PRUDENTIA IURIS N°53 APÉNDICE

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



Diciembre 2000

AUTORIDADES DE LA FACULTAD

Decano

Dr. Eduardo P. M. Ventura

Secretario

Dr. Gabriel Limodio

Directores de Carrera

Abogacía: Dr. Manuel H. 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

 $Coordinador\ de\ Relaciones\ Institucionales\ y\ P\'ublicas$

Dr. Néstor A. Raymundo

Departamento de Posgrado y Extensión Jurídica

Director: Dr. Manuel H. Castro Hernández 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

Director

Dr. Roberto Punte

Secretario de Recensiones

Dr. Florencio F. Hubeñák

Prosecretario

Dr. Ezequiel Abásolo

Consejo Asesor

Drs. Juan Rafael Llerena Amadeo, Carlos R. Sanz, Francisco Alberto Vocos, Orlando Gallo y Alfredo Battaglia.

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 D	ICIEMBRE 2000 – APÉNDICE
Exordio	7
Trabajos Monográficos y de Investigac Profesores y alumnos de la carrera de Grad	
Un aporte sobre la ignorancia y el error en m Repetto	ateria penal. Alfredo
El hombre encarcelado y la pastoral penitenciar $Varela$	ia. Ignacio Rodríguez 33
Consideraciones preliminares sobre la culp Andrea Subissi	oabilidad y el error. 49
Agente encubierto. Ángel Daniel Rendo	77
Teorías de los fundamentos y los fines de la pena	. Francisco José Ulloa 107
Delitos contra la integridad sexual. Francisco A	A. Posada. 141
Protección integral de la vida humana. Javier Pastore - Luis Velasco	· Anzoategui - Analía 1 61

[•]Toda la revista puede consultarse en **www.eldial.com** (ver ícono de la Revista en la columna derecha).

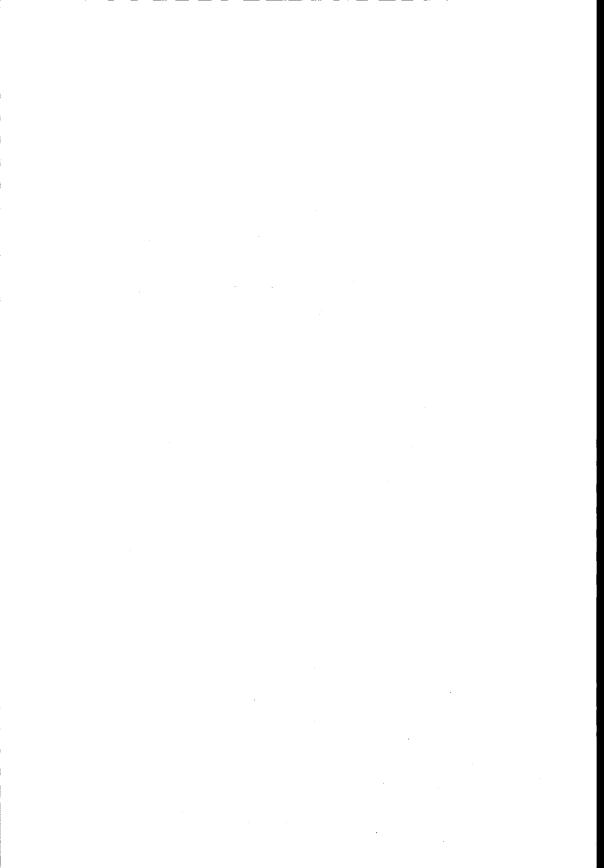
[•]e-mail: derecho@uca.edu.ar (por favor aclarar en el texto at/Dr. Roberto Punte o Ezequiel Abásolo).

and the state of t $\mathcal{A}_{i} = \frac{1}{2} \mathcal{A}_{i} + \frac{1}{2} \mathcal{A}_{i} +$

EXORDIO

El presente apéndice se ha hecho necesario por el número y la extensión de los trabajos que hemos querido incluir en esta publicación con el fin de mantener la coherencia de la misma, esto es, que conserve la metódica hilación que permita de tal manera, salvo algunas excepciones, la inclusión de las conferencias que integraron las Jornadas de Derecho Procesal Penal, llevadas a cabo durante este año, así como los trabajos más significativos presentados por los cursantes de la especialización de la materia y que hubiera sido inconveniente que llegaran a manos del lector en forma separada o fragmentada. Tal el sentido de este apéndice pensado entonces para mayor comodidad y mejor sistematización en la búsqueda de investigadores, estudiosos y de todo aquel que sirva de ellos en su desarrollo profesional o actividad universitaria, vinculada con nuestra materia.

ALFREDO BATTAGLIA - LUIS VELASCO (H)



TRABAJOS MONOGRAFICOS Y DE INVESTIGACION REALIZADOS POR PROFESORES Y ALUMNOS DE LA CARRERA DE GRADO Y POSGRADO

UN APORTE SOBRE LA IGNORANCIA Y EL ERROR EN MATERIA PENAL

ALFREDO REPETTO*

En el mes de marzo de 1999 el señor Ministro de Justicia de la Nación invitó a profesores a participar de los Seminarios sobre el proyecto de reforma del Código Procesal Penal y del Código Penal que se llevarían a cabo entre los días 8, 15 y 16 de abril, a fin de "...que brinde su juicio crítico acerca de los mencionados proyectos y sugiera formulaciones correctivas o sustitutivas que considere adecuadas, sin perjuicio de que estimarlo oportuno las haga llegar por escrito".

Frente a esta última posibilidad el 28 de julio de 1999, por escrito le adjunté una opinión sobre el Proyecto del Código Penal¹.

Entre las observaciones formuladas, en el punto 7, se realizó una correspondiente al error, para tal argumentación recurrimos al estudio que del acto humano se realiza en la *Suma Teológica*, si bien como dijimos "señalaremos brevemente las discrepancias".

En atención a la relevancia del tema y sin perjuicio de que en el futuro, volvamos sobre algunos aspectos de aquél, parece oportuno para conocer el pensamiento de Tomás de Aquino, reproducir el punto 7 -7.1.1., 7.1.2. y 7.1.3. de las observaciones señaladas².

- * Abogado. UCA. Titular en Derecho Penal I, de la Universidad Católica Argentina.
- ¹ Se trató del "Proyecto de la ley de reformas puntuales al Código Penal de la Nación –1998–" (que estuvo a cargo de la Comisión de Reformas designada por Resolución del Ministerio de Justicia 420/97).
- El "Comentarios a las proyectadas reformas del Código Penal" (año 1998, comisión Resolución M. J. 420/97), se encuentra publicado en *Prudentia Iuris*, marzo 2000, nº 51, suplemento virtual -www.albrematica.com/dial-.
- ² Se transcribe el texto del proyecto, en lo relacionado con el tema. "Artículo 35.- Incorporase como artículo 40 del Código Penal el siguiente:

"Artículo 40. No es punible:

(....)

2º El que obrare en ignorancia o error invencibles sobre algún elemento constitutivo del hecho penal.

"7. La Comisión adopta para el error (inclúyase la ignorancia) la 'teoría estricta de la culpabilidad', conforme con la cual el dolo y la culpa no son formas de la culpabilidad". El criterio que se adopte en este punto influye sobre el modo resolver el tema del error o ignorancia.

Señalaremos brevemente las discrepancias:

a) La doctrina tradicional Soler, Fontán Balestra, Nunez, entre otros, consideran que el dolo y la culpa son formas de la culpabilidad, no obstante algunas diferencias que puede haber entre ellos, no iteraremos los argumentos que desarrollan, pues a ellos nos remitimos.

Si queremos recordar lo expresado por JIMÉNEZ DE ASÚA quien considera que el dolo y la culpa son verdaderas especies de la culpabilidad y no sus elementos (*Trat. de Derecho Penal*, t. V, nº 1530, pág. 274; nº 1515, pág. 215, Losada 1976).

"El juicio de culpabilidad —dice JIMÉNEZ DE ASÚA— tiene por objeto de valoración la situación de hecho del agente, la intención que tuvo la persona al ejecutar el acto u omitir lo esperado, o la negligencia en que procedió, menospreciando el deber de atención y cuidado".

"El juicio se inicia en referencia a un fenómeno psicológico que es la intención o negligencia, que luego se elevarán a la categoría jurídi-

^(...)

^{10.} Quien obrare con error invencible sobre los presupuestos de una causa de justificación.

^{11.} Quien obrare con error invencible que le impida comprender la criminalidad del acto.

^{12.} Quien obrare con error invencible sobre las circunstancias que, conforme al inciso 8° anterior, lo hubiesen exculpado".

[&]quot;Artículo 36- Incorpórase como artículo 41 del Código Penal el siguiente:

[&]quot;Artículo 41- Se disminuirá la pena:

¹º Al que obrare con error vencible sobre algún elemento constitutivo del hecho penal se le podrá aplicar la pena del delito por imprudencia o negligencia, siempre que la ley establezca la infracción culposa correspondiente.

²º El que obrare con error sobre circunstancias que hubiesen configurado el supuesto de una infracción atenuada, será penado conforme a la disposición legal más benigna.

³º Al que obrare con error vencible que le impida comprender la criminalidad del acto, se le podrá aplicar la dismininución de pena prevista para la tentativa.

⁴º Al que obrare con error vencible sobre los presupuestos de una causa de justificación o de una situación de necesidad exculpante se le aplicará la disminución de pena prevista para la tentativa".

El tema referido al exceso en una causa de justificación (art. 35 del código penal vigente) fue tratado en el punto 6 –6.1., 6.1.1., 6.1.2.– de las observaciones.

ca de dolo o culpa, como resultado del juicio de reproche (ob. cit., t. V, nº 1515, pág. 215, nº 1523, págs. 232/234 y págs. 1103/1105); ese juicio tiene un presupuesto "la imputabilidad, que por ser un estado permanente (o al menos duradero), representa una aptitud (capacidad); en cambio, la culpabilidad, por versar, como veremos, sobre el acto concreto, es actitud", t. V, nº 1517, pág. 215, nº 1522, págs. 230/232).

Ambos, el dolo y la culpa son normativos (t. V, nº 1535, pág. 288, nº 1538, págs. 297/298), por eso, Jiménez de Asúa expresa: "muchas polémicas que hoy se libran, derivan de no haber diferenciado exactamente la 'intención' o 'negligencia', como acto concreto psicológico, que inicia el juicio de referencia del dolo y de la culpa, que son conceptos normativos, no psicológicos, elevados a esa categoría jurídica como resultado de todo el juicio de reproche con sus elementos motivadores y caracterológicos" (ob. cit., t. V, pág. 1103).

Agrega "pero si —como antes se ha demostrado— usamos en alemán las expresiones Vorsatz y Farlissigkeit, como el lenguaje corriente las emplea (como intención y negligencia), es obvio que estas formas psicológicas de conducta pueden existir sin culpabilidad. Así concebido el problema, podemos hablar, como quiere la moderna doctrina alemana, de que es posible una 'intención inculpable' (Schuldloser Vorsatz); pero no podríamos hablar de 'dolo inculpable' (Schildloser Dolus), sin que esto fuese un dislate jurídico" (ob. cit., t. V, pág. 1103, n° 1488, págs. 98/100 y nota 46 en pág 99; cfr. t. VI, n° 1792, pág. 537, Losada 1975).

"En la acción podemos situar la intención y la negligencia, a condición de conservarlas en su pura naturaleza psicológica, con lo que la acción no dejaría de ser naturalista. Y hasta podrían separarse las acciones en dos grupos distintos: la acción intencional, que es la finalista, y la acción negligente, de arranque condicionado al finalismo y de resultado causalmente ciego. Pero en cuanto la intención se eleva a dolo y la negligencia a culpa, todo cambia. Sólo el dolo y la culpa pertenecen a la culpabilidad." (JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. V, pág. 1104).

"En resumen, el juicio de referencia iniciado sobre el aspecto meramente psicológico: del acto del autor, intención o negligencia, terminará tras de la comprobación y análisis de las motivaciones y de la caracterología del agente elevándolos a dolo y culpa—especies de la culpabilidad normativa—, sobre las cuales se pronuncia el reproche (culpabilidad, reprochabilidad), o declarando que no era posible que esa mera intención o negligencia, por las anormales motivaciones y la

especial caracterología, se elevan a dolo y culpa, y en consecuencia que no es exigible al sujeto una conducta conforme a derecho." (JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. V, págs. 1104/1105).

El modo de entender el dolo y la culpa tiene una influencia decisiva al momento de tratar la ignorancia y el error.

a.1. JIMENEZ DE ASÚA luego de desarrollar tanto los conceptos de error de hecho y de derecho, error de tipo y de prohibición, indicaba que "para salvar los inconvenientes (Welzel trata el error de tipo al tratar el tipo subjetivo y el error de prohibición al tratar la culpabilidad) y dejar sin sustancia polémica la disputa entre la 'teoría del dolo' y la 'teoría de la culpabilidad', debemos considerar el error—tanto de 'tipo' como de 'prohibición'— como causa de Inculpabilidad cuando reúne los requisitos de Esencial e Invencible..." (Trat. de Derecho Penal, t. VI, nº 1796, pág. 558).

"Así se orillan todos los obstáculos. El error queda fuera del dolo, aunque sirve para anularle, ya que, no siendo alemanes, no estamos obligados a construirlo como aspecto negativo de él, y tampoco lo vinculamos al tipo, sino que aparece como aspecto negativo de la culpabilidad puesto que si reúne las antedichas características, no sólo destruye el dolus, sino también la culpa".

"Nos parece sobre manera afortunada la distinción entre 'error de tipo' y 'error de prohibición', pues una cosa es que, como causa de inculpabilidad, tratemos una y otra forma de error de manera unitaria, en cuanto constituye verdadera ausencia de toda culpa, lato sensu, y otra que reconozcamos la necesidad de imponer al error de prohibición límites más estrechos que el error de tipo. Para éste bastara que se den las condiciones ... que sea esencial e invencible, mientras que para el de prohibición es necesario examinar un requisito previo que determina sus fronteras (ceguera jurídica)." (JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. VI, nº 1796, pág. 558).

"Padece ceguera jurídica quien obra u omite asumiendo una actitud incompatible con una correcta concepción de lo que es el derecho y su contrapartida lo injusto." (JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. VI, nº 1797, pág. 560).

"Lo que separa la ceguera jurídica del error de prohibición evitable, es precisamente la buena fe. Ésta es la prueba de que esa ceguera jurídica si existe, no es hostilidad al derecho." (JIMÉNEZ DE ASUA, ob. cit., t. VI, n° 1797, pág. 565).

"La buena fe, viejo alegato que los penalistas de hoy no manejamos, recobra su eficacia cuando la utilizamos como elemento probatorio de la existencia o ausencia de la 'ceguera jurídica' y de la 'hostilidad al derecho', y, por ende, como límite del error de prohibición." (JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. VI, nº 1797, pág. 565).

JIMENEZ DE ASUA reitera que sólo el error —sea de tipo o de prohibición— esencial e invencible es capaz de eliminar toda culpabilidad. Si el error es vencible deja un remanente imputable (ob. cit, t. VI, nº 1798, págs. 565 y 566).

"...No cabe duda alguna de que el error de tipo (o si se quiere esencial de hecho), cuando es vencible sólo puede imputarse por culpa. Pero con respecto al error de prohibición se han sustentado doctrinas que no podemos aceptar por su unilateralidad." (JIMÉNEZ DE ASUA, ob. cit., t.VI, nº 1802 bis -El remanente imputable en el error de prohibición-, pág. 581).

"...En el error de prohibición —que algunos continúan llamando 'de derecho' como...Soler en su Proyecto argentino de 1960— se señala de modo expreso, un límite, constituido, a nuestro juicio, por la ceguera jurídica..., y en seguida lo que podríamos llamar un exceso: caso de evitabilidad o vencibilidad del error de prohibición...".

"Los partidarios de la acción finalista y quienes enclavan ese error (de prohibición) en la 'teoría de la culpabilidad', en vez de en la 'teoría del dolo', asienten esta tesis: si el error de prohibición es inevitable, exime de toda culpa, si es evitable - 'reprochable' - por falta de diligencia para enterarse de que el hecho está prohibido, se impondrá la pena del delito doloso, pero atenuada." (JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., nº 1802 bis, pág. 581).

"Esta fórmula de atenuar la pena del dolo, resulta tan rebuscada y tan contradictoria con los auténticos principios de la culpabilidad que no podemos menos de rechazarla." (JIMENEZ DE ASUA, ob. cit., t. VI, nº 1802 bis, pág. 582).

"Digamos por nuestra parte, que jamás podremos comprender aquel contradictorio y complicado mecanismo que lleva al ilógico resultado de sancionar a título de dolo, con pena atenuada, un hecho que se produce con negligencia".

"Pero lo peor es que, se pasa de la negligencia, originaria del error, al dolo atenuado, como si entre culpa y dolo no hubiera otra diferencia que la de más o menos, cuando en verdad se distinguen no cuantitativamente, sino cualitativamente. El dolo es una cosa y otra la culpa..." (JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. VI, nº 1802 bis, pág. 583).

"Con cuanto antecede, no negamos que haya casos en que el error de prohibición no debe convertirse en culpa, si le faltan las características de inculpable, sino que puede ser imputado a título de dolo, aunque con pena menor, según se verá más adelante (bajo la letra e')". (JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. VI, n° 1802 bis, págs. 583/584; para disipar toda duda anticipamos que en la letra e') expresa: "e') Nos quedaría un sector sobremanera angosto de 'ciegos para el derecho' que no encajarían en ninguna de las hipótesis enunciadas" [t. VI, pág. 587]. Respecto de ellos habla de la imputación a título de dolo, como lo indica una página antes: "Nos queda por examinar la manera de resolver la hipótesis en que se compruebe la ceguera jurídica. Es como se ha visto, el límite del error de prohibición...Para saber si ésta es o no imputada como dolo." –ob. cit., t. VI, pág. 586—).

"Anotemos la incogruencia de que por una falta de la diligencia debida que no es otra cosa que culpa, se llegue a la penalidad del hecho por dolo, aunque sea con pena atenuada." (JIMENEZ DE ASÚA, ob. cit., t. VI, n° 1802 bis, pág. 585).

"La mejor solución a nuestro juicio y, en todo caso, la única mientras de lege ferenda no se establezca el sistema de la 'culpa de Derecho', preferible a la 'atenuación especial', en el supuesto de error de prohibición, es la de sancionar los hechos como delitos culposos, si la figura de delito por culpa se halla establecida en la ley, y en caso contrario dejar el acto impune." (JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., t. VI, nº 1802 bis, pág. 586; la culpa de Derecho se fijaría de la siguiente manera: "..en todos los casos de ignorancia culposa de la prohibición, en los que la acción culposa no se halle sancionada con pena, deberá ser castigado el agente 'por culpa jurídica', con prisión de dos años como máximo", cfr. pág. 586).

Casi al finalizar tal punto, JIMÉNEZ DE ASÚA, insiste: "...Tras de estas meditaciones resulta obvio: que no se debe sancionar como doloso (aunque sea atenaduamente) el error de prohibición (error iuris en la antigua terminología), cuando es reprochable, y que deben ser tratados del mismo modo los errores de hecho y de derecho (rectus: error de tipo y error de prohibición), es decir, que cuando sean invencibles quedarían impunes, y cuando sean vencibles se sancionarán a título de culpa, siempre que la figura culposa exista en la ley, y en caso contrario, en una y otra clase de error, el agente no será acusado en vía penal. Como puede verse, no hay razón alguna para hablar de vencibilidad en una hipótesis y de reprochabilidad en otra. El error vencible es reprochable, sea de hecho, sea de derecho, pues si la culpabilidad es reproche y la culpa es grado de aquélla, el error culposo por ser vencible, será reprochable, tanto si es de 'derecho' como si es de 'hecho'." (ob. cit., t. VI., nº 1802 bis, págs. 589/590).

Queda clara la posición de JIMÉNEZ DE ASÚA en cuanto a que la ignorancia o error esencial y vencible (imputable) excluye el dolo y sólo permitirá un reproche a título de culpa, y no un "dolo con pena atenuada".

- b) Este criterio de Jiménez de Asúa en orden a que la ignorancia o error esencial vencible (imputable) elimina el dolo y sólo permite un reproche por culpa, con el cual coinciden para ciertos supuestos Soler, Nuñez, Fontán Balestra, entre otros, se puede respaldar en las siguientes reflexiones sobre el acto humano, siguiendo principalmente el pensamiento de Santo Tomás de Aquino, ya que resultan aplicables al problema en cuestión.
- b.1. A partir de que Welzel sostuvo que la "acción humana es ejercicio de actividad final" y que "Actividad final es un obrar consciente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin..." (Derecho Penal Alemán —parte general, 12 edición—, Ed. Jurídica de Chile, 1987, pág. 53), se inició toda una doctrina que habla de un dolo natural y no considera al dolo como una expresión técnico-jurídica, ya que su concepto no se integra o compone con la conciencia de la criminalidad del acto o el conocimiento de su antijuridicidad (cfr. Soler, 'Derecho Penal Argentino', t. II, Tea., 1976 parág. 42, págs. 87/88 y notas 2 y Jiménez de Asúa antes citado).

Para Welzel "...Toda acción consciente..." se integra "...por la conciencia de lo que se quiere —el momento intelectual— y por la decisión al respecto de querer realizarlo —el momento volitivo—...como factores configuradores de una acción típica real, (que) forman el dolo (="dolo de tipo"; cfr. Welzel, H., ob. cit., pág. 94), por lo cual el conocer y el querer la antijuridicidad de la acción, no integran esa decisión, vale decir el dolo de quien actúa.

De esta manera, Welzel y todo un conjunto de autores que por distintos caminos siguen esa posición, sostienen que el dolo, "voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito" importa "un obrar consciente desde el fin", pero omiten ponderar o evaluar para determinar cómo el sujeto activo ha querido ese fin, el conocimiento de la antijuridicidad (comprensión de la criminalidad del acto), y argumentan que el conocimiento de la antijuridicidad del acto (conciencia de su criminalidad) se analizará (se considerará) en un momento posterior y de modo independiente.

Este desdoblamiento en la consideración de la estructura del acto humano plenamente deliberado es lo que ha llevado a pretender castigar, cuando existe un error de prohibición vencible, con la pena del delito doloso, pero atenuada. Dicha fórmula, señala JIMÉNEZ DE ASÚA "...resulta tan rebuscada y tan contradictoria con los auténticos principios de la culpabilidad que no podemos menos de rechazarla." (*Trat. de Derecho Penal*, t. VI, nº 1082 bis, pág. 582).

Aparecen como atinadas las palabras de Mezger, "..la cuestión de si uno es, en el derecho penal, 'finalista' o 'no finalista', es una insensatez. Lo único dudoso es si uno sustenta un 'finalismo' acertado o no (Derecho Penal, Libro de Estudio —parte general—, Din-editora, 1989, pág. 88). Por ello, cuando se está en el momento de la acción para explicar ésta se utiliza un concepto "neutral" (ciertamente incomplemento), pues como dice Mezger "...si quisieramos investigar en este momento esta valoración normativa de lo acaecido, recargaríamos la teoría de la acción en una forma imposible en cuanto a sus consecuencias que, en vez de conducir a un sistema fácil de comprensión, llevaría a un desorden ininteligible." (ob. cit., pág. 89).

Por eso, ante esa formula "tan rebuscada" y "tan contradictoria", se intentará mostrar el equívoco en que han incurrido.

b.1.1. Welzel dice que "la acción humana es ejercicio de actividad final". "Por eso, la finalidad es —dicho en forma gráfica— 'vidente', la causalidad 'ciega'" (ob. cit., págs. 53/54).

Tal afirmación impone aclaraciones.

La finalidad o el fin (causa final) explica el movimiento de todo ente: "Todo agente necesariamente obra por un fin".

"Si el agente no obrase para algún efecto determinado, todos los efectos le serían indiferentes. Y lo que se ha indiferentemente respecto de muchas cosas no obra más las una de ellas que la otra...Sería, pues, imposible que obrara. Luego, todo agente tiende hacia algún efecto determinado, que se dice fin suyo." (Santo Tomás de Aquino, Suma contra los Gentiles, Libro III, capítulo II, "Club de Lectores").

Con lo cual "...el agente no mueve a no ser por intención al fin; pues sin la determinación del agente a tal efecto, no obraría eso antes que esotro. Mas para que produzca tal efecto determinado, es preciso que sea él determinado a algo cierto; lo cual tiene razón de fin..." (Suma Teológica, I-II, q. 1, a.2., "Club de Lectores").

Este principio de que todo agente obra por un fin, es mostrado por Santo Tomás, como escribe Castellani, "por medio del concepto determinación. Sin la determinación del agente a tal efecto, no obraría esto mas bien que estotro...todo lo que existe es determinado, y nada es determinado sino por su término, el cual no es otra cosa...que el fin"; "Así como nada se hace de nada, nada se hace por nada...una

acción es un movimiento y el movimiento es inconcebible sin un término al que, término es fin" (Castellani, Leonardo, nota a *Suma Teológica*, I-II, q. 1., a. 2., "Club de Lectores").

b.1.2. La circunstancia de que todo agente (natura racional e irracional) obre o tienda a un fin, no implica que todo agente al dirigirse al fin lo conozca como fin.

"Débese considerar que algo tiende a un fin en su acción o movimiento de dos modos: como quien se mueve a sí mismo hacia el fin, como el hombre; o bien movido por otro, a la manera que la flecha se dirige a determinado blanco lanzada por el flechero (el arquero) que es quien la endereza al fin. De modo que los seres dotados de razón se mueven a sí mismos al fin, porque tienen dominio de sus actos mediante el libre albedrío, facultad de voluntad y razón; mientras los carentes de razón tienden al fin por natural propensión, como movidos por otro y no por sí mismos, no conociendo la razón de fin. Y así nada pueden ordenar al fin, y son ordenados a él por otro. Porque toda la natura irracional se refiere a Dios como el instrumento a su agente principal, según quedó dicho (P. I, C. 22, a.2. al 40 y C. 105, a. 5) "(Suma Teológica, I-II, q. 1, a. 2., "Club de Lectores"; cfr. I-II, q. 6, a. 2.).

El fin que atrae al agente hacia sí, es el bien conocido, por eso tiene razón de bien: "...es manifiesto que todo agente obra por un fin, porque cualquier agente tiende a algo determinado. Y eso a lo cual tiende determinadamente el agente debe serle conveniente; pues no tendería a ello sino en razón de alguna conveniencia con él. Y lo que es conveniente a alguno es bueno para él. Luego, todo agente obra por un bien." (Suma contra los Gentiles, Libro III, capítulo III, "Club de Lectores").

"Además: el fin es aquéllo en lo cual descansa el apetito del agente o del que mueve y de aquel que es movido. Y pertenece a la razón del bien el que sea término del apetito; pues el bien es lo que todos Apetecen. Luego, toda acción y todo movimiento es por un Bien." (Suma contra los Gentiles, Libro III, capítulo III, "Club de Lectores").

Entre el hombre, ser racional y los otros entes vivientes (los vegetales y los animales irracionales) que también se dirigen a un fin, la gran diferencia es que el hombre es el único que conoce el fin como fin.

La finalidad preside toda realidad, desde la inorgánica a la humana. La causalidad final tanto puede cumplirse libre como necesariamente. Libremente sólo se cumple en el hombre; necesariamente en todos los seres inferiores (Casares, Tomás, *La justicia y el derecho*, Abeledo-Perrot 1974, págs. 77/78).

b.1.3. La persona humana posee la inteligencia (entendimiento o razón) y la voluntad; "dos son los principios de los actos humanos: el intelecto o razón y el apetito, que son principios que mueven, como se dice en el tratado Del Alma" (Santo Tomás de Aquino, Comentario de la Ética a Nicomáco, Libro I, Lección 1, nº 8, CIAFIC 1983, Bs. As., pág. 5).

Al conocimiento intelectual le sigue una potencia de apetición espiritual, que es la voluntad; ésta va a querer el bien o fin presentado por la inteligencia.

Sin embargo, con relación al hombre, Santo Tomás efectúa una distinción:

"...sólo aquellas acciones de que es dueño el hombre pueden llamarse con propiedad humanas. Y es dueño el hombre de sus actos por
la razón y la voluntad, por lo cual se dice que el albedrío es facultad
de voluntad y razón. Son pues en realidad humanas las acciones que
proceden de voluntad deliberada: y, si otras le convienen, podrán decirse acciones del hombre; mas no acciones humanas, no siendo del
hombre en cuanto hombre. Es manifiesto que toda acción procedente
de alguna potencia es causada por ésta, según la razón de su objeto.
El objeto de la voluntad es el fin y el bien. De donde es lógico que
todas las acciones humanas sean por un fin." (Suma Teológica, I-II, q.
1., a. 1., "Club de Lectores"; cfr. I-II, prólogo a la cuestión sexta y q. 6).

Al hombre lo caracteriza su racionalidad, por lo cual las "acciones humanas suponen la intervención de la razón".

En cambio, las acciones del hombre, tienen a la persona humana "como sujeto material, pero no obrando de acuerdo a su modo propio—el racional—, o sea libremente (actos del hombre son, por ejemplo, las acciones realizadas en estado de inconciencia, bajo el influjo del sueño—sonambulismo—, el alcohol, las drogas y otras causas similares." (Basso, Domingo O. P., Los Fundamentos de la Moral, C.I.E.B., 1990, pág. 59).

b.1.4. El acto humano es aquel que procede de la voluntad deliberada y su estructura se integra con diversos actos parciales que corresponden tanto a la inteligencia como a la voluntad, con una interdependencia o causalidad mutua (Suma Teológica, I-II, q. 8, a. 17; los comentadores refieren seis actos de la inteligencia y otros seis de la voluntad, "en la vida real esos actos parciales se dan con gran rapidez, se interpenetran" y resulta dificil distinguir unos de otros, v. Casaubón, Juan A., Introducción al Derecho-vol. 2-la actividad cognoscitiva del hombre, Ariel 1979, págs. 53/56; Basso, Domingo O. P., Los Fundamentos de la Moral, C.I.E.B. 1990, págs. 204/209).

Sin ingresar al detalle de ese proceso, lo relevante en la actividad humana es tener presente que la voluntad tiene por objeto el fin o bien (real o aparente) que le presenta la inteligencia (o entendimiento).

Cuando la inteligencia aprehende, conoce o concibe un objeto como bueno, surge un apetito o una inclinación para lograr ese bien.

"...para que la voluntad tienda a algo, no se requiere que sea bueno en la realidad, sino que se aprehenda como de bueno, y por eso mismo dice Aristóteles... que el fin es bueno o visto como bueno." (Suma Teológica, I-II, q. 8, a. 1., "Club de Lectores").

Esa "razón de bien" no tiene por qué coincidir con el bien real, sólo es suficiente que sea aprehendido por el hombre como bueno por su inteligencia y propuesto así a la voluntad (nota a Suma Teológica, I-II, q. 8, a. 1., B.A.C. 1993). "Y no hay que detenerse en algunos que apetecen el mal. Porque no lo apetecen sino bajo la razón de bien, es decir, en cuanto lo estiman como un bien" (Santo Tomás, Comentario de la Ética a Nicómaco, Libro I, lec. 1, nº 10, pág. 5; "...la voluntad es del bien, o real o aparente, jamás se mueve al mal, a no ser que lo que no es bueno aparezca ante la razón de alguna manera como bueno; y por esto nunca la voluntad se dirigiría al mal, sino con alguna ignorancia o error de la razón...", Suma Teológica, I-II, q. 77, a. 2., "Club de Lectores").

La voluntad "en cuanto potencia" tiende siempre al bien, aun cuando, de hecho, no se trata de un bien real, sino de un bien parcial o un bien aparente.

Quien mueve a la voluntad es la inteligencia al presentarle el objeto que la va atraer (Suma Teológica, I-II, q. 9, a.1.). Por eso se dice: "...el fin, si bien es lo postrero en la ejecución, es lo primero en la intención del agente, y en tal modo tiene razón de causa" (Suma Teológica, I-II, q. 1., a. 1., 1a obj., "Club de Lectores").

Para que la voluntad quiera algo, el entendimiento le debe haber presentado el objeto bajo alguna consideración de bien: "...Y, como la falta de cualquier bien tiene razón de no bien, he aquí por qué únicamente el bien perfecto que en nada falla es tal que la voluntad no puede no quererlo: que no es sino la beatitud. Todos los otros bienes particulares pueden mirarse como no bienes, en razón a que les falta algo bueno (algo de bien). Y según esta consideración pueden ser rechazados o aceptados por la voluntad, por lo mismo que puede tender a un mismo objeto bajo diversas consideraciones." (Suma Teológica, I-II, q. 10, a. 2., "Club de Lectores"; cfr. I, q. 82, a. 1 y a. 2. y I-II, q. 10, a. 1.).

En este mundo sólo existen Bienes Finitos, los bienes reales son particulares y limitados, por ello, tales bienes, si por una parte son bienes, tienen un defecto de Bien —no son pura y totalmente el bien—, por lo cual la voluntad puede (de hecho) no quererlos. En esto va a residir la libertad; "y ningún bien particular puede de suyo determinar" a la voluntad "forzosamente, por no ser su objeto total". Frente a esos bienes finitos —particulares—, la voluntad es libre (v. Castellani, Leonardo, notas en Suma Teológica, I, q. 82. a. 1., y I-II, q. 1., a. 2., "Club de Lectores").

Frente a estos bienes reales la razón efectúa un juicio del intelecto práctico para valorar o estimar aquello que conoce. Juzga estos bienes particulares en comparación con el bien perfecto. Luego de esa valoración el entendimiento presenta el objeto conocido a la voluntad y mientras no se halle frente a un objeto absolutamente bueno presentará a la voluntad alternativas, entre las cuales la voluntad elige u opta, pues ninguno de ellos es el bien perfecto, el único que forzosamente –necesariamente– atraería a la voluntad (Suma Teológica, I-II, q. 10, a. 2. y I, q. 82, a. 1. y a. 2.).

La inteligencia es la que realiza el juicio de indiferencia, juzga, aconseja y presenta el objeto, pero la voluntad es la que elige.

En este juicio de indiferencia se encuentra la raíz profunda de la libertad, ya que si se presenta a la voluntad "un objeto que sea bueno universalmente y bajo todas las consideraciones, necesariamente la voluntad tenderá a él si quiere algo, pues no podrá querer otra cosa". En cambio, propuesto otro "objeto que no sea bueno bajo todas las consideraciones, la voluntad no se verá arrastrada por necesidad" y desde esta perspectiva puede elegir, lo rechaza o lo acepta, y en este caso se dirige a él (ante los bienes particulares la voluntad permanece indeterminada, ningún bien particular —que puede mirarse como no bueno— la determina. (Cfr. Suma Teológica, I-II, q. 10, a. 2.; q. 13, a. 1.; q. 14, a. 1.; S.T., I, q. 82, a. 2; q. 83, a.3.); la elección es acto de la voluntad (Suma Teológica, I-II, q. 13, a. 1.); además, la conducta humana nos revela que la voluntad goza de libre albedrío: "...sin él holgarían los consejos, exhortaciones, preceptos, prohibiciones, recompensas y castigos" (Suma Teológica, I, q. 83., a. 1., "Club de Lectores").

b.1.5. La ignorancia y el error afectan el elemento cognoscitivo del acto voluntario, esto es el conocimiento del fin (acto voluntario es aquel que procede de un principio intrínseco con conocimiento del fin, Suma Teológica, I-II, q. 6. a. 1. y a. 2. "...A la noticia perfecta del fin sigue lo voluntario en su razón perfecta: es decir, en cuanto conocido

el fin, puede uno deliberando sobre él y sobre los medios a él conducentes, moverse o no al fin"):

"Debe decirse que la ignorancia causará involuntario tanto cuanto prive del conocimiento previo, exigido para lo voluntario, según lo dicho (a. 2.); mas no toda ignorancia suprime tal conocimiento. Es pues de saber que la ignorancia puede hallarse respecto del acto de la voluntad en tres situaciones: concomitante, consecuente y antecedente..." (Suma Teológica, I-II, q. 6, a. 8., "Club de Lectores").

"...Otro modo de ignorancia voluntaria tiene lugar, cuando uno ignora lo que puede saber y debe; y en tal caso el obrar y el no querer se dicen voluntarios; según lo expuesto (a. 3.). De este modo se halla la ignorancia...; ora cuando no procura adquirir el conocimiento que está obligado a tener, en cuyo caso la ignorancia de todo lo contenido en las leyes y que uno está en obligación de saber, se dice voluntaria, en cuanto imputable a negligencia. Cuando pues la ignorancia es voluntaria por algunos de estos modos, no puede causar lo involuntario simple; sino según algo, en cuanto precede al movimiento de la voluntad hacia algo, que no se daría, habiendo la ciencia."

"Por último, la ignorancia es antecedente con respecto al acto de la voluntad, cuando no es voluntaria, y sin embargo es ella la causa de querer lo que sin ella no se querría; como cuando el hombre ignora alguna circunstancia del acto, que no estaba obligado a saber, y por eso hace algo, que no haría si lo supiese: tal sucede, si uno, después de practicadas las debidas exploraciones, no sabiendo que alguien pasa por el camino dispara una flecha, con la que da muerte a un transeúnte: esta ignorancia causa involuntario simplemente..." (Suma Teológica, I-II, q. 6, a. 8, "Club de Lectores").

Se debe aclarar que la ignorancia para los moralistas se define como "ausencia de ciencia debida en un sujeto capaz"; sólo se tiene en cuenta el desconocimiento de aquello que es obligatorio saber. La ignorancia puede ser de hecho — "se ignora el mismo hecho al cual se aplica una ley"— o de derecho — "se ignora la misma ley o la pena por ella establecida"—. Cuando la ignorancia es antecedente "precede al acto y lo causa" (obrar por ignorancia), "de tal modo que, de no mediar la ignorancia, se obraría de forma diversa"; esta ignorancia antecedente es denominada también invencible por ser insuperable para un sujeto; causa involuntario estricto". (Basso, Domingo O. P., Fundamentos de la Moral, C.I.E.B. 1990, pág. 161).

Los principios aplicados a la ignorancia se pueden adaptar al error (aprobar como verdadero cosas falsas). (Basso, ob. cit., pág. 162).

A pesar de la extensión resulta conveniente apreciar cómo Santo Tomás hace aplicación de estos principios, que pueden servir como una orientación, pues en una de las cuestiones el orden de referencia es la ley moral (juicio de conciencia) y en la otra se trata del pecado (ofensa a la Ley Eterna y a la recta razón, *Suma Teológica*, I-II, q. 76, a. 6.).

- a) "...la conciencia errónea disculpa" (I-II, q. 19, a. 6.)
- "...Pero la solución de ésta depende de lo que se ha dicho sobre la ignorancia (q. 6, a. 8), a saber, que la ignorancia algunas veces causa lo involuntario, pero otras no. Y, puesto que el bien y el mal moral consisten en el acto en cuanto es voluntario, como consta de lo expuesto (a. 2), es evidente que aquella ignorancia, que causa lo involuntario, quita la razón de bien y de mal moral. Pero no así la ignorancia que no causa involuntad. También queda sentado (q. 6, a. 8) que la ignorancia en algún modo voluntaria, directa o indirectamente, no causa lo involuntario. Y digo ignorancia directamente voluntaria aquella a la cual se dirige el acto de la voluntad, e indirectamente voluntaria la que resulta de la negligencia, por lo cual omite aprender lo que está obligado a saber, como se ha dicho".

"Si pues el error de la razón o conciencia es voluntario directamente o bien a causa de negligencia, por versar acerca de lo que uno está obligado a saber; en este caso el tal error de razón o conciencia no excusa que sea mala la voluntad concorde con la conciencia, que de este modo yerra. Pero si el error causa involuntario, por provenir de ignorancia de alguna circunstancia sin negligencia alguna, entonces tal error de conciencia excusa de ser mala la voluntad conforme con la razón errónea. Por ejemplo, si la razón errónea dictara que el hombre está obligado a usar de la mujer de otro, la voluntad de acuerdo con esa razón errónea es mala; porque este error proviene de la ignorancia de la ley de Dios, que está obligado a saber. Pero si la razón yerra, creyendo uno que cierta mujer acostada a su lado es su esposa, accede a su requerimiento del débito, la voluntad de tal se excusa de no ser mala; porque este error proviene de la ignorancia de una circunstancia, que excusa y causa involuntario." (Suma Teológica, I-II, q. 19, a. 6., "Club de Lectores").

- b) "De si la ignorancia puede ser causa de pecado" (I-II, q. 76, a. 1).
- "...Debe, empero, considerarse que la razón es directiva de los actos humanos según una doble ciencia universal y particular; pues, tratándose de lo operable, usa de cierto silogismo, cuya conclusión es el juicio o la elección o la operación; y, como las acciones recaen sobre

seres singulares, lo es asimismo la conclusión del silogismo práctico: mas la proposición singular no se deduce como conclusión de lo universal sino mediante alguna proporción singular; a la manera que al hombre le es prohibido el acto de parricidio, por el hecho mismo de saber que no se debe matar al padre y que éste es su padre. Así, pues, la ignorancia puede causar el acto de parricidio versando sobre lo uno y lo otro, es decir, tanto del principio universal, que es cierta regla de la razón, como de la circunstancia singular; lo cual hace evidentemente que no es causa del pecado cualquiera ignorancia del que peca, sino únicamente la que priva de la ciencia prohibitiva del acto de pecado. Así que, si la voluntad de uno se hallase en tal disposición, que no tuviese por ilícito el acto de parricidio, aun cuando conociese a su padre; el desconocimiento del padre no es para el tal la causa del pecado, y sí sólo concomitante a éste; por cuya razón el tal no peca por ignorancia sino que peca ignorando, según Aristóteles (Ethic. l. 3, c. 1 y 2.)". (Suma Teológica, I-II, q. 76, a. 1, "Club de Lectores").

"De si la ignorancia excusa totalmente de pecado". (I-II, q. 76, a. 3.) Después de referirse a la ignorancia consiguiente o concomitante al acto del pecado, expresa: "...Pero la ignorancia que es causa del acto, puesto que causa involuntario, de suyo excusa de pecado; porque lo voluntario es de esencia del pecado. Pero que algunas veces no excuse totalmente de pecado puede suceder de dos modos: 1º De parte de la cosa misma ignorada; porque en tanto la ignorancia excusa del pecado, en cuanto se ignora que algo es pecado. Puede empero suceder que uno ignore ciertamente alguna circunstancia del pecado, la cual sabida le retraería de pecar, ora la tal circunstancia afecte a la razón de pecado, ora no; y sin embargo aún queda en su ciencia algo, por cuyo medio conoce que aquéllo es acto de pecado, por ejemplo, si uno hiriendo a alguien sabe ciertamente que es un hombre, lo que basta para la razón de pecado, más no sabe que es su padre, circunstancia que constituye nueva especie de pecado; o tal vez no sabe que aquél en defensa propia le herirá a él, lo cual si supiese no heriría, lo que no pertenece a razón de pecado; y así, aunque tal peca por ignorancia, no por ello se excusa totalmente de pecado, pues aún le queda el conocimiento del pecado. 2º Por parte de la misma ignorancia, a saber, por la misma ignorancia es voluntaria, ya directamente, como cuando uno afectadamente quiere no saber algunas cosas, para pecar más libremente; ya indirectamente, como si uno por el trabajo o por otras ocupaciones descuida aprender aquello que le retraería del pecado. Porque tal negligencia hace que la ignorancia misma sea voluntaria y pecado, con tal que sea de lo que uno está obligado y puede saber; y por tanto tal ignorancia no excusa totalmente de pecado. Empero, si es tal la ignorancia que llega a ser enteramente involuntaria, o porque es invencible, o por versar sobre lo que no está obligado a saber, tal ignorancia excusa enteramente de pecado". (Suma Teológica, I-II, q. 76, a. 3., "Club de Lectores"; por ignorancia afectada se entiende la que es estudiada o intencional y que aumenta la malicia del acto; en I-II, q. 76, a. 4. trata "De si la ignorancia disminuye el pecado").

b.1.5.1. Se puede observar que existe una ignorancia o error que cuando es invencible excluye la voluntariedad del acto y torna al mismo en involuntario, por lo cual ningún reproche se le formula a la persona.

La ignorancia (o el error) es vencible si la persona incurre en ella a causa de su negligencia (falta de la debida solicitud), o a su falta de diligencia para desvanecer el juicio equivocado sobre la realidad de una cosa; por eso la persona resulta culpable.

La razón de dicha culpabilidad reside en que el accionar del hombre sigue siendo voluntario, aunque podrá considerarse disminuido o imperfecto porque no se ejecutó con pleno conocimiento o advertencia.

Esa ignorancia o ese error se consideran voluntarios pues se deben a la negligencia de la persona, es decir que actúa sin la debida solicitud, o cuando "...omite aprender lo que está obligado a saber..." y puede saber, ya que entonces la ignorancia es indirectamente voluntaria (cfr. Suma Teológica, I-II, q. 6., a. 8.; q. 19, a. 6.; q. 76, a. 3 in fine).

