

Carlos Fontan Balestra

DERECHO PENAL
Introducción y
Parte general

ACTUALIZADO POR GUILLERMO A.C. LEDESMA

ABELED-RO-PERROT
BUENOS AIRES
1998

CARLOS FONTAN BALESTRA

DERECHO PENAL
INTRODUCCION
Y PARTE GENERAL

ACTUALIZADO POR

GUILLERMO A. C. LEDESMA

1998

ABELED0 - PERROT

Buenos Aires, Argentina

§ 1

EL DERECHO PENAL

1 — DENOMINACIONES. El nombre de una ciencia se formula, por lo común, señalando las notas esenciales de su contenido y las particularidades que la caracterizan y distinguen de otras disciplinas de naturaleza semejante. La denominación *Derecho Penal*, que es la más usada en la actualidad, indica su naturaleza de ciencia jurídica y el carácter más específico de su contenido, consistente en el estudio de los actos que la ley amenaza con pena. Una mayor limitación se logra completando el título con la nacionalidad del ordenamiento jurídico que se estudia. Así, por ejemplo, se emplean las fórmulas *Derecho Penal argentino* (RIVAROLA, SOLER, NÚÑEZ), *Derecho Penal francés* (GARRAUD), etcétera.

Las expresiones *derecho criminal* y *ley criminal* prevalecieron hasta el siglo XVIII en las obras de los autores llamados prácticos. Las emplearon, entre otros, FARINACCIO y CLARO, en Italia; MATEO y SANZ y Juan GUTIÉRREZ, en España; MUYART DE VOUGLANS, en Francia, y CARPZOVIO, en Alemania.

Ya en el siglo XIX, el mismo título lo siguen utilizando autores de la jerarquía de CARMIGNANI y CARRARA, y en la Argentina, TEJEDOR.

Con el propósito de asignar un contenido distinto a la ciencia penal o de poner en evidencia otros aspectos, tales como sus fundamentos o sus fines, se la tituló con rótulos bastante dispares: *Derecho de la lucha contra el delito* (THOMSEN), *Teoría de las leyes de la seguridad social* (CARMIGNANI) y varios otros.

2 — CONTENIDO. Hoy prevalece, en muy alta proporción, el punto de vista que fija al Derecho Penal la tarea de sistematizar un *derecho positivo vigente*, interpretando los principios contenidos en sus normas con la unidad de criterio que debe caracterizar los distintos aspectos de una ciencia jurídica.

Por *derecho positivo* se entiende, “el sistema de normas jurídicas que informa y regula efectivamente la vida de un pueblo en un determinado momento histórico. El derecho positivo está, pues, integrado por aquellas normas jurídicas que son efectivamente impuestas, hechas valer efectivamente” (DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1947, pág. 363).

Otros modos de trabajo han dado y dan valiosos aportes para realizar la tarea de sistematización de un ordenamiento jurídico que le hemos señalado al Derecho Penal.

Es suficiente recordar el *Programa del Curso de Derecho Criminal* de CARRARA y el *Tratado de Derecho Penal* de JIMÉNEZ DE ASÚA. El primero, sin dejar de analizar textos legales, se propone fijar los principios perennes a los que deben ajustarse “los códigos penales de la justicia” (*Programa*, prefacio). El segundo busca la formulación ideal o preferible para cada instituto jurídico, partiendo del análisis crítico de las normas que contemplan ese instituto en el derecho comparado.

3 — NATURALEZA JURÍDICA. El *Derecho Penal es una ciencia jurídica* y su estudio cumple idéntica tarea y tiene la misma finalidad que el de cualquiera otra rama del Derecho: interpretar y elaborar los principios contenidos en la ley; bien que con las modalidades particulares que resultan de su naturaleza de derecho de excepción.

No obstante la aparente tautología de esta afirmación, es aun necesaria. Costó no poco esfuerzo volver nuestra disciplina a su cauce natural, del que nunca debió haber desbordado; al que se ha dado en llamar tecnicismo jurídico o dogmática penal se debe el retorno a sus contenidos y métodos propios.

Al mismo tiempo que el Derecho Penal encuentra su objeto adecuado, la clarificación del ámbito propio de las disciplinas dedicadas al estudio del delito y del autor en otros aspectos, da lugar al renacimiento del interés por las tareas criminológicas, que comprenden el estudio del delincuente y la delincuencia como fenómeno de grupo, atendiendo especialmente a las características socioeconómicas, de cada población en particular. (Véase lo que decimos al tratar la llamada enciclopedia criminológica y el trabajo de Roberto BERGALLI *Criminología en América Latina*, Buenos Aires, 1972).

4 — DERECHO PENAL SUBJETIVO Y OBJETIVO. Se ha distinguido tradicionalmente el Derecho Penal en *subjetivo* y *objetivo*.

1. El *Derecho Penal subjetivo*, en su sentido más amplio, es la facultad que el Estado tiene de definir los delitos y fijar y ejecutar las penas o medidas de seguridad: es el llamado *ius puniendi*. Es facultad,

porque el Estado, y sólo él, por medio de sus órganos legislativos, tiene autoridad para dictar leyes penales; pero es también deber, porque es garantía indispensable en los Estados de Derecho, la determinación de las figuras delictivas y su amenaza de pena con anterioridad a toda intervención estatal de tipo represivo.

2. *Ese conjunto de normas legales que asocian al crimen como hecho la pena como legítima consecuencia, constituye el Derecho Penal objetivo.* El Derecho Penal objetivo es el régimen jurídico mediante el cual el Estado *sistematiza, limita y precisa* su facultad punitiva, cumpliendo de ese modo con la *función de garantía* que, juntamente con la *tutela de bienes jurídicos*, constituyen el fin del *Derecho Penal*.

5 — RAMAS DEL DERECHO PENAL OBJETIVO. El Derecho Penal objetivo se distingue, a su vez, en *derecho material*, llamado también *sustantivo* y el denominado indistintamente *derecho formal, adjetivo o procesal*.

La rama *material* contiene las disposiciones de fondo: define los delitos y determina la correspondiente amenaza de pena; regula principios fundamentales en los que se sustenta la teoría del delito, tales como la culpabilidad o la justificación, y da normas para resolver los problemas que tienen validez general, tales como el concurso de delitos, la participación, la tentativa, etcétera.

La rama *sustantiva* determina el modo de hacer efectivas esas disposiciones, de llevar a la práctica la relación delito-pena-delincuente.

La necesidad de sancionar el Derecho Penal material y el formal, aparece claramente señalada en la Constitución Nacional; el artículo 18, situado en el capítulo titulado “Declaraciones, Derechos y Garantías”, determina que “ningún habitante de la Nación puede ser penado *sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*”.

Como una consecuencia de la forma federal adoptada para nuestro gobierno, el Código Penal debe dictarlo el Congreso Nacional (art. 67, inc. 11), en tanto que los códigos de procedimientos son sancionados por las provincias, que han reservado esta facultad. El origen (fuente) fija, también, el ámbito de validez espacial; así, mientras el Código Penal rige para todo el territorio del país, los códigos de procedimientos tienen limitado su ámbito de validez al territorio de las respectivas provincias.

6 — DERECHO DE EJECUCIÓN PENAL. *El derecho procesal penal llega hasta la sentencia definitiva* por la que el juez impone la pena al

delincuente, estableciendo así la compensación que restablece el orden jurídico quebrantado por el delito. Con ello queda cumplido el fin jurídico propuesto por el Derecho; pero el cumplimiento *material* de la sanción escapa a la ley procesal y queda en manos del *derecho de ejecución penal*.

En los países que, como en el nuestro, rige por ley la ejecución de las penas, puede hablarse en puridad de un derecho de ejecución penal. La ley 11.833 de organización carcelaria fue reemplazada por el decreto ley 412 del 14 de enero de 1958 (ratificado por ley 14.467), el que llenó la aspiración de constituir con esa materia una ley complementaria del Código Penal, con vigencia en todo el territorio de la Nación. Esta última fue reemplazada por la ley 24.660 de ejecución de la pena privativa de la libertad.

El Código Penal también contiene previsiones referidas a la gravedad de las penas, al cómputo de la prisión preventiva, a los términos para obtener la libertad condicional y varias otras, que son objeto de desarrollo en la ley citada.

El derecho de ejecución penal es tratado por la gran mayoría de nuestros autores dentro del Derecho Penal, aun por aquellos que lo consideran como una parte del derecho administrativo (GONZÁLEZ ROURA, E. GÓMEZ, NÚÑEZ, SOLER). Intentos modernos procuran darle independencia. (Véase ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado de Derecho Penal*, T. I, págs. 200 y sigs.).

El Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984) se refiere a las funciones del tribunal de ejecución penal (arts. 30, 490 y 493) que fue establecido por la ley de organización de la justicia 24.050. (Véase *infra*, § 37, II, 7-10).

7 — LA LLAMADA ENCICLOPEDIA CRIMINOLÓGICA. La autonomía y los límites del Derecho Penal no fueron vistos siempre con claridad. Con el advenimiento del positivismo penal, se introduce confusión y se estudian conjuntamente conocimientos de distinta naturaleza.

Con el nombre de *Enciclopedia Criminológica* o Ciencia de la Criminalidad se denominó a un conjunto de disciplinas que estudian los medios de combatir la delincuencia. Algunos autores, entre ellos FERRI e INGENIEROS, quisieron hacer con todas esas disciplinas una ciencia enciclopédica, que el primero denominó *Sociología criminal* y el segundo *Criminología*.

1. Las ciencias criminológicas o ciencias no jurídicas que estudian al delincuente, constituyen una realidad que no puede ser ignorada, tanto en su existencia como en sus manifestaciones de la vida práctica. La

función de estos conocimientos, está hoy precisada en sus justos límites y aun los autores más definidos en su criterio dogmático, señalan su naturaleza y cometido. Todo está en no confundir, superponer o sustituir; pero esos errores hoy resultan ya superados.

Para FERRI, ese conjunto de disciplinas lo estudia la *Sociología criminal*, que toma a su cargo el estudio científico del delito y el delincuente considerados como el producto de factores individuales y sociales (endógenos y exógenos), estudio que se realiza para sistematizar la defensa social contra el delito. La defensa represiva se realiza por intermedio del Derecho Penal, el procedimiento penal y la técnica carcelaria (*Principios*, Madrid, 1933, pág. 96).

INGENIEROS denominó *Criminología* a ese conjunto de conocimientos y, según él, su programa consiste en el estudio de las causas del delito (etiología criminal), manifestaciones del delito (clínica criminológica), y los medios para combatir la delincuencia (terapéutica criminal) (*Criminología*, Madrid, 1913, págs. 84 y sigs.).

La tesis enciclopedista fue el producto de una escuela y de un momento dentro de ella; pero pronto se reaccionó del error conceptual que encierra. Los revisores de los principios de la escuela que nace con LOMBROSO y aun sus mismos continuadores, vuelven por los fueros del Derecho Penal. La característica común a todo el *neopositivismo* o *positivismo crítico* puede decirse que es reconocer al Derecho Penal su autonomía de ciencia jurídica, asignanda a las demás disciplinas funciones auxiliares o constitutivas de otra ciencia o conocimiento.

No puede ya discutirse hoy la independencia del Derecho Penal —lo mismo que la de las otras ciencias jurídicas— y la necesidad de su estudio aparte de las demás disciplinas con las que se quiso constituir la *Enciclopedia Criminológica*. A estas últimas preferimos agruparlas bajo el título de *Criminología*.

2. *La Criminología*. Si se toma en cuenta la naturaleza de los conocimientos que se intenta incluir en el estudio de la criminología, se comprende que su contenido haya sido determinado de modo bastante dispar. La tendencia más aceptada hoy considera que la criminología se integra con la *antropología criminal* y la *sociología criminal*, con las que se constituyen sus dos grandes capítulos, aunque una u otra prevalezcan en las distintas tendencias. Este punto de vista es sostenido, entre otros, por VON LISZT, CUELLO CALÓN, JIMÉNEZ DE ASÚA y O. C. BLARDUNI, RUIZ-FUNES agrega a las disciplinas citadas la *psicología criminal*.

La *antropología criminal* es entendida como el estudio del delincuente en su individualidad, tomando en consideración tanto los facto-

res internos como los externos, especialmente el medio circundante. La *sociología criminal* es el estudio de la delincuencia como fenómeno social. Al decir de BLARDUNI, los objetos de la antropología de la sociología criminal son, respectivamente, el *delincuente* y la *delincuencia*. La diferencia que va de uno a otra es la misma que media, v.gr., entre un nacimiento y la natalidad.

Así vistas las cosas, la referencia expresa a la psicología criminal (RUIZ-FUNES), a la neuropatología (BONGER) o a otras disciplinas resulta innecesaria, puesto que quedan comprendidas en el concepto de Antropología criminal que quedó expuesto. A. S. MILLÁN piensa que la Criminología estudia al delincuente; la personalidad humana, dice, no es yuxtaposición de caracteres somatopsíquicos y sociales, sino un todo estructural y dinámico. La Criminología estudia ese todo, con su pasado y presente inmerso en su propio mundo. La sociología criminal no es más que una especialidad de la Sociología (*El tipo de autor en la investigación criminológica*, 1955, págs. 6, 7 y 94).

SOLER se sitúa en la posición de quienes niegan categóricamente a la criminología el carácter de ciencia por carecer de objeto y método propios (*Derecho Penal Argentino*, 1ra. ed., T. I, pág. 22). La exigencia es válida para separar los distintos sectores de las ciencias, de acuerdo con la teoría de los objetos; pero no lo es para dar el carácter de ciencia a cada disciplina comprendida dentro del mismo sector.

Bajo el título de *ciencias auxiliares* se acostumbra a agrupar a la *criminalística*, la *estadística criminal*, la *medicina legal*, y la *psiquiatría forense*. No debe creerse, sin embargo, que esta enumeración es taxativa, ni aceptada unánimemente. Más bien debe pensarse que es marcadamente distinta, según los diversos autores, y que una enumeración que las contemple a todas es poco menos que imposible. (Puede verse la exposición de JIMÉNEZ DE ASÚA en *Tratado...*, cit., T. I, 2da. ed., nros. 34 a 38, págs. 173 a 186).

La *criminalística* tiene por fin el esclarecimiento del delito. Al efecto se vale de disciplinas auxiliares como la *dactiloscopia*, que procura la identificación humana mediante huellas dactilares; la *scopometría*, que lleva a cabo diversos procedimientos para determinar falsedades documentales, tales como alteraciones, sustituciones, tiempos de escritura, elementos empleados, etcétera; la *balística*, que establece la aptitud para el tiro de un arma, su calibre, si el proyectil objeto de investigación fue disparado por tal o cual arma, etcétera; la *fotografía legal* y otras muchas ciencias de colaboración.

La *enciclopedia criminológica* se nutre, entre otras disciplinas, de la medicina legal, la psiquiatría forense, la química legal, la estadística

criminal, la penología, la política criminal y otras muchas ciencias auxiliares.

La *medicina legal* utiliza la totalidad de las ciencias médicas para dar respuesta a interrogantes jurídicos y asume relevancia para la determinación de la muerte y sus motivos, el día y la hora en que ocurrió y otras circunstancias de interés forense; la existencia de lesiones y su mecanismo de producción; la de maniobras abortivas; la edad de las personas, etcétera.

La *psiquiatría forense*, que a través del estudio de la psiquis del imputado o de la víctima de un delito determina cuestiones sustanciales como la imputabilidad o inimputabilidad; la veracidad de ciertas acusaciones o el estado de salud mental del sujeto pasivo, o su edad, en función de las exigencias de la figura delictiva.

La *química legal*, aplicada al análisis de la existencia de venenos u otros elementos en las vísceras del interfecto; la determinación de la existencia de infinidad de sustancias vinculadas a la investigación criminal; líquidos en el teatro de los hechos; esperma en casos de violaciones; antigüedad de tintas o escrituras en falsedades documentales, etcétera.

La *estadística criminal*, es una herramienta importante para determinar la política criminal del Estado y recoge los números de delitos cometidos, tomando en cuenta su calidad, el bien jurídico afectado, el número de condenas y absoluciones recaídas, etcétera.

La *penología* o ciencia de las penas, que atiende tanto a la faz teórica cuanto a la práctica, resulta de sumo interés en la actualidad, en que se está acordando la importancia que merecen los establecimientos carcelarios y que, en muchos países, se ha establecido el juez de ejecución penal como encargado del cumplimiento de la pena judicialmente establecida.

La *política criminal* es la ciencia de la legislación penal. A través de ella el Estado determina qué reformas debe efectuar en sus leyes punitivas para el mejor cumplimiento de sus fines.

§ 2

EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO

1 — DEFINICIONES.

1. *Las distintas definiciones.* Entre las definiciones que del *Derecho Penal sustantivo* se han dado, podemos distinguir:

a) Las que señalan la característica más peculiar y privativa de las normas contenidas en las leyes penales: la amenaza de pena. Así, por ejemplo, la definición de VON LISZT: *Conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho, a la pena como legítima consecuencia* (Tratado..., cit., T. I, § I, I);

b) Las que se refieren a la relación *derecho objetivo* - ius puniendi: *La rama del Derecho que regula la potestad pública de castigar y aplicar medidas de seguridad a los autores de infracciones punibles* (NÚÑEZ, T. I, pág. 11).

c) Definiciones más explicativas en las que, además de comprenderse los aspectos contemplados en las definiciones anteriores, se indica, con algún detalle, el contenido esencial de las leyes penales: JIMÉNEZ DE ASÚA, luego de señalar la poca utilidad práctica de un concepto apriorístico, formula esta definición: *Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo y asociando a la infracción de la norma una pena o una medida aseguradora* (Tratado..., cit., T. I, 2da. ed., pág. 31).

El Derecho Penal, en sentido estricto, es una parte del ordenamiento jurídico, es *derecho positivo vigente*. Por eso lo correcto es definirlo como *una rama del ordenamiento jurídico*.

DEFINICIÓN: *El Derecho Penal es la rama del ordenamiento jurídico que agrupa las normas que el Estado impone bajo amenaza de sanción, limitando y precisando con ellas su facultad punitiva.*

2. *La amenaza de pena.* La amenaza que acompaña a las normas penales es, en definitiva, *la característica diferencial de las leyes represivas*. Empleamos la palabra *sanción* en el sentido comprensivo de penas y medidas de seguridad, que son los medios de que el Estado dispone para la retribución y prevención del delito.

Ni siquiera el modo peculiar de estar redactadas las leyes penales sería por sí solo característica diferencial, si no llevara consigo una amenaza de sanción. La *tipicidad*, que es el recurso técnico apropiado para diferenciar las acciones punibles de los demás actos antijurídicos y culpables no punibles, resultaría sin personería si faltara la consecuencia penal.

La tendencia actual, orientada a no perder de vista las *otras consecuencias del Derecho Penal distintas de la pena*, hace que se extienda el concepto a las normas en que se las prevé. Así MEZGER dice que también ha de considerarse Derecho Penal al conjunto de aquellas normas jurídicas que en conexión con el propio Derecho Penal, asocian al delito como presupuesto otras consecuencias jurídicas de índole diversa de la pena, sobre todo medidas que tienen por objeto la prevención de los delitos (*Tratado*, Madrid, 1946, T. I, § 1, I, pág. 28).

3. *Las definiciones de las escuelas intermedias* buscaron una solución ecléctica entre el enfoque jurídico y los extremos del positivismo penal, y su característica más visible estriba en incluir en la definición el estudio del delincuente. Sirva de modelo la definición de ALIMENA, para quien el Derecho Penal *es la ciencia que estudia al delito como fenómeno jurídico y el delincuente como sujeto activo y por tanto, las relaciones que derivan del delito como violación del orden jurídico y de la pena como reintegración de ese orden* (*Principios*, Madrid, 1915, Vol. I, pág. 21).

Ante definiciones de este tipo, no nos parece sobrado recordar que el enfoque dogmático no supone, como principio, la exclusión o inclusión del estudio del delincuente. Ello depende del contenido del texto legal que se reduce a sistema. La *fidelidad* a la ley es una de las características más nítidas de la labor dogmática.

2 — CARACTERES DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO. El Derecho Penal es *normativo, valorativo y finalista*, caracteres que guardan íntima relación entre sí.

1. *La naturaleza normativa* de nuestra disciplina resulta de la esencia misma de su objeto: las normas de Derecho. Partiendo de la separación en ciencias *culturales y naturales*, que formuló MAYER, en el carácter normativo está implícita su condición de ciencia cultural. (MAYER, M. E., *Rechtsnormen und Kulturnormen*, 1903, pág. 15).

Si bien la palabra *norma* es empleada frecuentemente para referirse a las disposiciones legales, sin que ello cree problemas, en el orden penal es preciso advertir que, a partir de BINDING, se hace una distinción entre *norma* y *ley*, que cualquiera sea la importancia que se le quiera dar, no puede dejar de conocerse, y considerarse al tratar algunos temas en particular, tales como la definición del delito y la tipicidad (*Grundriss*, Leipzig, 1902, págs. 60-61; *Die Normen*, Leipzig, 1890, Vol. I, págs. 35 a 96).

2. *La naturaleza valorativa*. La íntima relación en que están los caracteres señalados del Derecho Penal, hace que sea también de la condición de normativo de donde surja la *naturaleza valorativa* de ese Derecho, porque sus disposiciones *contienen juicios de valor alcanzados sobre la base de una escala, cuya graduación la determina el interés que resulta de estimar los hechos a la luz de la finalidad propuesta por el Derecho Penal*.

La ley penal es un cartabón de valores, al cual se ha de referir una acción humana producida en el medio social. El juicio de disvalor resulta del reproche, en el aspecto subjetivo, y de su intolerancia jurídico-social, en el aspecto objetivo, como consecuencia de la lesión puesta en peligro o posibilidad de poner en peligro bienes jurídicos, realizados de determinado modo.

El criterio que fija al Derecho Penal carácter finalista y valorativo, sigue siendo el imperante, no obstante las tendencias que pretenden señalar sus notas más salientes en el aspecto ético-social y ético-personal de la acción punible (especialmente, SCHAFFSTEIN, *Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935).

3. *El Derecho Penal es finalista*, porque tiene un fin en sí mismo. SOLER dice que la ley regula la conducta que los hombres deberán observar en relación con las realidades en las que deben asentarse las normas, en función de un fin colectivamente perseguido y de una valoración de esos hechos (T. I, § 3, II).

La idea de fin es la que genera la fuerza del Derecho. El Derecho es, en su esencia, protección de intereses (VON LISZT, *Tratado*, T. II, 5).

A esos intereses jurídicamente protegidos, se los denomina *bienes jurídicos*; ellos no nacen del Derecho, sino de la vida, por eso son intereses vitales para el individuo y para la sociedad. Es el Derecho, mediante su tutela, quien eleva ese interés vital a *bien jurídico* (BINDING, *Die Normen*, Vol. I, pág. 338).

La teoría del bien jurídico se encuentra ya arraigada en el pensamiento actual. En la *protección de bienes jurídicos radica la finalidad* del Derecho Penal (ROCCO, A., *L'oggetto del reato*, Roma, 1932, nro. 136).

Esta afirmación se ratifica con la exigencia de una *antijuridicidad material o sustancial*, entendida como lesión, puesta en peligro o posibilidad de poner en peligro bienes jurídicamente protegidos, y no como pura contradicción formal entre el hecho y el orden jurídico (GALLAS, Wilhelm, *La teoría del delito en su momento actual*, Barcelona, 1959, pág. 8).

La exigencia de una antijuridicidad sustancial, fundamenta más claramente la justificación sobre la base de la “evaluación” de bienes jurídicos (JESCHECK, *Lehrbuch*, 1969, § 22, III, 2).

4. *Función de garantía*. Debe inspirar la ley penal un criterio definido de *autolimitación* de la potestad punitiva del Estado, que asegure el respeto por las garantías individuales, indispensable en los Estados de Derecho.

Esa *misión de garantía* no llega a cumplirse totalmente con la inclusión en los códigos de figuras penales por las que se sancionan las conductas que amenazan, ponen en peligro o lesional los bienes jurídicos, sino *asegurando con los tipos la discontinuidad de las ilicitudes previstas por la ley*. Es, pues, en el aspecto *negativo* —en los silencios de la ley— donde reside esa seguridad. En otras palabras: la ley penal ha de ser redactada “acuñando los delitos en tipos” y *limitando la intervención penal* del Estado únicamente a la ejecución de las acciones previstas en ellos.

Las figuras penales tutelan los bienes jurídicos, bajo amenaza de sanción, y los silencios de la ley garantizan la *ausencia de significación penal* en los hechos no previstos. De ese modo, el Estado advierte la existencia de la amenaza penal para determinados hechos, y asegura la libertad para los no incluidos en los tipos penales.

5. *El Derecho Penal es una rama del derecho público*. Ese carácter resulta de la función reguladora de las relaciones entre el Estado y los individuos sometidos a un orden jurídico. No existe relación de soberanía y de sumisión más característica que la del individuo sometido

al Estado por la coacción de deber sufrir una pena, dice MAURACH. El Derecho Penal —*ius poenale*— recibe su justificación del derecho de castigar propio del Estado —*ius puniendi*— (*Strafrecht*, 1958, § 2, I).

En su función específica, el juicio penal no decide los derechos de las partes entre sí o con relación a terceros, sino la existencia o inexistencia de las circunstancias que justifiquen el ejercicio de la potestad del Estado, a través de su facultad más excepcional: la aplicación de penas u otras medidas del derecho criminal.

Como resultado de su naturaleza pública las consecuencias impuestas por el Derecho Penal *no son disponibles* por los particulares. Sólo el Estado, por medio de sus órganos judiciales, impone sus decisiones. La voluntad de los particulares nunca puede representar la ley libremente reguladora del caso (NÚÑEZ, T. I, pág. 37).

6. *La llamada naturaleza sancionadora del Derecho Penal.* Al afirmar que el Derecho Penal es sancionador, se sientan, por lo común, dos premisas que juzgamos necesario distinguir. Por un lado, como la denominación primariamente lo indica, se señala que, en materia penal, el Estado se vale *como última ratio* del resorte más poderoso de que dispone para el mantenimiento del orden jurídico: las sanciones penales. Por otro lado, se asigna a la ley penal *función secundaria* o *accesoria* de las otras ramas del Derecho. Para quienes eso piensan, la aplicación de sanciones no es solamente una característica diferencial, peculiar de nuestra disciplina, sino la consecuencia de su carácter accesorio, por obra del cual su función se limita a la aplicación de sanciones a aquellos actos que han sido valorados como antijurídicos por otras leyes.

El Derecho Penal es constitutivo y sancionador. El Derecho Penal es autónomo y, por ende, *constitutivo*. En la realidad de la vida, la tarea legislativa *no está limitada en la definición y sanción de los tipos ni de la ley toda, por una norma jurídica*. Las limitaciones resultan únicamente de las normas de cultura y no pueden tener otro significado que el de una “*exigencia ética*” (o social) dirigida al legislador (MAURACH, *Tratado*, T. 1, § 2, III, A).

Es, también, *sancionador*, porque se vale de la pena para restablecer el orden jurídico. Damos, como se ve, a la palabra *sancionador* un alcance —que no ha sido bien entendido— distinto del que le asignan quienes quieren significar con ella la naturaleza secundaria o accesorio del Derecho Penal (conformes, en lo esencial: BETTIOL, *Diritto Pena-*

le, 1962, págs. 83 y 91; PETROCELLI, B., *Principi*, Vol. I, págs. 105 y sigs.; ROCCO, A., *L'oggetto del reato*, pág. 67).

La tarea de legislar supone siempre reducir los hechos de la vida a fórmulas jurídicas, mediante una estimación valorativa; pero ello no significa suponer la existencia de una sola escala de valores: los actos típicamente antijurídicos tienen por consecuencia una pena, porque contienen un *mayor disvalor* que los restantes hechos antijurídicos. Ese es, precisamente, el disvalor constitutivo de lo *ilícito* específicamente penal. En el valor y disvalor de los actos humanos hay grados de tolerancia o intolerancia jurídica, política y social. La ley penal tipifica los hechos más *intolerables por su mayor disvalor*. Y aun dentro de ella hay actos con distinto grado de disvalor, que se traduce en las escalas penales.

3 — LOS DESTINATARIOS DE LAS NORMAS PENALES. Señalada la naturaleza del ordenamiento legal y sus caracteres, falta aún preguntarnos a quiénes van dirigidos los preceptos penales. En otras palabras: *¿quién o quiénes son los destinatarios de las normas penales?* El problema presenta dos aspectos, que vamos a considerar separadamente.

A. LOS DESTINATARIOS EN GENERAL: ESTADO, JUEZ Y PUEBLO. La idea tradicional no dudó que las prescripciones del ordenamiento penal están destinadas a *los componentes del grupo social sometido a un orden jurídico*. Al fijarse al Derecho Penal la característica de vincular al delito como hecho la pena como lógica consecuencia, se sobreentiende un sometimiento a los órganos del Estado, sometimiento en virtud del cual el individuo, cuando están dados determinados requisitos, debe cargar con la pena y el Estado está facultado para aplicarla.

La continuidad lógica de ese punto de vista, no pareció que admitiera objeciones. Sin embargo, VON IHERING señaló como destinatarios de las normas también a los órganos encargados de aplicar la ley, y hacerla respetar; es decir, a los organismos del Estado, especialmente al Poder Judicial (*Der Zweck im Recht*, T. I, pág. 259).

Para BINDING, la coacción contenida en las leyes penales tiene triple destinatario: el propio Estado, el juez y el pueblo; a esto ha observado IHERING que, en lo que se refiere al Estado, supondría que es posible imponerse un imperativo a sí mismo. Esta observación no es aceptada porque, en la vida real, todos son destinatarios de las normas penales, aunque les alcance más definitivamente una u otra de sus funciones.

Nadie duda hoy de que el Estado, mediante la sanción de las leyes penales, se autolimita en el ejercicio de la potestad que constituye el *ius puniendi*. Nadie duda, tampoco, de que los ciudadanos sean destinatarios de las normas. De no ser así, no podría hablarse de la exigencia de la ley previa. No creemos, por último, que se dude de que las prescripciones penales tengan por destinatario al juez que es quien las aplica y las hace cumplir (sin perjuicio de que las normas le alcancen como a cualquier otro componente del grupo social, además de contemplar su conducta también en cuanto es juez).

B. LOS INCAPACES. El segundo problema que se plantea en este punto, es el referido a la *extensión o alcance de ese destino de las normas penales*. ¿Las normas tienen por destinatarios solamente a los individuos *capaces* o también a los *incapaces*? Quienes sostienen que las normas están destinadas solamente a los individuos capaces, parten del razonamiento según el cual mal puede ser dirigido el Derecho a quienes no pueden entenderlo, ni sentir la coacción de la amenaza penal. Para esta tesis el Derecho trataría al incapaz como cosa y no como persona (MAGGIORE, *Derecho Penal*, Vol. I, pág. 42).

En el Derecho mismo se encuentran las razones para sostener que *los incapaces son también destinatarios de las normas: algunas medidas aseguradoras van destinadas especialmente a los incapaces, y están prescriptas por la ley penal*. Dése a estas medidas el nombre y la función que se quiera, fúndeselas en la defensa, en la peligrosidad o en la prevención; pero ¿quién negaría que al aplicarlas, el Estado dispone de los derechos individuales más valiosos, que no toca sino frente a las acciones de máximo disvalor, que son las que prevé la ley penal? Las acciones de los incapaces *no son indiferentes* para la ley penal, no son equiparables al acontecer ciego de las cosas. Si así fuera, no se les aplicaría medidas que *son, también, consecuencia del delito como acción objetivamente típica y antijurídica*.

La teoría del llamado “delito incompleto” que se sustenta, precisamente, en la existencia de los hechos delictivos *no culpables*, constituye el intento de dar un punto de apoyo jurídico a las medidas de seguridad (MAURACH, *Tratado*, § 13, I, pág. 152. Véase sobre esto, BOCKELMANN, *Relaciones entre autoría y participación*, Buenos Aires, 1960, págs. 64-65 y JESCHECK, Hans H., *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, 1981, T. II, § 77).

La opinión más generalizada sólo admite que el ser humano actúa como cosa —sin que su obrar constituya acción en sentido jurídico— cuando no participa en el acto su personalidad, cuando el acto no importa una manifestación de voluntad, *con independencia del hecho de ser imputable o inimputable*. Los inimputables pueden ser autores, en tanto su personalidad se manifieste a través de su obrar.

4 — EL MÉTODO JURÍDICO. Luego de haber sido señaladas las características del Derecho Penal sustantivo, podría parecer suficiente decir que el método adecuado a su naturaleza es el *método jurídico*. Pero en esta afirmación, que constituye un aserto irrenunciable, no puede verse la elección de un método único e indiscutido.

Método jurídico es el *método teleológico*, como una consecuencia natural del carácter finalista de nuestra disciplina.

El método jurídico, que a fin de diferenciarlo del teleológico, podemos llamar tradicional, es el *racional deductivo*, que por ser racional, debe ser *lógico* y, por consiguiente, *abstracto*, puesto que la lógica sólo se maneja con abstracciones. Es denominado, también, método dogmático (SOLER, T. I, § 3, VI; SAUER, *Derecho Penal*, 1956, § 2, II, 5).

El método teleológico, que responde a una reacción contra el excesivo formalismo del método jurídico tradicional, penetra en el contenido de la norma y averigua el fin para el que ella fue creada; investiga la formación teleológica de los conceptos; precisa el bien jurídico; desentraña el tipo legal; se vale del método sistemático (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. I, 2da. ed., pág. 205, nro. 48; BETTIOL, *Diritto Penale*, 1962, págs. 112 y sigs.).

El método teleológico reúne y pone de manifiesto todos los actos que realiza la tarea dogmática, señalando un criterio ordenador y selectivo: *el fin del Derecho*. Ni aun los más formalistas renuncian en la práctica, en su labor de intérpretes, a desentrañar el tipo, a precisar el bien jurídico o a valerse de la interpretación sistemática. Entre las “tipicidades conceptuales” y las “tipicidades concretas” que separara BELLING (*Die Lehre von Verbrechen*, págs. 111-112), hay innegable diferencia de naturaleza, tanta como la que va de un hecho a una norma, de una realidad a una abstracción; como hay diferencia entre el bien jurídico “nombrado” por ley para su tutela y el bien existente. Ello es consecuencia natural y lógica de la *deducción*, pues es de una serie de realidades de donde se obtiene la abstracción que las comprende a todas. Cuando la ley dice: ...“el que matare a otro”..., está previendo y abarcando las muertes antijurídicas *que se producen en la realidad de la vida diaria* en el grupo sometido a ese ordenamiento jurídico.

5 — ELEMENTOS. Todas las definiciones dogmáticas contienen la idea de *relación entre el delito y la pena*. He ahí señalados, en la noción misma de nuestra disciplina, los *elementos tradicionales* o términos

que la integran. Un tercer elemento debe reconocer el Derecho Penal moderno: *el autor*. Estamos lejos de pensar en la inclusión del delincuente, como elemento del Derecho Penal, con criterio “positivista”; pero una faena dogmática “leal” ha de comprender todas las disposiciones de la ley que estudia y cuyos principios se propone reducir a sistema. En los códigos de orientación neopositivista o político-criminal se encuentran referencias más o menos frecuentes a la *personalidad* o *peligrosidad*, por ejemplo. Estos temas sólo encuentran su lugar sistemático en un capítulo que estudie al autor. El estudio del autor da un índice para la elección y medida del medio de reacción penal.

El estudio de la peligrosidad, por ejemplo, en la tarea dogmática, no supone la opinión del autor sobre su importancia o significado, sino, únicamente, el criterio adoptado por la ley con respecto a ella.

En esto como en todo, ha de mantenerse la “lealtad” a la ley que antes hemos señalado. Sería malicioso quitar o aumentar significado a las previsiones legales, para hacer prevalecer el punto de vista personal. Un ejemplo terminante lo ofrecen modernos tratadistas italianos de reconocida tendencia dogmática, quienes dedican un capítulo al delincuente, porque así lo hace el Código italiano (ANTOLISEI, *Manuale*, Milano, 1955; BETTIOL, *Diritto Penale*, Palermo, 1962; RANIERI, *Diritto Penale*, Pte. Gral., Milano, 1945).

TERÁN LOMAS (*Derecho Penal*, T. I, Buenos Aires, 1980, págs. 12 y 201 y sigs.) incluye la mención del autor en la definición del Derecho Penal y dedica la parte tercera de la obra al delito y su autor. Tampoco es ajeno el autor a la construcción teórica de ZAFFARONI (*Tratado de Derecho Penal*, T. III, Buenos Aires, 1981, pág. 19).

