito federal<sup>34</sup>.

No son escasos los argumentos que se han expuesto para explicar el porqué de la reticencia de los Estados para otorgar a la UE competencia punitiva. Generalmente se señala que el principal obstáculo para ello es de índole político, esto es, los Estados ven en la potestad punitiva la principal herramienta con que cuentan para ejercer su soberanía, por lo que renunciar a ella, significaría en la práctica poner fin a su vida como países independientes. Al ser el Derecho penal la expresión más auténtica de la soberanía, los Estados son muy celosos en su conservación<sup>35</sup>. Empero, este razonamiento ha sido

<sup>34</sup> Vid., MANGAS MARTÍN, Prólogo de *Tratado de la Unión Europea y Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas*, Ed. Tecnos, 1995, p. 23. Señala esta autora: "Aunque en Maastricht se hicieran concesiones semánticas al Reino Unido, la vocación y esencia federal y el carácter político de la Unión Europea son más que visibles en sus cinco objetivos (enunciados en el art. B del TUE y desarrollados con muy diferente intensidad en los restantes Tratados)". En contra, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *¿Qué Unión Europea?*, Papeles de la Fundación N° 34, Madrid, 1996, p. 19 y ss, para quien sería un profundo error que la UE se demarcara por un modelo de Estado federal. Así, en p. 25-26: "No existen ni parece que vayan a existir por muchos años los presupuestos imprescindibles para que pueda identificarse con realismo un auténtico Pueblo europeo con un sentido de identidad propia políticamente unitaria. Los europeos, en el mejor de los casos, somos conscientes de una identidad geográfica y de un importante grado de identidad cultural común, pero en plano político, e incluso en otros planos culturales y sociológicos más básicos que éste, no parece que exista una conciencia colectiva de una unidad suficiente como para identificar ahí la realidad de un soporte político sobre el que erigir un nuevo Estado que viniese a sobreimponerse a las comunidades políticas tradicionales de Europa".

<sup>35</sup> En este sentido, cfr. PAGLIARO, "Límites a la unificación...", p. 693-694: "Que sea la causa principal de la dificultad que se encuentra para encausar un proceso de unificación del Derecho penal europeo resulta indirectamente de la circunstancia que, allí donde las sanciones preestablecidas no sean tan incisivas como las sanciones penales en sentido estricto, resulta más fácil alcanzar la unificación del régimen jurídico". Este autor también señala como ejemplo, el fracasado intento de la Comunidad europea de defensa; BRICOLA, "Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee", en: *Prospettive per un Diritto penale europeo*, Padua, 1968, p. 216, para quien la atribución de poder punitivo a la CE debe sostenerse como una utopía política. Este trabajo también se encuentra publicado en *L'indice penale*, 1968, p. 5 y ss.; ZULEEG, "Der Beitrag des Strafrechts zur europäischen Integration", *JZ*, n° 15/16, 1992, p. 762, señala que los estados miembros contemplan el Derecho penal en estrecho vínculo con su soberanía; BIANCARELLI/MAIDANI, "L'incidence du droit...", p. 226, exponen estos autores que el factor de la soberanía nacional ha sido importante en la falta de incidencia del *Derecho comunitario sobre el penal*.

criticado por Sgubbi<sup>36</sup> quien sostiene que el retraso en el desarrollo de un Derecho penal comunitario habría que buscarlo en otros factores, sin negar claro, la importancia que la soberanía nacional tiene<sup>37</sup>. Para este autor, el concepto de soberanía nacional en los últimos años ha perdido rigidez, y que en Europa se ha podido observar una mayor colaboración en materia de política criminal. Además, el Derecho penal sustantivo no constituye la expresión más auténtica de la soberanía, como sí lo serían otros instrumentos de control social, así por ejemplo, los procesales o las organizaciones judiciales o policiales. De forma tal, que la máxima incidencia social e individual del poder público se halla no tanto en la fase de creación de normas penales, como sí en la intervención concreta e inmediata de la policía y de las instancias procesales<sup>38</sup>. Además, independiente de si el Derecho penal es o no expresión de soberanía, un Derecho penal comunitario como tal, no afectaría la soberanía de los Estados, pues lo que pretende no es disponer, entre otros aspectos, acerca de la estructura de la responsabilidad penal, ni del carácter de las sanciones, sino la de constituirse sólo en un derecho sancionatorio, dirigido simplemente a salvaguardar los intereses comunitarios. En definitiva, lo que procura es conformar un Derecho penal instrumento de la organización económica, exento de toda implicación de control social. Sus normas no procuran motivar a sus destinatarios para que éstos no lesionen bienes comunitarios<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> SGUBBI, "Voce Diritto penale comunitario", en: *Novissimo Digesto italiano, Appendice*, Vol. II (Cog-Dir), Turín, 1981, p. 1221 y ss. Existe una traducción al español de Manuel Quintanar Díez, con algunas agregaciones del autor, en CPC, N° 58, 1996, p. 89 y ss. Este autor define el Derecho penal comunitario en sentido propio como una categoría de normas penales que pertenecen al Derecho comunitario, aptas para crear de modo directo e inmediato situaciones penalmente relevantes para los sujetos de derecho comunitario (diversos a los Estados), las que pueden emplearse, eventualmente, contra los Estados. SGUBBI hace presente que en todo caso, el estado de desarrollo del Derecho penal comunitario es casi embrionario.

<sup>37</sup> En este mismo sentido, MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Derecho penal y protección del medio ambiente*, Madrid, 1992, p. 71.

<sup>38</sup> Para reforzar su argumentación, en cuanto a que el factor soberanía no es la causa del retraso en el desarrollo del Derecho penal comunitario, SGUBBI cita el caso de la Comunidad europea de defensa, en que se pretendió crear un Derecho penal militar europeo, considerando que dichas normas afectarían precisamente a las fuerzas armadas nacionales, símbolo por antonomasia de la soberanía de cada país. Vid. SGUBBI, "Voce Diritto...", p. 1222.

<sup>39</sup> Bajo estos presupuestos resulta difícil siquiera hablar de un Derecho penal, aun teniendo presente las matizaciones que hace SGUBBI. En el estado actual de desarrollo del Derecho comunitario, no es posible todavía afirmar la existencia de un Derecho penal. Vid. lo que señala al respecto, RIZ, *Diritto penale e Diritto comunitario*.

Las causas del retraso, según Sgubbi, habría que buscarlas fundamentalmente en dos aspectos, a saber, el tipo de materia que debe regular y los destinatarios<sup>40</sup>. Con respecto al primero, cabe señalar que siendo el tema económico el objeto principal de la legislación comunitaria, ello supone una serie de valoraciones previas, que deben ser consideradas a la hora de recurrir, para su regulación, a la normativa penal. Así, hay quienes sostienen que la utilización de sanciones penales ocasionaría graves inconvenientes en el desarrollo de la vida económica, más necesitada de libertades que de limitaciones represivas. Por otro lado, también se afirma que la mejor política sancionatoria de la criminalidad económica se halla en medidas de carácter civil o administrativo, pues las sanciones penales, para esta clase de intereses, son más bien ineficaces. En lo que atañe a los destinatarios, al ser éstos principalmente las personas jurídicas, las dificultades que se presentan, a la hora de querer desarrollar un Derecho penal comunitario, saltan a la vista. En efecto, las soluciones normativas de los Estados miembros, en lo que dice relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, son heterogéneas, y no parece fácil una armonización al respecto.

2. Otro obstáculo hacia el desarrollo de un Derecho penal comunitario, dice relación a la falta de legitimidad democrática de las instituciones de la UE. No deja de ser paradójico, que las facultades legislativas las ejecuten, fundamentalmente, la Comisión y el Consejo, y que la única institución elegida democráticamente —el Parlamento europeo— tenga una participación limitada, siendo que es el órgano por antonomasia llamado a ejercerlas. Resulta iluso siquiera pensar en un traspaso del *ius puniendi*, si los órganos que son legiferantes carecen de representación popular<sup>41</sup>. Conforme al principio de legali-

---

rio, Padua, 1984, p. 5 y ss., especialmente n. 17. GRASSO niega la existencia de un Derecho penal comunitario, aun cuando las instituciones estén dotadas de una potestad represiva, y que la normativa comunitaria tenga una incidencia directa e indirecta en los ordenamientos penales internos. Vid. GRASSO, "*Verso un diritto penale comunitario: I progetti di trattato concernenti l'adozione di una regolamentazione comune in materia di repressione delle infrazioni alla normativa comunitaria ed in materia di responsabilità e di tutela penale dei funzionari e degli altri agenti delle comunità*", RID e PP, 1982, p. 629.

<sup>40</sup> SGUBBI, "*Voce Diritto...*", p. 1223.

<sup>41</sup> Cfr. SIEBER, "*Estado de la evolución y perspectivas del Derecho penal económico europeo*" (trad. S. Bacigalupo Saggese y C. Espósito Massicci), en: *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 619: "Un verdadero Derecho penal criminal de la Comunidad Euro-

dad, en su rol fundamental de garantizador de los límites en que debe moverse el ejercicio del poder punitivo, sólo es posible determinar las conductas a inculpar y su penalidad, mediante una norma que es generada por un Poder legislativo democráticamente elegido<sup>42</sup>.

Este escaso desarrollo, también podría deberse al cuestionamiento que se hace sobre la idoneidad del Derecho penal para regular las relaciones económicas —que es el ámbito de mayor preponderancia dentro de la UE—. En efecto, Sgubbi plantea que hay quienes sostienen que el empleo del Derecho penal termina provocando graves inconvenientes, pudiendo bloquear el funcionamiento de los delicados enlaces de la vida económica, necesitada ésta de más libertad de expansión que de limitaciones represivas. La mejor sanción a la criminalidad económica se logra con medidas extrapenales, ya sea de tipo civil o administrativo. Además, la ley penal dentro de la esfera económica, resulta casi siempre ineficaz, pues sus destinatarios tienen numerosas posibilidades de paralizar su operatividad<sup>43</sup>. Sobre este punto, Sevenster hace presente que para algunos, el Derecho penal puede representar un factor de distorsión de la competencia, ya sea a través de diferencias en las sentencias, así como también, con divergentes tratamientos punitivos a las personas jurídicas<sup>44</sup>.