Estos actos voluntarios en el lenguaje actual se denoniman acciones culposas.

El concepto de culpa o acción culposa no es ajena a Santo Tomás, pues los textos citados muestran cómo admite diferencias en los actos voluntarios en orden a que dicha voluntariedad puede ser mayor o menor conforme al conocimiento que se tenga de la realidad de las cosas (por otra parte "la culpa es en sí misma un error debido a falta de cuidado" Marquardt, Eduardo H., Temas Básicos de Derecho Penal, Abeledo-Perrot, 1977, pág. 111, no obstante que Carrara señala entre el error vencible y la culpa una diferencia desde el punto de vista ontológico—que es opinable— v. Programa de Derecho Criminal—Parte General, vol. I (1), Temis 1977, párag. 265, pág. 189).

El siguiente artículo "De si el que mata a un hombre por casualidad incurre en reato de homicidio" (Suma Teológica, II-II, q. 64, a. 8), permite corroborar lo indicado sobre el accionar culposo.

"Debe decirse que, según Aristóteles..., la casualidad (el azar o accidente) es una causa que obra fuera de la intención. Y por esto las cosas que son fortuitas, absolutamente hablando, no son ni intencionales ni voluntarias. Y puesto que todo pecado es voluntario,..., se sigue que las cosas fortuitas, consideradas como tales, no son pecado. Sucede sin embargo que lo que no es querido o intentado o en acto y per se (y por sí mismo), es querido e intentado per accidens (accidentalmente), en cuanto se llama causa per accidens (causa accidental) la que quita (remueve) los obstáculos. Por consiguiente, el que no evita las causas de las que se sigue el homicidio, si debe evitarlas, es culpable en cierta manera de homicidio voluntario. Y esto acontece de dos maneras: de una cuando haciendo cosas ilícitas que debía evitar, incurre en homicidio; de otra, cuando no pone de su parte el debido cuidado. Y por esto con arreglo a derecho si uno se ocupa de cosas lícitas, poniendo el debido cuidado, y de esto se sigue el homicidio, no incurre en reato de homicidio; pero si se entrega a cosas ilícitas o aun a cosas lícitas no poniendo el debido cuidado, no evita el reato del homicidio si de su obra se sigue la muerte de un hombre". (II-II, q. 64, a. 8. "Club de Lectores").

En tal artículo frente a la primera objeción: "1° ...Lamec creyendo matar una bestia mató a un hombre, y que se le reputó esta acción como homicidio. Luego, es reo de homicidio el que casualmente mata a un hombre". Contesta: "A la objeción Iª. diremos que Lamec no tomó las precauciones suficientes para evitar el homicidio. Y por esta razón no evadió el reato (incurrió en culpa) de homicidio". (II-II, q. 64, a. 8, 1ª obj., "Club de Lectores").

Lamec fue negligente al actuar —no tomó las precauciones suficientes, omitió las diligencias debidas— y, por ende, su acto es voluntario pero bajo la forma de culpa.

- b.1.6. Lo expuesto nos permite formular algunas conclusiones:
- a) Siempre que la persona humana actúa lo hace por algún fin, porque quiere un efecto determinado, de lo contrario no realizaría acción alguna; sin un término al que se dirige la acción o un fin es inconcebible el movimiento.
- b) La voluntad va a querer el objeto (aquello) que la inteligencia haya aprehendido o visto como bueno (bien real o aparente) y así se lo presenta.

Esa "razón de bien", como se ha dicho, no tiene que coincidir con el bien real, sólo es suficiente que sea aprehendido por el hombre como bueno por su inteligencia y propuesto así a la voluntad.

Por lo tanto, si la inteligencia (o razón) va a juzgar, valorar, ponderar, ese objeto o fin, no es posible sostener que en esa "razón de bien" que considera la inteligencia al conocer un objeto, no se integre con la conciencia de la criminalidad del acto —el conocimiento de la antijuridicidad—.

Si en ese momento el conocimiento de la antijuridicidad no integra la "razón de bien" aprehendida por la inteligencia, no se puede sostener que posteriormente se va ingresar esa ponderación porque ello importa desconocer la estructura del acto humano que se compone de actos sucesivos.

c) La acción dolosa o la acción culposa constituyen actos humanos, por consiguiente, son voluntarios y libres (proceden de la voluntad deliberada), y también se encaminan a un determinado fin o a producir un determinado efecto, pero con una importante diferencia en orden a cómo se ha concebido y querido ("razón de bien") ese fin o efecto.

En la culpa –igual ocurre con el error vencible o debido a negligencia— la persona quiso y realizó una acción encaminada a algo determinado, de lo contrario no actuaría, pero no advirtió por su falta de diligencia la consecuencia criminosa posible y previsible de su acto.

"El negligente — escribe Carrara—, aunque no quería la lesión del derecho, quiso sin embargo el hecho en (el) que debía haber visto (debía reconocer) como posible o probable aquella lesión". (*Programa de Derecho Criminal— Parte General—* vol. I (1), Temis 1977, parág. 126, pág. 106).

Luego de definir Carrara la culpa como "la voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho", en nota agrega: "La culpa es la falta de conciencia de la criminalidad de nuestros actos que se deriva de nuestra negligencia...es la voluntad de realizar un acto que es contrario a la ley, sin tener conciencia de esta contrariedad, conciencia que, por lo demás, se habría podido adquirir usando mayor diligencia para reflexionar sobre las consecuencias de la propia acción". (ob. cit., vol. I (1), párag. 80, págs. 81/82).

Marquard señala: "...Efectivamente, en alrededor de una docena de figuras delictivas, el Código reprime a quienes no han comprenlido la criminalidad del acto y dirigido su acción, debido a su imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los deberes o reglamentos a su cargo. Son los delitos llamados culposos (*Temas Básicos de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot, 1977, pág. 139).

En cambio, el dolo es "la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe que es contrario a la ley". (Carrara, *Programa de Derecho Criminal - Parte General*, vol. I (1), Temis 1977, parág. 69, pág. 73), o también "obra con dolo quien en el momento de la acción se representa un resultado criminoso como cierto, probable o posible, que quiere o acepta, pues su producción no lo detiene en su actuar". (Fontán Balestra, C., *Trat. de Derecho Penal*, t. II, Abeledo-Perrot 1977, parág. 38.9, pág. 266).

El objeto conocido por la inteligencia, esto es la "razón de bien" o fin visto como bueno difiere en la acción dolosa de la acción culposa.

En el dolo, la persona conoce la antijuridicidad del acto, mientras que en la culpa no tiene conciencia de la criminalidad del acto, y a la persona se le reprocha no haber previsto, cuando pudo hacerlo, el resultado delictuoso.

Por eso, lleva razón JIMÉNEZ DE ASÚA cuando indica que el error esencial y vencible excluye el dolo y sólo deja un remanente de culpa.

Quien obra por ignorancia o error (esencial) que le es imputable a su negligencia o a su falta de cuidado, no valora ni juzga debidamente el hecho, lo cual le impide adquirir conciencia de la criminalidad del acto realizado, por tanto, sólo podrá responder a título de culpa; se le reprocha no haber advertido (omisión voluntaria de diligencia en calcular) la consecuencia criminosa posible y previsible de su hecho.

En conclusión, entre el acto doloso y el acto culposo existe una diferencia cualitativa como señala JIMÉNEZ DE ASÚA ("...cuando en verdad se distinguen no cuantitativamente, sino cualitativamente. El dolo es una cosa y otra la culpa"; *Trat. de Derecho Penal*, t. VI, n° 1802 bis, pág. 583), y esperamos haberlo aclarado.

7.1. Con relación al tema del error existe un criterio distinto al que adopta la Comisión, por eso se prefiere el siguiente texto comprensivo del error de tipo (art. 41, inc. 1°), y del error sobre los presupuestos de una causa de justificación o de inculpabilidad (art. 40, inc. 10 e inc. 12; art. 41, inc. 4°); se siguen los lineamientos de los proyectos de 1973 y 1979 (v. Terán Lomas, Derecho Penal - Parte General, t. II, Astrea, 1980, págs. 52/53).

"No es punible el que no hubiere comprendido la criminalidad del acto por errónea apreciación de un elemento constitutivo de la figura legal, o debido a la errónea creencia de que median circunstancias de hecho que justifican o exculpan su obrar".

"Si el error fuese imputable a culpa del agente se aplicará la pena del correspondiente delito culposo".

7.1.1. En la exposición de motivos no se explica por qué en algunos casos de error la imposición de la pena es imperativa ("será penado", art. 41, inc. 2°, o "se le aplicará", art. 41, inc. 4°) y en otros aparece como facultativa ("se le podrá aplicar", art. 41, incs. 1° y 3°).

En todos los supuestos tendría que decir "será aplicable" o "se le aplicará".

7.1.2. En la exposición de motivos se expresa: "...la Comisión ha establecido que para el error sobre algún elemento constitutivo del hecho penal (error de tipo) se reduzca la pena para el delito culposo. No es que la acción sea imprudente, sino que la sanción que se impone se toma del delito culposo".

Alguna aclaración sobre este punto se debería hacer, pues si se sostiene que "los fundamentos para la determinación de las penas son...y la culpabilidad del autor..." (art. 7.2.), no aparece como comprensible que a un hecho doloso — "... no es que la acción sea imprudente..."— se la quiera castigar con la pena del delito culposo.

Además por qué, en los casos de los incisos 3° y 4° del art. 41, por ser doloso el accionar (teoría de la culpabilidad) la escala penal es la correspondiente para la tentativa y en este supuesto se da un tratamiento diferente –reitero si nos atenemos a lo expuesto en la exposición de motivos, "no es que la acción sea imprudente"—.

7.1.3. Un tema difícil es el relativo a la ignorancia de la ley penal o error de prohibición.

En la nota al art. 22 del Proyecto de 1960 Soler expresa: "Si se aspira a la construcción de un derecho penal cuyo núcleo esté constituido por la culpabilidad y si, en consecuencia, se postula como principio ideal el de que nadie sea sin culpa sometido a pena, no cabe duda de que el error o la ignorancia de derecho quitan base de justicia a la punición". (cit. por Jiménez de Asúa, *Trat. de Derecho Penal*, t. VI, n° 1774, pág. 448; Soler en el art. 22 siguió la doctrina de la culpabilidad, expresa Jiménez de Asúa, *Trat. de Derecho Penal*, t. VI, n° 1802 bis, págs. 581 y 582).

Resulta conveniente tener en cuenta lo señalado por MARQUARDT en cuanto a que la ignorancia del derecho o error de prohibición, en principio supone en quien lo padece una negligencia. Para ello indicaba que las disposiciones del Código Civil (arts. 20 y 923) tienen su

origen no "en la suposición de que la ley se repute conocida, sino, lo que es muy distinto, en la presunción de que el desconocimiento de la ley o el error de derecho suponen siempre una negligencia de parte de quien la padece." (*Temas Básicos de Derecho Penal*, Abeledo-Perrot 1977, pág. 143).

Por eso, en principio, como se trata de un error culpable no excusa; "el hecho realizado en virtud de ese tipo de error nunca será doloso, porque falta en el agente la comprensión de la criminalidad del acto, pero debe ser castigado con la pena del delito culposo si el hecho está previsto por la ley como delito culposo". (Marquardt, Temas Básicos de Derecho Penal, pág. 144).

Al igual que JIMÉNEZ DE ASÚA que en este tipo de error ponía el límite de la buena fe (*Trat. de Derecho Penal*, t. VI, nº 1797, pág. 565), MARQUARDT también refiere a que "el autor juzga de buena fe que su hecho es lícito" (pág. 144).

Frente a esta problemática cuestión y con ciertos reparos un texto posible sería el siguiente: "No es punible el que no hubiere comprendido la criminalidad del acto por ignorancia o error invencible de la ley penal transgredida. Si la ignorancia o el error fuese imputable a culpa del agente se aplicará la pena del correspondiente delito culposo".

Dos aspectos a considerar serían, si en el texto propuesto se puede incluir una referencia a la buena fe; y el otro, es un tema que también debe someterse a discusión como ser la posible previsión de un "sistema de culpa de Derecho", para poder sancionar los hechos que no están previstos como delitos culposos en el único y exclusivo supuesto de error de prohibición (cfr. la cita de Jiménez de Asúa, t. VI, nº 1802 bis, pág. 586, "..en todos los casos de ignorancia culposa de la prohibición, en los que la acción culposa no se halle sancionada con pena, deberá ser castigado el agente 'por culpa jurídica', con prisión de dos años como máximo").

• . .

EL HOMBRE ENCARCELADO Y LA PASTORAL PENITENCIARIA

Ignacio Rodríguez Varela*

Sin intentar un profundo estudio de antropología filosófica nuestro trabajo pretende adentrarse en este capítulo, en la visión de la naturaleza humana y su relación con las ciencias penales en general y la penología, dentro de éstas, en particular.

No cabe duda que la concepción filosófica que se tenga del hombre y su cosmos influye y determina no sólo toda valoración teórica que sobre las relaciones humanas se tenga sino también en el terreno de los hechos, habrá de dar base y fundamento a los actos interpersonales y políticos, entendiendo estos últimos como los que se dan entre el Estado y los individuos de la comunidad.

El hombre, a quien la filosofía aristotélica define como sustancia compuesta, de materia y espíritu, con inteligencia que le permite acceder al conocimiento de la verdad, con sociabilidad connatural que le impulsa a vivir en formas ordenadas de vida común, y con libertad interior que mueve su voluntad hacia el bien o el mal, constituye el tema esencial de toda introducción a las disciplinas criminológicas. En efecto, muy distinta será la visión del delito y de la pena según nos ubiquemos en las diversas perspectivas antropológicas de nuestro tiempo.

La brecha mayor entre las distintas corrientes del pensamiento es la que separa a quienes sostienen por un lado y aquellos que niegan por el otro, la naturaleza trascendente del hombre. Las conclusiones de ambas filosofías son irreconciliables, como irreductibles las diferentes consecuencias que esas tesis contrarias tienen cuando se llevan a la práctica.

^{*} Abogado. UCA. Profesor asistente de Derecho Penal, Parte General a cargo lel Doctor Jaime Lucas Lennon, UCA.

La tesis realista a la que adherimos, considera al hombre como un ser con vocación eterna. Animal racional cuya materia prima en el sentido de la física filosófica, está organizada por la forma substancial que llamamos alma humana. Desde esta perspectiva el hombre no es un momento más dentro de la evolución de la materia ni tampoco un mero fenómeno para el cual bastan las normas del método científico, sino la criatura más perfecta de la creación, hecha por Dios a su imagen y semejanza.

Esta concepción antropológica es aprehendible por la razón. Debe quedar esto en claro porque no pocas veces los principios fundamentales de la filosofía realista son negados en forma meramente enunciativa y apriorística con el argumento de su filiación religiosa o revelada. Ciertamente las verdades trasmitidas por Dios a sus hijos por medio de su palabra, perfeccionan aquel conocimiento y lo complementan con una luz a la cual la inteligencia humana nunca hubiese podido llegar, pero los conocimientos metafísicos elaborados por la escuela escolástica hasta la conciliación de fe y razón realizada por Santo Tomás de Aquino en su monumental obra, derivan de la inquietud filosófica y los principios fundamentales elaborados a partir de la observación de la realidad. El hombre es un ser religioso y su espíritu sólo podrá encontrar completa satisfacción y perfección en el ser que es pura esencia.

En el cosmos aprehendido por esta visión, rige al universo la Ley Eterna dictada por su Creador. La participación del hombre en este ordenamiento es la ley natural.

Quienes niegan la naturaleza trascendente del hombre, cercenan su ser limitándolo a un mero mecanismo material. Ya no se encontrará revestido y elevado a su condición de creatura llamada a lo sobrenatural, sino que quedará convertido en un engranaje más dentro de una visión caótica del cosmos.

Las consecuencias son nefastas y las posibles iniquidades, infinitas.

Así, preocupaciones que derivan de la cosmovisión espiritualista carecerán de sentido y no existirán límites heterónomos, objetivos y límites suprapositivos para el accionar del poder estatal. Así ha ocurrido en nuestro siglo bajo las formas de Estado totalitarias que, por encima de diferencias accesorias, han coincidido en el desconocimiento de la dignidad inherente a toda persona.

Al no existir preceptos inalterables, el hombre queda subordina do a los caprichos de aquellos que detenten el poder dentro de la so ciedad. Ningún atributo en su naturaleza justificaría que se lo consi dere más digno que cualquier otro ser. Desde esta perspectiva, aquellos que se consideren inútiles o peligrosos para el orden social imperante, serán separados como un mero acto reflejo. Si no son eliminados como un elemento inservible, serán aislados sin que se atienda en ellos ninguna realidad que merezca siquiera la inquietud de una eventual recuperación. Se tratará de simples mecanismos de aséptico materialismo. Y, para que se tenga desde ahora una visión de las consecuencias prácticas, en el caso de las prisiones, éstas se convertirán en un mero ayuntamiento de individuos separados del resto, amontonados y abandonados a su suerte.

Entonces, aquella brecha de la que hablábamos, influye de manera decisiva en el concepto que se tenga de la dignidad humana.

Pero la visión antropológica que aquí sostenemos, supone también un postulado que tiene sobre las ciencias penales una importancia fundamental:

Este hombre cuyos actos rige la ley natural, es un ser moral.

Así como no lo determinan las leyes físicas, su participación en la Ley Eterna difiere del resto de las creaturas porque él es capaz de autodeterminarse a su perfección natural.

La idea de un orden moral y la posibilidad del hombre de aprehenderlo suponen la existencia de actos humanos orientados al bien o al mal. El hombre tiene "libre albedrío", concepto que no implica lo mismo que el de "libertad". En consecuencia, la prescripción de ciertas conductas que se consideran como el mínimo exigible por la sociedad en el obrar humano, derivan y suponen la posibilidad del hombre de optar por ajustarse a ellas o violarlas. Esto, a su vez, otorga fundamento último a la previsión de un castigo por la infracción de aquellos preceptos.

Tenemos aquí la base de la tesis de la naturaleza retributiva de la pena.

En las antípodas de este pensamiento, aquella corriente que reduce al hombre al fenómeno, cuando es consecuente y ofrece un razonamiento coherente², debe buscar el fundamento de las normas pe-

Las contradicciones en que incurren aquellos que niegan el orden moral, encuentran razón de ser en la propia fuerza de la verdad que termina imponiéndose

Entendemos que el hombre sólo es libre cuando se autodetermina al bien. Francesco Carrara (*Programa de Derecho Criminal. Parte Gral.*, Depalma, 1956, pág. 19), aplica este concepto de Libertad a las Ciencias Penales diciendo que "La ley humana no minora la libertad al circunscribirla dentro de los límites de su naturaleza. Por el contrario, el derecho penal es protector de la libertad humana, así externa como interna. De la interna, porque da al hombre una fuerza más para vencer a su peor tirano, como son las propias pasiones; y el hombre, nunca es tan libre como cuando subordina las pasiones a la razón y la razón a la Justicia".

nales en postulados diferentes. Será la necesidad de solucionar el fenómeno "delincuente", con aquel mero aislamiento de la sociedad al que hiciéramos referencia más arriba. Este hombre, pura materia, habrá de violar la ley establecida (que lejos de ser ordenamientos de la razón tendrán como única fuente la voluntad del legislador de turno) determinado por factores externos o internos. En cualquiera de esos casos, la causa de su obrar contrario a una norma dada, no se afinca en la posibilidad de elegir entre el bien y el mal, sino en fenómenos ajenos a su voluntad que suponen o bien la influencia de un medio desfavorable o una enfermedad o alteración fisiológica que lo llevan a actuar de esa manera.

Así, la pena no estará emparentada con el castigo sino únicamente con la necesidad de proporcionar a la sociedad seguridad y, según el caso, intentar la cura del enfermo delincuente.

Vemos entonces que las diferentes filosofías tienen innegable influencia en la noción del objeto, la determinación del método y la elaboración de las conclusiones de la penología. Muy distinto va a ser el desarrollo de los principios de esta ciencia según los fundamentos filosóficos a los cuales se adhiera.

Esto no quiere decir que en su desarrollo práctico, las tesis que niegan el orden moral no hubiesen aportado elementos válidos que enriquezcan los principios de la escuela clásica del derecho penal. Todo lo contrario, han permitido que, sin apartarse de las bases filosóficas, se atendiera aún más al individuo y las circunstancias particulares que pueden *condicionarlo*, nunca determinarlo, a delinquir. En definitiva, contribuyeron a humanizar el derecho penal.

También inspiraron soluciones para aquellos casos en los cuales la violación de las normas tiene su origen en actos que no son perfectamente humanos por ser ejecutados sin intención y voluntad. Se reconocen así factores que efectivamente pueden ser objeto del método científico, pero no por ello se elevan esos fenómenos al nivel de causa del obrar humano.

aun cuando se intenta argumentar en su contra. El propio Carrara (ob. cit. págs. 32/33), criticando las doctrinas deterministas, pone de manifiesto su incoherencia y las acusa de pretender, al igual que Lombroso, conciliar la tesis determinista con el mantenimiento del derecho penal. "Si decís que es necesario amenazar con penas al mal inclinado, para neutralizar en él el influjo de causas criminosas, confesáis, sin advertirlo, que el delincuente es libre de elegir entre éstas y aquéllas. Hay, pues, una verdadera contradicción entre el desarrollo de este sistema y el principio que toma como base".

Para concluir esta breve referencia sobre la búsqueda de los primeros principios y las últimas causas de nuestras ciencias penales, corresponde señalar que aquellas corrientes filosóficas se vieron reflejadas en doctrinas concretas dentro de las disciplinas jurídicas en general y, entre éstas, las que conforman la enciclopedia de ciencias penales.

Pero el mundo del derecho es poco permeable a los cambios. En consecuencia, las grandes revoluciones en el terreno de la metafísica y las ideas, recién hacen notar su impacto con siglos de atraso. No habremos de extendernos en esta posición, que sin duda alguna merece su propio estudio de historia y filosofía del derecho penal. Sin embargo, bien vale destacar que a nuestro criterio, aquellas corrientes del pensamiento que desembocaron en escuelas como la positivista del derecho penal, y otras que pusieron el acento en esquemas racionalistas que pretendieron concebir un orden jurídico con prescindencia absoluta de la realidad, tienen su base en doctrinas filosóficas desarrolladas a partir del siglo XIII, luego de la conciliación que Santo Tomás hiciera entre la escolástica y las verdades reveladas.

Se trata de dos grupos definidos dentro de las corrientes del pensamiento, por un lado aquellas que pretendieron explicar todo el universo a través del método de las ciencias experimentales como el cientificismo desarrollado en la universidad de Oxford bajo el ala de Bacon (método utilizado cientos de años después por Lombroso, Ferri y Garofalo) y en el otro extremo, las que llevaron a esquemas del pensamiento racionalista que terminaron negando el jusnaturalismo desde la perspectiva de un hombre encerrado en su propio conocimiento, aislado de la realidad y privado de inquietudes metafísicas (que alcanzan su máxima expresión en el terreno jurídico en la teoría pura del derecho que Kelsen elabora a principios de este siglo y que hoy en día ha hecho carne en el pensamiento de los autores y doctrinas penales más en boga³).

³ Como el llamado "funcionalismo" (que tiene en Günter Jakobs a su máximo exponente) que interpreta los conceptos penales únicamente desde su funcionalidad respecto de un sistema positivo dado, llegando a afirmar, en el caso de la pena, que "sólo puede ser legitimada por el valor del Ordenamiento para cuyo mantenimiento se castiga", G. Jakobs. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, 2ª edición 1/20. El propio Jakobs reconoce, ante las críticas de ambivalencia o relativismo de su modelo de análisis funcional, que de acuerdo con él, en efecto, no se puede negar que el orden más injusto, en la medida en que efectivamente funcione, podría encajar en las descripciones por él mismo realizadas y que el punto de vista escogido, que trata de comprender el fenómeno de "la normatividad en sí", no garantiza que las normas de las que se trate sean "normas en el sentido enfático",

Es que al mundo del derecho llega también, a su tiempo, la eterna disputa que la búsqueda de la verdad genera, entre la adhesión a los principios inalterables, esencias y conceptos universales aprehendibles por el hombre a partir de los datos de la realidad por un lado, y por otra parte la admiración que provoca la experiencia de los sentidos y la tendencia a elaborar esquemas apriorísticos con los que se pueda explicar de una vez y para siempre al hombre y sus circunstancias.

Sobre esta milenaria disputa, llama la atención RAFAEL GAMBRA⁴ al comienzo de su Historia Sencilla de la Filosofía; allí nos enseña que "durante veinticinco siglos, desde la época fabulosa de los Siete Sabios de Grecia hasta nuestros días, el espíritu humano se debate en esta tremenda lucha consigo mismo y con una realidad que se le desdobla en dos experiencias contradictorias. Asistiremos a esta gran tragedia del hombre y su existencia enhebrando los grandes sistemas filosóficos que se han sucedido a través de los tiempos, buscando sencillamente lo que cada uno ha añadido, y percibiendo al mismo tiempo el sentido y la continuidad de la lucha misma".

Aportes de la cultura Judeo-Cristiana

La visión antropológica que hemos hecho propia, reconoce su raíz en la revelación judeo-cristiana y ha recibido aportes culturales helenos y romanos. En esta perspectiva, el hombre, como lo enseña el génesis bíblico, fue creado por Dios "a imagen suya" inspirándole "en el rostro aliento de vida" (Gén. 1.27 y 2.7). El hombre, todo hombre, sin excepción alguna, constituye la culminación de la obra del Creador. Por su origen divino, y por su vocación final, que trasciende el tiempo y el espacio, es acreedor a respeto, cualquiera fuera su situación jurídica, social o económica.

El Cristianismo, como no podría hacerlo ninguna filosofía, contribuye a enaltecer la visión del hombre al enseñar que, mediante el

es decir, normas legítimas. Asimismo, en lo que no implica sino desterrar toda inquietud metafísica del ámbito del derecho penal, el funcionalismo afirma que su visión no ahorra ni desplaza las cuestiones de legitimación, pero, a su juicio, éstas no pueden ser resueltas en el plano interno del Derecho Penal –Enrique Penaranda Ramos y otros en "Consideraciones sobre la teoria de la imputación de Günter Jakobs" que prologa los *Estudios de Derecho Penal* de Günter Jakobs, UAM y Civitas, S.A ediciones. Madrid 1997.

⁴ RAFAEL GAMBRA, Historia Sencilla de la Filosofía, Rialp, 1986, pág. 41.

Misterio de la Encarnación del Verbo, Dios asume la condición humana y se introduce en el curso de la historia. El linaje del hombre aparece así revestido de dignidad infinita. La profundidad insondable del misterio pascual se acentúa al proponernos Cristo el servicio de Dios en el prójimo. "En verdad—dice el Señor en el Evangelio de San Mateo— que cuantas veces hicisteis eso (un acto de amor con pobres, hambrientos, sedientos, desamparados, enfermos o presos) a uno de estos mis hermanos menores a mí me lo hicisteis" (Mt. 25, 40).

En igual sentido, San Pablo, en la Epístola a los Gálatas, subraya la dignidad inherente a toda persona que, como novedad incomprensible para su tiempo, el Apóstol predica en términos clarísimos, rechazando las discriminaciones prevalecientes entre sus contemporáneos: "No hay ya judío o griego, no hay siervo o libre, no hay hombre o mujer, porque todos sois uno en Cristo Jesús" (Gál. 3, 28).

Este nuevo humanismo, actuando como fermento renovador en los ordenamientos legislativos, contribuyó de modo notorio a la paulatina evolución de la legislación penal. No es éste el momento oportuno para formular una recapitulación histórica. Nadie, por lo demás, con mínima objetividad desconoce que el humanismo de inspiración judeo-cristiana es el que sirve de principio y fundamento a la moderna penología.

Mucho se ha discutido en este siglo sobre el sentido de la pena. Expositores de doctrinas absolutas, relativas y mixtas han disputado en torno a la naturaleza de la represión y al significado de la pretensión punitiva del Estado. Pío XII, en magistral alocución pronunciada el 3 de octubre de 1953 ante los miembros del VI Congreso de Derecho Penal Internacional, formuló precisiones sobre temas criminológicos que conservan hoy plena actualidad. Señaló, en primer término, que el Derecho Penal tiene por objeto castigar al transgresor y por medio de la pena reconducirlo a la observancia del orden violado.

La perspectiva del gran pontífice tiene, por supuesto, como principio y fundamento, la visión jusnaturalista de raíz cristiana, griega y romana, que reconoce a Dios como Causa Eficiente Primera del cosmos y del orden; a la Ley Eterna, como expresión de la inteligencia creadora y ordenadora del Altísimo; a la ley natural, como participación de la Ley Eterna en el hombre; y al derecho positivo como un ordenamiento de razón que, para ser tal, y no una simple iniquidad con forma de norma, debe ser justo, es decir, adecuarse a los parámetros trascendentes y objetivos de la ley natural, sin perjuicio de las modalidades y caracterizaciones derivadas del diferente desarrollo cultural de las diversas comunidades.

Es el sentido humano espontáneo de la justicia -enseñaba Pío XII- el que exige una sanción y el que descubre, en la amenaza de una pena aplicable a todos, una garantía, sino infalible, por lo menos no despreciable contra tales delitos. Como explicó en su programa el magistral Carrara, lo esencial es que el derecho esté construido sobre la voluntad de evitación del mal, no sobre la idea utópica de su supresión. Los excesos ascéticos son, en este tema, equivocados. Ellos llevan -como explica Soler-, a título de protección contra lesiones posibles, a la supresión de la libertad civil. El derecho no suprime la ilicitud; trata de evitarla, la combate y la castiga. Los delincuentes, como lo intuyó Garófalo, no son una especie aislada y diferente en lo esencial del resto del género humano. Son, como nosotros, hombres condicionados por factores exógenos y endógenos, en mayor o menor grado, según los casos, pero siempre, salvo cuadros patológicos, con libertad interior que permite avanzar hacia la virtud o retroceder hacia la perversión.

"El hombre –advertía Pío XII– es un ser personal dotado de inteligencia y voluntad libre, un ser que finalmente decide por sí mismo lo que hace y no hace. Estar dotado de autodeterminación –aclaraba el Papa– no quiere decir que se vea libre de toda influencia interna y externa, de toda atracción y de toda seducción; eso no quiere decir que no haya que luchar para seguir por el recto sendero, que no haya que emprender cada día un combate difícil contra los impulsos instintivos tal vez enfermizos; pero eso quiere decir que, a pesar de todos los obstáculos, el hombre normal puede y debe mostrarse tal". Puede, en definitiva, usar de su libertad para encaminarse hacia el bien, o ejercerla para buscar un bien aparente, es decir, el mal.

Esta visión antropológica obliga, también, a desechar, para el ámbito del Derecho Penal, las teorías orientadas hacia la responsabilidad objetiva, cualquiera sea el motivo o el pretexto que se esgrima para sostenerlas. Los totalitarismos del Estado, que con vehemencia han sostenido dichas teorías, pretendieron deshumanizar el Derecho Penal, ubicándolo al servicio de concepciones mitológicas degradantes concebidas en función de la clase, la raza o el Estado. En este siglo XX hemos visto el crecimiento del trigo, puesto en evidencia a través de la creciente comprensión de la dignidad inherente a toda persona y el progreso simultáneo de la cizaña, caracterizado por guerras que han costado millones de muertos, por el genocidio perpetrado con pretextos raciales; por el terrorismo vandálico; en fin, por excesos como los que se han sucedido hasta nuestros días.

No es, pues, superfluo, reiterar nuestra adhesión a principios que tienen su raíz en los orígenes mismos de lo que en sentido cultural el filósofo Julian Marías denomina Occidente⁵. La pena presupone un acto culpable. Y la esencia del delito—según el magisterio de Pío XII—consiste en la oposición libre a la ley reconocida como obligatoria y en la ruptura y la violación consciente y querida del orden justo. En esta perspectiva, la pena tiene un sentido expiatorio que no han conseguido esfumar las doctrinas adheridas al positivismo penal.

Hacia una pastoral penitenciaria

Esto último no significa que la pena no deba tener también el propósito de "prevenir todo peligro de un nuevo delito por medio de la conversión moral íntima del delincuente". Tampoco, como es obvio, el sentido expiatorio que puntualiza Pío XII importa desconocer uno de los fines generales más relevantes de la pena, claramente destacado por Ricardo Nunez, en el sentido de que la sanción cumple una función de prevención general para desalentar la comisión de delitos.

Pero todo lo dicho sobre los fundamentos filosóficos de la pena no excluye que luego de impuesta deba orientarse hacia la recuperación personal y social del condenado. Lo dice claramente la Ley Penitenciaria Nacional, complementaria del Código Penal, al establecer su artículo 1º que "la ejecución de las penas privativas de Libertad tiene por objeto la readaptación social del condenado". Como lo puntualiza Soler en su tratado, el correccionalismo no puede ser invocado como fundamento único de la pena, pero sirve de adecuado sustento a la teoría de la ejecución penal.

El Dr. Alberto Rodríguez Varela⁶, cuyo pensamiento hemos venido siguiendo en los párrafos anteriores señala que: A la cárcel, como se ha dicho muchas veces, no entra el delito sino el delincuente, el hombre cuya dignidad exige un trato y un tratamiento que contribuyan a su reinserción social. La prisión –ha dicho Juan Pablo II, el 6 de enero de 1980, en su visita a una cárcel romana⁷ – debe ser "escuela de rehabilitación". Para ello –agrega el Papa– es necesario acordar la debida importancia al estudio, al trabajo y, por supuesto, a la debida asistencia espiritual.

⁷ L'Osservatore Romano, 27 de enero de 1980.

⁵ JULIAN MARÍAS, edición discográfica de PROARTEL de su ciclo completo de conferencias en Argentina en 1971. Sobre el tema central "qué es occidente".

⁶ Discurso pronunciado por el Ministro de Justicia de la Nación el 2 de marzo de 1981 en la primera Conferencia Nacional del Clero Penitenciario Argentino.

Es ésta una actividad difícil que exige humildad y amor. Reclama, a los capellanes, una vocación sacerdotal que requiere heroísmo, abnegación y paciencia. La asistencia religiosa, en tanto respete la intimidad de la conciencia, es un complemento que coadyuva a la readaptación plena del condenado. La parábola de la oveja perdida nos revela la importancia, desde un punto de vista sobrenatural, de la pastoral penitenciaria.

En la alegría que suscita el reencuentro con la oveja extraviada, los capellanes encontrarán, seguramente, estímulo para una tarea que exige, como a todos los que trabajan en el medio penitenciario, motivaciones espirituales firmes y profundas. Juan Pablo II, en carta al Ministro de Justicia de Italia, enviada el mismo mes de la mencionada visita a la cárcel de Roma⁸, señaló las particularidades de la vocación penitenciaria, aplicables a todos los que actúan en establecimientos carcelarios, pero sobre todo a quienes cumplen una misión pastoral.

"Su trabajo –afirma el Papa– no es un simple empleo, sino tarea delicada y precioso servicio social que exige de todos sentido moral y profesional, muy singular competencia y madurez experimentadas, profundo sentido de responsabilidad, gran capacidad de entrega y servicio e intensa humanidad; pero más aún –agrega Juan Pablo II–la tarea penitenciaria requiere como fundamento de todo, fe sólida y dinámica en Dios Padre de todos, y gran amor al hombre, criatura frágil pero siempre hijo de Dios".

La actividad pastoral, como es obvio, está dirigida a quienes libremente la desean y necesitan. No tiene el propósito de vulnerar el ámbito de la conciencia ni alterar la libertad de cultos y el derecho que los internos tienen de recibir asistencia por parte de ministros de otras confesiones. La asistencia espiritual concierne a un ámbito que pertenece más a Dios que al César. La autoridad puede sancionar los actos externos que vulneren la convivencia y el bien común. Pero no debe lesionar la intimidad de la conciencia ni dejar de cooperar en la tarea de readaptación integral de los internos facilitando no sólo su rehabilitación mediante el trabajo, el deporte y estudio, sino también a través del desarrollo de su vida espiritual.

Propuestas concretas

Hemos abordado en nuestro estudio sobre la espiritualidad penitenciaria, los fundamentos últimos de la naturaleza trascendente del

⁸ L'Osservatore Romano, ed. cit.

hombre. Mencionamos también el modo en que la doctrina cristiana completa e integra esos principios y avanzamos hacia la realidad de una pastoral penitenciaria.

En el primer capítulo hemos dicho que entendíamos a la Libertad y al libre albedrío como conceptos diferentes.

Es importante recordarlo ya que es este último consecuencia del orden moral que es causa primera del Derecho Penal y en definitiva los sujetos de la actividad pastoral son hijos de Dios que, más o menos condicionados por distintos factores, optaron por el camino del mal o vieron equivocadamente en él a su contrario.

Pero, siguiendo la apuntada distinción, consideramos que esos actos opuestos a las normas morales mínimas exigibles por la sociedad, no son actos "libres" en el sentido estricto de lo que la libertad significa. No lo son si entendemos la Libertad como la facultad del hombre de autodeterminarse al bien. En esta concepción, el obrar que llevó a aquellos individuos a prisión representa un eslabón más en una cadena de actos condicionantes y paulatina determinación de la voluntad que dificilmente se conforma en un solo episodio y bien puede terminar en alguna forma de verdadera alienación⁹.

En consecuencia, resultan acertadas las palabras del Cnel. Pavía¹⁰ cuando afirma que "corresponde a los sacerdotes, en la unidad y organización que les agrupa institucionalmente, en el conocimiento mutuo, en las reuniones fecundas, en la posibilidad de estudio y de orientación que las mismas ofrecen, encontrar los medios más eficaces para conducir a aquellos que las vicisitudes de la vida, la falta de orientación y de principios y a veces la maldad de los demás, más que la propia, han puesto en nuestras manos en la multiplicidad de sus

10 Citado en "La pastoral penitenciaria del Servicio Penitenciario Federal Argentino", Capellanía Mayor del Servicio Penitenciario Federal, diciembre de 1980.

⁹ La realidad del condicionamiento paulatino de la conducta de los delincuentes habituales, encuentra aplicación legal en la "accesoria de reclusión por tiempo indeterminado" del art. 52 de nuestro Código Penal. Al respecto, señala Luis C. Cabral. en su Compendio de Derecho Penal que "La situación de los delincuentes habituales –reincidentes múltiples y reiterados– ilustra sobre los efectos del mal uso de la libertad en aquellos sujetos cuya vida está jalonada por constantes claudicaciones de su posibilidad de determinarse conforme a los valores. En efecto, sería inexacto afirmar respecto de ellos que han perdido toda posibilidad de autodeterminarse en sentido correcto; pero no cabe duda de que el ámbito de su poder de optar por el camino del bien se estrecha cada vez más. De ahí que, como consecuencia accesoria de la última condena –y además de ésta–, la ley disponga que se les aplique la accesoria de reclusión por tiempo intedeterminado, medida que reúne a la vez las características de la pena y de la medida de seguridad." (Luis C. Cabral, ob. cit., pág.142).

aspectos humanos, para que puedan, por obra de nuestra capacidad, ser devueltos a la sociedad que los reclama, recuperados esencialmente en su contextura de hombres libres, interna y exteriormente."

Para adentrarnos en el modo en que estos mandatos pueden ser llevados a la práctica, vale citar experiencias de pastoral penitenciaria recogidas tanto en nuestro país como en otros Estados. Entre éstos, fundamentalmente aquellos que forman parte de nuestra propia región y ofrecen la ventaja de compartir el mismo origen y destino cultural e innumerables coincidencias en la idiosincrasia de sus pueblos.

Prácticamente todos ellos coinciden en los lineamientos generales de la pastoral penitenciaria y éstos tampoco difieren de los que esbozara el Papa Juan Pablo II.

Se pueden resumir en:

l) Actuar en forma organizada. Como ocurre en cualquier actividad humana, la planificación y la unidad de objetivos hacen más efectiva cualquier acción que se encare. Entre los "criterios y metas" del primer encuentro nacional de pastoral penitenciaria en México¹¹, se señala "integrar un Secretariado nacional penitenciario de sacerdotes y laicos; dicho organismo estará asesorado por un delegado episcopal; conjuntamente se coordinarán todas las actividades en beneficio de los reclusos del país. Celebrar reuniones periódicas por regiones pastorales para una mejor planeación común."

En forma coincidente y con elocuencia, la Capellanía General del Servicio Penitenciario 12 afirma en sus conclusiones que "en la misma medida que el error y el mal no obran aisladamente sino que se propagan metódicamente y actúan organizados, igualmente organizada debe ser la siembra de la verdad y el trabajo apostólico".

Por su parte, en las conclusiones de las "Segundas Jornadas de Pastoral Penitenciaria de Venezuela" se recomienda "el desarrollo integral humano y cristiano de los internos de acuerdo al programa de actividades establecido por la Dirección Prisiones del Ministerio de Justicia a través de la Capellanía General". "Elaborar y unificar los

¹¹ L'Osservatore Romano, 23 de diciembre de 1979, "México, Primer Encuentro Nacional de Pastoral Penitenciaria".

¹² Capellanía Mayor del Servicio Penitenciario Federal, doc. cit.

¹³ Revista "Nueva vida", nº 19, septiembre de 1978, "Segundas Jornadas de Pastoral Penitenciaria de Venezuela".

formularios de los diversos informes de capellanía" como así también "la realización de jornadas Nacionales de Capellanes cada dos años y jornadas Nacionales cada año".

2) La debida formación de quienes ejercen el apostolado, completa y acorde al medio especialmente difícil y duro en el que habrán de desenvolverse.

La mayor parte de las circunstancias que atentan contra el progreso moral del hombre, cualquiera sea su condición, en la prisión se potencian. Esto crea un cuadro de situación que necesariamente trasforma cualquier intento de fomentar la espiritualidad en una empresa por demás ardua.

Baste para dar una idea de esto la descripción que en su "Catequesis Penitenciaria", hace el movimiento penitenciario chileno de su "sujeto de evangelización" 14: "En general, se trata de muchachos de hábitos precarios y torcidos, contraídos tanto fuera como dentro del ambiente penitenciario. Tales hábitos no sólo los incapacitan progresivamente para la vida familiar y social, sino que, evidentemente, son una barrera muy grande para la Gracia. Demás está decir que el ocio del ambiente penitenciario facilità la falta de voluntad de recuperación. Su ambiente de procedencia es, generalmente, una familia mal constituida...Muchos, después de escapar de casa, por incomprensiones, mal trato, o ingreso de un padrastro o madrastra, han caído en el delito para asegurar su subsistencia. Asimismo, una vez cumplida la condena, no tendiendo donde ir, volverán a ejercitar 'su oficio'. Y, efectivamente, pesa tremendamente sobre ellos el problema de los 'antecedentes'. Toda esta situación los ha llevado a ser muy utilitaristas. No les importa tanto qué es bueno y verdadero, sino lo que les es inmediatamente útil. Así se explica que sólo busquen lo que les alivie su condición y sus necesidades materiales: alimentos, ropa, etc. La religión también cae bajo este punto de vista. Y es muy tentador para el Catequista que quiere un éxito fácil...aunque aparente, utilizar tal punto de vista. Este utilitarismo les ha hecho concebir conceptos equivocados incluso respecto a la vida, al amor, a la mujer, a la patria y a la religión".

En el capítulo IV de sus Cien años de historia penitenciaria en Guatemala, Antonio Lopez Martin¹⁵, señala que "hay denominadores

¹⁴ Movimiento Penitenciario Chileno, "Catequesis Penitenciaria".

ANTONIO LOPEZ MARTIN, Cien años de historia Penitenciaria de Guatemala, cuarta parte, aspecto religioso.

comunes para todos los internos: a) su privación de libertad; b) su aislamiento. No tienen relación normal con su familia, con su barrio. con su propio grupo laboral; c) el motivo de su internamiento, el delito cometido y sancionado, pesa como una losa sobre la vida de cada uno de los internos".

Por estas latitudes, Monseñor de Nevares¹⁶ ha dicho que "entre los reclusos hay espíritus plenos de contradicciones e inconscientes que no encuentran gravedad en el delito y tampoco parecen preocuparse demasiado de aquél; el desequilibrado, el quejoso, el vencido, el desplomado a veces, el dejado y el resignado, así como el arrepentido y el que intenta su superación".

Por todo ello, quienes se desempeñarán como agentes de pastoral deben estar especialmente capacitados.

Entre las conclusiones del Primer Encuentro Nacional de Pastoral Penitenciaria en México¹⁷ se encuentra la de "promover una consciente capacitación intelectual, técnica y moral de aquellos que pretendan servir a los encarcelados, creando la escuela de dirigentes y utilizar métodos pedagógicos modernos en la enseñanza de la catequesis".