§ 3

RAMAS DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO

La *denominación penal* es utilizada para designar otros grupos de normas jurídicas por las que se asocia al hecho una medida de carácter represivo. Tales los denominados Derecho Penal disciplinario, Derecho Penal administrativo y Derecho Penal militar. Algunos autores aspiran a darles contenido propio, aunque se admitan diferencias conceptuales con respecto a su naturaleza y contenido.

1 — DERECHO PENAL DISCIPLINARIO. El llamado *Derecho Penal disciplinario lo aplica el mismo Estado*, y sus normas se encuentran en leyes, decretos, reglamentos, etcétera, referidas a las *personas integrantes de la estructura del orden jerárquico*.

Se caracteriza al Derecho Penal disciplinario, como el *conjunto de normas jurídicas que establecen las sanciones para quienes violan el orden de la jerarquía y de la sujeción*.

Se señalan diferencias con el Derecho Penal, para que podamos sintetizar así:

1) La potestad disciplinaria surge de la necesidad del desenvolvimiento de actividades públicas que requieren vínculos de lealtad ético-profesionales entre los sujetos particularmente obligados y el Estado (MAURACH, *Tratado*, T. I, § 1, II C.). En cambio, las normas jurídico-penales se originan en el propio derecho de castigar que tiene el Estado (*ius puniendi*).

2) Las *normas* integrantes del Derecho Penal disciplinario se aplican únicamente a aquellos individuos que están en una *relación*, jerárquica o no, *de sujeción*; son normas que persiguen imponer a los funcionarios la observancia de sus deberes.

3) *El medio* adecuado del Derecho Penal propiamente dicho, *es la pena pública*, que afecta al honor, al patrimonio o a la libertad de la persona, independientemente de todo orden de sujeción o jerárquico. El derecho disciplinario se vale de *penas representativas de coerciones para lograr dicho orden de sujeción* (NÚÑEZ, T. I, pág. 34),

mediante apercibimiento, separación del servicio, exoneración, etcétera, privando la selección y depuración de la entidad, sobre la idea de retribución (MAURACH, T. I, § 1, II C.).

4) La pena pública no puede ser aplicada sino por *órganos jurisdiccionales especiales*, que constituyen el Poder Judicial, pero este poder no aplica discrecionalmente la pena, sino que lo hace mediante las normas establecidas en el derecho procesal penal. La potestad penal disciplinaria generalmente es discrecional; a veces, puede estar reglada, pero esa reglamentación no es estricta como en el procedimiento penal propiamente dicho. El poder punitivo concreto del Estado se funda sobre un *acto jurisdiccional*. La garantía de la jurisdicción no es, en cambio, necesariamente inherente a la potestad disciplinaria; se trata siempre de una *providencia administrativa* (MANZINI, *Tratado*, Vol. I, 1948, pág. 136).

5) Lo que pone mayor distancia entre el Derecho Penal y el disciplinario es la falta en éste de *figuras legales*, las que son reemplazadas por *preceptos de carácter general*, dentro de los cuales hay amplitud de decisión (señalado por MAYER y SOLER).

No se agota el “derecho disciplinario” en el que corresponde a la administración pública (jerárquico); otro aspecto de este Derecho lo constituyen las sanciones correctivas previstas en los reglamentos de organismos e instituciones públicas, tales como las cámaras del Congreso, los tribunales, las universidades, etcétera.

También existe un “derecho disciplinario” *privado*, al que pertenece el de la familia, aunque *regulado* por el Estado, y que se concreta especialmente en el llamado *derecho de corrección paterna* (CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, 1948, pág. 10).

Este derecho, universalmente admitido, está expresamente reconocido por el artículo 278 del Código Civil argentino.

2 — DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO. No puede negarse en la Argentina, la *existencia real* de un Derecho Penal administrativo, constituido por un *grupo de disposiciones, emanadas del poder público, que son parte del ordenamiento jurídico, y que asocian a una pena grupos de hechos consistentes en el incumplimiento de deberes para con la administración pública no previstos en el Código Penal, que se denominan faltas o contravenciones*. De lo dicho se sigue que el único criterio de distinción *cierto* lo da la ley.

Durante mucho tiempo se intentó diferenciar los actos que constituyen el contenido del Derecho Penal administrativo y el ilícito penal, siguiendo un *criterio cuantitativo* —gravedad de ambas ilicitudes que

hoy se ve como totalmente insuficiente para resolver este problema, en razón de su empirismo.

Con GOLDSCHMIDT surge la teoría del Derecho Penal administrativo, diferenciado *cualitativamente* del Derecho Penal común, al señalarse que en el primero las infracciones están referidas al valor de la justicia (GOLDSCHMIDT, James, "La teoría del Derecho Penal administrativo y sus críticos", *L.L.*, t. 74, pág. 844).

Las diferencias entre los dos grupos de normas han sido expuestas por SCHÖNKE, señalando los siguientes aspectos:

a) Las *causas de justificación* tradicionales del Derecho Penal criminal tienen sólo una importancia reducida para el Derecho Penal administrativo; pueden ser tomadas en consideración únicamente si se trata de causas de justificación de derecho público.

b) También rigen principios especiales para la *culpabilidad*. En términos generales, en el Derecho Penal administrativo, no cabe una diferencia entre dolo y culpa. Dentro de ciertos límites, son necesarias *las presunciones* de culpabilidad.

c) Finalmente, expresa SCHÖNKE, *para el juicio administrativo es preciso el principio de la oportunidad, y no el de la legalidad*.

No creemos que existan diferencias ontológicas, sustantivas, entre falta y delito, por lo que es preciso que dejemos bien en claro que admitir la existencia de un Derecho Penal administrativo, no supone aceptar diferencias cualitativas entre los delitos y las faltas: una cosa es reconocer que en el ordenamiento jurídico argentino los delitos y las contravenciones están contenidas en normas, por diversos motivos diferentes, y otra afirmar que tales diferencias son el reflejo de la naturaleza también distinta de los hechos que contemplan.

3 — DERECHO PENAL MILITAR. El Derecho Penal militar tiene como presupuesto una legislación específica, arraigada en el pasado. Desde la época del Derecho Romano en que su trascendencia fue extraordinaria, según lo destacaron entre otros CICERÓN y CARRARA, ha evolucionado paralelamente al Derecho Penal común, a través de las llamadas *Ordenanzas* hasta llegar a la etapa de la codificación integral.

En nuestro país, la Primera Junta, en acuerdo de fecha 19 de julio de 1810, expidió las primeras normas, y a partir del 1º de septiembre de 1824, en que Las Heras nombró una comisión encargada de redactar un Código de Justicia Militar tendiente a superar la ultraactividad de las ordenanzas militares españolas, aquella inquietud fue objeto

de sucesivas reiteraciones: se concretó en los *Proyectos* de Bartolomé MITRE, 1860; en las distintas comisiones designadas por AVELLANEDA y ROCA (Dardo ROCHA, Lucio V. MANSILLA, J. I. GARMENDIA, Manuel OBARRIO). SÁENZ PEÑA encomendó la tarea, entre otros, a Osvaldo MAGNASCO y Amancio ALCORTA. Dictados los Códigos de 1895, poco tiempo después, se encargó a José M. BUSTILLO su reforma. Surgió así el llamado *Código Bustillo*, que rigió hasta 1951, fecha en la que se promulga la ley 14.029; esto es, el actual Código, que sufrió reformas por obra de la ley 22.971, luego derogada —aunque manteniendo algunas de sus disposiciones— por la ley 23.049, que introdujo algunas importantes modificaciones.

El Código contiene, en tres *Tratados*, la organización de los tribunales militares, el procedimiento aplicable y las figuras delictivas específicas. Este último grupo de normas es el que aquí importa.

El Derecho Penal militar, al mismo tiempo que evidencia su raíz única con el Derecho Penal común, concreta una serie de diferencias que sin constituirlo en independiente, le confieren una entidad específica; asimismo, el contenido y los efectos de la ley represiva militar tornan muy difícil configurarlo como un derecho disciplinario.

Son elementos sustanciales de este sistema represivo la distinción entre falta y delito, y su correlativa, entre sanción disciplinaria y pena: la falta es configurada por un decreto del Poder Ejecutivo (*Reglamentación de Justicia Militar*, nros. 331 a 333) y la sanción disciplinaria impuesta por el Presidente de la Nación en su carácter de “*comandante en Jefe de todas las fuerzas armadas de la Nación*” (art. 99, inc. 12, Const. Nac.); en cambio para los delitos rige el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* (art. 576) y las penas las imponen los tribunales militares y no el Presidente de la Nación.

Del Código mismo surge, por tanto, una clara distinción entre lo que es *contenido del derecho disciplinario militar* y lo que *constituye Derecho Penal militar*. No podría ser de otro modo, porque el ámbito del derecho disciplinario quedaría manifiestamente excedido si se pretendiera situar dentro de él las penas de muerte, degradación, reclusión y prisión y constituiría violación flagrante del artículo 109 de la Constitución Nacional, el establecer un régimen en el que el Presidente pudiera nada menos que juzgar él a un imputado, imponiéndole, v.gr., la pena de muerte. Situación totalmente distinta es la que podría ocurrir en tiempo de guerra, durante el cual las atribuciones que tiene el comando, sustancialmente, no son sino derivadas de la ley marcial.

La circunstancia de que los tribunales militares (Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas y demás Consejos de Guerra) no formen parte del Poder Judicial de la Nación, no parece extremo suficiente como para desconocer que por su esencia desempeñan una función jurisdiccional, reconocida por el artículo 26 del Código Procesal Penal de la Nación. Y que esa jurisdicción es plena lo demuestra el hecho de que los tribunales militares pueden trabarse en contiendas de competencia con los tribunales penales comunes; los tribunales, no el Presidente.

El carácter jurisdiccional de los llamados *Consejos de Guerra* ha sido reiteradamente reconocido por la Corte Suprema y el punto de contacto entre los tribunales castrenses y el Poder Judicial de la Nación lo constituía, hasta la sanción de la ley 23.049, el recurso extraordinario del artículo 14 de la ley 48, por obra del cual, en última instancia, *los procesados militares podían hacer efectivas las garantías constitucionales que aseguran el debido proceso.*

A partir de la sanción de la ley 23.049, los fallos definitivos de los tribunales castrenses en lo que atañe a delitos esencialmente militares, así como también los dictados por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas contra personal militar o de las fuerzas de seguridad, policial y penitenciario bajo control operacional de aquéllas y que actuó desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 26 de setiembre de 1983 en operaciones emprendidas con el alegado propósito de reprimir el terrorismo, fueron apelables ante la Cámara Federal del lugar donde se cometieron los hechos e, inclusive, estas últimas podían avocarse al conocimiento de la causa bajo ciertas condiciones (la C.S.J.N. juzgó constitucional la decisión en ese sentido adoptada por la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal; *E.D.*, 5-II-1985).

A partir de la creación de la Cámara Nacional de Casación Penal (arts. 7º y sigs., ley 24.050), el recurso previsto en el artículo 445 bis del Código de Justicia Militar es de competencia de una de sus salas.

Por *delito esencialmente militar* debe entenderse toda infracción que por afectar la existencia de la institución militar, exclusivamente las leyes militares prevén y sancionan (art. 108, Cód. Just. Militar).

La constitucionalidad de los tribunales militares ha sido ratificada por la Corte, que se apoyó en lo dispuesto por el artículo 67, inciso 23, de la Constitución Nacional de 1853 (*E.D.*, 27-VII-1984).

4 — DERECHO PENAL FISCAL. Se asigna como contenido a esta pretendida rama del Derecho Penal el *grupo de normas que fija sanciones para los actos que violan los intereses de la hacienda pública*. Algunos prefieren denominarla *Derecho Penal financiero*, mientras otros creen que este último y el llamado *Derecho Penal económico* son abarcados por el Derecho Penal fiscal (véase GIULIANI FONROUGE, “Derecho financiero”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. VII, págs. 156 y sigs. y bibliografía allí citada; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, 2da. ed., T. I, nros. 13 y 14 y bibliografía allí citada).

Se intenta fijar características diferenciales entre el Derecho Penal común y el fiscal, y de este último con el Derecho Penal administrativo, del cual es considerado por algunos como un capítulo:

1. *Se señala el carácter peculiar de la pena fiscal*, que si bien es cierto en algún aspecto tiene carácter disciplinario, es sustancialmente sanción retributiva y pecuniaria (multas fijas, proporcionales o sujetas a escalas de porcentaje). Ello responde a que las sanciones financieras no son tan sólo reacciones penales, sino que se persigue la obtención económicas para el Estado.

Distinguiendo la *pena administrativa* de la *pena fiscal*, dice BIELSA: La *pena administrativa* aplicada por contravenciones es correctiva; no presupone necesariamente daño material ni derecho lesionado. La *pena fiscal*, por el contrario, presupone un daño material, en el sentido de lesión del patrimonio fiscal (*es lesión del derecho del ente jurídico "fisco"*). ("Lineamientos del Derecho Penal fiscal", *L.L.*, t. 28, pág. 927, nro. 1; del mismo autor: "Naturaleza jurídica de la multa administrativa", *J.A.*, t. 60, pág. 24).

2. Con respecto al *bien jurídico violado*, se dice que, en general, el *delito fiscal* supone daño jurídico, en tanto que la *contravención* sólo importa una alteración del orden jurídico *objetivo*, pero sin que necesariamente se cause un daño o lesión de derecho *subjetivo*. Sin embargo, admite BIELSA que existe delito fiscal aunque no haya *daño fiscal* (real y actual) si la voluntad del infractor se ha manifestado de manera evidente por un *acto dirigido a defraudar al Fisco*; por ejemplo, son delitos fiscales la *falsa declaración* o la *ocultación de bienes sujetos al pago de impuestos* ("Lineamientos", cit, nro. 6). Resulta así, en ciertos casos, una tipificación autónoma de acciones características de tentativa.

3. En relación con la *responsabilidad*, se señala que para el Fisco no hay diferencia entre capaces e incapaces; hay, simplemente, contribuyentes. Por otra parte, se hace resaltar la incuestionable responsabilidad de las personas jurídicas y la responsabilidad indirecta, en razón de que la obligación fiscal vincula más al patrimonio que a la persona.

La característica de la pena fiscal ha hecho que se la asimile al resarcimiento del daño, señalándose como nota común la llamada "solidaridad en el hecho económico", que aparece en el artículo 31 del Código Penal argentino, aun cuando no se den los principios generales de la participación.

4. El *delito financiero* se encuentra legislado en disposiciones que no siempre constituyen un cuerpo orgánico. Además, en lo que se refiere a la interpretación de la ley, han sido admitidos todos los métodos para el Derecho Penal fiscal.

Por eso, porque con ello se desvirtúa frecuentemente el principio *nullum crimen sine praevia lege penale* al no asegurarse la existencia de verdaderas figuras penales, algunos autores prefieren considerar el derecho fiscal como una rama del derecho administrativo (MAGGIORE, *Derecho Penal*, Vol. I, pág. 48; MANZINI, *Tratado*, T. I, Vol. I, pág. 149), en tanto que otros consideran que debe estar refundido en el Derecho Penal común y sometido a sus principios generales (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, 2da. ed., T. I, nro. 13; JARACH, D., *Curso superior de derecho tributario*, Buenos Aires, 1957, pág. 28). Sólo este último punto de vista es admisible y puede impedir las arbitrariedades que, a menudo, resultan de la aplicación del Derecho Penal fiscal inspirado en otros criterios. Los principios del Derecho Penal común, particularmente los formulados con fines de garantía, rigen para el Derecho Penal económico. En la actualidad tienen vigencia las disposiciones punitivas de la ley 24.769 sobre el régimen penal tributario, que derogó a la ley 23.771.

RESEÑA HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL

Para comprender la esencia de una institución jurídica se impone conocer su evolución histórica. El jurista apreciará con más justeza la institución que lo preocupa cuanto más haya penetrado en el campo de la Historia.

El delito surgió cuando el hombre, en las relaciones con sus semejantes, trasgredió aquellos principios que, según los juicios de valor de cada época, se consideraron fundamentales, apareciendo contra esas trasgresiones las diversas formas de la pena, constitutivas del elemento fundamental y más típico del *Derecho Penal*.

No ha sido siempre uniforme la consideración de la gravedad de los delitos, ni las consecuencias que ellos acarreaban a quienes los cometían; tampoco puede afirmarse que las primeras formas delictivas estuviesen constituidas por la violación de los intereses nacidos de las exigencias biológicas indispensables; su apreciación ha dependido de la importancia y significación que, en cada época y lugar, se atribuyera al bien o interés lesionado.

I. *Época primitiva*

Es erróneo un punto de partida que pretenda entender los hechos sociales primitivos mediante una concepción racional, puesto que, mientras nosotros explicamos todos los fenómenos mediante el conocimiento de las leyes constantes de la Naturaleza, la mente primitiva desconoce totalmente la relación causal.

La mentalidad prelógica descuida aun las causas de los hechos para explicarlos por vía sobrenatural. Los primitivos no tuvieron inten-

ción de buscar las relaciones causales, y cuando las percibieron o se les hizo notarlas, las consideraron como un hecho de poca importancia, como la consecuencia natural de un hecho bien establecido; que sus representaciones colectivas evocan inmediatamente la acción de potencias místicas (LÉVI-BRUHL, *La mentalidad primitiva*, 1945, págs. 33 y sigs.).

Lo que para nosotros es *la causa* que produce el resultado, para una mentalidad así organizada, constituye una mera circunstancia ocasional o, acaso, el instrumento utilizado por la fuerza sobrenatural y oculta.

En oposición al razonamiento lógico, aparece en esos pueblos la significación de la circunstancia de que los hechos se repitan, se sucedan o se produzcan simultáneamente. Se establece así la relación entre dos hechos, porque se han sucedido o se han producido simultáneamente otras veces. No se intenta luego la comprobación del hecho anterior o simultáneo: si uno se produce, también el otro debe haberse producido o se producirá forzosamente.

1. *La venganza privada*. La injusticia consiste en la afrenta al ofendido o sus parientes, quienes pueden hacerse *justicia por mano propia*. La *venganza de la sangre*, que se produce en los hechos graves, asume carácter colectivo, y es a la vez, un derecho y un deber de la familia. En caso de agravios menores, ésta puede alterarla, sea con el pago de una multa, sea golpeando o azotando al culpable.

Esta venganza se manifiesta con la reacción de todos los miembros del clan ofendido, quienes persiguen al autor y lo castigan por mano propia. Poco a poco este derecho se va restringiendo, hasta que sólo comprende a los parientes más próximos.

Esta institución es característica entre los germanos, quienes denominan *faida* al estado de enemistad creado entre la familia del ofendido y la del ofensor, situación que da lugar a verdaderas guerras.

2. *El talión*. El talión impone la regla que importa la retribución del mal por un mal igual. El *ojo por ojo, diente por diente, mano por mano*, etcétera, señaló un progreso con respecto a las etapas anteriores, pues revela que existe ya un sentido de la proporcionalidad de la pena, al limitar la extensión de la venganza, impidiendo que el daño que ésta causa sea a menudo ilimitado y, frecuentemente, *mayor* que el que lo motiva.

Sus antecedentes se encuentran en el *Código* de HAMMURABI (aproximadamente siglo XVIII a.C.), en la Ley de las XII Tablas y en la legislación mosaica.

En síntesis, el principio que informa la ley del talión es el de *proporción* entre el daño causado y el castigo que se impone al culpable, y evita las reacciones indeterminadas de los perjudicados.

3. *La composición.* Esta institución consiste en el reemplazo de la pena por un pago en dinero, y se extiende a la mayoría de los pueblos que conocen ese sistema de intercambio. La composición, que es voluntaria al principio —ya que el agraviado podía aceptar o no el pago de moneda—, y legal después, desempeña en esos momentos un papel de excepcional importancia, pues tiene por objeto evitar las luchas y los males que ellas ocasionan.

En esta época, la composición en sí o *wergeld* de los germanos es la suma que se abona al ofendido o su familia, y el *fredo*, la que percibe la autoridad, como contraprestación de sus servicios tendientes a asegurar el orden y la efectividad de las composiciones.

4. *Evolución posterior.* Cuando el Estado se fortalece y comprueba que la venganza de sangre y las demás formas primitivas de represión turban la paz de la sociedad y destruyen la familia, intervienen con la pena pública y caracteriza como delitos, en primer término, los que atentan contra su propia existencia (delitos de lesa majestad) y así, sucesivamente, los que atacan al orden público, a los bienes religiosos o a los públicos. Aparecen luego el homicidio, las lesiones corporales, las ofensas al honor, los delitos contra la propiedad, etcétera.

La pena tiene función retributiva e intimidatoria, pues se trata también de impedir la actividad delictuosa del agente.

Conviene señalar que en el Derecho Penal de la primera época no existe la acción judicial, cuya conquista aparece, lógicamente, cuando éste se hace público. Inicialmente el damnificado puede elegir entre la venganza, la reconciliación y la jurisdicción judicial. Una vez elegida esta última se somete al Derecho de la colectividad.

La denominada *acción popular* es de la esencia de los delitos de carácter público y corresponde a cualquiera de los miembros de la sociedad —de allí su nombre—, prosiguiéndosela luego de oficio. Tal es el origen de la denuncia del derecho procesal moderno.

II. *Edad Antigua*

1 — DERECHO HEBREO. Como en todos los pueblos primitivos, existió siempre en un principio la venganza de la sangre, a la que siguió la ley del talión y luego la composición. Primitivamente la pena no se aplicaba sólo al responsable, sino también a su familia, hombres y cosas, pero en la evolución posterior se individualiza, y corresponde sólo al culpable.

Para el conocimiento del Derecho Penal hebreo, es fundamental el estudio de la legislación mosaica. Sus fuentes están en los cinco primeros *Libros* de la Biblia (*Pentateuco*), en los que se recogen los preceptos religiosos, morales y jurídicos promulgados durante varios años. Las normas penales se encuentran especialmente en el *Éxodo*, en el *Levítico* y en el *Deuteronomio*.

La igualdad ante la ley —uno de los pilares del régimen republicano— es señalada por algunos autores en las instituciones de Israel (GOLDSTEIN, M., *Derecho Hebreo*, 1947, pág. 69). No hay excepción alguna a este principio, y el hombre, cualquiera que haya sido su estado, si ha sufrido el castigo impuesto, retorna a la consideración primitiva de sus conciudadanos.

Esta legislación se caracteriza por una paulatina suavización de las penas, con carácter general para toda clase de delitos, con la sola excepción de los contrarios a la divinidad, a las buenas costumbres y a la moral.

Los delitos en la ley mosaica pueden clasificarse así: a) delitos contra la divinidad; b) delitos que el hombre comete contra sus semejantes; c) delitos contra la honestidad; d) delitos contra la propiedad; e) delitos de falsedad.

En lo que respecta al derecho procesal penal, se requería para condenar a un procesado que el delito fuera debidamente comprobado; resultaba insuficiente el testimonio único, existiendo tachas con respecto a los testigos, las que estaban taxativamente enumeradas; no se utilizaban peritos, ya que los jueces debían conocer todas las ciencias; la confesión era considerada como un atenuante y las sentencias debían ser fundadas.

En caso de acumulación de delitos se aplicaba la pena más grave y cuando se trataba de reiteración de condenas se agravaba el castigo.

2 — DERECHO ROMANO. Son muy escasas las noticias que se tienen de la fundación de Roma que se conoce con el nombre de *Consorcios gentilicios preexistentes de la ciudad*, por lo que es difícil precisar cuál fue en ese entonces el Derecho Penal.

1. *Los primeros tiempos*. Este período antecede a la fundación de Roma, y respecto de él se puede decir que la pena tiene carácter de expiación religiosa (carácter sagrado de la pena). La venganza privada no sólo es admitida, sino que es obligatoria para quienes pertenecen a la familia y a la *gens* (GRISPIGNI, F., *Derecho Penal italiano*, Vol. I, § 2, A). El poder del *pater familias* es ilimitado, y recae sobre todos los individuos que forman parte de la familia.

2. *Fundación de la ciudad*. Se mantiene durante este período el carácter sagrado de la pena. La ciudad en sus orígenes presenta una forma semi-teocrática, pues el jefe del gobierno civil y militar es también jefe del culto, y los sacerdotes son funcionarios del Estado (BONFANTE, P., *Instituzioni di Diritto Romano*, 1919, pág. 87).

En este período se va afirmando el principio de la venganza pública, ejercido por el poder político. El rey es a su vez sacerdote que tiene plena jurisdicción criminal y posee el *just vitae et necis* sobre los autores de los delitos públicos (*crimina*). En esta época existían *crimina publica* que eran requeridos por órganos propios: el *perduellio*, el *incensus* y el *parricidium* (MOMMSEN, T., *Derecho Penal Romano*, T. II, págs. 363 y sigs.).

3. *La República*. Se acentúa la pérdida del carácter expiatorio de las sanciones penales, como consecuencia del divorcio existente entre el Estado y el culto. Se produce la lucha por el monopolio del poder público en la represión de los delitos y por prohibir la venganza privada.

Sobresale en un primer período la *Ley de las XII Tablas*, que contiene numerosas disposiciones de Derecho Penal en la *Tabla VII*, “De los Delitos” y la *XII*, “Suplemento a las V últimas Tablas”. Sus principios fundamentales son: 1) se determina cuáles son los delitos privados, respecto de los cuales, única y exclusivamente, era admitida la venganza privada; 2) se afirma el principio del talión; 3) se establece la composición como medio de evitar la venganza privada, por lo que tiene función de pena subsidiaria; 4) se da el carácter de delitos públicos, además del *perduellio* y el *parricidium*, al falso testimonio en una cau-

sa civil y al incendio doloso; 5) el ejercicio de la venganza privada se sigue admitiendo en el caso de mutilación y encubrimiento; 6) en cuanto al elemento subjetivo, se distingue entre el homicidio doloso y el culposo; 7) la legislación penal se basa en la igualdad social y política; no se conoce la tortura como medio para obtener la confesión; 8) se admite la defensa legítima opuesta al ladrón que obra en la noche y en el caso de que se resista por las armas.

En la época clásica, el Derecho Penal romano sufre una nueva modificación en su estructura, principalmente con las *Leyes Cornelia y Julia*, con las que se prohíbe la venganza privada, siendo la represión penal función exclusiva del poder público, al mismo tiempo que aumentan los delitos públicos y disminuyen los privados. Se limitan los poderes del *pater familias*, y la naturaleza de la pena se vuelve intimidatoria: su fin es impedir la comisión de delitos; es la etapa de la *prevención general*.

4. *El Imperio*. Los tribunales de los funcionarios imperiales se convierten en el órgano ordinario de la justicia penal. Desde el principio del gobierno de AUGUSTO las *Cognitio extra ordinem*, comenzaron a funcionar y con ellas los órganos estatales conducen el proceso del principio al fin y con la amplia libertad de forma. Los delitos privados son también sometidos a este procedimiento. Se establece el carácter de función correctiva de la pena, al lado de la función intimidatoria. En el aspecto subjetivo se distingue entre el *dolo de propósito* y el *dolo de ímpetu*. Se tiene en cuenta la preterintención, y se estima la provocación y la ebriedad, admitiéndose la excusa de la *ignorantia juris* (GRISPIGNI, T. I, pág. 98).

La graduación de la pena se hace basándola en discriminaciones y teniendo en cuenta circunstancias atenuantes y agravantes; pareciera que se penó la tentativa y el homicidio culposo (BONFANTE, *Instituzioni*, pág. 423).

5. En síntesis, puede decirse que el Derecho Penal romano afirmó su carácter público y social, no obstante la diferencia entre delitos privados y públicos; afirmó la diferencia entre delito culposo y doloso, en ciertos casos, aceptó la exclusión de la antijuridicidad del hecho (legítima defensa, estado de necesidad, etc., y para los delitos privados consentimiento del ofendido); contempló la prescripción sólo para la acción, siendo raro el indulto en la república, no así en los comienzos del

imperio. En cambio, no aplicó siempre el principio de reserva, ni prohibió totalmente la analogía y dio escaso desarrollo a la teoría de la tentativa.

III. *Edad Media*

1 — DERECHO GERMÁNICO. En un principio, el Derecho era considerado como el orden de la paz; por consiguiente, su violación representaba la ruptura de la paz, que se clasificaba en total o parcial, según se tratara de delitos públicos o privados. En los casos de ofensa pública el culpable podía ser matado por cualquiera; si lo hacía el poder público, tenía carácter de expiación religiosa; cuando se trataba de delitos privados, se producía la *faida* (el estado de enemistad), no sólo contra el ofensor, sino contra la *Sippe*, formada por la familia a la que el ofensor pertenecía. La *faida* era, pues, una pena establecida en el interés privado, por la cual su ejecución quedaba en manos de la familia de la víctima, para la que no sólo era un derecho, sino un deber.

Tiempo después, no se asigna ya a la pena carácter expiatorio, sino que descansa en la idea de la venganza del poder público; la autoridad pública se ha consolidado y tiende a circunscribir la *faida*. De esta época son la *Ley* de LIUTPRANDO y la de RAQUI (año 743) y el *Edicto* de ROTARIO. El Estado sólo reprime los hechos contrarios a sus propios intereses; primero se imponen a la *faida* ciertas limitaciones para evitar que la venganza sea desproporcionada; luego se la prohíbe para los delitos menores, y más tarde para los más graves; hasta que el poder público asume por completo la punición, dejando a los particulares sólo el resarcimiento del daño.

La concepción del delito durante mucho tiempo se consideró exclusivamente con criterio objetivo para el que interesa casi exclusivamente el daño causado. La responsabilidad existe sin culpabilidad; es decir, no se toma en cuenta que el acontecimiento se haya producido voluntaria o involuntariamente, ni aun por caso fortuito; no se pena la tentativa, por aplicación del principio general de que donde no hay daño no hay pena.

2 — DERECHO CANÓNICO. El Derecho Penal canónico, disciplinario en su origen, tuvo vigencia general al llegar a la Edad Media. Las ideas de este Derecho en materia penal pueden sintetizarse así:

a. *El elemento subjetivo*: se reaccionó enérgicamente contra la concepción objetivista del delito, predominante en el derecho germánico, y se dio, en consecuencia significado claro al elemento subjetivo de la infracción; se exigió que en todo delito se diera el ánimo; el Derecho Canónico no ignoró la penalidad de la tentativa, pero sólo para casos aislados y no con carácter general;

b. *Clasificación de los delitos*: se distinguió la moral del Derecho y se subdividieron los delitos en tres categorías: 1) *delicta ecclesiastica*, que atentan contra el derecho divino y son de exclusiva competencia de la Iglesia; 2) *delicta mere secularia*, que lesionan tan sólo el orden humano y se penan por el poder laico; 3) *delicta mixta*, que violan tanto una esfera como la otra y son penados por ambos poderes;

c. *Las penas*: es difícil precisar con exactitud el carácter que tenían las penas para los Padres de la Iglesia. San AGUSTÍN sostiene que la pena es esencialmente retribución; el pensamiento de San AGUSTÍN respecto de la pena se encuentra expuesto en sus obras, *La Ciudad de Dios* y *Las Confesiones*. Para Santo TOMÁS DE AQUINO, los fines de la pena son múltiples, a saber: la venganza, la intimidación y la enmienda, y siguiendo a ARISTÓTELES, la incluye dentro de la justicia conmutativa, por medio de la cual se entrega lo igual por lo igual. La pena puede ser de tres clases: a) proveniente del mismo delincuente: el arrepentimiento; b) procedente de los hombres, y c) emanada de Dios.

La Iglesia creó en la Edad Media una institución vinculada al Derecho Penal, cuya importancia no puede dejar de señalarse: *el asilo*. La institución de los asilos la vemos aparecer particularmente en aquellos pueblos en los que domina el lenguaje y la civilización de los griegos (la voz *asylo* es de origen griego y quiere decir “refugio inviolable”). En principio, se lo puede definir como el privilegio de que gozaban ciertos lugares para detener la acción de las leyes humanas, protegiendo contra sus perseguidores a las personas fugitivas, aun a los sentenciados. Se conocen rudimentos entre los Derechos asirio, romano, griego e israelita, pero es en la Edad Media, con el Derecho canónico, cuando se configura con todos sus caracteres. El fin del asilo no fue combatir el Derecho, sino la violencia del castigo, oponer la misericordia a la dureza y severidad de la ley.

3 — LOS GLOSADORES Y LOS PRÁCTICOS. La opinión de los autores adquiere enorme importancia y tendrá sus frutos más fecundos en el fenómeno llamado *la recepción*. Denomínase así al resurgimiento de las instituciones del Derecho Romano a través de los ordenamientos, recopilaciones y demás textos legales, ocurrido particularmente en Alemania y España, entre los siglos XII y XVII.

En una primera etapa, son los *glosadores* quienes se ocupan de aclarar el *Corpus Iuris* de JUSTINIANO. Sobre la labor realizada por ellos, se desarrolla la obra de los *posglosadores*, llamados también *comentaristas*, que se extiende, aproximadamente, desde mediados del siglo XIII hasta mediados del siglo XV.

Los comentaristas no se limitan solamente al estudio de los textos romanos, sino trabajan también sobre el Derecho vigente y las costumbres prácticas de los tribunales locales. Alberto DE GANDINO escribe su obra desarrollando el curso de un proceso; se titula *Tractatus de maleficiis*, y es considerada por muchos como el primer trabajo orgánico en materia penal. A partir del siglo XVI, por obra de los prácticos, los trabajos se sistematizan y se dan normas de carácter más general.

Dos hombres se distinguen notablemente en Italia en esta época: Julio CLARO (1525-1575) y Próspero FARINACCIO (1544-1616). El trabajo fundamental de CLARO se titula *Opera omnia sive practica civile atque criminalis*, y su Libro V, denominado *Practica criminalis*, constituye en su tipo un tratado de Derecho Penal. FARINACCIO, en su obra llamada simplemente *Praxis et Theoricae criminalis*, expone todo el Derecho Penal de su tiempo logrando enorme autoridad, tanto en su país como en el extranjero.

En España, Alonso DE CASTRO, que nació en Zamora en 1492 y sigue las ideas jurídicas de Santo TOMÁS, publicó *De potestate legis poenalis* (1550). JIMÉNEZ DE ASÚA lo considera la primera exposición sistemática del delito y de la pena, y en él se trata de conciliar la expiación con la corrección. Antonio GÓMEZ fue autor de varias publicaciones; se lo llamó “el príncipe de los jurisconsultos”, y es citado por autores de otros países. El Tomo 3 de su *Opera omnia* está dedicado al delito.

El práctico que adquirió mayor predicamento en España fue Diego DE COVARRUBIAS (1512-1577). De condición sacerdotal, sus obras numerosas se ocupan con gran acierto de problemas penales como los de la culpabilidad, la legítima defensa y los que plantean algunos delitos en particular, como la injuria y la falsedad. Su doctrina influyó en los prácticos alemanes, particularmente en CARPZOVIO.

En Alemania, gozan de prestigio BERLICH (1586-1638) y CARPZOVIO, quienes publicaron, respectivamente, *Conclusiones practicabiles* y *Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium*. VON HIPPEL cita a BOEMER, práctico del siglo XVIII, como el primer autor que formula una definición técnica del delito. Sus obras son numerosas y tratan tanto la materia civil como la penal (*Lehrbuch*, § 24, II, II, nota).

Pueden considerarse como últimos representantes de los prácticos a RENAZZI y CREMANI, en Italia, y a MUYART DE VOUGLANS, en Francia. La obra de este último, *Les loix criminelles de France*, es publicada en París en 1780.

4 — DERECHO HISPÁNICO. El estudio del derecho español de esta época tiene para nosotros particular importancia, porque habiendo sido las leyes de la Península derecho positivo en nuestro país aún después de declarada la Independencia, algunos textos son parte del derecho patrio.

1. *El Fuero Juzgo*. Luego de cruentas luchas, se establece en España la monarquía goda. Los vencedores se confunden con los vencidos, y es tarea constante la que persigue la compilación y uniformidad de las leyes. Es así como se producen las colecciones de leyes visigodas dispuestas por EURICO y LEOVIGILDO, por RECESVINTO, y por los sucesivos Concilios de Toledo.

Se llega así, tras estas colecciones, y por obra del rey Flavio EGICA, según parece en el Concilio XVI de Toledo, al *Fuero Juzgo* o *Libro de los Jueces* (versión castellana de la colección original de las leyes visigodas, denominadas *Liber iudicum* o *Forum iudicum* o *Codex visigothorum*).

Ha dicho PACHECO, refiriéndose al *Fuero Juzgo*, que España, antes que ningún otro pueblo contemporáneo, tuvo un verdadero código digno de esa denominación, “que tanto por su forma artística como por el espíritu que lo inspiraba, pudiera ponerse sin desdoro al lado de los Códigos romanos, hasta entonces vigentes” (*El Código Penal concordado y anotado*, Madrid, 1888, T. I, pág. 41).