---

pea no es posible con su actual estructura. Debe ser creado por un Parlamento con todos los poderes democráticos. Un Derecho penal europeo democráticamente legitimado es la meta a largo plazo de los ámbitos aquí estudiados"; FERRÉ OLIVÉ, "*Derecho penal y competencias...*", p. 279-280, 291; BACIGALUPO, *Sanciones administrativas* (Derecho español y comunitario), Madrid, 1991, p. 91.

<sup>42</sup> Sin entrar en mayores consideraciones, no es posible olvidar el fundamento democrático-representativo que subyace en el principio, dada su vinculación con el Estado de Derecho. En esta línea ARROYO ZAPATERO, "*Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*", REDC, n° 8, 1983, p. 12-13, apunta: "Aparece así el principio de legalidad penal originariamente como plasmación de la idea de Estado de Derecho, que se concreta en la exigencia de reserva de la materia penal para el poder legislativo (reserva de ley). Este fundamento político es lo que determina que el principio no se satisfaga de modo puramente formal, en el sentido de la identificación entre Estado de Derecho y Estado "de leyes". La idea subyacente de la "voluntad general" sólo se traduce institucionalmente en la asamblea legislativa democráticamente representativa (elegida) de esa voluntad. En definitiva, el principio de legalidad penal es en sus orígenes no tanto una exigencia para la fijación positiva de lo prohibido frente a la arbitrariedad estatal, para satisfacer la seguridad del conocimiento del ámbito de libertad que "concede" el Estado (seguridad que también puede proporcionar un poder legislativo no democrático), como una exigencia de legitimación de esa decisión del Estado sobre los ámbitos de libertad, a través de su atribución exclusiva a la voluntad general. Por esta razón es acertado denominar este fundamento político como fundamento *democrático representativo*".

<sup>43</sup> SGUBBI, "*Voce Diritto...*", p. 1224.

<sup>44</sup> SEVENSTER, "*Criminal law and EC law*", CMLR, n° 29, 1992, p. 56.

3. Aun cuando, no hay efectivamente un traspaso expreso del *ius puniendi*, no es menos cierto también, que a la luz de los hechos, se ha cuestionado el monopolio estatal de la potestad punitiva<sup>45</sup>. En efecto, considerando fundamentalmente dos aspectos, a saber, que el Derecho comunitario se halla en un nivel jerárquico normativo superior a los ordenamientos nacionales (principio de primacía) y que algunas normas comunitarias se pueden aplicar directamente sin necesidad de crear normas internas (principio de aplicabilidad directa), es posible suponer que los órganos comunitarios, como entes generadores del Derecho comunitario, inciden en la normativa punitiva de los Estados miembros.

Conforme a estos dos aspectos, el Derecho comunitario tiene el potencial de poder provocar la derogación de una norma penal de un Estado miembro<sup>46</sup>, al estimar que una determinada conducta es lícita. Por tanto, el legislador ya no es libre de precisar cuáles conductas desea incriminar, si ya el ordenamiento comunitario se ha pronunciado al respecto. Lo anterior origina para el Estado una *obligatio non puniendi*<sup>47</sup>. Ahora bien, el Derecho comunitario no sólo tiene un efecto despenalizador, también puede importar la creación de nuevas normas penales, mediante las llamadas técnicas de asimilación y de armonización.

La primera consiste en la obligación de los Estados de brindar a los intereses comunitarios la misma protección que otorga a sus intereses nacionales, a través de sus leyes internas. Dicho en otros términos, mediante un reenvío que hace la norma comunitaria a la ley nacional, esta última, que tiene por objeto la protección de bienes nacionales, debe también aplicarse para tutelar bienes comunitarios similares. Si bien no hay una actividad legislativa propiamente tal, está claro que supone una nueva norma penal, surgida de la relación entre el precepto comunitario y la ley nacional<sup>48</sup>.

La principal ventaja la otorga su flexibilidad, pues permite, sin que se requiera de un gran despliegue normativo, proteger bienes comunitarios recurriendo a los ordenamientos nacionales, que ya disponen de normas tuteladoras. Además, no se entra en la problemáti-

<sup>45</sup> Vid. MESTRE DELGADO, "El Derecho penal de la Unión...", p. 575; CUERDA RIEZU, "¿Ostentan *ius puniendi*...", p. 625; FERRÉ OLIVÉ, "Derecho penal y competencias...", p. 290.

<sup>46</sup> Vid. DINE, "European Community Law?", CLR, 1993, p. 249.

<sup>47</sup> Vid. CUERDA RIEZU, "¿Ostentan *ius puniendi*...", p. 626.

<sup>48</sup> Así, GRASSO, *Comunidades...*, p. 162.

ca de si se dota o no a la UE de potestad punitiva, pues ambos ordenamientos –comunitario y nacional– mantienen sus competencias, sin que la actividad de uno pueda suponer una injerencia en la de otro <sup>49</sup>.

En cuanto a sus desventajas, una de ellas dice relación con la desigualdad en el tratamiento punitivo que los Estados miembros pueden otorgar a un mismo bien jurídico<sup>50</sup>. Así por ejemplo, Dannecker<sup>51</sup> cita lo que sucede con las entradas comunitarias, para cuya tutela se recurre al fraude fiscal y a los delitos aduaneros, particularmente el delito de contrabando. Tomando lo que acontece con las legislaciones de Alemania, España, Francia e Italia, se pueden encontrar importantes diferencias. Es así, que a nivel de penas, las divergencias son notables, tanto en España como Alemania se pueden imponer penas privativas, en cambio en Italia sólo son pecuniarias. En lo que respecta al tipo subjetivo, tanto España como Italia sólo admiten la comisión dolosa, en Francia por su parte, conforme a su situación legislativa, no se requiere probar el dolo y no se reconoce al error como causa de exclusión de la punibilidad. En Alemania, si el hecho es cometido con culpa grave se sanciona como infracción administrativa.

En lo que respecta a la tutela de las salidas comunitarias, éstas se garantizan a través de los delitos de fraude o del fraude de subvenciones. Dannecker distingue, tomando en consideración el bien jurídico protegido y la conducta punible, dos modelos base de castigo: 1) el francés, belga y holandés y 2) el del resto de los países miembros.

Pues bien, en términos generales, en el primer caso no se requiere de daño patrimonial, ni se admite la comisión por omisión. Además, el Derecho francés –a diferencia del belga y holandés– prevé para la tentativa la misma pena que la del delito consumado. Tampoco se exige –contrariamente al Derecho de los Países Bajos– un especial propósito de procurar un injusto provecho patrimonial. Por últi-

<sup>49</sup> En este mismo sentido, GRASSO, *Comunidades...*, p. 195; EL MISMO, “*Verso un Diritto...*”, p. 637; CUERDA RIEZU, “*¿Ostentan ius puniendi...*”, p. 629; SGUBBI, “*Voce Diritto...*”, p. 1227.

<sup>50</sup> Así, entre otros, BRICOLA, “*Alcune osservazioni...*”, p. 215; GRASSO, *Comunidades...*, p. 195; EL MISMO, “*Verso un Diritto...*”, p. 637; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Derecho penal y protección...*, p. 73; CUERDA RIEZU, “*¿Ostentan ius puniendi...*”, p. 629; BIANCONI, “*Legislazione penale e Diritto comunitario*”, *La giustizia penale*, 1975, I, p. 238.

<sup>51</sup> DANNECKER, “*Armonizzazione del Diritto penale all'interno della Comunità europea*”, *RTDPE*, 1993, p. 966 y ss.

mo, la legislación francesa no establece un tipo penal para el fraude de subvenciones y de contravenciones, las que se comprenden en el supuesto general de fraude.

Para el segundo modelo, se exige como elemento indispensable para la consumación, la producción de un año patrimonial. Además, la tentativa no se equipara a la consumación. Se admite tanto la modalidad comisiva como omisiva. El autor debe obrar con el propósito de procurar, para sí o par otros, un provecho patrimonial injusto. En fin, las diferencias que se manifiestan en el plano jurídico-penal son notorias. Sin pretender extenderme en ejemplos que ilustren esta situación, basta señalar lo que sucede en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas —que son en definitiva los principales destinatarios de las normas comunitarias—, mientras Estados como Francia y Gran Bretaña disponen de penas criminales, en España y Grecia sólo son administrativas.

Estimo que la mantención de estos tratamientos punitivos desiguales, a la larga puede tornar ineficaz cualquier medida preventiva que a nivel comunitario se quiera adoptar, pues los Estados ante el riesgo de que sus empresas puedan perder competitividad, al mantener una legislación penal más estricta que la de sus vecinos, optarán por una más flexible, si ello les permite una mayor participación en el mercado<sup>52</sup>. Además, se da la paradójica situación, como señala Nieto

<sup>52</sup> Así también, GRASSO, *“La tutela penale degli interessi finanziari delle Comunità europee”*, RTDPE, 1989, p. 385, donde señala que en el campo del Derecho penal de la economía, una marcada diferencia respecto al riesgo penal de los fenómenos criminales de idéntico desvalor, puede constituir un fenómeno susceptible de distorsionar la competencia, pues se concede una ventaja a los operadores económicos ubicados en países que establecen sanciones más leves; SGUBBI, *“Voce Diritto...”*, p. 1228, quien apunta que la solución de confiar a cada uno de los Estados la represión penal de las infracciones a las reglas comunitarias, crea precisamente disparidades de tratamiento, lo que atenta contra la igualdad y no discriminación. Además, afecta la competitividad de las Empresas, pues al resolverse el “riesgo penal” en un “riesgo comercial”, la existencia de sanciones penales muy elevadas en un determinado Estado puede beneficiar a las empresas que residen en un Estado donde las sanciones sean leves o no existan, en un notable perjuicio a la competencia; SEVENSTER, *“Criminal law...”*, p. 53-56, indica que esta situación puede llevar a un menor cumplimiento del Derecho comunitario por los Estados miembros, ante el temor de colocar a sus empresas en una situación de desventaja. Esta autora también cita el caso Hansen (STJCE de 10 de julio de 1990, as. C-326 y 88, Rec. 1990-7) en el cual al aceptarse la responsabilidad penal objetiva de los empresarios daneses del transporte, los colocaría en una situación de desventaja frente a la competencia, aun cuando la ley danesa sea estimada por el TJCE acorde con la normativa comunitaria. Cabe destacar, que la empresa Hansen & Son en sus alegaciones sostuvo precisamente, la exposición a

Martín, de que el posible infractor tiene la opción de elegir el Derecho penal con que puede ser castigado<sup>53</sup>.