Coincidimos con la Capellanía Mayor del Servicio Penitenciario Federal en el sentido que la Pastoral Penitenciaria requiere cualidades necesarias para ejercerla, y sugiere normas generales y particulares de trato y de tratamiento penitenciario. Se requiere ciencia para enseñar y prudencia para guiar y ayudar, todo iluminado por la fe "puesto que se trata con seres humanos angustiados y tensos, primero por el proceso al cual están sometidos y, luego, por la condena, que se repercuten en las familias, los afectos, la libertad, el trabajo y el futuro, sin contar las víctimas inocentes y el daño provocado a la sociedad".

En una de las exposiciones que formaron parte de las ya citadas "Segundas Jornadas de Pastoral Penitenciaria de Venezuela", Monseñor Dr. Alfredo Rodríguez¹⁸ afirmó que la Catequesis que venimos analizando supone los últimos avances de la psicología y de la pedagogía, así como el conocimiento exhaustivo del medio sociológico en que viven y se mueven los destinatarios del Mensaje. Exige, la Pastoral Penitenciaria, "entrega generosa, tacto singular y auténtica especialización".

¹⁶ Citado por la Capellanía Mayor del Servicio Penitenciario Federal, doc. cit.

^{17 &#}x27;L' Osservatore Romano, ed. cit.

Se advierte entonces, a partir de esto último, que no basta con que los pastores cuenten con una acabada formación intelectual, deben tener cualidades espirituales también muy especiales que el citado Antonio Lopez Martin¹⁹ define a la perfección: habla de Bondad, Dulzura y Comprensión y al respecto señala: que "estas cualidades deben estar inherentes en todo pastor de almas, de un modo especial, en aquellos que tienen encomendado el apostolado más difícil y delicado, como es redimir y rehabilitar al reo disponiéndolo para su regreso a la sociedad".

3) Siguiendo las conclusiones de la Capellanía General del S.P.F., debe existir un justo medio con el que deben ejercer los agentes de pastoral en su apostolado. Ni un espiritualismo puro, que fundamenta toda la acción apostólica en lo sacramental, relegando la problemática del hombre preso, ni un humanismo puro, que relega lo estrictamente religioso a un segundo plano.

Un sano equilibrio abarca ambos aspectos: lo sacramental, así como el contacto personal, la coordinación con el trabajo penitenciario general y especializado, preocupándose por preparar convenientemente lo natural para conseguir la eficacia de lo sobrenatural.

Antonio Lopez Martin²⁰, que ofrece además de una visión general del tema, propuestas bien concretas, exhorta a que el sacerdote preste su ayuda al interno no sólo en los casos de orden puramente moral o espiritual, "sino también en todos aquellos problemas de índole familiar y social, así como también en los casos que son de suma trascendencia y que una intervención oportuna y eficaz del Capellán con caridad y prudencia puede contribuir al bienestar del reo eficazmente".

4) Por último, coinciden todos aquellos que se han ocupado de esta peculiar tarea evangelizadora, en el trabajo coordinado con las autoridades y el personal penitenciario. Es un requisito lógico y uno de los presupuestos indispensables para encarar los proyectos con esperanzas de éxito.

Nuestra capellanía general, a la par de destacar la necesidad de esta acción coordinada, advierte sobre el ejercicio "demagógico" de la pastoral penitenciaria, en la cual es posible caer si el capellán se hace

²⁰ Ídem.

¹⁹ Antonio Lopez Martin, ob. cit.

igual a los internos como consecuencia de lo cual encontrará oposición en el personal penitenciario. Debe actuar con equilibrio "en justicia y verdad, convirtiéndose en el hombre de consejo y confianza para las dos caras de la reja".

El capellán es "el enlace entre lo religioso y lo administrativo", concluyen los participantes de las jornadas penitenciarias en Venezuela en términos similares a los utilizados por sus pares de México, Chile y de todo Latinoamérica en el caso del Seminario de Pastoral Penitenciaria celebrado en Guatemala y citado por Antonio Lopez Martin en su trabajo.

Conclusión

Hemos intentado en esta breve reseña, dar una visión del hombre como ser espiritual y, a partir de allí, reflexionar sobre las consecuencias que ello tiene en los principios rectores de las ciencias penales.

Consideramos que el abandono o el olvido de esa realidad tiene efectos desastrosos y conduce al fracaso de cualquier programa que se pretenda llevar adelante en orden a los fines que en un estado de derecho tiene el sistema penitenciario.

Toda política criminal que niegue la naturaleza trascendente del hombre sólo perseguirá una utopía ya que el progreso humano, cualquiera sean las circunstancias en las que se encuentre, aun las más penosas, sólo es posible si se tiene en cuenta la real dimensión de la criatura que fue hecha a imagen y semejanza de Dios.

Una alternativa coherente con ese pensamiento y que hemos intentado delinear como respuesta a las inquietudes planteadas es la que ofrece la actividad evangelizadora de la Iglesia en las cárceles: la pastoral penitenciaria.

Vale terminar con las palabras pronunciadas por su Santidad el Papa Juan Pablo II en oportunidad de una visita a la cárcel de menores de Roma:

"Una sociedad que no esté permeada de un fuerte hálito moral, que no esté iluminada por una luz superior, que no guarde el respeto debido a todas las expresiones de la vida humana y de su dignidad, no podría ofrecer aportaciones válidas a la recuperación, ni participación activa, ni mano segura a cuantos han sido muchas veces víctimas de egoísmos o carencias de los que ellos no son los responsables".

CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA CULPABILIDAD Y EL ERROR

Andrea Subissi*

Consideraciones preliminares sobre la culpabilidad

CLAUS ROXIN inauguraba su conferencia sobre "Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el Derecho Penal" a llevarse a cabo en el Congreso Argentino de Ciencias Penales¹, refiriendo que "Ninguna categoría es tan discutida como la culpabilidad y ninguna es tan imprescindible...por ello ningún Derecho Penal moderno puede subsistir sin el principio de culpabilidad, se lo puede designar de otro modo pero no anular".

Resulta tan cierta esta afirmación que la proyección del Derecho Penal postmoderno también apunta a fortalecer el principio *nullum crimen sine culpa*.

Así por su parte GÜNTHER JAKOBS, citando a ARTHUR KAUFMANN, enseña que "el principio de culpabilidad significa que la culpabilidad es un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal".

En nuestro siglo, en principio, dominó el espectro doctrinario la visión psicológica de la culpabilidad conmensurando así la relación psicológica entre la conducta y el resultado. La acción miraba la parte física y la culpabilidad trataba el aspecto psíquico. Este criterio fue defendido por Franz von Liszt (año 1881), quien prescinde de elementos normativos o valorativos y se eleva como la bandera del positivismo sociológico. Este autor junto con Beling, afirmaba que "la relación

Abogada. UBA. Cursante del Posgrado en Derecho Penal.

Congreso Argentino de Ciencias Penales, conferencia de CLAUS ROXIN, dictada en la Ciudad de Buenos Aires, Argentina, el día 6 de septiembre de 1996.

psíquica del autor con el hecho" había de ser, desde luego en la forma de culpabilidad dolosa, una circunstancia determinable empíricamente, desde la cual no resulta posible tender un puente hacia la inexigibilidad de un comportamiento adecuado a la norma por la intensidad de la presión motivadora.

La culpabilidad es entonces "reprochabilidad de una acción antijurídica en atención a los defectos de los acontecimientos psíquicos que la han causado" (VON LISZT y SCHMIDT). En este orden, Beling mantenía el siguiente criterio de culpabilidad: "relación psicológica del autor con el hecho en su significación objetiva", es decir, en el reflejo anímico de la realidad.

Un antecedente relevante de esta teoría psicológica, lo encontramos en el Derecho Romano y en su referencia a la *imputatio facti*, que alude a la imputación objetiva que surge del hecho causal, y la *imputatio iuris* que refiere a la intervención del sujeto en el hecho que se le atribuye.

Para Ricardo Nunez, ya en nuestro siglo, la teoría psicológica de la culpabilidad, consiste y se agota en la relación de conocimiento entre el delincuente y su hecho. La culpabilidad es un concepto genérico, cuyas especies que agotan su contenido son el dolo y la culpa. Al derecho le interesa la cualidad psicológica, pues ésta le permite al sujeto conocer y valorar sus ideas, estados, etcétera. Y conocer también el mundo exterior, saber quién es, dónde está, dónde va. Nunez ve a la culpabilidad como actitud anímica, jurídicamente reprochable al autor. Adiciona al contenido de la culpabilidad, la voluntad de hacer o la falta de precaución y la libertad de decisión.

Por su parte, Sebastián Soler entiende que la culpabilidad es la actitud psíquico-espiritual del autor en relación con su hecho. "El contenido de la culpabilidad está dado por la capacidad del sujeto de participar del orden jurídico y el conocimiento concreto del significado de su acción como negueión de ese orden jurídico", "lo que interesa es la actitud del sujeto frente a algo que conoce como jurídicamente valorado".

Teoría normativa de la culpabilidad

Para esta teoría la culpabilidad es no sólo haber obrado con dolo y cualquier clase de culpa, sino haberlo hecho en circunstancias tales que la sociedad, en cabeza del juez, formule un reproche a ese hecho interior (psicológico), que trastocó el mundo exterior y que implicó un obrar típicamente antijurídico.

Se le atribuye el fomento de esta idea a Frank (año 1907); sostenía este autor que la culpabilidad era al mismo tiempo una relación psicológica y un juicio de reproche al autor de esa relación². "Al autor se le reprocha haberse rebelado conscientemente contra los mandatos del derecho (dolo) o se le enrostra el haber lesionado inadvertidamente las exigencias de la vida comunitaria (culpa)". "Y es que si el concepto de culpabilidad se reduce a la suma de dolo e imprudencia, y si éstos consisten sólo en la realización consciente o descuidada del resultado, no se explica cómo se podría excluir la culpabilidad mediante el estado de necesidad (disculpante)".

"Pues también el autor que obra en estado de necesidad (disculpante) sabe lo que está haciendo". Por eso para Frank dolo e imprudencia importan indirectamente y la culpabilidad será reprochabilidad de un comportamiento.

Por otro lado Goldschmidt propone situar, junto al hecho psíquico de dolo e imprudencia, un elemento normativo de la culpabilidad, y así lo llama "contrariedad a deber"; esta contrariedad a deber sería una "infracción de una norma de deber"³.

Teoría normativa compleja

EDMUNDO MEZGER portó el estandarte de esta teoría, definiendo a la culpabilidad como "el conjunto de los presupuestos que fundamentan el reproche personal al autor por el hecho punible que ha cometido". Estos presupuestos muestran al hecho como una expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad del autor.

Reprochable es aquel que pudiendo obrar de otra manera lo ha hecho en forma típica y antijurídica, es decir que tuvo capacidad para obrar de acuerdo a derecho.

Para este autor, la conducta del sujeto debe ser personalmente imputable, y es esta imputabilidad la que da lugar a la responsabilidad jurídico-penal.

"El juicio de culpabilidad acerca de un hecho y de su autor se basa en un conjunto de presupuestos que están situados en la persona del autor y constituyen una determinada situación de hecho de la

² Se ha dicho que sólo a partir de Frank el concepto de culpabilidad de Derecho Penal es incorporado como elemento delictivo.

³ Para Frank podía haber dolo (dolo avalorado) sin culpabilidad, en tanto que para Goldschmidt el dolo como dato psicológico era un presupuesto de la culpabilidad.

culpabilidad. Pero es, al propio tiempo, de acuerdo con su esencia y de conformidad con la concepción normativa de la culpabilidad un, juicio valorativo acerca de esta situación de hecho y no una mera concepción psicológica de la culpabilidad".⁴

Afirma asimismo este autor que "no procede culpablemente el autor si se admite conforme a derecho, que en las circunstancias del caso particular, no se le puede exigir otra forma de actuar".⁵

Teoría normativa pura

La corriente finalista (Welzel y otros) se mantuvo en la posición normativista creando lo que se denominó "la teoría normativa pura", instalando el juicio de reproche que se hace el autor de un hecho típico y antijurídico, por haberse comportado de forma contraria a derecho, pudiendo obrar de otro modo.⁶

Este pensamiento mantiene el juicio de reproche al autor, pero le quita a la culpabilidad los aspectos psicológicos (dolo y culpa) y traslada el elemento dolo al tipo, creando así el "tipo subjetivo".

Welzel ha conceptualizado la culpabilidad de la siguiente manera: "es aquello que el autor ha quedado debiendo a la comunidad jurídica a causa de su acción antijurídica, no obstante haberse encontrado en situación de actuar conforme a derecho".

Para el finalismo, la culpabilidad queda integrada por los siguientes presupuestos: la imputabilidad, la cognoscibilidad de la antijuridicidad del hecho (incluyéndose aquí el error de tipo y de prohibición) y la inexigibilidad de otra conducta.

La doctrina finalista partía de entender que en las causas de exclusión de la culpabilidad (inimputabilidad) le faltaba al sujeto "el poder actuar de otro modo". Se advirtió la existencia de causas en que no podía excluirse que el sujeto dispusiera de la posibilidad de actuar de otro modo.

4 Con dichas palabras Mezger relata el desapego al psicologismo y manifiesta el dominio en la época (año 1955) de la Concepción Normativa de la Culpabilidad.

⁶ Esta solvente posición ganó territorio en doctrina y jurisprudencia, sobre todo en Alemania (años 1952 y 1966).

⁵ Importantísimos autores cuestionaron la posición normativa compleja (ZU DOHNA, MAURACH, entre otros) coincidiendo que esta teoría fracasa porque apiña elementos incompatibles entre sí. "Es una mezcla de valoración y lo valorado" (Welzel). El poder exigir una conducta distinta se torna de por sí un dilema extremo dado el desconocimiento que los seres humanos tienen de otros seres humanos y lo que es más; de sí mismos.

A éstas se las denominó "causas de exculpación" o "de disculpa", pues en ellas sólo se podía apreciar una disminución de la culpabilidad, dada la presión psíquica externa, junto a la disminución del injusto, debida a la orientación objetiva de la conducta a la salvaguarda de bienes jurídicos. La doble disminución de injusto y culpabilidad propiciaría la "disculpa" global del hecho, esto es, la renuncia por el Estado a la imposición del resto de pena.

El finalismo practicó de cara al concepto de culpabilidad, un aporte trascendente para la época: el del juicio de reproche por la realización de la conducta típica y antijurídica, cuando el sujeto tuvo la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta y la capacidad de motivarse y determinarse de acuerdo a esa comprensión (imputabilidad); además, tuvo conciencia de la antijuridicidad de la conducta realizada, y por último, que al sujeto le era exigible dicha conducta y que pudiendo obrar de otro modo no lo hace.

Tendencias modernas sobre la culpabilidad

Luego de Mezger se instala en la doctrina una situación bifronte: reprochabilidad y exigibilidad.

Se deduce así que una conducta típica y antijurídica es culpable, cuando a su autor le es reprochable la realización de esa conducta porque no se motivó en la norma, siéndole exigible en circunstancias concretas de tiempo, modo y lugar en que obró.

Al decir de ZAFFARONI, para reprochar se debe probar que el autor ha pedido tener la posibilidad exigible de comprender el "disvalor jurídico de su conducta", y que haya actuado dentro de un cierto ámbito de autodeterminación más o menos amplio.

Según este último autor, con el fin de forjar un criterio uniforme, se levantó la tesis ecléctica o mixta, que tuvo a su vez una bifurcación. Una de ellas reconoce al dolo carácter psicológico, mientras asigna a la culpa carácter normativo. Otra, fija a la imputabilidad naturaleza psicológica y normativa a la culpabilidad. La primera posición fue admitida por Schmidt, mientras que el otro criterio fue avalado por Jiménez de Asúa.

Por su parte el profesor Guillermo Ouviña, catedrático de la Universidad de La Plata, Buenos Aires, sigue el postulado de Jiménez de Asúa en cuanto al concepto de culpabilidad en forma amplia, éste es: "el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".

Temática del último cuarto de siglo

A la muerte de Welzel, en el año 1977, su teoría del ilícito personal se impone en Alemania contemporánea, reemplazando el concepto causal de lo ilícito. Conforme a esta teoría, el dolo y la culpa ya no son formas o elementos de la culpabilidad, sino que el dolo del tipo constituye un requisito subjetivo del tipo de ilícito del delito doloso, así como la infracción del deber de cuidado concierne al tipo de lo ilícito del delito culposo.

ROXIN, por su parte, opone a la teoría del ilícito personal la teoría de la imputación objetiva. Parte de la premisa que "el nexo causal entre acción y resultado, no alcanza para imputar al autor de un hecho delictivo". Esta teoría desplaza el ámbito de discusión. Lo que antes estaba en la acción hoy está en el tipo objetivo. La idea es saber, teniendo en cuenta el resultado, si la conducta del autor creó o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico en relación con dicho resultado.

ROXIN afirmaba que la conducta humana causante del resultado, sólo es relevante jurídicamente, si se la puede concebir como dispuesta finalmente, con respecto a la producción o evitación de un resultado.

Luego de esta breve reseña doctrinaria, se puede concluir, utilizando el pensamiento de Roxin que "ninguna categoría es tan polémica como la culpabilidad y ninguna tan imprescindible".

Por ello, declarando la imprescindibilidad del principio de culpabilidad, su validez y su proyección, nadie podrá ser penado sin culpa.

Esa culpa será no más que la resultante de un proceso garantido. Al pensar en las garantías que deben gozar quienes son sometidos a proceso y las que posee cada ciudadano por el sólo hecho de ser hombre, se debe hacer un marcado reconocimiento al Derecho Francés, debido a que los pensadores galos dejaron un gran legado en el universo jurídico: el respeto por la humanidad.

Por tal se concluye que el principio de culpabilidad evita la arbitrariedad y protege al individuo y sus garantías.

Hoy en día, en cuanto al concepto de culpabilidad, se puede advertir la preeminencia de lo normativo, en tanto sea "capacidad de reacción normativa" o "infidelidad a la norma".

Es verdad que la cuestión nace en un obrar u omitir de un sujeto y un hecho externo que se produce, con consecuencias jurídicas. Asimismo también es cierto que el reproche nacerá porque hay una norma que lo conmina al sujeto a actuar de una manera y no lo hizo. Y en

esa inteligencia se puntualiza lo que le interesa al Derecho, a la sociedad, al juez o en quién se quiera pensar, es que el sujeto con conciencia y capacidad haya violentado la norma.

Por todo ello, es correcto decir que será culpable quien no obre conforme a derecho.

Evolución Legislativa

Proyecto Tejedor

Nuestros antecedentes legislativos no excluían el error del derecho, es decir, que se mostraron contrarios al principio error iuris nocet.

El art. 7° del título I relevaba el error acerca de las calificantes, art. 6°, título III, diciendo textualmente: "El acusado de una acción declarada culpable por este Código, que pretenda haber ignorado la disposición de la ley penal, no será admitido a hacer esta defensa, a menos que esté apoyada en imbecilidad, estupidez grosera u otros vicios de la inteligencia". Esta disposición parece terminante, pero no lo es tanto, toda vez que el inc. 1° del art. 3°, título III, 4° decía: "Por los mismos motivos la acción no estará sujeta a pena: 1) cuando el agente por efecto de una ignorancia insuperable, y que no puede imputársele, ha creído su acción lícita y no punible".

La nota de Tejedor parece contradictoria, por un lado recuerda que las Recopiladas establecían que las leyes se hacían para los sabios y para los simples, y por otro, que las Partidas "no admitían como excusa la ignorancia de las leyes en los delitos que el ome deviese entender naturalmente que mal eran", "lo que parece dar a entender que la ignorancia excusaba en los otros".

La disposición es traducción del art. 121 del Código de Baviera, según la versión francesa de VATEL.

La interpretación favorable a la admisión del error de derecho se refuerza porque se exigía la conciencia de la antijuridicidad en el dolo (art. 8°), siguiendo al Código bávaro (art. 39). La confusión y aparente contradicción se explica porque Tejedor copió el art. 148 de Vatel, quien lo tradujo como Du cas oú l'on aura ignoré par negligence la criminalité d'une action, en tanto que el art. 71 original no se refería a la ignorancia culpable de la "criminalidad" sino de la "punibilidad".

Código de 1886

El art. 5° del Código de 1886 regulaba el error y la ignorancia sin distinguir si era de hecho o de derecho: "Cuando por efecto de

error o ignorancia, el autor de un delito no haya conocido el carácter particular de la acción que ha cometido, y este carácter sea de una naturaleza capaz de aumentar la culpabilidad de la acción, de tal modo que el culpable se encuentre haber cometido un delito más grave que el que intentaba, no se le imputará el hecho como voluntario, sino en consideración a la intención real que hubiese tenido, atendiendo a las circunstancias del caso". Si bien Rodolfo Rivarola sostiene que el art. 5º legislaba sólo el error de hecho, criterio que compartía Cornelio Moyano Gaci-TÚA, él mismo reconoce que el Proyecto se refería a "error o ignorancia material", expresión esta que fue suprimida en la sanción, no dando Rivarola ninguna explicación satisfactoria a su interpretación restrictiva, absolutamente contraria al texto legal. Por su parte, Julian L. Aguirre, en el primer comentario a este Código, no hace ninguna referencia a la limitación inventada por Rivarola.

El rechazo del principio *error iuris nocet*, no es extraño a nuestra tradición jurídica toda vez que no era propio de la legislación española ni de nuestra codificación, la que sólo puede crear dudas a partir de 1921.

Proyecto de 1891

Los arts. 41 y 59 se ocupaban de las causas que excluyen la responsabilidad, pero no se hacía mención a supuestos de error.

Proyecto de 1937

Regulaba el tema en los arts. 6° y 15. Este último establecía que "no existe delito cuando el agente realiza el hecho... por error sustancial de hecho que no derive de culpa, aunque sea determinado por engaño de un tercero, si los medios de que éste se valió eran idóneos para sorprender la buena fe del agente".

Proyecto Peco de 1941

El art. 9° establecía que: "En el error esencial de derecho el juez podrá atenuar libremente la sanción y aun excluir la responsabilidad si el autor tuvo motivos fundados para creer en la licitud del acto. En el error de hecho sobre un elemento esencial de un delito determinado, el juez tendrá en cuenta la apreciación errónea para excluir la responsabilidad. Si el error de derecho o de hecho proviene de culpa, se aplicará la sanción establecida para el tipo culposo". También el art. 10 trataba el problema del error.

Peco explicaba en su exposición de motivos que si bien en principio el error de derecho es irrelevante porque la norma anterior a la ley penal se encuentra instalada en la conciencia colectiva, aceptaba su relevancia cuando ello no era así, cuando la procedencia extranjera, la vida solitaria y otro motivo invencible así lo evidenciaban.

Proyecto de 1951

Los arts. 22, 28, 29 y 30 proveían las consecuencias del error, excluyendo la sanción penal en caso de yerros de hecho no imputables. Si el autor tenía razones de estar obrando conforme a derecho aunque no lo hiciera en realidad ello llevaba a la atenuación de la pena e incluso podía arribarse al perdón judicial.

Proyecto de 1960

Distinguía entre error esencial y error de derecho. El art. 21 establecía que: "...no es culpable el que actúa bajo la influencia de una apreciación errónea de las circunstancias esenciales del delito". En los supuestos en los que el agente incurriera por su culpa en el error, "será punible si la ley lo prevé como delito culposo".

El caso de error de derecho, no se tenía por culpable a quien creía obrar lícitamente, mientras ese error o ignorancia no le fueran reprochables. Caso contrario, podía tener lugar una atenuación de la pena. La ignorancia de la ley en ciertos casos de personalidad tenida como peligrosa autorizaba la internación cuando se trataba de delitos con pena mayor de un año.

La problemática del error en el Código Penal

Abordar el tema del error en el Código Penal, implica introducirse en una de las problemáticas más arduas y conflictivas de la teoría del delito.

Todo falso conocimiento que recaiga sobre los elementos del tipo o bien sobre la comprensión de la antijuridicidad nos enfrentará con el problema del error en general.

El conocimiento de los elementos normativos del tipo enfrentó a la doctrina con el problema del error de derecho, es decir si se admitía o no en nuestra legislación penal el principio *error iuris nocet*. Un amplio sector de la doctrina y de la jurisprudencia nacional ha sostenido que el principio mencionado es de plena aplicación en la legislación penal argentina, fundando dicha postura en el texto del art. 34, inc. 1° del Código Penal complementándolo con el principio contenido en el art. 20 del Código Civil ⁷.

Sin embargo, gran parte de la doctrina nacional ha rechazado el principio *error iuris nocet*, fundamentándose en las siguientes razones:

- En primer lugar, partiendo del propio texto de la ley, se observa que el inciso dice: "...o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable...", desprendiéndose que la expresión "no imputable", hace referencia a la inconsciencia, al error y a la ignorancia, mientras que la expresión "de hecho" no estaría referida a la inconsciencia, pero sí tanto al error como a la ignorancia, partiendo para ello del presupuesto que importa como inclusiva a la conectiva "o".
- Descartando esta interpretación por extensiva de punibilidad, se deberá interpretar la conectiva "o" como exclusiva, quedando así la expresión "de hecho" referida solamente a la ignorancia.
- Como consecuencia de esta última interpretación se distinguen no sólo los conceptos sino también los efectos del error y la ignorancia. Mientras el primero es conocimiento falso, la segunda es ausencia de conocimiento y por lo tanto se entiende que la única ignorancia posible es la de hecho porque la de derecho es un supuesto de error que versa sobre el hecho de la sanción de la ley.
- La ignorancia acerca de la prohibición de una conducta importa un conocimiento falso: un error.
- En consecuencia, la expresión "de hecho" no es limitativa de la ignorancia sino que la adjetiva y explica.

Como corolario de este razonamiento se concluye que el art. 34, inc. 1° del Código Penal comprende tanto al error de hecho como al de derecho.

JIMÉNEZ DE ASÚA ha rebatido la vigencia del art. 20 del Código Civil con el argumento, entre otros, de que si las disposiciones del mismo fueran aplicables en todo el ámbito jurídico, entonces habría que aceptar también el art. 16 que autoriza la analogía.

⁷ Nunez admite la relevancia del error que recae sobre los elementos normativos del tipo. Por su parte en España niegan la aplicación del principio civil: JIMÉNEZ DE ASUA, CORDOBA RODA, ANTÓN ONECA, CEREZO MIR y RODRIGUEZ DEVESA.

El principio *error iuris nocet* fue sostenido en Alemania por el Tribunal del Reich, pero después de su desaparición se cambió por completo el criterio jurisprudencial que fuera en su momento duramente criticado por Binding, Beling, Birkmeyer y Mezger entre otros ⁸.

Para salvar las notorias injusticias a que la aplicación del principio error iuris nocet conducía, se procuró asimilar el error de derecho extrapenal con el error de hecho. Conforme a ello habría que diferenciar entre error de hecho, de derecho penal y de derecho extrapenal, de los que solamente el primero y el tercero tendrían poder excusante.

Las Teorías del Dolo

Son aquellas que sostienen que "la consciencia de la antijuridicidad" integra el dolo. En doctrina se distinguen dos posiciones:

- Teoría estricta del dolo: para esta teoría se requiere que concurra con el conocimiento de los elementos del tipo, la consciencia efectiva y actual de la antijuridicidad. Por lo tanto, la ausencia de esa consciencia de la antijuridicidad excluye el dolo aunque se tenga el conocimiento de todos los elementos del tipo.

Esta concepción ha sido criticada por Welzel, entre otros, quien afirma que mientras el dolo exige el conocimiento efectivo y actual de los elementos que integran el tipo en el momento del hecho, rara vez lo tiene respecto de la antijuridicidad y le falta totalmente en los hechos pasionales graves y en los instantáneos.

– Teoría limitada del dolo: Mezger, partiendo del ambiguo concepto de la "ceguera del derecho", pretendió encontrar un sucedáneo que reemplazara la ausencia de la consciencia de la antijuridicidad. Así mantiene dentro del dolo el conocimiento de la antijuridicidad o una actitud del autor incompatible con una sana concepción de lo que es el derecho y el injusto.

Según este autor "la ceguera jurídica del autor se refiere a una actitud que no está de acuerdo con la sana intuición del pueblo sobre lo justo y lo injusto, de modo que bajo condiciones normales, no debe disculpar, sino, por el contrario, configurar el fundamento de la punición".

⁸ El rechazo del principio es unánime en la doctrina alemana contemporánea; así por ejemplo: Stratenwerth, Blei, Baumann y Maurach, quienes afirman que sólo tiene valor histórico.

Welzel criticó el concepto de "ceguera del derecho" observando su vinculación con el derecho natural. Asimismo le imputa a Mezger que con su pretensión de penar como doloso lo que no lo es, introduce una ficción en el núcleo de la culpabilidad.

Respondiendo a estas objeciones, MEZGER cambia la expresión "ceguera para el derecho" por un "estado de enemistad al derecho" que sería aquel que se encuentra en el autor cuando éste muestra mediante el hecho una total disposición incompatible con la sana intuición de lo justo y de lo injusto.

En definitiva, MEZGER termina construyendo un sistema en el que tanto "la ceguera para el derecho" como "la enemistad hacia el derecho" finalizan siendo hijas de la culpabilidad del autor.

Las teorías de la Culpabilidad

Estas teorías sostienen que la "consciencia de la antijuridicidad" no pertenece al dolo sino a la culpabilidad. En doctrina se distinguen dos concepciones:

– Teoría estricta de la culpabilidad: para esta teoría la "consciencia de la antijuridicidad" no pertenece al dolo sino que es un componente de la reprochabilidad. Conforme a esta teoría el dolo queda relegado al conocimiento de los elementos que integran el tipo objetivo, mientras que la comprensión de la antijuridicidad es la resultante de un juicio de valor que en definitiva es el reproche dirigido al autor por no haberse motivado en la norma teniendo la posibilidad exigible de hacerlo. Como consecuencia de ello, el error que recae sobre los elementos del tipo objetivo será un error de tipo que excluirá el dolo y que en caso de ser vencible dejará un saldo culposo, siempre que el tipo culposo respectivo esté acuñado, pudiendo ser tanto de hecho como de derecho.

En cambio, si el error recae sobre la comprensión de la antijuridicidad, solamente excluirá la culpabilidad siempre y cuando resulte insalvable, pudiendo ser también tanto de hecho como de derecho, dejando subsistente la culpabilidad en menor grado para el caso de que el error fuese vencible.

La esencia de la teoría radica en que el dolo pertenece al tipo como parte subjetiva del mismo y por ello no puede ser más que un dolo desprovisto de valoración alguna. De ahí que el error que recae sobre los elementos del tipo objetivo elimina el dolo y por ende la tipicidad.

El error de prohibición, por su parte, no eliminará el dolo, aunque sí la culpabilidad, si es inevitable, puesto que el dolo ya ha quedado afirmado en un nivel de análisis anterior.

Entre quienes han desarrollado esta teoría se cuenta con Alexander Graf zu Dohna, Welzel, Maurach y Niese, entre otros.

- Teoría limitada de la culpabilidad: esta teoría sitúa "la consciencia potencial de la antijuridicidad" entre el dolo y la culpabilidad.

En efecto, el error que recaiga sobre una situación de justificación será tratado como error de tipo, puesto que recaerá sobre el aspecto negativo del tipo o bien sobre el aspecto objetivo de un tipo permisivo. Por lo tanto, esta teoría divide la consideración del error de prohibición que será tratado como error de tipo en los supuestos de falsa suposición de una situación de justificación.

Conforme a ella, quien cree que se defiende legítimamente cuando nadie lo agrede, estando en error vencible, actuaría culposamente, con lo que se confundiría la culpa de estar en error con la culpa típica de la conducta.

Para ello, termina realizando una construcción por entero artificial, puesto que quien tiene voluntad de matar produciendo el resultado conforme al fin propuesto y la causalidad planeada, terminaría actuando culposamente, lo que implica acudir a una ficción, por lo cual el resultado producido obedece a imprudencia, negligencia o impericia.

Entre sus seguidores se encuentran: von Weber, Busch, Jescheck y Roxin, entre otros.

Error de tipo y error de prohibición

La presente distinción aparece en la doctrina alemana como consecuencia de la influencia de las teorías de la culpabilidad, que básicamente quitan al dolo el conocimiento de la antijuridicidad.

Superada la distinción tradicional entre error de hecho y de derecho por los distintos efectos del error según que recaiga sobre la tipicidad o sobre la antijuridicidad, aparece esta moderna distinción entre error de tipo y de prohibición, reconociendo ambas categorías al error de hecho y al de derecho como supuestos posibles. Así, el error que recae sobre un componente normativo del tipo será de derecho, mientras que el que recae sobre los presupuestos objetivos de justificación lo será de hecho. La diferencia entre el error de tipo y el de prohibición radica en que en el primero, "el sujeto cree que hace otra cosa", en tanto que en el segundo, "sabe lo que hace", pero no puede motivarse de acuerdo con la norma porque carece de los elementos que le posibilitan su comprensión.

"Comprensión de la criminalidad" es la comprensión que presupone el conocimiento de: 1) los elementos del tipo objetivo dados en la realidad; 2) la antijuridicidad como penalmente relevante; y 3) las circunstancias que hacen a la existencia de un cierto ámbito de autodeterminación para el sujeto. El error acerca de los primeros es el error de tipo, que siempre elimina el dolo y que en caso de ser vencible puede dar lugar a tipicidad culposa; el error acerca de la segunda es el error de prohibición y el error acerca de las terceras, es el error sobre la situación objetiva de inculpabilidad que posee los mismos efectos que la necesidad exculpante.

Es aquel que recae sobre algunos de los componentes del tipo objetivo. El aspecto objetivo del tipo está integrado por todos los elementos que componen no sólo lo material de la conducta, sino todos aquellos que son objeto de valoración, como los componentes normativos. Todos estos elementos deben estar abarcados por el conocimiento del dolo, que deberá ser actual o al menos actualizable.

El conocimiento efectivo es un conocimiento real que se posee, mientras que el conocimiento potencial que se exige tanto para la culpa como para la llamada "consciencia de la antijuridicidad", es más bien un no conocimiento, una posibilidad de conocimiento.

El conocimiento efectivo exigido por el dolo, si es "actual", importa una concentración de la actividad consciente sobre el objeto y es "actualizable" cuando poseyéndose el conocimiento del objeto no se lo trae al centro de la conciencia en el momento del hecho, pero bastaría pensarlo para traerlo.

Como consecuencia de la ubicación del dolo, integrando el tipo subjetivo, el dolo será avalorado, es decir, desprovisto de todo juicio de valor acerca de la conciencia de la antijuridicidad.

En cuanto a los efectos del error de tipo, es útil puntualizar que en el supuesto de ser invencible, elimina toda tipicidad, mientras que en el caso de ser vencible, sólo la tipicidad dolosa, dejando subsistente la culposa, siempre y cuando se encuentre contemplado el respectivo tipo.

- Los errores de tipo sobre la causalidad y el resultado: hay desviaciones en el curso causal programado por el autor de la conducta

que no alteran lo esencial del plan trazado. Se trata de errores no esenciales que carecen de toda relevancia como tales y para nada operan en la tipicidad de la conducta, ya afirmada.

Sin embargo, hay otros supuestos de errores que recaen sobre la causalidad y el resultado, desviando el desarrollo del suceso, dándose una divergencia entre el curso causal que el autor se representó en el momento de la acción y el que realmente ocurrió, ellos son:

1) La aberratio ictus o error en el golpe: es cuando una conducta dolosa dirigida contra un objeto, termina afectando a otro distinto al que no se quería ni se aceptaba la posibilidad de afectar. Doctrinariamente se ha distinguido según que el objeto alcanzado sea o no equivalente al atacado, es decir que el resultado producido sea o no equivalente al buscado.

Para el caso de objetos equivalentes, una de las soluciones ha sido la de considerar que se trata de un solo resultado. Así, por ejemplo: quien dispara sobre A y mata a B, no queriendo hacerlo y no representándose la posibilidad de ese resultado no querido, cometería igualmente homicidio doloso.

En cambio la solución será distinta en caso de resultados no equivalentes. Así, si A dispara sobre el perro "Pluto" sin dañarlo y mata a B, habrá cometido tentativa de daño en concurso ideal con homicidio culposo.

No obstante parte de la doctrina se ha pronunciado en sentido contrario eliminando la distinción según que los objetos o resultados sean o no equivalentes.

La cuestión depende de si el autor ha tenido o no un conocimiento del desarrollo del suceso que sea suficiente como para permitir afirmar que el resultado acaecido sobre un objeto similar, pero que no es la meta de su acción, debe imputársele a título de dolo. En este sentido resulta suficiente para el dolo del autor con su conocimiento de la posibilidad del resultado proveniente de su experiencia, prefiriéndose en consecuencia la solución que sanciona con la pena del delito doloso.

Contra esta solución se objeta que el autor no tuvo "una voluntad general de matar a alguien", siendo este argumento más aparente que real, debido a que para el dolo no se requiere voluntad de matar a alguien, sino a "otro", y esta voluntad existe también cuando el autor se representa seriamente la posibilidad del resultado de su acción.

La ley penal argentina no resuelve expresamente el caso de la aberratio ictus, a diferencia de otras, como el Código Penal del Distrito y Territorios Federales, México, art. 9° y el Código Penal Tailandés.

La doctrina ha considerado que en el supuesto de equivalencia jurídica de los resultados hay un solo delito consumado (Fontán Balestra, Soler, Nuñez, entre otros). Esta solución fue sostenida en Alemania por Frank, Liszt-Schmidt y Welzel.

2) Error en el objeto (y en la persona): se trata de un error que recae sobre la identidad del objeto. Es el supuesto en que la acción se dirige hacia un objeto y se afecta a ese objeto, pero no es el que se quería afectar. Aquí sí es admisible la distinción entre objetos equivalentes o no. Por lo tanto, resulta irrelevante el error para el caso de que se trate de objetos típicamente equivalentes.

Por ejemplo si A dispara sobre B con dolo homicida y mata a B, resulta irrelevante que luego se compruebe que B no era la persona que A quería matar confundiéndolo por su extraño parecido.

Distinta es la solución si se tratara de objetos inequivalentes en cuyo caso sí es relevante el error. Así el supuesto que trae Welzel, tomado de Dohna, del campesino que en una gran tienda de la ciudad, confunde un maniquí con un extraño que lo estaría mirando fijamente; por ello da de bofetadas al maniquí, rompiéndolo. Se trataría de un supuesto de daño culposo atípico conforme nuestra ley.

La diferencia fundamental entre la aberratio ictus y el error en el objeto radica en que en este último no hay tentativa, puesto que nunca hubo comienzo de ejecución contra el objeto que se quería afectar.

A decir de Enrique Bacigalupo esta clase de error no constituye verdaderamente casos de error y por lo tanto no deberían tratarse como tales, pues en ellos no hay desviación alguna, ya que una desviación del desarrollo del suceso presupone que el objeto alcanzado por la acción no sea aquel sobre el que se dirige la misma. Esto no es lo que ocurre en el error in personam que recae sobre la identidad, es decir sobre el nombre del sujeto pasivo. En efecto, el autor dirige su acción sobre una persona y alcanza a una persona de la manera en que quiere hacerlo. El error sobre la identidad es irrelevante porque la identidad de la víctima no es elemento del tipo.

3) Dolus Generalis: se trata del supuesto en que el autor cree haber consumado el delito cuando en realidad el resultado sólo se produce por una acción posterior, con la cual buscaba encubrir el hecho. Así por ejemplo: A golpea muy fuertemente a B en la cabeza y cree haberlo matado, luego trata de simular un suicidio anudándole un cable en el cuello; la autopsia determina que la muerte fue causada por el estrangulamiento y no por los golpes iniciales, como lo creyó A.

La doctrina dominante ha señalado que siempre que el resultado provenga de un acto de tentativa y no de un acto preparatorio, y el curso causal no se desvíe en forma esencial de lo planeado, la solución del caso debe ser la de un delito doloso consumado.

Pero si el resultado se produce por una causa que está fuera de la programación, la conducta sólo será típica de tentativa. Sin embargo, si el resultado se produce cuando aún no hay acto de tentativa, sino mera preparación, sólo habrá tipicidad culposa.

Ahora, teniendo en cuenta el ejemplo brindado, el problema que plantea este tipo de error consiste en determinar si hay acciones distintas con dos dolos diferentes, o por el contrario si se trata de una sola acción que quedaría abarcada en su segunda etapa por el dolo del delito de que se trate.

Según Welzel, para resolver la cuestión es necesario partir del plan del autor. Si en el plan del autor el *dolus generalis* abarca toda la conducta, la solución será la de un homicidio consumado.

Si, en cambio, la necesidad de ocultar el hecho surge luego del primer acto parcial y cuando el autor creía haber dado muerte a la víctima, la solución será de una tentativa de homicidio en concurso real con homicidio culposo.

Ello es así porque en el primer caso habría una sola conducta, mientras que en el segundo más de una.

En contra de esta solución se pronuncia Maurach para quien todos los supuestos deben resolverse como tentativa de delito doloso en concurso real con tipicidad culposa. Conforme esta opinión, el criterio anterior sólo puede ser aceptado si el autor actuó "por si acaso", al llevar a cabo el segundo acto decisivo, puesto que este segundo acto quedará también abarcado por el dolo eventual. Pero, si el autor parte, al ejecutar la segunda conducta, de la creencia de que el hecho se había consumado, no cabe pensar ya en un dolo referido al segundo acto (un muerto no puede ser matado); en este caso se imputaría al autor un dolo extinguido.

Asimismo, además de los errores de tipo que recaen sobre la causalidad y el resultado, existen también errores sobre las agravantes y atenuantes; y error de tipo por incapacidad psíquica.

- En el error sobre las agravantes y las atenuantes pueden darse los siguientes supuestos:
- a) El autor supone la concurrencia de una circunstancia agravante, pero realiza un tipo objetivo básico. Ejemplo: A quiere matar a quien siempre consideró su padre, pero resulta que no lo es, comete homicidio simple.

- b) El autor ignora que concurre una circunstancia agravante en cuyo caso realiza la figura de menor gravedad, por cuanto la circunstancia agravante no queda abarcada por el dolo. Ejemplo: A quiere matar a un tercero que ignora es su padre, comete también homicidio simple.
- c) El autor ignora la concurrencia de una circunstancia de atenuación, en cuyo caso se afirmará el tipo objetivo atenuado, puesto que no podrá punirse más allá de lo realizado objetivamente por él.
- d) El autor supone falsamente la concurrencia de circunstancias de atenuación que en realidad no concurren. Ejemplo: el autor quiere cometer infanticidio, figura hoy derogada por la ley 24.410, y termina cometiendo homicidio simple; caso de la madre que para ocultar su deshonra mata al hijo de la parturienta vecina creyendo que es el suyo.

A decir de Zaffaroni, lo correcto es aplicar la pena del delito correspondiente al tipo privilegiado, pero no porque la solución pueda hallarse en el campo de la tipicidad, donde el tipo objetivo se ha perfeccionado, sino en el de la culpabilidad, por vía de una interpretación analógica de la disposición del inc. 1° del art. 34 del Código Penal impuesta por el principio de culpabilidad. Y ello es así porque a nadie puede imponérsele una pena mayor que la correspondiente al grado de injusto que creyó cometer, porque no es posible reprocharle la comisión de un injusto más grave, cuando por falsa suposición de circunstancias atenuantes, creyó estar incurriendo en un injusto menos grave.

En efecto, la solución es admisible dentro de nuestro Derecho Penal positivo porque si el inc. 1° del art. 34 del Código Penal no pena al que por error no pudo comprender la criminalidad del acto, queda claro que pena al que pudo comprenderla. Pero la lógica indica que no le habrá de penar más allá de la medida correspondiente a la magnitud del injusto que creyó cometer.

- El error de tipo sobre incapacidad psíquica: se trata de un supuesto en que la incapacidad psíquica del autor es de tal magnitud que le impide reconocer los elementos del tipo objetivo. Ejemplo: A cree que está hachando un árbol, cuando en realidad ha confundido al árbol con un hombre.

En principio, las perturbaciones de la conciencia son supuestos de inculpabilidad en la medida que eliminan la capacidad psíquica de comprensión de la antijuridicidad, pero no son supuestos de atipicidad. El loco sabe que quiere matar a un hombre, lo que ocurre es que por su incapacidad psíquica no comprende la criminalidad de su conducta. Sin embargo, hay ciertas alteraciones de tal magnitud que el autor vive un mundo subjetivo psicótico, totalmente apartado del mundo real y objetivo. Cuando esta separación le impide reconocer los elementos del tipo objetivo la conducta del autor no será dolosa sino típica.

Formas y efectos del Error de Tipo

El error de tipo tiene como efecto principal eliminar el dolo. Si el dolo es la voluntad de realizar el tipo objetivo con conocimiento de todos y cada uno de sus elementos, evidentemente el error que recae sobre el conocimiento de alguno de los componentes objetivos, eliminará el dolo en todos los casos.