Cuatro de sus libros (los VI, VII, VIII y IX) contienen exclusivamente disposiciones de carácter penal, encontrándose, además, otras en los libros restantes. Es digno de recalcar, en relación con las leyes de la época, que el *Fuero Juzgo* no hace diferencia alguna entre godos y españoles, *fijando así el sometimiento de todos los pueblos a una misma ley*.

En una escueta reseña de las principales disposiciones penales del *Fuero Juzgo*, puede señalarse: que en el delito se destaca el *elemento intencional*, es decir, que haya *ánimo de delinquir*; se distingue también *la culpa* (el hecho por falta de previsión), siendo la pena inferior y casi siempre pecuniaria. Se desconoce atenuación por caso fortuito; se pena la tentativa, pero no como grado del delito, sino como una infracción *per se*.

Se establece que el *fin de las penas* es la prevención general, la intimidación; se sienta el principio de la proporcionalidad de las penas.

2. *Los fueros locales*. Luego de la invasión de los sarracenos, desaparece la monarquía visigoda y se produce en España una gran confusión legislativa. Por todas partes surgen fueros, impregnados de marcado espíritu localista y desprovistos por completo del sentido de orden que inspiraba la legislación visigoda.

Hay una gran anarquía en las penas: reaparecen la horca, la lapidación, el despeñamiento y la muerte en la hoguera, que se aplican para el hurto y aun para las deudas comunes, mientras que en algunos fueros el homicidio, es simplemente reprimido con pena de multa aunque si la multa no podía ser pagada, la pena era de muerte. En lo procesal, se aceptan los juicios de Dios; la prueba del fuego, la del agua caliente y el duelo, se admiten en algunos fueros, aun para las causas civiles.

3. *El Fuero Real de España*. Esa situación caótica mejora bastante en el año 1255, con la aparición del *Fuero Real de España*, obra del rey ALFONSO X, EL SABIO. Destinado a regir en todo el territorio, por lo menos para aquellos lugares que carecieran de ley escrita, el *Fuero Real* fue implantándose por sucesivas concesiones. Cuando comenzó su vigencia, se notaron sus defectos, pero se trató de corregirlos con las *Leyes de Estilo* (más que leyes eran decisiones de los tribunales, que en número de 252 acompañaban a las decisiones del *Fuero Real*). En el Libro IV, y último, están contenidas las disposiciones de carácter penal. Su redacción se terminó, probablemente, en los años 1254 y 1255, estando inspirado en su mayor parte en la tradición jurídica española, a diferencia de *Las Partidas*, que reflejan, como enseguida veremos, la influencia romana y canónica.

4. *Las Partidas*. Con las *Siete Partidas* del rey ALFONSO X se produce la *recepción* en España. Según consta en su Prólogo, comenzaron a redactarse en el año 1256, es decir, el siguiente al de la conclusión del *Fuero Real*, y se terminaron en 1263.

Este Código se inspira en el Derecho Romano y en el canónico, y la *Partida I*, que trata las fuentes del Derecho, constituye un tratado de derecho eclesiástico.

Las disposiciones penales están contenidas en la *Partida VII*, y han sido tomadas del *Código* de JUSTINIANO, excepción hecha de las relativas a moros y judíos, que se adaptaron a la opinión de los glosadores.

Las Partidas asignan a la pena función retributiva e intimidatoria, pues se la aplica persiguiendo que el autor reciba el castigo que merece

y para que sirva de escarmiento a los demás de modo que se guarden de hacer lo mismo. Acepta la inimputabilidad de los locos y los menores, distinguiendo en materia de culpabilidad el dolo y la culpa, como así también la falta de responsabilidad para el caso fortuito. Las penas eran particularmente severas para el delito de herejía, y los tormentos están minuciosamente detallados.

Vista la *Partida VII* con el criterio actual de nuestra disciplina, aparece como defectuosa, pero representó, sin duda, un notable progreso con respecto a la legislación del momento.

A pesar de la publicación de *Las Partidas*, permanecieron en vigor el *Fuero Juzgo* y el *Fuero Real*. No hay certeza respecto de que *Las Partidas* tuvieran fuerza legal hasta que se la diera, como fuente supletoria, el *Ordenamiento de Alcalá* (1348). Sin embargo, este código adquirió gran prestigio; fue estudiado con particular interés por los hombres de leyes e influyó en la práctica de los tribunales.

5. *Los ordenamientos y recopilaciones*. La preocupación de los distintos gobiernos por organizar el aparato legal español se traduce a través de distintos *ordenamientos y recopilaciones*, que comenzaron en la Edad Media y llegaron hasta bien entrada la Edad Moderna.

Entre los primeros cabe recordar el *Ordenamiento de Alcalá* (redactado en el año 1348 en las Cortes allí celebradas), las *Ordenanzas Reales de Castilla* (publicadas por Montalvo en 1485) y las *Leyes de Toro* (preparadas por PALACIOS RUBIOS y publicadas en 1505). Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, I, nro. 226.

La *Nueva Recopilación*, encargada por FELIPE II, fue publicada en 1567. Con ella se trató de poner orden en la dispersa legislación ibérica, no pudiéndose afirmar que ese propósito se haya logrado.

Se llega así a la *Novísima Recopilación*, el 15 de julio de 1805. Realmente ésta, no hace otra cosa que compilar el Derecho existente, amontonando un sinfín de disposiciones de todo orden. A pesar de ello, no se logra una real solución.

IV. Edad Moderna

1 — LA RECEPCIÓN EN ALEMANIA. LA CAROLINA Y LAS ORDENANZAS DE POLICÍA IMPERIALES. En Germania, a fines de la Edad Media, y con posterioridad a la amalgama de los derechos Romano, canó-

nico y bárbaro, producida durante aquel período, resurge el primero de ellos, aunque modificado, hecho éste al que se lo conoce con el nombre de *recepción del Derecho Romano*.

Alemania recibe el *Derecho Romano*, primero en la *Bambergensis* (*Constitutio Criminalis Bambergensis*), ordenanza criminal realizada por Juan de SCHARZEMBERG para el obispado de Bamberg, y luego en el *Código* de CARLOS V, llamado *La Carolina*.

La *Constitutio Criminalis Bambergensis* data de 1507, y con ella su autor se propuso dar autoridad y certidumbre al ordenamiento jurídico, sometido en su época a los cambios incesantes de la jurisprudencia (JIMÉNEZ DE ASÚA). Se mezclan en esta ordenanza, elementos de diferentes ramas jurídicas, pero de todas maneras el éxito de la obra fue tal que algunas autoridades —como los Margraves de Brandeburgo— la adoptaron casi sin modificaciones. De ella surgió la *Constitutio Criminalis Carolinae*, conocida comúnmente como *La Carolina*. CARLOS V la publicó en 1532, luego de la aceptación por los Estados del Imperio en Ratisbona. Aunque en el Preámbulo se hace la salvedad de ciertos derechos locales, *La Carolina* es el primer y único Derecho Penal común del Reich hasta 1870. La edición principal se hizo el 3 de febrero de 1533. Consta de 219 artículos, de los cuales sólo una tercera parte se ocupa del Derecho Penal material sustantivo. La mayoría de ellos, en cambio, y toda la primera parte, tratan de Derecho Penal formal o adjetivo, y de la organización de los tribunales.

La Carolina admite la *analogía*. Advierte, expresamente, a los jueces y legisladores, que deben pedir consejo a los juristas en caso de duda. Además, en aquellas situaciones en que la ley no prescriba en forma obligatoria la especie de pena que corresponde, ella se determina según el uso alemán o la decisión de los juristas. La actividad punitiva se pone efectivamente en manos del Estado, desapareciendo en forma definitiva el sistema de *Wergeld*. Acepta como formas de culpabilidad el dolo y la culpa, hallándose esta última entre aquél y el caso fortuito, a la vez que reconoce la tentativa. Nada dice, en cambio, con respecto al concurso de delitos. Se castiga, también, la participación, con pena que depende de la opinión de los juristas.

Luego, con las *Ordenanzas de Policía* del Imperio, de 1530, se integra *La Carolina*. Figuran en ellas, además de normas administrativas, un nuevo Derecho Penal, y junto a disposiciones transitorias, una serie de nuevas e importantes figuras delictivas.

Fueron estas ordenanzas, juntamente con *La Carolina*, la piedra que sirvió de base a la evolución posterior del Derecho Penal en Alemania.

2 — EL HUMANISMO. A medida que la humanidad progresa, van surgiendo nuevas ideas tendientes a destruir la arbitrariedad ejercida por quienes sustentan el poder. Son aquellas que, teniendo por base la razón y el Derecho natural, colocan al hombre frente al Estado.

Hugo GROCIO, en Holanda (*De Jure belli ac pacis*, 1625), desarrolla la primera teoría independiente del Derecho Penal, siendo seguido en Alemania por PUFENDORF, THOMASIVS, WOLFF y otros. Para GROCIO es contractual el principio del Derecho Penal; así, el que comete un delito se obliga a sufrir una pena, que es la consecuencia de él.

El movimiento filosófico que se extiende a través de los siglos XVII, XVIII y XIX modifica de manera sustancial las instituciones sociales, repercutiendo también, hondamente, en la construcción del sistema penal. BECCARIA, HOWARD y los hombres de la Revolución Francesa, entre los que sobresalen con perfiles netos MONTESQUIEU y ROUSSEAU, en menos de medio siglo trabajaron en el campo del Derecho Penal, y su esfuerzo sirvió de base a los hombres de la Escuela Clásica.

Cesare BECCARIA, en su libro *Dei delitti e delle pene*, publicado por primera vez en 1764, expone ideas críticas y reconstructivas del sistema penal vigente. BECCARIA lanza allí un anatema contra la pena de muerte, contra las torturas y los procedimientos inquisitivo, y exige mayor respeto por los derechos del hombre en los juicios criminales. PESSINA ha dicho que la aparición del libro *Dei delitti e delle pene*, no fue un momento en la historia de la ciencia, sino el anuncio de una revolución; más aún, la revolución misma; la cual antes de atacar a la autoridad en su fundamento, la combatía en sus excesos, que son más visibles (*Elementos*, 1936, pág. 110).

Siguiendo a GROCIO, expresa BECCARIA que la justicia humana es muy distinta de la divina y que el Derecho Penal nada tiene que ver con esta última. Proclama la conveniencia de prevenir los delitos en lugar de reprimirlos, teniendo sus ideas amplia difusión y rápida expansión en la doctrina.

La obra de BECCARIA fue completada trece años después por John HOWARD, quien con su obra *The state of prisons*, aparecida en 1777, da las bases para un nuevo régimen carcelario. Figura descollante en la

ciencia penitenciaria, su obra constituye el punto de partida de los nuevos sistemas carcelarios, ejerciendo innegable influencia en las concepciones de BENTHAM y MIRABEAU.

MONTESQUIEU y ROUSSEAU dieron el impulso político que permitió la aplicación práctica de esos principios y sostuvieron ellos también la necesidad de la reforma. El primero, en *El espíritu de las leyes*, lucha por la proporcionalidad de las penas; sostiene que el resorte punitivo del Estado se debilita al aplicar la pena de muerte por igual a los delitos más graves y a los más leves, agregando que tal procedimiento crea desorientación en la apreciación de la gravedad de las infracciones. ROUSSEAU, sostiene la necesidad de absoluta independencia entre la política y el Derecho.

En 1740, FEDERICO EL GRANDE, en Alemania, suprime la tortura, y en 1779 se ordena la reforma general del Derecho Penal; pero aún después de ésta, perdura el proceso inquisitorio con la confesión como principal medio de prueba. Contemporáneamente, JOSÉ II, en Austria (1787), dicta un Código Penal, que puede ser considerado el primero de la época humanista, aunque contiene graves deficiencias.

Producida la Revolución Francesa, se da la *Declaración de los Derechos del Hombre* (1789), modificándose casi todos los códigos de Europa. Francia, después de los dos códigos revolucionarios de 1791 y 1795, sanciona el *Código Napoleón*, aún en vigor, el que ejerce marcada influencia sobre el de Baviera —dictado en 1813— y que inspiró muchas disposiciones del *Proyecto Tejedor*.

Con BECCARIA comienza el proceso de evolución jurídica del Derecho Penal, que FRANCISCO CARRARA ha de llevar a su más alta expresión a través de su *Programa del Curso de Derecho Criminal*, publicado por primera vez en 1859. La obra de CARRARA —admirable sistematizador cuyas doctrinas representan la cúspide de la Escuela Clásica— es la culminación de la tendencia humanista. El sumo maestro de Pisa, como justicieramente se le ha llamado, analiza, distingue, define y da al Derecho Penal el método y la economía propios de una disciplina científica.

En conclusión, se puede afirmar que en este período, la garantía jurídica del ciudadano cobra gran auge, debido a la afirmación del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*. Se exige proporción entre el hecho cometido y la pena que es su secuela, abandonándose los rigores

innecesarios y se advierte un predominio de la pena carcelaria sobre los castigos que se imponen.

V. Las escuelas penales

1 — LA ESCUELA CLÁSICA. Ha dicho con razón Enrico FERRI, el supremo ordenador del positivismo, que “ni los romanos, tan grandes en el Derecho Civil, ni los juristas de la Edad Media habían sabido elevar el Derecho Penal a la dignidad de sistema filosófico, y que fue BECCARIA quien guiado, es verdad, más bien por el sentimiento que por un espíritu rigurosamente científico, dio un extraordinario impulso a la doctrina de los delitos y de las penas, y fue seguido en el estudio filosófico del Derecho por una pléyade de pensadores” (FERRI, *Sociología criminal*, Madrid, s/f, T. I, pág. 3).

BECCARIA no escribió una obra orgánica de Derecho Penal, ni hizo el estudio de ley alguna, pero puso la valentía al servicio de la verdad y de la justicia, bregando por la humanización de las leyes represivas y formulando postulados que habrían de servir de pilares para una buena parte de la construcción jurídica de toda una era fecunda en la historia del Derecho Penal.

Si bien es cierto que no puede considerarse a BECCARIA como fundador de la llamada *Escuela clásica*, sí lo es que abrió surcos en el campo de lo penal, que fueron seguidos por esa tendencia en sus comienzos.

La Escuela clásica no fue una escuela en el sentido de que tal vocablo puede ser empleado, es decir, como un conjunto de principios y doctrinas que agrupan a los autores en una unidad de pensamiento; sin embargo, los rasgos comunes de los *clásicos* no son pocos, aunque entre algunos de ellos existen discrepancias visibles en torno a problemas de importancia. Sus puntos de contacto radican, en primer término, en la adhesión a la doctrina del Derecho natural y en el empleo del método deductivo (y método especulativo); en segundo lugar, la Escuela clásica fija el límite adecuado al derecho de castigar, por parte del Estado; por ello es contraria a la crueldad innecesaria de las penas (Véase: JIMÉNEZ DE ASÚA, *El nuevo Código Penal argentino*, Madrid, 1928, pág. 30).

Toda su época está imbuida en el respeto por los derechos individuales, lo mismo durante el proceso, que en la aplicación de la ley penal.

Los postulados esenciales de la Escuela pueden sintetizarse así: a) *el delito* no es un ente de hecho, sino un *ente jurídico*, una relación contradictoria entre el hacer del hombre y la ley (CARRARA, *Programa*, Vol. I, Prefacio); b) El *Derecho Penal* tiende un fin de tutela; la *pena* es un medio de *tutela jurídica*, que tiende al restablecimiento del orden público alterado por el delito y tiene el carácter de un mal, equivalente al que el delincuente ha causado; su límite lo da la equidad, ya que no debe ir más allá de las necesidades tutelares para no ser abusiva; en consecuencia, la pena debe ser proporcionada al delito, cierta, conocida, segura y justa; c) la *responsabilidad* se sustenta en el libre albedrío y la *imputabilidad moral*. teniendo el hombre libertad para decidirse en la elección del bien y del mal, que tal es la noción de albedrío, se decide por el último, y por ello ha de ser castigado.

Las figuras más conspicuas de la Escuela clásica fueron: Juan D. ROMAGNOSI (1761-1835). Numerosas obras integran la bibliografía de este autor, pero sólo corresponde citarse aquí su *Génesis del Derecho Penal*. Juan CARMIGNANI (1768-1843). Profesor de la Universidad de Pisa, su obra fundamental se titula *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Napoli, 1843, y están llenos de enseñanzas sus *Elementos de Derecho criminal (Juris criminalis elementa)*. Francisco CARRARA (1805-1888). En 1848 fue profesor en la cátedra del Liceo de Luca y luego en la Universidad de Pisa; fue diputado y senador. Entre sus principales obras figuran: *Lecciones sobre la fuerza física en el delito*; *Lineamientos de práctica legislativa penal*; *Notas del Proyecto de Código Penal italiano*, y muy especialmente su *Programa del Curso de Derecho Criminal*, dictado en la Real Universidad de Pisa, considerado como una de las cumbres del pensamiento penal italiano; es acaso en *Opuscoli di Diritto criminale* donde se encuentra lo mejor de su obra. Enrique PESSINA (1828-1917). Su labor aparece expuesta en *Elementos de Derecho Penal*; *Progresos en el Derecho Penal en Italia en el siglo XIX*; *Comentarios sobre el Código Penal belga*; *Notas sobre el nuevo proyecto del Código Penal italiano*; *Manual del Derecho Penal italiano*, y su monumental *Enciclopedia del Derecho Penal italiano*, editada en 1904.

La influencia que ejerció la Escuela clásica en las legislaciones del siglo XIX, es visible en el Código Penal italiano de 1889, en el español de 1870 y sus reformas de 1871 y 1876; en el Código Penal alemán de 1871 (para toda Alemania), en el holandés de 1881, y en la Argentina en el Código de 1886.

2 — LA ESCUELA POSITIVA. El positivismo constituyó una tendencia agrupada bajo principios uniformes, distintamente de lo que ya

ha visto respecto de la Escuela clásica. LOMBROSO, FERRI y GARÓFALO elaboraron la doctrina positiva y sus obras sirvieron de guía a quienes se constituyeron en discípulos.

1. *Los presupuestos filosóficos y científicos* de la Escuela positiva, pueden resumirse así: a) la Moral y el Derecho son hechos naturales y sociales que varían en el tiempo y en el espacio según causas que pueden reducirse a una uniformidad legal científica; b) el libre arbitrio es una ilusión; los hechos psíquicos también están sometidos al principio de causalidad (determinismo psíquico); la criminalidad, como todo otro fenómeno social, depende y varía según la influencia de las múltiples causas que actúan en la vida de las sociedades humanas; d) todo delito particular, es siempre el producto de un triple orden de causas: antropológicas, físicas y sociales; e) el delincuente es siempre psicológicamente un defectuoso, temporaria o permanentemente; es decir, que las causas psíquicas por las cuales él delinque consisten en las condiciones irregulares en que se desarrollan sus hechos psíquicos (GRISPINI, *Derecho Penal italiano*, Vol. I, págs. 130-131; FLORIÁN, *Parte general del Derecho Penal*, T. I, nro. 10, II).

2. *Las consecuencias* de los presupuestos enumerados fueron profundas:

a) Partiendo de la base de que es el hombre el objeto esencial del Derecho sancionador, el *método* adoptado fue el *positivo*, y la consecuencia, en este orden de cosas, la guerra despiadada al sistema deductivo, contra el que FERRI lanzó un anatema al grito de ¡abajo el silogismo! El método positivo de que habla FERRI, haciendo referencias a SPENCER, es el predicado por Augusto COMTE, método que importa la adaptación a las ciencias sociales del empleado en las físiconaturales.

b) Así considerada la ciencia penal, era lógico que interesara más el delito como *conducta humana* que como *ente jurídico*, y así fue, en efecto, cómo esta escuela declaró que *el delito es un fenómeno natural* producido por el hombre en el medio en que se desarrolla y con perjuicio para la sociedad. Participando, pues, el delito de la condición *fenómeno individual y social*, es necesario estudiar al hombre y al medio que lo rodea. Y así se llega en la evolución del positivismo al estudio de los *factores individuales y sociales del delito*.

c) Al ser el hecho delictuoso el resultado de una personalidad y del medio que la rodea, resulta inaplicable la tesis del albedrío, que debe

dejar paso al *determinismo*, ya que el hombre no obra por decisión de su voluntad. Por ello, el positivismo elabora la doctrina de la *defensa social*. Cuando a FERRI se le pregunta: ¿Por qué el hombre es responsable de sus actos, si éstos le son impuestos por un fatal determinismo? contesta a esta “terrible pregunta” recordando la historia del huevo de Colón y diciendo: simplemente, porque vive en sociedad (*Sociología criminal*, T. II, pág. 92).

d) Como la defensa social no resultaba suficiente, desde el punto de vista subjetivo, para fundamentar la responsabilidad, GARÓFALO elabora la teoría de la *temibilidad*, a la que define como “la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad de mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente” (*Di un criterio positivo della penalità*, Napoli, 1880).

e) Claro está que, tras este modo de razonar, *la pena* tenía que cobrar un sentido diferente. No podía hablarse de atribuir ni de castigar un mal que no había querido causarse; resultaba lo mismo que deshacerse en improperios contra un objeto material que ha causado un perjuicio. Se conciben así *las medidas de seguridad*, que deben sustituir a las penas. La palabra “pena” lleva consigo la noción del castigo y repugna al positivismo, que persigue con la sanción la *resocialización* del delincuente, *su readaptación a la vida en sociedad*, para la cual es un inadecuado.

Tres fases suelen distinguirse en la evolución y formación de esta postura científica: la faz antropológica, identificada con LOMBROSO, en la que prevalece el estudio del hombre y el empleo de las ciencias naturales; la faz sociológica, con predominio del estudio de las causas del delito, conformándose con FERRI la sociología criminal; por último, la faz jurídica, con GARÓFALO, en la que se trata de trasladar al campo del Derecho los principios de la Escuela.

a. César LOMBROSO (1835-1909), publica en 1863 *Medicina legal de las alienaciones mentales*. En 1886 aparece por primera vez el *Tratado antropológico experimental del hombre delincuente*, obra que resume en 200 páginas las ideas de LOMBROSO sobre el tema; las ediciones posteriores aumentaron el volumen y la índole del trabajo, cambiando incluso el título, que pasó a ser *El hombre delincuente en relación a la jurisprudencia, a la antropología y a las disciplinas carcelarias*.

b. Enrique FERRI (1856-1929). Uno de sus primeros trabajos fue *Estudios sobre la criminalidad en Francia entre 1825 a 1878*. En 1892, publicó la *Sociología criminal*, su obra básica; puede citarse, también, *Los delincuentes en el arte*, *Principios de Derecho criminal* y *homicidio-suicidio*. El *Proyecto de Código Penal italiano* de 1921 fue obra suya.

c. Rafael GARÓFALO (1851-1934). Su monografía *Un criterio positivo de la penalidad*, editada en 1880, lo coloca al frente de los prosélitos de la Escuela positiva. Otras obras suyas son: *Lo que debe ser un juicio penal*, *El individuo y el organismo social*, *Algunas observaciones al Proyecto de Código Penal*, *Los reincidentes y la reincidencia*. Su obra principal es la *Criminología*, en la que abordó lo que creyó la sistematización jurídica de las doctrinas criminológicas del positivismo. Colaboró con FERRI en el *Proyecto de Código Penal italiano*.

3 — EL NEOPOSITIVISMO. El positivismo toma luego un *sesgo jurídico*, que comienza a adquirir representación a través de PUGLIA y de FLORIÁN, quienes reaccionan contra la idea ferriana de reducir el Derecho Penal a una rama de la sociología criminal. Estos positivistas defienden la autonomía del Derecho Penal como ciencia jurídica, pero estiman que la ciencia penal no es sólo el Derecho positivo y legislativo, sino que la llamada *política criminal* también forma parte de él, y que la ciencia del Derecho Penal debe fundarse sobre el método positivo y transformarse, de ciencia lógico-abstracta, en ciencia de *observación* y de *experimento*; de todo lo cual se sigue que el Derecho Penal es una ciencia jurídica *sui generis* (FLORIÁN, *Parte General*, T. I, § 3, II).

Por el mismo sendero avanza GRISPIGNI —uno de los discípulos predilectos de FERRI—, haciendo notar que el método positivo hace sufrir profundas transformaciones a las ciencias extrajurídicas; es decir, la sociología, la antropología, la psicología criminal, etcétera, que constituyen, para él, los presupuestos extrajudiciales del Derecho Penal, pero su influjo no es semejante sobre este último (*Derecho Penal italiano*, Vol. I, “Introducción”, Cap. I).

La influencia del positivismo en la legislación penal puede apreciarse en el Código Penal de Noruega de 1902, en el *Proyecto* austríaco de 1909, *Proyecto de Código Penal italiano* de 1921, Código ruso de 1922 y Código peruano de 1924. Entre nosotros, ha tenido influencia en el *Proyecto* de COLL-GÓMEZ y sobre el de PECO.

4 — LAS ESCUELAS INTERMEDIAS. El conflicto entre las escuelas clásica y positiva suscitó la aparición de nuevas doctrinas, entre las que merecen especial mención la *Terza Scuola*, la *Escuela sociológica alemana* y la llamada *Escuela político-criminal*.

1. *La Terza Scuola*. Fue Emmanuele CARNEVALE quien, en su artículo titulado *Una tercera escuela de Derecho Penal en Italia*, publi-

cado en julio de 1891, sentó las bases de esta nueva dirección. Su doctrina es desenvuelta en el *Diritto criminale* (Roma, 1932).

Los rasgos fundamentales de esta escuela son: a) niega el libre arbitrio, toma la concepción del delito como un fenómeno individual y social, y presta atención al estudio científico del hombre delincuente y de la criminalidad; b) rechaza el principio de la responsabilidad legal y la absorción del Derecho Penal por la sociología criminal; c) de la Escuela clásica toma el principio de la responsabilidad moral, distinguiendo entre imputables e inimputables, según que sean capaces o no de sentir la eficacia intimidatoria de la pena; pero no considera al delito como un ente jurídico, ni como un acto de un ser dotado de libertad; d) la imputabilidad emana de la voluntad y de los motivos que la determinan y tiene su base en la “dirigibilidad” del sujeto, es decir, en su actitud para sentir la coacción psicológica; de ahí que sólo son imputables los que sean capaces de sentir la amenaza de la pena; e) rechaza la doctrina de la semirresponsabilidad: las penas y las medidas de seguridad tienen un mismo fin, la defensa social.

2. *La Escuela sociológica alemana.* Franz VON LISZT, al pronunciar una conferencia en 1881 en la Universidad de Marburgo, enuncia los postulados de esa nueva corriente ideológica. Posteriormente desarrolla su pensamiento en varios trabajos y muy particularmente en su *Tratado de Derecho Penal*. VON LISZT sostuvo que el delito es el resultado de causas de diversa índole: unas de carácter individual, otras de carácter externo, físicas y sociales, primordialmente económicas. La pena se justifica, porque mantiene el orden jurídico y como consecuencia de ello, la seguridad social. La pena es de carácter preventivo y no sólo retributivo. La característica esencial de esta doctrina está dada por el rechazo de la concepción antropológica y universal del delito, al par que se realza la importancia de los factores sociales, de donde deriva su designación.

3. *La Escuela político-criminal.* La Unión Internacional de Derecho Penal, creada en 1889 por VON LISZT, VAN HAMEL y PRINS, se encauza en la línea de las escuelas intermedias. Este positivismo crítico, sustentado por la tendencia político-criminal, ha logrado imponer su criterio en un número bastante grande de códigos modernos.

Son contradictorias las posiciones en torno a esta tendencia doctrinaria. unos, como ROCCO, la tienen por una postura científica ajena

al Derecho Penal; otros, como FLORIÁN y MANZINI, la consideran dentro del campo del Derecho, pero no susceptibles de concretarse en fórmulas legislativas. Estas contradicciones son, en realidad, consecuencia de un equívoco: es necesario distinguir la política criminal como ciencia y no como escuela. Como ciencia, sin entrar a discutir si es o no tal, podemos definirla como *el estudio del conjunto de medios de lucha contra la delincuencia*. Como escuela, hemos adelantado ya que se orienta dentro del positivismo crítico.

En realidad, la *Escuela político-criminal* participa, o más bien hace uso, de las concepciones de las dos escuelas fundamentales: la clásica y la positiva, tratando de poner orden en sus postulados. Emplea el *método experimental* en las *ciencias criminológicas*, y el *lógico abstracto* en el *Derecho Penal*. Mantiene la fórmula extrajurídica de la *imputabilidad*, pero acepta también la del *estado peligroso* para ciertas categorías de delincuentes temibles. Considera que el delito es tanto un *fenómeno natural* como un *ente jurídico*, y sostiene que deben aplicarse tanto las penas como las *medidas de seguridad*.

5 — ESCUELA CORRECCIONALISTA. Nos parece que no haríamos justicia si omitiésemos una referencia a la *Escuela correccionalista*. No puede ser situada entre las llamadas intermedias; su posición científica es, en cierto modo, similar a la del positivismo y los correccionalistas aplauden muchas de sus conquistas. La idea que la inspira nace en Alemania con KRAUSE (*System der Rechtsphilosophie*) y con ROEDER (*Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, Madrid, 1876, trad. de F. Giner) y sus postulados adquieren precisión a través del profesor de Salamanca: Pedro DORADO MONTERO (*El derecho protector de los criminales*, Madrid, 1915).

Esta orientación, de base fundamentalmente sociológica, dirige su atención en particular hacia el delincuente y la pena:

a) *El delito* es una concepción “artificial” que responde a los intereses perseguidos por el ordenador del Derecho. Tan pronto como un pueblo ha conseguido dominar a otro, echa mano de todos sus recursos para asegurar su dominio y aplica las más duras penas, por intermedio del poder público que representa los propósitos del vencedor, a aquellos que ejecutan actos tendientes a perturbar la consecución de los fines del dominio.

Ese mismo pensamiento lo desarrolla DORADO MONTERO diciendo que lo justo y lo injusto son creaciones humanas, y que no existe ningún hecho que sea en sí mismo conveniente o inconveniente, lícito o ilícito, moral o inmoral; “las cosas, los hombres y sus respectivas conductas ocupan el lugar en que cada constructor mental de un orden los pone y tienen el aprecio que él les atribuye, no otro”. No hay delito, como tampoco hay derecho, sino porque los hombres lo hacen. Partiendo de esta oposición se comprende la crítica decidida de DORADO MONTERO a la concepción del delito natural elaborada por GARÓFALO.

b) Como una consecuencia de lo dicho, esta escuela considera al *delincuente* como un individuo a quien no se le han enseñado debidamente las nociones convencionales que crean el delito, y que por ello *demuestra ser incapaz para regir racionalmente su conducta*, por lo que necesita ser sacado del estado de inferioridad en que se halla con relación a los demás componentes del grupo en que vive, *que se llaman honrados*, de modo de poder vivir dentro del orden establecido, o sea “dentro del sistema de condiciones que se estimen necesarias por la ley o por costumbre para la vida social, y la violación de las cuales es lo que se llama delito” (DORADO MONTERO, *El derecho protector de los criminales*, T. 1, Madrid, 1915, págs. 13 y sigs.).

c) Por esta razón es que los correccionalistas afirman que el delincuente *tiene derecho a la pena*, la cual constituye un tratamiento racional destinado a enseñarle aquello que no sabe y es la causa de su incapacidad de conducta. La misión de la justicia penal es “completamente análoga” a la de los médicos. No es castigo lo que el delincuente merece, sino “cuidados y remedios”, puesto que la misma sociedad es la causante de su mal. La misión que el correccionalismo reserva al Derecho Penal, podría sintetizarse en el título dado a la obra fundamental de DORADO MONTERO: *El derecho protector de los criminales*.

6 — EL TECNICISMO JURÍDICO. LA DOGMÁTICA. El retorno del Derecho Penal a su “morada jurídica”, que ya estaba presente en el ideario de VON LISZT, constituyó la aspiración natural y lógica de los penalistas ante la crisis a que inexorablemente conducían los excesos de algunos miembros de la Escuela positiva (DEL ROSAL, *Estudios penales*, Madrid, 1948, Cap. I, pág. 27).

No puede decirse en verdad que el tecnicismo jurídico sea una *escuela*. Sin embargo, en cuanto encara al estudio del Derecho Penal propiamente dicho, su jerarquía es superior a la de una escuela, ya que

constituye el único planteo científicamente correcto para el estudio de una ciencia jurídica.

La corriente técnico-jurídica implica una reacción contra el confusiónismo metodológico hasta no hace mucho imperante, como consecuencia de la importancia hipertrofiada que se quiso señalar a las *otras disciplinas no jurídicas* que se proponen la lucha contra el delito.

La esencia verdadera del movimiento consistió en restituir el método jurídico penal a su exacto puesto en el ámbito de la metodología jurídica en general: en reafirmar que la ciencia del Derecho Penal es una ciencia jurídica al igual que las demás de idéntica estirpe (PETROCELLI, *La dirección jurídica italiana en la ciencia del Derecho Penal*, Valladolid, 1950, pág. 4).

La primera concepción de Arturo ROCCO, en Italia, y de Ernst VON BELING, en Alemania, sostenida por el primero a través de su *Proklusion*, en 1910, y por el segundo en su *Lehre vom Verbrechen*, en 1906, según la cual *el objeto del Derecho Penal sólo constituye el Derecho positivo vigente*, ha sido superada. La verdad es —dice PETROCELLI— que si el Derecho positivo forma la materia sobre la cual la ciencia jurídica opera, esto es, su verdadero y propio objeto, en sentido lógico, son los conceptos que aquella materia concede la posibilidad de descubrir y elaborar (PETROCELLI, *La dirección jurídica*, pág. 8).

Conviene aclarar, para disipar frecuentes malentendidos, que el tecnicismo jurídico se limita al estudio científico del Derecho Penal, con independencia de los problemas referentes a la pena, que tratan de resolver las diversas tendencias de carácter filosófico. De donde ha de seguirse que nada obsta a que un jurista que pueda tener la más firme convicción positivista con respecto a la pena, encare el estudio de la legislación penal con criterio dogmático.

El *estudio dogmático* tiene sus consecuencias más significativas en el ámbito de la *teoría jurídica del delito* (Véase NÚÑEZ, *Manual*, 1953, pág. 53; JESCHEK, *Lehrbuch*, § 22). Sin pretender comprenderlas a todas, vamos a enunciar las que juzgamos más trascendentes:

Con la aparición de *La doctrina del delito*, de Ernst VON BELING, se incorpora a la teoría del delito un *tercer elemento: la adecuación al tipo o tipicidad*. Desde entonces, unas veces tratado en el capítulo de la acción (MAYER, M. E.), otras en el de la antijuridicidad (MEZGER, E.) o bien independientemente, el nuevo elemento quedó incorporado a la teoría del delito.

El delito es sustancialmente *acción*. Antijuridicidad, culpabilidad y adecuación típica, se las ve como *características de la acción*, constituyéndose con ella, así calificada, lo lícito o *injusto penal*. Su estudio se antepone al del tipo penal, como presupuesto del análisis de los demás elementos del delito (MAURACH, *Tratado*, T. I, § 16, I A y 17, III).

Se abandona la concepción puramente mecanicista de la *causalidad* y se reconoce que la acción lleva implícita una *manifestación de voluntad*, entendida como cierto nexo psicológico entre el autor y su movimiento corporal (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. V, nro. 1476; ANTON ONECA, J., *Derecho Penal*, T. I, pág. 160).

No se confunde esta manifestación de voluntad con el *contenido de la voluntad*, que pertenece a la *culpabilidad*. Una cosa es que el movimiento corporal responda a la decisión del hombre —libre o coacto, imputable o inimputable— y otra que se cumpla conociendo y queriendo o aceptando algo. Se reconoce que la *culpabilidad* no es puramente psicológica: *contiene elementos normativos*, constituidos por la referencia al orden jurídico, contra el cual obra el autor, pudiendo haberlo hecho de otro modo.

Se desplaza el concepto *formal* de la *antijuridicidad*, y en su lugar se afirma la idea de *un injusto material o sustancial*, orientado con un criterio de protección de bienes jurídicos. Con ese criterio comienza a abrirse paso una teoría general de la *justificación* apoyada en la *valoración de los bienes jurídicos en conflicto* (JESCHECK, *Lehrbuch*, § 22, III, 2).

La adopción del *método teleológico*, acorde con la naturaleza finalista del Derecho Penal, proporciona al intérprete una herramienta de trabajo que le permite penetrar hasta la esencia de las normas y aplicar así la ley con un mayor sentido de realidad y de justicia (WELZEL, *Derecho Penal*, § 5, II; BETTIOL, *Diritto Penale*, 1962, págs. 53 y sigs.).

SÍNTESIS DEL DESENVOLVIMIENTO LEGISLATIVO ARGENTINO

I. *Época de la Colonia*

1. La legislación española rigió las relaciones jurídicas de la Colonia. Durante la dominación española las colonias de América se rigieron por las leyes vigentes en la metrópoli, aun cuando como legislación especial existió la *Compilación de las leyes de los Reinos de India o Leyes de Indias*.