El otro importante inconveniente que se presenta, dice relación con el principio de legalidad. Ahora bien, según la doctrina dominante, mayores cuestionamientos no se presentarían cuando el reenvío proviene de los Tratados, protocolos adjuntos —o mejor dicho del Derecho originario—, pues en definitiva, estas normas ingresan en los ordenamientos nacionales en virtud de una ley<sup>54</sup>.

Me parece que la afirmación anterior requiere de ciertas precisiones. En efecto, aun cuando no hay dudas acerca del respeto al principio de legalidad, desde un punto de vista formal, habrá que ver si lo mismo sucede desde la vertiente material. No debe olvidarse que de la relación entre la norma comunitaria y el precepto nacional surge una nueva figura penal, y puede que ésta no reúna los requisitos de precisión y claridad necesarias, afectando así la seguridad jurídica<sup>55</sup>.

Más claro parece ser, tratándose de actos normativos de Derecho derivado<sup>56</sup> —sobre todo las normas de aplicabilidad directa—. No podría aceptarse que la asimilación provenga de actos emanados de instituciones que carecen de una representatividad democrática, afectando claramente el principio de reserva de ley. Se suele citar como

---

un mayor riesgo de sanción de las empresas danesas, al ser Dinamarca el único país de la UE que había instaurado el régimen de la responsabilidad penal objetiva, falseando con ello el juego de la competencia dentro del mercado común. El TJCE desestimó estos argumentos, sosteniendo que este tipo de responsabilidad corresponde con el régimen generalmente aplicado en Dinamarca conforme a su legislación en torno al ámbito laboral, amén de que en sí misma no implica una distorsión en las condiciones de competencia. Señala asimismo, que las medidas sancionatorias adoptadas por dicho país aseguran la eficacia del Derecho comunitario (Reglamento n° 543/69 referido al tiempo de conducción). La multa impuesta por tanto, responde al deber de lealtad que exige el art. 5 TCE, por lo que no puede ser estimada desproporcionada en relación al fin perseguido; asimismo, ZULEEG, "Der Beitrag...", p. 766.

<sup>53</sup> NIETO MARTÍN, *Fraudes...*, p. 336.

<sup>54</sup> En este sentido, BRICOLA, "Alcune osservazioni...", p. 209; GRASSO, *Comunidades...*, p. 163: "...el hecho de que las normas en cuestión adquieran relevancia en el ordenamiento interno a través de una orden de ejecución con forma de ley permite excluir cualquier vulneración del principio de reserva de ley en materia penal"; CUERDA RIEZU, "¿Ostentan ius puniendi...", p. 630.

<sup>55</sup> Así también, MANACORDA, "L'efficacia espansiva del Diritto comunitario sul Diritto penale", Il foro italiano, 1995, IV, p. 62.

<sup>56</sup> En el Derecho comunitario debe distinguirse lo que es el Derecho originario o primario (Tratados constitutivos y sus modificaciones) y el Derecho derivado o secundario (actos normativos de las instituciones comunitarias).

ejemplo, el art. 5 del Reglamento 28/72 de 14 de mayo de 1962 y el art. 5 del Reglamento del Consejo n° 188/64 de 12 de diciembre de 1964<sup>57</sup>, pues éstas se remitían, en términos muy genéricos, a las normas nacionales sancionatorias. Este tipo de vaguedades, afecta además, el mandato de determinación, pues no hay certeza sobre el ámbito de lo punible.

A la luz de lo expuesto, ha adquirido mayor importancia la técnica de la armonización. Esta consiste en que una norma comunitaria obliga a los Estados miembros a legislar penalmente sobre una determinada materia comunitaria. Además, la disposición comunitaria suele indicar prescripciones respecto al supuesto de hecho<sup>58</sup>. Se aprecia pues, que las dificultades que ofrecía la anterior técnica se verían superadas, ya que se respeta el principio de legalidad y otorga mayor homogeneidad a las distintas legislaciones.

La técnica que se analiza ofrece mayores ventajas que la asimilación en pos de una mejor tutela de los intereses comunitarios, aunque para ello, se requiere claro está, de un mayor esfuerzo normativo, tanto de las instituciones comunitarias como de los propios Estados miembros. El que se deba legislar, a partir de lo que "ordene" la UE y según un basamento mínimo, permite asegurar un tratamiento punitivo más o menos homogéneo. Además, el que se requiera de la actividad legislativa de los Estados para llevar a cabo el proceso armonizador, posibilita en principio, la superación de conflictos que a nivel del principio de legalidad se pueden presentar. Recalco lo de "en principio" pues, como luego se expondrá, es necesario observar ciertos parámetros a fin de no vulnerarlo.

El que las normas comunitarias se pronuncien sobre las conductas a sancionar y ofrezcan definiciones de los elementos normativos que pueden conformar el tipo penal, constituye un importante antecedente sobre el cual construir el proceso armonizador, sobre todo, si se tiene en cuenta que éstas otorgan un mínimo denominador, nada impide por tanto, que los Estados puedan establecer disposiciones más severas<sup>59</sup>. Claro ejemplo de lo anterior, lo conforman las directiva sobre información

<sup>57</sup> Así, por ejemplo, GRASSO, *Comunidades...*, p. 164; NIETO MARTÍN, *Fraudes...*, p. 327-328.

<sup>58</sup> Vid. CUERDA RIEZU, "¿Ostentan ius puniendi...", p. 631.

<sup>59</sup> En este sentido, NIETO MARTÍN, "Ordenamiento y Derecho penal económico español. Relaciones entre presente y futuro", AP, 1995-2, p. 633; EL MISMO, *Fraudes...*, p. 354.

privilegiada y blanqueo de capitales<sup>60</sup>. Bajo estos presupuestos no me parece se pueda menoscabar el principio de legalidad<sup>61</sup>.

Otra cosa es que las normas comunitarias dispongan acerca de la naturaleza de las sanciones, esto es, si deben o no ser éstas penales. En las directivas mencionadas, no hay un pronunciamiento expreso y en definitiva, se deja a los Estados el determinar qué tipo de sanciones aplicar. Pero, ¿pueden las normas comunitarias obligar a los Estados a sancionar penalmente sin con ello violentar el principio de legalidad? La posición de la doctrina en este punto es divergente. Así, por un lado<sup>62</sup>, se argumenta que ello es posible, esto es, que resulta legítimo imponer a los Estados criterios de determinación de la opción sancionadora. Si bien, la UE no cuenta con una competencia punitiva sí cuenta con facultades normativas para procurar una armonización, si estima que las diferencias en los sistemas penales puede incidir negativamente en el funcionamiento de la Comunidad. Por otro lado se señala, que el principio de legalidad bajo ninguna circunstancia se vería afectado, pues necesariamente debe haber una intervención del legislador nacional. Como señala Grasso<sup>63</sup>, el problema de la mayor o menor flexibilidad, no debe plantearse en cuanto a si la UE puede o no exigir que se sancione penalmente —está claro que sí según el autor— sino que, dadas las diferencias que pueden existir en la Parte general, no resulta conveniente una rigurosa determinación en el quantum de las penas.

Otra posición doctrinaria<sup>64</sup> discrepa con los planteamientos recién expuestos. En efecto, se señala que el obligar a los Parlamentos nacionales a establecer sanciones penales vulneraría el principio de legalidad, en especial el de reserva de la ley. El que una directiva disponga que debe sancionarse penalmente, supone una intromisión

<sup>60</sup> Directiva sobre operaciones con información privilegiada (592/89/CEE, publicada en el DOCE N° L 334 de 18 de noviembre de 1989, p. 30 y ss.). Directiva sobre blanqueo de capitales (308/91/CEE, publicada en el DOCE N° L 166 de 28 de junio de 1991, p. 77 y ss.).

<sup>61</sup> Para este efecto, conveniente sería que el proceso armonizador se fundamentara en normas como el art. 100 A TCE, al tener una activa participación el Parlamento europeo.

<sup>62</sup> Entre otros, GRASSO, *Comunidades...*, p. 217-220; EL MISMO, "La tutela degli interessi...", p. 389-391; PEDRAZZI, "Il ravvicinamento delle legislazioni penali nell'ambito della Comunità economica europea", en: *Prospettive per un Diritto penale europeo*, Padua, 1968, p. 476-477. También en *L'indice penale*, 1967, p. 325 y ss.; CUERDA RIEZU, *¿Ostentan ius puniendi...*, p. 631.

<sup>63</sup> GRASSO, *Comunidades...*, p. 219.

<sup>64</sup> Así, NIETO MARTÍN, *Fraudes...*, p. 362-366.

en las tareas que son propias de los Parlamentos nacionales. Equivaldría a que el Ejecutivo nacional –Consejo a nivel comunitario– creara tipos penales, afectando las funciones que le corresponden –dentro de un régimen democrático– al parlamento. En definitiva, el que se pueda decidir acerca de la naturaleza de la sanción a imponer, es el margen de discrecionalidad mínimo que sólo compete al Congreso, su menoscabo alteraría el principio de legalidad.

A mayor abundamiento<sup>65</sup>, la jurisprudencia del TJCE al pronunciarse sobre el art. 5 del TCE ha señalado que lo importante es que la sanción sea lo suficientemente eficaz<sup>66</sup>, sin indicar cuál debe ser su naturaleza. Por último, debe considerarse, que tal flexibilidad permitiría conciliar el interés comunitario de sancionar eficazmente con los principios propios de Parte general de cada Estado. Así, por citar un ejemplo, no todos los países sancionan penalmente a las personas jurídicas, es fácil percibir entonces, los problemas de armonización que se presentarían si una directiva se pronuncia en este sentido<sup>67</sup>.