En efecto, el error de tipo se presenta bajo dos formas:

- a) Invencible: cuando poniendo la debida diligencia el autor no pudo salir del error.
- b) Vencible: cuando poniendo la debida diligencia pudo el autor salir del error.

En los dos casos se elimina el dolo, pero en el segundo de los supuestos deja subsistente la culpa, siempre y cuando se encuentre incriminado el tipo culposo.

Resulta entonces que si no hay tipo culposo, aunque el error sea vencible, la conducta resultará atípica. Será igualmente atípica la conducta cuando el error sea invencible, porque esta forma de error de tipo elimina tanto la tipicidad dolosa como la culposa.

El error de tipo no es, pues, otra cosa que la falta de representación requerida por el dolo, derivándose su concepto en forma directa de la desarrollada concepción del dolo, o sea un dolo que para nada es necesario de la pertenencia del conocimiento de la antijuridicidad, dolo avalorado.

Este error impide la comprensión de la antijuridicidad, impide la comprensión del carácter y entidad de injusto del acto solamente, sin afectar el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. El sujeto, pese a conocer completamente la situación o supuesto de hecho del injusto, no sabe que su actuación no está permitida.

Se asemeja al error de tipo en que este último también impide la comprensión de la antijuridicidad, pero se diferencia precisamente porque mientras el error de tipo recae sobre los componentes del tipo objetivo, el de prohibición no afecta al conocimiento de elemento alguno del tipo objetivo.

Queda excluido de la expresión "comprensión de la criminalidad", el conocimiento de la punibilidad. Conforme a esta tesis, la punibilidad no es condición de la criminalidad sino que a la inversa, la criminalidad es un presupuesto de la punibilidad. Por lo tanto, conforme a esta concepción, el error sobre la punibilidad es irrelevante.

En sentido contrario se pronuncia entre otros Sancinetti para quien la expresión criminalidad contenida en el art. 34 del Código Penal deja "abierta la posibilidad de admitir el efecto excusante de toda fundada creencia (error inevitable) del carácter impune del hecho ejecutado".

Asimismo se debe distinguir del error de prohibición, el llamado error de subsunción. Subsumir es el fenómeno de adecuar una conducta a un tipo legal. No es necesario que el autor conozca esa adecuación en el sentido técnico de la palabra ya que ella sólo puede hacerla el jurista.

Fuera del sentido técnico, a decir de ZAFFARONI "no es conveniente hablar de error de subsunción, porque no hay tal o, si lo hay, a los efectos de determinar si hay o no culpabilidad y el grado de la misma, ese error será irrelevante como tal, aunque puede ser relevante en la medida en que sea un error de prohibición".

Por su parte, el error de prohibición puede asumir la forma tanto del error de hecho como de derecho. El error de derecho provendrá de la ignorancia acerca del hecho de la sanción de la ley, mientras que el de hecho recaerá sobre circunstancias fácticas relativas a la posición del sujeto en el tiempo o en el espacio.

Clases de Error de Prohibición

El error de prohibición que impide la comprensión de la antijuridicidad en razón de la ausencia de conocimiento de la misma, puede ser directo o indirecto.

a) Error directo de prohibición: es el que recae directamente sobre la misma norma, es decir, que recae sobre la representación de la valoración jurídica del acto conforme a la norma prohibitiva. Este error puede obedecer a que el autor ignore la norma prohibitiva, o que conociéndola, la estime sin vigencia, o que la haya interpretado equivocadamente y por esta razón la considere inaplicable.

Así, cuando el autor conoce la norma pero desconoce que su conducta colisiona con ella por efecto de un error en la interpretación de

la misma, presenta un supuesto de error de subsunción que funda uno directo de prohibición.

Otro supuesto es el llamado error de validez que se presenta cuando el sujeto, a pesar de conocer la norma, cree que la misma no es válida porque colisiona con otra de superior jerarquía. Siendo éste un claro error directo de prohibición.

El llamado error de subsunción no es más que un conocimiento insuficiente de la norma, mientras que el error de validez es sólo un insuficiente conocimiento de la norma encuadrada dentro del orden normativo.

El error directo de prohibición no se agota con los supuestos en que hay desconocimiento de la existencia de la prohibición o del alcance de la misma, sino que abarca también casos en que, habiendo conocimiento, el error determina la falta de comprensión.

— El error de comprensión: comprender la antijuridicidad, con relevancia penal, de una conducta implica no sólo el conocimiento, sino también la introyección de las pautas de derecho. No significando esto que el derecho exija la internalización de tales pautas, sino que sólo aspira a ellas.

El error de comprensión es aquel que determina siempre un mayor esfuerzo para la comprensión y por lo tanto disminuirá, al menos, en todos los casos el reproche de culpabilidad, entendida ésta como culpabilidad de acto.

Pero hay supuestos de error de prohibición invencibles que determinan a eliminación de la culpabilidad por la imposibilidad de formular reproche. Se trata de los errores que condicionan culturalmente la comprensión.

Tal ocurre con ciertas prácticas de algunas comunidades indígenas. Sin embargo, no todo error cultural se traduce en error de prohibición puesto que si recae sobre el proceso causal, será un error de tipo (ejemplo: los médicos medievales que infectaban las heridas con ungüentos extrañísimos no realizando con ello ninguna conducta final de lesión o de homicidio), o siendo de prohibición, no será directo, como cuando recae sobre un tipo de permiso, en cuyo caso será un indirecto error de prohibición (ejemplo: los miembros de la cultura Ahuca, en el oriente del Ecuador, respecto de sus ataques a los blancos, de que el hombre blanco los eliminaría cuando los viera).

La admisión del error de comprensión culturalmente condicionado, que excluye la culpabilidad del autor, de ninguna manera significa que la comunidad deberá quedar indefensa si éste se muestra peligroso. La solución debe partir del propio texto del Código Penal que en el párrafo 3° del inc. 1° del art. 34, dice "En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el Tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobase la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso..." encontrándose entre las causales del presente inciso el error.

 La conciencia disidente (autoría por conciencia u objeción de conciencia): en general en doctrina se ha aceptado que la misma tiene relevancia únicamente cuando lleva al autor a suponer falsamente la existencia de una justificante no reconocida por el Derecho.

La autoría por conciencia será siempre un supuesto de disminución de la culpabilidad, siempre y cuando no se confunda con la mera objeción de conciencia, atento que el esfuerzo que debe realizar un autor por conciencia, que en virtud del sistema de valores distintos que posee es compelido a la realización del injusto, es siempre mayor que la del mero objetor.

El autor por conciencia no es el que piensa o cree que la ley es injusta a partir de cualquier posición personal o jusnaturalista, sino el que siente el deber de actuar contra la ley como un ineludible deber de conciencia.

Ejemplo: el Tribunal Constitucional Alemán consideró que afectaba la libertad de cultos la sentencia que condenaba al marido por omisión de auxilio en razón de no haber llevado a su mujer al hospital para que se le practicase una transfusión, luego de haber tenido un niño y hallándose en peligro de muerte, fundado en que sus creencias religiosas y las de su cónyuge no permitían ese tipo de intervenciones y ambos creían que el mejor camino era la oración.

En supuestos como éste suele entenderse que opera una causa de inculpabilidad. No hay dolo de omitir el auxilio, sino voluntad de prestarlo por otro medio que se cree más idóneo.

b) Error indirecto de prohibición: es el error que recae sobre la tipicidad permisiva, ya sea creyendo el autor que su conducta se encuentra amparada por una causa de justificación que en realidad no existe (ejemplo: el autor cree que tiene derecho a vender la cosa que tiene en depósito para cobrar el importe de los gastos), o bien porque cree que en el caso concreto concurren los presupuestos objetivos de justificación que en realidad no concurren, es decir que cree falsamente que concurre una situación de justificación que en realidad no

se da (como por ejemplo: el autor cree que le agreden, pero resulta que no es agredido; el que actúa para salvar un bien mayor pero resulta que el bien mayor no corre peligro).

También existe error de prohibición indirecto cuando recae sobre los límites de la prohibición. Así, el que continúa golpeando cuando cesó la agresión, puede creer que tiene derecho a ello o bien que la agresión no cesó.

Es decir, que el autor no desconoce el predicado de desvalor inherente al propio tipo, sino que se equivoca sólo en cuanto a la concurrencia de una proposición permisiva, dándose en ambos supuestos el dolo del tipo, y el error se contrae exclusivamente a la prohibición misma del hecho. El autor en el caso concreto desconoce la antijuridicidad mediante el rodeo de suponer equivocadamente la existencia de una proposición permisiva.

Error vencible e invencible de prohibición

Es vencible aquel error que puede exigirse al autor que lo supere y por lo tanto que pueda reprochársele y viceversa.

La evitabilidad del error de prohibición es un límite de culpabilidad, es decir un límite de exigibilidad y consiguiente reprochabilidad.

No puede haber, a este respecto, reglas fijas e inconmovibles, siempre habrá que analizar las particularidades de cada caso.

Así deberán ponderarse las condiciones personales del sujeto, su grado de instrucción, el medio cultural, la profesión y actividad habitual, la co-culpabilidad, las circunstancias del hecho, las contradicciones de la jurisprudencia y las resoluciones administrativas, la obscuridad de la ley, etcétera.

La evitabilidad de la falta de comprensión de la antijuridicidad de la conducta debe valorarse en relación al sujeto en concreto y sus posibilidades.

Por lo tanto, el error será invencible cuando el sujeto no tuvo la posibilidad de informarse o cuando teniéndola y habiendo hecho uso de los medios idóneos para la información, no logró la misma.

Efectos de la vencibilidad del error de prohibición

Cuando se trate de errores invencibles, la regla será que impedirán la comprensión del carácter antijurídico penalmente relevante del injusto y, por lo tanto, eliminarán la posibilidad de reproche. En el error de prohibición vencible, el autor puede comprender la antijuridicidad y por consiguiente habrá culpabilidad, por cuanto al ser vencible este error no elimina la reprochabilidad del injusto. En general casi siempre que haya un error vencible de prohibición, habrá que considerar la culpabilidad disminuida. Ello es así porque suele ser más reprochable la conducta del que actúa con conocimiento efectivo del injusto realizado que el que lo hace con conocimiento potencial del mismo, a menos que la falta de conocimiento efectivo ponga de manifiesto un desprecio total por el derecho.

En consecuencia, en general el error vencible de prohibición tiene por efecto atenuar la culpabilidad del autor, lo que debe tenerse en cuenta para la cuantificación de la pena conforme las pautas mensurativas establecidas en los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Errores invencibles de prohibición que no eliminan la culpabilidad

Si el art. 34, inc. 1° del Código Penal exime de pena al que no puede comprender la criminalidad de su acto, es lógico que deberá disminuirse la pena a quien comprendió un injusto menor. Por lo tanto, se impone una interpretación analógica del artículo mencionado a efectos de salvar la coherencia del derecho y así, si se exime de pena al que no pudo comprender la antijuridicidad de su conducta, al que sólo pudo comprender la antijuridicidad de un injusto menor, sólo se le podrá aplicar la pena correspondiente a ese injusto menor.

En consecuencia en estos supuestos resulta que el error de prohibición toda vez que no elimina la comprensión de la antijuridicidad, sino sólo la de su mayor magnitud, es un error que no elimina tampoco la culpabilidad del acto. En cambio, da lugar a un menor grado de reproche de culpabilidad.

No es la falsa suposición de atenuantes el único caso en que el error invencible de prohibición tiene por efecto disminuir la culpabilidad en lugar de eliminarla, en razón de que sólo permite la comprensión de un injusto menor (ejemplo: el sujeto se cree cómplice y resulta ser autor).

Por otra parte, muchos errores de subsunción pueden traducirse en errores de prohibición, siempre y cuando afecten la comprensión de la magnitud del injusto. Tales supuestos no eliminan la culpabilidad, sino que la atenúan, y ello es así siempre que el sujeto haya podido comprender sólo la antijuridicidad de un injusto menor. El reproche llegará hasta el injusto comprendido y no hasta el que no pudo comprender. Siendo necesario también en estos casos, que el error de prohibición haya sido invencible, sin que de ninguna manera baste la mera afirmación o creencia infundada del sujeto en el sentido de que se trataba de un delito menos grave.

Conclusión

Como ya lo he señalado en los párrafos precedentes, el principio de culpabilidad evita la arbitrariedad y protege al individuo y sus garantías. Nadie podrá ser penado sin culpa y será culpable quien no obre conforme a derecho.

Ahora bien, el art. 34 del Código Penal establece en sus siete incisos quiénes por su accionar no son punibles, mencionando en el inciso primero a quienes por error o ignorancia de hecho no imputable no hayan podido comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

Ante lo cual se concluye que mientras el error es conocimiento falso, la ignorancia es ausencia de conocimiento, comprendiendo el artículo mencionado tanto al error de hecho como al de derecho, según que éste recaiga sobre la tipicidad o sobre la antijuridicidad.

Asimismo la moderna distinción entre error de tipo y de prohibición reconoce en ambas categorías al error de hecho y de derecho como supuestos posibles.

En el error de tipo el sujeto cree que hace otra cosa en tanto que en el error de prohibición el sujeto sabe lo que hace pero no puede motivarse en la norma porque carece de los elementos que le posibiliten su comprensión.

El error de tipo siempre elimina el dolo y para el caso de ser vencible puede dar lugar a tipicidad culposa.

El error de prohibición impide la comprensión de la antijuridicidad, el sujeto no sabe que su actuación no está permitida, diferenciándose del error de tipo porque mientras éste recae sobre los componentes del tipo objetivo, el de prohibición no afecta al conocimiento de elemento alguno del tipo objetivo.

Por último, el error de prohibición que sea vencible tiene por lo general como efecto atenuar la culpabilidad del autor, debiéndose tener ello en cuenta para determinar la cuantificación de su pena. Cuando se trate de errores invencibles que impidan la comprensión del carácter antijurídico, eliminarán la posibilidad de reproche.

Artículos mencionados en el trabajo

Art. 16 C.C.: "Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso."

Art. 20 C.C.: "La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley."

Art. 34 C.P.: "No son punibles:

1° - El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobase la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso."

Art. 40 C.P.: "En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del art. siguiente."

Art. 41 C.P.: "A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1° La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados;

2° La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones particulares, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conoci-

miento directo y *de visu* del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso."

Bibliografía

- JESCHECK, HANS HEINRICH, Tratado de Derecho Penal. Parte General, 4ª ed., Comares, Granada.
- ROXIN, CLAUS, Derecho Penal. Parte General, t. I, "Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito", Civitas.
- Baigun, David; Zaffaroni, Eugenio R. y Terragni, Marco A., Código Penal y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y Jurisprudencial, Hammurabi.
- ZAFFARONI, EUGENIO R., Tratado de Derecho Penal. Parte General, t. IV, Ediar.
- Parma, Carlos, Culpabilidad. Lineamientos para su Estudio. Ediciones Jurídicas Cuyo, 1997.
- Bacigalupo, Enrique, Tipo y Error, 2da. ed., Hammurabi, 1988.



AGENTE ENCUBIERTO

ÁNGEL DANIEL RENDO*

I. Concepto y Fundamento

Se puede definir al agente encubierto como un empleado o funcionario público que, voluntariamente, y por decisión de una autoridad judicial, se infiltra en una organización delictiva a fin de obtener información sobre la misma en relación a sus integrantes, funcionamiento, financiación, etcétera.

Para quienes propician esta técnica investigativa, su fundamento radica en una cuestión de política criminal, que llega a justificar las consecuencias disvaliosas que su utilización implica y que han criticado quienes se oponen a su empleo, tales como el hecho de que el Estado se valga de un medio inmoral para la represión de delitos (ya que el agente encubierto utilizará la mentira y la traición como medios para cumplir su misión) o que se justifique la comisión de ciertos delitos por parte del agente.

II. La ley 24.424

Esta forma de investigación ha sido receptada en nuestro ordenamiento legal por la ley 24.424, modificatoria de la ley 23.737 (Ley de Estupefacientes).

Con génesis en diversos proyectos de ley en ambas Cámaras Legislativas, su sanción partió de la adopción de una premisa fundamental: la insuficiencia de medios investigativos en los delitos que se

^{*} Abogado. UBA. Cursante del Posgrado en Derecho Penal.

refieren al tráfico ilícito de estupefacientes y la consecuente necesidad de hacer más eficaz el sistema penal en la persecución de dichos ilícitos.

Las técnicas investigativas que introduce la ley 24.424 tienen una finalidad muy concreta: penetrar en el corazón mismo de las organizaciones delictivas dedicadas al narcotráfico, a efectos de conocer su funcionamiento, integrantes, financiamiento, cantidad de estupefacientes que maneja, etcétera.

Para ello la ley estructura tres formas de investigación: a) de afuera hacia adentro, a través del denominado "agente encubierto"; b) desde el mismo interior de la organización, a través del "arrepentido"; y c) a través de las fronteras, con la "entrega vigilada", a fin de conocer los integrantes de la organización que funciona en dos o más países.

El ámbito de aplicación de esta ley dio lugar –a través de los diversos proyectos– a dos opiniones: la aplicación a todo tipo de delitos (sostenida en las iniciativas presentadas en la Cámara de Senadores) y la limitación de la misma al descubrimiento y represión de la narcocriminalidad (propiciada en los proyectos presentados en la Cámara de Diputados).

En definitiva, la ley 24.424 adoptó la segunda postura, incorporando estas formas de investigación a través de sucesivos agregados a la ley 23.737.

Presupuestos de procedencia

La ley parte de un presupuesto inicial: la existencia de una investigación en curso iniciada por una autoridad judicial. Esto quiere decir que la designación de un agente encubierto debe tener lugar dentro de la instrucción de un sumario, con objetivos precisos de acuerdo a lo prescripto por el art. 193 del código ritual, lo que significa que no están permitidas las llamadas "expediciones de pesca".

Además, la ley 24.424 requiere de otros presupuestos para la designación de un agente encubierto, ya que exige que sea necesario: a) la comprobación de un delito; b) impedir la consumación de un delito; c) la individualización de los autores, partícipes o encubridores; d) la detención de los mismos; y e) la obtención y aseguramiento de medios de prueba.

Personas que pueden ser designadas

Si bien siempre se estuvo de acuerdo en que debía tratarse de un agente estatal, en el debate parlamentario de la ley 24.424 se discutió

de qué tipo de agente estatal debía tratarse, planteándose tres alternativas.

La primera postura sostenía que el agente encubierto debía pertenecer únicamente a las fuerzas de seguridad.

Ahora bien, según el art. 1º del Decreto Nacional 1273/92, reglamentario de la Ley 24.059 sobre Seguridad Interior, "se entiende por fuerzas de seguridad a la Prefectura Naval Argentina y a la Gendarmería Nacional y como fuerzas policiales a la Policía Federal Argentina y a las policías provinciales". En consecuencia, esta postura excluía a los miembros de las fuerzas policiales como posibles agentes encubiertos.

La otra alternativa era que podía ser designado agente encubierto tanto un integrante de las fuerzas de seguridad como de las fuerzas policiales.

Una tercera opción intermedia, se inclinaba por afirmar que el agente encubierto debía pertenecer a las fuerzas de seguridad o a la Policía Federal, pero las policías provinciales podían colaborar con estas fuerzas suministrando a uno de sus integrantes.

La ley estableció en definitiva, que agentes encubiertos serán los "agentes de las fuerzas de seguridad en actividad". Sin perjuicio de ello, algunos autores –Edwards por ejemplo– opina que el texto legal no es óbice para que –efectuando una interpretación coherente y sistemática– también puedan ser agentes encubiertos los integrantes de las fuerzas policiales e, incluso, de un organismo administrativo como la Administración Nacional de Aduanas, para el caso de que se investigue un contrabando de estupefacientes (art. 866 del Código Aduanero), opinión esta que fue avalada posteriormente por la sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, que reconoció a la Policía Federal como integrativa del Concepto de "fuerzas de seguridad" a la que hace alusión el art. 31 bis.¹

Designación

La figura del agente encubierto plantea la problemática de establecer cuál es la autoridad encargada de disponer la utilización de este tipo de técnica investigativa.

La ley 24.424 se inclina decididamente por la autoridad judicial, tal cual lo establece su art. 6°, asegurando de tal forma el control jurisdiccional sobre la actuación del agente encubierto.

¹ CNCP, sala I, Causa Nº 1062, "N., M. A.".

La ley establece asimismo que tal designación debe tener lugar "si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo", lo cual no significa —para la mayoría de los autores— que el juez deba haber agotado previamente todas las alternativas investigativas posibles antes de recurrir a esta técnica, sino que deberá evaluar, en el caso concreto, si no cuenta con otras técnicas investigativas que aseguren el éxito de la instrucción.

La Jurisprudencia ha indicado que es el juez que dirige la instrucción quien debe sopesar la posibilidad de lograr su cometido mediante aquellos medios de prueba que podemos llamar "tradicionales" y, en caso de que estime que éstos no resultarán eficaces, echar mano al cauce investigativo que autoriza el art. 31 bis de la ley de estupefacientes,²

La ley también exige que la resolución por la cual se dispone la intervención de un agente encubierto sea debidamente fundada, radicando tal fundamentación en la necesidad de la misma, sin perjuicio de ser ésta una exigencia propia de toda resolución judicial (art. 123 del C.P.P.N.). Sobre este punto se ha señalado que "...es razonable la decisión del instructor de designar un agente encubierto a requerimiento policial, si se contaba con información referida a que el imputado se dedicaba al comercio de droga y buscaba un comprador de estupefacientes para realizar una venta con sustancias que él importaba y tras esa oferta podría existir una organización destinada al comercio de sustancias prohibidas por la Ley 23.737; infiriéndose la forma utilizada de la ponderación de los elementos reunidos en las actuaciones, así como su decisión afirmativa fundada en tales datos. Aun cuando pueda considerarse pobre la fundamentación, ésta resulta suficiente si queda establecido que no se trató de una medida infundada o arbitraria; tal como la norma procesal busca prohibir".3

También se ha dicho que "...la exigencia de la motivación en los términos del art. 123 del C.P.P. no implica necesariamente que el juez que durante el trámite de una investigación decrete una medida, deba volcar en la providencia una exhaustiva descripción del proceso intelectual que lo llevó a resolver en determinado sentido, ni a enumerar en detalle las circunstancias fácticas que le sirven de sustento, ni reclama una determinada extensión, intensidad o alcance en el razo-

 $^{^2~}$ CNCP, sala IV, Causa N° 592, Reg. 938, "S. V." del 11/9/99 (JPBA, T° 99, F. 416).

namiento. El requisito se cumple siempre que guarde relación con los antecedentes que le sirven de causa y sean congruentes con el punto que decide, suficientes para el conocimiento de las partes y para las eventuales impugnaciones que se pudieran plantear... Analizando el decisorio de fs....bajo estos lineamientos, advierto que la medida dispuesta por el magistrado encontró sustento en los informes labrados por el personal policial interviniente en las tareas de inteligencia – que dieron cuenta de la actividad delictiva arriba detallada – por lo que a mi juicio resulta razonable y motivado conforme lo prescriben el art. 31 bis de la ley 23.737 y 123 del Código Procedimental..." bis.

El art. 6º de la ley 24.424 dispone que "la designación deberá consignar el nombre verdadero del agente y la falsa identidad con que actuará en el caso, y será reservada fuera de las actuaciones y con la debida seguridad".

Otra cuestión problemática que presenta la intervención de un agente encubierto es determinar si su actuación es voluntaria u obligatoria. La ley 24.424 se inclinó por la primera alternativa, disponiendo su art. 8º que "ningún agente de las fuerzas de seguridad podrá ser obligado a actuar como agente encubierto. La negativa a hacerlo no será tenida como antecedente desvaforable para ningún efecto". El fundamento de esta voluntariedad radica en la comprometida, difícil y peligrosa función que significa infiltrarse en una organización delictiva, en la que debe utilizar una identidad falsa, cambiar su acostumbrado ritmo de vida, separarse, en muchos casos, de su núcleo familiar e, incluso, llegar a delinquir para ganarse la confianza de los integrantes de la organización, lo cual aconseja que tal actuación sea una decisión personal del agente, que valorará la decisión de cumplir con su deber y los riesgos personales que ello le implicará.

A fin de asegurar el éxito de la actuación encubierta, la ley establece en su art. 6° el riguroso secreto de la designación de un agente encubierto, conteniendo sin embargo una excepción a ese principio rector: el caso de que sea absolutamente imprescindible brindar como prueba la información obtenida por el agente, en cuyo caso dicha información será aportada como prueba, declarando el agente como testigo.

En un fallo relativamente reciente de la Cámara de Casación Penal⁴, se debía resolver el recurso de casación interpuesto por un

³ Ídem nota anterior.

 $^{^3\,\}mathrm{bis}$ CNCP, sala II, Causa Nº 1569, Reg. 2591, "G. M., R. E." del 3/6/99 del voto del Dr. Madueño.

agente encubierto que había promovido incidente de nulidad contra la decisión del Tribunal Oral Federal Nº 1 de San Martín, que lo convocó –previa revelación de su verdadera identidad— a prestar declaración testimonial en la causa en que había intervenido como agente. Se agravió por considerar que el Tribunal de Juicio incurrió en un error positivo de aplicación de la ley sustantiva, ya que no se habían observado los recaudos que obligatoriamente manda respetar la ley 24.424. En ese sentido, manifestó que el riesgo extremo que afronta el agente encubierto exige la adopción de estrictas medidas de seguridad, y que del apego a las disposiciones de la norma mencionada depende la vida del agente y la seguridad de su familia.

Los aspectos más salientes resueltos en este fallo fueron los siguientes:

- "Si en el art. 31 bis, ley 23.737 la regla es el mantenimiento del 'estricto secreto' de la actuación del agente encubierto; y la excepción se sustenta en el carácter 'absolutamente imprescindible' de su aporte testifical, cuando la declaración es ordenada, el decreto respectivo debe ser motivado, por lo que la ausencia o insuficiencia de fundamentación importa una nulidad de carácter absoluto, que debe ser declarada aun de oficio por el Tribunal que la comprueba, aunque la vía impugnativa hubiese sido abierta por razones diversas".

- "Del hecho de que la intervención del agente encubierto hubiese permitido orientar la investigación para disponer allanamientos y detenciones, no surge, ni lógica ni necesariamente, la imprescindibilidad absoluta de su aporte testimonial, máxime si en el juicio se debatirá exclusivamente un hecho del que no fue testigo".

- "La develación de la identidad hace presumir iuris et de iure el peligro de la seguridad personal del agente, por lo que incumbe al Tribunal que lo citó hacerle saber, inmediatamente, que tendrá derecho a permanecer activo o pasar a retiro, cualquiera fuese la cantidad de años de servicio que tuviera, en cuyo caso se le reconocerá un haber de retiro igual al que le correspondería al que tenga dos grados más que el que él tiene, sin perjuicio de las disposiciones del art. 33 bis de la ley 23.737 en cuanto fueran compatibles. Esas medidas deben ser decretadas por el órgano judicial que dispuso recibirle declaración al agente encubierto, sin que resulte aceptable la delegación de esa atribución en autoridades administrativas, a las que sólo podrá requerirse el auxilio necesario para la ejecución de las medidas protectoras".

-"Es nula la citación a declaración testimonial del agente encubierto efectuada con inobservancia de los dispuesto por los arts. 31 bis, 31 quinques y 33 bis de la ley 23.737".

-"La revelación de la identidad del agente encubierto citado como testigo no es, siempre, condición necesaria para su presentación en juicio".

-"La nulidad del decreto que ordenó recibir declaración testimonial al agente encubierto designado durante la etapa instructoria, reveló su identidad y mandó agregar al expediente las actuaciones reservadas que se vinculan con la designación y actuación de dicho agente, causa la invalidez de los actos del debate celebrados con posterioridad".

Supuestos de actuación encubierta

La actuación encubierta presenta dos modalidades diferentes, señaladas en el art. 6º de la ley 24.424:

- a) La incorporación del agente a una organización delictiva: en esta pimera forma de actuación el agente asume la calidad de integrante de la organización, en cualquiera de sus niveles. Obviamente, cuanto más alto sea el nivel al cual el agente llega a acceder, más significativa será la información que pueda obtener.
- b) La participación criminal del agente en algún delito relativo al narcotráfico: durante su actuación el agente puede realizar conductas delictivas a fin de ganar la confianza de los integrantes de la organización o, incluso, cumpliendo órdenes de los mismos, pudiendo ser esta participación de cualquier tipo: como coautor, partícipe primario o secundario.

En cuanto a la responsabilidad penal del agente por la comisión de estos hechos, la ley consagra, en principio, la impunidad de su accionar, tema al que se volverá más adelante.

Los datos que vaya recopilando el agente a través de su actuación encubierta deben ser puestos en conocimiento inmediato del juez que interviene en la investigación, asegurando de este modo el control jurisdiccional sobre la misma. No es imprescindible, por cierto, por obvias razones de seguridad, que esta información sea brindada personalmente por el agente encubierto, por lo cual lo más apropiado es que la fuerza de seguridad o policial a la que pertenezca el agente disponga la manera más conveniente para contactarse con el mismo y recibir tales datos, los que luego serán comunicados al juez de la causa. Algunos autores, como Montoya, estiman que a esta información también debe tener acceso el fiscal, por cuanto de acuerdo al art. 198 del Código Procesal Penal el Ministerio Público puede intervenir en todos los actos de la instrucción y examinar en cualquier momento

las actuaciones, ello además de la participación que le otorga el art. 203 del aludido cuerpo legal en cuanto a las observaciones que se estimen pertinentes. Sin embargo, el citado autor entiende que el representante del Ministerio Público debe estar notificado del nombramiento de un agente, mas no así de la información que hace a su identidad.

En cuanto al imputado, la jurisprudencia ha entendido que aun preservando a quien actúe como agente encubierto, debe garantizarse el pleno ejercicio de su derecho de defensa que incluye el conocimiento del plexo probatorio reunido, el que no puede encontrar valla infranqueable ante ciertas pruebas, cuyo carácter secreto no debe ir más allá del limitado secreto de sumario pautado por el art. 204 del CPPN Claro que el acceso de la defensa a lo actuado por el agente encubierto debe ser compatibilizado con las medidas de seguridad personal que en su amparo fueron previstas por el legislador.⁵

En ese orden de ideas, se han declarado nulas las declaraciones indagatorias y todo lo obrado en su consecuencia, por no habérsele hecho conocer en esa oportunidad a los imputados la existencia de actuaciones reservadas en Secretaría, originadas en la actuación de un agente encubierto, pues "...de esta manera se incurrió en un inaceptable menoscabo al derecho de defensa en juicio de aquéllos, al impedir que por sí o a través de su asistencia técnica aporten, eventualmente, pruebas, datos o argumentos enderezados a demostrar su inocencia o a realizar un debido control de lo actuado..." 6.

A las actuaciones reservadas, en las que consta el trabajo de la pesquisa, no se les otorga, de acuerdo a lo que surge de la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal⁷, otro alcance que el de "hilo conductor de la investigación", si de su contenido no se toman elementos de cargo para formular las imputaciones. Los datos aportados por el agente encubierto se encuentran limitados a ser una "guía de los pasos de la instrucción", no existiendo afectación alguna a la garantía de defensa en juicio.

Sobre el mismo tema, ha señalado la jurisprudencia que "...la recepción de declaraciones testimoniales a efectivos de Gendarmería Nacional intervinientes en una investigación encubierta, y reserva-

⁴ Ídem nota 1.

 $^{^5~}$ CCCF, sala II, Causa N° 13.259, "Rec. Breu, V" del 12/6/97 (JPBA, T° 101, F. 343).

⁶ TOCRF3CF, Causa N° 164/96, "Corbalán, V.O." del 7/10/96 (JPBA, T° 100, F. 358).

⁷ Ídem nota 1.

das en lugar seguro conforme el art. 33 bis de la ley 23.737, no configura trasgresión constitucional a la garantía del debido proceso, mediando —a pedido de la defensa— acta sobre cada exposición textual, con expresa omisión de sus circunstancias personales, de todo dato que permita inferir tales extremos, y de aquellas circunstancias que, a criterio del instructor, pudieran resultar comprometedoras para su seguridad o integridad física; de modo que las defensas contaron y ejercitaron la posibilidad de efectuar un minucioso análisis, valoración y crítica de dichas probanzas...".8

En cuanto al valor probatorio de los datos aportados por el agente encubierto, se ha sostenido que "...con independencia de cómo se instrumentó procesalmente la información de los agentes intervinientes en la investigación, lo cierto es que mientras aquellos funcionarios no sean convocados a identificarse y prestar juramento en el sumario judicial, sus informaciones no ingresarán a los fines probatorios con el valor de la prueba testimonial. Ello no obstará a entender hasta entonces que la naturaleza del informe pueda eventualmente ser enmarcado en el plano de un indicio cuya fuerza probatoria habrá de ser evaluada en función de la armonía que con otros elementos de juicio pudiera existir".

La impunidad del agente encubierto

Una de las consecuencias mas características de la actuación del agente encubierto es la posibilidad de que éste cometa algún delito durante la misma.

Se plantea entonces la cuestión de establecer si le cabe alguna responsabilidad penal por su conducta ilícita, ya que por un lado se le ordena, a través de una decisión judicial, infiltrarse en una organización dedicada a cometer delitos, y por otro, corre el serio riesgo de consumar o participar en alguno de estos delitos.

En estos casos se ha pensado que resulta conveniente y justo eximir de responsabilidad penal al agente encubierto, solución que han adoptado las legislaciones comparadas que regulan el instituto.

Se plantea entonces la cuestión de dilucidar, desde la perspectiva de la teoría del delito, si se trata de una faz negativa de algún elemento del concepto de delito o de una eximente penal.

 $^{^8}$ CFSM, sala I, Causa N° 573/95, "Sequeira, D." del 20/7/95 (JPBA, T° 92, F. 474).

⁹ CFSM, sala II, Causa Nº 554, "Solís, D." del 13/9/96 (JPBA, Tº 96, F. 368).

La primera alternativa es considerar que se trata de una excusa absolutoria, es decir, una causa personal que excluye la aplicación de la pena, por una cuestión de política criminal, y por ende de carácter netamente individual. En este caso, la conducta del agente encubierto será típica, antijurídica y culpable, pero no se aplicará pena.

La otra opción es entender que se trata de una causa de justificación, esto es, la faz negativa de la antijuridicidad, por lo cual en este caso el hecho será típico, pero no llegará a constituir un injusto penal.

La opción por una u otra postura tiene efectos totalmente diferentes en cuanto a la responsabilidad civil y la responsabilidad penal de los partícipes en el hecho delictivo de que se trate.

La ley 24.424 optó a mi criterio por la primera alternativa, al incorporar como nuevo el art. 31 ter de la ley 23.737 que "no será punible el agente encubierto que como consecuencia necesaria del desarrollo de la actuación encomendada, se hubiese visto compelido a incurrir en un delito, siempre que éste no implique poner en peligro cierto la vida o la integridad física de una persona o la imposición de un grave sufrimiento físico o moral a otro".

Del análisis del texto legal surge que la ley subordina la impunidad del agente encubierto a dos requsitos. El primero de ellos es que exista una relación directa entre el delito que se comete y su actuación encubierta. En consecuencia, si el delito no tiene ninguna vinculación con dicha actuación (por ejemplo, si se comete en su propio beneficio) no se aplicará la excusa absolutoria, situación esta fáctica que deberá ser valorada por el juez que entienda en la investigación del delito de que se trate.

El segundo requisito es que el agente se hubiese visto compelido a cometer el delito, esto es, que no tuviese otra alternativa u opción para impedir el fracaso de su misión y, eventualmente, un peligro para su propia vida.

La ley determina asimismo dos categorías de delitos que se encuentran excluidos de la no punibilidad: a) los que ponen en peligro cierto la vida o integridad física de una persona y b) los que impliquen la imposición de un grave sufrimiento físico o moral.

Esta inclusión no significa sin embargo que si el agente comete alguno de los delitos mencionados, no se apliquen los principios generales de la teoría del delito, y pueda alegar, en consecuencia, un estado de necesidad o una coacción cuando, por ejemplo, su vida corra peligro si no comete el delito.

Para el caso de que durante su actuación el agente encubierto resulte imputado de un delito que haya cometido en el marco de la misma, la ley 24.424 establece en el segundo párrafo del art. 31 ter, que se incorpora a la ley 23.737, que "cuando el agente encubierto hubiese resultado imputado en un proceso, hará saber confidencialmente su carácter al juez interviniente, quien en forma reservada recabará la pertinente información a la autoridad que corresponda". Una vez confirmado el carácter de agente encubierto, el juez podrá resolver la causa. Al respecto señala el último párrafo del artículo precitado, que "si el caso correspondiere a las previsiones del primer párrafo de este artículo, el juez lo resolverá sin develar la verdadera identidad del imputado".

La cuestión de la impunidad del agente encubierto es una de las características que ha dado lugar a las mayores y más certeras críticas en torno a esta figura.

Así, en la Reunión Plenaria de las Comisiones de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios y de Asuntos Constitucionales, llevada a cabo el 4 de septiembre de 1997, el Dr. Maier se manifestó en contra del agente encubierto, argumentando que por primera vez en nuestra legislación se daba la posibilidad de que el juez mandara a una persona autorizándola a cometer delitos y con una amplitud que prácticamente no era conocida en el derecho comparado, lo que transformaba al magistrado en autor mediato de los delitos que se cometían.

El Dr. Sancinetti, por su parte, expresó que en el nombre de una eficacia pagada con la ilegitimidad de los procedimientos, el propio Estado se vestía de delincuente y se lanzaba a participar en el delito, introduciendo de esta forma criminales autorizados a delinquir por resolución fundada del juez como autor mediato. A través del agente encubierto el Estado se asociaba con el delito, perdonándose a sí mismo, pero penando a sus socios. Al referirse al aspecto ético se preguntó cómo podía reconocerse a sí misma la sociedad como ente moral, si al decir que combatía el delito, se transformaba en delincuente.

Protección del agente encubierto

En atención al serio riesgo que asume un agente que se infiltra en una organización criminal, resulta necesario brindarle protección legal en aquellos casos en que su identidad sea descubierta.

La ley 24.424 incorpora al respecto en su art. 9° un nuevo art. 31 quinques a la ley 23.737, que dispone que "cuando peligre la seguridad de la persona que haya actuado como agente encubierto por ha-

berse develado su verdadera identidad, tendrá derecho a optar entre permanecer activo o pasar a retiro, cualquiera fuese la cantidad de años de servicio que tuviera. En este último caso se le reconocerá un haber de retiro igual al que le corresponda a quien tenga dos grados más del que él tiene". A través de este sistema se faculta al propio agente encubierto que ha sido descubierto a decidir sobre su futuro, pudiendo optar por permanecer en la fuerza o pasar a retiro, con un régimen especial en cuanto a años de antigüedad y remuneración a percibir.

Sin perjuicio de ello y a fin de neutralizar esa situación de peligro, la ley contempla la posibilidad de disponer ciertas medidas de protección para el agente encubierto y su familia, similares a las que se brindan a los testigos e imputados. Así, en el último párrafo del nuevo art. 31 quinques de la ley 23.737, incorporado por la ley 24.424 se dispone que "en cuanto fuere compatible se aplicarán las disposiciones del art. 33 bis", que se refieren a la eventual sustitución de identidad y provisión de medios económicos para cambiar de domicilio y ocupación.

Por otro lado, la ley 24.424 protege la actuación del agente encubierto mediante la creación de nuevas figuras delictivas que se relacionan con la revelación de la identidad del agente encubierto.

Así, el primer párrafo del nuevo art. 31 de la ley 23.737, incorporado por ley 24.424, contempla el tipo doloso de la revelación indebida de la identidad del agente encubierto, al disponer que "el empleado o funcionario público que indebidamente revelare la real o nueva identidad de un agente encubierto...será reprimido con prisión de dos a seis años, multa de diez mil a cien mil pesos e inhabilitación absoluta perpetua", mientras que el segundo párrafo del mismo artículo contempla la modalidad dolosa de la mencionada revelación de identidad al disponer que "el funcionario o empleado público que por imprudencia, negligencia o inobservancia de los deberes a su cargo, permitiere o diere ocasión a que otro conozca dicha información, será sancionado con prisión de uno a cuatro años, multa de un mil a treinta mil pesos e inhabilitación especial de tres a diez años".

III. Figuras relacionadas

Agente provocador

Antecedente histórico más importante del agente encubierto, en la actualidad se utiliza dicha expresión para referirse a los casos en que el agente induce a otro a cometer un delito, o contribuye a su ejecución con actos de autoría o de auxilio, lo que lleva a cabo sin intención de lesionar ni poner en peligro el bien jurídico afectado ni lograr satisfacer ningún interés personal, sino para lograr que el provocado pueda ser sancionado por su conducta.

A diferencia del agente encubierto, que es utilizado como parte de una técnica especial para combatir ciertos delitos de trato sucesivo sin víctimas, como el narcotráfico, el agente provocador es quien induce a cometer un delito para condenar al provocado.

El informante

Se denomina así a aquella persona cuyos datos son reservados, que confidencialmente brinda material informativo acerca de ilícitos, prestando ayuda a los funcionarios policiales en la investigación del delito. Así, un informante es cualquier persona, no agente de la autoridad, que suministra información sobre actividades delictivas, ya sea en forma ocasional o constante.

La mayoría de los informantes proviene de los medios criminales. Son personas cuyas motivaciones y conductas de por sí generan dudas. Su colaboración es interesada debido a que tratan de obtener el olvido por parte de la autoridad de imputaciones que se le endilgan. Asimismo, desean castigar a competidores, enemigos, o recibir dinero en pago por sus informes sin que les importe respetar principios legales, mintiendo impunemente acerca de sus tácticas.

Así, el precio a pagar para obtener la cooperación de los informantes puede ser ignorar el quebrantamiento de la ley que muchas veces llevan a cabo para manejar determinadas situaciones en beneficio propio. Por otra parte, los conocimientos que el informante tenga de la policía también pueden valer en el mundo criminal.

El arrepentido

Se conoce con el nombre de "derecho penal premial" a una concepción moderna mediante la cual la pena que sigue a la comisión de un delito no se aplica o simplemente se atenúa, lo que resulta ser una forma sui generis de despenalización.

En esta concepción se enmarca la figura del arrepentido, palabra que proviene de la expresión italiana *pentito*, y está relacionada con los beneficios acordados para quienes colaboran con la justicia en la investigación de ciertos tipos de delitos. Se trata efectivamente de colaboradores que a cambio de beneficios procesales brindan información que permite luchar contra el crimen organizado.

Esta figura fue incorporada a nuestro derecho positivo por el art. 5º de la ley 24.424 como art. 29 ter de la ley 23.737, que dispone que: "A la persona incursa en cualquiera de los delitos previstos en la presente ley y en el art. 866 del Código Aduanero, el Tribunal podrá reducirle las penas hasta la mitad del mínimo y del máximo o eximirla de ellas, cuando durante la sustanciación del proceso o con anterioridad a su iniciación: a) Revelare la identidad de coautores, partícipes o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos, proporcionando datos suficientes que permitan el procesamiento de los sindicados o un significativo progreso en la investigación. b) Aportare información que permita secuestrar sustancias, materias primas, precursores químicos, medios de transporte, valores, bienes, dinero o cualquier otro activo de importancia, provenientes de los delitos previstos en esta ley".

La incorporación de esta figura en nuestra legislación fue duramente criticada por algunos renombrados juristas de nuestro medio.

Así, el Dr. Arslanian expresó ante la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado de la Nación, el 30 de septiembre de 1997, que se trataba de un modelo errático debido a que era asistemático con el régimen de ejercicio de la acción penal dentro del proceso, dando cabida al principio de oportunidad en la esfera del Ministerio Público, ya que quedaba facultado en ciertos y determinados supuestos legales, a decidir en qué casos no iba a perseguir o solicitar pena con respecto a quien colaborara o hiciera un aporte con algún grado de utilidad. También afirmó que la norma resultaba inconstitucional, pues afectaba la garantía del debido proceso y el principio de igualdad.

El Dr. Terragni, en lo que respecta al punto de vista ético de la institución, expresó que el arrepentimiento se basaba en una declinación moral por parte del Estado, ya que aceptaba una transacción con una persona que en principio sería un delincuente involucrado en un hecho ilícito.

Por su parte, el Dr. Gordo, citando a Carrara, expresó que "repugna que la ley determine con anticipación que cuando un acusado confiese en perjuicio propio o de sus cómplices tendrá un atenuante de pena, porque esa noma parece una transacción con el delito, ofende el sentido moral de algunos y hace que haya un incentivo para la delincuencia".

En la Reunión Plenaria de las Comisiones de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios y de Asuntos Contitucionales celebrada en septiembre de 1997, el Dr. Maier expresó que "consistía en una compra de impunidad que realizaba una persona que no estaba arrepentida de nada sino que negociaba desde una situación de inferioridad, y lo curioso era que obtenía más ventajas cuando era más inmoral. Cuanto más comprometido estaba con el delito, cuando más injusta era su conducta, cuanto mayor era el contenido de su proceder, más datos tenía para ofrecer; en consecuencia, tenía más perpectivas de obtener impunidad.