La instauración institucional española se impuso por completo al factor cultural aborigen, muy rudimentario, que no alcanzó a tener influjo apreciable en el ordenamiento jurídico, si bien no puede afirmarse de manera absoluta que en algunos aspectos, sobre todo en materia penal, la costumbre indígena no impusiera en la práctica ciertas variaciones al ordenamiento jurídico español (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. I, nro. 315).

2. Fueron de aplicación en las colonias españolas de ultramar la *Nueva Recopilación*, dictada en 1567 para poner orden en el laberinto legislativo hispánico, y numerosos ordenamientos anteriores, como el *de Alcalá* (1348), el *de Montalvo* (1483), las *Leyes de Toro* (1505) y, sobre todo, *Las Partidas*, cuya innegable popularidad les valió el influjo preponderante que tuvieron en la vida jurídica de la metrópoli y de sus colonias, alcanzando una supervivencia tal, que integraron nuestra legislación procesal supletoria e inspiraron no pocos fallos de los más altos tribunales del país. La *Novísima Recopilación*, dictada en la Península en 1805, no llegó a regir por entero en nuestro país, porque la emancipación se produjo antes de que el nuevo ordenamiento hubiera

sido implantado entre nosotros. Sólo algunas de las leyes contenidas en la *Novísima Recopilación* fueron puestas en vigor fragmentariamente por los gobiernos patrios (bando del 4-X-1811, expedido por el Primer Triunvirato, formado por CHICLANA, SARRATEA y PASO).

II. *Época de la Independencia hasta el Proyecto de Tejedor*

1. La independencia del Virreynato del Río de la Plata importó solamente la ruptura de la subordinación política respecto del gobierno español, ya que la sociedad quedó organizada como estaba, con sus leyes civiles y penales, su administración de justicia, su educación, sus ideas religiosas, su tradición eminentemente española.

Los primeros gobiernos patrios, preocupados por la guerra con la metrópoli, no pudieron conceder a la reforma legislativa la atención que merecía, continuando en vigor la *Nueva Recopilación* que, como se ha dicho, llegó a regir en nuestro país sólo parcialmente.

2. Sucesivamente, y a impulso de las necesidades del momento, se dictaron diversas disposiciones en materia penal: el decreto de 1810 que reiteraba disposiciones preexistentes sobre duelos; decretos sobre tenencia de armas; la orden que puso en vigencia dos leyes de la *Novísima Recopilación* relativas al robo; el Decreto de 1811 sobre seguridad individual, que declaró el principio “no hay pena sin juicio previo”; el Decreto de 1812 sobre represión de la piratería; el Reglamento Policial de 1812; la supresión de la confiscación de bienes, abolición de tormentos, etcétera.

En 1816, con la declaración de la Independencia, ya España era un país extraño, de manera que su legislación tenía el carácter de extranjera. Se encontraba de tal modo el país sin legislación propia, haciéndose necesario adoptar alguna. Se regularizó, en consecuencia, una situación de hecho, en virtud del *Reglamento* de 1817, que dio el *exequatur* a la legislación española.

3. Un decreto del 24 de agosto de 1852, que lleva la firma de URQUIZA, instituye una comisión codificadora, que debía proyectar cuatro códigos: civil, penal, de comercio y de procedimientos. Los sucesos políticos que ocurrieron con posterioridad a este decreto, fueron sin duda la causa de que esa comisión no llegara a desempeñar su cometido, pero lo importante es que se produce la iniciativa de codificación.

Un año antes de sancionarse la Constitución Nacional de 1853, se declaró vigente el decreto del 20 de marzo de 1835 que prohibía la confiscación de bienes, se abolió la pena de muerte por causas políticas y se prescribieron formalidades para los juicios. Pero, como es natural, el punto de partida para el remozamiento y gobierno de la legislación en todas sus ramas fue la Constitución misma, que en la materia que nos ocupa estableció principios básicos, que señalaron un notable progreso frente a los demás sistemas legislativos de la época.

4. La Constitución de 1853, que no fue modificada en esto por la reforma de 1994, adoptó el principio de reserva, *nullum crimen nulla poena sine lege*, como norma rectora de nuestro Derecho Penal positivo. El artículo 18 correspondiente al capítulo denominado *Declaraciones, Derechos y Garantías*, estableció: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo *fundado en ley anterior al hecho* del proceso...”.

El pensamiento constitucional se complementa con el último párrafo del artículo 19, según el cual “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Algunos autores denominan a esta regla *principio de reserva* y a la del artículo 18 la llaman *principio de legalidad*.

Los constituyentes pensaron que tan importantes garantías debían estar expresamente contenidas en la Carta Fundamental, de tal modo que no pudiera ser otro el espíritu de los códigos penales que en el país se sucedieran como derecho positivo.

La Constitución de 1853 suprimió la pena de muerte por causas políticas, toda clase de tormentos y los azotes (art. 18), como así también la confiscación de bienes, que “...queda borrada para siempre del Código Penal argentino” (art. 17). Contiene, además, una serie de principios cuya violación constituye delito: el de que los seres humanos no puedan ser objeto de comercio; el principio de la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de los papeles privados (arts. 15 y 18, respectivamente). Prevé y define, asimismo, los delitos de sedición (arts. 22 y 127) y traición (art. 119) y describe, para anatematizarla, la figura histórica de la rebelión, caracterizada por la concesión de poderes omnímodos o tiránicos (art. 29).

5. Instituidos los poderes constitucionales, se dictaron las leyes 48 y 49, de las cuales la primera concierne a la jurisdicción de los tribuna-

les nacionales, y la segunda puede considerarse, aunque incompleto, un código penal, pues en ella se definen y sancionan los más importantes delitos que caen bajo el juzgamiento de la justicia federal. Legisla sobre el delito de traición y también sobre los que comprometen la paz y dignidad de la Nación: prevé y reprime la piratería, la rebelión, la sedición, el desacato, la resistencia a la autoridad, la interceptación y sustracción de correspondencia, la sustracción o destrucción de documentos depositados en oficinas públicas, la falsedad, el cohecho y los delitos contra el Tesoro nacional.

6. En el período constitucional son también importantes las leyes 95 y 514. La primera establece que la aplicación de la pena de azotes es un delito acusable por cualquier persona ante los tribunales de la Nación, y por la segunda se suprimió la prisión por deudas en causas civiles y comerciales.

III. La codificación

La ley 36 del 9 de junio de 1863 faculta al Poder Ejecutivo para nombrar comisiones encargadas de redactar los proyectos de Códigos Civil, Penal, de Minería y Ordenanzas del Ejército. En cumplimiento de esta ley, el Poder Ejecutivo dicta el 5 de diciembre de 1864 un decreto designando al doctor Carlos TEJEDOR para redactar el *Proyecto de Código Penal*, decreto que se halla concebido en los mismos términos que el dictado mes y medio antes designando a Dalmacio VÉLEZ SANSFIELD redactor del *Proyecto de Código Civil*.

1 — EL PROYECTO TEJEDOR. Carlos TEJEDOR presenta la *Parte General* del *Proyecto* en el año 1865, y en 1867 la *Parte Especial*. Sustancialmente se inspira en el *Código de Baviera* redactado por FEUERBACH, pero no deja de tener en cuenta los códigos españoles, el de 1822, y principalmente los de los años 1848 y 1850, este último una edición mejorada del de 1848.

El *Proyecto* de TEJEDOR dividía las infracciones en crímenes, delitos y contravenciones, y las penas en corporales, privativas del honor y pecuniarias, admitiendo la de muerte para los crímenes más graves.

Prevé como causas que eximen de pena: la minoridad, la locura, la imbecilidad, la demencia senil, la sordomudez en personas que no han recibido la educación conveniente. Para todos estos casos, dispone la internación. Declara que la acción tampoco

estará sujeta a pena: cuando medie ignorancia insuperable y no imputable; cuando se obre forzado por ignorancia física o por amenazas; cuando se accione en estado de necesidad o en ejercicio legítimo de defensa de la persona o los bienes propios o de terceros.

En lo relativo a la responsabilidad civil, crea un vínculo de solidaridad entre los culpables y determina que el monto de la reparación no será superior al lucro que el delito reportase.

Las disposiciones que se refieren al trabajo de los condenados, la prohibición de que ese trabajo fuera contratado por particulares, el destino que ha de darse a su producido, no dejan margen apreciable a una crítica adversa.

El *Proyecto*, si bien no fue aprobado como ley nacional, por sanción de las respectivas legislaturas provinciales llegó a ser código vigente en casi todo el país, y hasta sirvió de modelo y base para el Código de Paraguay. Por tal razón —el hecho de su vigencia— dice JIMÉNEZ DE ASÚA que debería ser llamado *Código Tejedor* (*L.L.*, t. XXIII, pág. 16, secc. Bibl.).

2. — EL PROYECTO VILLEGAS, UGARRIZA Y GARCÍA. En el año 1868 se sanciona la ley 250, que autoriza al Poder Ejecutivo a nombrar a tres abogados para que estudien el *Proyecto* de TEJEDOR y presenten con posterioridad las conclusiones derivadas de ese estudio. Se designa para esta labor a Marcelino UGARTE, Manuel QUINTANA y José Roque PÉREZ, pero por sucesivas desintegraciones, la comisión quedó definitivamente constituida por Sixto VILLEGAS, Andrés UGARRIZA y Juan Agustín GARCÍA. En 1881 esta comisión, excediéndose en su mandato, como bien lo advierte PECO, en vez de “examinar prolijamente” el *Proyecto Tejedor*, presentó otro proyecto, manifestando en su Exposición de motivos: “Al terminarse ese trabajo se iniciaba en el mundo un movimiento general en materia de codificación que continúa todavía especialmente en materia penal. La Comisión ha debido tener en cuenta esos códigos o proyectos y sus comentarios, pues en ellos se consultaba la ciencia de cada país”.

El presidente ROCA, en 1881, procedió con el *Proyecto* de VILLEGAS, UGARRIZA y GARCÍA de la misma forma en que lo hiciera el vicepresidente PAZ con el *Proyecto* de TEJEDOR en 1866: lo mandó publicar, imprimir en número bastante, lo distribuyó entre legisladores, magistrados, abogados y personas competentes y lo remitió al Congreso.

3. — EL CÓDIGO DE 1886. La Comisión de la Cámara compuesta por los diputados POSE, GIL, DEMARÍA SILVEYRA y GÓMEZ no se concretó a cumplir su cometido, limitado a la consideración del *Proyecto*,

sino que redactó otro; es así como en la sesión del 23 de octubre de 1885 uno de los integrantes solicitó la aprobación, criticando el *Proyecto* de 1881. Se lo aprobó en general, remitiéndose el debate en particular al año siguiente. En definitiva se sanciona la ley 1920, que ordena observar en la República el Código Penal redactado por el doctor Carlos TEJEDOR con las modificaciones aconsejadas por la *Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados*.

El Código de 1886 suprimió la distinción entre crímenes y delitos contenida en el *Proyecto Tejedor*, como también las penas de retractación y confinamiento y lo relativo a las reparaciones civiles. Dejó subsistente la pena de muerte, pero estableció en general penas más elásticas, permitiendo también el cómputo de la prisión preventiva como parte de la pena corporal. El fundamento de la responsabilidad, para el Código, era la voluntad criminal, de donde se explica metodológicamente que las normas sobre la voluntad criminal sean las primeras en este cuerpo de leyes.

4. — EL PROYECTO DE 1891. El Código, no obstante sus defectos, fue bien recibido, porque llenaba una laguna importante y ponía fin a la anarquía legislativa; pero sus muchas imperfecciones, fruto de la ligereza con que se procedió a su aprobación, motivaron críticas autorizadas que indujeron al Poder Ejecutivo a designar a Norberto PIÑERO, Rodolfo RIVAROLA y José Nicolás MATIENZO para que proyectaran la reforma. Éstos presentaron su trabajo en 1891, con un extenso informe en el que exponían los motivos en que se fundaba cada una de las reformas propuestas. Su *Proyecto* estuvo inspirado en una de las legislaciones más adelantadas, en particular en el Código italiano de 1889, que resumía el aporte más valioso del pensamiento jurídico-penal de la época.

En sus primeros artículos (arts. 1º al 8º) están condensadas las reglas para la aplicación de la ley penal, cuya claridad era indispensable para la mejor solución de los múltiples conflictos que podían suscitarse con relación al territorio y al tiempo, o con motivo de las facultades que competen al Estado general o a los Estados particulares.

En materia de penas establece las de muerte, presidio, deportación, penitenciaria, multa, inhabilitación y destierro (art. 9º), aplicándose la primera únicamente para el condenado a presidio perpetuo que reincidiera en un delito por el que merezca la misma pena (art. 85), no se impone cuando sólo haya prueba de presunciones, por vehementes que sean (art. 10), ni a las mujeres, los menores de 18 años, y los mayores de 70 (art. 14).

El *Proyecto* contenía una importante innovación sobre el que entonces regía en el país, y era la inclusión de todas las figuras delictivas, sin exceptuar, como lo había he-

cho el Código de 1886, las infracciones que la ley 49 sometía al conocimiento de la jurisdicción federal.

El *Proyecto* fue enviado al Congreso y sometido por la Cámara de Diputados al dictamen de la comisión respectiva, constituida en 1895 por los doctores Mariano DEMARÍA, Francisco A. BARROETAVEÑA y Tomás J. LUQUE. Esta comisión opinó que no era menester reemplazar el código vigente en su totalidad, bastando con la sanción de una planilla de reformas al código vigente. Ese despacho —en definitiva— fue la base de la llamada Ley de Reformas nro. 4189, aprobada en Diputados en 1900 y en Senadores, no obstante la tenaz oposición que le hizo el doctor Julio HERRERA, en 1903, para regir en 1904.

5. — EL PROYECTO DE 1906. Las críticas suscitadas por esta reforma fragmentaria originaron el nombramiento de una comisión, que tendría a su cargo la preparación de otro proyecto de reforma más orgánico. Sus miembros fueron Francisco BEAZLEY, Cornelio MOYANO GACITÚA, Norberto PIÑERO, Rodolfo RIVAROLA, José RAMOS MEJÍA y Diego SAAVEDRA, quienes elevaron al Poder Ejecutivo, el 10 de marzo de 1906, un *Proyecto de Código Penal*.

IV. El Código de 1921

1 — El *Proyecto* de 1906, sirvió de base diez años más tarde al diputado Rodolfo MORENO para proponer desde su banca la reforma de la legislación penal argentina.

MORENO aceptaba tomar como base el *Proyecto* de 1906 con diversas variantes: supresión del libro sobre “faltas” y de toda mención al tema en el Código Penal; abolición de la pena de muerte; disminución del mínimo de la penalidad en el homicidio para dejar mayor libertad a la apreciación judicial; aumento de la penalidad en los delitos contra la honestidad; incorporación al Código de las disposiciones contenidas en la ley 9143, que reprime la trata de blancas, entre las principales.

El *Proyecto* fue sometido por su autor a una encuesta entre los más versados juristas del país y luego pasó a la Comisión Especial de Legislación Penal y Penitenciaria de la Cámara de Diputados, la cual redactó un proyecto definitivo, después de haber considerado diversas observaciones sugeridas por Julio HERRERA, Octavio GONZÁLEZ ROURA y Juan P. RAMOS. Tanto el proyecto, como la extensa exposición de motivos que lo acompañan, fueron redactados por el mismo Rodolfo MORENO.

La Cámara de Diputados despachó favorablemente el *Proyecto* en 1917, pasando a la de Senadores, la cual a su vez emitió despacho en 1919 con algunas modificaciones, por lo que volvió a la Cámara de origen en 1921, donde recibió sanción definitiva ese mismo año. El Código rige desde el 29 de abril de 1922, como ley 11.179.

2 — *Estructura del Código*. El Código Penal argentino —siguiendo una tradición legislativa que ha alcanzado total predominio— se divide en dos libros. El primero, denominado “Disposiciones Generales”, comprende los siguientes títulos: I. Aplicación de la ley penal; II. De las penas; III. Condenación condicional; IV. Reparación de perjuicios; V. Imputabilidad; VI. Tentativa; VII. Participación criminal; VIII. Reincidencia; IX. Concurso de delitos; X. Extinción de acciones y de penas; XI. Del ejercicio de las acciones; XII. De la suspensión del juicio a prueba; XIII. Significación de conceptos empleados en el Código.

El Libro II, constituido por la “Parte Especial”, abarca los títulos que a continuación se enumeran, teniéndose en cuenta el bien jurídico protegido por la ley: I. Delitos contra las personas; II. Delitos contra el honor; III. Delitos contra la honestidad; IV. Delitos contra el estado civil; V. Delitos contra la libertad; VI. Delitos contra la propiedad; VII. Delitos contra la seguridad pública; VIII. Delitos contra el orden público; IX. Delitos contra la seguridad de la Nación; X. Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional; XI. Delitos contra la administración pública; XII. Delitos contra la fe pública (*Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179*, Edición Oficial, Talleres Gráficos de L.J. Rosso y Cía, Buenos Aires, 1922).

No obstante las críticas que se han dirigido contra el Código Penal, y sin perjuicio de reconocer que el mismo adolece de errores sistemáticos e incluso de lenguaje, estamos de acuerdo con JIMÉNEZ DE ASÚA en el sentido de que la elaboración dogmática efectuada a través de cuarenta años de jurisprudencia “ha perfeccionado y rejuvenecido el Código Penal de 1922” (*Tratado*, nros. 333-334. Para las críticas al Código, véase PECO, José, *La reforma penal argentina*, Buenos Aires, 1921; en el mismo sentido RAMOS, Juan P., “Errores y defectos técnicos del Código Penal”, en *Revista de Psiquiatría y Criminología*, Buenos Aires, 1936, págs. 241 y sigs.

V. *Proyectos de reforma*

1 — PROYECTO DE 1937. En 1936 Jorge E. COLL y Eusebio GÓMEZ fueron designados por el Poder Ejecutivo para redactar un *Proyecto de reformas* al Código Penal, pero produjeron un proyecto completo de código, sustentado en los principios de la Escuela positiva, con la adopción del criterio defensorista más amplio y el de la responsabilidad legal como fundamento de la sanción (*Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, 1937; SILVA RIESTRA, Juan, *El Proyecto Coll-Gómez de Código Penal*, Buenos Aires, 1940).

El *Proyecto* está dividido en dos libros. El primero contiene las “Disposiciones Generales”, y los diez títulos que lo integran versan sobre las siguientes materias: la aplicación de la ley; el delito; el delincuente; el régimen de la minoridad; las sanciones; la imposición de las sanciones; la condena de ejecución condicional; la reparación de perjuicios; las acciones; la extinción de las acciones y sanciones.

En el segundo libro, se consignan las disposiciones relativas a los delitos en particular. El primer título se refiere a los Delitos contra la persona; el segundo a los Delitos contra la honestidad; el tercero, a los Delitos contra el estado civil; el cuarto, a los Delitos contra la libertad; el quinto, a los Delitos contra los derechos intelectuales; el sexto, a los Delitos contra el patrimonio; el séptimo, a los Delitos contra la seguridad pública; el octavo, a los Delitos contra la seguridad de la Nación; el noveno, a los Delitos políticos; el décimo, a los Delitos contra el orden público; el undécimo, a los Delitos contra el sentimiento nacional; el dicesimosegundo, a los Delitos contra la administración pública; el dicesimotercero, a los Delitos contra la fe pública; y el dicesimocuarto, a los Delitos contra el comercio, la industria y la economía pública (*Proyecto de Código Penal para la República Argentina. Redactado en cumplimiento del decreto del 19 de septiembre de 1936 y precedido de una exposición de motivos*, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, 1937).

2 — PROYECTO DE 1941. En 1941 José PECO, siendo diputado nacional, presentó un *Proyecto* código del cual es autor, y que está presidido por una extensa Exposición de Motivos en la cual se califica a la obra de neopositivista. Las direcciones generales que orientan este proyecto han sido sintetizadas por PECO de la siguiente forma: El *Proyecto* recibe los principios fundamentales de la defensa social, la sanción para todo delito o autor de hecho considerado como delito, la peligrosidad criminal y el arbitrio judicial, como base de la reforma penal argentina sin mengua de la construcción de la teoría jurídica del delito.

Este *Proyecto*, que fue presentado a la Cámara de Diputados el 25 de septiembre de 1941, ha sido calificado por su propio autor como de estructura neo-positivista (*Proyecto de Código Penal. Exposición de motivos*, publicado por el Instituto de Altos Estudios Jurídicos e Instituto de Criminología de la Universidad de La Plata, La Plata, 1942).

El libro Primero del *Proyecto* está dividido en tres títulos: se trata en primer lugar de *la aplicación de la ley*; el Título II se refiere *al delito, al delincuente, la responsabilidad y las causas que la excluyen*, dividiéndose estas últimas en causas de *justificación*, de *inimputabilidad* y de *inculpabilidad*. Finalmente, en el Capítulo IV del Título II el *Proyecto* se ocupa de *la peligrosidad*. El Título III se consagra a *la sanción*, pero diferenciándose las medidas que son penales de las curativas, educativas y eliminatorias.

En el libro Segundo están definidos y sancionados los delitos en particular. A tal efecto, el plan que se sigue, teniendo en cuenta el sujeto titular de los bienes jurídicos lesionados, es el siguiente: Sección Primera: “Delitos contra los bienes jurídicos de los particulares”, que comprende los delitos contra la vida y la integridad corporal (Título I); los delitos contra el honor (Título II); contra el patrimonio (Título III); contra la libertad (Título IV), y contra las buenas costumbres (Título V). Sección Segunda, titulada “Delitos contra los bienes jurídicos de la familia”, que consta de un solo capítulo. Sección Tercera: “Delitos contra los bienes jurídicos de la sociedad”, que comprende los delitos de peligro común: contra la fe pública (Título I); contra la economía pública, el comercio y la industria (Título II); contra el sentimiento religioso y el respeto a los difuntos (Título III); contra la administración de justicia (Título IV). Sección Quinta: “Delitos contra los bienes jurídicos de la comunidad de los Estados”, constituida por un solo título también.

Al decir de JIMÉNEZ DE ASÚA, en el *Proyecto* “se han tomado las debidas garantías en resguardo del derecho de la libertad, para que algunos preceptos, inspirados en la ‘defensa social’, no se transformen en instrumento político”, agregando que “esa confesada orientación neo-positivista de PECO, no sólo es compatible con la acogida de tradiciones y vivencias argentinas, sino que no estorba a la estructura jurídica en que se moldean las instituciones que el *Proyecto* legisla” (*Tratado*, T. I, nro. 339).

3 — EL PROYECTO DE 1951. En agosto de 1951 el Poder Ejecutivo remitió al Congreso un *Proyecto* de código penal, que fue preparado por Isidoro DE BENEDETTI, de la Dirección General de Institutos del Ministerio de Justicia, proyecto que no fue tratado por el Poder Legislativo (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. I, págs. 1023 y sigs.; NÚÑEZ, “Observaciones al Proyecto de Código Penal del Poder Ejecutivo”, *Revista de Derecho Penal*, 1951, VII, pág. 293).

4 — EL PROYECTO DE 1960. Por encargo del Poder Ejecutivo de la Nación, Sebastián SOLER preparó el *Anteproyecto de Código Penal*, que fue remitido por su autor al Ministerio de Educación y Justicia en el año 1960. Posteriormente, el Poder Ejecutivo elevó al Congreso Nacional el respectivo *Proyecto de Código Penal*, que fue sometido al estudio de la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados, la que a su vez, realizó una encuesta entre las distintas universidades del país y los penalistas más destacados. Tampoco fue tratado por el Congreso Nacional (ver *Síntesis de observaciones formuladas y modificaciones propuestas en la encuesta realizada sobre el Proyecto de Código Penal del Poder Ejecutivo —año 1960—. Respuesta y modificaciones del autor del Anteproyecto*, doctor Sebastián SOLER, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1962).

Las disposiciones de la Parte General están distribuidas en siete títulos, algunos de ellos subdivididos en capítulos.

El Título I legisla sobre el *ámbito espacial de aplicación de la ley penal*, y no es objeto de subdivisión en capítulos. El Título II, que se ocupa de *el delito*, comprende cuatro capítulos, denominados respectivamente: 1. “Tiempo, lugar y forma del hecho”; 2. “Tentativa”; 3. “Causas de justificación”; 4. “Culpabilidad”. El Título III agrupa las referencias al *autor*, repartidas en un capítulo destinado a la *imputabilidad y sus formas* y otro que se ocupa de la *participación*. En el Título IV se determinan las *penas* y todo lo que hace a su naturaleza, ejecución, suspensión, acumulación y a las consecuencias civiles del delito. La materia está distribuida así: Capítulo 1. “Clasificación”; Capítulo 2. “Penas privativas de libertad”; Capítulo 3. “Suspensión condicional de la pena de prisión”; Capítulo 4. “Libertad condicional”; Capítulo 5. “La pena de multa”; Capítulo 6. “Penas accesorias”; Capítulo 7. “Consecuencias civiles del delito”; Capítulo 8. “Principios comunes para la determinación de las penas”; Capítulo 9. “Concurso de delitos”. El Título V contiene las *medidas de seguridad*. El primero de los dos capítulos que comprende se refiere a los *inimputables*, y el segundo a los *delinquentes habituales o por tendencia*. El Título VI está dedicado al *ejercicio de las acciones* y el VII a la *extinción de las acciones y de las penas*, no habiendo sido ninguno de los dos objeto de subdivisión en capítulos.

La Parte Especial está distribuida en diecisiete títulos: Título I. "De los delitos contra la vida y la integridad personal"; Título II. "Delitos contra el honor"; Título III. "Delitos contra el pudor y la moralidad sexual"; Título IV. "Delitos contra la familia"; Título V. "Delitos contra la libertad"; Título VI. "Delitos contra el ámbito de intimidad"; Título VII. Delitos contra la propiedad"; Título VIII. "Delitos contra la buena fe en los negocios"; Título IX. "Delitos contra la seguridad común"; Título X. "Delitos contra la tranquilidad pública"; Título XI. "Delitos contra la seguridad de la Nación"; Título XII. "Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional"; Título XIII. "Delitos contra la voluntad popular"; Título XIV. "Delitos contra la autoridad pública"; Título XV. "Delitos contra la administración de justicia"; Título XVI. "Delitos contra los deberes de la función pública"; Título XVII. "Delitos contra la fe pública".

5 — EL PROYECTO DE 1973. Poco conocido es el *Proyecto de Reformas a la Parte General del Código Penal* llevado a cabo en 1973 por una comisión designada el 25 de octubre de 1972 y que integraban Sebastián SOLER, Eduardo AGUIRRE OBARRIO, Eduardo H. MARQUARDT y Luis C. CABRAL. Sus ciento once artículos integraban sus seis capítulos dedicados sucesivamente a la *ley penal*, al *delito*, al *autor*, a las *penas*, a las *medidas de seguridad*, al *ejercicio de las acciones* y a la *extinción de las acciones y de las penas*.

6 — EL PROYECTO DE 1974. Es también de la Parte General el *Proyecto* elaborado en 1974 por una comisión que formaban Jesús H. PORTO, Enrique F. AFTALIÓN, Ricardo LEVENE (h.), Alfredo MASI, Enrique BACIGALUPO y Carlos ACEVEDO y que emanó del decreto 480 de 1973, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 5º de la ley 20.509. El trabajo, compuesto por nueve títulos, 78 artículos y dos disposiciones complementarias, contenía innovaciones importantes en el régimen punitivo, cuyas penas quedaban reducidas, en orden de gravedad, a prisión, multa e inhabilitación, siendo su fin principal la reeducación social del condenado (art. 19); se modificó el sistema de la condena de ejecución condicional, estableciéndose un régimen de prueba; se acortó el plazo para obtener la libertad condicional; se introdujo un sistema de semi-libertad; se suprimía la accesoria del artículo 12. Se establecían *medidas*, cuya imposición dependía de la peligrosidad del agente, entre las que se hallaban la internación en un establecimiento psiquiátrico para alcohólicos o para drogadictos o en otros para reeducación social para preservar la seguridad.

7 — EL PROYECTO DE 1979. Una comisión designada en 1976 por el Ministerio de Justicia elaboró en 1979 un *Proyecto Integral de Código Penal* que fue objeto de discusión en diversos ámbitos científicos. Fueron los encargados Luis C. CABRAL y Eduardo AGUIRRE OBARRIO, actuando Luis M. RIZZI como secretario. El trabajo consta de 371 artículos, 114 para la Parte General y 256 para la Parte Especial. Entre las innovaciones más importantes se cuentan: la precisión de los casos de aplicación del principio real (art. 1º, inc. 2º), regulación del lugar y tiempo del delito; se reforma la figura del exceso; se admite la imputabilidad disminuida; se define el dolo, la culpa, el error y la ignorancia de la ley penal y el estado de necesidad exculpante; en los delitos de imprenta se define al editor responsable; se suprime la pena de muerte; se regula un sistema de atenuantes generales; se acuerda particular importancia a la multa, que se rige por el sistema de días de multa; las penas de inhabilitación sólo se aplican en forma conjunta con penas de otra naturaleza.

En la Parte Especial se regulan algunas figuras nuevas o se las agrupa de manera diferente. Son de particular importancia los títulos de los delitos contra la familia, contra el ámbito de intimidad, contra la confianza pública y la buena fe en los negocios. Son nuevas, entre otras, las figuras que reprimen la captación indebida de manifestaciones e imágenes; ciertas formas de vilipendiar y profanar tumbas y muertos; la turbación de transmisiones radiales, cinematográficas, de televisión y actos religiosos; el requerimiento público e ingenioso de inversiones; la falsa declaración en causa en la que es parte bajo juramento o promesa de decir verdad.

VI. *El Código vigente*

Rige en la actualidad el Código sancionado por la ley 11.179, con distintas reformas. La ley 23.057 de 1984 sustituyó los artículos 26, 27, 50, 51, 52 y 53 del Código Penal, alterando sensiblemente el régimen de la condenación condicional y de la reincidencia, así como también el de la medida eliminatoria para los polirreincidentes. Sin embargo, mantuvo vigente al Código en la versión que le dio la ley 21.338 de 1976, que no obstante provenir de un gobierno *de facto* rigió sin solución de continuidad hasta su abrogación parcial por la ley 23.077, publicada en el *Boletín Oficial* del 27 de agosto de 1984.

La ley 21.338 había modificado la denominación de algunos títulos, incorporando artículos y modificando y derogando otros. Entre sus disposiciones más salientes se contaban la inclusión de la pena de muerte en el artículo 5° y su modalidad ejecutiva en el artículo 5° bis; la posibilidad de imponer la pena de multa además de la pena privativa de libertad correspondiente cuando el delito fue cometido con ánimo de lucro (art. 22 bis); la admisión de una segunda condenación condicional (art. 27, párrs. 2 y 3); el aumento de la escala penal en caso de reincidencia (art. 51); la incorporación de nuevas formas de homicidios calificados (arts. 80 y 80 bis); el agravamiento de las penas de algunos delitos por su finalidad subversiva (arts. 142 ter, 209, 210 bis, 213, etc.).

Con pocas modificaciones, la reforma de 1976 recogió la que había efectuado la ley 17.567, que rigió desde el 1° de abril de 1968 hasta su derogación por la ley 20.509, sancionada el 27 de mayo de 1973 y publicada al día siguiente en el *Boletín Oficial*.

La ley 23.077 volvió a la estructura del Código Penal sancionado por la ley 11.179 (*supra*, IV, 2), manteniendo la vigencia de los artículos 19, 20, 20 bis, 20 ter, 22 bis, 55, 56, 67, 80, 84, 94, 106, 127 ter —que designa 127 bis—, 178, 300 y 301 incorporados o modificados por la ley 21.338. En la Parte General mantuvo las reformas efectuadas por la ley 23.057 y en la Parte Especial hizo distintas incorporaciones, particularmente en el Título X, dedicado a *los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional*, cuyo Capítulo I se intitula ahora “Atentados al orden constitucional y a la vida democrática”, donde se extienden las responsabilidades de la rebelión y actos previos a un número considerable de conductas. Para evitar incertidumbre sobre la ley penal vigente, el decreto 3992/85 aprobó el texto ordenado del Código Penal.

Con posterioridad, la ley 23.097 incorporó el artículo 144 quinto entre los delitos contra la libertad; la ley 23.468 introdujo el inciso 5° al artículo 163, y sustituyó los artículos 277, 278 y 279 del Código Penal, relativos al encubrimiento; las leyes 23.479 y 24.286 actualizaron los montos de las penas de multa; la ley 23.487 reformó el artículo 72, incorporando las lesiones leves a los delitos dependientes de instancia privada e introdujo el quebrantamiento de inhabilitación como artículo 281 bis; la ley 23.588 sustituyó el inciso 1° del artículo 163; la ley 23.737 sobre estupefacientes reformó el artículo 204 del Código y agregó los artículos 204 bis, ter y quater; la ley 24.198 derogó el artículo 244, relativo al desacato, y denominó al capítulo respectivo “Falsa denuncia”; la ley 24.316 modificó el régimen de la condena de ejecución condicional y estableció el nuevo instituto de la suspensión del juicio a prueba o *probation*; la ley 24.410 derogó el delito de infanticidio (art. 81, inc. 2°, Cód. Pen.), reformó los artículos 106 y 107 sobre abandono de personas, sustituyó la denominación del Capítulo II del Título IV del Libro Segundo del Código Penal, ahora designado “Supresión y suposición del estado civil y de la identidad”; reformó el texto de los artículos 138 y 139 e incorporó el artículo 139 bis a ese capítulo; modificó los artículos 146, relativo a la sustracción de menores y los artículos 292, 293 y 297 concernientes a las falsedades documentales; la ley 24.424 introdujo en la Ley de Estupefacientes las figuras de la confabulación, del arrepentido y del agente encubierto; la ley 24.441 incorporó los incisos 12, 13 y 14 al artículo 173; la ley 24.453, al derogar el delito de adulterio (art. 118), suprimió el Capítulo I y su rúbrica, del Título III del Libro Segundo del Código Penal, al par que suprimió a ese delito del artículo 73 del Código Penal, donde están enumerados los deli-

tos de acción privada, abrogando, también, el artículo 74; la ley 24.454 sustituyó el artículo 181 del Código Penal; la ley 24.517 incorporó un párrafo al artículo 247 del Código Penal sobre usurpación de títulos y honores, en el que se reprime el ejercicio ilegal de una profesión por falta de título o habilitación legal; la ley 24.660 legisló sobre la ejecución de la pena privativa de la libertad derogando el decreto-ley 412/58 (Ley Penitenciaria Nacional); la ley 24.721 modificó el inciso 3º del artículo 163 e introdujo el inciso 6º, referente al hurto de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público, abrogando los artículos 33, 35, 36, 38 y 39 del decreto-ley 6582/58 sobre automotores; la ley 24.760 reformó el artículo 298 *bis* castigando la emisión o aceptación de facturas de crédito falsas; por fin, la ley 24.767 establece distintas normas para regir la *cooperación internacional en materia penal*, incluida la extradición, respecto de la cual derogó la ley 1612 y las disposiciones relativas a ésta contenidas en el Código de Procedimientos en Materia Penal (ley 2372).

§ 6

LA RELACIÓN DELITO-PENA. EL *IUS PUNIENDI*

I. *Problemas que se plantean*

1. El Derecho Penal tiene la misión de establecer y hacer efectiva la relación delito-pena. Las leyes penales son las encargadas de fijar pena al delito y en determinados casos, otras medidas, que son, también, consecuencia del hecho típicamente antijurídico. ¿Cuál es la razón que fundamenta esta facultad y la que pone la meta en manos del Estado?

Por otra parte, la relación delito-pena se resuelve, en la práctica, en una relación delincuente-pena, pues ésta no está destinada al delito, sino al delincuente, que es quien debe soportarla. ¿Cuál es la razón para que quien ha delinquido deba cargar con las consecuencias del delito, que el Estado le impone?

Estos interrogantes plantean varios problemas. El primero debe ser distinguido en tres aspectos: a) existencia o inexistencia del *Derecho Penal subjetivo* o facultad punitiva del Estado; b) cuál es la razón de que el Estado aplique al delincuente una pena; c) por qué reside en el Estado, y únicamente en él, la facultad represiva. El segundo da lugar al estudio de la *responsabilidad penal*.