Es cierto que en estricto rigor, no parece que existan impedimentos para que una directiva disponga que los Estados deben sancionar penalmente determinadas conductas, pues, el principio de legalidad estaría salvaguardado en la medida que se requiere de la intervención legislativa de cada Estado. Empero, conforme al actual estado de desarrollo del Derecho comunitario, no resulta posible sostener la aseveración anterior, esto es, que el principio de legalidad no se vería lesionado. Si como es sabido, por un lado tenemos que el principio tiene un componente *democrático*<sup>68</sup> que no es posible desatender y por otro, que una de las carencias más notables de las instituciones comunitarias legisferantes es su falta de legitimidad democrática, resulta entonces, difícil de aceptar, que cuando una disposición comunitaria –incluso cuando emana del procedimiento “más democrático”

<sup>65</sup> NIETO MARTÍN, *Fraudes...*, p. 363.

<sup>66</sup> Vid. STJCE *Comisión con Grecia* cit. N. 7; STJCE Hansen cit. N. 56; asimismo, vid. SEVENSTER, “*Criminal law...*”, p. 50-51.

<sup>67</sup> En todo caso, sobre este punto, el TJCE ha resuelto que el art. 5 del TCE no puede obligar a un Estado miembro a introducir en su Derecho un régimen penal específico, tal como la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Vid. STJCE *Vandevenne y otros* de 2 de octubre de 1991, as. C-7/90, Rec. 1991-8/I.

<sup>68</sup> Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 252-253, señala que la dimensión política del principio de legalidad se refiere precisamente a la vinculación entre las decisiones incriminadoras y la representación básica de los ciudadanos. Tiene por objeto fundamental atender a la *legitimación democrática* de las disposiciones definitivas de los delitos y de las penas.

como lo es el del art. 100 A del TCE— ordena a los Estados que deben castigar penalmente una determinada conducta, ello no sea visto como una clara violación del principio de legalidad. No debe olvidarse que normas como las directivas, constituyen instrumentos del Derecho de integración, por lo tanto, lo que a nivel comunitario se disponga debe reflejarse en cada uno de los ordenamientos. Si bien es cierto, que la técnica de armonización supone la actividad normativa de los parlamentos nacionales, hay que considerar que éstos sólo actuarían para transformar en ley lo que otras instituciones —las comunidades—ya decidieron.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario tener presente una característica del Derecho comunitario muy importante, vinculada al principio de primacía, y es que sus normas producen un “efecto di-que”, esto es, que ya transpuestas en las legislaciones nacionales no pueden ser posteriormente modificadas ni derogadas. Este efecto también es conocido como el de “petrificación legislativa”<sup>69</sup>. Es evidente, que bajo estos parámetros, la participación del parlamento se ve disminuida, más aún lo estaría, si se le priva de la facultad de determinar qué conductas son o no merecedoras de pena. Además, se estaría abiertamente dotando a las instituciones comunitarias de una potestad punitiva, pues de ellas dependería si un comportamiento deja o no de ser punible.

El “déficit democrático” de las instituciones comunitarias y la “petrificación legislativa” hacen recomendable, cuando se emplea el procedimiento de armonización, que las normas comunitarias sólo se pronuncien sobre un mínimo, esto es, sobre cuáles son los objetivos a alcanzar, dejando que los Estados determinen el régimen sancionatorio que estimen más adecuado y eficaz. Las Directivas sobre información privilegiada y blanqueo de capitales conforman un buen ejemplo al respecto<sup>70</sup>. Lo anterior, no quiere en todo caso significar, que la técnica analizada no sea perfectible y que no se pueda alcanzar ma-

<sup>69</sup> Vid. NIETO MARTÍN, “Ordenamiento...”, p. 633; EL MISMO, *Fraudes...*, p. 358.

<sup>70</sup> TIJDEMANN, “*El Derecho penal económico...*”, p. 242 señala, al tratar las Directivas en cuestión: “Lo cual significa que a la armonización le queda vedado tan sólo la determinación de la sanción, mas puede extenderse a la determinación de las prohibiciones y los mandatos, ya se encuentren éstos, como ocurre en el Derecho penal accesorio, separados de la norma sancionatoria o se integren en el tipo penal, como sucede como los tipos del StGB. Con otras palabras, y simplificando los términos: la carencia de competencia comunitaria para adoptar “directivas penales” no se refiere al Derecho penal en general, ni, en particular, a los tipos penales, sino en exclusiva a la conminación con sanciones penales”.

yores niveles de armonización, pero, para ello, sería recomendable, antes que nada, superar la deficiencia democrática de que adolece el sistema legislativo comunitario. Mientras se mantenga el Derecho comunitario en el estado en que actualmente se halla, el método en cuestión debe respetar los baremos expuestos precedentemente.

4. Ya se ha visto que para tutelar intereses comunitarios, es necesario recurrir a las legislaciones penales nacionales, sobre todo si se quiere obtener una mayor protección. Sin embargo, es preciso resaltar que las CE cuentan con su propia potestad sancionatoria. En efecto, si bien no disponen de competencias penales, sí están dotadas de competencias para establecer sanciones administrativas pecuniarias.

Es así, que en el TCECA es posible encontrar una serie de disposiciones que confieren a la Comisión la facultad de imponer sanciones pecuniarias. Es posible citar, entre otros, los artículos 47, 50.3, 58.4, 65.5 y 66.6. Además, el art. 95, que autoriza a la Comisión a tomar las medidas necesarias para alcanzar los objetivos del Tratado, le confiere también la facultad de establecer sanciones. Por su parte, el TCEEA no dispone de sanciones pecuniarias, según se desprende del art. 83. Conforme a este precepto, los castigos —aplicables tanto a personas físicas como a empresas— podrán consistir en amonestaciones o supresión de ventajas especiales.

El TCE en cambio, no instituye por sí mismo ninguna sanción. Sino que, conforme al art. 87, se remite a reglamentos o directivas para el establecimiento de multas y medidas coercitivas, a fin de garantizar la observancia de las prohibiciones mencionadas en los art. 85 y 86. Disposiciones estas últimas, que tienen por objeto en general, impedir aquellas prácticas de las empresas que puedan alterar la libre competencia.

El mandato del art. 87 se materializó en el Reglamento 17/62 del Consejo<sup>71</sup>. Si bien, con posterioridad se han dictado otros textos normativos, éste constituye el principal cuerpo sancionador<sup>72</sup>.

5. En cuanto a la naturaleza jurídica de estas sanciones, han sido las propias disposiciones comunitarias las que se han preocupado de precisar —ya sea en forma expresa o implícitamente— su desvinculación del Derecho penal<sup>77</sup>. Si bien, el interés de las autoridades

<sup>71</sup> Publicado en el DOCE N° L 204 de 21 de febrero de 1962.

<sup>72</sup> En este sentido, ISAAC, *Manual de Derecho comunitario general*, Barcelona, 1995, p. 239; NIETO MARTÍN, *Fraudes...*, p. 59.

comunitarias por resaltar esta demarcación, es un argumento muy importante para fijar la naturaleza extrapenal de las sanciones comunitarias, no debe olvidarse que la principal distinción proviene de que éstas son impuestas por una autoridad administrativa, como lo es la Comisión<sup>74</sup>. Amén de lo anterior, hay autores que fundamentan el carácter no penal de las sanciones, en que éstas no dan lugar a antecedentes penales, como así también, que en caso de incumplimiento del pago no se transforman en penas privativas de libertad<sup>75</sup>.

Aun cuando, la posición dominante en la doctrina es la expuesta, han surgido voces, principalmente francesas, argumentando que el estimar a las sanciones pecuniarias comunitarias como no penales es sólo una ficción jurídica<sup>76</sup>. En efecto, la afirmación del art. 15 del reglamento 17/62 acerca del carácter no penal de las multas, proviene de una ficción, pues los Estados no quieren sentar el precedente de una transferencia de sus potestades represivas. Sin embargo, estas sanciones que son impuestas para castigar y no para reparar, responden más bien a la definición de pena. La multa es aplicada por una institución pública, en el ejercicio de sus atribuciones y no en el marco de una relación privada con una empresa<sup>77</sup>. En definitiva, las mul-

<sup>73</sup> Así, por ejemplo, art. 15 del Reglamento 17/62. Además, para SCUBBI, "*Voce Diritto...*", p. 1225, del art. 83 del TCEEA también se puede llegar a la misma conclusión, pues las sanciones allí contenidas tienen un enfoque civil: dado que éstas se presentan como una privación en detrimento del contraventor. Por su parte, GRASSO, *Comunidades...*, p. 87, argumenta, para corroborar el carácter no penal de las sanciones, que el art. 192 del TCE al exigir, por un lado, que las decisiones de la Comisión o el Consejo, que imponen obligaciones pecuniarias a personas distintas de los Estados, sean títulos ejecutivos y por otro, que la ejecución forzosa se rija por las normas de procedimiento civil de los Estados en que se lleve a cabo, refleja la intención de impedir el establecimiento de sanciones distintas a las pecuniarias. A mayor abundamiento, si para la ejecución se exige la aplicación de normas civiles, imposibilita hablar siquiera de sanciones penales.

<sup>74</sup> Así, GRASSO, *Comunidades...*, p. 87; EL MISMO, "*Verso un Diritto...*", p. 632; NIETO MARTÍN, *Fraudes...*, p. 96; BRICOLA, "*Alcune osservazioni...*", p. 216.

<sup>75</sup> Entre otros, GRASSO, *Comunidades...*, p. 87; BRICOLA, "*Alcune osservazioni...*", p. 216.

<sup>76</sup> En este sentido, LEGROS, quien al intervenir en el seminario "*Droit et Vie des Affaires*", publicado en RDP et C, 1968-1969, p. 815, señala: "Si el reglamento 17 ha previsto que no se trata de una sanción penal, lo hace en virtud de una ficción, que debe haber sido querida para no ofender a los países en donde se considera que las personas morales no pueden delinquir, y para no crear una excepción demasiado enfática al principio de territorialidad del Derecho penal"; asimismo, LOMBOIS, *Droit pénal international*, Toulouse, 1971, p. 172-173.

<sup>77</sup> LOMBOIS, *Droit pénal...*, p. 172.

tas son materialmente penales, aunque formalmente no se haya reconocido así<sup>78</sup>.