Asimismo, el Dr. Sancinetti expresó que esta figura encubría una perfidia, ya que no se estaba ante un sujeto que se condolía de su pasado y que por eso colaboraba con la investigación, sino ante el autor de un delito que obtenía un beneficio a cambio de traicionar la confianza de sus copartícipes.

Por su parte, el Dr. Schiffrin señaló que dicha figura violaba el principio de igualdad, ya que el arrepentido confesaba y al hacerlo, estaba en una posición privilegiada respecto de aquel que hizo uso del derecho a permanecer en silencio. Agregó que por otra parte, al legislarse para cierto tipo de delitos se estaba generando una suerte de privilegio consistente en ser eximido de pena, que pertenecería a los asesinos pero no a los ladrones. Señaló por último que se trataba de un aparato coactivo creado por ley para obligar a confesar, lo que estaba prohibido por la Constitución, ya que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo.

Para concluir, cabe señalar que hay quienes observan en la legislación premial, que abarca a los arrepentidos, una evidente violación del principio retributivo de la pena, considerando las medidas premiales bajo un ángulo ético, evaluando la reconversión de los beneficiarios como una operación cínicamente utilitaria.

Desde otro ángulo, esta normativa ha sido juzgada negativamente en relación a los instrumentos usados que, apoyándose en la delación, son absolutamente deshonrosos para un estado civil.

IV. Cuestiones constitucionales. Desarrollo jurisprudencial

En ésta como en otras cuestiones, las decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos han constituido siempre una fuente autorizada de interpretación constitucional para la Corte Suprema Nacional.

En la cuestión en particular de los agentes encubiertos, en el único caso en que ha sido tratada por nuestro Máximo Tribunal, aun antes de la sanción de la ley 24.424, el caso "Fiscal v. Fernandez V. H." (Fallos, 313-1305), la jurisprudencia de la corte norteamericana aparece mencionada de manera especialmente significativa.

Los casos citados en ese precedente y los posteriores a aquéllos enfocan el tema de la utilización de agentes encubiertos desde dos distintos aspectos: de Derecho Penal sustantivo por un lado, y en relación con las garantías constitucionales y el Derecho Procesal por el otro.

Agentes encubiertos y "Entrapment"

Durante la vigencia en EE.UU. de la llamada "ley seca" se plantearon varias cuestiones vinculadas con las garantías constitucionales, los alcances de las leyes penales y el procedimiento para aplicarlas, que se convirtieron en precedentes jurisprudenciales que perduraron y dieron lugar a posteriores elaboraciones de gran significación. Una de las más importantes es la doctrina conocida como *entrapment* o entrampamiento, considerada peculiar del derecho norteamericano, y que se puede exponer del siguiente modo: "la concepción y planeamiento de un delito por parte de un funcionario con el fin de que sea cometido por quien no lo habría hecho de no ser por el engaño o la persuación del funcionario, exime de responsabilidad criminal a quien lo comete".

El entrampamiento puede ser visto desde una óptica subjetiva u objetiva, puntos de vista con los cuales el Estado ha tratado de confrontar el interés público en perseguir a los criminales con el de los acusados en protegerse de conductas inconstitucionales.

La defensa de entrampamiento desde el punto de vista subjetivo enfocaba el caso desde la óptica de si el acusado estaba predispuesto a cometer el crimen antes de la inducción del gobierno. Si esto ocurría entonces había una predisposición y aquél no era responsable de la conducta criminal llevada a cabo por el provocado. Es decir, se enfocaba la cuestión exclusivamente sobre la predisposición del acusado, siendo irrelevante la naturaleza de la conducta policial involucrada.

Por otro lado, quienes ponen énfasis en el llamado criterio o test objetivo, expresan que la defensa de entrampamiento debería enfocar el problema en la conducta del gobierno y sus agentes de tal forma de comprobar que el comportamiento de éste fue ilegal e impropio.

En suma, mientras que para unos la desincriminación de quien ha sido objeto de *entrapment* se debe a su ausencia de predisposición para cometer el delito, para los otros obedece a la inadmisibilidad del método empleado por la autoridad para comprobar el hecho. Tal como se analizará seguidamente, la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha siempre sostenido que la defensa de entrampamiento debía ser analizada desde el punto de vista subjetivo.

EL caso "Sorrells vs. United States"

Se trataba de una acusación por posesión y venta de medio galón de whisky. Un funcionario encargado de la aplicación de la "ley seca", diciéndose turista y comerciante, visitó al acusado en su casa junto con otras personas que lo conocían y consiguió entrar en confianza con él en virtud de su condición de veterano de guerra en la misma división del ejército.

A su pedido, Sorrells le consiguió el licor que dio lugar a la acusación.

El dato significativo es que esto ocurrió recién después de reiterada insistencia con apelación a la camaradería y luego de por lo menos dos negativas a los requerimientos del agente.

Fue el primer caso en que el aludido tribunal reconoció la defensa de entrampamiento, revocando la condena y remitiendo el caso para un nuevo juzgamiento, resolviendo que dicha defensa era válida y que la materia debió haber sido sometida al jurado. La mayoría dijo que el entrampamiento existía ya que el gobierno era el autor del designio criminal que había sido implantado en la mente de una persona inocente, predisponiéndolo a cometer un delito a fin de lograr su condena.

La minoría, compuesta por tres jueces, tenía como voz cantante al juez Roberts, quien señaló en su voto que "...El principio aplicable es que los tribunales deben tener vedado el juzgamiento de delitos instigados por los propios agentes del gobierno. Ninguna otra cuestión, ninguna comparación de razones de equidad entre el funcionario culpable y el acusado culpable, tiene cabida en el respeto de ese principio superior de política pública...".

El caso "Sherman vs. United States"

Se trataba de una condena por venta de estupefacientes. Un informante del gobierno, que conoció al acusado en el consultorio médico al que ambos concurrían para curar su dependencia de las drogas, logró, luego de cierta insistencia, que este último obtuviera algunas pequeñas cantidades de narcóticos que el informante pagó y que ambos compartieron por mitades. Los funcionarios, advertidos por el in-

formante, le compraron otras tres partidas que se presentaron como pruebas en el juicio.

La mayoría de la Corte adhirió expresamente al criterio subjetivo establecido en "Sorrells", manifestando que para establecerlo, debía ser trazada una línea entre la trampa para el incauto inocente y aquella a utilizar para un incauto criminal. Observó que la inicial reluctancia a conseguir las drogas, las múltiples alusiones a un supuesto sufrimiento de parte del agente, y el hecho de que Sherman no hubiere logrado provecho alguno de la venta, determinaron que el entrampamiento existiera.

La disidencia de fundamentos de la minoría, expresada en el voto del juez Frankfurter, insiste en los planteos del juez Roberts en el caso "Sorrells", recalcando que la prueba de la predisposición que supone el punto de vista subjetivo tiende a dar relevancia a los antecedentes de los acusados y acarrea el riesgo de determinaciones basadas en simples prejuicios.

El caso "United States vs. Russell"

En este caso, fallado en 1973, nuevamente vuelve a reeditarse la discusión entre criterio objetivo y subjetivo, aunque con resultado distinto: desestimando la defensa del *entrapment* y con disidencia no sólo de fundamentos, sino también en cuanto a la determinacion de condenar o absolver.

El caso era el de un agente encubierto que proporcionó a los acusados una sustancia química necesaria para producir la droga que éstos elaboraron y él les compró. La acusación fue por la fabricación y venta de estupefacientes. Condenado Russell en 1ª instancia por veredicto del jurado y habiéndose basado la defensa exclusivamente en la concurrencia de entrapment, la Cámara de Apelaciones revocó aplicando el criterio objetivo, es decir, entendiendo que la actitud de los funcionarios excluía, como cuestión de derecho, cualquier posibilidad de condena. La mayoría de la Corte, expresada esta vez por el juez Reinquist, revirtió la decisión por los fundamentos de "Sorrells" y de "Sherman", haciendo hincapié en que el acusado había admitido su predisposición. La minoría, en cambio, fundada en el criterio objetivo, se inclinó por confirmar la absolución, señalando que el gobierno no podía permitirse instigar la comisión de delitos a fin de lograr condenas.

El caso "Hampton vs. United States"

En este caso, de 1976, el acusado había sido condenado a cinco años de prisión por distribuir heroína. El hecho que dio lugar a la condena consistió en dos ventas de esa sustancia efectuadas a agentes de la Administración Federal de Drogas (Drug Enforcement Administration: DEA). La droga había sido proporcionada al imputado por un tal Hutton, quien era un conocido suyo, pero en realidad actuaba como informante de la DEA. Hutton hizo de intermediario entre el acusado y los agentes de esta última, quienes se hicieron pasar como compradores y lo arrestaron una vez realizada la transacción. En su defensa, Hampton alegó que había sido víctima de entrapment y que, en consecuencia, debía ser absuelto. Este planteo fue rechazado por el juez de Primera Instancia y la Cámara de Apelaciones. El acusado apeló ante la Corte Suprema, fundándose en la doctrina del caso "Russell".

La mayoría de la Corte, expresada por el juez Rhenquist, rechazó el planteo. En primer lugar señaló que era indudable que el acusado había mostrado "predisposición" para cometer el delito. A continuación, agregó que "...El apelante...se funda en el lenguaje de Russell en el sentido de que es posible que algún día nos enfrentemos con un comportamiento tan escandaloso, por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, que los principios del debido proceso impedirían absolutamente a la autoridad obtener una condena...". Pero el mencionado miembro del Alto Tribunal señaló, junto con la mayoría, que la defensa de entrampamiento era suficiente para desterrar las prácticas ultrajantes del gobierno y que cualquier conducta de este tipo podía ser castigada mediante las leyes que al respecto tiene tanto la justicia estadual como federal.

El caso "Jacobson vs. United States"

En este caso, la Corte volvió a utilizar el criterio subjetivo para determinar el grado de predisposición del autor. Nuevamente, en esta oportunidad, para absolver al acusado.

En 1984, Jacobson había ordenado por correo el envío de una revista en la que aparecían jóvenes y niños desnudos. En aquel momento, tal conducta no era ilegal. Sin embargo, en la misma época, el Congreso sancionó la ley que castigaba el recibir por correo descripciones explícitamente sexuales de niños. En el mismo mes en que dicha ley entró en vigor, los inspectores de correos encontraron el nombre del acusado en la lista de correo de la librería de California que le había enviado las revistas.

A partir de allí, los agentes federales le enviaron al imputado durante espacio de dos años diversos panfletos de supuestas organizaciones defensoras de la libertad de expresión, con el objeto de persuadirlo de que comprara a través del correo material pornográfico sobre menores de edad. Jacobson finalmente hizo un pedido, y a su arrribo la policía lo detuvo en su domicilio. Una requisa del lugar no reveló la existencia de ningún otro material pornográfico, salvo el enviado por los propios agentes gubernamentales. La Corte revocó la condena, entendiendo que la predisposición del imputado a delinquir, como forma de responsabilizarlo por un delito provocado por el mismo Gobierno, debe estar presente en el momento en que sus agentes toman contacto con el imputado, y no en un tiempo posterior. Señaló además que en este caso la acusación no había demostrado que la supuesta predisposición tuviese un origen independiente y distinto de los esfuerzos que el propio Gobierno venía dirigiendo hacia el imputado.

Agentes encubiertos y garantías constitucionales

Otro enfoque que ha tenido el tema del agente encubierto en la jurisprudencia de los Estados Unidos es el relacionado con las garantías constitucionales y el debido proceso penal. La "defensa del debido proceso" se funda en principios constitucionales como el del debido proceso, reconocido por la Quinta Enmienda de la Constitución Americana, que dispone que "...Ninguna persona será...obligada en ningún caso a ser testigo contra sí mismo, ni privada de su vida, libertad, propiedad, sin el debido proceso de ley...". Fue el Tribunal del Noveno Circuito el que dio el puntapié inicial a lo que a posteriori se llamaría la defensa de "la ultrajante conducta gubernamental", que ha sido definida como aquella que incluye situaciones donde la conducta policial envuelve coerciones físicas o mentales, así como también casos en los cuales el crimen es fabricado enteramente por la policía para asegurar la condena del individuo más que para proteger al público de la acción criminal del acusado. La Corte Americana, si bien no ha delineado sus parámetros, ha definido la ultrajante conducta como aquella que viola la equidad fundamental, golpeando al sentido universal de justicia.

Si bien las defensas del "entrampamiento" y del "debido proceso" están ligadas entre sí, tienen diferencias sustanciales. En primer lugar, mientras que la mencionada en primer término tiene en cuenta la predisposición del acusado para cometer el crimen antes de cualquier instigación gubernamental, la segunda reclama que se examine si la acción de los agentes viola los standards implícitos en el con-

cepto de "libertad ordenada". El entrampamiento versa sobre una cuestión de hecho, mientras que el debido proceso recae sobre materia de derecho, por cuanto trata de límites constitucionales.

La principal razón por la cual las Cortes no han apoyado en general la defensa del debido proceso en operaciones encubiertas, se debe a que resulta dificil delinear con precisión qué conductas tienen un nivel de "ultrajante" como para violar la garantía constitucional mencionada, por lo cual se ha llegado a determinar que es conveniente el análisis caso por caso a fin de establecer dichos extremos.

El caso "Gouled vs. United States"

Es el primero en que se planteó ante la Corte Suprema estadounidense la cuestión acerca de la validez del ingreso a una oficina de un particular, realizado por un funcionario gubernamental sin una orden judicial. En ausencia de Gouled, el funcionario había sustraído de ese lugar documentos incriminatorios en su contra. Gouled había otorgado el consentimiento para dicho ingreso en razón de haber sido engañado por el funcionario, quien había simulado estar efectuando una visita amistosa.

Una de las cuestiones sometidas a la Corte fue si la sustracción en secreto, sin mediar fuerza por parte de un representante de cualquier repartición del gobierno de los Estados Unidos, de un documento que posee valor probatorio y que es propiedad exclusiva de un sospechoso de un delito, de la casa u oficina de esa persona, constituía una violación a la Cuarta Enmienda¹⁰.

La Corte contestó a esta pregunta señalando que: "...La prohibición de la Cuarta Enmienda lo es respecto de cualquier pesquisa y secuestro irrazonables, y si es irrazonable que un funcionario del gobierno entre por la fuerza o por una amenaza o exhibición ilegal de fuerza en la casa u oficina de una persona, configurándose una coacción, y luego se dedique a revisar e incautar sus papeles privados, constituyendo indudablemente una pesquisa y secuestro irrazonables, y, por lo tanto, ilegítimos, sería entonces imposible sostener que una pesquisa y secuestro similares serían razonables en el caso de que el

La Cuarta Enmienda de la Constitución estadounidense dice así: "El derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, domicilios, papeles y efectos, contra registros e incautaciones arbitrarios, no será violado, y ninguna orden será expedida para ello, sino cuando hubiere causa probable, apoyada por juramento o afirmación, y describiendo especialmente el lugar que debe ser registrado, y las personas que deben ser arrestadas, o las cosas que deben ser incautadas".

ingreso hubiese sido obtenido clandestinamente en lugar de efectuarse a través de la fuerza o la coerción. La seguridad o la privacidad del hogar o de la oficina y de los papeles del dueño estarían invadidos de la misma forma, y la pesquisa y el secuestro serían igualmente contrarios a su voluntad, en un caso como en el otro, y en consecuencia, en ambos casos deben ser considerados como una violación de sus derechos constitucionales."

La segunda pregunta formulada a la Corte estaba redactada en los siguientes términos: "La admisión de tal documento como prueba en contra de la misma persona acusada de un delito ¿constituye una violación de la Quinta Enmienda?¹¹

La Corte respondió a esa cuestión también afirmativamente, señalando que: "...En la práctica, el resultado es el mismo respecto del acusado de un delito, ya sea que se le obligue a proporcionar prueba contra sí mismo, o que dicha prueba sea obtenida mediante la pesquisa en su domicilio y el secuestro de sus papeles privados. En cualquiera de los dos supuestos, él se convierte en la fuente involuntaria de la prueba y la Quinta Enmienda prohíbe que él se vea obligado a ser testigo contra sí mismo en una causa criminal...".

El caso "Lewis vs. United States"

En este caso la Corte limitó fuertemente el alcance de la doctrina elaborada en "Gouled". Los hechos fueron los siguientes: el 3 de diciembre de 1964 un agente encubierto habló por teléfono con Lewis invocando la recomendación de un amigo común. Se presentó con un nombre ficticio y pidió que se le vendiera marihuana. Lewis asintió y lo invitó a su casa, lugar en el cual tuvo lugar la transacción ilegal. En el juicio que se le siguió a Lewis, el agente encubierto testificó acerca de lo que había ocurrido en casa del acusado y la droga fue presentada como prueba de cargo. Lewis dedujo una excepción previa con el objeto de que el testimonio del agente y la droga fueran excluidos como prueba, alegando que la obtención de estas constancias había sido violatoria de los principios del debido proceso conforme la doctrina elaborada en el caso "Gouled".

El Tribunal, por unanimidad, rechazó los planteos de Lewis. Distinguió este caso del de "Gouled", señalando que en ese precedente el agente del gobierno, luego de penetrar mediante engaños a la oficina

¹¹ La Quinta Enmienda, en la parte que interesa, establece que: "Ninguna persona...será compelida en un caso criminal a testimoniar contra sí misma...".

del acusado, había revisado secretamente la oficina y se había incautado de documentos privados de natulaleza incriminatoria. En cambio, en "Lewis", el Tribunal señaló que: "...en ninguna de sus visitas a la casa del recurrente, el agente vio, escuchó, ni se apoderó de nada que no hubiera estado previsto y querido por aquél como parte necesaria de su ilícito negocio. Si fuéramos a considerar que los engaños del agente en este caso se encuentran prohibidos constitucionalmente, estaríamos próximos a sentar como regla que la utilización de agentes encubiertos en cualquier forma es virtualmente inconstitucional per se. Esa regla obstaculizaría seriamente al gobierno, por ejemplo, para rastrear las actividades delictivas organizadas que se caracterizan por las tratativas ocultas con las víctimas que no pueden o no quieren protestar. Un ejemplo claro lo constituye el tráfico de narcóticos...".

La Corte rechazó así el argumento de que la mera entrada del agente a la vivienda del acusado convertía al procedimiento en inconstitucional, afirmando que: "...el hogar goza de la protección plena de la Cuarta Enmienda... Pero cuando, como ocurre en este caso, la casa está convertida en un centro comercial al que se invita a los extraños con propósitos de celebrar negocios ilícitos, ese comercio no goza de mayor santidad que si fuera llevado a cabo en una tienda, un garage, un automóvil o en la calle. Un agente del gobierno, de un mismo modo que un particular, puede aceptar una invitación a comerciar e ingresar al local para los fines verdaderamente buscados por el ocupante...".

V. El agente encubierto en la jurisprudencia nacional

En el único caso en que la Corte Suprema de Justicia de la Nación trató el tema del agente encubierto, siguió las doctrinas y sus variantes de la Corte Americana. El caso en cuestión es "Fiscal v. Fernández", decidido en el año 1991 — es decir, antes de la sanción de la ley 24.424— y los hechos podrían resumirse de la siguiente manera: a raíz de un procedimiento llevado a cabo en un bar de la ciudad de Mendoza, la policía había detenido a un ciudadano boliviano de apellido Fernández, secuestrándosele cocaína que éste tenía en su poder. Por dichos de Fernández vertidos durante su detención, la policía localizó a otro boliviano llamado Chaad, al que también se le encontró cocaína. Fernández alertó además a los agentes policiales que en una casa cercana se encontraba el resto de la droga, procedente de Boli-

via. Uno de los policías, vestido de civil, se dirigió juntamente con Fernández a la vivienda en cuestión, la que resultó ser el Consulado de la República de Bolivia, y además la residencia permanente del Cónsul. Fernández llamó a la puerta y fue atendido por el Cónsul en persona, quien lo dejó pasar. El policía, sin identificarse en ningún momento, ingresó también. A requerimiento de Fernández, el Cónsul le entregó, en presencia del policía, nueve paquetes de un kilogramo de cocaína cada uno. El Cónsul fue luego llamado a un lugar público con el pretexto de prestar asistencia a su connacional Chaad, y allí se practicó su detención.

La Cámara Federal actuante entendió que correspondía invalidar el procedimiento cumplido en el Consulado de Bolivia, entre otras razones, porque el consentimiento que el Cónsul había prestado para el ingreso estaba viciado, puesto que se le había ocultado tanto que su amigo Fernández ya estaba detenido, como que quien lo acompañaba era en realidad un policía, que nunca se identificó como tal.

La Corte revocó, sosteniendo principalmente que aquí no se estaba ante un allanamiento, sino ante un ingreso consentido.

Pero lo que interesa del fallo en materia de utilización de agentes encubiertos, es que señaló que: "...el empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es en sí mismo contrario a garantías constitucionales...".

Las pautas que la Corte tomó en cuenta para admitir el empleo de agentes encubiertos son:

- a) Que el comportamiento del agente se mantenga dentro de los límites del Estado de Derecho.
- b) Que el agente encubierto no se involucre de tal manera que hubiese instigado o creado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente.

Aquí la Corte Argentina siguió los criterios de la Corte Estadounidense señalados *ut supra*, por los cuales al Estado le está vedado "crear" un delito con el propósito de penar a su autor. Pero —según agrega nuestra Corte, siguiendo también en ello a la Estadounidense— distinta es la situación si el Estado puede demostrar que el imputado tenía ya una predisposición a delinquir. Vale decir, nuestra Corte no considera que se ha violado la garantía de la defensa en juicio de un imputado cuando el Estado lo atrapa utilizando para ello un agente encubierto. Ello, siempre que el agente se mantenga "dentro del Estado de Derecho", y siempre que no sea el mismo Estado el que "crea" el delito en la mente del imputado. Pero si éste está predispuesto a cometer el delito, de manera que los agentes del gobierno simplemente aprovechan las oportunidades o facilidades que le otorga el acusado, entonces éste tampoco podrá invocar que ha sido víctima de una trampa ilegal. Sostuvo también el Alto Tribunal que: "...el riesgo tomado a cargo por un individuo que voluntariamente propone a otro la comisión de un delito o que voluntariamente permite a otro tomar conocimiento de tal propuesta o de hechos que son relevantes para la prueba de un delito ya cometido, incluye el riesgo de que la oferta o los hechos puedan ser reproducidos ante los tribunales por quien, de esa forma, tomó conocimiento de ello...".

Por último, el Alto Tribunal tuvo en cuenta que existen ciertos delitos, tales como el tráfico de estupefacientes, que se preparan y ejecutan de manera tal que sólo es posible su descubrimiento cuando "los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos en el cículo de intimidad donde ellos tienen lugar".

Con posterioridad a este fallo han existido diversos pronunciamientos jurisprudenciales que reconocen a la institución, aplicando la doctrina de esta causa.

Así, por ejemplo, se ha dicho que: "...la actuación de un funcionario público como agente encubierto constituye un elemento procesal valioso, tal como lo reconoce la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupo facientes y Sustancias Psicotrópicas, firmado por nuestro país en Viena en diciembre de 1988, y aprobada por el Congreso de la Nación Argentina mediante ley 24.072, disposición que ostenta la peculiar jerarquía que le reconoce el art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional reformada en el año 1994...". ¹² En el mismo fallo se señala que: "...la existencia de organizaciones embarcadas en diferentes quehaceres delictivos extremadamente nocivos para la sociedad —en el caso, tráfico de sustancias estupefacientes— autoriza como medio razonablemente aceptable para combatirlas la adopción de diversas medidas de política criminal, como las técnicas de investigación encubiertas...".

En síntesis, la jurisprudencia mayoritaria posterior a "Fernández" ha consolidado la doctrina de que el empleo de agentes encubiertos no es por sí mismo inconstitucional, salvo que el agente hubiese producido el crimen persuadiendo a inocentes a cometerlo.¹³

¹² Ídem nota 8.

 $^{^{13}}$ CNCP, sala IV, Causa N° 592, Reg. 938, "Sanabria, V." del 11/9/97 (JPBA, T° 99, F. 416); CNCP, sala I, Causa N°1062, Reg. 1480, "N., M.A.", del 9/4/97 (JPBA, T° 103, F. 435); CCCF, sala I, Causa N° 29.273, "Raña, R." del 23/12/97 (JPBA, T° 103, F. 68); CCCF, sala I, Causa N°, 27.376, "Pacífico, J." del 2/5/96 (JPBA, T° 96, F. 37); CCCF, sala II, "Aquino, C.A. y otro" del 8/4/94 (JPBA, T° 88, F. 251), entre muchos otros.

VI. Conclusiones

El análisis precedente produce sin dudas reflexiones en cierto modo contradictorias en cuanto a la conveniencia de aplicación del instituto estudiado.

En efecto, por un lado no puede soslayarse la circunstancia incuestionable de la inocuidad o al menos la insuficiencia que para la lucha contra cierto tipo de delitos organizados —como es el caso de los relacionados con el narcotráfico— evidenciarían las técnicas tradicionales de investigación.

Por otro lado, cabe preguntarse cuánto admite tolerar un Estado de Derecho—en términos de afectación a los derechos y garantías individuales— en aras de obtener un presunto mayor grado de eficiencia y eficacia en la represión penal de conductas tan aberrantes como las apuntadas, que en muchos casos ponen en peligro la existencia misma del Estado.

Será menester decidir si la vieja idea utilitarista de que "el fin justifica los medios" puede o debe agraviar —y en este caso hasta qué punto— las garantías procesales expresamente protegidas constitucionalmente.

Cabría por ejemplo preguntarse si resulta admisible que un agente estatal, bajo una identidad falsa y obrando con engaño sobre su verdadera función, ingrese a un domicilio sin formalidad alguna, para obtener prueba incriminatoria contra quien —ajeno a su verdadera naturaleza— le facilitó dicho ingreso en virtud de una relación de confianza, establecida previamente por el propio agente para facilitar sus designios.

O que obtenga información del propio investigado, violando todas las reglas procesales en relación con la declaración del imputado. En efecto, las distintas leyes procesales, en concordancia con lo establecido por el art. 18 de la Constitución Nacional, someten dichas declaraciones, sobre todo si resultan autoincriminantes, a formalidades y medidas previas sumamente rigurosas. Así, sólo el juez puede recibir información del imputado, previo hacerle conocer al mismo su persona y su investidura, advertirle que puede negarse a brindarla, y preguntarle si desea contar con asistencia letrada. Por otro lado, las preguntas que se le formulen deben ser claras, precisas y exentas de toda intención de inducir una respuesta o llevar a error a quien debe contestarlas.

Todas y cada una de estas reglas, formalidades y garantías, obligatorias para un juez y cuya inobservancia puede acarrearle al ma-

gistrado que en ellas incurriere graves consecuencias, incluso de índole penal, son obviamente ignoradas cuando se decide la actuación de un agente encubierto, ya que resulta claro que el cumplimiento de las mismas atentaría mortalmente contra la existencia misma de dicha figura.

Otra cuestión que ha dado lugar a duras críticas en cuanto a la justificación de este tipo de técnicas investigativas es la referida a la autorización otorgada al agente encubierto para cometer hechos punibles o a participar en ellos, con una amplitud que muchos consideramos peligrosa. Es que resulta a mi juicio de muy dudosa justificación que el Derecho Penal, cuya misión primordial es tutelar determinados bienes jurídicos, permita que los mismos sean vulnerados impunemente, sin otra condición que la necesidad de ello para el logro de una investigación presuntamente más eficiente.

Esta situación se ve agravada ante la constatación pública y notoria –por la relevancia periodística de los casos– de la escandalosa utilización delictiva de agentes encubiertos con el único objeto de "fabricar causas penales", con inconfesables finalidades de obtención de prestigio personal o notoriedad periodística, cuando no para encubrir la apropiación de dineros públicos destinados a este tipo de investigaciones.

Sin embargo, lo difícil de la cuestión no debe hacernos caer en el facilismo de desechar de plano y absolutamente este tipo de técnicas, ello ante la evidencia, como quedó dicho, de la insuficiencia de los métodos tradicionales de investigación en los casos de crimen organizado.

Considero entonces que la posible solución pasa por extremar los recaudos para compatibilizar la necesidad de combatir eficazmente este tipo de organizaciones, con la plena vigencia del respeto de los derechos y garantías individuales, cuyo carácter irrenunciable ningún Estado moderno puede ignorar.

Sin que lo que sigue tenga pretensión alguna de originalidad, ni persiga ser tenida como la única respuesta posible ante el problema planteado, entiendo que debería considerarse la implementación de al menos algunas de las medidas que a continuación se sugerirán:

a) La capacitación permanente de aquellos agentes estatatales destinados a actuar como agentes encubiertos, para lo cual debería disponerse de una dependencia especial para ello, que además se ocupe de la selección de los mismos, con un riguroso análisis de sus cualidades técnicas y personales, a los efectos de evitar improvisaciones

en su tarea y reducir al mínimo el peligro de corrupción en el ejercicio de sus funciones.

b) También considero que las investigaciones llevadas a cabo mediante el uso de esta técnica deberían estar en manos del Ministerio Público Fiscal, órgano titular de la acción pública, quedando para el órgano jurisdiccional el control de la legalidad de los procedimientos.

Este doble control del accionar del agente encubierto –por parte del fiscal y del juez– permitiría reducir al mínimo el peligro de violaciones de garantías procesales de los imputados, como así también velar por que el accionar del agente encubierto no se aparte de su función específica.

c) La creación de una oficina especialmente encargada de la protección del agente encubierto y de su familia, una vez que su identidad es revelada por cualquier causa, ya sea porque deba comparecer como testigo de cargo o porque se la deba revelar –aunque sea tácitamente– cuando, acusado de uno de los delitos que la ley lo autoriza a cometer en ejercicio de sus funciones, se debe aplicar la excusa absolutoria legislada en la misma.

Esto resulta ser a mi juicio uno de los temas más importantes y conflictivos de la problemática del agente encubierto, asunto que —de no prestársele la debida atención— puede atentar contra la existencia misma del mencionado instituto.

En efecto, el agente encubierto tiene su ámbito de actuación dentro de organizaciones criminales poderosas, muchas veces trasnacionales, que no perdonan la traición que les supone que uno de sus miembros resulte ser un agente gubernamental que con su conducta haya permitido el desbaratamiento de la organización y hasta la captura de sus miembros.

Por lo tanto, se impone que cuando por cualquier circunstancia, la verdadera identidad del agente encubierto resulte revelada, se actúe con absoluta celeridad en la protección de su persona y la de su familia, ya que de nada sirve que tal protección esté normada en la ley, si no tiene aplicación rápida y efectiva. Es por ello que considero que debe designarse algún organismo, lo más desburocratizado posible, y con recursos suficientes, para que actúe en forma inmediata en los casos señalados precedentemente.

Considero que la implementación de las medidas indicadas posibilitaría mejorar notablemente la eficacia de la lucha contra el crimen organizado, sin afectar los derechos y garantías de orden penal y procesal de los ciudadanos, límite al cual debe ceñirse toda innovación en materia investigativa, por más beneficiosa que pueda resultar su aplicación.

Bibliografía

Carrio, Alejandro D., Garantías Constitucionales en el Proceso penal, 3ª ed. actualizada y ampliada, Hammurabi, 1994.

CREUS, CARLOS, Derecho Penal. Parte General, Astrea, 1988.

Edwards, Carlos Enrique, El arrepentido, el agente encubierto y la entrega vigilada, AD-HOC, 1996.

Guariglia, Fabrizio, "El ingreso del agente encubierto en el procedimiento penal argentino", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año 2, N° 1-2, AD-HOC, 1996, pág. 199.

Hendler, Edmundo S. y Gullco, Hernán, La utilización de agentes encubiertos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en *JA* del 4/1/95.

Manigot, Marcelo (director), Colección Jurisprudencia Penal de Buenos Aires.

Montoya, Mario Daniel, Informantes y Técnicas de Investigación encubiertas, AD-HOC, 1998.

Sandro, Jorge," Una distorsión de las garantías constitucionales: el agente encubierto, la inviolabilidad del domicilio y el debido proceso legal", en *Doctrina Penal*, 1992, Año 15, pág. 125.

Terragni, Marco Antonio, "El arrepentido", en LL, 1994-E - 1450.

TEORÍAS DE LOS FUNDAMENTOS Y LOS FINES DE LA PENA

Francisco José Ulloa *

Introducción

Nuestra cultura jurídica moderna se ha formado bajo la evolución del derecho natural hacia el positivismo jurídico. Desde los tiempos modernos, las aspiraciones de la burguesía se cristalizaron en un proyecto político y jurídico elaborado en el marco del derecho natural.

Desde Hobbes, la determinación del orden se ha convertido en una decisión que debe ser tomada por el hombre. El orden jurídico es inherente a cada estructura social y el Estado se convierte aquí en la prolongación de la capacidad potencial del individuo.

Por intermedio de la constitución voluntariamente admitida del contrato social, la autoridad gobernante recibe el poder y la legitimación del *ius puniendi*. Éste es un derecho natural del hombre preexistente en la sociedad civil, el cual en razón de dicho contrato social, es ejercido por el Estado que, a su vez, se identifica en la sociedad civil.

La pena deja así de ser la expresión de la "cólera de Dios" para convertirse en la consecuencia de una necesidad impuesta por la "razón" y ofrece una sanción racional. La pena es función del orden jurídico (determinado en el contrato social) y está en relación con la utilidad pública (la defensa social). Conservar el orden social es, según Hobbes, un objetivo que explica la existencia de la pena, por lo cual se asocia estrechamente a los postulados de la filosofía jurídico-política.

^{*}Abogado. UBA. Cursante del Posgrado en Derecho Penal.

Esta filosofía jurídico-política ha sido elaborada en el marco del jusnaturalismo por Locke, Hume, Pufendorf, Thomasios, para luego convertirse en derecho positivo desde la Revolución Francesa.

La evolución de la codificación y la constitución del Estado burgués, están recíprocamente ligadas al plano histórico. Al estudiar las tentativas de codificación en Prusia, Austria, Italia y Rusia, se observa que tiene una tendencia hacia: 1) la abstracción en materia de normas, definiciones y determinación del sujeto —en los orígenes, los grupos sociales (la nobleza, el clero, etcétera.) se definieron con sus prerrogativas particulares, siendo que en la codificación moderna, sólo subsiste el ciudadano con su igualdad jurídica con respecto al poder central del Estado, el cual dispone del derecho de definir y ejecutar el ius puniendi—; y 2) la elaboración de una escisión ideológico-político-jurídica entre derecho público y derecho privado.

La formación de la cultura jurídico-moderna es también la evolución hacia la constitución de una política criminal.

Afirma Paul Wolf que las cruzadas y campañas históricas del derecho contra la injusticia llamada "crimen", han sido llevadas a cabo en nombre de altos ideales de la pena. Por esta razón, siempre se ha considerado científicamente legítimo presentar la cambiante histórica del Derecho Penal como una historia de los ideales y de las teorías de la pena.

Esta historia de la pena, es la historia de la pena estatal, y se inicia con una transformación cualitativa y radical que sufrió el Derecho Penal al finalizar la Edad Media. De representar, básicamente, un aspecto regulador de las conductas de las personas que integran una sociedad, pasó a constituir, fundamentalmente, una función del Estado, lo que Maier denomina la regulación jurídica de la reacción estatal frente a quien atenta contra el poder constituido y, más modernamente, frente a la violación de prohibiciones o mandatos con contenido social.

Esta transformación esencial se relaciona con un profundo cambio en la organización social: el surgimiento y consolidación de un poder político centralizado, el Estado Nacional. Y consiste, básicamente, en expropiar a los ciudadanos el poder de reaccionar contra el ofensor, en mandar a ciertos órganos del Estado a proceder de oficio, sin esperar ni atender la voluntad de los individuos, y en instituir a la pena y al Derecho Penal en general, como un poder del Estado para el control social de los súbditos.

A continuación se hará la distinción entre las teorías que justifican el castigo y aquellas que lo explican.

Teorías absolutas de la pena

Las teorías absolutas de la pena encuentran su fundamento jurídico y su sentido exclusivamente en la retribución. La pena se libera de toda finalidad y se presenta únicamente como la imposición voluntaria de un mal para compensar la lesión jurídica cometida en forma culpable. Precisamente, la negativa a subordinar la aplicación de la pena a determinados fines concretos es lo que ha llevado a considerar esta tesis como absoluta.

Estas teorías encuentran sustento ideológico en el reconocimiento del Estado como guardián de la justicia terrenal y como conjunto de ideas morales, en la fe, en la capacidad del hombre para autodeterminarse y en la idea de que la misión del Estado frente a los ciudadanos debe limitarse a la protección de la libertad individual.

Un sólido defensor de esta postura se encuentra en Kant, para quien la ley penal es un imperativo categórico y la pena sólo tiene sentido si es retribución de la culpabilidad y, en consecuencia, no puede imponerse simplemente como medio para conseguir otro bien para el delincuente mismo o para la sociedad, sino que tiene que imponerse en todo momento contra el delincuente porque ha delinquido. Cualquier otro fin constituiría, para él, una afrenta a la dignidad de la persona, ya que jamás un hombre puede ser utilizado como instrumento o degradado a la condición de objeto.

Posteriormente Hegel trató de dar respuesta al sentido que este rigor excesivo debería tener en la comunidad. Basado en la dialéctica, sostuvo que el orden jurídico representa la voluntad general y que este orden niega con la pena la voluntad especial del delincuente expresada en la lesión jurídica que, en consecuencia, queda anulada por la superioridad moral de la comunidad. De esta manera se restablece, en su esquema, la coincidencia de la voluntad general con la especial, mostrando la inutilidad del delito y su falta de vigencia.

HEGEL coincide con Kant en descalificar la persecución con fines distintos a la mera restitución del derecho lesionado mediante la pena. En especial critica a FEUERBACH afirmando que una teoría que sustente la aplicación de la pena a partir de la necesidad de intimidación del hombre, supone considerar a éste como un ser carente de libertad, lo que se opone en forma manifiesta a las nociones de derecho y justicia que ven en la libertad y en la voluntad su fundamento básico.

Las críticas no tardan en llegar al retribucionismo. STRANTENWERTH señala varios defectos de esta concepción. Por un lado, la falacia de concebir la libertad de la voluntad como propiedad esencial abstracta de la persona y presupuesta en el caso del hombre concreto en una situación social dada. Para él, sólo es posible tomar en cuenta la falta fáctica de libertad, lo que dificulta hablar de culpabilidad.

Por el otro, distingue la imposibilidad de determinar judicialmente la culpabilidad personal, concepto en el que se apoya con toda esta construcción teórica. La culpabilidad jurídico-penal es algo bien distinto de la culpabilidad personal: constituye un concepto negativo, en cuanto se trata de la simple constatación de la ausencia de determinadas causas que excluyen la responsabilidad personal del autor.

En consecuencia, nada aporta a una verdadera legitimación de la pena y menos aún cuando la sociedad sancionadora no sólo determina qué comportamientos son criminales y perseguibles como tales, sino que es responsable del surgimiento y el mantenimiento de las fuerzas que provocan el comportamiento desviado.

Otra objeción, remarcada tanto por Roxin como por Stratenwerth es aquella que señala la inadmisibilidad del argumento retribucionista que parte de la aplicación del "mal" de la pena para compensar la lesión jurídica. Este presupuesto se encuentra frente al problema de que la relación pena-compensación, relación necesaria para el pensamiento retributivo, no se verifica en la realidad y es inadmisible racionalmente. Según Stratenwerth es nuestra tradición que los conflictos sociales a los que se vincula el derecho penal se resuelven con la sanción del culpable, pero ello no implicaría que la pena sea la única forma posible, ni siquiera la más razonable, de superar estos conflictos. Aquí, según él, la teoría de la retribución desemboca en una cuestión: hasta qué punto la existencia de nuestro orden social depende realmente de que el comportamiento desviado sea reprimido con la pena.

ROXIN objeta también a esta teoría, al no especificar los presupuestos de la pena, esto es, no responder a la pregunta sobre cuándo hay que penar, sin limitarse a señalar que si existe un hecho amenazado con pena, y este es cometido, la pena debe ser aplicada. Queda así librado al legislador, en sus términos, un "peligroso cheque en blanco".

Cabe concluir sobre este punto que si bien las teorías absolutas de la pena implicaron en su tiempo una limitación del poder absoluto del Estado, al decir de Zaffaroni ello no trajo aparejado una proporcional reducción de la crueldad.

Teorías relativas de la pena

Las teorías relativas, que se oponen completamente a las absolutas, consideran que la pena no tiene que realizar justicia, sino prote-

ger a la sociedad. La pena no constituiría así un fin en sí misma, sino un medio de prevención.

Los fundamentos ideológicos de las teorías relativas están constituidos por las teorías políticas humanitarias de la ilustración, por la inclinación a la explicación científica, causa del comportamiento humano, por la fe en la posibilidad de educar a las personas, inclusive a las adultas, a través de una adecuada intervención sociopedagógica, y por el escepticismo frente a los intentos de explicar metafísicamente los problemas de la vida social.

Dentro de estas teorías encontramos:

a) La teoría de la prevención general.

Para ésta, en su concepción tradicional o negativa, la pena se justifica a partir de una finalidad concreta: disuadir de obrar en forma antijurídica a potenciales autores de hechos punibles.

Otra forma que adopta esta teoría es aquella que se propone robustecer la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia social a través del veredicto manifestado con la pena (prevención general positiva).

Fue Paul Johann Anselm Feuerbach quien distinguiera entre prevención general y especial, vinculando la primera a la conminación penal; ésta tenía que producir prevención general a través de la coacción psicológica, es decir, mediante el efecto intimidatorio que causaría en el potencial delincuente constatar la existencia y aplicación de la conminación penal, generando en éste la convicción de que el daño a sufrir, en caso de cometer el hecho, resultaría mayor que aquel derivado de dejar insatisfecho su impulso delictivo.

Sin embargo, esta teoría no explica los presupuestos bajo los que sería razonable la aplicación de una pena. Destaca Stratenwerth que el criterio de la transgresión de la norma, que puede ocurrir sin culpabilidad del autor, resulta a estos fines insuficiente. Es necesario que se comprueben en la persona del autor otras condiciones si es que se pretende convertirlo en ejemplo, pero estas condiciones adicionales no surgen de las exigencias de la prevención general.

Además, no se han verificado empíricamente los supuestos efectos intimidatorios de la pena. A pesar de su existencia, se siguen cometiendo delitos.

Un importante cuestionamiento hacia esta teoría parte de Kant, quien al no aceptar que con el sufrimiento de la pena aplicada a un infractor de la ley penal se busque obtener algún tipo de provecho, considera criticable la utilización del individuo como medio de intimidación hacia el resto de la sociedad.

Es destacable además en esta teoría la ausencia de todo límite al *ius puniendi* del Estado, lo cual torna sumamente peligrosas, para el respeto de las garantías de los ciudadanos de un Estado Social y Democrático de Derecho, las consecuencias de la implementación de políticas criminales sustentadas en esta forma de prevención.

b) La teoría de la prevención especial

En esta teoría la prevención del delito que se propone lograr con la pena, es sobre el mismo autor, evitando su reincidencia. Ésta puede tener lugar por dos vías diferentes: por medio de coacción física, que debe impedir exteriormente que el autor cometa nuevos delitos (negativa), o mediante la remoción psíquica que lo conduce a la delincuencia (positiva).

La pena así es concebida entonces como tratamiento o educación del autor del hecho punible con miras a la reinserción social y, a la vez, como seguridad para la sociedad de que éste no va a reincidir en su comportamiento delictivo. Estos dos fines, señala NAUCKE, deben ser claramente diferenciados, ya que se suele identificar prevención especial con resocialización, cuando lo corrección es que, a su juicio, para esta concepción la pena se justifica por ambas vías, incluso ya la mera seguridad, en caso que la resocialización fracase, es concebida como un resultado favorable para la comunidad.

Sin embargo, está demostrado que los presupuestos de la eficacia de la prevención especial no coinciden con los de la concepción que vincula a la pena con la culpabilidad. Afirmaba von Liszt, que sólo la pena necesaria es justa, pero necesaria desde el punto de vista preventivo especial es solamente aquella pena que se requiere para impedir la reincidencia del autor concreto. A estos fines, la culpabilidad carece de toda función.

A modo de ejemplo, y por lo antes dicho, habría que dejar impunes ciertos delitos graves ante la inexistencia de posibilidad de una reincidencia, mientras en el caso de delincuentes crónicos, la pena dirigida exclusivamente a la prevención especial puede llegar a presentarse como excesiva al proponer un encierro perpetuo, ignorando si se respeta o no el principio de proporcionalidad, dado que en estos casos no existen, en la práctica, posibilidades de resocialización.