2. *Un extremo de esa relación lo constituye el derecho de reprimir*. Es frecuente confundir esta cuestión con la que trata de fijar un *fin* a la pena. Son problemas diferentes: una cosa es preguntarse *por qué el delito* (el delincuente) se pena, y otra distinta *para qué* se aplican las penas. A la primera pregunta responden las teorías que fundamentan el Derecho Penal: *el fundamento de la penalidad*; a la segunda, las que tratan de fijar *un fin a la pena*. El primer problema lo trata la *fundamen-*

tación del derecho de reprimir; el segundo fija los *efectos* o *resultados* que la pena, en sus distintas etapas, se propone conseguir. Hay una innegable relación entre ambas hipótesis de trabajo, pero son dos cosas distintas.

Es corriente olvidar desarrollar el tema que se refiere a que *la punición sea una facultad privativa del Estado*, o hacer referencias a él al acometer el estudio de las teorías que fundamentan el Derecho Penal. Son también cosas distintas: por un lado se pregunta cuál es la razón de que el delito *tenga por consecuencia una pena*, qué es lo que constituye el delito en delito, para emplear las palabras de Augusto ROEDER (*Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, Madrid, 1876, pág. 30); por otro lado, se investiga *por qué reside en el Estado, y sólo en él la facultad punitiva*; por qué es el Estado quien crea las figuras delictivas y determina y aplica las penas, y el único que puede hacerlo.

3. *El otro extremo de la relación delito-pena*, el que se pregunta *por qué el delincuente debe cargar con las consecuencias del delito, da lugar a uno de los capítulos más importantes del derecho penal moderno: la responsabilidad*. Responsabilizar a alguien de un delito, es *imputárselo* (atribuírselo) *física y jurídicamente*. Lo primero se logra mediante la determinación de la existencia de acción y de relación causal; lo segundo, se fundamenta en el esquema de la culpabilidad.

El estudio de la responsabilidad debe dar por supuesto el sometimiento del individuo al Estado, como miembro del grupo regido por un ordenamiento jurídico. Esto forma parte de la consideración de las doctrinas que ponen en manos del Estado la facultad punitiva con carácter exclusivo.

La expresión “imputar”, que hemos utilizado, se vincula con la imputación del hecho y no con la imputabilidad (ver sujeto); esta última es una capacidad requerida por una de las tesis en que se sustenta la responsabilidad: *la culpabilidad*.

4. *La relación delito-pena se hace jurídicamente efectiva a través del Derecho Penal*. Y como quiera que el ejercicio y la extinción de las acciones están regulados en la legislación argentina por el código de fondo, en los Títulos X y XI, corresponde que el tema sea tratado en un comentario del derecho penal sustantivo, lo que hacemos en el capítulo destinado a la pretensión punitiva.

Por último, la consecuencia del delito se hace *materialmente efectiva* A través del cumplimiento de las penas, que regula el derecho de ejecución penal.

II. El “*ius puniendi*”

1 — NATURALEZA. El Estado, como sujeto de la potestad penal, está facultado para imponer la pena que restablece el orden jurídico. A él corresponde el llamado *Derecho Penal subjetivo* o *ius puniendi*, fundado en la necesidad de la sociedad misma de reprimir los actos que revelan mayor disvalor jurídico-social. Como sujeto de la soberanía, el Estado es el titular de la potestad de imperio, del cual se desprende la facultad de acuñar los delitos y fijar las penas.

2 — LIMITACIÓN. Esa facultad no es ilimitada, ya que el Estado, en el ejercicio del *ius puniendi*, debe autolimitarse. Este límite está dado:

a) Por el *Derecho Penal objetivo*, que constituye el límite exacto de la facultad de reprimir, y que es deber del Estado establecer, tanto porque no se concibe una sociedad organizada sin normas legales represivas, cuanto por el hecho de que resulta garantía indispensable la determinación de las figuras delictivas y sus amenazas de pena con anterioridad al hecho que motiva la intervención de tipo penal por parte del Estado.

b) El Estado no puede irrumpir en la esfera de lo no punible, amenazando con pena conductas indiferentes desde ciertos puntos de vista. Al respecto manifiesta MAURACH: “Hoy se reconoce de modo unánime que al *ius puniendi* le han sido trazados unos límites por la dignidad humana, y por una firme relación entre culpa y castigo, que no pueden ser sobrepasados por la objetivación del poder penal, el Derecho Penal material, sin poner en peligro su contenido ético” (*Tratado*, T. I, § A).

3 — NEGACIÓN Y AMPLITUD DEL *IUS PUNIENDI*. No han faltado quienes nieguen la existencia de un Derecho Penal subjetivo, entendido como facultad del Estado. Son las teorías a las que MAGGIORE denomina escépticas (*Derecho Penal*, Vol. II, págs. 249 y sigs.). Tales teorías

son sólo un aspecto en la posición de quienes van más lejos y niegan el derecho a la existencia del Estado mismo.

A poco de que se formalicen otras teorías, se echa de ver que la cuestión gira en torno a la naturaleza de esa facultad y particularmente a su amplitud, pero sin llegar a negarla. Entre la tesis extrema que niega la facultad estatal de crear delitos y aplicar penas, y la que fija a ese derecho una extensión prácticamente ilimitada, se sitúa una serie de posiciones intermedias que tratan de fijar la limitación adecuada al *ius puniendi* y que tienen como punto de partida común la relación derecho penal subjetivo y objetivo.

Es ésa la posición correcta, también con miras a dar el punto de apoyo para que se cumpla la función de garantía del Derecho Penal (§ 2,2-4).

Según MANZINI, puede considerarse *derecho subjetivo del Estado* castigar, la potestad de exigir la sumisión a la pena de un sujeto, del cual se haya comprobado el carácter de reo, en los modos y en los límites establecidos por la ley (*Tratado*, Vol. I, pág. 111). Es decir, que para MANZINI, el límite del *ius puniendi* está dado por el derecho objetivo.

Arturo ROCCO dice que el mandato abstracto que presupone el precepto de la norma penal, al cometerse el delito, se convierte en una relación concreta: para el reo, la obligación de soportar o sufrir la pena; para el Estado, el derecho de infligirla (*L'Oggetto*, nro. 139). Esta última relación punitiva (*ius puniendi*) es bilateral: el Estado tiene un derecho y un deber: el derecho del Estado a la obediencia, y el correlativo deber del súbdito de obedecer.

También para el súbdito surge el derecho de que no se le imponga otra pena o restricción a la libertad que la establecida en la ley penal y en la sentencia. Por su parte, el Estado tiene la obligación de respetar estos límites impuestos por el derecho objetivo.

4 — CONCLUSIONES. A través del enfrentamiento entre Derecho Penal subjetivo y objetivo podemos alcanzar y ratificar las siguientes conclusiones:

a) Se reconoce que el Estado es el titular de la potestad de imperio, de la cual surge la facultad de acuñar delitos, determinar y ejecutar las penas.

b) El Derecho Penal objetivo es el límite justo y estricto de la facultad de reprimir.

c) El Estado, en la función de legislar, no puede amenazar con pena aquellas conductas subjetiva y objetivamente indiferentes, puesto que la facultad punitiva tiene vallas infranqueables fijadas por los dere-

chos de las personas (*Declaración Universal de Derechos del Hombre*).

d) La denominación más apropiada sigue siendo el *ius puniendi*, “tan cargada de problemas, que se esclarecen al tratar, en el aspecto filosófico, el fundamento de la penalidad” (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. I, 2da. ed., pág. 73, nro. 23).

§ 7

FUNDAMENTO Y ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE REPRIMIR

I. *Fundamentación*

Interesa saber en virtud de qué razones el Estado adopta la pena para aplicarla a quienes han delinquido y el juicio será, lógicamente, distinto, según sea la misión que a la pena se asigne. Por eso, sin superponer el problema del fundamento del Derecho Penal con el de función de la pena, a menudo será lógico y necesario referirse al segundo.

Cuatro son las ideas fundamentales alrededor de las cuales giran todas las teorías: retribución, prevención, corrección y defensa.

1 — TEORÍAS RETRIBUTIVAS son aquellas para las que la pena es la medida que corresponde al delito. Quien ha violado la ley, debe ser castigado.

Esta noción retributiva ha sido apoyada en principios *religiosos, morales y jurídicos*.

A. *Retribución divina*. La relación delito-pena está dada para STAHL por el orden moral de las cosas, merced al gobierno divino del mundo. Para este autor, el Estado no es una creación humana, sino la realización temporal de la voluntad divina. La pena vence la voluntad que cometió el delito y violó la ley suprema.

B. *Retribución moral*. Sostienen sus partidarios la exigencia ineludible de la naturaleza humana de que el mal sea retribuido con el mal, como al bien debe corresponder la recompensa.

Este principio general alcanza su forma más evolucionada a través de KANT, quien da como fundamento del derecho de reprimir el *imperativo categórico del deber*. Es exigencia indispensable de la ley la necesidad absoluta de razón.

C. *Retribución jurídica*. Es HEGEL quien formula esta doctrina, con estructura de sistema. Para este autor, el Estado persigue el mantenimiento del orden jurídico; el delito causa una *aparente* destrucción del Derecho, que la pena inmediatamente restablece, realizando la compensación jurídica.

El hecho del delincuente se vuelve contra él a través de la pena; por eso, cuando realiza el delito por su propia voluntad, quiere la violación del Derecho, que es tanto como si quisiera la pena.

La norma es para HEGEL que la propia conducta ha de aplicarse al autor de un delito, sin que tenga, por consiguiente, motivo alguno para quejarse.

Crítica. Las principales objeciones formuladas a las teorías retributivas pueden sintetizarse así:

a. Existe diferencia esencial entre la concepción de la justicia divina y la humana. No tomarla en cuenta nos llevaría a una presunción de infalibilidad en la justicia humana, que no se concilia con la idea de que el hombre es falible.

b. En lo que respecta a la absoluta necesidad de razón de la ley, es indudable que lo racional se realiza tendiendo a un *fin*; cuando el fin falta, la acción carece de fundamento y de sentido; decimos que no es racional. De tal suerte, la inexistencia de un fin quita la razón a la ley.

c. No se ve cómo, por el camino de la retribución, va a quedar compensado o reparado el delito. “El añadir un nuevo mal exterior, *como tal*, si de nada puede servir para enmendar el que ha causado el delincuente (caso de que tenga remedio), no es ciertamente más útil para compensar su culpa” (ROEDER).

2 — TEORÍAS INTIMIDATORIAS O DE PREVISIÓN. Como su nombre lo indica, se proponen prevenir la comisión de nuevos delitos, mediante el carácter intimidatorio que la ley lleva consigo. Esta idea central ofrece modalidades que son consecuencia del *medio empleado* y la *amplitud* del fin propuesto:

a) Sobre esas bases podemos distinguirlas en *ejecutivas* y *conminatorias*. Las primeras persiguen evitar la comisión de nuevos delitos

mediante *la aplicación y ejecución de la pena*; las segundas consideran que *la amenaza del castigo* logra el fin de prevención perseguido.

b) Las teorías ejecutivas se distinguen según se propongan evitar la comisión de nuevos delitos sólo por aquel a quien se aplica la pena (*prevención especial*) o por todos los individuos del grupo (*prevención general*):

A. *Prevención especial*. Como hemos adelantado ya, consideran objetivo de la ley penal el impedir ulteriores atentados por parte del delincuente sometido a la pena, por el temor que en él produce la posibilidad de sufrir una nueva condena. El representante más caracterizado de esta tendencia ha sido GROLLMAN.

B. *Prevención general mediante la pena*. A este concepto responde todo el sistema de las penas ejemplificadoras aplicadas especialmente en la Antigüedad y en la Edad Media. La pública ejecución de los condenados a muerte lo mismo que los suplicios a que se somete a los condenados en presencia del pueblo, persiguen intimidar a sus componentes. La pena ejerce así *función preventiva*, mediante el temor, *sobre todos los componentes del grupo*.

C. *Conminatorias de prevención general*. Persiguen estas teorías evitar la comisión de delitos, mediante el efecto que la amenaza de la pena fijada para el delito produce sobre todos los componentes del conglomerado social: consideran logrado el fin de *la prevención con la amenaza del castigo* (FEUERBACH).

3 — TEORÍA CORRECCIONALISTA. Esta teoría es, en realidad, de prevención especial, puesto que persigue evitar la comisión de nuevos delitos por parte del delincuente que cumple la pena, pero su principio medular es fundamentalmente distinto, ya que no sólo resta a la función del Derecho Penal toda idea de temor o de coacción, sino que da a la pena la misión de *un bien* para el delincuente: ROEDER lo considera “como casi menor de edad, necesitado de una segunda educación, que el Estado por exigencia del Derecho debe darle, para su propio bien” (*Las doctrinas fundamentales*, pág. 37).

La teoría de la *enmienda* o de reforma, como también se la denomina, alcanza su mayor esplendor en España, a través de la obra de DO-

RADO MONTERO, quien en su *Derecho protector de los criminales* realiza uno de los estudios más importantes en ese aspecto.

4 — TEORÍAS DE DEFENSA. Dentro del concepto de *defensa* pueden agruparse posiciones que suponen puntos de vista bastante distintos. Nos interesan particularmente la *defensa indirecta* de ROMAGNOSI, la *defensa justa* de CARRARA y la *defensa social*, que el positivismo combina con la *peligrosidad*.

A. *Defensa indirecta*. “El Derecho Penal no es otra cosa que el derecho de defensa, modificado por las condiciones sociales, o sea, una especie de derecho genérico de defensa”... “La sociedad tiene el derecho de hacer suceder la pena al delito, como medio necesario para la conservación de sus individuos y del estado gregario en que se encuentran” (ROMAGNOSI).

En el caso de un atentado hecho contra la existencia de un individuo —dice ROMAGNOSI—, se trata del ataque a una cosa que él tiene derecho a conservar por sí mismo y, juntamente con él, la sociedad toda. Contra el agresor injusto se ciernen, entonces, dos derechos: el que tutela al agredido y el que compete a la sociedad, en defensa de sus individuos y de sí misma (*Genesis*, págs. 76 y sigs.).

B. *Defensa justa*. En los lineamientos de su *Programa*, CARRARA expone los lineamientos de la teoría que se conoce como de la *defensa justa*.

La legitimidad que la defensa da al derecho de castigar, está limitada a su ejercicio adecuado, porque ese derecho “sólo es concebido en la medida en que hace falta para la *conservación* de los derechos de la humanidad”. Por eso, aun cuando el único fundamento lo constituya la defensa, el derecho ha de estar siempre subordinado a las reglas de justicia, que constituyen su esencia.

La defensa ha de ser, pues, *justa*. “Dando al castigo humano como único fundamento *la justicia*, se autorizaría una censura moral aun allí donde no existiera un daño sensible”. “Dando al castigo como único fundamento *la defensa*, se autorizaría la restricción de actos no malvados, so color de utilidad pública” (*Programa*, Vol. I, págs. 13 a 17 y § 601, nota 1).

C. *Defensa social*. A la teoría de la *defensa social* no se la puede considerar con independencia de los demás postulados del positivismo penal, pues sólo es uno de los engranajes de su concepción integral de la penalidad.

Aquí sólo interesa saber que FERRI formuló en muy pocas palabras la tesis de la defensa social: la sociedad tiene derecho a defenderse. Esta posición se alcanza partiendo de la concepción organicista de la sociedad. Como el hombre atacado por una enfermedad debe recurrir al médico para curarse, así la sociedad tiene el indiscutible derecho de defenderse inclusive de los alienados, a los que se aplican sanciones, no porque han delinquido sino por la razón de que ese delito afecta a la sociedad.

II. *La represión, facultad del Estado*

Las teorías que tratan de explicar por qué la facultad de represión está en manos del Estado, pertenecen en alguna medida al ámbito del derecho político. Estas concepciones no tratan de justificar sólo la colocación del *ius puniendi* en manos del Estado, sino la facultad de éste de determinar todo el ordenamiento jurídico.

1 — TEORÍAS CONTRACTUALISTAS. Para los contractualistas la facultad jurídica del Estado emana de un contrato social. La teoría de la asociación o del agrupamiento corporativo representó un antecedente directo de la teoría mecánica o mecanicista de la sociedad, más conocida con el nombre de *contractual*. En efecto, las corporaciones se establecían como por una especie de pacto general de sus miembros.

La expuso en sus lineamientos clásicos Thomas HOBBS: “Para asegurar la protección y el orden social se crea la sociedad política, de una manera artificial, mediante el contrato. El egoísmo es el motivo determinante de la autoridad y la ley. Esta última obedece a un deseo instintivo de conservación social. El principio de conservación obliga a los hombres a reunirse y someter su voluntad a determinadas leyes o normas de conducta. Cuando se llega a este momento, la voluntad del Soberano es la única fuente legal” (GETTELL, R. G., *Historia de las ideas políticas*, T. I, págs. 356 y sigs.).

Según John LOCKE, la ausencia de un pacto fundamental, de un Poder Judicial que dirima los litigios y la incapacidad de los indivi-

duos, para defender sus derechos contra toda injusticia, conduce a las vaguedades e incertidumbres de una situación insostenible. Para salir de este paso, forman los hombres la sociedad política, por medio del pacto social, cediendo su prerrogativa personal en la interpretación y ejecución de la ley natural, a cambio de la garantía de que ha de respetarse su derecho a la vida, libertad y propiedad (GETTELL, *Historia de las ideas políticas*, T. I, págs. 364 y sigs.; CARLINI, *La filosofía de John Locke*, Vol. II, págs. 135 y sigs.).

Dentro de esa teoría contractualista se sitúa también BECCARIA al dar la explicación del origen de las penas: “Libres y aislados sobre la faz de la Tierra, cansados de vivir en un estado de guerra continuo y fatigados por una libertad que venía a ser inútil por la incertidumbre de conservarla, sacrificaron los hombres una porción de ella por gozar la restante con paz y seguridad” (*De los delitos y de las penas*, Madrid, 1930, pág. 65).

La hipótesis pactista es falsa, si se la interpreta en sentido histórico: no se puede afirmar que se haya “celebrado” nunca un contrato social para fundar un Estado (KELSEN, *Teoría general del Estado*, Barcelona, 1934, pág. 29).

Llevada a su último extremo la tesis pactista, llegaríamos a la consecuencia de que el particular sólo puede ser obligado por el Estado a aquello que haya sido previamente asentido, y en tanto que estuviese de acuerdo en serlo; podría así, en todo tiempo, retirar el consentimiento otorgado.

2 — TEORÍAS ORGANICISTAS. Estas doctrinas equiparan la sociedad a un ser animal y los ciudadanos a las células que lo constituyen. “Las leyes de socialización del hombre son las mismas y responden a los mismos principios de las del reino animal” (ESPINAS).

Quien da el aporte más importante al organicismo es SPENCER y no ya como pura idea filosófica, sino más bien como un instrumento metódico de base biológica. Los rasgos fundamentales en que consiste la analogía entre el organismo animal y el social son para él los siguientes: a) el crecimiento es un proceso común a ambos; b) todo aumento de volumen está acompañado de una evolución en la estructura; c) la diferenciación en las estructuras lleva consigo una diferenciación en las funciones; d) a una mayor diferenciación del órgano, con especialización de funciones, tanto en el organismo biológico como en el social,

corresponde una mayor dependencia recíproca de las partes diferenciadas; e) la vida, tanto de un organismo como de una sociedad, está producida y condicionada por la vida de sus ingredientes o unidades (*La Ciencia Social*, Buenos Aires, 1942, pág. 37).

Bueno es recordar que sobre esa base apoyaron sus teorías autores pertenecientes al positivismo penal. Así, GARÓFALO afirma que del mismo modo que todo el organismo reacciona contra la violación de las leyes que regulan sus funciones naturales, en toda asociación sucede lo mismo: FERRI concluye que la penalidad no es más que una *desasimilación artificial* de los elementos nocivos.

3 — TEORÍAS JURÍDICAS. Las teorías jurídicas consideran el Estado como la esencia misma del Derecho, y es la propia necesidad de sometimiento a un orden jurídico lo que le da su razón de ser.

Dice KELSEN: “Para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su Derecho son un solo y mismo sistema de coacción” (*Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, 1960, pág. 196). Y en otra parte afirma: “Si el Estado es el orden jurídico, la teoría del Estado tiene que coincidir con la teoría del Derecho” (*Teoría general del Estado*, pág. 59).

§ 8

LA RESPONSABILIDAD PENAL: DOCTRINAS

El delincuente debe soportar las consecuencias legales de su infracción; es decir, obligarse por ellas. Tal es el sentido etimológico de la palabra *responsabilidad*.

El problema de la responsabilidad penal puede reducirse a dos extremos: la libertad y el determinismo en el hacer humano. Entre ellos se sitúan las diversas doctrinas intermedias. Veamos las líneas esenciales de estas posiciones.

1 — IMPUTABILIDAD MORAL. A partir de BECCARIA nace y se desarrolla una doctrina jurídica del Derecho Penal (*Del delitti e delle pene*, 1764). Los autores posteriores forman una corriente científica, que FERRI denominó *Escuela clásica* (*Principios*, 1933, pág. 40), que en materia de responsabilidad se ciñe al principio de la libertad moral.

El hombre es un ser inteligente y libre, por lo que es capaz de comprender la naturaleza del acto que realiza, y de elegir entre realizarlo o no. Puesto en la disyuntiva de optar entre el bien y el mal, al decidirse por este último obra voluntariamente. En consecuencia, es responsable del daño que su elección ocasiona y pasible de pena por haber obrado mal.

Para CARRARA la imputabilidad descansa: a) en la imputación física; b) debe existir imputación moral; c) el acto tiene que ser querido libremente; d) es menester, además que el acto moralmente imputable a alguno como malo, sea políticamente dañoso; e) no puede ser delito un acción si no ha sido expedida y promulgada la ley que la prohíbe (*Programa*, § § 1 a 20).

Tan arraigado estaba el principio del libre albedrío entre los penalistas de la época, que CARRARA escribe: “Yo no me ocupo de cuestiones filosóficas: presupongo

aceptada la doctrina del libre albedrío y de la imputación moral del hombre, y sobre esta base edificada la ciencia criminal, que mal se construiría sin aquélla" (Prefacio a la quinta ed. del *Programa*).

2 — RESPONSABILIDAD SOCIAL. En la segunda mitad del siglo pasado el Derecho Penal es captado por la corriente positivista que dominó en el campo científico. Surge de ella la *Escuela positivista de Derecho Penal*, inspirada en un principio que es la negación del libre albedrío: *el determinismo*.

El hombre no obra por propia determinación sino por la acción de causas hasta entonces desconocidas, que originan sus acciones y reacciones. Nace así la tesis de la *responsabilidad social*.

Sintetiza FERRI el concepto de la responsabilidad social en estos términos: "Los actos del hombre pueden serle imputados, y él es, por lo tanto, responsable de ellos, porque vive en sociedad" (*Sociología criminal*, T. II, pág. 92).

La responsabilidad no puede basarse en una libertad moral que es sólo una ilusión creada al abrigo de la ignorancia. Se sustenta así la responsabilidad social sobre dos pilares: a) la sociedad tiene derecho a defenderse de los delincuentes; b) esa defensa se ejerce con independencia de toda consideración de libertad moral.

Ya antes de las publicaciones de LOMBROSO, punto de partida del positivismo penal, un autor italiano, Giovanni BOVIO, escribe su *Saggio critico del Diritto Penale* (2da. ed., Napoli, 1876), donde manifiesta que en el acto de cada delincuente, de cada hombre, no debía verse única y exclusivamente una manifestación de libre voluntad. Las formas de vida individuales están influidas por la naturaleza que las circunda, por la tradición histórica del pueblo a que pertenecen y que ha ido creando determinadas costumbres e instituciones y por el ambiente social que le ha impartido su educación inmediata. Escribe BOVIO, ya antes de FERRI: "En todo delito participan como cómplices la naturaleza, la sociedad y la historia; y no existe una matemática que discrimine la parte de esos cómplices" (*op. cit.*, pág. 79).

3 — TEORÍAS INTERMEDIAS. Un tercer grupo de teorías, a las que podemos denominar *intermedias*, acepta la responsabilidad moral, pero sin fundamentarla en el libre albedrío.

La *Terza Scuola*, cuyo expositor más caracterizado es Bernardino ALIMENA (*Principios de Derecho Penal*, Madrid, 1915), sostiene:

La responsabilidad "surge del fundamento cierto de la voluntad y de los motivos que la determinan" y se identifica con la "dirigibilidad" del sujeto, o sea con su aptitud para sentir la coacción psíquica.

La conducta se puede, pues, dirigir mediante amenazas de mal futuro, para que la voluntad se abstenga de delinquir; de modo que la voluntad se halla determinada por múltiples factores; uno de ellos es el que resulta de un sistema penal.

La conducta humana y su dirigibilidad varía de individuo a individuo, habiendo casos en que la misma es imposible, como sucede con el loco. Aplicando este criterio de la dirigibilidad y de la no dirigibilidad, ALIMENA hace una clasificación de los individuos: 1) de conducta dirijible, y 2) de conducta que no podemos dirigir.

Para aquellos cuya conducta no se puede dirigir, la consecuencia penal no será una pena, sino medidas tendientes a que el individuo pueda llegar a dirigir sus acciones; son las medidas de seguridad.

VON LISZT basa su concepto de la responsabilidad en la facultad de obrar normalmente (*Tratado*, T. II, págs. 384 a 386). Cuando faltan los elementos que sirven de base a la imputabilidad, esos sujetos están fuera del campo del Derecho Penal, pero caen en la órbita del Estado.

Las medidas defensivas que el Estado emplea contra los delinquentes son las *penas* y las *medidas de seguridad*. Se aplican las penas a los normales, a los corregibles, en tanto que las medidas de seguridad se hallan destinadas a los anormales, de tal manera que desaparezca la causa que los llevó al delito.

4 — DOCTRINA DE LA PELIGROSIDAD. Pronto advirtieron los defensores del positivismo penal que la doctrina de la responsabilidad social no resultaba suficiente para resolver el problema: afirmar que el ser humano es criminalmente responsable porque vive en sociedad, no es fundamentar la responsabilidad. Del mismo modo podría decirse que todos los *derechos* son válidos para quienes viven en sociedad; porque es la agrupación social, precisamente, la razón de ser del orden jurídico.

GARÓFALO es quien aporta la idea de que la penalidad debe adaptarse a la *temibilidad* del delincuente. Dice que por tal debe entenderse “la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad de mal previsto que debe temerse por parte de él” (*Di un criterio della penality*, Napoli, 1880).

El vocablo *temibilidad* no resultaba el más adecuado para significar lo que su autor se proponía, por lo que pronto fue sustituido por el de *peligrosidad*, que se ha seguido utilizando universalmente. Para esta

doctrina, *el autor de un delito es responsable de éste si es peligroso y en la medida de su peligrosidad.*

Bastantes años después, GRISPIGNI definió la peligrosidad como *la muy relevante probabilidad de una persona de convertirse en autora de un delito* (“La pericolosità criminale e il valore sintomatico del reato”, en *Scuola Positiva*, 1920; véase, también, *Introduzione alla Sociologia Criminale*, Torino, 1928).

Una de las consecuencias a que llegó la tesis peligrosista fue propugnar la intervención estatal, sin delito, cuando se comprobara el “estado peligroso” en alguno de los individuos del grupo. Esta opinión favorable a la intervención predelictual del Estado despertó serias y fundadas resistencias, apoyadas en la defensa de las garantías individuales.

Sólo importa señalar aquí la función, que en materia de *responsabilidad* se quiso señalar a la peligrosidad. En el capítulo dedicado al autor el tema es tratado con la debida extensión.

PARTE PRIMERA

TEORÍA DE LA LEY PENAL

FUENTES DEL DERECHO PENAL

1 — TERMINOLOGÍA. En la ciencia jurídica se habla de fuentes del Derecho atribuyéndose a la palabra una doble significación: en primer término, debemos entender por “fuente” el “*sujeto*” que dicta o del cual emanan las normas jurídicas; en segundo lugar, el modo o medio por el que se manifiesta la voluntad jurídica, es decir, la forma como el derecho objetivo se cristaliza en la vida social. Este doble significado da lugar a la distinción entre *fuentes de producción* y *fuentes de cognición o de conocimiento* (GRISPIGNI, *Diritto Penale italiano*, Vol. I, págs. 303 y sigs.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. II, nro. 571).

2 — FUENTES DE PRODUCCIÓN. Siendo monopolio del Estado la facultad de acuñar delitos y fijar sus penas, él se constituye en la única fuente de producción del Derecho Penal.

En la Argentina es el Estado, de modo excluyente, quien está facultado para producir el Derecho Penal. Esta afirmación no ha de ser entendida, sin embargo, como referida al Congreso; no es privativo del Congreso el derecho de castigar, sino el de dictar el Código Penal. Por disposición expresa del artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, el Congreso es el órgano encargado de dictar el Código Penal para toda la República. Esto podría hacernos pensar que es el Congreso Nacional, como *Poder* del Estado, la única fuente de producción de nuestro Derecho, pero la ley penal no es sólo el Código, sino también toda la disposición de orden penal que se encuentre en las leyes de la Nación o de sus provincias. Y si bien es cierto que los *delitos* sólo pueden ser determinados por el Poder Legislativo federal, las provincias mantienen la facultad de inculpar faltas, o contravenciones, relacio-

nadas con las facultades explícitamente reservadas (arts. 32 y 121, Const. Nac.).

3 — LIMITACIÓN: DELITOS DE IMPRENTA. El artículo 32 de la Constitución Nacional, luego de la reforma introducida por la Convención Constituyente de 1860, quedó redactado en estos términos: *El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.*

Ese texto no sufrió modificaciones en 1994.

Como consecuencia de la disposición transcrita, deben ser claramente distinguidos *los delitos de imprenta verdaderos y propios, de los delitos comunes para cuya ejecución la prensa ha sido sólo el medio, que no llega a modificar su naturaleza. La disposición constitucional sólo alcanza a los primeros; los segundos se rigen por el Código Penal y las leyes penales de la Nación.*

He aquí el núcleo de la tesis diferenciadora de ESTRADA: "Por medio de la prensa pueden cometerse delitos que calificaré en dos grupos. Pueden cometerse actos contrarios al derecho positivo y al derecho natural, en los cuales la prensa no es empleada sino como *instrumento accidental*; y pueden cometerse actos igualmente contrarios al derecho positivo y natural que no podrán ser ejecutados sin la prensa. Los primeros son *delitos comunes* cometidos por medio de la imprenta; los otros son *delitos de imprenta* propiamente dichos, o de otra manera, abusos de la libertad de escribir, y entiendo por las razones que expondré más tarde, que la jurisdicción competente para juzgar los unos y los otros debe ser distinta...

Y añade: "Yo pretendo que los delitos del primer grupo, es decir, todos aquellos contrarios a la ley y calificados como delitos, en los que la prensa no es sino un instrumento accidental para perpetrarlos, deben caer bajo la jurisdicción ordinaria. Los delitos son calificados por su naturaleza, y de ninguna manera por el instrumento por el cual se cometen" (*Curso de Derecho Constitucional*, 1902, T. I, págs. 238 y sigs.).

Siguen ese criterio buena parte de nuestros autores y la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación (GONZÁLEZ ROURA; MALAGARRIGA, C.; BIDART CAMPOS, E.D., 6-V-1969; C.S.J.N., Fallos, t. 205, pág. 545; L.L., 13-VIII-1964).

El propósito de no dejar impunes los delitos comunes cometidos por la prensa fuera de la jurisdicción nacional, decidió a las provincias a sancionar normas adoptando las figuras del Código Penal por las que se definen los delitos que más frecuentemente se cometen por ese medio, tales como la injuria, la calumnia y el desacato.

4 — FUENTE DE COGNICIÓN: LA LEY. *En materia penal*, en nuestro régimen institucional, *no hay más fuente de Derecho que la Ley*. La costumbre, la jurisprudencia y la doctrina podrán tener influencia más

o menos directa en la sanción y modificación de las leyes, pero *no son fuentes* de Derecho Penal.

La ley debe ser la *única fuente del Derecho Penal*. La ley es *advertencia y garantía*: advertencia de que será penado quien cumpla la conducta que la ley describe, y garantía de que sólo en tales casos el Estado pondrá en funcionamiento el resorte penal. Es ésa la conducta central de la misión de garantía del derecho represivo: *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*.

La Constitución Nacional tiene diversas disposiciones en materia penal. Se refieren a la *ley penal* los artículos 16, 18, 19, 24, 31, 32, 72 inciso 12; 118, 119 y 126. Se vinculan a *delitos* los artículos 14, 15, 17, 18, 21, 22, 29, 36, 75 inciso 12; 118, 119, 126 y 127. Se refieren a *penas* los artículos 17, 18, 23, 29, 69 y 119. Son relativos a la *aplicación personal* de la ley penal los artículos 16, 53, 59, 60, 68, 69, 70, 110, 114 inciso 5°; 115 y 117. Aluden a la *renuncia de la potestad punitiva* estatal, los artículos 75 inciso 20 y 99 inciso 5°.

5 — CARACTERES DE LA LEY PENAL. Es necesario determinar cuáles son los caracteres que la ley penal debe revestir, en cuanto es fuente de cognición.

JIMÉNEZ DE ASÚA agrupa los caracteres de la ley penal sobre la base de las siguientes notas esenciales:

- a) Ser exclusiva, puesto que sólo ella crea delitos y establece sanciones.
- b) Ser obligatoria, ya que todos han de acatarla, tanto el particular como el funcionario y los órganos del Estado.
- c) Ser ineludible, puesto que las leyes sólo se derogan con otras leyes.
- d) Ser igualitaria, ya que la Constitución Nacional proclama la igualdad de todos los habitantes ante la ley.
- e) Ser constitucional, desde que la ley inconstitucional se excluye para el caso concreto (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. II, nro. 615).

A los caracteres señalados, agregaremos una peculiaridad de las leyes penales: la autonomía de cada precepto, dentro del mismo sistema jurídico-penal; es decir, *no hay comunicabilidad* entre los mismos. Toda acción que no se identifica con un tipo penal es para el Derecho Penal indiferente.

La ley penal se *estructura* sobre la base del precepto y de la sanción. Si se dan los requisitos establecidos en el precepto (A), entonces

procede la aplicación de la sanción (B). Si A, entonces B. El tipo del artículo 79 del Código Penal reprime con reclusión de ocho a veinticinco años al que matare a otro.

El precepto está constituido por la acción de matar a otro. La sanción, por la reclusión o prisión de ocho a veinticinco años.

Vincúlase esta cuestión con la distinción que debe hacerse entre *norma* y *ley penal* pues el delincuente viola norma y cumple la ley (T. II, § 28-5; confróntese sobre ambos tópicos, TERÁN LOMAS, Robertó A. M., *Tratado*, T. I, pág. 141; FIERRO, Guillermo J., *La Ley Penal y el Derecho transitorio*, Buenos Aires, 1978, pág. 33; ARGIBAY MOLINA, José F.; DAMIANOVICH, Laura T. A.; MORAS MOM, Jorge R.; VERGARA, Esteban, *Derecho Penal*, Buenos Aires, 1972, T. I, pág. 102).

6 — *NULLUM CRIMEN SINE LEGE*. Hemos dicho que la materia relacionada con las fuentes del Derecho Penal está regida por el principio fundamental *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*.

El principio *nullum crimen sine lege* debe ser considerado en tres aspectos, a saber: el de la exclusividad; el de la irretroactividad; el de la prohibición de la analogía. Por el primero, sólo la ley puede crear delitos; por el segundo, la ley que crea el delito ha de tener vigencia anterior al hecho amenazado con pena; por el tercero, la ley debe prever las acciones punibles con límites claros y definidos, entregando así el instrumento eficaz para evitar la aplicación analógica de la ley. Se impone con ello una peculiar modalidad en la redacción de la ley penal: *previsión por medio de tipos autónomos no extensibles*.

La Constitución Nacional declara: “*Ningún habitante de la Nación Argentina puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al proceso*”.

Cualquier voluntarismo al través del cual puedan crearse delitos por conducto distinto al de la ley, es la negación misma del Derecho Penal y contrario a nuestra Carta Fundamental.

Este principio halla su origen en las concesiones hechas por el rey JUAN SIN TIERRA a los nobles de Inglaterra en la Carta Magna de 1215, según la cual ningún hombre libre podía ser constituido en prisión, desterrado, exterminado o de alguna manera destruido, sino por el legal juicio de sus pares según la ley de la tierra. La Constitución de los Estados Unidos lo recepta a través de la prohibición de las leyes *ex post facto* (cfr.: JESCHECK, J. H., que encuentra su origen en el contrato social de la Ilustración. *Tratado*, T. I, pág. 177).

7 — *NULLA POENA SINE LEGE*. La misma disposición constitucional contiene el principio *nulla poena sine lege*, al que pueden fijársele tres funciones distintas:

a) *Nulla poena sine lege praevia* (ninguna pena sin ley penal previamente promulgada). Este principio supone la *prohibición de la retroactividad* de nuevas y más severas leyes penales.

b) *Nulla poena sine lege scripta* (ninguna pena sin ley penal escrita). Prohíbe el derecho consuetudinario y su aplicación en el ámbito penal, para la creación o agravación de tipos.

c) *Nulla poena sine lege stricta* (ninguna pena sin mandato expreso-textual de la ley). Esta función persigue limitar la aplicación de la ley en la medida en que es rechazada la analogía; también aquí se impone la ley penal que describe y da comunicabilidad a los tipos penales.