6. Estas discrepancias acerca de la verdadera naturaleza jurídica de las sanciones comunitarias, trae a colación la siempre difusa distinción entre las infracciones administrativas y las penales. Sin entrar en mayores profundidades<sup>79</sup>, pues desborda el objeto de este trabajo, es necesario conocer cuáles son los parámetros que permitirían trazar una línea divisoria más o menos clara entre uno y otro injusto.

El punto no es fácil de dilucidar, pues las diferencias no se presentarían en un orden cualitativo ni cuantitativo<sup>80</sup>, sino más bien serían, como ha puesto de relieve Torío López<sup>81</sup>, de carácter valorativo. Es decir, la distinción entre ambas formas de injusto, supone previamente, una apreciación estimativa, a fin de determinar si el injusto determinado es merecedor de una sanción penal o sólo de una sanción administrativa<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> LOMBOIS, *Droit pénal...*, p. 173.

<sup>79</sup> Al respecto, cfr. Entre otros, TORÍO LÓPEZ, "Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)", en: *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, T. III, p. 2529 y ss.; QUINTERO OLIVARES, "La autotutela, los límites del poder sancionador de la Administración pública y los principios sancionadores del Derecho penal", BIMJ, n° 1608 a 1610, 1991, p. 4217 y ss.; PALIERO, "La sanción administrativa como medida moderna en la lucha contra la criminalidad económica" (trad. C. Suárez González), en: *Hacia un Derecho penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 469 y ss.; EL MISMO, "Il Diritto penale-amministrativo: profili comparatistici", RTDP, 1980, 1254 y ss.; PARADA VÁSQUEZ, "El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal", RAP, 1972, p. 41 y ss.; POLAINO NAVARRETE, "Delimitaciones jurídicas del sistema punitivo: Derecho penal criminal y Derecho administrativo sancionador", en: *Criminalidad actual y Derecho penal*, Colección: Estudios Criminológicos, Córdoba, 1988, p. 47 y ss.; DOLCINI, "Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa", RID e PP, 1987, p. 777 y ss.; DOLCINI/PALIERO, "L'illecito amministrativo nell'ordinamento della Repubblica Federale di Germania: disciplina, sfera di applicazione, linee di politica legislativa", RID e PP, 1980, p. 1134 y ss.; DELMAS-MARTY, "I problemi giuridici e pratici posti dalla distinzione tra Diritto penale e Diritto amministrativo penale", RID e PP, 1987, 731 y ss.; MATTES, *Problemas de Derecho penal administrativo* (trad. J. M. Rodríguez Devesa), Jaén, 1979, quien hace un estudio sobre la evolución histórica y el Derecho comparado; NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, 1993.

<sup>80</sup> COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte general*, 3° ed., Valencia, 1991, p. 45-46, hacen una breve exposición de las distintas teorías diferenciadoras.

<sup>81</sup> TORÍO LÓPEZ, "Injusto penal...", p. 2539; En contra, JESCHECK, *Tratado de Derecho penal* (trad. F. Muñoz Conde/S. Mir Puig), Barcelona, 1981, Vol. 1, p. 81, para quien las diferencias serían sólo de orden cuantitativo.

<sup>82</sup> Cfr. AMELUNG, "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin" (trad. J-M Silva Sánchez), en: Schünemann (Comp.)

Para Torío López el recurrir al procedimiento valorativo presupone, “*un conocimiento cuidadoso de la materia que venga en consideración (por ej., infracciones tributarias, infracciones de tráfico, infracciones sociales, urbanísticas, ecológicas, etc.), la descripción rigurosa, el conocimiento de las propiedades materiales del comportamiento, de su dirección de ataque, de su contradicción con la conciencia ético social, etc., son presupuestos indispensables de la ulterior valoración jurídica. Las propiedades y naturaleza de las cosas no son indiferentes axiológicamente. La naturaleza del interés atacado puede ser determinante de la decisión político jurídica*”<sup>83</sup>.

Conforme al método valorativo, es posible señalar que existen ámbitos o zonas que nunca pueden ser consideradas como infracciones administrativas. En efecto, para Jakobs<sup>84</sup>, la infracción de las normas que conforman el ámbito central o nuclear, sólo pueden ser estimadas como infracción penal, esto es, cuando se ataca a bienes estimados centrales o capitales, sólo pueden ser calificados como delitos o en su caso, atípicos, pero jamás infracciones administrativas, pues de ser así, se corre el grave riesgo de desplazar inadecuadamente partes que son estimadas imprescindibles para la identidad de la sociedad<sup>85</sup>.

Estos ámbitos o zonas, respecto de los cuales sólo cabe la protección penal deben tener como referencia la persona humana. Es decir, como afirma Silva Sánchez<sup>86</sup>, no pueden incriminarse modalidades de ataque a bienes que no redunden en peligro grave para los indivi-

---

*El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, p. 98-99, quien construye grupos de casos para determinar cuándo recurrir a medios jurídico-penales en vez de reacciones propias del Derecho administrativo; para PALIERO, “*La sanción administrativa...*”, p. 475, el único elemento seguro de diferenciación entre sanción criminal y sanción administrativa es que, respecto de esta última, falta la estigmatización, es decir, la degradación del condenado bajo el aspecto ético-social.

<sup>83</sup> TORÍO LÓPEZ, “*Injusto penal...*”, p. 2541.

<sup>84</sup> JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*. (trad. Joaquín Cuello Contreras/José Luis Serrano González de Murillo), Madrid, 1995, p. 66.

<sup>85</sup> JAKOBS, *Tratado...*, p. 67, pone como ejemplo la tentativa de homicidio en caso menos grave. Si bien, puede estimarse como un caso de bagatela, debe relacionarse éste en el contexto normativo que se mueve, y es en el de las normas pertenecientes al ámbito central. Por tanto, si esta conducta se castiga, sólo lo será como delito, pero jamás como infracción administrativa, pues de ser así —estimándola en en mismo nivel de la emisión de ruidos molestos— desprendería el firme anclaje de la prohibición de matar en el ámbito central.

<sup>86</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 292.

duos. Es necesario evitar la creciente tendencia de incriminar los llamados "delitos de víctima difusa" en los que más bien se expresan objetivos de organización política, económica y social, y en los que lejanamente se afecta al individuo<sup>87</sup>.

Justamente en estos casos, cuando lo que se busca es precisamente regular ámbitos sectoriales —como el tráfico vial o la competencia— en donde no hay una referencia a la persona como ser individual, es preferible recurrir a las infracciones administrativas. Como esta vía pretende disciplinar, organizar actividades sectoriales, nada impide entonces, adelantar la barrera protectora, de forma que se castiguen conductas que sólo puedan poner en peligro el buen funcionamiento de estas actividades. Cuestión ésta última, bastante discutible si se recurriera a mecanismos jurídico-penales.

7. Precisamente, las sanciones pecuniarias comunitarias responden a las características propias de las sanciones administrativas<sup>88</sup>. En efecto, el Derecho sancionador comunitario está centrado fundamentalmente en el adecuado funcionamiento de la competencia, las sanciones se dirigen en ese sentido, como lo ilustran, por ejemplo, los art. 85 y 86 del TCE.

Ahora bien, el ordenamiento comunitario al emplear sanciones administrativas, ha obligado al TJCE —a falta de reglas escritas— a desarrollar una serie de garantías propias de la Parte general del Derecho penal, como lo son el principio de legalidad y el de culpabilidad<sup>89</sup>. Hay que indicar, que la labor realizada por el TJCE en este sentido, se corresponde además, con los principios ya desarrollados tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como por los Tribunales Constitucionales alemanes, italianos y españoles, asimismo, con las leyes de contravenciones de Alemania, Italia y Portugal<sup>90</sup>.

<sup>87</sup> SILVA SANCHEZ, *Aproximación...*, p. 291, quien agrega, que aquello no significa evitar la protección penal de los llamados bienes universales, como la Administración pública o de Justicia, las instituciones económicas, etc., pero, es necesario para ello, concebir dichos bienes en un sentido *instrumental* respecto de la persona humana.

<sup>88</sup> Al respecto, vid. VERVAELE, "Poderes sancionadores de y en la Comunidad europea. ¿Hacia un sistema de sanciones administrativas europeas?" (trad. J. Ben-goetxea), RVAP, n° 37, 1993, p. 167 y ss.

<sup>89</sup> GRASSO, *Comunidades...*, p. 92, señala que los ilícitos comunitarios podrían parangonarse, en lo referente a su naturaleza jurídica, con el *Ordnungswidrigkeiten* del Derecho alemán o con el Derecho penal administrativo italiano. Ambos ordenamientos han desarrollado una Parte general muy similares a la del Derecho penal, como también ocurre en el Derecho portugués.

<sup>90</sup> En este sentido, Tiedemann, "El Derecho penal económico...", p. 246.

El TJCE tiene muy presente, que una ausencia de garantías puede generar conflictos a nivel constitucional con los Estados miembros, es por ello, que intenta que estas garantías constitucionales se vean expresadas en el ordenamiento comunitario.

Por otro lado, cabe resaltar, que al procurar el Tribunal de Luxemburgo desarrollar un Derecho comunitario garantístico, ha obligado a que los Estados reflejen en sus ordenamientos tales reglas. Así ocurrió en Francia, la que se vio forzada a reconocer el principio de culpabilidad en su Derecho aduanero<sup>91</sup>.

En este sentido, NIETO GARCÍA apunta: *“Con esta elaboración analítica (“química”) del Derecho administrativo sancionador de la Comunidad Europea se está produciendo una curiosa transmisión del pensamiento jurídico a través de los flexibles vasos comunicantes de la Jurisprudencia. Tal como acaba de decirse, los principios más generalizados en alguno de los Estados miembros pasan a la Comunidad Europea por el canal de su Tribunal de Justicia, y desde allí se produce un efecto de retroalimentación, puesto que vuelven a los Ordenamientos jurídicos de los demás Estados ya con el marchamo del Derecho comunitario, progresando con ello la homogeneización de todos los Derechos”*<sup>92</sup>.