Por su parte Jescheck critica esta teoría señalando que de ser coherente con este planteo, se deberá sustituir la pena por medidas terapéuticas, pues si de lo que tratara el Derecho Penal fuera solamente de la resocialización del delincuente, entonces sería tan absurdo la desaprobación del delito que la pena lleva implícita como la desaprobación de una enfermedad.

Tampoco en esta teoría se encuentran elementos limitadores del *ius puniendi* estatal –como puede serlo la culpabilidad–, ya que el único límite que encontraría la ejecución de la pena será el éxito del tratamiento, noción por demás imprecisa y arbitraria.

Finalmente, también el concepto mismo de resocialización se ha puesto en tela de juicio, ya que en la práctica no sólo se ha demostrado que tal efecto no se cumple, sino que, en el caso de la pena privativa de libertad, se ha comprobado que no hace más que acentuar e incluso tornar definitivo el deterioro del condenado.

Rasgos de las dos teorías fundamentales

Tanto los retribucionistas como los utilitaristas intentan dar una solución al mismo problema, y hay dos cosas curiosas en ellos: primero, ambas posturas parecen, en principio, agotar las posibles respuestas a la cuestión que pretenden resolver, y segundo, que las dos se adecuan al sentido común: ninguna de ellas está rodeada del aire esotérico que tan comúnmente caracteriza las respuestas de los filósofos; son, en cambio, respuestas sensatas, que cualquier persona inteligente podría dar o aceptar a poco que se pusiera a meditar sobre el tema.

Ahora bien, según Rabossi, cabe preguntarse: a) si ambas posturas se plantean el mismo tipo de pregunta respecto del castigo; b) si dan solución al mismo tipo de problema, en el sentido que sus respectivas tesis pueden ser situadas dentro del mismo compartimento filosófico; y c) si toman en cuenta ambas concepciones el mismo tipo de fenómeno o proceso.

a) ¿Plantean el mismo tipo de pregunta?

Comenzando por la primera de éstas, una respuesta posible es que no; que las diferencias de fondo entre ambas concepciones se deben al hecho de que formulan ante un mismo problema un distinto tipo de pregunta. Dado un caso concreto de castigo, los retribucionistas parecen preguntar: ¿por qué se castiga a B? Los utilitaristas, en cambio, parecen preguntar: ¿para qué se castiga a B? Y es natural que si se formulan preguntas de distinto tipo, se obtengan respuestas diferentes. La diferencia entre ambas preguntas es obvia. Si preguntamos por qué se hace algo, obtendremos una respuesta basada en un hecho pasado, mientras que al preguntar para qué se hace algo, la respuesta buscará su fundamento en un hecho futuro relacionado con dicho hacer. La diferencia es clara y sus consecuencias teóricas son evidentes.

Si aceptamos prima facie este planteo, es posible formular varias observaciones de interés: a) que no existiría entre la concepción retribucionista y la utilitarista una oposición teórica real; b) que dado el grado de aceptabilidad que poseen ambas concepciones, podría admitirse que sus respectivas respuestas fueran simultáneamente correctas; c) que el error básico de los sostenedores del retribucionismo y del utilitarismo consiste en creer que su concepción ofrece la justificación moral del castigo; y d) que quizás fuera posible llegar a integrar ambas concepciones en lo que podría considerarse una concepción general de la justificación moral del castigo.

Lamentablemente el planteamiento del cual se desprenden estas conclusiones no es aceptable por las siguientes razones.

Primera y principal, porque no hay motivos para pensar que tanto a los retribucionistas como a los utilitaristas se les haya podido pasar por alto un hecho tan trivial como el que pone de manifiesto la distinción entre los dos tipos de pregunta. La diferencia entre sus respuestas frente a la justificación moral del castigo se debe en gran medida a la adopción de una posición teórica diferente frente a lo que podríamos llamar "el problema de justificar moralmente una acción (en general)". Para un utilitarista, el castigo, como cualquiera otra acción humana con dimensión moral sólo puede justificarse por sus consecuencias. Para el retribucionista, tal justificación de las acciones humanas con dimensión moral sólo puede hacerse mediante una referencia a hechos pasados o concomitantes que incluyan la intención del agente, o determinadas características volitivas, o cosas parecidas.

No se trata, pues, del simple hecho de que al formular preguntas distintas, arriben, como es de suponer, a respuestas diferentes, sino que ambas posturas formulan las preguntas que hacen porque consideran que de un modo u otro solamente es ése el tipo de pregunta que corresponde hacer ante este tipo de problema.

En segundo lugar, la nítida diferencia entre las preguntas por qué y para qué se castiga a B, está sujeta a una importante excepción. En general ¿por qué hace p? puede responderse con sentido tanto haciendo referencia a un acto pasado (porque ocurrió m), como a un acto futuro (porque así ocurrirá n). Ella es una pregunta ambigua y en uno de sus sentidos equivale a ¿para qué hace p? Si bien esta circunstancia no prueba que no exista la diferencia conceptual entre tales preguntas a las que antes se hiciera referencia, pone sí en tela de juicio cuáles pueden ser los criterios que haya que emplear para

llegar a determinar el sentido relevante de ¿por qué...? que interesa poner en claro para salvar la distinción. La discusión de tales criterios volvería a abrir válidamente la disputa entre retribucionistas y utilitaristas.

Por último, Rabossi se cuestiona qué se lograría llevando a la práctica el plan de "integrar" ambas respuestas, pues considera que sólo se lograría una respuesta ecléctica expuesta a las críticas de retribucionistas y utilitaristas.

b) ¿Dan solución al mismo tipo de problema?

Fracasado el primer intento de superar el antagonismo entre las dos teorías clásicas del castigo, pasemos a considerar las segunda de las preguntas, con el objeto de determinar si sus respectivas tesis pueden situarse dentro del mismo compartimento filosófico: ¿dan solución al mismo tipo de problema?.

Una respuesta negativa a esta pregunta se basa en la siguiente idea: la crítica más fuerte que los retribucionistas esgrimen contra los utilitaristas es que su concepción del castigo puede llevar a justificar el castigo de personas inocentes. Esta consecuencia es inaceptable, habiendo en esto consenso general. Ahora bien, cabe la pregunta de por qué asentimos tan fácilmente que es moralmente malo castigar a inocentes, y ello es porque entre otras cosas parece necesario que para que podamos decir con sentido que A castiga a B, por haber hecho m, B tiene que haber cometido la ofensa que trae aparejado el castigo que recibe; B tiene que ser culpable de haber hecho m. ¿ Y qué clase de necesidad es ésta? Una respuesta sumamente plausible es que se trata de una necesidad de carácter lógico más que moral, en el siguiente sentido: no es que no debamos (moralmente) castigar a los inocentes, lo que ocurre es que no podemos (lógicamente) hacerlo.

En términos de Quinton, el infligir un sufrimiento a una persona solamente puede ser descrito de una manera correcta como castigo si esa persona es culpable. En consecuencia, la tesis retribucionista no es una doctrina moral, sino una doctrina que da cuenta del significado de la palabra castigo. El castigo no puede ser infligido al inocente, ya que entonces no sería castigo. Tampoco debe infligirsele el sufrimiento asociado al castigo porque en primer lugar sería algo brutal y además porque si se lo presenta como un castigo, supondría una mentira.

Al decir de Bradley, el castigo es sólo castigo cuando es merecido. Pagamos la pena porque la debemos y no por otra razón; y si el castigo es infligido por cualquier otra razón que no es la de que se lo mere-

ce cuando se es culpable, entonces —para Bradley— es una inmoralidad mayúscula, una injusticia evidente, un crimen abominable y nunca lo que pretende ser.

Las dramáticas afirmaciones finales de Bradley en realidad son irrelevantes, ya que como ha señalado Flew, por mayúscula que sea la inmoralidad, evidente la injusticia y abominable el crimen, no puede haber castigo si no es a la vez merecido y se lo paga porque se lo debe. En otras palabras, lo que viene Bradley a afirmar es algo evidente: el castigo sólo es castigo cuando es merecido; el castigo se lo merece cuando se es culpable; pero tal evidencia deriva nada más que del hecho de que en esas frases se explicitan en realidad el significado de la palabra castigo, o las condiciones de uso de oraciones del tipo "A castiga a B".

Las consecuencias que se siguen de este intento de superar el antagonismo entre la concepción utilitarista y la retribucionista son claras.

En primer lugar, se establece entre ellas una diferencia en cuanto al nivel disciplinario en el que operan. El retribucionismo ofrece una respuesta de carácter lógico, mientras que el utilitarismo, a su vez, una respuesta de carácter ético: intenta justificar moralmente el castigo. Así no hay, pues, oposición entre ambas concepciones; cada una ofrece su solución dentro de un área determinada.

En segundo lugar, el planteo propuesto lleva a distinguir dos aspectos peligrosamente encapsulados en la frase "la justificación moral del castigo": un aspecto conceptual y un aspecto ético. Ambos son obviamente diferentes y deben ser separados con cuidado. Una cosa es la explicitación del significado o de las condiciones de uso de "castigo", "castigar", etcétera, y otra muy distinta es el problema ético de justificar moralmente el castigo o la acción de castigar.

En tercer lugar, resulta del planteo que ciertas oraciones que pueden llegar a usarse en contextos usuales resultan lógicamente absurdas. "Te castigo pese a que eres inocente" y "Te castigo por algo que no has hecho", son dos ejemplos de esa clase de oraciones.

Por último, la conocida crítica al utilitarismo que consiste en achacarle la posibilidad de llegar a justificar el castigo de inocentes, pierde toda base de sustentación, al no poder haber castigo de inocentes por ser ello una imposibilidad lógica.

Este planteo, como se ve, es sumamente atractivo, aunque no exento de dificultades y objeciones.

En referencia a la tercera de las consecuencias *supra* mencionadas en este punto, cabe señalar una innegable cuestión de hecho.

Existen, o pueden existir, seres suficientemente sádicos para castigar a alguien advirtiéndole al mismo tiempo "te castigo por algo que no has hecho", como así también autoridades que dispongan el castigo de una persona conociendo perfectamente su inocencia. Existe también la posibilidad de error. En todos estos casos tiene sentido decir "A fue castigado pese a que era inocente", no sólo en un plano de estricta corrección lingüística sino que en la mayoría de los casos en que empleamos u oímos tal frase, transmitimos o recibimos una información que puede ser o que podemos considerar importante. Resultaría así incorrecto pretender que en tales casos está presupuesto algo así como un absurdo lógico.

A esta objeción se puede responder diciendo que en ninguno de estos casos se ha empleado correctamente la palabra "castigo". Sin embargo, esta réplica a la objeción formulada no resulta satisfactoria. Lo que viene a sostener en definitiva es que el único sentido válido de castigo es aquel del que resulta lógicamente absurdo decir—como interesa a la teoría—"A fue castigado pese a que era inocente". El otro sentido de castigo es espurio y debe ser evitado.

Pero esta objeción quizá no sea la más importante. Llegado a este punto el retribucionista puede contraatacar con bastante eficacia incorporando a su concepción del castigo el punto crítico crucial. Las posibilidades de esta maniobra son interesantes. En primer lugar, el retribucionista tiene que reconocer que en tanto y en cuanto se fundamente en un plano meramente lingüístico la tesis de que el castigo se justifica por la culpa que emana de una ofensa producida en el pasado, queda por ofrecer una justificación moral del castigo. Pero este reconocimiento no clausura la posibilidad de intentar una reformulación de su tesis básica. A tal efecto, el retribucionista tiene abierta varias opciones.

La primera de ellas puede, por ejemplo, ofrecer una versión del retribucionismo en que las nociones de culpa y de castigo no aparezcan conectadas de modo expreso en la teoría, y en la que tal conexión sólo aparezca como una mera recomendación acerca del uso de la palabra castigo. Tal es la estrategia propuesta por Mundle. Su enfoque comprende fundamentalmente tres elementos: dos postulados éticos y una recomendación verbal: "postulado 1: el hecho que una persona haya cometido una ofensa moral ofrece una razón suficiente para hacerla sufrir; postulado 2: si (o cuando) las personas sufren por las ofensas que han cometido, el sufrimiento impuesto debe guardar proporción con la gravedad moral de las ofensas; recomendación verbal:

'castigo' debe aplicarse sólo en aquellos casos en que se haga sufrir a una persona porque lo merece, debido a la ofensa moral que ha cometido".

La segunda opción del retribucionista es que puede distinguir entre la circunstancia de que quien padece el sufrimiento haya sido de hecho culpable o que haya sido declarado tal, sosteniendo que una expresión como "A fue castigado por algo que no hizo" no resulta incompatible con un enfoque de carácter retribucionista que sólo exija que A haya sido declarado culpable (formal o informalmente, expresa o implícitamente) con prescindencia de su culpabilidad efectiva. Tal es, en el fondo, la salida propuesta por BAIER.

La tercera opción, es que puede distinguirse, también, entre un sentido débil y uno fuerte de expresiones del tipo "A fue castigado por algo que no hizo", argumentando que en un sentido débil tal tipo de expresiones no resulta contradictorio, mientras que en un sentido fuerte sí lo es. K. G. Armstrong argumenta que la única teoría con la que tal oración sería compatible en su sentido fuerte sería aquella que definiera el castigo como "infligir sufrimiento en una persona debido a un crimen que se ha cometido por esa persona o por cualquier otra", siendo que tal teoría no ha sido sostenida por ningún filósofo occidental. Que esto sea así ofrecería, para el citado autor, una prueba de que dicha oración no posee significado en su sentido fuerte.

Esta nómina de respuestas muestra, sin dudas, que sin perjuicio de su importancia teórica, dicho planteo no alcanza a superar definitivamente la opción entre retribucionismo y utilitarismo. Y esta conclusión nos lleva a considerar la tercera de las preguntas oportunamente formuladas por RABOSSI.

c) ¿Toman en cuenta ambas teorías el mismo tipo de fenómeno o proceso?

Hasta aquí se ha supuesto que los casos que motivan la discrepancia entre retribucionistas y utilitaristas en cuanto a la justificación moral del castigo son aquellos en los cuales un individuo inflige un castigo a otro, o en los cuales el grupo social decide infligir un castigo a uno de sus miembros, etcétera. En esto se ha seguido la manera en que se ha planteado clásicamente la discusión. Pero en alguna oportunidad se ha caracterizado el castigo calificándolo de práctica social, es decir, como una forma de actividad estructurada —de algún modo— por un conjunto de reglas, normas o pautas de las que resulta qué clases de acciones son consideradas ofensas, qué sanciones pueden corresponderles, quiénes pueden aplicarlas, etcétera. Así pueden distinguirse dos maneras en que puede hablarse del castigo: como un acto particular o como una práctica socialmente establecida y, consiguientemente, dos maneras en que puede intentarse justificar el castigo.

Esta importante distinción fue sugerida por primera vez en relación con el castigo por W. D. Ross, quien argumentara que "el castigo que inflige el Estado no se produce, ni se debe producir por generación espontánea. Es precedido por la emisión de una ley en la que se atribuye una pena a un crimen... Debemos distinguir, creo, esta etapa, que consiste en la atribución de una pena, de aquella otra que consiste en la aplicación de ella. Y podemos preguntar en virtud de qué principios el Estado o sus funcionarios deben actuar en cada etapa". Más tarde, la distinción fue retomada por Quinton y, especialmente, por RAWLS, quien la proyecta a un ámbito teórico más extenso.

La pregunta acerca de si el retribucionismo y el utilitarismo toman en cuenta el mismo tipo de fenómeno o proceso puede, pues, ser respondida negativamente.

Cuando los utilitaristas sostienen que el castigo sólo puede ser justificado moralmente en virtud de sus consecuencias valiosas, tienen presente el castigo como práctica social; y su planteo parece hacer justicia a la única manera plausible en que se puede llegar a justificar una práctica social: por sus consecuencias valiosas.

Cuando los retribucionistas afirman que el castigo sólo puede ser justificado moralmente por el merecimiento o la culpa del ofensor, consideran el castigo como lo que resulta de aplicar una norma, regla o pauta a un caso particular; y su planteo parece hacer justicia a la única manera en que tal aplicación puede realizarse: tomando en cuenta las condiciones antecedentes relevantes que fija la norma, regla o pauta.

Así, la oposición entre ambas concepciones parece, pues, diluirse como consecuencia de un afinamiento conceptual que comúnmente ha sido pasado por alto.

Claro que la distinción tiene, además, otras consecuencias teóricas. La más importante es que con ella parece superarse la reiterada objeción de que el utilitarista puede llegar a justificar el castigo de personas inocentes. El argumento es relativamente sencillo. En tanto y en cuanto la tesis utilitarista se pretende aplicar a casos particulares, la objeción puede tener fundamento, pero una vez que se restringen las pretensiones teóricas de la concepción utilitarista a la justificación moral del castigo como práctica social, la objeción se des-

vanece, sencillamente por falta de blanco adecuado: el ámbito de los casos específicos de aplicación de castigo queda libre a los retribucionistas para que hagan valer en él su intento de justificación.

Ante la posibilidad que el retribucionista pueda volver a plantear nuevamente su conocida objeción en cuanto a si no podría el utilitarista llegar a justificar moralmente el castigo *institucionalizado* de personas inocentes si se pudiera lograr, de tal manera, un fin que de acuerdo con sus principios resultase valioso, puede replicarse inquiriendo cómo podría llegar a institucionalizarse el castigo de personas inocentes, y qué consecuencias valiosas podría reportar al grupo social esa curiosa "práctica del castigo". ¿Qué fin útil se obtendría con la implantación de tal sistema que sólo conseguiría producir entre sus miembros la sensación de estar sujetos a una peligrosa inseguridad?

Como ha señalado Rawls, ¿cómo sabría un miembro del grupo cuándo recibe un castigo auténtico y cuándo padece el "castigo" que emana de esta forma extravagante de control social? En síntesis, parece imposible llegar a ofrecer una justificación utilitarista a esta "práctica del castigo". Y de ello parece seguirse, a su vez, que el argumento en favor de la posible institucionalización del castigo de personas inocentes carece de peso.

Claro que pueden presentar algunas dudas en este punto. Aun reconociendo la evidente importancia teórica de distinguir entre justificar el castigo como práctica social y justificar un acto específico de castigo, puede argumentarse que esta manera de salvar al utilitarismo de la conocida objeción acerca del castigo de inocentes, expone al utilitarista a una crítica distinta de las ensayadas hasta ahora, a saber, la que lleva a cuestionar el contenido y valor teórico de una justificación utilitarista (en general). La defensa de la concepción utilitarista del castigo basada en la justificación como práctica social, presupone el utilitarismo de reglas y, en consecuencia, la plausibilidad de tal concepción depende --en última instancia-- de las virtudes teóricas de esta versión del utilitarismo. Aun concediendo, por ejemplo, que de tal manera se elimina la posibilidad de justificar el castigo de inocentes, queda por estudiar la versión del utilitarismo que permite lograr tal resultado. Al margen de estas disquisiciones, puede ponerse en duda la conclusión de que nunca podría justificarse desde un punto de vista utilitarista "la práctica del castigo" (la institucionalización del castigo a inocentes).

Es de puntualizar así que tampoco es dable encontrar en este enfoque una superación definitiva de la oposición existente entre las dos concepciones clásicas del castigo.

Teorías mixtas, eclécticas o de la unión

Estas teorías tratan de mediar entre las teorías absolutas y las relativas, pero no a través de la simple adición de ideas contrapuestas, sino a través de la reflexión práctica de que la pena en la realidad de su aplicación frente al afectado por ella y frente a su mundo circundante siempre desarrolla la totalidad de sus funciones.

Según uno de sus sostenedores, CLAUS ROXIN, lo que interesa es reunir todos los fines de la pena en una relación equilibrada (método dialéctico), aunque, en caso de antinomias, haya que inclinarse por uno u otro principio.

Baumann llama a estas teorías "conciliadoras" y afirma que ellas pretenden armonizar la oposición entre pena no dirigida al fin y pena con miras al fin, exigiendo la pena en el marco de la culpabilidad por el hecho, pero atendiendo a sus fines. Sostiene que a estas teorías también se las llama "teorías-margen", porque toman como punto de partida el criterio de que la pena adecuada a la culpabilidad debe dejar un margen determinado en que puedan tenerse en cuenta después los fines de la pena.

Por su parte, ZAFFARONI afirma que estas teorías son las que predominan en la actualidad, tomando su fundamento de las teorías absolutas y cubriendo sus fallas con las teorías relativas. Para ello, estas teorías esgrimen como argumento que la reacción estatal contra el delito siempre es compleja y que, en tanto que es impracticable pensar en una coacción absoluta por la vía retributiva, caer en la pura prevención especial implica confundir la pena con la medida.

En su primera formulación esta concepción supone diferentes etapas en cada una de las cuales la función de la pena es también distinta. Su legitimación proviene de la misión del Derecho Penal, concebida aquí como la protección de bienes jurídicos. Esta misión se lleva a cabo, en primer término, mediante la amenaza y la explicación de las conductas prohibidas. En la imposición y graduación de la pena se encuentran nuevamente elementos preventivo-generales, ya que se comprueba la seriedad de la amenaza, y también elementos preventivo-especiales, al intentar disuadir al delincuente de la comisión de nuevos delitos. Durante esta etapa se debe asegurar que la

pena a imponer no exceda el límite fijado por la culpabilidad –teoría retributiva–. Finalmente, la ejecución de la pena tiene por objeto la reinserción social del infractor –prevención especial–.

En posteriores obras, Roxin reformuló su teoría, acercándose a la tesis de la prevención general positiva, al introducir el concepto de prevención general de integración, que supone el reemplazo de una concepción puramente intimidatoria de la prevención general por la estabilización de la conciencia jurídica general como uno de los fines de la pena adecuada a la culpabilidad.

Legitimaciones recientes

a) La teoría de la integración-prevención

La teoría sistémica, en los últimos años, ha proporcionado el marco teórico a un intento por dar solución a problemas que han permanecido sin respuesta satisfactoria en el curso de los recientes desarrollos del pensamiento penal.

En este orden, Jakobs utiliza la concepción de Luhman del derecho como instrumento de estabilización social, de orientación de las acciones y de institucionalización de las expectativas.

Para Jakobs, la pena constituye una reacción imprescindible para el restablecimiento del orden social quebrantado por el delito. En su esquema, este orden se estructura mediante expectativas, basadas en normas que deben ser respetadas por todos. Si una expectativa normativa se frustra, no debe ser abandonada por ello, sino que debe ser reafirmada contrafácticamente: se encierra al condenado para demostrar lo indebido de su actuar, reforzándose de esta forma la validez de la norma violada.

Así, pues, la función de la pena consiste en confirmar la validez de la norma pensada como modelo de orientación social y por su intermedio se pretende fortalecer la estabilidad social y la fidelidad al derecho.

Esta teoría, al decir de Guariglia, reúne elementos tanto retribucionistas como preventivos. No es una teoría absoluta en sentido estricto, porque no se basa en ningún absoluto moral o ideal. Tampoco es enteramente relativa, ya que el fin de la pena se agota en la mera aplicación, sin que se esperen de ella efectos ulteriores que la sustenten, más allá del restablecimiento del orden violado.

E. A. Wolff señala, con respecto a esta teoría, dos objeciones básicas. Por un lado, se opone a la utilización del individuo como medio

para reafirmar ante el resto de la comunidad la idea de "fidelidad al derecho"; por el otro sostiene que la aplicación de esta teoría conduciría a abandonar la utilización de criterios legales en la determinación de la pena. De ello concluye que la prevención general positiva desembocaría siempre en un perjuicio para el autor.

Otras críticas son las que consideran disvalioso que anteponga la noción de sistema a la de individuo, relegando los principios garantizadores de culpabilidad como fundamento de la aplicación de una sanción y de protección de bienes jurídicos como fin del derecho penal.

Algunos han advertido sobre los riesgos totalitarios que acarrearía la implementación de esta teoría, al pretender, en última instancia, imponer el consenso sobre determinados valores mediante la amenaza penal.

Otra crítica a señalar es la efectuada por Hassemet, quien afirma adherir a esta corriente, sobre la que señala extraña la posibilidad del surgimiento de un derecho penal terrorista, al pretender el reconocimiento normativo que es posible alcanzar con medios contrarios a los valores éticos sociales.

b) La teoría consensual

Carlos Nino ha desarrollado largamente esta teoría. A su juicio, era indudable que consideraciones de protección social provean una justificación en principio para muchas privaciones de derechos normalmente reconocidos.

En su teoría, la justificación de la pena como medio eficaz de protección social se construye sobre el consentimiento de la persona sobre quien recae la pena.

Resulta necesario considerar a los individuos como unidades elementales, debiendo tenerse en cuenta el bienestar comparativo de cada uno de ellos para juzgar acerca de la legitimidad o no de las medidas que puedan alterarlo. La pena puede justificarse, en principio, cuando es un medio necesario y efectivo de protección social y se la distribuye de acuerdo con el consentimiento previo de sus destinatarios.

No obstante ser un planteo reciente, esta teoría no escapa a las críticas ya reseñadas de las que son objeto las teorías de la prevención en general. A éstas puede sumarse la conocida objeción que se formula a los planteos de tipo contractualista.

c) El garantismo penal como doctrina de justificación

Es Luigi Ferrajoli quien desarrolla esta teoría sosteniendo básicamente que existe una correspondencia biunívoca entre justificación y garantismo penal.

Para él, un sistema penal está justificado si y únicamente se minimiza la violencia arbitraria de la sociedad. Este fin se alcanza en la medida en que sean satisfechas las garantías penales y procesales del Derecho Penal mínimo. Así, estas garantías pueden ser concebidas como otras tantas condiciones de justificación del Derecho Penal, en el sentido que sólo su realización es válida para satisfacer los fines justificantes.

Para esta perspectiva sería perfectamente posible abolir determinadas penas (como la carcelaria) e ir reduciendo cuantitativamente el ámbito de intervención penal hasta el límite de su tendencial supresión, debiendo permanecer siempre el derecho penal y sus garantías para el único caso que pudiera producirse —en una sociedad perfecta o ideal— de reacción institucional coactiva frente a un hecho delictivo.

La tesis presentada depende de que sea aceptado como fin del Derecho Penal no sólo la máxima ventaja de los no desviados a través de su defensa contra los delitos, sino también del mínimo daño de los desviados por medio de su defensa frente a daños más graves.

Este modelo se diferencia de los anteriores en que no suministra una justificación en abstracto del Derecho Penal, sino que únicamente consiente justificaciones de los sistemas penales concretos.

Concluye Ferrajoli sosteniendo que este modelo permite no sólo y no tanto justificaciones globales, sino justificaciones y deslegitimaciones parciales y diferenciadas, para particulares normas o institutos o prácticas de cada ordenamiento.

Modelos filosóficos que tratan de explicar el fundamento del derecho a castigar y los fines de la pena

a) El modelo ilustrado

El modelo ilustrado está desarrollado en el clásico *Tratado de los delitos y de las penas* de César Baccaria. Según el mismo, el derecho de penar se basa en la cesión parcial de la libertad de los individuos, la cual constituye la potestad de castigar.

La primera observación es que no hay derecho a castigar sino potestad o competencia para castigar. La potestad o competencia para castigar es una relación de derecho público que se define: a) por un deber de castigar; y b) por la subordinación del individuo a la sociedad mediante la cesión parcial de su libertad o contrato social.

Siendo el contrato social el fundamento del derecho de penar, la naturaleza, medida y fines de la pena deben estar en relación con el interés general nacido de la coincidencia de los intereses individuales y con el consentimiento que habría que postular como expediente de justificación de la competencia punitiva del Estado. La pena es un mal que se inflige al individuo que ha transgredido la ley penal y que debe ser establecida y aplicada conforme a los principios de legalidad, generalidad, proporcionalidad, utilidad, prontitud, necesidad y certidumbre. La proporcionalidad puede determinarse por el daño causado a la sociedad, por la intencionalidad del victimario y por la dignidad o calidad de la víctima, aunque es el daño a la sociedad el que, en última instancia, debe definir la medida de la pena. Los fines de la misma son la intimidación y la educación. El derecho "premial" complementaría el cuadro de la teleología del castigo en este modelo.

b) El modelo hegeliano

Para Hegel, la pena es la manifestación del delito, siendo la otra cara de la misma moneda. En la medida en que es manifestación del delito, la pena es expresión de justicia, esto es, retribución justa. La pena, para este modelo, por lo demás, es coerción secundaria frente al delito que es coerción primaria, pero el delito no es algo positivo, sino negativo, de modo que la pena es, por eso, negación de la negación.

La positiva existencia del delito, tal como se da en la experiencia cotidiana, es expresión de la voluntad del delincuente. Sin embargo, la unidad dialéctica de todo exige que el delincuente sea instrumento de la razón y que, en virtud de eso, participe de la razón general: ello se logra mediante la pena, que concilia ambas voluntades y restituye la unidad de sentido del proceso perturbado.

De acuerdo con este modelo, la pena es más que coerción, es un derecho o privilegio del delincuente, una pretensión legítima de su esencia racional. Mientras la pena como coerción es expresión de justicia, como derecho del delincuente es expresión de libertad. La pena trata al mismo como hombre libre, como esencia racional y, al honrarlo en su dignidad humana, le restituye su libertad y su honor.

c) El modelo neo-hegeliano

Según este modelo expuesto por J. Kohler, la libertad del hombre es la base de la normatividad. Si el hombre ajusta su comporta-

miento a las exigencias del derecho, concilia su personalidad con la sociedad; si se aparta de las normas, incurre en culpa. La culpa reclama expiación. Ésta es la reparación del mal ocasionado por la culpa y consiste en un dolor, en un padecimiento espiritual que purifica al individuo.

La pena es justa cuando se vuelve expiatoriamente contra el autor del delito. El aspecto objetivo de la retribución expiatoria es la reparación del daño infligido a la víctima. Pero hay, además, lo que KOHLER llama la pena finalista.

Pena finalista es intimidación, corrección, "pena" de seguridad. El porvenir de la ciencia del Derecho Penal depende de la separación radical entre educación forzosa y medidas de seguridad, por un lado, y pena, en sentido estricto, por otro.

Aunque el fundamento de la pena sigue siendo, para este modelo, retribucionista en gran medida, considera también que las aspiraciones del tiempo presente se encaminan preferentemente a realizar la idea de justicia, a través de la individualización de la pena, la educación y la resocialización del delincuente y la justicia social.

Muy actuales son las ideas de Kohler sobre la individualización de la pena como correctivo del principio de retribución, la justicia social como condición de ejercicio del poder de castigar, y la educación de la juventud como medio de la prevención del delito.

d) El modelo neo-kantiano

En éste, Radbruch distingue las teorías sobre el fundamento de la pena de las teorías sobre los fines de la misma. Por fundamento de la pena considera que debe entenderse la explicación racional del castigo, es decir, el paradigma o idea que elucida en su sentido apropiado en relación con el delito. Por fin de la pena, en cambio, dice que debe entenderse su justificación, es decir, el deber ser axiológico o ideal que la legitima.

RADBRUCH piensa que las teorías sobre el pensamiento de la pena nacen de una determinada concepción individualista del Estado y que, en el fondo, el fundamento de la pena es el fundamento mismo de la organización política de la sociedad.

Desde este punto de vista, el fundamento de la pena puede ser, o el consentimiento expresado en el contrato que convalida la sociedad política, o la retribución conmutativa que se imputa a la violación del orden público. Es decir, o la pena es querida por el delincuente quien, con conocimiento de la ley penal, comete un delito; o la pena ha sido merecida por él.

En cuanto al fin de la pena, RADBRUCH estudia el sentido de la misma en relación con la idea del derecho. Conforme a la justicia, la "pena" debe estatuirse y aplicarse según el principio de retribución distributiva, que subsana las dificultades de la retribución conmutativa. La individualización de la pena, el tratamiento penitenciario y las medidas de seguridad obedecerían a alguna forma de justicia distributiva. Conforme a la utilidad o conveniencia, la pena se propone la intimidación o la prevención y reforma del delincuente. Y de acuerdo a la seguridad jurídica, la pena apunta a la prevención del delito dentro de las condiciones que aseguren la protección de la sociedad sin desconocimiento de las garantías ciudadanas.

Así, un derecho penal que sea capaz de realizar las ideas de justicia y seguridad jurídica dejaría de ser, en fin de cuentas, derecho penal. Radbruch dice que el desiderátum consiste no en un Derecho Penal mejorado, sino en un derecho de mejoramiento y protección.

e) El modelo "Analítico I"

En este modelo, EDUARDO RABOSSI distingue dos clases de teorías sobre la justificación moral del castigo, a saber: las retribucionistas y las utilitaristas, y como se analizara antes, siguiendo a dicho autor, se considera que las primeras preguntan el por qué de la pena, y las segundas el para qué de las mismas. Así las primeras serían tesis lógicas o metodológicas y las segundas, tesis éticas.

Según A.C. Ewing, el fin principal de la pena es su función educativa, y el castigo es educativo en tanto y en cuanto hace que la gente se abstenga de realizar malas acciones porque así las considere, y no por temor al castigo que pueda recibir por realizarlas.

Su análisis muestra, como dice Mundle, que las teorías reformadora, preventiva y educativa, son utilitaristas y que la verdadera controversia se da entre quienes sostienen que el castigo se justifica por sus efectos y quienes niegan esto.

Un asunto de alta significación teórica es lo relativo a la justificación del castigo en sus dos momentos, a saber, el de la norma general y el de la norma individualizada.

El primero se conecta con la ilicitud penal y el segundo con la aplicación justa del castigo previsto en la ley; y ello es así por cuanto el trabajo del legislador es prospectivo, y el del juez es retrospectivo. El primero define los delitos para vincular la conducta futura de sus destinatarios, mientras que el segundo califica la conducta del infractor conforme a la norma que prevé el delito para aplicar la pena justa.

Por eso, cuando alguien plantea el problema del castigo de un inocente se puede querer decir dos cosas: una, que lo que se considera ilícito no lo es, pese a estar definido en la ley como tal; dos, que a la persona a quien se ha declarado culpable no ha cometido el delito que se le reprocha. En sentido estricto sólo puede hablarse de castigo de un inocente en el segundo caso, aunque quienes rehacen la teoría de la "mala prohibita" pueden decir que no todo lo que el Estado prescribe como delito es siempre malo en sí. Tal criterio conduciría a la discusión jusnaturalista de la validez axiológica del derecho positivo.

f) El modelo "Analítico II"

El problema del castigo, según este segundo modelo analítico, comprende varios planteos: a) ¿en qué consiste el castigo?; b) ¿a qué propósito sirve el castigo o cuál es su principio o razón?; c) ¿quién tiene autoridad para castigar y bajo cuáles condiciones debe ejercerse dicha autoridad?; d) ¿quién debe ser castigado y quién exceptuado del castigo?; e) ¿cuáles son las clases o formas de castigo?; f) ¿son dichas clases o formas reprensibles por sí mismas o por sus consecuencias?; g) ¿debe haber proporcionalidad entre la severidad del castigo y la gravedad de la ofensa?; h) ¿puede una persona castigarse a sí misma?; i) ¿desean algunas personas ser castigadas?

La reformulación de estas preguntas, que no es exhaustiva, tiene un propósito puramente metodológico. Es un intento de mostrar la complejidad del tema planteado. Entre los problemas que dichas preguntas suscitan, en primer lugar es necesario observar que el fundamento de la pena gira, de alguna manera, en derredor del principio de retribución. La relación delito/pena es una implicación taliónica. Evidente es que la respuesta primitiva de la conciencia individual o social frente al delito es la venganza. La misma justicia exige devolver mal por mal.

Pero la retribución llega a ser un acto público y la lesión que produce el delito deja de ser un daño al interés particular directamente agredido, para convertirse en un daño al interés social o, como dice Hegel, en un daño infligido, no a la parte vulnerada, sino al lesionado universal.

La justicia deviene entonces venganza del lesionado universal. Y en vez de venganza en sentido estricto, se trata más bien de retribución. Ésta, para que sea tal, debe cumplir, por lo menos, dos condiciones, a saber: que no se haga en representación del interés particular sino en el de la sociedad misma; y que se ejerza conforme a un procedimiento legal establecido.

Ontológica y metodológicamente, la retribución es distinta de la venganza privada, pues ésta, por el hecho de que es acción positiva de una voluntad en particular, se convierte en nueva vulneración, mientras que la retribución es exigencia de una voluntad que, aunque particular y subjetiva, quiere lo universal en cuanto tal.

Por importante que sea esta forma de ver al castigo, es obvio que ella deja incompleta la teoría de la pena. La protección de un orden pacífico de la sociedad y la reinserción del autor en ella, son también fines de la pena, de modo que sólo cuando los medios empleados por el Estado para prever los delitos y lograr la resocialización del delincuente falla, aparece la potestad punitiva, bajo la forma de derecho de necesidad de la sociedad lesionada.

g) El modelo marxista

Según este modelo, la jurisdicción penal del Estado burgués es un terrorismo de clase que no se distingue de las llamadas medidas excepcionales durante la guerra civil sino hasta cierto punto. En esta concepción el derecho sería la parte más opresora de la superestructura jurídica y política de la sociedad civil, es decir, el componente por antonomasia de los aparatos represivos del Estado.

El funcionamiento pacífico de la hegemonía dependería de las condiciones de la lucha de clases reaccionaria, a partir de la primera revolución industrial. Así, consideran que la sociedad civil es un mundo de relaciones mercantiles donde los delitos y las penas no pueden ser excluidos del tráfico.

Por ello, el delincuente responde con su libertad al delito cometido, y responde de él con un *quantum* de libertad, que es proporcional a la gravedad del delito. Esta relación es fundamentalmente análoga a la de indemnización por el daño causado conforme al derecho civil. Pasukanis asevera que es la expresión aritmética, sobre todo, la que caracteriza el rigor de la sentencia.

El valor de cambio, para este modelo, es la verdadera base del principio retribucionista de la pena. Si se objetare que esta tesis conduciría a la retribución jusprivatista, lo cual no es el caso en ninguna sociedad moderna, se podría observar lo siguiente: primero, que la ideología capitalista hace de su interés el interés de todos; segundo, que la retribución pecuniaria quitaría a la conducta ilícita su carácter de afrenta a la "sociedad en su conjunto", que es el modo como se encubriría la dominación de clase; tercero, que las categorías derecho público/derecho privado serían la base del derecho burgués en la me-

dida en que ellas velarían el verdadero mecanismo represivo del Estado. El delincuente paga con su libertad o con su vida, porque las relaciones sociales en una sociedad conflictiva tienen que mantener a toda costa el principio de que los delitos, aunque sean resultado de la lucha de clases, son agresiones a la "sociedad en su conjunto" y no pueden, por lo mismo, indemnizarse según las normas que regulan la responsabilidad extra-convencional para que la idea de la posibilidad de reparar el delito por un quantum de libertad abstractamente determinado haya podido nacer —agrega Pasukanis— ha sido necesario que todas las formas concretas de la riqueza social hayan sido reducidas a la forma más abstracta y más simple; al trabajo humano medido por el tiempo.

Así todo, y encontrando esta postura un fundamento mercantil a la relación delito/pena, no se puede dejar de advertir que el principio retribucionista atraviesa de cabo a cabo la práctica ideológica del derecho, aun también en este modelo. Según Pasukanis la justicia burguesa vigila cuidadosamente que el contrato con el delincuente sea concluido con todas las reglas del arte, es decir, que cada uno pueda conversar y creer que el pago ha sido equitativamente determinado (publicidad del procedimiento judicial), que el delincuente ha podido libremente negociar (proceso en forma de debate), que ha podido utilizar los servicios de un experto (derecho a la defensa), y que el tanto de libertad con el que va a pagar su ofensa a plazo ha sido establecido conforme a ley preestablecida. Así el Estado juega limpio con el delincuente, y como el delincuente es tratado como propietario, esto es, libre e igual, el pacto judicial lo honra y lo erige en sujeto que usa su libertad como medio de pago en el mercado para saldar su deuda.

La perspectiva abolicionista

Es claro que el abolicionismo no es una teoría sino una postura espiritual y ejecutiva adoptada frente a la pena, que se pude definir como una toma de posición crítico-negativa sobre los problemas del control social, que busca la extinción del sistema penal, por considerarlo irreal y totalitario, para sustituirlo por medidas basadas en el diálogo, la concordia y la solidaridad, aunque también hay dentro de ella seguidores que consideran exigible tal extinción por el solo hecho que no reconocen justificación alguna a su existencia, sin necesidad de considerarse obligados a proponer alternativas.

. }

Esta perspectiva podría ser ubicada dentro de un amplio programa de criminología, primero en el análisis del objeto de esta disciplina, y segundo, en un lugar de la política criminal.

En torno al objeto, aquello que la criminología suele denominar "criminalidad"—que sería su objeto— es superado para descender a la esencia de las cosas y dirigir la atención no al "invento delito" como tal postura lo considera, sino a la acción u omisión que constituye "un problema".

En cuanto a la política criminal, el abolicionismo merecería sitio independiente, pues no puede ser clasificado dentro de la tradicional como un instrumento preventivo-represivo, ni en la llamada contemporánea como simple pretensión de cambiar el sistema político-económico con el anhelo de erradicar, con ello, la desviación, previa "venganza" de una clase contra otra. El abolicionismo es una perspectiva que se presenta con la intención de querer ayudar a resolver los conflictos, y no como un instrumento que pretenda solucionar la "criminalidad".

En los últimos años se utiliza el término frente a cualquier planteamiento –parcial o total– que propende la disminución o desaparición del sistema penal o control social formal. Los ejemplos más significativos son los siguientes:

a) El abolicionismo de Mathiessen, quien sobre la base de principios materialistas se orienta a la eliminación de la cárcel, lo que otorgaría trascendencia a los mecanismos "sustitutivos", que se verían considerablemente extendidos: libertad vigilada, bajo palabra, condicional, etcétera., es decir los llamados "subrogados penales".

Cabe consignar aquí que ello lleva en sí una contradicción, por cuanto tales mecanismos alternativos encuentran su razón justamente en la existencia de la pena privativa de libertad, ya que no cabe sino pensar cuál sería la reacción ante la posible infracción de la libertad bajo palabra o condicional, etcétera. No puede haber excepciones a la regla sin existencia de la regla.

b) El abolicionismo de Christie, fundamentado en el cambio estructural de las sociedades post-industriales, en la reducción máxima del derecho penal, en el desmonte y posterior desaparición de las formas "débiles" de control (tratamientos, experimentos, etcétera), y en el mantenimiento de las teorías absolutas de la pena (retribución) para garantizar los derechos humanos y la fusión política de neoclasicismo y derecho penal liberal y racional.

c) El abolicionismo como tendencia a suprimir todo el sistema penal, postura que, por supuesto, comprende las dos anteriores. Es la opinión, entre otros, de Louk Hulsam y de J. Bernat de Celis. Esta corriente es la que en estricto sentido puede ser reconocida como "abolicionista" pues las otras, como con razón anota Luigi Ferrajoli, son simplemente reformadoras. Por abolicionistas, pues, deben ser entendidas sólo aquellas doctrinas "...que no reconocen justificación alguna al derecho penal y que auspician su eliminación...".

Massimo Pavarini distingue tres movimientos "abolicionistas":

- a) Abolicionismo penal radical, orientado a la desaparición del sistema de justicia penal, en su integridad.
- b) Abolicionismo institucional, que circunscribe su objetivo a las cárceles y demás centros segregatorios, como los hospitales psiquiátricos judiciales.
- c) Reduccionismo penal, que tiende a "limitar" este área del derecho, a restringir su alcance. Es el Derecho Penal como extrema ratio.

El mismo autor hace hincapié en que el primero engloba a las otras dos formas, lo que le resulta obvio porque destruido el sistema criminal, desaparecen el Derecho Penal como tal, las cárceles, los subrogados, las justificaciones y finalidades de la pena. Abolicionismo equivale a la supresión total del sistema penal por cuanto todo él, para esta postura, carece de funciones sanas y permanentemente produciría sufrimientos innecesarios.

En los principios o premisas, que sustentan los seguidores de esta "perspectiva", encontramos las siguientes que se transcriben a continuación y que formarían parte de la ofensiva de esta postura:

- a) Principios críticos relacionados con el sistema penal en general:
- 1. El sistema penal, salvo por azar, no funciona jamás como lo quisieran los principios que pretenden legitimarlo.
- 2. El sistema penal, las instituciones, el Estado, deberían ocupar un lugar modesto y subordinado respecto de los hombres, y consideran que el sistema penal, por el contrario lo degrada, colocándolo en situación de inferioridad.
- 3. El sistema penal se apoya en un pretendido consenso, enteramente irreal.