De la concurrencia de estas tres expresiones del principio *nulla poena sine lege* resulta el presupuesto de la “fijación legal de la punibilidad”: a) hechos sujetos a pena (tipos); b) al menos, la especie de pena (MAURACH, *Tratado*, T. I, § 8. v a 4-).

8 — LEYES PENALES EN BLANCO. La negación de toda otra pretensión punitiva que la que nace de la ley penal, nos lleva de la mano a la consideración de las llamadas leyes en blanco, denominación que tiene su origen en BINDING (*Die Normen*, Vol. I, § 24). En ellas está determinada la sanción, pero el precepto a que se asocia esa consecuencia (la pena) sólo está formulado como prohibición genérica, que deberá ser definido por una ley presente o futura, por un reglamento, o incluso por una orden de la autoridad. Esta modalidad en la redacción de los tipos penales no se contradice con el principio de la ley previa (MAURACH, R., *Tratado*, T. I, § 8, v, A, 4 y § 62, B. 2).

Siguiendo a MEZGER, se distinguen tres formas de tipos necesitados de complemento:

a) El complemento se halla contenido en la misma ley. Es un problema de técnica legislativa. Se formula en primer término la prohibición legal y después, en un párrafo de conjunto, se sancionan con determinadas penas las infracciones de tales y cuales párrafos de la ley.

b) El complemento se halla contenido en otra ley, pero emanado de la misma instancia legislativa. Como ejemplo podemos citar el artículo 206 del Código Penal, que reprime al “que violare las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal”.

c) El complemento se halla contenido en otra ley (en sentido material) atribuido a otra instancia o autoridad. Éstas son las leyes penales en blanco, en sentido estricto (MEZGER, JIMÉNEZ DE ASÚA, NÚÑEZ). Como ejemplo podemos dar el artículo 206 del Código Penal argentino: “Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el que violare las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia”.

9 — LOS DECRETOS-LEY. El artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional, al circunscribir al Congreso nacional la facultad de dictar el Código Penal, ha querido asegurar la garantía de libre discusión del Código y de las leyes penales complementarias y el sometimiento a ese sistema de sanción de las leyes, que apacigua los ánimos y permite serenar los espíritus.

A partir de que los decretos-ley de nuestros gobiernos *de facto* han sido reconocidos, en términos generales, por el Poder Judicial y convalidados *a posteriori* por el Congreso, no puede negarse que, de hecho, fueron investidos de validez (AFTALIÓN, E. R. y AFTALIÓN, M. E., “Los decretos leyes ante la Constitución real”, *L.L.*, t. 114, 1964, pág. 872). En efecto, la Corte Suprema de Justicia, después de alguna vacilación (*L.L.*, t. 88, pág. 254, fallo 41.183, *in re* MOUVIEL), finalmente validó los decretos leyes en materia penal dictados por gobiernos *de facto*, habiendo entendido que las garantías constitucionales se cumplen si la norma es *previa* y *razonable*, aunque no emane del Poder Legislativo (*Fallos*, t. 240, pág. 237; *L.L.*, t. 91, pág. 499, fallo 42.461; *id.*, pág. 508, fallo 42.262).

En la *corriente jurisprudencial* hallamos dos etapas claramente marcadas:

Hasta el año 1947, la Corte Suprema de la Nación negó al Poder Ejecutivo *de facto* facultades legislativas penales, manifestando que tal ejercicio repugnaba y contrariaba al artículo 18 de la Constitución Nacional (*Fallos*, t. 169, pág. 309; t. 173, pág. 311; t. 204, págs. 345 y 359). Es la tesis de la *inconstitucionalidad* y de la *caducidad*, condensada en el fallo citado al tomo 169, página 309, *in re* “Malmonge Nebreda”, que constituye un verdadero *leading case* sobre la materia.

A partir del año 1947, la Corte Suprema declara la validez de los decretos-ley en materia penal, dictados por el Poder Ejecutivo *de facto* y su vigencia con posterioridad a dicho período *de facto*, sin necesidad de la ratificación del Congreso, si la norma es *previa* y *razonable*. Es la tesis de la *validez* y de la *continuidad* (*Fallos*: 208:562, 240:237, 270:484, 291:55, 293:213, 295:706; *L.L.*, t. 91, pág. 499; *L.L.*, t. 132, pág.

336. Véase también, PEREYRA PINTO, Juan C. y DANIELIAN, Miguel, “A cincuenta años de la doctrina *de facto*”, *L.L.*, 3-IX-1980 y NINO, Carlos S., “Una nueva estrategia para el tratamiento de las normas *de facto*”, *L.L.*, 30-IX-1983. Un fallo reciente se pronunció por la validez de las normas dictadas por los gobiernos *de facto* en tanto no sean expresamente derogadas (C.S.J.N., 27-XII-1996, “Herraiz, Héctor E. c/ Universidad de Buenos Aires”).

A partir de 1973 la Corte señaló que las normas dictadas por un gobierno de esas características a título de leyes carecen de legalidad en su origen, pero pueden legitimarse en razón de su efectividad que consiste en la aplicación que hacen de ellas los gobernantes en sus actos, los jueces en sus sentencias y los particulares en su proceder, en tanto se atengan voluntaria o forzosamente a ellas como normas obligatorias (*Fallos*: 286:62).

En el año 1973, al constituirse el Congreso, abrogó todas las normas penales dictadas durante el período gubernamental inmediatamente anterior, en razón de no haber sido dictadas por el órgano legislativo natural. No lo hizo, en cambio, el Congreso que se instaló en 1983, que recién derogó las disposiciones de la ley *de facto* 21.338 —salvo las que convalidó expresamente— ocho meses después de instalado, con la sanción de la ley 23.077 llamada “De Defensa de la Democracia” (*vid. supra*, § 5, VI).

10 — LA COSTUMBRE. Al hacer el estudio de las fuentes del derecho común, se incluye la costumbre. Tal papel no lo desempeña en el ámbito penal: *la costumbre no es fuente de Derecho Penal*.

A la aplicabilidad del derecho consuetudinario se opone la función de garantía de la ley penal, representada por el principio *nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenale*, a la que ya nos hemos referido.

Debe distinguirse, sin embargo, la *costumbre integrativa*, la que puede erigirse en fuente *mediata*, cuando la ley penal es de las llamadas en blanco, y se remite a otras, civiles o comerciales, regidas por la costumbre. No puede darse mayor significación a la costumbre sin incurrir en una contradicción con lo anteriormente dicho (VON LISZT, *Tratado*, T. 2, § 18, I, 1; SOLER, T. I, § 13, IX).

11 — LA JURISPRUDENCIA es la doctrina establecida, por vía de interpretación, por los tribunales superiores de justicia a través de sentencias reiteradas y coincidentes. La jurisprudencia *no es* fuente de Derecho Penal en el sistema codificado.

Puede asumir influencia en la interpretación y en la reforma y sanción de las leyes penales, pero no es fuente de Derecho. La individualización de la norma que se hace en los fallos, debe atenderse como *elec-*

ción de aquella que resulte aplicable al caso, y su interpretación, como eso, *interpretar*, pero nunca realizar una labor análoga a la del que legisla.

Los *fallos plenarios* son jurisprudencia *obligatoria* en la justicia nacional para el tribunal que los dictó y para los jueces que dependan de él. El artículo 27 del decreto ley 1285/58, ratificado por la ley 14.467, establece que las Cámaras de Apelaciones se reunirán en tribunal pleno, entre otras cosas, “para unificar jurisprudencia de las Salas o evitar sentencias contradictorias” (inc. b) o “para fijar la interpretación de la ley aplicable al caso, cuando la Cámara, a iniciativa de cualquiera de sus Salas, entendiera que es conveniente”. Agrega la disposición: “La interpretación de la ley aceptada en una sentencia plenaria es de aplicación obligatoria para la misma Cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales la Cámara que la pronuncie sea tribunal de alzada, sin perjuicio de que los jueces de primera instancia o de Cámara dejen a salvo su opinión personal. Sólo podrá modificarse aquélla por medio de una nueva sentencia plenaria”.

Sobre su constitucionalidad, cuestionable por configurar una forma de legislación judicial, atentatoria contra la división de poderes y contra lo establecido en el artículo 100 de la Carta Fundamental, se pronunció la Corte Suprema sosteniendo que lo dispuesto en un tribunal plenario no tiene por objeto legislar, sino fijar la doctrina legal correspondiente (*Fallos*, 298:252).

Los fallos de la Corte Suprema no establecen una doctrina obligatoria para otros tribunales, aunque se aconseja su observación por los tribunales inferiores (C.C.C., *Doctrina Judicial*, 15-X-1997, pág. 499).

12 — LA DOCTRINA. Como la jurisprudencia, puede resultar útil, tanto en la interpretación como en la sanción de la ley, pero la doctrina *no es*, en ningún caso, fuente de Derecho Penal.

13 — LA PARTE GENERAL DEL CÓDIGO Y LAS LEYES PENALES. Prescribe el artículo 4º del Código Penal que: *Las disposiciones generales se aplicarán a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario*. De esta manera se mantiene la coherencia en el ordenamiento jurídico-penal y las reglas sobre imputabilidad, justificación, inculpabilidad, tentativa, participación, ejercicio de las acciones, etcétera, contenidas en el Código son de aplicación a cualquier hecho delictivo contemplado en una ley especial en cuanto ésta no dispusiere otra cosa con relación a dichos aspectos. Si bien en términos generales las leyes no se apartan de esta disposición, alguna, como el Código Aduanero (leyes 22.415 y sus modificatorias), lo hace. Es así que el artículo 872 impone la pena del delito consumado para la tentativa, con lo que deja de aplicar los artículos 42 y 44 del Código Penal.

INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL

I. *Concepto*

1 — NEGACIÓN. Una vez sancionada la ley penal, es necesario interpretar-la, lo cual es tanto como “comprender” lo que ella dice en abstracto, para ser aplicada al caso concreto, llenando de valor los preceptos jurídico-penales (MAURACH, *Tratado*, T. I, § 9 A., 1). Es indudable que cuando la ley se interpreta, la operación se integra con un subjetivismo inevitable. Esta necesidad no fue reconocida en todo tiempo, siendo negada y aun proscripta la labor interpretativa, aunque esa posición estuvo inspirada en motivos distintos:

Por un lado, se temió un quebrantamiento del Derecho Penal en beneficio del autor y, con ello, *un debilitamiento de la autoridad estatal*. Así se explica la aspiración de ciertos legisladores del siglo XVIII, de sustraer el contenido de sus códigos penales a todo comentario, y consiguientemente, a toda profundización científica.

Por otro lado se produce la *reacción contra los abusos del poder*, que encontró en el voluntarismo penal la vía por la que puede llegarse a condenar sin ley previa. Es bien conocida la posición de BECCARIA y MONTESQUIEU; el primero niega a los jueces penales la facultad de interpretar las leyes, por la razón de que no son legisladores; el segundo afirma que es conforme a la naturaleza del gobierno republicano la imposición de que los jueces se abstengan a la letra de la ley, no debiendo interpretarla (BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Torino, 1874, § 4; MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Vol. VI, cap. 3).

2 — NATURALEZA DE LA OPERACIÓN. Hoy se acepta sin discusión que las leyes deben interpretarse. Ahora bien, ¿qué es interpretar las leyes? ¿Cuál es la naturaleza de la operación o labor interpretativa? Dice JIMÉNEZ DE ASÚA que la interpretación es una operación jurídica que se dirige a descubrir la voluntad de la ley en función de todo el ordenamiento jurídico y las normas superiores de cultura a fin de aplicarla a los casos concretos de la vida real (*Tratado*, T. II, nro. 637).

En síntesis, interpretar consiste en materializar la voluntad abstracta de la ley, a través de la mente del juzgador, quien al juzgar realiza un juicio de valor que es fruto de la relación entre la conducta que se contempla y la norma. El criterio que califica la conducta de esta operación, reside esencialmente en *el fin del precepto jurídico en el momento de su aplicación* (MAURACH, *Tratado*, T. I, § 9, B. 1; WELZEL, *Derecho Penal*, § 5, II).

3 — DEBE RECONOCERSE A LA INTERPRETACIÓN UNA FUNCIÓN CREADORA. Se discute si la interpretación es o no creadora. Una cosa es la función creadora, en general, y otra la *creadora de Derecho*, en particular; nos referimos aquí a la primera. La jurisprudencia y la doctrina no son fuentes de Derecho Penal, con lo que queda dicho que la interpretación realizada por tales vías *no puede ser creadora de Derecho*.

La *función creadora* de la interpretación es indudable, dada su naturaleza; se trata de llegar, mediante el conocimiento, al *exacto sentido de la ley*, a su *verdadera voluntad*. De la ley, y no del legislador, como frecuentemente se ha dicho. Sancionada la ley, ella tiene su propia voluntad, y no obsta que el legislador haya querido decir otra cosa; es la *voluntad de la ley*, que se manifiesta a través de su texto, la que interesa captar.

Directamente vinculadas a esta cuestión están las *erratas de imprenta* y los llamados *defectos de redacción*. En el primer caso, se trata de errores tipográficos producidos al llevarse a la estampa el texto original; en tales casos, no hay duda de que el texto original es el que vale; las erratas deben salvarse. Los defectos de redacción se dan en los casos en que el legislador ha querido decir una cosa distinta de la que realmente dice la ley. “En tales supuestos, es ley lo promulgado, no obstante el defecto de redacción” (MEZGER, *Tratado*, T. I, § 11, I). El camino es una ley aclaratoria.

II. Clases de interpretación

Se acostumbra distinguir la interpretación desde tres puntos de vista: a) según quién la realiza; b) por el medio o método empleado; c) por los resultados obtenidos. Esta última es muy discutible como *modo* de interpretación.

A. SEGÚN EL INTÉRPRETE. Atendiendo al sujeto que realiza la interpretación ésta se distingue en *auténtica*, *judicial* y *doctrinal*.

a) *Interpretación auténtica*. Llámase *auténtica* la que realiza el mismo órgano que dictó la ley, lo cual puede ocurrir dentro de su mismo texto o en otras leyes posteriores; a la primera se la denomina *interpretación contextual*. Si hemos de atenernos a quién hace la interpretación, es más exacto llamarla *legal* o *legislativa*, puesto que la interpretación es hecha en estos casos por una ley. Esta denominación propuesta por nosotros, es seguida ahora por NÚÑEZ (*Manual*, pág. 82).

La interpretación auténtica tiene idéntica obligatoriedad que la disposición interpretada, pues también es ley, y para su sanción se han cumplido idénticos requisitos. Un caso de interpretación auténtica y contextual es el de los artículos 77 y 78 del Código Penal. En ellos se determina el modo de contar los plazos y se fija el valor de las palabras “reglamento”, “ordenanza”, “funcionario público” y otras empleadas en el Código.

Para ser *verdaderas leyes interpretativas*, no han de introducir disposiciones nuevas o distintas de las ya existentes, ya que ésa no es función del intérprete, sino del legislador; *la retroactividad* que generalmente se reconoce a la ley interpretativa, *no puede admitirse para la disposición nueva*. La retroactividad de las leyes interpretativas debe entenderse en el sentido de *aclaración* de la ley para su aplicación a los casos aún no juzgados. La ley más benigna es aplicable en virtud de la retroactividad prevista en el segundo párrafo del artículo 2º del Código Penal.

b) *Interpretación judicial*. Es la que realizan los tribunales al aplicar la ley. Sólo obliga en el caso juzgado. La naturaleza intrínseca de la función interpretativa del juez en nada se diferencia de la realizada por la doctrina (sobre los *fallos plenarios*, véase *supra*, § 9, 11-).

c) *La interpretación doctrinal*. Es la efectuada por el especialista con el propósito de llegar al verdadero sentido de la ley. No obliga en ningún caso.

B. SEGÚN EL MEDIO de que el intérprete se vale, o el criterio que lo inspira, se distingue en interpretación *gramatical*, *teleológica*, *sistemática* y *progresiva*.

a) *Gramatical*. Toda tarea interpretativa debe comenzar dando a las palabras su sentido *gramatical*. Si no se presentan dificultades, los demás medios son innecesarios, aunque pueden usarse como comprobación: la ley es clara. Ésta es la *interpretación* más antigua en el proceso de esclarecimiento de las leyes (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. II, nro. 652).

Cuando el texto legal contenga palabras que pueden tener un significado común que le da el uso corriente y otro técnico, *la regla* es que la acepción que debe elegirse es la segunda; pero esto no debe tomarse de modo absoluto, ya que puede ocurrir que el legislador haya dado a la palabra el uso corriente y es tarea del intérprete el determinarlo.

El Código Penal, en el artículo 86, inciso 2º, declara que no es punible el aborto cuando el embarazo proviene de una violación cometida sobre una mujer idiota o demente. No podemos interpretar las expresiones *idiota* y *demente*, en su acepción técnica científica; al decir *idiota* o *demente*, la ley emplea la acepción de formas psiquiátricas de insuficiencia mental; sin embargo, es claro que la ley ha querido referirse al que tiene una insuficiencia o alteración mental, comprendiéndolos a ambos, y es éste el sentido que debe darse a *las palabras* de la ley.

b) *Teleológica*. *Interpretación teleológica* es aquella que se propone conocer la voluntad de la ley con arreglo al *fin perseguido*. Resulta importante a esta forma de interpretación conocer el bien jurídico tutelado, para una justa valoración de los elementos de la figura delictiva. Ello es de fundamental importancia, pues el Derecho Penal es protector de bienes jurídicos. La averiguación y delimitación de los valores protegidos por las amenazas penales, constituyen el principal presupuesto de la interpretación teleológica. Véase lo que decimos al ocuparnos del método del Derecho Penal (§ 2, 4-).

c) *Sistemática*. El método *sistemático* es también auxiliar de confrontación. Partiendo de la base de que el orden jurídico es uno solo, no existe ninguna norma o grupo de ellas que tenga vida totalmente independiente. "Aunque menos perfecto que en un *tratado*, también existe en el derecho positivo un orden y un sistema" (JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, nro. 81, b). Es necesario, pues, interpretar relacionando

las normas penales con las otras que componen el sistema y, particularmente, con las que tratan la misma institución.

d) *Progresiva*. Las leyes disponen para lo futuro y no es posible exigirles que prevean las transformaciones científicas, sociales y jurídicas que con el correr del tiempo puedan producirse en el ámbito de su aplicación: un nuevo tipo de sociedad, una forma nueva de contratar, un invento, una distinta valoración psiquiátrica, obligarían a modificar la ley a cada paso para incluir o excluir esas nuevas concepciones en la prescripción legal. Es necesario adaptar las leyes a las necesidades de la época, “estableciendo de este modo la conexión del ayer con el hoy” (MEZGER, E., *Tratado*, T. I, § 11-III; CAMPOS, Alberto A., *Derecho Penal*, Buenos Aires, 1980, pág. 47), criterio éste de *interpretación progresiva*.

C. SEGÚN LOS RESULTADOS OBTENIDOS. Según cuáles sean las consecuencias a que se llegue a través de la interpretación, ésta suele distinguirse en *restrictiva*, *declaratoria* y *extensiva*. Claro está que el resultado no debe perseguirse, sino que se llega a él mediante los procedimientos referidos en los párrafos anteriores. Se comprende, entonces, que *no son éstos, medios de interpretación, sino resultados de ellos*.

Declaratoria. Se dice que la interpretación es declaratoria cuando existe coincidencia entre su letra y su voluntad. Lo que se declara es que la ley debe entenderse tal como surge de sus palabras.

Restrictiva. Es restrictiva la interpretación cuando, no obstante lo que *aparentemente* surge de la parte discursiva del texto legal, su voluntad no es la de darle esa aparente extensión. La consecuencia es que son menos las hipótesis realmente comprendidas.

Extensiva. La interpretación es extensiva cuando, a juicio de quien la hace, el alcance de las palabras empleadas en la ley debe ir más allá de su letra para que se cumpla el fin, la voluntad de la disposición.

La interpretación extensiva, bien diferenciada hoy de la analogía, ha dejado de ser vedada en materia penal. Si lo que se persigue es desentrañar *la verdadera voluntad de la ley*, una vez que se llega al convencimiento de haberla alcanzado, nada debe detener en su aplicación.

El principio *in dubio pro reo* no es una regla de interpretación, sino un principio para valorar la prueba (BATTAGLINI, *Diritto Penale*, 1949, nro. 17, pág. 59; GRISPIGNI, *Diritto Penale italiano*, Vol. I, pág. 362; JESCHECK, H. H., *Tratado*, T. I, § 16, I y II).

III. Reglas que rigen la interpretación

De lo dicho se sigue que, cualesquiera sean el intérprete y la naturaleza de la interpretación, son válidos principios generales, que no han de perderse de vista en la tarea de indagar la voluntad contenida en la ley, y que podemos sintetizar así:

1° Debe indagarse *la voluntad de la ley*, considerada objetivamente. Cuando hay disidencia entre lo que el legislador se ha propuesto y lo que dice la ley, debe privar esto último.

2° No ha de tomarse en cuenta *el momento* en que la ley fue elaborada, sino el *de su aplicación*.

3° Es decisivo en la interpretación *el fin* del respectivo precepto jurídico-penal, considerándose su finalidad *actual*. No ha de perderse de vista el fin perseguido por el ordenamiento jurídico *en su totalidad* (MEZGER, *Tratado*, § 11, I, 2; MAURACH, *Tratado*, § 9 B, 2.).

La consideración del fin de la norma jurídico-penal, *no significa de manera alguna*, que con el pretexto de una interpretación finalista se intente introducir elementos extrajurídicos para modificar y corregir el derecho positivo, llegando a una interpretación *contra legem* o bien analógica (advertencia de GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, 1948, Vol. II, pág. 357). Esa crítica de GRISPIGNI a la interpretación teleológica pierde consistencia si recordamos el argumento de MAURACH: “El problema referente a la separación entre interpretación y ampliación, constituye una *cuestión de principios*, no de técnica. Además, tampoco las dificultades prácticas son insuperables; cabe perfectamente delimitar *substancia e irradiación* de un precepto jurídico penal. La primera es objeto de su interpretación; la última, de la analogía” (*Tratado*, T. I, § 9 B, 3.).

4° El valor de una norma no debe apreciarse solamente por sí misma, sino recordando que recibe limitaciones y es coloreada por todas las demás.

5° No es misión de la labor interpretativa beneficiar al delincuente, ni perjudicarlo, sino desentrañar el verdadero sentido de la ley.

IV. El llamado concurso de leyes

1 — NOCIÓN. Se da el llamado *concurso de leyes* cuando dos o más normas *que se excluyen entre sí*, concurren aparentemente —aparecen como aplicables— respecto de un mismo hecho.

2 — LUGAR SISTEMÁTICO. *El sistema metodológico* preferible es el que hace del concurso de leyes un punto de la teoría de la interpretación. Es aquí donde debe tratarse este tema, pues el problema de la subordinación no es otra cosa que una parte en la tarea de interpretar la ley. BELING, no obstante denominar “punibilidad subsidiaria” al concurso de leyes, declara que estos casos se dilucidan por *la interpretación del contenido de la ley penal* (*Esquema*, pág. 135). JIMÉNEZ DE ASÚA sitúa el concurso aparente de leyes en un capítulo del Título donde estudia “La ley penal y su interpretación” (*Tratado*, T. II, nros. 687 y sigs.).

Una doctrina de vieja tradición trata el concurso aparente de leyes con el concurso formal de delitos, haciendo de aquél una especie de éste. Tal criterio no es aceptable, pues a poco que examinemos el tema, veremos que en el concurso de leyes lo que se trata de saber es cómo se aplica la ley cuando *aparentemente* es posible un encuadramiento múltiple del hecho: se persigue *seleccionar la norma aplicable*. En cambio, en el concurso formal o idea de delitos, se trata de una acción que *efectivamente* viola varios preceptos penales: *hay un doble encuadramiento*. No existe encuadramiento aparente, sino que el hecho cae bajo dos o más figuras penales *que no son incompatibles* entre sí.

Entre nosotros, SOLER incluye el concurso aparente de leyes en la teoría de la adecuación, haciendo un párrafo especial que denomina “De las relaciones de las figuras entre sí” (§ 46). NÚÑEZ lo trata como un punto del título “El hecho legal” (T. I, pág. 225).

3 — CARACTERÍSTICAS. El concurso de leyes o concurso de figuras *se caracteriza* porque la concreción de uno de los tipos implica también la de los demás; de modo que entre las figuras en juego hay una que abarca las otras. Su esencia estriba en que el hecho sólo puede ser incluido en *un tipo*, que es *el que el intérprete debe seleccionar*; las figuras restantes *retroceden*, sin asumir significación alguna, ni para la culpabilidad ni para la pena (MAURACH, R., *Tratado*, t. II, § 55, I B).

Los ejemplos que se acostumbra a dar en el Derecho argentino son: el rapto (art. 130, Cód. Pen.) y el secuestro (art. 170, Cód. Pen.), que suponen siempre la concreción, al mismo tiempo, del tipo de privación de la libertad del artículo 141 del Código Penal. La calumnia (art. 109, Cód. Pen.), también específica respecto a la injuria del artículo 110 del Código Penal (GAVIER, E. R., *Aplicación de la ley penal y concurso de leyes*, Imprenta de la Univ. de Córdoba, 1941, págs. 9 y sigs.; TERÁN LOMAS, A. M., “Un dilema jurídico: concurso aparente y concurso ideal”, *L.L.*, 12-XII-1993; NINO, Carlos S., *El concurso en el Derecho Penal*, Buenos Aires, 1972, págs. 47 y sigs.).

En el concurso ideal cada tipo tiene su *vida independiente*, si bien una acción puede hacer que se superponga. Así, en el clásico y claro ejemplo de la violación y el incesto, es posible cometer violación sin que concorra el incesto, e incesto sin cometer con el mismo hecho violación; es posible, por último, que ambos hechos concurren formalmente, cuando están presentes los elementos de ambas figuras en una sola y misma acción.

Puede decirse que el concurso de figuras *preexiste en la ley* y la ley lo resuelve, en tanto que el concurso formal *lo provoca una acción*; que el concurso de leyes debe resolverlo el legislador y el concurso ideal el intérprete; en el concurso formal la pena aplicable es siempre la mayor, mientras que en el concurso de leyes es posible que sea la menor; en el concurso ideal las penas se absorben; en el concurso de figuras sólo hay *una pena*: la que corresponde al tipo seleccionado.

4 — RELACIÓN DE LAS FIGURAS ENTRE SÍ. El problema que el concurso de leyes plantea consiste en saber cuál es la norma aplicable al caso concreto, pues *sólo a una* puede adecuarse la acción en el caso concreto. La selección depende de la relación en que las figuras se encuentren entre sí. Se distingue por la doctrina en relación de *especialidad, subsidiaridad, alternatividad y consunción*.

a) *De especialidad*. Dos o más figuras están en relación de especialidad cuando todas las características típicas del tipo *general* (de la *lex generalis*) se hallan también contenidas en el tipo *especial* (de la *lex specialis*), pero éste contiene, *además*, otra u otras características especializadoras que fundamentan la especialidad y, con ello, la prevalencia de la *lex specialis* frente a la *lex generalis* (MEZGER, *Tratado*, § 69, II, 1).

b) *De subsidiaridad*. Las figuras están en relación de subsidiaridad cuando, eliminada una de ellas, queda como posible remanente la adecuación a la figura secundaria o subsidiaria. Para que esto pueda ocurrir, es preciso que la figura remanente esté comprendida dentro de la desechada. Esto no requiere explicaciones. De modo que, en puridad, se trata de un modo de manifestarse la relación de especialidad. La diferencia está en que, mientras en la especialidad una de las figuras *comprende siempre* a la otra, en la subsidiaridad, el tipo con más requisitos puede *abarcar o no* al tipo subsidiario, y sólo cuando esa relación se da estamos en la hipótesis. Las palabras que suele emplear la ley para pre-

ver casos de subsidiaridad (*siempre que el hecho no importe un delito más grave*, u otras con significado semejante), ponen en evidencia que es sólo *una posibilidad*.

Rigen en la relación de subsidiaridad las siguientes normas:

1° La ley subsidiaria sólo adquiere valor en el caso de que la otra (la primera) no deba aplicarse (VON HIPPEL, *Manuale*, § 53, II). Las figuras subsidiarias se refieren a una posible responsabilidad remanente, después de haberse eliminado, por cualquier causa, la pena del hecho desde otro punto de vista (SOLER, T. II, § 46, VIII, d). Tal es el caso de la estafa mediante cheque que carece de fondos y la comisión del delito previsto en el artículo 302 del Código Penal. Es oportuno aclarar que no se trata de un remanente de responsabilidad, sino de *adecuación típica*.

2° Son formas *relativamente subsidiarias* las de aquellos tipos que deben ser aplicados “siempre que el hecho no importe un delito más grave” (así el abuso de armas del art. 104, Cód. Pen., y la violación de domicilio del art. 150, Cód. Pen.). La ley lo indica expresamente.

3° Los casos de subsidiaridad *tácita*, en cambio, deben ser resueltos en virtud de la interpretación teleológica de la ley. Así, los llamados delitos de peligro son frecuentemente subsidiarios frente a los denominados delitos de lesión.

c) *Alternatividad y consunción*. Hay otras dos situaciones de relación contempladas por parte de la doctrina, cuando se trata el concurso aparente de leyes, que consideramos deben desecharse: la *alternatividad* y la *consunción*.

La cuestión del concurso de leyes no debería siquiera plantearse cuando la alternativa afecta a dos tipos que recíprocamente se excluyen por su modalidad comisiva. Así, por ejemplo, el hurto y la apropiación indebida. En estos casos la acción es tan diferente que sólo puede cumplirse uno de los dos tipos: *no hay*, en realidad, *alternativa* (MAGGIORE, *Derecho Penal*, Vol. I, pág. 248).

Por lo demás, creemos que tiene razón VON HIPPEL cuando dice que es superfluo el caso de lo que se ha dado en llamar relación de *consunción*; “una palabra sin contenido claro que en parte indica casos de especialidad o subsidiaridad” (*Manuale*, § 53, II, 3). Consunción *no es una relación; es un resultado*: el que se alcanza eliminando las figuras que no corresponde tomar en consideración.

5 — EL CONCURSO APARENTE DE LEYES EN LA LEGISLACIÓN. En el Código argentino no encontramos principios generales que regulen el tema en cuestión, salvo aquellas normas de la parte especial que hemos citado, y que se refieren a la relación de subsidiaridad.

Se incluyen normas para resolver el concurso de leyes en los *Proyectos* de 1941 (PECO) y de 1960 (SOLER). La jurisprudencia, en general, ha aplicado correctamente los principios de relación de normas, especialmente el de subsidiaridad. Así, la Cámara del Crimen de la Capital (*Jurisp. Penal de Buenos Aires*, 1, 3, pág. 16; *L.L.*, 12-XII-1963; *Fallos*, t. V, pág. 97; t. VI, págs. 68 y 69; t. VII, pág. 26).

Se juzgó que había concurso de leyes por especialidad en un caso de intento de fuga en el que se puso manos sobre la autoridad y se la lesionó levemente, reputándose que el atentado a la autoridad resultaba desplazado por la figura de la evasión, hipótesis esta última que se consideró que concurría idealmente con las lesiones (causa "Martínez, Santiago M.", 12-VI-1979; cfr. CABRAL, Luis C., *Compendio de Derecho Penal*, págs. 236 y sigs.; para el concurso de dos agravantes, con la misma figura básica, véase "Suplemento de Jurisprudencia Penal", *L.L.*, 30-X-1997, pág. 9, con nota de Roberto V. VÁZQUEZ).

V. Los llamados actos co-penados y el delito progresivo

1. *Los actos co-penados*. Se denomina actos co-penados a los actos anteriores y posteriores al hecho principal punible, que, penado éste, quedan sin sanción o absorbidos por la pena que corresponde al hecho principal; pero que, tomados aisladamente, pueden presentarse como hechos punibles por sí mismos; es decir, que de no mediar la sanción del hecho principal, los actos anteriores y posteriores aparecen como amenazados con pena. La doctrina distingue:

a) *Actos previos*. MAURACH reconoce que *los actos previos co-penados* (peor: "impunes", dice) han sido relativamente poco estudiados. Señala entre los actos previos impunes las *acciones preparatorias* y la *tentativa*, frente al tipo consumado; pues, la tentativa precisamente se castiga cuando el delito no ha llegado a la consumación, y la construcción de la acción preparatoria descansa en la consideración de que es punible por sí misma, sin atender a la realización del propósito (*Tratado*, T. II, § 56, II, A, 1. y 2.).

Estos problemas carecen de autonomía jurídica, al menos en el Derecho argentino (así piensan, también, para el Derecho alemán, SCHÖNKE, antes del § 73, VII y WELZEL, § 26, II 4 b). En efecto, la tentativa y la consumación constitutivas de un solo y mismo hecho, configuran uno de los más sencillos y comunes casos de concurso de figuras, y es dentro de este tema que debe ser situado. Es suficiente señalar que

no es posible consumar hecho típico alguno sin pasar por la etapa del comienzo de ejecución. En cuanto a los actos preparatorios, no son punibles en la ley argentina. Cuando constituyen actos típicos *per se* tienen el carácter de cualquier delito autónomo, es decir que se rigen por los principios generales.

b) *Actos posteriores*. Algo más complejo resulta el problema de los *actos posteriores co-penados o no penados*, y hasta peligroso asignarles tal carácter basándose en el *cumplimiento de la intención*, tal como lo ha hecho alguna vez el Tribunal Supremo de Alemania.

Dice MAURACH que sólo puede hablarse de un co-penado acto posterior cuando el *objeto de ataque* de este último hecho o bien coincide con el del primer acto, o bien representa frente a él cuantitativamente un amenguamiento, y siempre que el segundo hecho no afecte a nuevos titulares del bien jurídico individualizado; es decir, a nuevos tenedores del concreto objeto del ataque (*Tratado*, T. II, § 56, II, B.2., b)).

Sin desconocer la incidencia que pueden tener en la solución del problema los elementos señalados por MAURACH, lo que decidirá preponderantemente y, en definitiva, es el modo de estar estructurados los tipos. De ellos resultará si la figura abarca o no en la pena amenazada el hecho posterior, y si está previsto en otro tipo el tal hecho posterior con autonomía penal para el caso de no cometerse el que lo abarca.

Los ejemplos que se suelen poner en el Derecho alemán no tienen validez en el nuestro: la destrucción de la cosa hurtada es absorbida por el hurto, pues en los delitos contra la propiedad lo que importa es el perjuicio patrimonial del titular del bien y no el beneficio del ladrón, que paga con la pena fijada para el hurto el apoderamiento de la cosa, sin que a la ley le importe, desde el punto de vista típico, que la use o la destruya, mientras no cause un nuevo perjuicio a un tercero. Para el titular del derecho de propiedad, lo mismo es no recuperar la cosa porque el ladrón la ha vendido, porque la ha destruido o porque se ha gastado la plata, por ejemplo; la posibilidad o imposibilidad de recuperar lo hurtado o robado no forma parte del tipo, que ya ha sido agotado. Estos hechos, dice WELZEL, son *previamente penados*, porque son comprendidos también por el contenido del injusto del hurto, pues son solamente el aprovechamiento de la posición semejante a la del propietario, por cuya obtención el ladrón es ya penado (*Derecho Penal*, Buenos Aires, 1956, § 26, II, 4, b)). Sobre el cobro de un cheque del que previamente se apropió el autor al hallarlo (art. 175, inc. 2º), véase Cámara del Crimen de la Capital, Sala 2ª, causa 20.334, 22-IV-1977.

En cuanto al cumplimiento de la intención que inspira el acto anterior, la estructura de la figura penal es decisiva. Así, en el rapto de los

artículos 130 y 131 del Código Penal argentino, el fin deshonesto debe inspirar la acción, y su cumplimiento podrá constituir otro delito que concurra con el rapto; en cambio, en la extorsión del artículo 170 del mismo texto legal, la privación de libertad está absorbida por el intento de sacar rescate que constituye el propósito de la acción.

2. *El llamado delito progresivo.* También debe ser tratado como una modalidad del concurso de leyes el llamado *delito progresivo*, que algunos autores, particularmente italianos, estudian dentro del capítulo de la unidad y pluralidad de hechos y de delitos (Véase: SPIEZIA, *Il reato progressivo*, 1937; RANIERI, *Reato progressivo e progressione criminosa*, Milano, 1942; FLORIÁN, *Parte general*, La Habana, 1929, T. II, pág. 92).