#### IV. Conclusión

Pronunciarse sobre el futuro desarrollo de un Derecho penal comunitario, o mejor dicho, la posibilidad de construir, sobre la base de la UE, un sistema común de Derecho penal, no deja de presentar serias dificultades, pues, la tarea no sólo le corresponde a los juristas, sino que además –y de manera relevante–, a los políticos. Será en definitiva, la decisión que éstos adopten, la que marcará las pautas que deberá seguir la dogmática. No quiero decir con ello, que la labor de los juristas quede supeditada lisa y llanamente, a determinaciones gubernamentales, ya que también, las valoraciones que éstos realizan pueden ayudar a precisar cuál es el iter más adecuado. Lo que sucede, es que hoy en día la UE está alcanzando grados de integración tales, que ya superan el ámbito meramente económico, comprendiendo aspectos de índole político. Lo anterior supone, por tanto, una

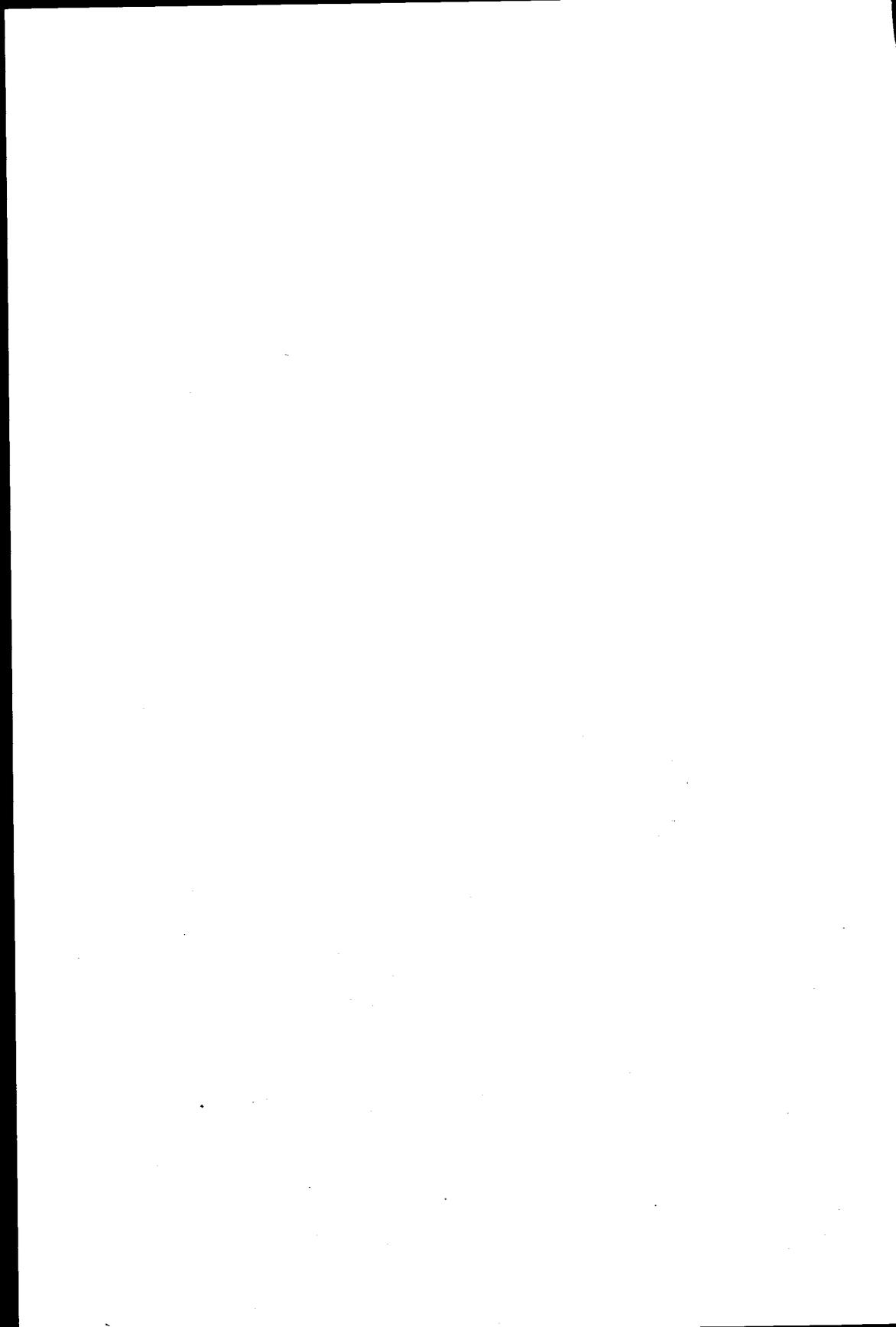
<sup>91</sup> Resulta contradictorio que en el caso Hansen, el TJCE no haya puesto reparos en los supuestos de responsabilidad objetiva que contempla la legislación danesa.

<sup>92</sup> NIETO GARCÍA, *Derecho administrativo...*, p. 93.

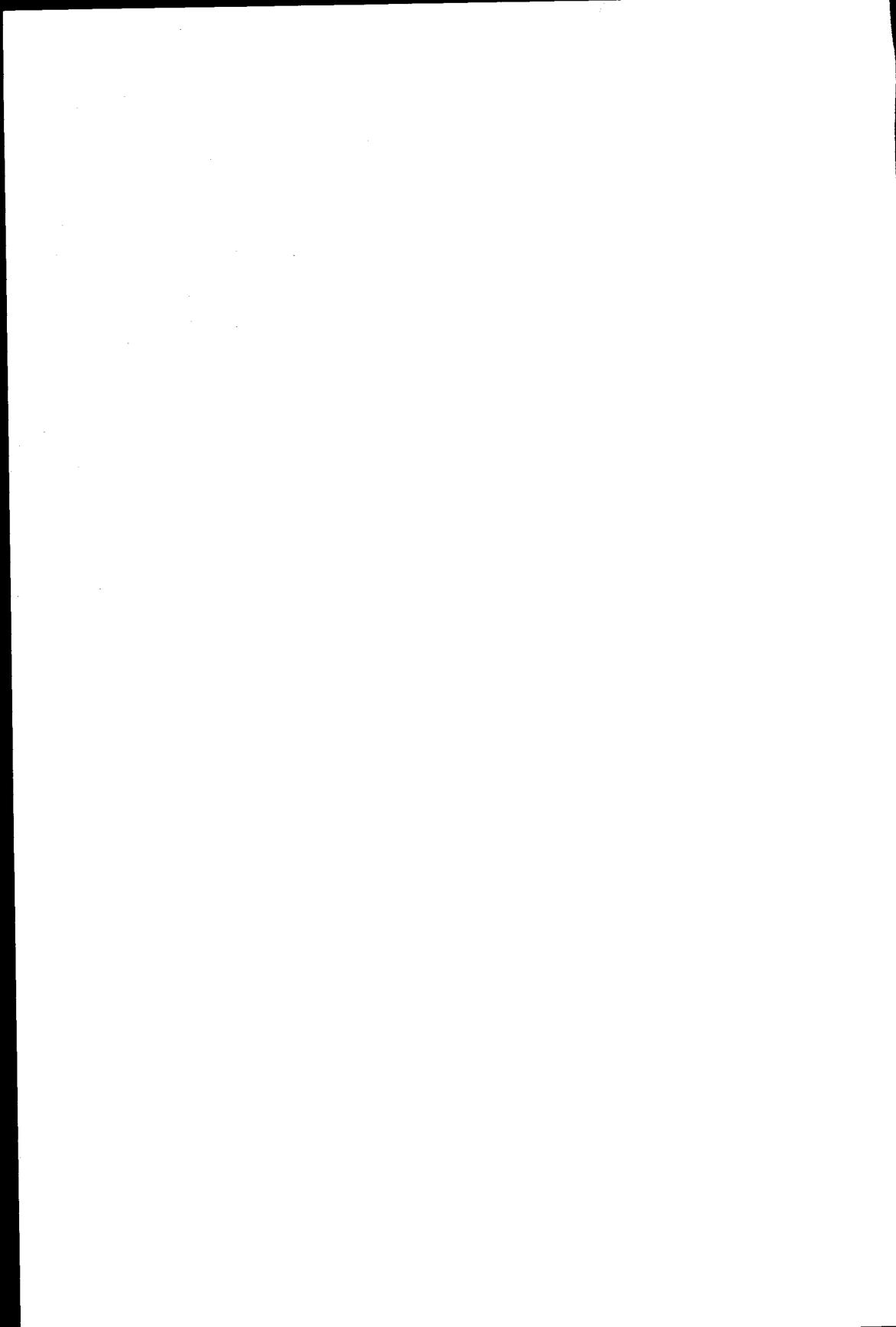
exigencia, cuál es, definir el sistema institucional sobre el que se seguirá construyendo la integración europea. De ahí entonces, que la decisión política que se adopte, amén de ser vital para el futuro de Europa, marcará el camino que la dogmática deberá transitar en la elaboración de un Derecho penal supranacional.

La proyección política que ha adquirido la UE indiscutiblemente la llevan a definirse en numerosas materias, siendo una de ellas, el Derecho penal. Está claro, que se requiere de precisiones, tales como, determinar si lo que se impulsará será un Derecho penal administrativo garantístico, o bien, se irá más allá, formulando las bases sobre las cuales se construirá un sistema común de Derecho penal.

No cabe duda que Europa está viviendo momentos cruciales. Resulta admirable que países que por siglos han vivido fuertes antagonismos, hoy plantean una unión política. El Derecho penal, por supuesto, no está ajeno a estos acontecimientos. Creo además, que la dogmática ha llegado a un grado de maduración, que le permitirá formular principios que generen consenso. Si bien, en nuestro continente estos procesos no se viven con la misma intensidad, pues recién nos estamos abocando a ellos, tampoco se puede desconocer que el Mercosur ya está generando dificultades en el orden punitivo, las que deben ser tratadas. Es por esto, que debemos estar atentos a la manera en que la dogmática europea enfrentará estos problemas. Además, no podemos olvidar que con el Viejo continente nos unen fuertes lazos culturales, por lo que, no nos pueden resultar ajenas las discusiones que allá se plantean.