- 4. Dentro del sistema penal cada órgano o servicio trabaja aisladamente y cada una de las personas que actúan en el aparato penal cumplen su papel sin preocuparse de lo ocurrido antes, ni de lo que puede ocurrir posteriormente, no pudiéndose creer que todos esos "miembros" del sistema penal puedan así "administrar justicia" y "combatir la criminalidad".
 - 5. Nadie gobierna la máquina penal.
- 6. Muchas situaciones que responden a las definiciones legales no entran en la maquinaria, como lo demostraría la llamada "cifra oscura".
- 7. No es normal un sistema que sólo interviene marginalmente, es decir, respecto de lo excepcional, desde el punto de vista estadístico.
- 8. El sistema penal juega peligrosamente con la culpabilidad, noción grave, compleja y concepto ambiguo, inasible, metafísico, imponderable y escolástico que nadie domina, según esta postura.
- 9. El sistema penal "fabrica culpables" porque siempre se pone en marcha contra alguien, a quien llama así.
- 10. Los escogidos por el sistema penal como culpables, resultan siéndolo por toda la vida.
 - 11. El sistema penal crea y refuerza las desigualdades sociales.
- 12. El sistema penal, cuando conoce un caso, lo mira a través de un espejo deformante que lo reduce a un momento, un acto.
- 13. El sistema penal "roba" el conflicto a las personas directamente implicadas en él. Desde que un problema cae dentro del aparato de justicia deja de pertenecer a quienes lo han protagonizado y éstos llevarán para siempre la etiqueta de delincuente y víctima.
- 14. Ordinariamente, la víctima pierde el control del suceso una vez iniciada la "acción pública", pues poco y nada puede participar en el desenvolvimiento de la investigación.
- 15. El sistema penal impone un solo tipo de reacción frente a los inconvenientes que entran en su competencia formal: la reacción punitiva.
- 16. El sistema penal está específicamente concebido para hacer daño.

- 17. El sistema penal es un mal social: daña y no resolvería problemas. Luego, éstos deben ser abordados de otras maneras.
- 18. El sistema penal puede ser fácilmente abolido pues se trata de uno de los condicionamientos sociales que desaparecerían sin crear traumas.
 - b) Principios críticos relacionados con la "creación de la ley":
- 1. Los políticos que hacen las leyes normalmente obran en planos "abstractos".
- 2. Las leyes son confeccionadas y enmendadas precipitadamente y por compromisos políticos. No tienen nada de democráticas y difícilmente son el efecto de la coherencia ideológica.
- 3. La búsqueda de la modificación de la situación del preso es importante, pero más lo es situarse arriba del proceso, allí donde las personas son seleccionadas para llegar a ser reclusas.
- 4. El centro de atención debe ser, entonces, aquel lugar en que es definido el "delito".
 - c) Principios críticos relacionados con la "aplicación de la ley":
- 1. La inhumanidad del sistema penal, según esta perspectiva, proviene, en parte, de la situación recíproca de inculpados y agentes que tienen que ver con él. En este contexto del sistema penal el acusado no tendría la ocasión de expresarse como quisiera, y el policía y el juez, aunque quisieran, no podrían hacerlo.
- 2. Es necesario desmitificar las "imágenes" que señalan al policía, al juez y al carcelero como representantes del "orden" y el "bien", y al delincuente como persona aparte, socialmente "anormal".
- 3. Los jueces de carrera, al igual que los políticos, están psicológicamente lejos de los hombres a quienes condenan, ya que pertenecen a una capa social diversa.
- 4. Dentro del sistema penal no se escucharía verdaderamente a las personas implicadas, ya que la justicia estaría "profesionalizada" y normalmente se guía por "moldes".
- 5. Lo relacionado con la protección de las garantías individuales estaría sujeto a ambigüedades, ya que el juez está obligado a proteger tanto el orden como al ciudadano.
 - d) Principios críticos relacionados con la "ejecución de la ley":

- 1. El castigo corporal no ha desaparecido, porque la prisión degrada la incolumidad personal.
- 2. La prisión no constituye solamente un retiro del mundo normal, de la actividad y del afecto. Es el ingreso en un universo artificial, donde todo es negativo.
 - 3. El sistema penal estigmatiza.
- 4. El sistema penal tiene efectos totalmente contrarios a los que quisiera obtener cierto discurso oficial que pretende "favorecer la enmienda del condenado", lográndose en cambio un endurecimiento del reo en sus relaciones con el orden social al cual se lo quiere incorporar.
- 5. Quienes van a la cárcel son siempre los mismos: las categorías más "débiles", los más desamparados de la población.
- 6. La pena, como ha sido concebida, implica un vínculo de autoridad entre quien castiga y quien es castigado; y en ciertos casos la condena es reforzada por elementos de penitencia, de sufrimiento, impuestos y aceptados en virtud de la misma autoridad.
- 7. Un sistema que enfrenta la organización estatal a un individuo, no está en condiciones de producir una pena humana.
- 8. A pesar de que las legislaciones hablan de la reinserción social del condenado, el sistema penal, en la práctica, es enteramente represivo.

Las críticas a tal perspectiva, obviamente no han faltado, siendo las más oídas:

- a) El escepticismo que generan las situaciones problemáticas por su carencia de criterios objetivos de valoración.
 - b) La necesidad del mantenimiento del control del orden social.
- c) El alcance parcial de la perspectiva, como que no muestra soluciones frente a la violencia, la criminalidad política, la cifra negra, etcétera. Lejos de ser el delito una creación artificial del hombre, el mismo existe y tiene sus graves consecuencias hacia el resto de la población, no solamente hacia la propia víctima.
- d) Querer de pronto convertir en sinónimos delito y catástrofe natural.
 - e) Su tendencia a descuidar o ignorar el plano de lo político en su

enfoque del sistema de justicia penal, entendiendo por político aquella parte de la actividad humana, voluntaria, consciente, que actúa tomando en cuenta la totalidad de los intereses que se mueven en una sociedad.

f) Antes de pensar la eliminación del sistema de justicia penal, resultaría mejor pensar primero en la eliminación del delito, ya que recién lográndose ello podría ponerse en discusión la innecesariedad del sistema de justicia penal.

Conclusiones

Así también y a poco que se analizan algunas de la críticas que vuelcan los abolicionistas sobre el sistema que pretenden echar por tierra, se descubrirá que muchas son falacias sustentadas en falsos presupuestos, y que a simple vistas parecen lógicos, pero a poco que se los ahonda, se vuelven endebles. Por ello es también que no puede ser el abolicionismo tomado como una teoría filosófica —tal como se adelantara al iniciarse su descripción—, sino como una postura ideológica en particular adoptada frente al sistema de coerción penal del Estado. Ejemplo de ello es su concepto de "invento delito", como así también su afirmación de que la justicia crea "culpabilidad", cuando en realidad lo que hace es declararlo, ya que el que lo crea es la propia persona, que con conocimiento de la ley, por sus propios actos, infringe la misma y se convierte en culpable, etcétera.

Y es correcto hablar de ideología abolicionista, más que de teoría, toda vez, la ideología, según algunas definiciones, se presenta como un dogmatismo interesado, falsificador de la realidad.

Para Víctor Massuh, ideología es un sistema de ideas y actitudes con pretensiones de objetividad y universalidad, que encubre los intereses de un grupo, una clase o una nación.

También RAYMOND RUYER sostiene que una ideología es una teoría falsificada, simplista, no verificada, resultando en un sistema de interpretación sobre el cual se apoya dogmáticamente para juzgar la sociedad y la vida humana.

Según Hans Kelsen la ideología encubre la realidad, ya sea transfigurándola para defenderla y asegurar su conservación, o para atacarla, destruirla y reemplazarla por otra. Todas las ideologías emanan de la voluntad, no del conocimiento. Su existencia está ligada a ciertos intereses o más exactamente a intereses diversos de la verdad.

Es por todo ello, por las críticas y definiciones *supra* mencionadas, y que así también los propios seguidores de tal postura presentan a la misma no como teoría, sino como "perspectiva" o "toma de posición crítico-negativa sobre los problemas de control social", que puede considerarse correcta la conceptualización de ideología a la perspectiva abolicionista.

En nuestro sistema de Estado Republicano y respecto de las diferentes posturas que dan justificación y fundamento a la pena, entiendo que la que más se concilia en forma honesta y sincera con la realidad de la actividad punitiva, es aquella que la divide en tres momentos o etapas: su creación, su individualización o aplicación, y su ejecución. En cada una de ellas es un Poder distinto del Estado tripartito que se observará involucrado y los objetivos por cada uno de ellos buscados con la pena serán diferentes también.

En efecto, en su creación, el Poder Legislativo es quien se encarga a través del sistema de formación y sanción de leyes establecido por nuestra Constitución Nacional. Es el único Poder legitimado para crear las leyes y dentro de ellas, las penas con que se castigará a quien infrinja la norma.

En ese momento, el legislador sólo puede y debe tener en mira un solo fin: el de la prevención general, mediante la explicitación de las conductas prohibidas y la consecuente amenaza de la existencia de una pena para cualquier potencial infractor.

De ningún modo el legislador en su actividad podría justificar penas en un fin de prevención especial o retribucionista, ya que en ello estaría violando garantías constitucionales como la igualdad ante la ley, y que no puede haber pena sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.

En cambio, en la individualización de la pena, intervienen los jueces (Poder Judicial), quienes resultan los encargados de llevar la pena, que hasta su intervención se encuentra en abstracto dentro de la redacción de la ley, al caso concreto y adjudicársela a quien luego del debido proceso se lo ha considerado culpable del delito. Aquí, y a los fines de respetar el principio de justicia y de proporcionalidad, el juez sólo puede tener en miras al aplicar la pena, la culpabilidad del autor —dar a cada uno lo que se merece—, siendo aquí eminentemente retributiva su justificación.

Podrá tener tal condena, como en opiniones autorizadas se volcara al describir las teorías mixtas, efectos colaterales como de prevención general, al ver el resto de la comunidad que la ley se cumple y no

ha quedado en una simple declaración; pero el juez no puede ni debe tener en miras, al condenar a un individuo determinado, la búsqueda de un ejemplo para el resto de la sociedad, ya que ello entonces, no sería justo.

En cuanto a la existencia de elementos preventivo-especiales que pueden aparecer al momento de la individualización de la pena, cabría también formular la misma objeción, en cuanto puede llegar a ser otro efecto colateral y perceptible sólo por el condenado, mas el juez, aun cuando por las circunstancias del caso, se trataría de un hecho aislado en el cual cabe la certeza de imposibilidad de reincidencia —o en caso contrario, la pena es escasa para disuadir al infractor a cometer delitos—, se encuentra por la ley obligado igualmente a condenar en la proporción al daño infringido, y ello es así porque debe ser justo. No puede el juzgador al momento de fallar tener en miras un fin preventivo especial, a excepción de la graduación de la pena dentro de los parámetros que le establece la escala penal con la que la ley sanciona el delito en cuestión y dentro de los cánones previstos expresamente en los arts. 26, 40 y 41 de nuestro Código Penal.

Finalmente y habiendo sido ya condenado el delincuente, el tiempo que utilizará para pagar su culpa debe ser aprovechado en algo positivo, y allí sí debe, la pena en ejecución, tener un fin útil y positivo, como es la resocialización del prevenido.

Pero en esta ejecución, interviene el Tercer Poder que conforma nuestro Estado, el Poder Ejecutivo, a través del Servicio Penitenciario dependiente del mismo, cuya ley en nuestro país expresamente establece que el cumplimiento de la pena tendrá en miras la resocialización del condenado. Aquí no se permite, al igual que en las otras etapas, la existencia de otros fines buscados como no ser el ya mencionado. Aquí no puede haber una finalidad directamente retributiva, o preventiva general, buscadas en forma consciente, independientemente que pueda argüirse que al cumplir la condena el infractor, la sociedad toma consciencia de que la pena para ciertas conductas no es un abstracto, sino que efectivamente se cumple, y que cada infractor cumple la pena que se merece en atención a la proporción del daño que causara. Todas ellas son percepciones de los distintos destinatarios, lo cual no significa que sean objetivos buscados de profeso por el sistema de ejecución penal.

Con lo expuesto, cabe concluir que en la Argentina, las teorías denominadas mixtas, eclécticas o de la unión, son las que más cuadran con la realidad jurídica de nuestro sistema penal.

Los fundamentos y fines de la pena se encuentran en nuestro país bien delineados y expresados. Las fallas que el sistema penal pueda presentar deberán ser analizadas primero antes de considerar errada la teoría y promulgar el abolicionismo del sistema, porque muchas de las falencias en conseguir los fines propuestos pueden deberse no a sus fundamentos sino a su errónea o deficiente aplicación al llevarla a la práctica, que no siempre es perfecta por intervenir el ser humano en tal actividad, y en su condición de tal, es vulnerable a cometer errores.

Así podríamos llegar a descubrir que no es un problema de teoría la cuestión que se suscita con referencia a la pena, sino de los hombres y mujeres que se encuentran involucrados en llevar la teorización al ámbito de lo real.

Bibliografía

Beloff, Mary, Teorías de la Pena: La justificación imposible.

Delgado Ocando, J. M., "Algunas notas para discutir el problema del derecho a castigar", publicado en los *Anales de la Sociedad Internacional de Criminología*, Canadá 1984 (coloquio de Mérida, Venezuela, 1982).

Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón, Trotta, Madrid, 1995.

Perez Pinzón, Álvaro Orlando, La "perspectiva" abolicionista, Temis, 1988.

Rabossi, Eduardo, La justificación moral del castigo.

Vervaele, John, "Las grandes teorías de la pena en los siglos XVIII y XIX", traducido por José A. Correa Ortiz, publicado en la *Revista del Colegio de Abogados del Cauca*, Cali, Colombia, nºs. 525/26, 1991/92.

Bibliografía sobre "ideología"

Montejano, Bernardino, *Ideología, racionalismo y realidad*, Abeledo-Perrot, 1984.

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL

Francisco A. Posada*

Introducción

La flamante ley 25.087 no solamente sustituyó la rúbrica del título III del libro segundo del Código Penal (estableciendo la denominación de "Delitos contra la integridad sexual" por la de "Delitos contra la honestidad") sino que también derogó las rúbricas de los capítulos II a V del título III del libro segundo del mismo código (violación y estupro; corrupción, abuso deshonesto y ultrajes al pudor; rapto; disposiciones comunes), que como no fueron sustituidas por otras, quedaron sin denominación.

Pero también han sido modificados los tipos penales previstos para los delitos sexuales.

De esta forma, se crearon nuevas figuras penales, entre ellas la que podemos denominar como "abuso sexual", ya que carecemos en la nueva ley de un nombre legal para identificar a estos delitos, por lo que dicha expresión surge de la descripción de la acción típica contenida en los nuevos tipos penales.

La reciente normativa modifica el art. 119 del CP, reemplazándolo por un extenso canon del que se extrae la flamante figura del abuso sexual.

El bien jurídico tutelado

Se debe determinar, en primer término, el bien jurídico que se intenta proteger por medio del abuso sexual.

*Cursante del Posgrado en Derecho Penal. Ganador del Concurso de Trabajos 2000.

El bien jurídico tutelado por medio de las nuevas figuras penales que contempla la ley 25.087 es la integridad sexual, pero en realidad lo que se protege mediante estos tipos penales es la libertad sexual de la víctima, la cual podía presentar diversos aspectos, como cuando se ataca directamente esa libertad o cuando se vulnera el sano desarrollo de la sexualidad.

En el caso del abuso sexual, lo tutelado es la libertad sexual de la víctima.

Esa libertad en materia sexual se vulnera cuando la víctima sufre contactos físicos con significación sexual, ya que su esfera de reserva sexual se ve atacada por el accionar del agente, haya o no acceso carnal. En el caso de que se produzca dicho acceso se tutela la posibilidad de elección en materia sexual de la persona, para poder decidir con quien mantener relaciones sexuales. Dicha posibilidad se ve vulnerada cuando hay una ausencia de consentimiento válido por parte de la víctima como consecuencia del accionar del agente, menoscabando su libertad sexual.

Creus sostiene que la libertad sexual se vulnera invadiendo ilícitamente la esfera de reserva propia de ese ámbito de la persona, en la que ella, consciente y libremente, puede permitir penetrar a quien desee e impedir que otros lo hagan.

En igual sentido se pronuncia Fontán Balestra al describir el bien jurídico tutelado en el delito de violación, descripciones que son aplicables al abuso sexual con acceso carnal, cuando establece que la violación es un delito contrario a la voluntad sexual y que el bien jurídico lesionado es la libertad individual en cuanto cada cual tiene el derecho de elegir el objeto de su actividad sexual.

La acción típica

En el nuevo art. 119 se describen los abusos sexuales en tres gradientes que, como dice Cafferata Nores, son una figura progresiva, partiendo del simple abuso sexual (1er. párrafo), pasando por el abuso gravemente ultrajante (2do. párrafo), para finalizar en el abuso sexual cón acceso carnal (3er. párrafo).

Simple abuso sexual

El simple abuso sexual se halla tipificado en el 1er. párrafo del nuevo art. 119 del CP que reprime con "reclusión o prisión de 6 meses a 4 años al que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo,

cuando ésta fuere menor de 13 años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción".

La acción típica consistirá, entonces, en abusar sexualmente de persona de uno u otro sexo, sin que medie acceso carnal.

En los proyectos de ley presentados en la Cámara de Diputados de la Nación por distintos legisladores se emplearon redacciones similares para describir la acción típica de este delito, como las iniciativas que reprimían a quien "abusare sexualmente", mientras que otros proyectos castigaban a quien "abusare deshonestamente", incluso el proyecto de la diputada nacional Martinez reprimía a quien "vejara sexualmente a persona de uno u otro sexo, sin que haya acceso carnal".

El dictamen de las comisiones de Legislación Penal y de Familia, Mujer y Minoridad se decidió por la expresión de quien "abusare sexualmente", que fue el texto que en definitiva se aprobó.

La acción típica del abuso sexual es similar al accionar que tipificaba la ley anterior para el abuso deshonesto, por ello las consideraciones que ha formulado la doctrina sobre esta figura creo que son plenamente aplicables al abuso sexual.

Así, el abuso sexual, como ocurría con el abuso deshonesto, consiste en un atentado a la reserva sexual de la víctima sin consumar o intentar la realización del acceso carnal.

Su materialidad puede consistir en usar impúdicamente su cuerpo:

- mediante actos subjetivamente impúdicos de desahogo sexual distintos de la cópula (actos libidinosos);
- mediante actos objetivamente impúdicos por violar la reserva de sus partes pudendas, cualquiera que sea la finalidad perseguida por el autor.

El abuso exige tocamientos o contactos corporales del autor o de un tercero con la víctima, por lo que no puede cometerse a distancia ni de palabra.

Soler, al tratar el abuso deshonesto señalaba que "desde el punto de vista material debía consistir en acciones corporales de aproximación o tocamiento inverecundo, realizados sobre el cuerpo de otra persona, ya que los actos deshonestos realizados sobre la propia persona en presencia de otro, pero sin que haya aproximación podrán constituir el delito de exhibición o eventualmente el de corrupción, pero no el que examinamos".

Se requiere una aproximación corporal (con o sin desnudez) y, en consecuencia, no basta la simple contemplación, siempre que ésta no sea el resultado de la acción física de desnudar.

La materialidad del acto no demuestra siempre su carácter impúdico o inocente, sino que a veces ello depende del ánimo del autor, determinable a su vez por las circunstancias, como sucede con el beso, el abrazo y la palpación, cuya impudicia o inocencia depende del ánimo impúdico o inocente del autor.

Por consiguiente, el abuso debe ser sexual, tanto en sus elementos objetivos como subjetivos. De esta manera, en el clásico ejemplo de Carrara (quien pensaba sobre todo en el ultraje al pudor), levantarle la pollera a una anciana *animus giocandi* en la vía pública, constituirá otro tipo de delito pero no el previsto en el 1er. párrafo del art. 119.

El abuso sexual es un delito doloso. Siguiendo a Nuñez, cuando el corpus del abuso tiene como sustento material una conducta susceptible de una significación no abusiva, el delito exige un dolo específico, representado por la finalidad impúdica del autor. Por el contrario, basta el dolo común cuando el corpus del abuso está constituido por una conducta material cuya significación es impúdica. En este caso, el hecho es compatible con el dolo eventual.

La problemática referida a la distinción entre la tentativa de violación y el abuso deshonesto consumado, residente en el puro elemento subjetivo específico del sujeto activo, se mantendrá ahora entre el párrafo 1ero. y el 3ero. Si el propósito era el de obtener el acceso carnal y el mismo se frustró por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, será tentativa de abuso con acceso carnal (párrafo 3°); pero si por el contrario, el propósito del sujeto activo era obtener un satisfacción sexual con la actividad desarrollada, la cual no incluía el acceso carnal, la conducta quedará alojada en el párrafo 1ero. como abuso sexual simple consumado

Sin embargo, la actual norma exige, como ya lo hacía la figura del abuso deshonesto, la concurrencia de determinadas circunstancias requeridas por la ley para la tipificación del abuso sexual, que pueden sistematizarse en tres categorías:

- 1) La minoridad de la víctima.
- 2) Los medios comisivos.
- 3) La condición de la víctima.

1. La minoridad de la víctima

La primera circunstancia en que puede suceder el abuso sexual tiene en consideración la edad de la víctima.

De esta forma comete el delito el que hiciera objeto del abuso a un menor de 13 años, de uno u otro sexo, que hubiera o no prestado consentimiento para la realización del acto.

La ley presume *juris et de jure* que la persona que en el momento del hecho no ha cumplido esa edad, carece de la capacidad necesaria para comprender el sentido de la conducta del autor, por lo que su consentimiento carece de relevancia jurídica.

Esta primera hipótesis del abuso sexual es similar a la circunstancia que contemplaba el hoy sustituido art. 127 para el abuso deshonesto; sin embargo, era diferente la edad de la víctima, ya que para el abuso sexual se fija una edad de 13 años, mientras que para el abuso deshonesto se establecía una de 12 años.

Se plantea, entonces, el interrogante (en la doctrina y en el parlamento) sobre la conveniencia de aumentar la edad de tutela en el caso del abuso sexual. Los tiempos modernos se caracterizan por una profunda liberalización en materia sexual, mas allá del juicio de valor que pueda merecer esa libertad, como consecuencia de factores culturales, filosóficos y sociológicos, además de que estadísticamente se indica que cada vez disminuye más la edad de iniciación sexual de los adolescentes. Por ello y en ese contexto social, surge la pregunta de si en vez de aumentar la edad de protección en el caso del abuso sexual, no era más conveniente mantenerla en los 12 años.

No obstante, en los diversos proyectos de ley presentados en la Cámara de Diputados de la Nación por los distintos legisladores se advierte una tendencia a aumentar la edad de la víctima del abuso sexual, en relación con los 12 años de edad que se fijaba para el abuso deshonesto en el art. 127 del CP. Así, vemos la iniciativa de la diputada nacional Bortolozzi de Bogado que determinaba que la víctima del abuso fuese menor de 14 años (en igual sentido se pronunciaron los proyectos de las diputadas Martinez y Drisaldi); a su vez, el proyecto de los diputados nacionales María Banzas de Moreau, Aurelia Colucigno, Eduardo Santín y Silvia Vazquez establecía que la víctima del abuso sexual podía ser un menor de 16 años.

Sin embargo, el dictamen de las comisiones de Legislación Penal y de Familia, Mujer y Minoridad de la Cámara de Diputados de la Nación, que fue el texto que en definitiva se sancionó, determinó que la víctima del abuso sexual podía ser un menor de 13 años; es decir, que los proyectos presentados en Diputados contemplaban edades más elevadas.

2. Los medios comisivos

Son los medios que puede emplear el autor para realizar la acción típica.

Al respecto, el 1er. párrafo del art. 119 del CP dispone que se puede abusar sexualmente mediante "violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder".

La violencia y la amenaza son semejantes a la fuerza o intimidación requeridas para el abuso deshonesto; sin embargo, se incorporan nuevos medios como el abuso de una relación de poder.

Por violencia se entiende la utilización de fuerza, o sea el despliegue de una energía física por parte del autor, quedando equiparados el uso de medios narcóticos e hipnóticos (art. 78, CP). La amenaza implica el anuncio de un mal por parte del agente hacia la víctima o un tercero.

La intimidación es la violencia moral, consistente en la amenaza dirigida a la víctima de inferirle un daño en su persona, bienes, derechos, intereses o afecciones. El autor puede valerse de la amenaza por palabras o por hechos significativos.

En cuanto al abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder, consiste en que el agente abusa de una relación de superioridad respecto de la víctima para cometer el abuso sexual, o sea que la víctima, por su posición de inferioridad en relación al autor, se ve coaccionada o intimidada para acceder al abuso sexual. De esta forma, a mi entender, estaríamos en presencia de un verdadero acoso sexual que daría lugar al abuso sexual.

Sin embargo, se debe aclarar que aunque medie ese acoso sexual, derivado de la relación de poder del autor respecto de la víctima, siempre debe configurarse la acción típica, es decir, el abuso sexual, que consiste en el contacto corporal con significación sexual.

El acoso sexual en forma autónoma no está tipificado por la ley 25.087, por lo que si existe ese acoso, pero sin llegar al abuso sexual, no se tipifica esta figura penal.

Algunos de los proyectos presentados en la Cámara de Diputados de la Nación tipificaban como delito al acoso sexual en forma autónoma, sin requerir la existencia de un contacto corporal entre autor y víctima con significación sexual. De esta forma, los proyectos de los diputados nacionales Carlos Álvarez, Graciela F. Meijide, Guillermo E. Boero, Nilda Garre, Irma Parentella y Federico Storani castigaba con pena privativa de la libertad de 3 meses a 2 años y destitución de su cargo a "la persona que con relación patronal, académica o escolar, o por motivos sociales o culturales, abuso de poder o privilegio sobre otra, acosare sexualmente a sus subordinados o dependientes".

Además, en el debate parlamentario de la ley 25.087 en la Cámara de Senadores de la Nación, el senador nacional Yoma manifestaba la omisión en el texto legislativo del denominado acoso sexual afirmando que "éste es un olvido de la Cámara de Diputados, dado que perdimos la posibilidad de incorporar ahora una figura que está siendo reclamada por un gran sector de la sociedad. Nuestro proyecto de dictamen incorporaba la figura del acoso sexual." (versión taquigráfica provisional, sesión de la Cámara de Senadores de la Nación del 14/4/99).

Por mi parte considero que ha sido una omisión de la reforma el hecho de no incriminar la conducta del acoso sexual, que tanta difusión ha tenido en los últimos tiempos y que ha sido aceptada en muchas de las legislaciones vigentes en el derecho comparado como es el caso del Código Penal español de 1995.

Creo que estas conductas deberían ser reprimidas por el mero hecho de aprovechar la situación de dependencia o necesidad de una persona para solicitarla sexualmente, pero resultan atípicas de acuerdo a la ley vigente; pero si la solicitud se realiza mediante el uso de amenazas, entonces habrá coacción (art. 149 bis). Podrían ser también típicas, bajo la forma del conato (siguiendo a CREUS), si reunidos los requisitos fácticos y subjetivos de cualquiera de los abusos de los incs. 1°, 2° y 3° del art.119, el hecho no se consumara por la negativa del agente o se frustrare por la intervención de terceros. Aunque una cosa es solicitar sexualmente y otra hostigar o acosar. Si la mera solicitud no es basada en las previas amenazas no parecería que pudiese consumarse una tentativa de abuso.

Pero si el sujeto pasivo acepta o consiente las solicitudes, excepto que las conductas de su requirente estén alojadas en el art. 149 bis, tampoco parece posible que la misma sea encuadrada en el párrafo 1ero del art.119 (ya que está excluido el acceso carnal), ni tampoco en el párrafo 3ero., ya que la solicitud no habrá sido delictuosa.

3. La condición de la víctima

Esta circunstancia tiene en cuenta la comisión del abuso sexual mediante el aprovechamiento de determinada condición en la que se halla la víctima.

De esta forma, el 1er. párrafo del art. 119 del CP establece que se puede abusar sexualmente de persona de uno u otro sexo "aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción".

Dentro de esta circunstancia se puede incluir a la persona privada de razón o de sentido, o que padezca una enfermedad, no obstante que la nueva figura del abuso sexual emplea una fórmula genérica que abarca todos aquellos casos en los cuales la víctima no puede otorgar su consentimiento.

Para estos supuestos la ley establece una presunción *juris tantum* en relación a que la víctima carece de capacidad para consentir la relación sexual por la situación que padece.

Sujeto activo y pasivo

Debemos precisar quiénes pueden ser autor y víctima del abuso sexual previsto en el 1er. párrafo del art. 119 del CP.

Sujeto activo de este delito puede ser cualquier persona física, tanto varón como mujer, ya que la propia dinámica de este tipo penal no requiere en el agente un determinado sexo.

Sujeto pasivo, también puede resultar cualquier persona física, sea varón o mujer; incluso el mismo tipo penal lo señala expresamente al señalar que lo puede cometer cualquier persona de uno u otro sexo.

En relación a los sujetos, el abuso sexual se presenta semejante al anterior abuso deshonesto previsto en el hoy sustituido art.127 del digesto punitivo.

Abuso sexual gravemente ultrajante

El abuso sexual puede presentar circunstancias que lo agravan, o sea que además de la modalidad básica o simple de abuso sexual, la nueva ley estableció modalidades calificantes como la que analizaremos ahora.

El 2do. párrafo del art. 119 del CP reprime con reclusión o prisión de 4 a 10 años "cuando el abuso por su duración o circunstancias

de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima".

En la descripción típica, cuando se habla de *sometimiento* se remarca la idea de humillación de la víctima, excluyendo los actos fugaces o discontinuos, ya que el significado de someter implica humillar, subyugar y sujetar.

Esta agravante se fundamenta en la mayor vulneración de la libertad sexual de la víctima, la que es sometida sexualmente, resultando un grave ultraje para ella. Al abuso sexual de la figura básica se le suma que la víctima soporta un sometimiento sexual que se caracteriza por su duración (elemento temporal), o por las circunstancias que rodean a ese sometimiento (elemento fáctico), como podría ser la introducción de ciertos elementos por vía vaginal, anal o bucal.

En el debate parlamentario de la ley 25.087 en la Cámara de Senadores de la Nación, el senador Yoma se preguntaba si encuadraba en alguna figura penal la penetración con ciertos objetos y afirmaba que "el acceso carnal es entendido como la penetración del pene, con lo cual quedaría fuera de este concepto la penetración de objetos o cualquier otro elemento que no sea el pene en cualquier cavidad, sea bucal, anal o vaginal." (versión taquigráfica provisional, sesión de la C.S.N del 14/4/99). Dicho interrogante fue respondido por el presidente del Senado, Dr. Carlos Ruckauf, al señalar que: "el tema que se plantea constituye un cuestión central y si bien la figura no estaría contemplada en el tercer párrafo del 119, en donde se prevé una pena de 6 a 15 años, sí quedaría comprendida en el párrafo segundo, que fija una pena de 4 a 10 años, porque se trataría de un abuso sexual con cualquier objeto".

Por último debemos reparar en la severa pena que el legislador estableció para esta modalidad agravada de abuso sexual: reclusión o prisión de 4 a 10 años. De esta forma no resultará procedente la exención de prisión ni la excarcelación durante el proceso penal, y en caso de una sentencia condenatoria, ésta será efectiva, ya que no procede la condena de ejecución condicional.

Abuso sexual con acceso carnal

El abuso sexual que describe el 1er. párrafo del art. 119 del CP puede presentar otra modalidad agravada cuando el abuso sexual se comete mediando acceso carnal.

El 3er. párrafo del art. 119 del CP establece que "la pena será de 6 a 15 años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del 1er. párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía".

Esta figura se remite a las circunstancias de configuración que se determinan en el 1er. párrafo del art. 119, que se refiere a la modalidad básica del abuso sexual.

El fundamento de la agravante radica en que el abuso sexual se realiza mediante el acceso carnal. Esta expresión nos plantea el interrogante de si esta calificante es similar al delito de violación que tipificaba el sustituido art. 119 del CP. Por un lado, la violación en la anterior redacción del CP también se caracterizaba por el acceso carnal, y si lo comparamos desde la perspectiva punitiva, encontramos que la pena con que se reprimía la violación también era de reclusión o prisión de 6 a 15 años, al igual a lo que se establece para este agravante del abuso sexual.

Por lo que el abuso sexual con acceso carnal de la ley 25.087 es similar al delito de violación que contemplaba el CP en su anterior redacción.

Para la configuración de este agravante debe concurrir alguna de las circunstancias que enuncia el 1er. párrafo del art. 119 del CP, o sea que existe una remisión a la modalidad básica del abuso sexual. De esta manera, la ley 25.087 ha empleado una técnica legislativa contraria a la que utilizó el CP respecto de los delitos de violación y abuso deshonesto, ya que en relación a ellos, primero tipificaba el delito de violación (art. 119), en el cual se describían las distintas circunstancias en las que se podía cometer, y luego, en otro capítulo, al contemplar el abuso deshonesto, se remitía para su configuración a los supuestos previstos para la violación.

La ley 25.087, en cambio, primero describe la figura del simple abuso sexual (1er. párrafo, art. 119), y posteriormente tipifica como una agravante de esa modalidad, el acceso carnal, remitiéndose para su configuración a las mismas circunstancias de la figura simple, todo ello en una misma disposición legal (el nuevo art. 119, CP).

Creo que el hecho de describir primero la modalidad básica del abuso sexual, y luego su agravante mediando acceso carnal, remitiendo a la figura simple para su configuración, es un acierto de la reforma, pero estimo que la técnica legislativa utilizada no ha sido la más conveniente, ya que lo más lógico hubiese sido establecer el abuso sexual en un artículo, y en otro el abuso sexual con acceso carnal, más que nada si consideramos que los arts. 121, 122 y 123 del CP han

sido derogados por el art. 4 de la ley 25.087 y quedaron vacantes, es decir que no fueron ocupados por otra disposición legal.

Con respecto a la *acción típica*, vemos que el agravante procederá en el caso de abuso sexual mediante acceso carnal por cualquier vía.

En cuanto al abuso sexual, dijimos que era el contacto corporal con significación sexual que afecta las partes pudendas de la víctima; sin embargo para que se configure el agravante no basta con el abuso sexual, sino que se requiere que haya mediado acceso carnal.

Por consiguiente, surge la primera pregunta: ¿Qué entendemos por "acceso carnal"?

Si nos remitimos a la doctrina, vemos que no hay mayores contradicciones en relación a este tema. Creus entiende por acceso carnal "la introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima", es decir que el acceso carnal se caracterizaba por la penetración. Nunez, señala que el varón accede carnalmente a otra persona, cuando introduce, aunque sea parcialmente y sin eyacular, su órgano sexual en el cuerpo de la víctima; sea según natura, por vía vaginal; sea contra natura, por vía rectal.

De esta forma, también quedan establecidos los sujetos de este agravante. Sujeto activo sólo podrá ser un varón, pues él y no la mujer puede realizar la penetración propia del acceso carnal. Sujeto pasivo, en cambio, puede ser tanto el varón como la mujer, ya que ambos pueden ser accedidos carnalmente por un varón.

Surge ahora el inconveniente de determinar cuáles son las vías para hacer efectivo el abuso sexual con acceso carnal. La doctrina nacional era conteste en cuanto a que se configuraba el delito de violación si el acceso carnal se efectuaba por vía vaginal o anal.

Por consiguiente, se nos plantea un segundo interrogante: ¿La fellatio in ore constituye acceso carnal en el sentido del art. 119 del CP?

En la doctrina, las disidencias consistían en si la penetración sexual por vía bucal tipificaba la figura de abuso deshonesto o violación. Hoy, según la ley 25.087, la discusión sería encuadrar dicha acción en el 2do. párrafo o en el 3ero. del art. 119 del CP.

Algunos autores, entre ellos Fontán Balestra y Vazquez Iruzu-BIETA, consideraban que la vía bucal configuraba el delito de violación, ya que el coito oral no se diferenciaba esencialmente de otra penetración contra natura.

En la posición contraria encontramos a Nuñez, quien sostiene que "la introducción por vía bucal no constituye acceso carnal en el sentido del art. 119, sino que, realizada violenta o fraudulentamente, es un abuso deshonesto, previsto entonces en el art. 127, CP".

El mismo autor explica que la boca, a diferencia del ano, carece de glándulas de evolución y proyección erógenas, y por esto en su contacto con el órgano masculino, no cumple una función sexual semejante a la de la vagina.

Pero esta diversidad de criterios en la doctrina, también se vio reflejada en la jurisprudencia, la cual se dividió en dos posturas tal como lo hicieron los autores:

El fallo del Superior Tribunal de Córdoba del 31 de mayo de 1948 (LL, 51-917) estableció que "el coito in ore encuadra en el delito tipificado en el art. 119, CP". Pero nueve años después, el mismo tribunal cambió de parecer, acogiendo la tesis opuesta. En efecto, el 7 de mayo de 1957 (LL, 60-25), estableció que "el autor, al haber logrado su acto mediante violencia, encuadra en la calificación que corresponde al abuso deshonesto (art. 127, CP), porque si bien ese acto ha consistido en una introducción del órgano sexual en el cuerpo de las víctimas, esa penetración no lo ha sido por vía anal, la cual es la única que según el art. 119 del C.P y la concepción corriente, genera el acceso carnal propio de la violación entre varones".

La Cámara Criminal y Correccional de la Cap. Fed. ha sostenido invariablemente el mismo criterio acerca de que la *fellatio in ore* no configura el delito de violacion, sino el de abuso deshonesto (sala VI, 5/6/81, Rep. LL, XLI, A-I, 16, sum. 2; sala I, 7/10/82, fallo 25.989, inédito; sala IV, 2/8/83, fallo 27.523, inédito).

El Tribunal Oral en lo Criminal Nº 14, con sentencia dictada el 10/11/97 decidió por mayoría que "el concepto de acceso carnal del art. 119 comprende toda penetración del órgano masculino en orificio corporal de la víctima, de modo de posibilitar la cópula o una equivalente de la misma, por eso la *fellatio in ore* configura el delito de violación".

Los legisladores, por medio de la ley 25.087, pretendieron aclarar y poner punto final a este debate doctrinario y jurisprudencial, aunque como veremos luego, parece ser que no lograron su cometido. También debe recordarse que una de las principales motivaciones de la nueva ley radicó en recientes fallos judiciales que se pronunciaron sobre la *fellatio in ore*, unos tipificándola como violación y otros como abuso deshonesto.

No obstante, el 3er. párrafo del art. 119 del CP se limita a señalar que el acceso carnal puede producirse "por cualquier vía". Pero esta expresión no clarifica la problemática cuestión de la *fellatio in ore*, sino que vuelve a plantear el interrogante inicial: ¿La *fellatio in ore* constituye acceso carnal en el sentido del art. 119 del CP?

Creo que la nueva ley debió haber sido más específica al momento de redactar el tipo penal, ya que la única manera posible para unificar los criterios es que el propio tipo penal señale expresamente que la penetración por vía bucal es acceso carnal y que configura el agravante del abuso sexual con acceso carnal.

Estas cuestiones han sido planteadas en el debate parlamentario de la ley 25.087 en la Cámara de Senadores de la Nación, en ese sentido, el senador nacional Yoma señala que "la Cámara de Diputados pretende incorporar el tema de la *fellatio* como violación, separándolo del abuso deshonesto. Digo 'pretende' porque el proyecto de ley deja abierta la puerta para que los jueces interpreten el significado de 'acceso carnal', al hablar de 'cualquier vía'. Pero habría que ver si algún juez puede llegar a considerar a la cavidad bucal como apta para producir el coito. En consecuencia, si bien la Cámara de Diputados pretendió cubrir este vacío, temo que lo ha dejado sin llenar, dejándolo librado a una interpretación judicial que puede no coincidir con el espíritu que tuvo el legislador al proponer esta reforma". (versión taquigráfica provisional, sesión de la C.S.N. del 14/4/99).

El interrogante planteado por el senador Yoma fue respondido por el presidente del Senado, Dr. Carlos Ruckauf, sosteniendo que la penetración sexual en la cavidad bucal de la víctima no configuraría el abuso sexual con acceso carnal, sino la otra agravante del abuso sexual por un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima (2do. párrafo, art. 119, CP), es decir que la fellatio in ore no constituiría acceso carnal.

Pero luego de la intervención del Dr. Ruckauf, volvió a tomar la palabra el senador Yoma, buscando reflejar la interpretación legislativa de este tema al afirmar que "dejo planteado que el legislador se quiso referir a la penetración con cualquier objeto, con fines sexuales y en cualquier cavidad. Éste es el sentido que le estamos dando a la reforma quienes en este momento informamos el proyecto" (versión taquigráfica provisional, sesión de la C.S.N. del 14/4/99).

De esta forma, vemos que entre los legisladores existe una falta de consenso manifiesta sobre la cuestión y corresponde aclarar que si esa era la intención del legislador, esto es, castigar como violación la introducción de cualquier objeto en cualquier cavidad del cuerpo humano, no parece de ningún modo que la redacción de la norma pueda aprehender tal conducta.

De esta forma, aplicando semejantes pautas, la introducción de un dedo en la oreja, si es efectuada con propósitos sexuales, implicaría la comisión del delito de violación. Esta conclusión, a la que arribó el senador Genoud en el debate en el Senado, demuestra cómo, cuando se quiere extender un significado para darle otro alcance a una figura penal, hay que tener un extremo cuidado para evitar interpretaciones exorbitantes. Lo mismo ocurriría en el caso de las fosas nasales y auditivas o con los orificios o cavidades artificiales, tales como heridas o vaginas artificiales de transexuales.

Algunos de los proyectos de ley presentados en la Cámara de Diputados de la Nación por los legisladores, daban respuesta concreta a esta problemática cuestión de la *fellatio in ore*. Así, la iniciativa del diputado nacional Cafferata Nores que disponía que "a los fines de este artículo, acceso carnal es toda penetración anal o vaginal realizada mediante el uso de cualquier parte del cuerpo del autor, o mediante el uso de cualquier objeto apto para producirlo y la penetración peneana de la cavidad bucal".

La claridad de esta norma es indiscutible, y en el caso de que hipotéticamente quede vigente, la *fellatio in ore* sería acceso carnal, como así también la penetración en ano y vagina, por cualquier objeto apto para producirla.

A su vez, la lectura del art. 179 del Código español vigente, echa decisiva luz sobre la cuestión, al expresar que "cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de 6 a 12 años". De esta forma una cosa es acceso carnal, otra la introducción de objetos (con propósitos de agresión sexual, aunque para nuestra ley hubiese sido abuso sexual), y otra la penetración bucal o anal.

En la ley española no hay nada que discutir: la penetración bucal no es acceso carnal, sin embargo será penada con igual parámetro punitivo.

Lamentablemente, como ya lo expresé, la ley 25.087 utilizó una deficiente técnica legislativa en esta cuestión; si la intención del legislador fue considerar la *fellatio in ore* como una modalidad del acceso carnal, no ha sido lo suficientemente explícito para incriminar ese supuesto como un abuso sexual con acceso carnal, ya que la expresión "por cualquier vía" quedará librada a la interpretación judicial, volviéndose al mismo debate que se generó con la anterior redacción del art. 119 del CP respecto de la vía oral.

Para finalizar, en mi opinión, si el abuso sexual que le es impuesto a la víctima sometida, consiste en una fellatio in ore, tal conducta encuadrará en el párrafo 2do. del art. 119 del CP y no en el 3ero., como indudablemente pensaron los legisladores.

Con respecto a la edad de la víctima, una de las circunstancias en las que se puede cometer el abuso sexual con acceso carnal es tomando en consideración la minoridad de la víctima. Así, puede configurarse cuando la víctima fuese menor de 13 años, por su remisión al ler. párrafo del art. 119 del CP. Comparando esta circunstancia cronológica con la prevista en la legislación anterior a la 25.087, encontramos que para el delito de violación la víctima debía ser menor de 12 años; es decir que en la nueva ley se aumentó la edad de la víctima de este delito.

En cuanto a la desaparición de la palabra "fuerza" en el nuevo texto legal, ello no significa que su uso para la obtención del acceso carnal quede ahora impune, ya que la misma está comprendida en la palabra "violencia", de tal manera que siempre será violación su empleo para precisamente forzar el acceso.

Los agravantes

Los párrafos 2do. y 3ro. del art. 119 del CP prevé las dos modalidades agravadas del abuso sexual, por el sometimiento gravemente ultrajante para la víctima o por mediar acceso carnal.

Sin embargo, el nuevo art. 119 del CP establece otras calificantes. De esta forma, la ley 25.087 consagra dos categorías de calificantes; por un lado se agravan las figuras de los párrafos 2do. y 3ro., y por el otro, se agrava la modalidad básica del abuso sexual.

Así, el 4to. párrafo del nuevo art. 119 del CP dispone que en los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de 8 a 20 años de reclusión o prisión si se configura alguna de las calificantes que seguidamente se enumeran. En este caso, se agravan dos figuras calificadas, como resultan ser el sometimiento sexual y el acceso carnal.