De las propias definiciones que da RANIERI, resulta el concepto de una forma de concurso de leyes: “Existe delito progresivo cuando un tipo penal, considerado en abstracto, contiene otro, de modo que su realización no puede verificarse sino pasando al través de la realización de aquel, que se encuentra contenido” (*op. cit.*, pág. 13 y nota 1.).

La Cámara Federal de la Capital caracterizó como delito progresivo a las infracciones cuyo *iter criminis* va desde su grado mínimo al máximo, supuesto en el cual las etapas anteriores a la última no deben ser consideradas más que como momentos de un solo delito total (*L.L.*, 14-X-1969).

VI. *La analogía*

La analogía, utilizada frecuentemente en la aplicación del derecho privado, por expresa disposición de la ley (art. 16, Cód. Civ.; Tít. Prel., I, Cód. Com.), *es vedada en materia penal*.

En lo penal, la analogía ofrece un enfoque distinto que en el resto de los sectores del orden jurídico; mientras en éstos se persigue resolver los conflictos jurídicos mediante la aplicación de las normas que contemplan situaciones análogas o semejantes, en el orden penal lo que se hace es *sancionar como delitos* hechos no descriptos en la ley, sobre la base de una *extensión extralegal de lo ilícito penal: se crean delitos*.

El problema de las lagunas del Derecho, que contempla los silencios de la ley y que deben resolver los códigos de derecho privado por disposición del derecho positivo, según dijimos, no existe en el orden

penal: la ley penal está, debe estar llena de silencios, y *en materia penal el silencio es libertad*.

En el orden penal la ley contiene la descripción de las acciones delictuosas *de las únicas conductas punibles*; las demás carecen de relevancia en el orden penal. Es la limitación impuesta por el principio *numquam crimen sine praevia lege poenale*.

Debe comprenderse que la voluntad de la ley es distinta en uno y otro caso; mientras en lo civil y comercial el legislador y la ley se proponen comprender *todas las situaciones posibles en la vida de relación*, en lo criminal uno y otro consideran sólo supuestos de *excepción* para usar el recurso extremo de la represión penal: la conducta que coincide exactamente con el tipo legal es la penada, y no otra parecida o que pueda participar de las características de dos o más figuras delictivas, si no se encuentran en ella, cuando menos, *todos los elementos que delinear un tipo penal*.

En nuestro Derecho no hay más delitos que los contenidos en la ley, única fuente; de modo que el juez frente a un hecho que no coincide con ninguna de las figuras delictivas, está obligado a absolver; así se cumple la función de la ley penal: advertir cuáles son las acciones amenazadas con pena, y asegurar que las demás no serán penadas.

Por vía de la analogía se ha desconocido en lo que va del siglo el *principio de legalidad* (art. 18, Const. Nac.) y su contrapartida, el *principio de reserva* (*ibid.*, art. 19). Ello ocurrió por razones políticas. El párrafo 2 del Código Penal alemán, modificado el 28-VI-1935, decía: *Será castigado quien cometa un acto declarado punible por la ley o que merezca sanción según el pensamiento fundamental de la ley penal y el sano sentimiento del pueblo*. La disposición, que fue sustituida en 1947, era, en manos de jueces adictos al régimen nacional-socialista, un instrumento de dominación y sojuzgamiento. En la exposición de motivos del proyecto de Código Penal soviético de KRILENKO (1930), se lee: “Querer sistematizar y prever en un código todos los multiformes fenómenos de la vida y todas las especies de delitos que puedan surgir, es una tentativa destinada al fracaso seguro”.

VALIDEZ ESPACIAL DE LA LEY PENAL

I. *Concepto*

Denominaciones y contenido. El progreso de los medios de comunicación, la comunidad de intereses humanos en problemas fundamentales, a través de los vínculos entre los Estados, y la necesidad de que el delito no quede sin sanción, son, entre otras, circunstancias que dan cada día mayor interés al estudio de la aplicación de la ley penal en el espacio, al tiempo que se debate sobre la existencia o inexistencia de un *Derecho Penal internacional*.

Desde que BENTHAM introduce en el léxico jurídico el término *Derecho Penal internacional*, se han expuesto numerosas opiniones sobre la pretendida existencia de tal Derecho (*Traité de la législation civile et penale*, Paris, 1802). MANZINI entiende que no hay un Derecho Penal internacional propiamente dicho, por no existir delitos ni penas internacionales, argumento que hace suyo MAGGIORE (MANZINI, *Tratado*, Vol. I, nro. 81; MAGGIORE, *Derecho Penal*, Vol. I, pág. 207).

Se distingue entre *Derecho Penal internacional* y *Derecho internacional penal*. El primero comprende los delitos previstos en los respectivos ordenamientos jurídicos internos, que tienen trascendencia internacional; el segundo estaría constituido por los hechos de estructura puramente internacional.

Se hace radicar la importancia de esta distinción en que el Derecho Penal internacional, en sentido estricto, tiene su fuente en el ordenamiento estatal interno, en tanto que el Derecho internacional penal, como grupo de normas que emana de la comunidad de Estados, y no de un Estado singular, es, ante todo, internacional (QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho Penal internacional e internacional penal*, Ma-

drid, 1955, T. I, pág. 36; *vid.* FIERRO, Guillermo J., *La ley penal y el derecho internacional*, Buenos Aires, 1977, págs. 54 y sigs.).

II. Principios que determinan la validez espacial de la ley penal

Los principios sostenidos por la doctrina, y que han sido adoptados en forma parcial o combinada por la mayoría de las legislaciones, pueden reducirse a cuatro: *territorial; de la nacionalidad; real o de defensa; y de la universalidad o justicia mundial.*

1 — PRINCIPIO DE LA TERRITORIALIDAD O TERRITORIAL. La ley penal es aplicable a los delitos cometidos en el territorio del Estado. Se basa este principio en la soberanía, expresión que sintetiza la idea de independencia de los Estados.

2 — PRINCIPIO DE LA PERSONALIDAD O DE LA NACIONALIDAD. La ley del país a que el individuo pertenece es la que debe aplicársele: un francés o un argentino, cualquiera sea el lugar donde el delito se cometió, deben ser juzgados conforme con la ley francesa o argentina. Se funda esta tesis en el sentido de dependencia personal de cada súbdito a su Estado (VON LISZT, *Tratado*, T. II, § 21).

Se distingue, según se trate del *autor del delito* o de su *víctima*, en principio de la personalidad activa o pasiva, respectivamente.

3 — PRINCIPIO REAL O DE DEFENSA: Se basa en la necesidad de proteger los intereses nacionales, y lleva a castigar los delitos que ataquen esos intereses, con arreglo a la legislación del país atacado, sin tomar en consideración el lugar en que se cometió el delito.

El ejemplo menos discutido a que puede acudir cuando de este régimen de defensa o protección se trata, es el de la falsificación de moneda perpetrada en el extranjero, que afecta al Estado cuyo signo monetario es objeto de imitación, cercén, etcétera.

4 — PRINCIPIO DE LA JUSTICIA MUNDIAL O DE LA UNIVERSALIDAD. En los delitos que afecten por igual a todos los miembros de la comunidad internacional, cada Estado, como integrante de ella y con miras a su protección, debe proceder a juzgar a todo delincuente que detenga en su territorio, cualesquiera sean su nacionalidad y el lugar de

ejecución del delito. Pueden citarse como ejemplo la trata de blancas, la piratería y el tráfico de estupefacientes.

– III. *Principios contenidos en la ley argentina*

Dentro del ordenamiento jurídico argentino, las leyes son obligatorias *para todos los habitantes de la República*, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes (art. 1º, Cód. Civ.). Importa tal regla la adopción del *sistema territorial* y el rechazo del *principio personal o de la nacionalidad*, que sólo veremos jugar en algunos casos de excepción.

a) En concordancia, el artículo 1º del Código Penal dispone su aplicación “a los hechos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción”.

b) Con la aplicación de la ley argentina a los hechos *cuyos efectos deban producirse* en el territorio de la República o en lugares sometidos a su jurisdicción, el Código adopta, también, el principio *real o de defensa*.

c) El principio de *la nacionalidad* juega para los casos en que no se concede la extradición de los ciudadanos argentinos. Este criterio predomina en los tratados internacionales celebrados por la Argentina en los que la entrega del nacional es facultativa para el Estado requerido. Se trata en estos casos de la aplicación de la ley y del sometimiento a los tribunales argentinos para su juzgamiento, pues el delito no queda impune (*infra*, VI, 2-).

d) El principio *universal* está establecido en numerosos tratados multilaterales o bilaterales suscriptos por el país, algunos de los cuales tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Const. Nac., 1994).

A. TERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL. *Territorio* no es sólo la extensión de tierra delimitada por las fronteras. Este concepto material debe ser sustituido por el jurídico, según el cual a los lugares comprendidos dentro de los límites del territorio de la Nación se suman los *sometidos a su jurisdicción* (cfr. SOLER, FIERRO; en contra, DE LA RÚA, Jorge). *Territorio* para la ley penal es:

1 — LA EXTENSIÓN DE TIERRA comprendida dentro de los límites internacionales. Estos límites pueden ser naturales (ríos, montañas) o convencionales (líneas imaginarias trazadas de tal a cual punto), y se los ha fijado por razones históricas y geográficas, mediante tratados bilaterales con las naciones vecinas, o bien sometiendo las diferencias al arbitraje.

Con relación a los macizos montañosos, dos son los principios generalmente aceptados: *la línea de las altas cumbres* y *la de la divisoria de aguas*. Según el primero, se sigue la línea que une los picos más altos del sistema; con arreglo al segundo, *la distinta dirección* de la corriente de los ríos que descienden de la montaña determina la pertenencia del territorio. Ambos principios fueron utilizados para fijar la línea de frontera que separa a Chile de la Argentina.

En cuanto a los ríos, el criterio geográfico divide su cauce en dos partes iguales; pero este punto de vista ha sido reemplazado por el económico, consistente en la fijación de la vaguada o *thalweg* —parte más profunda— como línea demarcatoria.

2 — EL MAR TERRITORIAL. Por razones económicas, de seguridad y de defensa, los Estados tienen jurisdicción sobre una parte del mar inmediata al territorio, o *mar jurisdiccional*.

El mar territorial se extiende en la Argentina hasta una distancia de 12 millas marinas contadas a partir de las líneas de base (ley 23.968, art. 3°), regla que reemplazó a las 200 millas marinas fijadas en la legislación derogada (ley 17.094). De esta manera se aceptó el criterio sentado en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en 1982, luego ratificado por la ley 24.543.

3 — EL SUBSUELO. El subsuelo correspondiente a toda la extensión del territorio nacional, del mar territorial y de la plataforma continental forma parte del concepto de *territorio argentino*. En tal sentido, el artículo 3° de la ley 23.968 expresa que “La Nación Argentina posee y ejerce soberanía plena sobre el mar territorial, así como sobre el espacio aéreo, el lecho y el subsuelo de dicho mar”.

4 — DELITOS COMETIDOS EN CONSTRUCCIONES FLOTANTES. Según la Ley de Navegación, 20.094, las construcciones flotantes destinadas a navegar por agua que lleven legalmente el pabellón argentino

son también, jurídicamente, territorio del país. Respecto de ellas, es necesario distinguir entre los *buques públicos*, que son los *destinados al servicio del poder público*, y los *buques privados*, que son los restantes, sea que pertenezcan al Estado, a sus empresas o a personas físicas o jurídicas particulares (art. 3º, ley 20.094). Se sustituye la distinción, caída en desuso, entre buques *de guerra y mercantes*.

La ley argentina resulta aplicable a cualquier buque que tenga su pabellón, por delitos cometidos en su mar territorial, en alta mar o en mar territorial extranjero en caso de *paso inocente* por sus aguas (arts. 6º y 7º, ley 20.094), con las excepciones contenidas en el Derecho internacional público.

Cabe señalar que el artículo 18 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984) se refiere a la aplicación del artículo 1º, inciso 1º, del Código Penal, determinando que la competencia sobre esta materia la ejercerán los jueces que la Constitución y la ley instituyan, y se extenderá a *todos los delitos que se cometieren en altamar a bordo de buques nacionales, cuando éstos arriben a un puerto de la Capital* (debió decir *de la Nación*), en tanto que el artículo 33 del mismo Código establece que el juez federal conocerá: *1º En la instrucción de los siguientes delitos: a) Los cometidos en alta mar, a bordo de buques nacionales o por piratas, ciudadanos o extranjeros; b) Los cometidos en aguas, islas o puertos argentinos.*

Para los buques privados, en alta mar, pueden citarse como excepciones: a la jurisdicción del pabellón, al abordaje con responsabilidad del capitán, la comprobación del transporte de esclavos, los actos de piratería, la persecución por infracción al tránsito inocente de aguas de un Estado, el tráfico de estupefacientes, etcétera (cfr. Convención de 1982, cit.).

Los delitos cometidos a bordo de los buques públicos del Estado son *siempre juzgados por la ley de la Nación a la que pertenecen*, aun cuando el hecho haya tenido lugar en aguas jurisdiccionales de otro Estado (criterio unánime, receptado por los arts. 8º y 9º del Tratado de Montevideo de 1889).

5 — EL ESPACIO AÉREO que se extiende sobre el territorio de la Nación, forma parte del territorio. Las dos posiciones extremas, que defienden la libertad y el dominio del Estado, respectivamente, han sido sostenidas; la tesis intermedia hace diferencias según la altura. Las

dificultades prácticas que el último de los criterios mencionados lleva consigo, saltan a la vista. En cuanto a la absoluta libertad, no es aceptable, pues no se puede menos que respetar los derechos del Estado sobre el cual se vuela. Resta, pues, la tesis que sustenta la soberanía del Estado subyacente, que es la más comúnmente aceptada.

6 — DELITOS COMETIDOS EN AERONAVES. También para los delitos cometidos en aeronaves, a partir de la nacionalidad de éstas se hace un distingo entre *públicas* y *privadas*. Si bien, en el Derecho internacional, la fórmula definitiva se encuentra aún en plena elaboración, puede señalarse que son cinco los criterios predominantes que se conjugan en la aplicación de la ley a los delitos cometidos en aeronaves:

1° La ley que prevalece es la del *pabellón de la aeronave*; 2° El *territorio subyacente* decide las normas aplicables al caso; 3° La jurisdicción decisiva es la del *primer aterrizaje*; 4° Se sostiene, también, el sometimiento a la *jurisdicción del Estado que primero toma intervención*; 5° Por último, se propone la *conurrencia de jurisdicciones*.

Más allá de que la tendencia a las regulaciones internacionales a través de convenios es cada vez más intensa en esta materia, nuestro Código Aeronáutico (ley 17.285) distingue entre los delitos cometidos a bordo de *aeronaves públicas* y *privadas*. En el primer caso rige la ley del pabellón, tanto para las aeronaves argentinas que vuelen sobre territorios extranjeros como a la inversa. En cuanto a los delitos cometidos a bordo de *aeronaves privadas argentinas* se castigarán de acuerdo con la ley argentina si se dieron alguna o algunas de las siguientes circunstancias: a) que el delito se haya cometido sobre el territorio nacional, su mar territorial o en lugares donde ningún Estado ejerza su jurisdicción; b) cuando el delito cometido afecte un interés legítimo del Estado argentino o de personas domiciliadas en él; c) cuando el primer aterrizaje posterior al delito se haya producido en suelo argentino.

A su vez, en los delitos perpetrados en *aeronaves privadas extranjeras* sobre el territorio o aguas en que nuestro país ejerce su jurisdicción, la ley de éste se aplicará: a) cuando se infrinjan con el hecho leyes de seguridad pública, militares o fiscales; b) cuando se vulneren leyes o reglamentos de circulación aérea; c) cuando se comprometa la seguridad, el orden público o se afecta el interés del Estado o a las personas

domiciliadas en él; c) cuando tenga lugar en el país el primer aterrizaje posterior al hecho.

En cuanto a la *piratería aérea*, tipificada en nuestro Código Penal en su artículo 198, rige el Convenio de La Haya de 1970, ratificado por ciento nueve países (FIERRO, Guillermo J., *op. cit.*, pág. 497), entre los que se encuentra la Argentina (ley 19.793). Aquél caracteriza a los *actos ilícitos de apoderamiento o ejercicio del control de aeronaves en vuelo*, considerando que comete el delito *toda persona que, a bordo de una aeronave en vuelo: a) ilícitamente, mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación, se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma, o intente cometer cualquiera de tales actos; b) sea cómplice de la persona que cometa o intente cometer cualquiera de tales actos* (art. 1º). El convenio, que no se aplica a aeronaves utilizadas en servicios de policía, aduana o militares, establece, en principio, el criterio de acordar preeminencia al principio del Estado aprehensor del delincuente, que en general será el correspondiente al primer aterrizaje, cuando no proceda la extradición de aquél, lo que importa receptar el principio universal, más arriba mencionado (en este cap., II, 4-). A su vez, los Estados signatarios se obligan a incluir a este delito entre los que son objeto de extradición en los Tratados que celebren en lo sucesivo.

7✓— LAS SEDES DE LAS EMBAJADAS O LEGACIONES, sean las de las representaciones argentinas en el extranjero o las de otros países en el nuestro, *no son parte del territorio del país representado*.

Con respecto al personal de las embajadas y legaciones, la necesidad de que los diplomáticos gocen de independencia da lugar a un privilegio, que tratamos al ocuparnos de la “aplicación de la ley penal respecto de ciertas personas”, pero que no es consecuencia de haberse cometido el hecho en *lugares sometidos a la jurisdicción* de la ley penal argentina, sino en razón del carácter (función) de que está investida la persona, por aplicación de principios del derecho internacional (*infra*, § 13, 4-).

✓ B. PENALIDAD BASADA EN EL PRINCIPIO DE DEFENSA. Al comienzo de este capítulo adelantamos que el principio territorial se combina en el Código argentino con el *real* o *de la defensa*.

El artículo 1º del Código Penal dispone que la ley es también aplicable a los delitos *cuyos efectos* deban producirse en el territorio de la Nación Argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción. Para comprender la verdadera extensión que la ley ha querido dar a sus pa-

labras, es necesario distinguir tres hipótesis, y no olvidar que es el *principio real* el que ha inspirado esa norma.

a. *Delitos iniciados en el extranjero y aun cumplida allí parte de su ejecución, pero que se consuman en el territorio nacional.* es el caso, v.gr., del individuo objeto de un ataque en territorio extranjero y cuya muerte se produce en el nuestro: el delito se consume en la Argentina.

b. La mayoría de las legislaciones enumeran los delitos que, por *atacar la existencia política o económica del Estado*, pueden ser enjuiciados y penados según la ley del país a que afectan. Nuestro Código no lo hace; sin embargo, es indudable que los delitos contra la seguridad del Estado (así el art. 23 del Tratado de Montevideo, 1889) y la falsificación de moneda, en todas sus modalidades, son de competencia argentina.

C. APLICACIÓN PARCIAL DEL PRINCIPIO DE LA NACIONALIDAD EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA. EXTRADICIÓN DE DELINCIENTES.

1 — CONCEPTO Y FUNDAMENTACIÓN. En razón de que las leyes penales tienen validez territorial cuando se comete un delito cuyo juzgamiento corresponde a un determinado Estado, o cuando un hecho ha sido juzgado ya en él, el acusado o condenado puede refugiarse en el territorio de otro Estado. La *extradición* consiste en la entrega que un Estado hace a otro de un individuo acusado o condenado, que se encuentra en su territorio, para que en ese país se lo enjuicie o se ejecute la pena (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. II, nro. 802).

En el marco de la cooperación internacional que cada vez con mayor vigor se hace sentir entre las naciones del orbe, *el principio de la reciprocidad internacional*, reconocido desde antiguo en estos temas, le da carácter y le confiere su *naturaleza jurídica* a la extradición. En lo que se refiere a nuestro derecho positivo, la derogada ley 1612, en su artículo 1º, subordinaba el otorgamiento de la extradición a la reciprocidad, lo que no ha sido alterado por la legislación vigente, puesto que tanto el artículo 53 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984) como el artículo 3º de la ley 24.767 se refieren a éste.

2 — LA LEGISLACIÓN ARGENTINA. En nuestro Derecho la extradición está regida: a) por los tratados internacionales; b) por la citada ley

24.767, publicada en el *Boletín Oficial* del 16 de enero de 1997; c) por el Código Procesal Penal de la Nación.

Queda librada esa entrega a la decisión del país requerido, en los tratados celebrados con Inglaterra, Estados Unidos, Brasil, España, Italia y Australia, en tanto que no consienten la entrega de los nacionales los suscriptos con Bélgica y Suiza.

En la mayoría de los tratados celebrados por la Argentina, además de la exclusión de los delitos políticos, prevalece el principio de *no entrega de ciudadanos argentinos*. Queda librada esa entrega a la decisión del país requerido en los tratados celebrados con Inglaterra, Estados Unidos de América, y en los de Montevideo de 1889 y 1933 (véase FONTÁN BALESTRA, *Tratado*, T. I, § 14, 1- a 9-).

1. *El Tratado de Montevideo de 1889*. Nos interesan particularmente las disposiciones del *Tratado de Derecho Penal Internacional* suscripto en Montevideo en 1889, porque siendo signatarios tres países limítrofes (Uruguay, Bolivia y Paraguay) su aplicación es, por lógica, la más frecuente.

El principio general que gobierna el Tratado es el *territorial*, decidido por el lugar de la consumación: los delitos se juzgan por los tribunales y se penan por las leyes de la nación en cuyo territorio se perpetraron (art. 1º).

Las naciones contratantes se comprometen a entregar los delincentes refugiados en su territorio, dentro de las siguientes condiciones:

a) Que la nación que los reclama tenga jurisdicción para conocer y fallar el delito que motiva el pedido (art. 19, inc. 1º).

b) Debe tratarse de hechos que, según la ley de la *nación requirente*, tengan fijada pena corporal no menor de dos años u otra equivalente (art. 21). Es preciso, además, que no se haya operado la prescripción conforme a la ley del país requirente.

Varias son las *excepciones* en cuanto a la naturaleza del hecho: los delitos políticos (art. 23); los que atacan la seguridad interna o externa de un Estado (art. 23); los delitos comunes que tengan conexión con los especificados en los dos casos anteriores (art. 23) y los siguientes delitos comunes: duelo, adulterio, calumnias e injurias, delitos contra los cultos (art. 22).

c) Cuando son varios los países que solicitan la extradición, la regla es concederla al país en cuyo territorio se haya cometido el delito más grave. Para el caso de delitos de la misma gravedad, se da preferencia al país que la hubiere solicitado primero.

d) Prohibición de que se procese al extraditado por otro hecho de fecha anterior al que motivó la solicitud (art. 26).

2. *El Tratado de Montevideo de 1933.* En 1933 la VII Conferencia Panamericana agrupó a todas las naciones americanas, con excepción de Bolivia. El acuerdo sobre extradición fue ratificado por la Argentina.

El Tratado contiene una *cláusula opcional* por la cual los Estados signatarios de esta cláusula, no obstante lo establecido en el artículo 2° del Tratado, convienen entre sí que en ningún caso la nacionalidad del reo puede impedir la extradición. El decreto ley 1638 del 31-I-56, por que ratificó la Argentina el Tratado de 1933, declara: “esta ratificación no comprende la cláusula opcional anexa a la misma Convención” (art. 1°). De suerte que, para la Argentina, es *opcional la entrega de los nacionales*.

3. *La ley 24.767.* El principio general que rige la ley 24.767 es *el de la reciprocidad*: cuando no existe tratado, nuestro país concede la extradición solicitada por aquellos Estados que la conceden, a su vez, a nuestra solicitud; tal el concepto de *reciprocidad*.

a) Para que nuestro país conceda la extradición no mediando tratado, ha de ser el caso de *delito común, no político* (arts. 8°, inc. a) y 9°), al que según la ley argentina y la del Estado solicitante le corresponda pena privativa de la libertad con *mínimo y máximo* tales que su *semisuma* (resultado de dividir por 2 la suma de esos márgenes legales) no sea inferior a un año (art. 6°) y que la acción penal o la pena no se hubiesen extinguido según la ley del requirente (art. 11, inc. a)).

b) No son extraditables los nacionales *argentinos*, que podrán optar por ser juzgados en el país, salvo que un tratado obligue a conceder su extradición. La calidad de *nacional argentino* deberá haber existido al momento de la comisión del hecho, y deberá subsistir al momento de la opción.

c) No procede la extradición de quien ya fue definitivamente juzgado en el país o en el extranjero; ni la de quien hubiera sido conside-

rado inimputable por razón de su edad si hubiera cometido el delito en el país, ni del condenado en rebeldía si no se le asegura audiencia previa, derecho de defensa y una nueva sentencia.

d) La extradición se concede con la condición de que no se someta al extraditado a otros procesos o penas distintos de aquellos para los cuales fue solicitada, salvo autorización del gobierno argentino (art. 18). Es el principio de *especialidad*.

e) En principio, la persona extraditada tampoco podrá ser *reextraditada* sin previa autorización otorgada por la Argentina, salvo que *el extraditado renunciare libre y expresamente, con patrocinio letrado*, a esta inmunidad, ante autoridad diplomática o consular argentina. En caso de más de un requerimiento de extradición simultáneos, la gravedad del delito y la posibilidad de que luego de juzgado por un Estado pueda ser juzgado por el otro solicitante, deciden la prioridad en el otorgamiento (art. 16), el que puede acordarse a más de un Estado, entendiéndose en este caso que “la concesión de una extradición no preferida tendrá los efectos de una reextradición autorizada” (art. 17).

4. *El Código Procesal Penal de la Nación* (ley 23.984) dedica el Capítulo III del Título III (Libro I) al procedimiento en los casos de extradición de criminales.

El artículo 53 dispone que la extradición sólo procede: 1º) en los casos que determinen los tratados existentes; 2º) a falta de tratados, según el principio de *reciprocidad*. Su artículo 538, segundo párrafo, que disponía la vigencia del régimen sobre extradición prevista en el Código de Procedimientos en Materia Penal (ley 2372), sus modificatorias y leyes especiales, fue derogado por la ley 24.767.

La jurisprudencia se ha pronunciado en infinidad de ocasiones sobre este instituto. Así, se ha dicho que la procedencia de la extradición, cuando existe tratado, está condicionada al cumplimiento de las exigencias formales y requisitos prescriptos en él, en tanto que la reciprocidad y la práctica uniforme de las naciones sólo son invocables a falta de tratado (C.S.J.N., 20-II-1990, “Martinelli, Roberto C.”, *El Derecho en Disco Láser*, Albremática, 1994, ref. 480.431).

También se ha expresado que la extradición no constituye un juicio propiamente dicho en el que corresponda prejulgar sobre la inocencia o culpabilidad del requerido, sino que simplemente se propone conciliar las exigencias de la administración de justicia en los países civilizados con los derechos de aquél (C. Fed. La Plata, 30-VIII-1989, *E.D.*, 135, pág. 323; también C.S.J.N., 5-VI-1986, “Prez Rodríguez, Víctor H.”,

El Derecho en Disco Láser, Albremática, 1994, ref. 164.108; "Rojas Morales, Carlos H.") y, dentro de la misma línea de pensamiento, que la alegada insuficiencia de elementos aportados por el tribunal requirente respecto de la asociación ilícita para delinquir atribuida al extraditado importa una defensa de fondo que no resulta oponible dentro de este tipo de procedimiento y sólo articulable ante el juez que solicitó la extradición (C.Nac.Crim. Corr. Fed., Sala II, 29-XII-1989, *E.D.*, 139, pág. 642).

La condena en rebeldía recaída en el extranjero ha sido reiteradamente invocada para denegar la extradición (C.S.J.N., 12-III-1975, *E.D.*, 60, pág. 608; C. Fed. La Plata, Sala II, 7-V-1985, *E.D.*, 114, pág. 1949, entre muchos otros).

Finalmente, en cuanto a la ley aplicable, se ha sostenido, también, que los tratados resultan aplicables a los hechos cometidos con posterioridad a su vigencia (C. Fed. La Plata, 9-IX-1981, "Quintanilla Fernández", *El Derecho en Disco Láser*, Albremática, 1994, ref. 393.286; C.S.J.N., *E.D.*, 101, pág. 740 y 105, pág. 273); al sostener este criterio, se ha dicho que del mismo modo que no hay delito sin ley previa, tampoco hay extradición sin ésta (C. Crim. Corr. Fed., Sala II, 5-VIII-1988, *E.D.*, 131, pág. 363).

En punto a la calificación legal del hecho en el país, para determinar la procedencia de la extradición en los casos en que en los tratados se enumeran los delitos, la Suprema Corte nacional ha manifestado que el tribunal requerido está habilitado para determinar cuál es la subsunción correspondiente al hecho descrito por el país requirente, según la ley argentina, pues ello es imperativo, según el artículo 2° de la ley 1612, para juzgar la procedencia de la extradición, y en tal tarea no está condicionado por el *nomen juris* que a la infracción correspondería según el Derecho del país requirente, sino por la sustancia misma de ésta (24-IX-1991, *El Derecho en Disco Láser*, Albremática, 1994, ref. 495.458; similar, C. Nac. Crim. Corr. Fed., Sala II, 2-VIII-1988, *E.D.*, 131, pág. 363).

D. EL PRINCIPIO DE LA UNIVERSALIDAD EN LOS CONVENIOS SUSCRITOS POR LA NACIÓN ARGENTINA. Este principio, cuyo crecimiento ha sido constante en el Derecho internacional, tiene considerable importancia en nuestro derecho positivo, desde que, a partir de la reforma de 1994, los tratados enumerados adquirieron jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), y entre ellos se encuentran la *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*; la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* y la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, que integran el catálogo de crímenes que afectan por igual a todas las naciones civilizadas. Completan esta nómina, entre otros, la piratería marítima o aérea, la trata de personas, la ruptura o deterioro de cables submarinos, el tráfico de estupefacientes, sobre los cuales el país también ha suscripto diversas convenciones internacionales (datos completos en FIERRO, *op. cit.*; *id.* en

PIOMBO, Horacio D., *Tratado de la extradición*, T. I, Buenos Aires, 1997, págs. 587 y sigs.).

IV. Lugar del delito

El lugar, lo mismo que el tiempo en que se inicia y se perfecciona la infracción criminal, pueden no ser exactamente los mismos, y es frecuente que no lo sean. A menudo no se da una perfecta correspondencia entre las diversas etapas temporales y espaciales del *iter criminis*. Claro está que en la mayoría de los casos, la diversidad del lugar no tiene trascendencia, pero sí la tiene, y en modo superlativo, cuando los espacios diversos se hallan sujetos a distinta soberanía nacional, con sus propios regímenes jurídico-penales. Para solucionar estos problemas, directamente vinculados con los considerados en el punto anterior, entran en pugna tres teorías: la de la *iniciación del acto*, la del *resultado final* y la de la *unidad o equivalencia del lugar*.

1 — LA DOCTRINA DE LA INICIACIÓN DEL ACTO, toma en cuenta el lugar donde se realizó el movimiento corporal (VON LISZT, *Tratado*, T. II, § 31, IV y nota). Se funda en que lo que da lugar a la acción represiva no es el acto prohibido por la ley en sí mismo, sino el hecho de cometerlo, el hecho de obrar de manera contraria al orden establecido por el legislador. JIMÉNEZ DE ASÚA se pronuncia por esta doctrina del lugar de actividad del agente, que denomina de la *manifestación de la voluntad* (*Tratado*, T. II, nro. 787).

2 — LA DOCTRINA DEL RESULTADO FINAL, es la diametralmente opuesta a la anterior. En ella decide el último momento de la acción delictiva; es decir, el de la consumación. En este principio se inspiraron los Tratados de Montevideo de 1889, de 1933 y de 1940, al otorgar la preferencia jurisdiccional al Estado en cuyo territorio se perpetra el delito. La consumación como determinante del lugar del delito ha sido también la solución votada en la IV Conferencia Interamericana de Abogados celebrada en Santiago de Chile en 1945 (*Revista Derecho Penal*, 4º trim. 1945, pág. 132).

Dos objeciones de importancia pueden hacerse a esta doctrina: 1) en algunos delitos no puede determinarse el lugar del resultado. Tal cosa sucede, *v.gr.*, con los que quedan en grado de tentativa; 2) el Estado renuncia a la persecución de los delitos co-

metidos en su territorio cuando el efecto tiene lugar fuera de él. Por tales razones, puede decirse que hoy es una teoría abandonada (CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, 1960, pág. 324).

3 — LA TEORÍA DE LA UNIDAD O EQUIVALENCIA de los lugares, sostiene que el hecho punible se considera perpetrado indistintamente donde tiene lugar la manifestación de voluntad y donde se desarrolla la actividad delictuosa, como también en el lugar en que se produjo el resultado (MAYER, M. E., *Der allgemeine Teil*, pág. 91; JAKOBS, G., *Derecho Penal*, Parte General, ed. esp., Madrid, 1995, pág. 142).

En lo internacional, esta tesis tiene un gran predicamento, pues responde mejor que ningún otro principio a las necesidades de un orden jurídico unitario en la comunidad. Ha sido adoptada por varios códigos.

El *Proyecto* de 1960 (SOLER), establece: “El hecho se reputa cometido tanto donde se ha ejecutado la acción, en todo o en parte, como donde se ha producido o debía producirse el resultado. En los delitos de omisión, el hecho se reputa cometido en el lugar donde debía cumplirse la acción omitida” (art. 8°).

4 — LA LEGISLACIÓN ARGENTINA. El Código Penal argentino ha adoptado el principio de la *unidad, equivalencia o ubicuidad*, al establecer en el artículo 1°, inciso 1°, que se aplicará “por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio” (JIMÉNEZ DE ASÚA, T. II, nros. 787 y 788; SOLER, T. I, § 15, IV y VI; NÚÑEZ, T. I, pág. 280).

Con respecto al lugar del delito, los términos “sus efectos” empleados en el artículo 1°, inciso 1°, del Código Penal argentino, han provocado dudas y contradicciones en la *jurisprudencia* de los tribunales argentinos en los siguientes casos:

a) *Delitos a distancia en que parte de la acción o su totalidad ha tenido lugar en el extranjero y sus efectos se han producido en el territorio argentino*. Se tiende a considerar tales hechos como cometidos en el territorio, de modo que es indiferente para su punición la circunstancia de que el Estado desde el cual fueron cometidos, los considere o no punibles (J.A., t. 28, págs. 211 y sigs.; L.L., t. II, pág. 260).

b) *Delitos cometidos dentro del país*, en los cuales hay que determinar, frente al propio ordenamiento jurídico, cuál es el lugar que prevalece para su juzgamiento. En ese sentido la jurisprudencia ha dado un giro. En un primer momento, se inclinó por el lugar de consumación (C.S.J.N., *Fallos*: 110-361; Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. II, págs. 72 y 91 y t. IV, págs. 420 y 424), sobre todo en casos de delitos contra el honor mediante correspondencia epistolar enviada desde un sitio y recibida en otro de distinta competencia judicial, en los que se atribuyó esta última al lugar donde se recibe o se impone el sujeto pasivo de la injuria (J.A., t. 52, pág. 925; L.L., t. I, pág. 190; Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. III, pág. 320). En la actualidad prima la teoría de la equivalencia o de

la ubicuidad. Ella fue establecida por la Corte Suprema en estos términos: “La finalidad esencial perseguida por el artículo 102 de la Constitución Nacional (art. 118 en la Const. Nac. ref. de 1994) y por los artículos 3º, inc. 3º de la ley 48, y 37 y 38 del Código Procesal Penal (ley 23.984), en cuanto preceptúan que la competencia territorial se determina por el lugar de comisión del hecho, consiste en procurar la mejor actuación de la justicia, permitiendo que la investigación y el proceso se lleven a cabo cerca del lugar donde ocurrió la infracción y donde se encuentren los elementos de prueba, y facilitando también la defensa del imputado. Tales propósitos pueden resultar desvirtuados si se tiene en cuenta sólo el lugar de consumación del delito, dónde se produjo el resultado cuando la acción o una etapa principal y decisiva de ésta han ocurrido a gran distancia” (“Ruiz Mira y otros”, 25-IX-1968, *Fallos*, 271:396). Ese criterio fue reiteradamente seguido por el Alto Tribunal (*Fallos*: 302:515, 306:120, causa “Bocacci, Roberto F.”, 18-IV-1997, *D.J.*, 1998-2-169, entre otros) y por la mayor parte de los del país. La Sala II de la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal aplicó la misma postura en las causas “Gallo, Blanca Z.”, 29-III-1984 y “Peláez, A.”, nro. 3544, 6-IX-1984.