## RECENSIONES



**JESÚS MARÍA SILVA SANCHEZ. APROXIMACIÓN  
AL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO,**

**José María Bosch editor, S.A.,  
Barcelona, España, 1992, 425 páginas.**

El trabajo que el Prof. José María Silva Sánchez propone a la comunidad científica y del cual ofrecemos una breve noticia, constituye “básicamente la parte principal que, como “Proyecto docente”, (presentó) al concurso de acceso celebrado en San Sebastián en diciembre de 1990 para la provisión de una Cátedra de Derecho penal de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, cátedra que (logró obtener). (C) on muy leves retoques, (fue presentado) también como “Proyecto docente” al concurso de méritos celebrado en Barcelona en junio de 1991, para la provisión de la cátedra de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra, que (obtuvo) y que actualmente (ocupa). Desde entonces, las principales modificaciones producidas en el texto se deben a una estancia en el Institut für Rechtsphilosophie und Rechtsinformatik de la Universidad de Munich, que dirige (...) Bernard Schünemann, (y al) resultado de considerar trabajos que han visto la luz a lo largo de 1991 y que afectaban a aspectos importantes de la obra” (p. 11)<sup>1</sup>.

La estructura de la obra es la siguiente: después de la Introducción (pp.11-12), el capítulo segundo trata sobre “(e)l Derecho penal

<sup>1</sup> La producción científica del autor es muy abundante. Entre algunos de sus trabajos podemos citar SILVA SÁNCHEZ, J. M. *El delito de omisión, concepto y sistema*, J.M. Bosch Editor, 1986; SILVA SÁNCHEZ, J.M.; MIR PUIG, S. Y OTROS *Comentarios a la Jurisprudencia penal del Tribunal Supremo*, J.M. Bosch Editor, 1992; SILVA SÁNCHEZ, J.M. (ed. Española) y SCHUNEMAN, B. Y FIGUEIREDO DÍAS, J. DE (coords.) *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, J.M. Bosch Editor, 1995; SILVA SÁNCHEZ, J.M. (ed) *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, J. M. Bosch Editor, 1997. SILVA SÁNCHEZ, J.M. *El nuevo Código penal. cinco cuestiones fundamentales*, J.M. Bosch Editor, 1997.

contemporáneo" (pp. 13-47). El capítulo tercero aborda la temática de "(l)as ciencias penales en el estado contemporáneo. En particular, la dogmática jurídico-penal" (pp.43-162). El capítulo cuarto se encuentra dedicado a "(l)os fines del Derecho penal en el estado contemporáneo" (pp. 179-308) para finalizar el capítulo quinto con los "(fines de las normas jurídico-penales y sistema dogmático del delito" (pp.311-415).

Estamos ante un trabajo de gran extensión, solidez y profundidad, con una amplísima bibliografía y un total de 1.735 notas al pie de página. Es de lamentar que no posea índices bibliográfico, onomástico ni de doctrinas, elementos éstos que suelen resultar de gran utilidad.

Nos limitaremos sólo a comentar, brevemente, la introducción y el capítulo primero de la obra del Prof. Silva-Sánchez, toda vez que brindarán al lector la información necesaria para evaluar su colosal investigación.

Así pues, en la introducción (págs. 11-12) el autor precisa el objeto de su trabajo, esto es, "ofrecer una aproximación personal (...) a los problemas del Derecho penal y de la ciencia que lo estudia en el mundo contemporáneo. El estilo seguido se encuentra a medio camino entre la descripción y la toma de posición" (pág. 11).

En el capítulo segundo, bajo el título "(e)l Derecho Penal contemporáneo" (pp. 13-41), aborda la temática relativa a la tan mencionada crisis del Derecho Penal. El Prof. Silva Sánchez la juzga como connatural al Derecho penal moderno (liberal) y como un fenómeno de signo positivo, constituyendo "probablemente (...) el motor de la evolución del Derecho penal (; ... u)na evolución que (...) se plasma en síntesis sucesivas de signo ascendente humanitario y garantístico" (pág. 14). Con la ruptura del tradicional esquema de un Derecho penal de la retribución y de la Ciencia Dogmática abstracta (a fin de los años cincuenta), el Derecho penal se encuentra fuertemente cuestionado en tres frentes. En primer lugar, "una crisis de legitimación: se cuestiona la justificación del recurso por parte del Estado a la maquinaria penal" (pág. 14) -toda la doctrina del *ius puniendi*-. En segundo lugar, una crisis de identidad epistemológica donde "lo cuestionado es el propio modelo a adoptar y su auténtica utilidad social" (*ibid.*). En tercer lugar, "una legislación penal expansiva con un sistema penal en retroceso" (pág. 17) "adopta en ocasiones la forma de una legislación claramente simbólica y retórica, sin posibilidades reales de aplicación útil. (Así, t)al legislación (...) choca con dos tendencias (...): la

que aboga por un Derecho penal mínimo, resaltando la vertiente garantística del Derecho penal y la que pone de manifiesto un total escepticismo ante la eficacia preventivo-especial (resocializadora, en concreto) del mecanismo punitivo más característico: la pena privativa de libertad” (pág. 16). Frente a este cuadro de situación —magníficamente descrito—, el Prof. Silva Sánchez juzga que “las opciones fundamentales que se nos ofrecen a la hora de decidir desde qué punto de partida analizar el fenómeno jurídico-penal” (ibid.) son tres, a saber, a) la abolicionista, b) la resocializadora y c) la garantística (rechtsstaatliche Position).

La posición abolicionista, en términos generales y en su expresión más radical, es caracterizada como la corriente que “rechaza la existencia del Derecho Penal y propone su sustitución por otras formas no punitivas de resolución de los conflictos que llamamos “delitos” (pág. 18). Esta postura es analizada y sometida a una rigurosa crítica en las páginas 18-26. Es importante aclarar, y de esto nos previene el autor, que en lo que a abolicionismo se refiere “no se sabe muy bien a qué se hace referencia: si a la abolición de la cárcel como ésta se entiende hoy, a la abolición de la cárcel “tout court” o a la abolición del Derecho penal” (pág. 18 nota 8), y que, además, “constituye un movimiento social con determinadas estrategias políticas” (ibid. nota 11). Dentro de esta postura es analizada la llamada criminología crítica, fundamento científico de la postura de referencia. Es pertinente aclarar que el abolicionismo no agota el contenido de la criminología crítica. A pesar de su esfuerzo en función de un sistema penal más humanizado, la posición en análisis es calificada por el autor de utópica, ingenua, limitada y de estar completamente alejada de la realidad penal; “(su) capacidad real de resolución del problema de la criminalidad termina donde comienza el verdadero núcleo del Derecho Penal” (pág. 21).

La perspectiva resocializadora es trabajada en páginas 26-33. Para sus partidarios, la legitimación misma de la intervención penal en encuentra en función de su capacidad resocializadora o de disminución de la reincidencia. “La doctrina de la “resocialización” constituye una variante de la doctrina de la prevención especial, esto es, de aquella teoría de los fines de la pena que estima que ésta se justifica por su incidencia sobre el sujeto que ha delinuido, tratando de proteger a la sociedad mediante la prevención de los delitos que el mismo pueda cometer en el futuro” (págs. 26-27). Téngase en cuenta que “prevención especial” y “resocialización” son cosas diferentes. En efecto,

el Prof. Silva Sánchez recuerda —e indirectamente adelanta alguna apreciación crítica— que ya v. Liszt (en 1905) distinguía “tres formas de actuación de la pena sobre el que ya ha delinquido: (...) la intimidación, (...) la corrección (que hoy denominaríamos “resocialización”) (y) la inocuización” (ibid.). Así, la doctrina de la “prevención especial”, que en su versión más radical, elimina los conceptos de delito y pena, centrando su análisis en función de las medidas de seguridad y de la peligrosidad del sujeto (Scuola Positiva italiana, la conocida “dirección moderna” alemana y el “correccionismo” español) en su expresión más tamizada (Nueva Defensa Social), mantiene los conceptos de pena y de medida de seguridad, en la inteligencia que las primeras “deben cumplir funciones preventivo-especiales” (pág. 27). El autor reconoce la importancia de esta corriente y su aporte en aras de una intervención penal más humanitaria. No obstante, registrado su fracaso histórico (pág. 27-28), se aboca al tratamiento de sus principales objeciones: “1.º) (l)as que rechazan la “absolutización” de la idea de resocialización, que lleva a prescindir en la sanción de toda proporcionalidad con el hecho cometido, así como de las exigencias de la prevención general, tanto si ello se plasma en una condena excesivamente leve, como si resulta una excesivamente grave; 2.º) (l)as que cuestionan de modo general la posibilidad de una resocialización en condiciones de falta de libertad; y 3.º) (l)as que, también de modo general, ponen de relieve lo ilegítimo de toda intervención resocializadora, por constituir una injerencia inadmisibles en la esfera individual” (págs. 28-29). Las tres observaciones críticas son sometidas a consideración por el autor en páginas 29-33.

La propuesta garantista es analizada por el Prof. Silva Sánchez en págs. 34-41. Con la inoperatividad del “ideal resocializador” han surgido propuestas alternativas “cuyo propósito fundamental es acentuar el papel de las garantías formales (legitimando la intervención penal en función de) la prevención general de delitos, siempre que ésta tenga lugar respetando las garantías del Estado de Derecho” (pág. 34). Una de ellas es la llamada propuesta neoclásica. Esta desafortunada conceptualización (ibid., pág. 35 nota 99) tiene como “punto de partida (...) la crítica a la ideología del tratamiento y sus manifestaciones más sobresalientes, como, por ejemplo, la “sentencia indeterminada” (pág. 34), situándose de cara a una vuelta de la prevención general limitada por “los principios de previsibilidad, seguridad jurídica, igualdad y estricta proporcionalidad” (pág. 36). En rigor, se trata de una exportación de los Estados Unidos (just-deserts-theory o

just-deserts-movement) a los países del occidente continental europeo que, a juicio del autor, sólo puede aportar “un cambio de acento” (pág. 36) en materia de política criminal, toda vez que en éstos, “por regla general, ni la orientación básica del Derecho penal, ni la configuración de los sistemas de sanciones han perdido de vista ideas rectoras de proporcionalidad (ni siquiera en las medidas de seguridad) o culpabilidad, así como tampoco el marco preventivo-general” (ibid.).