A su vez, el último párrafo del nuevo art. 119 del CP establece que en el supuesto del 1er. párrafo, la pena será de 3 a 10 años de reclusión o prisión si concurren algunas de las circunstancias calificadas que se enumeran en ese artículo, por lo que se estaría agravando la modalidad básica de abuso sexual.

En cuanto a las circunstancias agravadas, están enumeradas en el art. 119 del CP, mediante distintos incisos:

a) Por el resultado: cuando del hecho resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima; o cuando resultare la muerte de la persona ofendida. En este último caso la escala penal prevista es de 15 a 25 años de reclusión o prisión.

En relación a la expresión "grave daño", Nuñez señalaba que no sólo las lesiones graves y gravísimas que afectan la salud de la víctima constituyen ese grave daño, sino también cualquier otro importante perjuicio no comprendido en ellas.

En ese sentido el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, el 6/9/84, sostuvo que: "el concepto jurídico que se traduce en la frase 'grave daño en la salud de la víctima' del art. 122 del CP, no debe ser equiparado con el tipo de lesiones de los arts. 90 y 91 del CP."

La ley 25.087 introduce respecto de la anterior redacción, que antes sólo hacía referencia al "grave daño en la salud de la víctima", una especificación de ese daño, ya que puede referirse tanto a la salud física como mental del sujeto pasivo.

La nueva normativa ha tenido en cuenta el aspecto psíquico de la víctima, fundamental en este tipo de delitos sexuales, que puede verse perjudicado por algunas de las acciones típicas.

b) Por el parentesco u otra calidad del autor: el agravamiento por parentesco concurre si el autor es ascendiente o descendiente, afín en línea recta o hermano de la víctima. El parentesco puede ser matrimonial o extramatrimonial (CC., art. 240, texto según la ley 23.264). La ascendencia, descendencia y afinidad calificante no están limitadas en su grado. El hermano o hermana puede ser bilateral o unilateral (CC, art. 360), por lo que corresponde encuadrar en dicha norma la conducta del procesado que delinquió contra su medio hermano con el que está unido por un vínculo de sangre (JA, 1960-I-692).

El parentesco debe probarse con arreglo a la ley civil (CC, ley 23.515, arts. 79 a 84). La afinidad se acredita mediante la prueba del respectivo parentesco por consanguinidad (CC, art. 363).

El agravamiento por la calidad del autor se da si el autor fuere ministro de algún culto reconocido o no, o fuera tutor, curador o encargado de la educación o de la guarda de la víctima.

En el primer caso, el agravamiento en razón de la calidad ministerial de algún miembro de culto religioso reconocido o no por la Secretaría de Cultos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, se debe a que el delito implica tanto una lesión a la dignidad de la víctima, como una infracción al deber de moralidad y honestidad que esa calidad impone, a quien lo posee, respecto de los terceros.

Además, la limitada expresión "sacerdote", que empleaba la ley anterior fue modificada por la de "ministro de algún culto", la que resulta más amplia que el término anterior. Esta modificación viene a receptar un dato que brinda la realidad, y que es la proliferación de las llamadas "sectas", y por consiguiente, con la nueva fórmula legal pueden aprehenderse como circunstancias calificadas hechos que con el texto anterior se subsumian en la figura básica de la violación o el abuso deshonesto, ya que el autor no era propiamente un sacerdote. Por ello ahora la calificante habla de ministro de culto "reconocido o no". Con esta modificación, queda comprendido en el agravante todo ministro de un culto, aunque no esté reconocido oficialmente.

No es necesario que entre el autor y la víctima medie una especial relación, sino que basta que el primero revista la calidad requerida por la ley, porque el agravamiento no atiende al aprovechamiento o abuso de la situación por el autor, sino a la violación del deber ya señalado. Aunque en este sentido la doctrina no es unánime, ya que Soler considera que "la agravación no se funda en la calidad personal del sacerdote, sino en la relación de confianza y respeto que de tal calidad derive, por lo que un sacerdote autor de violación de una mujer que no lo sabe sacerdote, no comete violación agravada".

El delito también se agrava si lo cometiere el tutor (CC, art. 377), el curador (CC, art. 468) o el encargado de la educación o de la guarda de la víctima, que es la persona que enseña y corrige a ésta o la que la cuida conservando el padre, tutor o curador el gobierno de su educación y persona.

El agravamiento atiende a la violación del deber de resguardar al educando o pupilo que esa calidad impone. Tiene la calidad mencionada no sólo el tutor, curador o guardador de la víctima, sino también la persona que, siendo aquélla menor o incapaz, le enseña, corrige o cuida.

La figura también se agrava si el hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones. En este último caso, la calificante toma en consideración la mayor criminalidad del autor que, teniendo la función de resguardar a las personas, comete este delito contra ellas, faltando gravemente a sus deberes.

c) Por el peligro de contagio de una enfermedad de transmisión sexual grave de la que el autor sabe que es portador: en este caso, el autor del abuso sexual es portador de una enfermedad de transmisión sexual grave (HIV, hepatitis B, herpes genital) y con su conducta crea a la víctima un peligro de contagio de la enfermedad que padece. La norma penal exige que el autor tenga conocimiento de ser porta-

dor de esa enfermedad; pero para configurar el agravante, basta con que hubiese existido "peligro" de contagio, no exigiéndose ningún resultado.

En el debate parlamentario de la ley 25.087 en la Cámara de Senadores de la Nación, el senador nacional Genoud se refirió a este agravante, afirmando: "¿Qué pasa con aquella persona que es consciente de que tiene una enfermedad grave de transmisión sexual y viola? ¿Es una violación común? No, es agravada porque sabe que además de violar está condenando a otra persona a una enfermedad terminal" (versión taquigráfica provisional, sesión de la C.S.N. del 14/4/99).

d) Por el modo de comisión del hecho: este agravante procede cuando el hecho fuere cometido por 2 o más personas o con armas.

Para la anterior redacción se prescribía que el hecho sea realizado "con el concurso de dos o más personas". De esta forma, para Soler
bastaba para configurar el agravante la concurrencia de dos personas (el autor y otro), ya que el verbo concurrir abarca tanto al autor
como a los cómplices. En cambio Nuñez, desde la posición contraria,
sostenía que el agravante no se refería a que lo cometieran dos o más
personas, sino a que la violación fuere cometida por su autor con el
concurso de dos o más personas.

La nueva ley puso punto final a este debate, ya que la calificante prevé dos o más personas, suprimiendo la expresión "con el concurso".

El agravante atiende a las menores posibilidades de defensa de la víctima frente a más de un autor. El empleo de armas (propias o impropias) califica el delito por el peligro que para la vida e integridad física importan su uso.

e) Por el aprovechamiento de la situación de convivencia: en este caso, la víctima debe ser menor de 18 años. La ley impone al conviviente un mayor deber de abstenerse de abusar sexualmente de una víctima más vulnerable en razón de su edad, aprovechándose de una situación que la facilita.

Con este agravante, en principio, quedarían incluidos casos en los que, por ejemplo, el conviviente de la madre viola a la hija de esta, menor de 18 años. Aunque habrá que tener presente que para este ejemplo, el concubino de la madre, que convive establemente con la hija de ésta, estará en situación de guardador a los fines del art. 119, párrafo 4to., inc.b.

Pero hay una situación especial que sí encuadraría en el subtema que estamos analizando y sería el caso de que el concubino de la madre tenga, a su vez, un hijo mayor de edad, de una unión anterior, que también convive con el grupo familiar de su padre. Si este hijo viola o abusa en los términos del párrafo 2do., de uno de los hijos de la concubina de su padre, con los que convive, su delito será agravado, a diferencia de la ley anterior que no contemplaba la situación.

f) Por la edad de la víctima y la concurrencia simultánea de otro agravante: este agravamiento se da cuando el autor se aprovecha de la imposibilidad de la víctima, menor de 13 años, varón o mujer, de consentir libremente su acción delictiva por cualquier causa o por empleo de violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad o de poder y la simultánea concurrencia de alguna de las circunstancias agravatorias contempladas en los incs. a, b, d, e o f del párrafo 4° del art. 119 del CP. Cuando se configure este hecho, la pena será de 3 a 10 años de reclusión o prisión.

En referencia a las agravantes para el simple abuso sexual del pár. 1ero., las razones para la exclusión del inc. c se dan porque siendo las enfermedades aludidas en la norma, de "transmisión sexual", y estando excluido para el encuadre en el párrafo 1ero. el acceso carnal, la hipótesis resulta imposible.

Creo que lo más conveniente hubiese sido regular cada figura penal en un artículo por separado, dedicándole uno al abuso sexual, con su modalidad básica y la calificada por el sometimiento sexual, otro artículo al abuso sexual con acceso carnal y un tercer artículo destinado a establecer las figuras calificadas comunes tanto al abuso sexual como al acceso carnal.

Estimo conveniente remarcar la severidad de las penas previstas para estas circunstancias agravadas, como es el caso de la pena de reclusión o prisión de 8 a 20 años. Teniendo en cuenta el mínimo de esta escala penal, resultará improcedente la exención de prisión o la excarcelación durante el desarrollo del proceso penal y la condena de ejecución condicional.

Bibliografía

VILLADA, Delitos sexuales según la ley 25.087, Abeledo -Perrot.

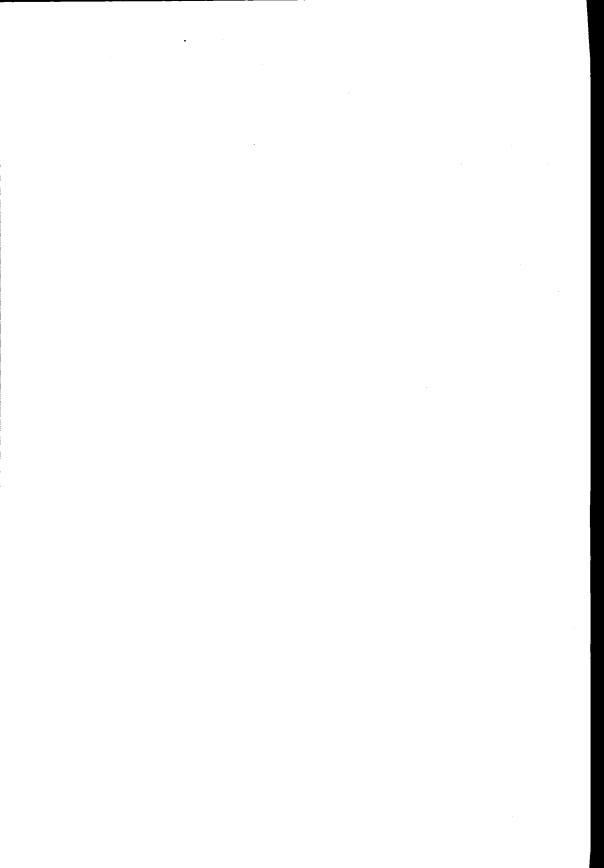
Pandolfi, Delitos contra la integridad sexual según la ley 25.087.

Edwards, Delitos contra la integridad sexual según la ley 25.087.

CREUS C., "Delitos sexuales según la ley 25.087, *JA*", ejemplar 6151, 21/07/1999.

Nuñez, Tratado de Derecho Penal, t. 4, Lerner.

Soler, Derecho Penal Argentino, t. 3, Tea.



PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA VIDA HUMANA

Javier Anzoategui* **
Analía Pastore***- Luis F. Velasco****

Introducción y cuestiones previas

La asociación civil "Portal de Belén" promovió una acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, con el fin de que se revocara la autorización otorgada por esa repartición para la fabricación, distribución y venta de la especialidad "Imediat", vulgarmente conocida como la píldora del día después, en razón de considerar que dicho producto podía tener efectos abortivos. La titular del Juzgado Federal N° 3 de Córdoba hizo lugar a la acción. La sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba revocó la decisión y rechazó el amparo.

En lo que interesa a los fines de estas breves reflexiones, los fundamentos de este último fallo se encuentran en el voto del Dr. Luis Roberto Rueda y son los siguientes:

- Para establecer si la citada *píldora* tiene o no efectos abortivos es necesario determinar cuándo se inicia el embarazo, pues para la configuración del delito de aborto la legislación exige que la mujer se encuentre en ese estado.
- El embarazo se inicia con la implantación del huevo o cigoto en el útero, motivo por el cual considerar abortivas las medidas tendientes a evitar que dicha anidación se produzca supone una ampliación indebida del tipo de los arts. 85 a 88 del Código Penal.

^{*} Secretario del Tribunal Oral en lo Criminal N° 8. Ver fallo publicado en ED, 2/X/2000.

^{**} Agradezco a los señores Diego Mauro Pafundi y Marcos Rodríguez Varela su colaboración en la recopilación de la bibliografía citada.

^{***}Abogada. UCA.

^{****} Abogado. Funcionario de la Cámara de Casación PBA.

- Consecuentemente, es errado el pedido de la actora tendiente a que se determine qué cosa es la *concepción*, noción por lo demás inasequible para los jueces, en razón del silencio de la ley.

En resumidas cuentas, la conclusión del fallo es ésta: la píldora del día después no tiene efectos abortivos.

Trataré de demostrar que su contraria —la píldora del día después puede tener efectos abortivos— es verdadera y que, por lo tanto, aquélla es falsa.

Antes de entrar en tema, unas aclaraciones. Al hablar acerca de genética, medicina o biología, los abogados solemos meternos en camisa de once varas, pues si bien en general tenemos la pretensión de enfocarlos desde el punto de vista del derecho, al referirnos a cuestiones ajenas a nuestro arte muchas veces terminamos "tocando de oído". Yo no sé qué cosa es un gameto, ni cómo se produce la fusión de cromosomas; de esa manera, cuando hablo de tales asuntos, sepan que lo hago por boca de los especialistas en las aludidas disciplinas.

¿Qué es el embarazo y cuándo se inicia?

Dicho esto, es tiempo de analizar las premisas en las que se fundamenta el primer voto.

Para empezar, en él se sostiene que: "... para que se configure el tipo penal de aborto la legislación presupone la existencia del embarazo...", mas esta afirmación esconde, quizás sin quererlo, una pequeña trampa. En efecto, así expresado es difícil negar la validez de tal juicio; sin embargo, para estar completamente de acuerdo con él sería necesario aclarar qué se entiende por embarazo. En rigor de verdad, en el voto se expone una enunciación compuesta que podría traducirse así: "para tener por configurado el delito de aborto debe haber embarazo y el embarazo comienza con la anidación del huevo en el útero". Se trata de una proposición copulativa, la cual sólo será formalmente verdadera si su dos componentes —las proposiciones categóricas unidas por la cópula "y"— son verdaderas. Si una de ellas fuese falsa, tal enunciación compleja será falsa¹. Por mi parte, y para romper el hielo, objetaré la veracidad de la proposición "el embarazo comienza con la anidación del huevo en el útero". Veamos qué resulta.

Lo primero que uno se pregunta al repasar el fallo es de dónde tomó el magistrado su criterio acerca del comienzo del embarazo. Como

¹ Maritain, Jacques, *El orden de los conceptos*, Club de Lectores, Buenos Aires, 1984, pág. 144 y ss.

la citada afirmación proviene de un abogado respecto de una realidad ajena al derecho, cual cuidadoso cirujano la tomaré con pinzas. Y no vanamente, como veremos, porque si pretendiésemos develar el misterio mediante la lectura de las consideraciones del Dr. Rueda veríanos que no es posible, pues a pesar de que en su voto abundan otras referencias bibliográficas, al referirse a dicho asunto omite citar las fuentes. Y esto es verdaderamente llamativo, sobre todo si se lo asocia al hecho de que desde diversos ámbitos del conocimiento humano el criterio dominante difiere absolutamente del de la sentencia. Para probarlo, habrán de permitirme la siguiente recopilación, seguramente tediosa, pero necesaria.

El Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas Salvat define al embarazo como el "período comprendido desde la fecundación del óvulo hasta el parto". El "Dictonnaire français de medecine et de biologie" señala que es "el estado de la mujer durante el período que va de la fecundación al parto"². El Diccionario de la Real Academia Espanola enseña que es "el estado de la hembra gestante"; "gestante" es, según la misma obra, el participio activo de "gestar", cuya acepción es "llevar o sustentar la madre en sus entrañas el fruto vivo de la concepción hasta el momento del parto". Conforme Uribe Cualla "...para la mayor parte de los autores el embarazo es el estado de la mujer que ha concebido y que lleva el producto de la concepción..."3. Bonnet expresa, por su parte, que el embarazo "se extiende desde el momento mismo en que ha tenido lugar la concepción hasta el comienzo del trabajo de parto"4. La Enciclopedia Jurídica Omeba define embarazo como: "... el estado de preñez de la mujer y el tiempo que dura el mismo, o sea, el lapso que transcurre desde el momento de la concepción hasta el del alumbramiento, ya que preñada dícese de la mujer, o de la hembra de cualquier especie, que ha concebido y tiene el feto o la criatura en el vientre"5. Rojas, por su parte, dice que: "... el embarazo es el resultado de la fecundación del óvulo por el espermatozoide... 6. LLAM-BÍAS, finalmente, refiere que se trata del "... estado biológico de la mujer que ha concebido, mientras dura el período de gestación..."7.

Medicina legal, toxicología y psiquiatría forense, pág. 607, Temis.

Medicina legal, 2º ed., 1980, pág. 1139.
 Enciclopedia Jurídica Omeba, pág. 937.

6 ROJAS, NERIO, Medicina legal, 7" ed., El Ateneo, Buenos Aires, 1959, pág. 225.

² GROSSESSE, Etat de la femme pendant la pèriode qui va de la fécondation à l'accouchement", t. II, pág. 347, Masson & Cie, Paris, 1971.

⁷ LIAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN, Tratado de derecho civil. Parte General, t. I, 6ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1975, pág. 263.

No es poco. Y gracias a eso se puede afirmar que, al menos para nuestro derecho, el *embarazo* comienza con la concepción del embrión en el seno materno. Y que, por tanto, aquella afirmación compleja de la cual hablé más arriba "para que haya aborto debe existir embarazo y el embarazo comienza con la anidación", así formulada no es válida, pues uno de sus componentes, como vimos, es falso.

El inicio de la tutela penal

Si enfocamos el asunto desde otra perspectiva y nos preguntamos cuándo comienza *la protección penal de la persona* para nuestro derecho, veremos también que el criterio del juez del primer voto es equivocado.

Como es sabido, ninguna disposición jurídica vive aisladamente sino que está vinculada a otras normas, de suerte que su examen parcial no es válido. De ese modo, si se pretende realizar una interpretación correcta, es necesario relacionarla con todo el sistema jurídico⁸. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que:

"...la función judicial no se agota con el examen de la letra de los preceptos legales aplicables al caso, sino que incluye el deber de precisarlos en su alcance, con arreglo a su origen y propósito, mediante una interpretación razonable y sistemática, en conexión y coherencia con el resto del ordenamiento jurídico..." .

Los predecesores de los magistrados que dictaron el fallo comentado pensaron algo similar al decir que el esclarecimiento de una norma debe realizarse:

"...como una operación lógico-jurídica, consistente en verificar el sentido que cobra el precepto interpretado al ser confrontado con todo el ordenamiento jurídico concebido como unidad..."¹⁰.

Si aplicamos estas enseñanzas a nuestro tema resultará más o menos lo siguiente.

⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, Tratado de derecho penal, t. II, Losada, Buenos Aires, 1964, pags. 452 y 453.

Gausa N° E. 65. XXXII "Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación de la Nación) formula objeción estatutos U.N.C.", rta. 27-5-99.

Cámara Federal de Córdoba, sentencia del 27 de octubre de 1949, publicada en LL, diario del 7 de junio de 1950, citada por JIMÉNEZ DE ASÚA, pb. cit., pag. 453.

La legislación vigente en nuestro país establece que la existencia de las personas físicas comienza con la concepción¹¹, mientras que la protección penal de la vida de las personas está consagrada en el Libro Segundo, Título I¹², Capítulo 1¹³, del código represivo, en el cual, básicamente, se distinguen el homicidio —como la muerte de una persona después del nacimiento— y el aborto —como la muerte de una persona antes del nacimiento—. Si se reconoce al embrión, entonces, el derecho a la vida desde su concepción, y las figuras de los arts. 85 a 88 del Código Penal no establecen ninguna distinción, constituye una verdadera tour de force sostener —como lo hace el magistrado cordobés— que la protección penal del por nacer se inicia con la anidación, y que desde la concepción hasta aquel momento el legislador ha dejado absolutamente desamparado a un ser al cual el ordenamiento jurídico, como dije, califica de persona.

Lo razonable, lo lógico, lo que naturalmente se sigue de una recta interpretación de nuestro sistema normativo, es que la protección penal de la vida de los hombres comienza a partir de la concepción. Así lo han entendido notables juristas. Entre otros, Soler enseña que "toda acción destructiva de la vida anterior al comienzo del parto es calificada de aborto... El feto es protegido en la medida en que es embrión de vida humana... establecido el estado de gestación, es indiferente el grado de desarrollo alcanzado por el feto"14. CARRARA, al comentar las dificultades probatorias relativas a la animación del feto, expresa: "La fisiología moderna, al hacer prevalecer la opinión de que el alma se infunde en el feto en el mismo instante en que es concebido, ha librado de esas dificultades a la práctica legal"15. NUNEZ explica que: "... en el concepto jurídico penal, que no difiere del civil (C.C. art. 70), existe un feto desde la concepción del nuevo ser en el seno materno, y no sólo desde que pasa el período embrionario, que dura hasta el tercer mes del embarazo"16.

¹¹ Art. 70 del Código Civil; Preámbulo y art. 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.949); art. 4°, inc. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ley 23.054). Debe recordarse que estos dos tratados han adquirido rango constitucional a partir de la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).

¹² Relativo a los "Delitos contra las personas".

¹³ Titulado: Delitos contra la vida.

¹⁴ Soler, Sebastián, Tratado, t. III, pág. 97.

¹⁵ Carrara, Francesco, *Programa*, Nº 1254, pág. 345.

 $^{^{16}\,}$ Nunez, Ricardo C., Tratado de Derecho Penal. Parte Especial, t. III, pág. 163.

¿Podemos saber qué es la concepción?

Como consecuencia de las consideraciones precedentes, entiendo que al centrar sus esfuerzos en intentar desentrañar en qué consiste el *embarazo*, el razonamiento del magistrado del primer voto siguió un derrotero equivocado. Lo sustancial para resolver el entuerto era establecer qué cosa es la *concepción* y cuándo se produce, pues ése es el momento a partir del cual la ley vigente *reconoce* que la persona humana empieza a existir y, por lo tanto –como dije— el embrión comienza a ser sujeto de la tutela penal. Éste es el núcleo de la cuestión, soslayado en el fallo¹⁷.

A pesar de ello, el juez expuso someramente las posturas en litigio acerca del inicio de la vida humana -teoría de la fecundación y teoría de la individualización- y luego refirió:

"...dentro del ordenamiento argentino actual no se halla determinado con exactitud ni precisado normativamente el extremo médicocientífico de cuándo se produce el acto de la concepción, ni se ha verificado la existencia de una política estatal dirigida a establecer dicho momento...".

Si bien el Dr. RUEDA no lo dice expresamente, el sentido del párrafo pareciera llevar naturalmente a la conclusión de que, en razón del silencio de la ley, no resulta posible determinar judicialmente el exacto contenido de la noción de concepción, ni señalar cuándo ésta se produce.

No obstante -y reitero, si tal fuera el verdadero alcance de esos términos- creo que aquél es un criterio equivocado, pues justamente en lo relativo a estas cuestiones la palabra clarificadora de los encargados de administrar justicia constituye no sólo una necesidad, sino un deber impostergable (art. 16, Código Civil).

Es cierto que la normativa vigente no da una definición de concepción. También es verdad que no tiene por qué hacerlo. Una regla básica de hermenéutica establece que si las palabras técnicas utilizadas en las normas legales no pueden ser interpretadas de conformidad con fórmulas lógico-jurídicas, deben valorarse de acuerdo con el alcance o contenido dado por la ciencia de la cual han sido tomadas¹8. En nuestro caso esto quiere decir que si el juez no sabe qué es la

¹⁸ Jiménez de Asúa, Luis, ob. cit., pág. 457.

¹⁷ Señala en su voto el Dr. RUEDA: "...se advierte que en el proceso no se ha planteado la cuestión del comienzo del embarazo, sino el tema concerniente al inicio de la concepción, y esa escencial distinción reviste gran importancia para tratar de ubicar el contorno de la juridicidad del tema".

concepción, la ley no se lo dice, o no existe una noción específicamente jurídica de tal concepto, debe extraer su significado de las disciplinas que lo han acuñado, esto es, la medicina y la biología.

Si esta verdad no fuese notoria, una buena manera de demostrar su validez sería comprobando que quien impugna ese criterio también lo utiliza. Ya vimos que el magistrado del primer voto considera al *embarazo* como el proceso que va desde la anidación del huevo en el útero hasta el nacimiento. Sin perjuicio de no ser ésta, en mi opinión, una definición valedera, evidentemente no es una noción que el juez haya tomado de las ciencias jurídicas o extraído de la ley argentina, sino de disciplinas extrañas al derecho. Si es admisible, pues, utilizar este procedimiento hermenéutico en el supuesto del *embarazo*, no cabe considerarlo proscripto u omitirlo en el de la *concepción*.

Despejado así el camino, es oportuno decir que en medicina y biología no existe actualmente controversia alguna en que la concepción se produce, cuando menos, en el momento en el cual se unen los cromosomas de las células germinales. La única discusión que hoy en día subsiste acerca del punto es si no debe entenderse como concepción la mera penetración del espermatozoide en el óvulo, suceso obviamente anterior al señalado y que suele denominarse fecundación o fertilización.

Según Basso y otros autores, el momento de la concepción es aquel en el cual los pronúcleos del óvulo y del espermatozoide se funden y constituyen un solo cigoto¹⁹. El Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas Salvat señala que la concepción es "la fecundación del óvulo", y que fecundación es la "impregnación del óvulo maduro por el espermatozoide y fusión de los pronúcleos masculino y femenino"²⁰. El "Dictonnaire français de medecine et de biologie" establece que es la "producción de un nuevo ser en el seno de la hembra, a continuación de la llegada de los espermatozoides al óvulo"²¹. Según el "Langman's Medical Embryology" "...El desarrollo de un individuo comienza con la fecundación, fenómeno por el cual el espermatozoide del varón y el ovocito de la mujer se unen para dar origen a un nuevo organismo, el cigoto..."²². Vale la pena recordar, para evitar inútiles objeciones, que

¹⁹ BASSO, DOMINGO y otros, Problemas éticos que plantean las técnicas que actúan sobre la reproducción humana, Editorial San Pablo, Buenos Aires, 1994, pág. 168.

²⁰ Ob. cit., págs. 234 y 447.

²¹ Ob. cit., t. I, pág. 651.

²² SADLER, T. W., Langman's Medical Embryology, Médica Panamericana, México, 7" ed., 1996, pág. 3.

conforme el Diccionario de la Real Academia Española "fecundar" es la acción de "unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser".

En cuanto al ámbito del derecho, más allá del *status* jurídico que luego se atribuya al embrión, prácticamente no existen discrepancias sobre el punto. Sería sencillo pero ineficaz citar las opiniones de aquellos que indudablemente están de acuerdo con el criterio indicado más arriba. Me voy a remitir, entonces, a autores u obras inobjetables, ya sea por su prestigio, ya por su conocida postura contraria a la mía. ¿Qué dicen, pues, acerca de la *concepción* estos autores?

Nuevamente la Enciclopedia Jurídica Omeba viene en nuestra ayuda para señalar que: "... Biológicamente es el momento de la fecundación del óvulo, que determina en el orden jurídico el comienzo de la existencia de la persona (art. 70 del C.C.)...". Conforme esta misma compilación, Freitas sostiene que: "... producida la fecundación. queda fijado el carácter de persona..."23. El Diccionario de la Real Academia Española define el término "concebir" como "quedar preñada la hembra", y "preñar" como "fecundar o hacer concebir a la hembra". Pese a su clara posición abortista y a adherir a la teoría que el óvulo fecundado no es persona, Higuera Guimera admite que: "... es una realidad científico-biológica que la vida comienza con la fecundación..."24. Desde una postura similar, Rothley tampoco puede menos que reconocer que: "... aunque desde el punto de vista científico es indiscutible que el cigoto ya es vida humana, éste se encuentra indefenso desde el punto de vista jurídico... "25. VILACERO, por su parte, señala que: "... con la fertilidad del óvulo por el espermatozoide se da origen a un nuevo código genético individualizado y ahí está la persona²⁶. LACADENA expresa, asimismo, que: "... es indudable que la nueva vida humana empieza en el momento de la fecundación, cuando de dos

²⁴ HIGUERA GUIMERA, JUAN FELIPE, El derecho penal y la genética, Trivium, Madrid, 1995, pág. 198.

VILACERO, M. D., Comienzo de la vida, en Revista General de Derecho, septiembre de 1988, Madrid, citado por HIGUERA GUIMERA, J. F., ob. cit., pág. 197.

²³ Enciclopedia Jurídica Omeba, pág. 578. Allí sigue la cita de Freitas: "...si se atribuyen derechos a la persona por nacer, como dice Savigny, en un orden especial de hechos, si los que han de nacer son representados en el caso del art. 54, dándoles un curador al vientre, es forzoso convenir que ya existen y que son personas, pues la nada no se representa...".

²⁵ ROTHLEY, W., Informe sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética, realizado para el Parlamento Europeo, Comisión de asuntos jurídicos y de derechos de los ciudadanos, Luxemburgo, 1990, pág. 44 y ss., citado por Higuera Guimerá, J. F., ob. cit., pág. 200.

realidades distintas, los gametos, surge una nueva realidad, el cigoto, cuyo programa genético contenido en los dos pronúcleos es un programa humano, y no un ratón o una zanahoria..."²⁷. Si bien contraria a la posición que sostengo, y con infinitas aclaraciones posteriores, Martínez también dice: "... conforme a los avances de la biología considero que resulta caprichoso sostener que no existe humanidad viviente desde el momento de la fecundación... el producto celular resultante de una fecundación está vivo, crece y se corresponde única y exclusivamente con los patrones genéticos de la especie humana..."²⁸. Nerio Rojas, por su parte, afirma: "... como sinonimia se emplean los términos de embarazo o gestación y los de fecundación o concepción..."²⁹. Llambías expone que: "... Vélez adapta el derecho a la realidad biológica. Pues desde que ha comenzado a existir el nuevo ser, por la fecundación del óvulo materno, es innegable que se está en presencia de un individuo de la especie humana..."³⁰.

Como vemos, es indudable qué cosa es la concepción y que ésta se produce, cuando menos, en el momento en el cual se unen los pronúcleos del espermatozoide y del óvulo. De tal modo, al contrario de lo sostenido en el primer voto, se trata de un hecho cuya naturaleza puede determinarse judicialmente sin mayor esfuerzo.

No es difícil descubrir las fuentes de las que abreva el juez para defender su idea. Se trata de ciertas opiniones que estiman que la vida humana, la personalidad del nuevo ser o su calidad de sujeto protegido por el derecho penal, no se inicia con la concepción, sino con la anidación del embrión en el útero o con la aparición de los rudimentos del sistema nervioso central³¹. Tratar de rebatirlas aquí nos alejaría del objeto de estas consideraciones. Baste decir que si bien son teorías atractivas (sobre todo por el esfuerzo imaginativo que suponen) no tienen progreso posible frente a las tajantes disposiciones constitucionales y legales vigentes en nuestro país. O dicho de un modo quizás más coloquial: para decidir en los casos que son sometidos a su consideración, los jueces deben ceñirse a las normas vigentes, por muy lindas que puedan parecerles estas novedosas ideas.

Martínez, Stella Maris, Manipulación genética y derecho penal, Universi-

dad, Buenos Aires, 1994, pág. 91.

ROJAS, NERIO, ob. cit., pág. 225.
 LLAMBÍAS, J. J, ob. cit, pág. 251.

²⁷ Lacadena, Juan R., Manipulación genética en la especie humana, pág. 28 y ss., en la obra colectiva *Ingeniería genética y reproducción asistida* del profesor Marino Barbero Santos, citado por Higuera Guimera, J. F., ob. cit., pág. 197.

Martínez, Stella Maris, ob. cit., págs. 79 a 87; Higuera Guimera, ob. cit. pág. 195 y ss.

¿Para qué se toma la píldora del día después?

Comprobado, pues, que para nuestro derecho la unión del óvulo y del espermatozoide constituye un ser humano al cual se le reconoce la calidad de persona y cuya vida está protegida penalmente, estamos en condiciones de analizar si la acción farmacológica de "Imediat" puede o no ser abortiva. La primera pregunta a realizar sería esta: "¿Para qué una mujer toma la 'píldora del día después'?"

Como dije más arriba, acerca del punto los abogados nada sabemos. El sentido común sólo puede indicarnos lo evidente: que tal compuesto químico probablemente ha de ser consumido para evitar un embarazo con posterioridad al acto sexual, cuando se presume que los medios eventualmente predispuestos no han sido efectivos, o cuando, directamente, no se tomaron las precauciones del caso. Llegado el límite de mis conocimientos respecto del tema, la palabra es de los médicos.

En el prospecto del laboratorio Gador –fabricante de "Imediat"—se señala que la citada especialidad es un anticonceptivo sin efectos abortivos. Se indica, además, que la sustancia debe ser tomada dentro de las 72 horas de una relación sexual sin protección, y que a las 12 horas debe ingerirse otra más. También se ilustra acerca del modo en el cual se produce el embarazo, señalando que los espermatozoides "... se trasladan rápidamente a través de los órganos femeninos, alcanzando en pocas horas al óvulo. Como los espermatozoides pueden vivir un par de días en el organismo de la mujer, es posible que el encuentro con el óvulo se produzca aún uno o dos días después de ocurrida la relación sexual...".

En el dictamen obrante en el expediente en cuestión, y citado en el fallo comentado, el Ministerio de Salud y Acción Social dice que esta sustancia tiene por objeto retrasar o inhibir la ovulación, alterar el transporte del espermatozoide y del óvulo en las trompas de Falopio (aunque este efecto es hipotético y no ha sido comprobado en humanos³²) y producir una asincronía en la maduración del tejido del endometrio, lo cual lleva a inhibir la implantación.

³² El informe en cuestión está agregado a fs. 107/116 del referido expediente. A fs. 112 textualmente se señala: "...b) Alterando el transporte tubal en las trompas de Falopio de la mujer del espermatozoide y/o del óvulo (estudiado específicamente en animales de experimentación —conejos— se ha observado que el tránsito tubal se modifica, acelerándose o haciéndose más lento). Esto podría inhibir la fertilización...". (el subrayado me pertenece).

Aquí vale detenerse un momento con el objeto de reiterar algo que, en mi opinión, resulta fundamental, y es lo siguiente: el núcleo de la discusión tanto en el amparo como en esta nota, es si la píldora puede tener efectos abortivos, o sea, si es apta para poner en peligro la vida humana inicial, y no si siempre provoca la muerte del fruto de la concepción. Es evidente que en muchos supuestos de ingesta de esta sustancia no se producirá un aborto: así, no lo habrá cuando la mujer lo tome y no haya ovulado; tampoco si se lo administra con tanta anticipación como para inhibir la ovulación, o si casualmente, al alterar el transporte de las células germinales por las trompas de Falopio, impide la fecundación.

No obstante lo dicho, y más allá de la exactitud o inexactitud de lo señalado acerca del tiempo de supervivencia del espermatozoide o del lapso que éste tarda en alcanzar al óvulo³³, una simple operación aritmética nos permite comprobar que la afirmación de que la píldora sólo produce efectos anticonceptivos es manifiestamente errónea.

En efecto, si la mujer ovuló uno o dos días antes de la relación sexual, es harto probable que algunas horas después de ésta, al tomar "Imediat", la fecundación ya se haya producido, de manera que el único modo de acción de la píldora que subsistiría sería el de impedir la fijación del embrión en el útero. Si la mujer ovulara hasta cinco días después del acto sexual y la acción de retrasar el transporte de los gametos por las trompas de Falopio no surtiera efecto, seguramente la concepción se verificaría, con lo cual la única acción farmacológica eficaz de "Imediat" sería, una vez más, la de inhibir la anidación. En este sentido no debemos olvidar que el retraso de la velocidad de circulación de los espermatozoides y del óvulo por las trompas es un efecto que no ha sido comprobado en humanos y que, además, es considerado hipotético hasta por la repartición pública que autorizó su venta en el país.

La novedad, la triste fama y la razón por la cual su venta seguramente sea un buen negocio, es el poder de la píldora para evitar el progreso de embarazos en circunstancias en que otros medios -por ejemplo preservativos y anticonceptivos- resultan ya ineficaces. Así,

Hay quienes consideran que el espermatozoide puede llegar a vívir hasta cinco días después del acto sexual, y que los aludidos gametos masculinos tardan sólo unos minutos en alcanzar las trompas de Falopio y unirse con el óvulo, en el caso que este ya hubiera llegado allí. Cfr. Quirós, María del Carmen, El comienzo de la vida humana y la biologia", en Barra, Rodolfo Carlos, "La protección constitucional del derecho a la vida. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 166.

me permito suponer que el motivo por el cual una mujer temerosa de quedar embarazada confía en "Imediat" no será su propiedad de inhibir la ovulación –porque ese efecto no se obtiene de un día para el otro y porque difícilmente en aquella situación la interesada pueda saber a ciencia cierta si ya ovuló o no— ni tampoco porque tal vez retrase el transporte de óvulo y espermatozoides y así, tal vez, obstaculice la fertilización. Imagino que quien no desea tener un hijo tras una relación sexual imprevista buscará en esta novedosa especialidad una seguridad mayor . Y esta seguridad —si bien no absoluta— es la que le brinda la píldora del día después mediante el efecto que la distingue de los anticonceptivos, esto es, la inhibición de la anidación y la consecuente eliminación del concebido.

Ocurre que para nuestro derecho, como vimos, el embrión es una persona humana, y su vida está protegida por los arts. 85, 87 y 88 del Código Penal. Por eso, decir que el efecto principal de "Imediat" es "impedir la anidación del cigoto en el útero" es, de alguna manera, un eufemismo o una cruel ironía, similar a aquella que pretende esconder la matanza de niños tras el prolijo concepto "interrupción voluntaria del embarazo". La píldora del día después sirve para evitar tener un hijo no deseado. Lo grave es que la acción por la cual dicha sustancia principalmente tiende al logro de ese objetivo es la de producir modificaciones en el endometrio que no permiten al nuevo ser seguir viviendo.

Podría argumentarse que el objeto de la ingesta de "Imediat" es fundamentalmente anticonceptivo, y que el efecto de impedir la anidación del embrión es algo remoto y no deseado. Aunque, como vimos, esto no es lo que en realidad ocurre, admito que a modo de hipótesis nos coloquemos en esa situación. Ahora bien, supongamos que en lugar de poner en riesgo la existencia del embrión, la citada píldora tuviera la particularidad de amenazar la vida de la mujer, si dentro de las 72 horas de ser ingerida se produce la ovulación. Dudo que ningún laboratorio se arriesgara a producir tal sustancia: imagino que el Ministerio de Salud no permitiría su venta; y estoy seguro de que ninguna mujer lo tomaría jamás. El mero peligro para la vida de la madre, aunque improbable en este caso fantástico, sería fundamento suficiente para proscribir tal especialidad médica. Sin embargo, el autorizado "Imediat" es distinto, pues su acción farmacológica principal es la de evitar el progreso de un embarazo eliminando al embrión. Y esto sí que no es fantasía.

"... No me desampares ni de noche ni de día...".

Como adelanté, el análisis realizado en este artículo se refirió casi con exclusividad al primer voto del fallo de la Cámara Federal de Córdoba. Los dos que le siguieron, sin perjuicio de algunas consideraciones marginales relativas a la cuestión de fondo, rechazaron el amparo fundándose en la necesidad de un conocimiento y un debate más amplio del tema, propio del proceso ordinario y no de este instituto de excepción.

No obstante, y con la inocencia de un lego en materia procesal, me atrevo a señalar lo siguiente: si, como se determinó más arriba, no resulta posible en el derecho argentino discutir que la protección penal de la persona se inicia con su concepción; si tampoco cabe abrigar dudas acerca de que dicho suceso se produce, al menos, cuando se unen los cromosomas de las células germinales; si del informe de la propia demandada y del prospecto de la especialidad cuestionada surge con total evidencia la acción de éste en el organismo femenino y consecuentemente sobre el embrión, y si, finalmente, lo que está en juego -o por lo menos puede estarlo- es la vida de todos aquellos concebidos cuya existencia se ve grave e inminentemente amenazada por la producción, distribución, venta e ingestión de una sustancia que se presume abortiva ¿no debería la autoridad estatal -ejecutiva o judicialaunque más no sea por una cuestión de mínima prudencia, impedir provisionalmente la comercialización de tal especialidad? ¿Y no es la vía del amparo, consecuentemente, la más apta para evitar tales peligros?.

Aun en el supuesto de que uno estuviese de acuerdo con los magistrados en que es necesario un debate más amplio para establecer si la *píldora del día después* tiene o no efectos abortivos, el problema que subsiste es qué ocurre mientras tanto, qué pasa mientras discutimos. Si mañana llegamos a la conclusión —y si se falla conforme a derecho se llegará a ella— de que la *píldora* no es anticonceptiva, sino que provoca la muerte de personas ¿quién pagará los platos rotos?

Resumen de todo lo dicho

La píldora del día después tiene como efecto directo y principal la producción de modificaciones en el tejido endometrial que impiden la anidación del cigoto en el útero materno.

La protección penal de la vida del embrión mediante la figura del delito de aborto se inicia cuando comienza la existencia del nuevo ser.

Dicha existencia empieza al momento de la concepción, hecho que marca el inicio del embarazo y que se produce al menos cuando se unen los pronúcleos de los gametos femenino y masculino.

Estas realidades son fácilmente comprobables, pues surgen con meridiana claridad de la ley vigente y de las fuentes de interpretación a las que deben recurrir los magistrados, de manera que pueden y deben ser expresamente reconocidas en un fallo judicial.

Consecuentemente, en tanto una de las principales acciones farmacológicas de la *píldora del día después* es la de impedir que el embrión anide en el útero, forzoso es concluir que en muchos casos aquélla puede provocar la muerte de una *persona humana* dentro del seno materno, lo cual configura el delito de aborto.

De ello se sigue que, en tanto la fabricación, distribución y venta de la píldora del día después supone un riesgo grave para la vida de los concebidos no nacidos, la autorización de tales actividades por el Estado Nacional constituye una amenaza actual del derecho a la vida de dichas personas consagrado en la Constitucional Nacional, de modo que el asunto es materia propia de la acción de amparo prevista en la ley 16.986.

Punto final

Si bien no me deja de extrañar que debamos seguir debatiendo estos asuntos a pesar de las comprobaciones de la genética y de la biología, hay algo que todavía me llama más la atención, y es que en nuestro país se pretenda defender estas teorías basándose en amañadas interpretaciones de la ley. Porque tales criterios podrán tener cierta andadura en estados regidos por normas inicuas, pero aquí, donde se castiga el aborto —aunque no con la intensidad que se merece— y se protege la vida de la persona humana desde la concepción, el hecho de que jueces y juristas intenten imponer su particular visión de la realidad torciendo argumentos y forzando razones, resulta, como digo, sorprendente.

Los motivos por los cuales se nos quiere convencer de que el hombre no empieza a existir desde su concepción, sino catorce días más tarde, seguramente tengan variados orígenes que no es el caso desentrañar aquí. Sin embargo, tal vez como aproximación a ese asunto, y también como colofón de estas líneas, sirva lo dicho hace algunos años en el editorial de una famosa revista médica norteamericana públicamente favorable al aborto:

"Como la antigua ética no ha sido todavía totalmente sustituida, resulta necesario separar la idea de aborto de la idea de matar, que continúa siendo socialmente aborrecida. El resultado ha sido un curioso retroceso ante los hechos científicos que realmente todo el mundo conoce: es decir, que la vida humana comienza en la concepción y prosigue continuamente, ya dentro, ya fuera del útero, hasta la muerte. Las considerables contorsiones semánticas requeridas para racionalizar el aborto como algo completamente diferente a la supresión de la vida humana parecerían un juego ridículo, si no fueran proferidas bajo necesidades sociales impecables. Esto sugiere que esta especie de subterfugio esquizofrénico es necesario porque en el momento en que una nueva ética está a punto de ser aceptada, la antigua no ha sido aún rechazada."³⁴

³⁴ California Medecine, Official Journal of the California Medical Association, Vol. 113, N° 3, págs. 67/68, septiembre de 1970. Citado por Lejeune, Jérôme, Dejadlos vivir, Rialp, Madrid, 1980, págs. 44/45.

Se terminó de imprimir en GRAFICA del SUR Remedios de Escalada de San Martín 3539 Lanús Oeste - Pcia de Bs. As. FEBRERO 2001