Bajo el subtítulo “(e)l garantismo y los límites materiales de la intervención penal” (págs. 37-41) el Prof. Silva Sánchez —no obstante mantener su estilo descriptivo— propone su anunciada “declaración de principios” (pág. 17) desde los que abordará los temas a tratar en los capítulos siguientes. Así, la crítica a la tendencia resocializadora no puede limitarse a la observancia de las garantías formales (neoclasicismo). “(S)e trata de introducir, junto a las exigencias formales, nuevas exigencias de contenido, que traten de conciliar el principio preventivo-general de protección de la sociedad mediante la disuasión de los delincuentes, con los principios de proporcionalidad y humanidad, por un lado, y de resocialización, por el otro” (pág. 37). (O)tras instituciones tratan (... la resocialización) ya antes, concretamente en el momento legislativo: así, mediante la reducción de la pena privativa de libertad al mínimo imprescindible (eliminación de las penas cortas o excesivamente largas) mediante la instauración de nuevas formas de reacción punitiva, y a través de la formulación de alternativas a la pena (por ej. especialmente, la responsabilidad civil). Es ésta una vía que (...) ha tratado de abrirse por la concepción del llamado “Derecho penal mínimo” (págs. 37-38). En efecto, “el arraigo del principio de “intervención mínima” muestra (...) que no hay discrepancias a la hora de proponer una reducción de los mecanismos punitivos del Estado al “mínimo necesario” (pág. 38). Claro está que la pregunta capital surge de inmediato: ¿el mínimo necesario para qué?. Para el autor “(1) a propuesta de un Derecho penal mínimo, que se define —y en esto sigue a Ferrajoli— en el triple sentido de “la máxima reducción cuantitativa de la intervención penal, de la más amplia extensión de sus vínculos y límites garantistas y de la rígida exclusión de otros métodos de intervención coercitiva” marca (...) el camino a seguir” (ibid.). Este axioma es objeto de una serie de concreciones, a saber, i) una “depuración de los objetos de protección” (ibid.) y ii) “una construcción restrictiva de la teoría del bien jurídico” (pág. 39). Para el autor “(e)l Derecho penal evoluciona por la vía de su restricción

progresiva (ibid.). Su claridad nos ahorra todo comentario. Hasta aquí nuestras consideraciones sobre el capítulo segundo.

La erudición del Prof. Silva-Sánchez en la materia –en general de la ciencias sociales– y la presentación que realiza de cada tópico en su actual *status quaestionis* han sido una constante en la lectura del libro. Así pues, creemos que con esta breve noticia de uno de los capítulos que integran la obra alentarán al lector que pretenda aprehender cabalmente cuál es el estado de la ciencia jurídico penal hoy. Una última observación: este libro es de 1992.

GABRIELA CASAS\*

\* Abogada. Miembro del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Austral. Ayudante de Derecho Penal I en la Universidad Austral.

**WEBER, MARIANE. BIOGRAFÍA DE MAX WEBER.**  
**México, F.C.E., 1995, 650 págs.**

Max Weber es indudablemente uno de los pensadores políticos, sociales y económicos más importantes de nuestra época y muchos autores lo “utilizaron” como contrarréplica a las teorías de Karl Marx. Su pervivencia e influencia actual justificarían de por sí el interés en una biografía de este intelectual, nacido en 1864 y fallecido en 1920.

Pero en esta circunstancia se agrega que la obra en cuestión fue escrita por su propia esposa Marianne Schnitger, reconocida dirigente feminista de la primera mitad de este siglo. A la muerte de su esposo la autora –reconocida escritora– continuó la publicación de obras inéditas de su marido (hoy suman doce volúmenes), a la vez que comenzaba a redactar estas memorias (Max Weber, ein Lebensbild) –documentadas con gran parte de su correspondencia facilitada por los receptores– que fueron publicadas por primera vez en 1926 para “la inmortalidad de su marido” y consideradas “conmovedoras y profundamente sentidas”. Una segunda edición alemana de 1950 –abreviada– se agotó igualmente y justifica la primera edición inglesa (1988) emprendida por Harry Zohn y su presente traducción castellana. La obra se inicia con un importante estudio introductorio de Guenther Roth sobre “Marianne Weber y su círculo”, quien utiliza su vida como argumento para referirse a su importante actividad como dirigente y escritora feminista.

La biografía en sí abarca alrededor de 600 páginas y se caracteriza por su coincidente amenidad y profundidad. La vida de Max Weber, contada con detalles familiares y alusiones intimistas permite a la autora aportarnos –con su habilidad literaria– un panorama real y vital de la sociedad europea de su época. A ello ayuda el documental epistolar que se agrega al final de los capítulos.

Así vemos cómo le retrataba un periódico de 1918: “El sabio, alto

y barbado, se asemeja a uno de esos picapedreros alemanes del período del Renacimiento. Sólo sus ojos no tienen la mirada directa y la alegre sensualidad del artista. Su mirada viene de lo profundo, de pasajes ocultos, y se pierde en la lejanía. Y su modo de expresión está en armonía con su exterior. Tiene algo infinitamente gráfico. Lo que revela es un modo casi helénico de ver las cosas. Sus palabras tienen formas sencillas. En su apacible simplicidad, nos recuerdan piedras ciclópeas. Pero cuando el foco de la presentación es una persona, inmediatamente se vuelve monumental. Cada rasgo parece cincelado en mármol, y está brillantemente iluminado. De cuando en cuando, sus palabras son apoyadas por un discreto movimiento de la mano. Delicadamente estructurada y estrecha, con dedos largos y un pulgar un tanto caprichoso, la mano parece revelar más a un Petronio que a un erudito. Desde los días de Unger, Lorenz von Stein e Ihering, ningún profesor en la escuela de derecho de la Universidad de Viena había atraído tantos estudiantes como Max Weber” (p. 556).

Su esposa, en este verdadero libro de homenaje más allá de documento indispensable para estudiar a Max Weber, muestra su capacidad literaria y su afecto, al concluir su relato expresando “el lunes 14 de junio, el mundo, afuera, estaba muy tranquilo; sólo un pajarillo cantaba, incesante, su canción de anhelo. El tiempo se detuvo. Hacia el anochecer, Weber exhaló su último suspiro. Mientras yacía moribundo, estalló una tempestad, y un relámpago iluminó su pálida cabeza. Su imagen fue la del caballero que se ha ido. Su rostro mostraba su bondad y su exaltada renunciación. Se había ido a algún lugar distante e inaccesible. La tierra había cambiado”.

FLORENCIO HUBENÁK\*

\* Doctor en Ciencias Políticas. Titular Ordinario. UCA.

**TILLY, CHARLES. LA FORMAZIONE DEGLI STATI  
NAZIONALI NELL'EUROPA OCCIDENTALE.**

**Bologna, Il Mulino, 514 págs.**

La bibliografía histórico-política de los últimos años condicionada por el proceso mundial de "globalización" se preocupa cada vez más —como venimos señalando— por la temática del origen y desarrollo de las naciones.

El libro surgido de un seminario coordinado por el sociólogo americano Charles Tilly —docente e investigador de la Universidad de Michigan—, que aquí reseñamos y cuyo original, pese a ser de 1975 no ha perdido su interés, debe ser comentado en este contexto.

Entre las características esenciales de los llamados "estados modernos" los autores que colaboran en esta obra de conjunto acentúan la política financiera y económica estatal, el aprovisionamiento alimenticio a las poblaciones, la organización y sostén de los ejércitos, el reclutamiento y adiestramiento del personal militar y administrativo con la aparición de la burocracia, la racionalización del funcionamiento del estado.

El propio Tilly, a manera de reflexión y después de haber fundamentado las razones que llevaron a publicar esta obra colectiva, efectúa unas interesantes reflexiones introductorias sobre la "estatalidad" moderna.

El conocido historiador Samuel Finer —especializado en los temas militares— analiza la "función del militar", acentuando el papel de consolidación territorial y control político, en la conformación del "estado moderno", mediante los lineamientos generales del tema —organización y técnica— y los detalles específicos de las principales nacionales europeas. Ello le permite demostrar también los múltiples fracasos habidos. Según el autor las "guerras napoleónicas" fueron trágicas para la experiencia histórica.

El economista Gabriel Ardant se refiere a la infraestructura económica y a la política financiera e impositiva, sacando de la experiencia una serie de conclusiones prácticas. Al igual que Finer no duda que ambos fueron medios para un mayor control por parte del "aparato estatal" en desarrollo.

En su nueva colaboración Tilly se interesa en las cuestiones relacionadas con el aprovisionamiento alimenticio y los problemas conexos, entendidos, también, como "un tipo de control". Actualmente vinculáramos este tema con los orígenes de la planificación estatal.

Los historiadores de la economía y de la sociedad Wolfram Fischer y Peter Lundgreen estudian la relación entre la preocupación del estado por el reclutamiento y el adiestramiento de sus funcionarios en cada nación europea demostrando "una vasta uniformización y standartización organizativa en la expansión burocrática" (p. 58). Asimismo resaltan la relación entre fidelidad y eficacia.

De gran interés resulta el aporte del politólogo Stein Rokkan, quien intenta una serie de variables de análisis sobre la experiencia europea de la formación del estado-nación, según un "modelo" que considera común. Con mentalidad americana y una generalización excesivamente vulnerable el autor desbroza el modelo en una serie de fases, que analiza tratando de demostrar su aplicabilidad.

Finalmente Tilly, en las conclusiones, al sintetizar y reordenar las ideas de los colaboradores del libro, considera la experiencia del ensayo europeo moderno para la cuestión general del desarrollo y la decadencia políticas.

Como se puede apreciar se trata de un interesante ensayo multidisciplinario sobre el "estado-nación", que esperamos despierte interés en nuestro medio y genere nuevos trabajos de investigación sobre este tema y su vinculación con la globalización.

FLORENCIO HUBEŇÁK \*

\* Doctor en Ciencias Políticas. Titular Ordinario. UCA.

Este libro se terminó de imprimir  
en JUNIO de 1999 en Talleres gráficos  
**CYAN S.R.L.** Telefax: 011-4982-4426  
Potosí 4469/71 Cap. Fed. Bs. As.  
REPÚBLICA ARGENTINA