V. Aplicación de la ley penal extranjera. Reconocimiento y eficacia de las sentencias dictadas en el extranjero

Del principio dominante de la territorialidad del Derecho Penal, sustentado en la soberanía y el orden público estatales, se desprendería la norma de que las leyes penales extranjeras no eran aplicables o ejecutables en territorio nacional. Sin embargo, una cada vez más intensa cooperación internacional ha hecho que tratados y leyes internas hicieran cada vez menos vigente aquel principio.

Antes, aparecía en nuestra legislación el reconocimiento a determinadas disposiciones legales o sentencias extranjeras. Entre ellos cabe mencionar al segundo párrafo del artículo 50 del Código Penal, que desde su sanción en 1921 determina que “La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición”. A su vez, el juez debía y debe *tener en cuenta* la ley penal extranjera en determinados casos de extradición, ya que se impone como condición para concederla que la acción o la pena no hubieran prescrito en el país requirente (art. 3º, inc. 5º, ley 1612 y art. 11, ley 24.767, derogatoria de la anterior).

La recién citada Ley de Cooperación Internacional en Materia Penal, 24.767, admite la colaboración y asistencia para la investigación y juzgamiento de delitos cometidos en el extranjero aunque no lo sean en la legislación nacional (art. 67); el cumplimiento en el país de condenas

dictadas a nacionales en el extranjero y viceversa; la vigilancia para la efectiva aplicación de condenas de ejecución condicional dictadas en otro país (art. 90); la ejecución de penas de multa y decomiso dictadas en el extranjero (art. 95), etcétera.

VI. Asilo

Vinculado con la extradición existe el llamado *derecho de asilo*, basado en la frecuente práctica de conceder refugio en las embajadas y legaciones. Sobre él, el Título II del Tratado de Montevideo expresa que “ningún delincuente asilado en el territorio de un Estado podrá ser entregado a las autoridades de otro sino de conformidad a las reglas que rigen la extradición” (art. 15) y añade que “el asilo es inviolable para los perseguidos por delitos políticos, pero la nación de refugio tiene el deber de impedir que los asilados realicen en su territorio actos que pongan en peligro la paz pública de la nación contra la cual han delinquido” (art. 16).

Lo expuesto se refiere al asilo *territorial*; esto es, el que tiene lugar en un país determinado en el que se busca refugio eludiendo a las autoridades de otro. Además de él, existe el llamado *asilo local*, que se lleva a cabo en el mismo territorio en que está asentada la jurisdicción que persigue al refugiado. Por eso dice JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado*, T. II, nro. 851) que él se presenta como una limitación a la soberanía territorial fundada en un acuerdo, en la costumbre o en un acto de cortesía internacional. El tiene efecto en embajadas y consulados —de ahí que se lo denomine también *asilo diplomático*— y en buques de guerra.

En términos generales el asilo está reservado a los autores de *delitos políticos* y no comprende a los imputados de delitos comunes, que deben ser entregados a las autoridades (Tratado de Montevideo de 1899, art. 17; Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), 10-XII-1948, art. 14; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, 1948, art. XXVII). El Pacto de San José de Costa Rica, que al igual que las declaraciones de derechos recién mencionadas, tiene jerarquía constitucional de acuerdo a lo prescripto por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional de 1994, extiende la protección a los delitos comunes conexos con delitos políticos (art. 22, inc. 7º, Parte I). Por su parte, la ley 24.767 establece la intangibilidad del derecho a recibir

asilo cuando se trata de delincuencia estrictamente política que no roza los supuestos concernientes a la actividad terrorista, los crímenes contra la humanidad y los atentados contra las personas internacionalmente protegidas (*vid.* PIOMBO, Horacio D., "El nuevo régimen de la extradición", *Doctrina Judicial*, 24-IX-1997, págs. 234 y sigs.).

§ 12

VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY PENAL

1 — EL PRINCIPIO GENERAL: IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES. Las leyes son la forma jurídica de las nociones sociales (valores), por lo que no pueden ser eternas; cuando la valoración social cambie, la ley habrá envejecido y una nueva deberá sustituirla. Esta sucesión de leyes crea problemas particulares, que es necesario conocer y resolver. El principio aceptado, con carácter general, en materia de aplicación de la ley, es el de la *irretroactividad*.

“A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales (art. 3º, Cód. Civ.). Esta disposición, que tiene el significado de una garantía constitucional, está completada en el orden criminal por el *principio de reserva*, recogido en la declaración de que “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en *ley anterior al hecho* del proceso...” (art. 18, Const. Nac.).

El artículo 9º del pacto de San José de Costa Rica, con jerarquía constitucional luego de la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22, Const. Nac.), determina: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

La eficacia de las leyes, en general, está limitada al término de su vigencia: *las leyes son aplicables a los actos cumplidos en el tiempo que media entre la hora cero del día fijado para entrar en vigor y la hora veinticuatro del día anterior a su derogación*.

El Código Civil, en el artículo 2º da la regla general para fijar el comienzo y el fin de la vigencia de las leyes, dice: *Las leyes no son obligatorias sino después de su publi-*

cación, y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial.

2 — RETROACTIVIDAD Y ULTRAATIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS BENIGNA. Los principios generales no son de aplicación estricta en materia penal. La garantía de la ley previa, por una parte, y el interés de la punición, basado en la defensa social, por la otra, hacen que la ley penal deba ser aplicada retroactiva y ultraactivamente *cuando es más benigna*.

1. Cuatro son las *situaciones* posibles al sucederse las leyes penales: a) la ley nueva crea un nuevo tipo. Una conducta anteriormente carente de relevancia penal, es delictiva para el texto nuevo. b) La ley nueva desincrimina un hecho. Vuelve impune una acción que era delictuosa para la ley anterior. c) Manteniendo la incriminación, la ley nueva es más severa. d) Manteniendo la incriminación, el nuevo texto legal es más benigno.

2. En lo que respecta a *la oportunidad* de aplicación de la ley, dos son los casos en que será necesario resolver:

a) *delitos* cometidos durante la vigencia de la vieja ley, que van a ser juzgados luego de entrar en vigor la nueva.

b) *sentencias* dictadas sobre la base de las disposiciones de la vieja ley, que se hallan *en ejecución* al tener vigencia la ley nueva.

3. La *norma general* es que en todas las situaciones que plantean, tanto la sucesión de leyes como el momento de aplicación de la ley, *es aplicable la ley que, apreciada en su totalidad, resulte más favorable para el caso concreto*.

4. *Los fundamentos* de esa solución son los siguientes:

a) cuando la nueva ley tipifica una conducta no penada anteriormente; o es más severa que las leyes precedentes, resulta inaplicable en virtud del principio de reserva (art. 18, Const. Nac.). *Falta la ley previa*.

b) cuando la ley quita carácter delictivo a una acción, no existe interés en aplicar una pena, en virtud del principio de defensa social. *La sociedad ya no considera necesario defenderse*.

c) la nueva ley que, apreciada en su totalidad y en el caso concreto, resulta más favorable, es aplicable en virtud del principio general de vigencia de las leyes (art. 2º, Cód. Civ.) y por los mismos principios indicados en b).

3 — EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO resuelve la cuestión adoptando el sistema de *retroactividad y ultraactividad de la ley penal más benigna*.

Dispone el artículo 2º: *Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho.*

1º Dispone, pues, el Código, que la nueva ley se aplique a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia, si sus disposiciones resultan más benignas (retroactividad). Y decide, también, la aplicación de la ley derogada, para los actos realizados durante su vigencia, cuando es más favorable (ultraactividad).

2º El Código resuelve que la ley más favorable se aplique también en el caso de estarse ejecutando una sentencia. La modificación que a los artículos 26, 50 y 51 del Código Penal efectuó la ley 23.057, al elevar de dos a tres años el monto punitivo hasta el cual es posible la condenación condicional, al exigir que para que haya reincidencia las condenas anteriores hayan sido efectivamente cumplidas y al derogar la agravación de la escala penal por reincidencia, dio lugar a la revisión de muchos procesos.

3º Es evidente que la solución persigue imponer *una sola ley*; decidido cuál es la más favorable, ella deberá aplicarse en todas sus disposiciones; es absolutamente inadmisibles resolverse por la aplicación simultánea de disposiciones parciales de una y otra ley (VON LISZT, *Tratado*, T. II, § 19, III; BATTAGLINI, *Diritto Penale*, nro. 22).

4º Cuando el Código Penal dice *la ley más benigna*, se refiere a *una ley*, en su totalidad; cuando ha querido resolver las cosas de otro modo, lo ha dicho expresamente. Así lo hace cuando formula la excepción para el cómputo de la prisión preventiva: “*se observará separada-*

mente la ley más favorable al procesado” (art. 3º). La expresión *separadamente* debe interpretarse como una “autorización” para aplicar las disposiciones de una ley —la más favorable— y las referentes al cómputo de la prisión preventiva de otra ley, si éstas son más benignas.

4 — DETERMINACIÓN DE LA LEY MÁS BENIGNA. Una ley puede ser más severa o más benigna en razón de circunstancias diversas: pena máxima mayor, pena mínima menor, especie de pena, elementos del tipo, término de prescripción de la acción y de la pena, estar o no previstas determinadas causas de justificación o de inculpabilidad, etcétera.

1º Cuando se está frente a un caso concreto, es posible que la aplicabilidad de una u otra ley sea resuelta fácilmente. Supongamos el caso de una reforma penal que sólo ha cambiado el máximo de las penas fijadas para determinados delitos; en tal caso, es evidente que la ley más benigna será la que fije pena menor. Pero cuando una nueva ley modifica todo el régimen, puede ser más difícil decidir en abstracto cuál es la ley más favorable. Puede ocurrir que una ley sea más benigna en alguna o algunas de sus disposiciones, y menos favorable en otras. Por eso, debe atenderse a *todas las circunstancias* que tienen significado en la decisión del juez.

2º El análisis debe ser hecho *caso por caso y autor por autor*. Por eso, el criterio más aceptable es el sustentado por VON LISZT, según el cual el juez debe aplicar mentalmente, por separado, las dos leyes —la nueva y la derogada— al caso concreto a resolver, decidiéndose por la que conduzca al resultado más favorable al procesado (*Tratado*, T. II, § 19, III). Es decir, que debiendo el juez aplicar una sola ley, imaginará dos sentencias, una fundada en las disposiciones de la ley vieja y otra en las de la ley nueva; la que arroje resultados más favorables será la que corresponda aplicar.

Será entonces *ley más benigna* la que produce en el caso concreto el resultado más favorable para el autor (MEZGER, *Tratado*, T. I, pág. 125, § 8, III).

3º En los casos de ley más benigna, por efectos de la reducción de la escala penal aplicable a los casos ya juzgados, la reducción de la pena impuesta en el caso concreto en la que excede del máximo de la pena fijado en la nueva escala, es de rigor.

Por lo demás, en todos los casos, la pena es ajustable conforme con la escala penal de la nueva ley, dentro de cuyos límites el juez puede moverse lo mismo que para cualquier sentencia (véase un fallo de la C.S. de Santa Fe, L.L., 9-X-1965).

5 — LA LEY INTERMEDIA. Puede ocurrir que en el tiempo que media entre la comisión del delito y la de dictarse el fallo definitivo, se hayan sucedido tres o más leyes. En tal caso, además de la ley vigente a la fecha de cometerse el hecho y la que rige en el momento de la sentencia, existen una o más leyes intermedias.

El Código argentino ha resuelto expresamente la cuestión en el mismo artículo 2º, al decir: “*Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna*”.

6 — LAS LEYES INTERPRETATIVAS Y DE FE DE ERRATAS. Las leyes penales que tienen por único fin la interpretación auténtica o legislativa del texto legal (*supra* § 10, II, A., a.) producen sus efectos a la fecha de vigencia de la norma que interpretan, pues no se trata de nuevas leyes, en el sentido de sucesión o derogación de normas penales, sino de la interpretación de las ya vigentes. Este criterio, que fue sostenido por HAUS, es hoy el dominante (*Droit Penal belge*, T. I, nro. 193).

Este principio rige únicamente para la auténtica ley interpretativa y no para la que, so pretexto de interpretación, modifica el texto legal que ya ha sido promulgado: en tal caso, la ley es esta última. El criterio señalado es válido, en su totalidad y por las mismas razones, para decidir el tiempo de vigencia de las *leyes de fe de erratas*.

7 — LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y EDUCATIVAS. En materia de medidas de seguridad y educativas, se sostiene que debe ser aplicada la nueva ley y conforme al régimen previsto en ella. Esta excepción a los principios generales se sustenta en el carácter esencialmente defensivo de estas medidas y en su evolución paralela a la de la medicina y la sociología o pedagogía. Se admite que la medida de seguridad o educativa puede ser aplicada *aun separadamente* (THORMANN y VON OVERBECK, *Schweizerische Strafgesetzbuch*, T. I, pág. 40, nro. 15). El Código Penal argentino guarda silencio a este respecto. La necesidad de una norma expresa ha sido entendida por los autores de los *Proyec-*

tos de 1941 (PECO) y 1960 (SOLER), quienes declaran aplicable, para esas medidas, la ley vigente al tiempo de la sentencia y las que se dictaren durante su ejecución (arts. 3° y 4°, respectivamente). Sin embargo, en los casos de medidas de seguridad con contenido punitivo, como el artículo 52 del Código Penal, estimamos que rige el principio de la ley más benigna (cfr. LEDESMA, Guillermo A. C., *La reforma penal y de procedimientos*, Buenos Aires, 1984, pág. 97).

8 — NORMA MÁS FAVORABLE. LEY NO PENAL. El problema, enmarcado en sus justos límites, queda reducido a la *aplicación de la ley no penal* que, para la ley penal desempeña función de *norma*. De ello resulta el principio general: las normas que pertenecen a otras ramas del Derecho, no penal, particularmente las de derecho privado, tienen efectos cuando por ellas el hecho criminal se torna más favorable para el caso concreto (FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, § 2., VON LISZT, F., *Tratado*, § 19, III). Así, en las leyes penales en blanco, no parece dudoso que el cambio en sentido favorable de la ley, decreto u ordenanza a que ellas se remiten, resulta aplicable. Cuando la norma modifica los elementos del tipo, reduciendo el número y naturaleza de las acciones subsumibles, la aplicación de la disposición más benigna no puede ser dudosa.

Ejemplo: si la figura penal hace referencia a la mayoría de edad y el límite de ésta es reducido por la ley civil, esta modificación cambia también el tipo penal.

9 — LEY TEMPORARIA Y EXCEPCIONAL. El problema se reduce a los casos en que estas leyes son más severas, que es lo común. Llámase temporarias o temporales a las leyes que tienen fijado un tiempo de vigencia; es decir, que determinan de antemano la fecha de su abrogación. Estas leyes, por su propia naturaleza, están excluidas de la solución general, ya que si una vez cumplido el término de su validez, cesaran sus efectos, la ley temporaria resultaría inaplicable en numerosos casos y por ello ineficaz para el fin perseguido. La doctrina acepta la aplicación aun de las disposiciones menos favorables contenidas en la ley temporaria, a los hechos cumplidos durante su vigencia (MEZGER, *Tratado*, T. I, § 8, IV, 2).

En la misma situación se debe colocar a las *leyes excepcionales*, que son las dictadas con motivo de situaciones de excepción, como

puede ser un siniestro de proporciones, una epidemia, etcétera, que no tienen determinada fecha *expresa* de vigencia, si bien ésta resulta de la duración de las circunstancias de hecho que la motivaron (NÚÑEZ, T. I, pág. 150; FIERRO, Guillermo J., *La ley penal y el derecho transitorio*, Buenos Aires, 1978, pág. 25).

El Código argentino guarda silencio en este punto, lo mismo que los *Proyectos* de COLL y GÓMEZ y el de PECO. El *Proyecto* SOLER hace expresa excepción al principio general, en estos términos: "No obstante lo dispuesto en los párrafos anteriores, las leyes dictadas para regir sólo durante un tiempo determinado se aplicarán, sin distinción alguna, a todos los hechos cometidos durante su vigencia" (art. 4°).

En sentido semejante se pronunció la Corte Suprema de la Nación, al aplicar la ley 12.830, sobre venta de artículos de primera necesidad (*L.L.*, t. 72, pág. 433).

10 — LOS DECRETOS LEY. El Código Penal argentino no menciona los decretos ley, como tampoco lo hacen los proyectos posteriores, lo que resulta lógico en razón de la absoluta inconstitucionalidad de los golpes de Estado, aunque no lo sea tanto relacionándolo con la práctica y la jurisprudencia pasadas.

Los decretos ley cumplen, a pesar de ello, el mismo rol que las leyes, y en consecuencia, si no son derogados por el gobierno constitucional siguen vigentes hasta que esto ocurra. Rigen, pues, para ellos, el principio del artículo 2° del Código Penal y deben ser tomados en cuenta para escoger la ley más benigna.

11 — TIEMPO DEL DELITO. Como quiera que la aplicación de una u otra ley puede depender del tiempo en que el delito se cometió, de inmediato se pone en evidencia la importancia de determinar ese momento.

Entre los problemas de mayor interés que se pueden presentar, están el carácter ilícito del hecho, la imputabilidad y culpabilidad del autor y la prescripción.

a. *El carácter ilícito* del hecho es la más definida y clara de las situaciones que se pueden presentar en la sucesión de leyes penales. Aceptado que es de aplicación la ley penal más favorable con vigencia en el momento del hecho o posterior a la condena, hasta su total cumplimiento, en virtud de los principios de la ley previa y de la defensa social, respectivamente, la solución no ofrece dificultades, pues el criterio expuesto cubre todos los momentos del delito, desde el comienzo de

la acción hasta el de la consumación y aun los de la prolongación de la segunda, característica ésta de los delitos permanentes o continuos.

La cuestión aparece claramente resuelta por el Código Penal argentino, según el cual la ley más benigna es aplicable al pronunciarse el fallo y aun después de estarse cumpliendo la condena (art. 2º).

Particular interés reviste, *en los delitos permanentes*, la agravación de la penalidad durante su comisión.

Con relación a los *delitos permanentes*, la solución no es compartida de manera unánime por la doctrina. Hay quienes piensan que en caso de agravación de la pena durante su comisión, debe aplicarse la nueva ley, sobre la base de que el artículo 2º del Código Penal no obliga a aplicar la ley más benigna cuando dos o más leyes rijan sucesivamente durante el tiempo que perdure la *comisión del hecho*, sino que obliga a aplicar la ley más benigna de las que tengan vigencia en el tiempo intermedio entre el de comisión y el de extinción de los efectos de la condena (GÓMEZ, E., *Tratado de Derecho Penal*, T. I, pág. 153, ZAFFARONI, *Tratado*, T. I, pág. 479). Suma ZAFFARONI otro argumento: si la ley penal ordena la retroactividad de la ley más benigna para evitar un tratamiento diferente a un hombre que cometió un hecho antes que otro cuando no media más que esa circunstancia, es absurdo que no rija la ley más gravosa en cuya vigencia la acción se estuvo realizando, para tratar más benignamente a uno de dos individuos que estuvieron cometiendo el mismo hecho en el mismo tiempo, por la sola circunstancia de que éste comenzó a cometerlo antes que el otro (*op. cit.*, pág. 479).

b. *En lo que hace a la imputabilidad*, ella debe existir en el momento de la acción, aunque falte en el momento del resultado. Por aplicación del principio *actiones liberae in causa*, ha de tomarse en cuenta el estado del autor *en el momento de exteriorizar* en “actos inequívocos” *su voluntad criminal*. Más claro aún resulta este criterio con respecto a *la culpabilidad*.

c. *Por lo que toca a la prescripción*, nada hay que permita suponer que se ha querido hacer con ella excepción a los principios generales, en tanto la ley no lo diga expresamente. Lo que se aplica ultra y retroactivamente es la ley y no alguna o algunas de sus disposiciones. Así, pues, cuando el punto que decida cuál es la ley más benigna sea la prescripción, se aplicará la ley que fije un término menor, contando el tiempo que indique uno de los textos legales; y a igualdad de término, la que fije antes el punto de partida para comenzar a correr la prescripción.

APLICACIÓN DE LA LEY PENAL CON RESPECTO
A CIERTAS PERSONAS Y A CIERTOS ACTOS

1 — EL PRINCIPIO GENERAL que regula la eficacia del Derecho Penal con respecto a las personas, es que las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes (art. 1º, Cód. Civ.). Resulta, por tanto, que cualesquiera que sean las condiciones o calidades personales del autor, y cualquiera que sea su nacionalidad, queda sometido al imperio de la ley argentina. La Constitución Nacional declara en su artículo 16 que “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales, ni títulos de nobleza. Todos los habitantes son iguales ante la ley”; lo cual significa, de acuerdo a la reiterada jurisprudencia sentada por nuestro más alto tribunal de justicia, que “todas las personas sujetas a una legislación determinada dentro del territorio de la Nación, sean tratadas del mismo modo, siempre que se encuentren en idénticas circunstancias y condiciones” (*Fallos*, t. 149, pág. 417).

Los privilegios de que gozan ciertas personas, no lo son con respecto a la *responsabilidad penal*, sino a la *aplicabilidad de la ley*. No son causas que excluyan la pena, pues en unos casos, se trata, sólo de no aplicabilidad temporaria de la ley; en otros, de la aplicación de distintas normas, y en otros, en fin, de exención de pena *para el acto* por motivo de su naturaleza y de las funciones que su autor desempeña. Así, pues, no puede hablarse de *causas personales* de exención de pena, pues la misma persona beneficiada por el privilegio en ejercicio de determinada función, no lo es fuera de él. *En el derecho argentino no existe nin-*

guna causa de exención de la responsabilidad, basada en prerrogativas personales.

2 — CASOS QUE DEBEN DISTINGUIRSE. Las razones que sirven de fundamento para que la ley penal ofrezca esos aspectos en su aplicación, nacen de peculiares exigencias del derecho público del Estado —la función que la persona desempeña— o son reconocidas por éste respecto a obligaciones o prácticas del derecho internacional.

Deben diferenciarse claramente los casos de exención de pena por no aplicabilidad de la ley, de los que necesitan de requisitos previos para que la aplicación de la ley penal sea posible. Entre los primeros, es preciso hacer una distinción: a) la ley no se aplica por una verdadera *limitación personal*; la ley no se aplica por una *limitación funcional*.

1. Las normas que contienen exenciones en el derecho argentino resultan de una *limitación funcional*. Son las que prevén el privilegio de las opciones parlamentarias y las que deciden la competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema en hechos delictuosos cometidos por representantes de otros Estados acreditados ante el nuestro, con la consecuencia de la aplicación de otras normas, además de las del derecho interno. Las primeras son de derecho público interno, las segundas resultan del derecho internacional.

2. Los casos en que es preciso cumplir *requisitos previos* para la aplicación de la ley penal, son los previstos en los artículos 53, 59, 60, 68, 69, 70, 114, inciso 5º y 115 de la Constitución Nacional, referidos al presidente, al vicepresidente de la Nación, al jefe de gabinete de ministros, a los ministros, a los legisladores y a los jueces de la Corte Suprema y de los demás tribunales de la Nación. Producida la destitución o el desafuero, quedan sujetos a acusación, juicio y castigo, conforme a las leyes, ante los tribunales ordinarios (arts. 60 y 70, Const. Nac.).

El Presidente de la Nación puede, pues, ser objeto de acusación penal, por los hechos delictuosos realizados durante su mandato, para lo cual es necesario que se dé una de estas dos situaciones: a) que haya terminado su mandato; b) que durante el ejercicio del Poder Ejecutivo, haya sido destituido mediante el procedimiento del juicio político (arts. 59 y 60, Const. Nac.). Similar es lo que ocurre con los otros miembros del Poder Ejecutivo y con los del Poder Judicial, que pueden ser juzga-

dos al cesar en sus cargos por decisión propia o por juicio político (arts. 53, 59, 60, 114, inc. 5° y 115, Const. Nac.).

3 — LAS OPINIONES PARLAMENTARIAS. Los miembros del Congreso Nacional, según lo dispone el artículo 68 de la Constitución Nacional, no pueden ser acusados, interrogados judicialmente ni molestados *por las opiniones o discursos que emitan desempeñando sus mandatos de legisladores*, por lo que gozan de inmunidad penal respecto de esos actos. La exención es permanente, pues aun cuando un legislador hubiere cesado en su mandato, ninguna acción criminal procede por dichos actos. Como se ve, la razón de que la ley penal no se aplique, no nace de privilegios personales, sino *de la función* que la persona desempeña. La inmunidad se extiende a los *miembros de las convenciones constituyentes* y a los *legisladores provinciales*, conforme con las respectivas Constituciones (C.S.J.N., *Fallos*, t. 169, pág. 76).

La excepción la constituye el delito de traición a la Patria, previsto en el artículo 29 de la Constitución Nacional (art. 227, Cód. Pen.), para quienes voten concediendo al Ejecutivo facultades extraordinarias o la suma del poder público u otorgándole sumisiones o supremacías, por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobierno o persona alguna. Lo dicho vale para los miembros del Congreso Nacional y de las legislaturas provinciales (art. 29, Const. Nac.). Las razones son obvias: si el privilegio se sustenta en la naturaleza de las instituciones republicanas, no puede alcanzar el acto que las anula.

1. *La jurisprudencia*, con buen criterio, ha entendido que para que el texto constitucional se traduzca fielmente en la realidad, ha menester que tampoco surja responsabilidad criminal de la *reproducción* de las frases del legislador *en publicaciones diferentes* de actas o diarios de sesiones del Congreso o bien en cartas privadas. Está amparado por el artículo 60 (actual 68) de la Constitución Nacional el diputado que publica en un periódico una carta que contiene conceptos que pudieran ser calumniosos si esa carta es reproducción de sus opiniones vertidas como diputado en el Congreso y con mayor razón si ha sido ya publicada en el *Diario de Sesiones* (Cám. Crim. Capital, *J.A.*, t. 20, pág. 984; conforme MEZGER, *Tratado*, T. I, § 9, III).

2. Fuera de su actuación específica y aun dentro de ella *por hechos distintos* de los expresa y taxativamente previstos por la Carta Fundamental, los legisladores están sometidos al régimen común de las leyes, con las únicas restricciones contenidas en los artículos 69 y 70 de la Constitución Nacional, referidas a la prohibición de arresto, sal-

vo el caso de ser sorprendidos *in fraganti*, y a la necesidad del juicio previo ante la Cámara a la que el individuo pertenece.

4 — LOS REPRESENTANTES EXTRANJEROS. Por disposición de los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, la Corte Suprema ejerce *jurisdicción originaria y exclusiva* en todos los asuntos concernientes a *embajadores, ministros y cónsules extranjeros*. Esa excepción sustrae a las mencionadas personas de la *competencia de los tribunales* que entienden en materia de delitos cuando se trata de cualquier otro habitante de la República, sometiéndolo a la Corte Suprema. Complementa esa disposición constitucional el artículo 24 del decreto ley 1285/58, ratificado por la ley 14.467 de organización de la justicia, que dispone que *la Corte Suprema conocerá de las causas concernientes a embajadores u otros ministros diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la legación y a los individuos de su familia, del modo que una corte de justicia puede proceder con arreglo al derecho de gentes*.

Por su parte, la Convención de Viena de 1961 (ratificada por el decreto ley 7672/63, convalidado a su vez por la ley 16.648), determina que los agentes diplomáticos gozan de inmunidad de jurisdicción penal, privilegio que se extiende a los miembros de la familia del agente que forman parte de la casa, siempre que no sean nacionales del Estado en el que se desempeñan. Con la misma excepción está incluido el personal administrativo y técnico e, inclusive, el de servicio, siempre que se vincule al desempeño de sus funciones. No lo está el personal de servicio particular de los agentes diplomáticos. A los efectos del juzgamiento por delitos que afecten al país o a sus habitantes, la Corte Suprema ha resuelto que determinado el estado diplomático de la persona imputada de delito en el país a través del pertinente informe del Ministerio de Relaciones Exteriores, debe solicitarse la conformidad para su juzgamiento al gobierno de origen, que debe ser manifestada en forma expresa (C.S.J.N., *Fallos*, 310:2243). Si el Estado requerido no renunciara a la inmunidad de su agente, sólo le cabe al gobierno argentino declarar persona “no grata” a aquél y exigir su remoción. Si el delito afecta al Estado al que el agente diplomático representa, aquél conserva su jurisdicción. En caso de agentes consulares, la Convención de Viena de 1963 (ratificada por la ley 17.081) determina que el funcionario consular de carrera no podrá ser detenido sino cuando se trata de un delito

grave y siempre por decisión de autoridad judicial competente, en tanto que cuando el delito fuera leve sólo podría ser privado de su libertad por sentencia firme (FIERRO, *La ley penal y el derecho internacional*, Buenos Aires, 1977, págs. 293 y sigs.; JESCHECK, *Tratado*, Granada, 1993, § 19, II y III).

El privilegio deriva de la aplicación de los principios del derecho internacional público con respecto a la persona y a la función del representante de otro Estado soberano, que se hallan consagrados por un *usus gentium* universal de los países civilizados y varias veces secular, aun cuando en algunos pueblos no tengan por base ningún texto legal (FLORIÁN).

Si bien se ve, en nuestro Derecho, no se trata de un caso de eximición de pena, o de no aplicabilidad de la ley penal, sino de la *aplicación de otras normas* distintas de las del derecho interno. Es una variante del principio de *exención de jurisdicción penal* (BINDING, *Handbuch*, I, § 143).

Según el alcance que se le da al principio de acuerdo con la práctica internacional (MAURACH, *Tratado*, § 11, II, B, 3), el privilegio alcanza a los *jefes de Estado extranjeros* que se encuentren en nuestro país, al Jefe del Gobierno o Primer Ministro, en el caso de las monarquías, y al Papa (VON LISZT, MEZGER, JESCHECK) y a los familiares y los componentes de la comitiva.

PARTE SEGUNDA

EL DELITO

§ 14

DEFINICIÓN Y TEORÍA DEL DELITO

A. LA DEFINICIÓN DEL DELITO

I. *Las distintas definiciones*

En la definición del delito, tanto como en la del Derecho Penal, se refleja el fin perseguido y el objeto fijado por el autor a su tarea, al par que se condensan los presupuestos fundamentales que orientan su labor. Una misma palabra —el delito— se emplea para denominar cosas diferentes, ontológicamente hablando. Es así natural que las definiciones con las que se quiere dar el concepto de esas cosas, sean, también, fundamentalmente distintas.

Partiendo tanto del fin perseguido como de la idea inspiradora, podemos reunir las definiciones en dos grandes grupos: a) definiciones prejurídicas o condicionantes de las legislaciones; b) definiciones dogmáticas, referidas a una legislación positiva. Dentro de las primeras, distinguimos las que tienen una fundamentación filosófico-jurídica, de las que responden a un enfoque puramente sociológico o naturalista del delito.

II. *El delito como ente jurídico*

El derecho natural alcanza su nivel más alto en nuestra ciencia a través de la definición de CARRARA, formulada en estos términos: “Infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso” (*Programa*, Parte General, T. I, § 21).

La *definición* de CARRARA nace de la idea que es el fundamento de toda su doctrina: el delito no es una conducta, ni una prohibición legal; es un “ente jurídico”; es la lesión de un derecho por obra de una acción u omisión humana: “la infracción de la ley del Estado”. Se propone con ello hacer saber a quienes tienen a su cargo la elaboración y sanción de las leyes, que no habrá delito mientras no exista la ley cuya violación tenga pena fijada previamente. El maestro de Pisa, según sus propias palabras, aspira a fijar el límite perpetuo de lo ilícito.

Adapta CARRARA su noción del “ente jurídico” a la definición del delito: *el choque con la ley*, su infracción, es lo que lo constituye. Pero esa colisión ha de producirse con *la ley del Estado*, la ley de los hombres, la ley civil, distinguiéndose así el delito del pecado y del vicio. Un acto sólo puede considerarse punible cuando la ley lo prohíbe.

Las leyes se suponen conocidas desde el momento de su promulgación y desde entonces existe la *lex praevia*. “La ley moral es revelada al hombre por la conciencia. La ley religiosa es revelada expresamente por Dios. La ley civil debe ser promulgada a los ciudadanos para que sea obligatoria” (§ 25). Pero no puede dar lugar a delito la violación de cualquier ley civil, sino sólo la de la *ley dictada para proteger la seguridad de los ciudadanos*, que es la ley penal (§ 27).

Los pensamientos, por malignos que sean, no están librados a la decisión de los magistrados; “la tutela del orden interno no corresponde más que a Dios”. En Derecho Penal no hay *acción* sino *por un acto del hombre*, único dotado de voluntad racional (§ 29). El acto puede ser positivo o negativo. Se comprende así el *hacer* y el *no hacer*, constitutivo de los delitos de comisión y de omisión, respectivamente (§ 30).

El acto constitutivo del delito debe ser *moralmente imputable*. La imputabilidad moral, fundada en que el hombre es un ser inteligente y libre, es el precedente indispensable de la imputabilidad política (§ 31).

La *definición* de CARRARA y toda su doctrina constituyeron en su momento un avance claro para la ciencia penal, y muchas de sus conclusiones pueden ser hoy adoptadas como actuales.

No obstante lo armonioso de la construcción carrariana y lo claramente que expone sus propósitos, el fin de garantía no se logra con ella, porque no se trata de fijar el límite perpetuo de lo prohibido, como CARRARA quiere, sino de determinar, con referencia a un orden jurídico establecido, cuáles son las únicas acciones que conducirán a una sanción penal; no se trata de una abstracción jurídica, sino de identificar una acción vivida con la prevista por la ley. La labor queda cumplida señalando al hecho punible las características que le fija la ley penal y que lo diferencian de las demás acciones antijurídicas cumplidas culpablemente.

III. *El delito como fenómeno natural y como hecho social*

Al positivismo penal le interesó el delito, fundamentalmente, como el hecho resultante de una personalidad humana. LOMBROSO lo estudia como un hecho biológico, pero ese concepto no resultaba suficiente para explicar la posición del positivismo frente a los distintos problemas de nuestra disciplina. La escuela que fundara LOMBROSO sostenía que el delincuente era un individuo predispuesto al delito por motivo de su constitución psicofísica.

GARÓFALO se hace cargo de algunas de las críticas formuladas a esa tesis y se presta a refutarlas con su teoría del “delito natural”. Reconoce GARÓFALO que la coincidencia de los delincuentes con el “tipo antropológico” del criminal, no es una realidad, y agrega que tal cosa resulta lógica si se piensa que se ha olvidado dar a la palabra *delito* su significación (*La criminología*, Madrid, 1912, págs. 1 y sigs.). Además, se señalaba que mal podía admitirse la natural inclinación al delito, cuando ningún hecho ha sido considerado siempre antisocial, observado a través del tiempo y la distancia, crítica que nuestro autor consideraba, también, la consecuencia de no haber sido dada la noción del delito, con independencia de la ley penal.

GARÓFALO hace un análisis de los sentimientos para elaborar su definición sobre la base de la existencia de los que considera perdurables en la humanidad; que son, según él, los de *piedad y probidad o justicia*. La lesión de tales sentimientos constituye, entonces, el delito natural. Pero el ataque debe lesionarlos en la medida media en que son poseídos por las razas humanas superiores y que es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad (*La criminología*, págs. 37 y sigs.).

FERRI formula a la definición de GARÓFALO críticas que pueden sintetizarse así: a) la definición excluye, sin razón atendible, otros sentimientos cuya lesión puede dar lugar a delitos; b) el delito es más un ataque a las condiciones de convivencia social, que a los sentimientos; c) es necesario, para que el delito exista, que la lesión se haya producido a impulsos de un móvil antisocial (*Sociología Criminal*, Madrid, s/f, T. I, págs. 87 a 97).

Tratando de subsanar tales deficiencias, pero partiendo de la definición de GARÓFALO, se llega a la formulación de base sociológica, que se conoce como de FERRI-BERENINI, según la cual son delitos “aque-

llas acciones punibles determinadas por móviles individuales y antisociales que turban las condiciones de vida y contravienen la moralidad media de un pueblo dado en un momento dado” (FERRI, *Sociología Criminal*, T. I, pág. 97; BERENINI, *Offese e difese*, Parma, 1886, T. I, pág. 21).

FLORIÁN, que lo mismo que otros positivistas no acepta la definición de GARÓFALO tal como éste la formuló, hace notar que el concepto del delito es por su misma esencia *relativo*, y que “la incriminación representa la valoración que, desde el punto de vista del interés general, la sociedad, en ciertos períodos, hace de determinadas acciones” (*Parte general*, T. I, § 38, nro. 228, pág. 380). La observación es correcta.

Otra corriente, de la que puede considerarse el representante más puro a GRISPIGNI, define el delito, en su aspecto sustancial, como “aquellas acciones que toman imposible o colocan en grave peligro la convivencia y la cooperación de los individuos que constituyen una sociedad” (*Diritto Penale italiano*, Milano, s/f, T. II, Cap. I [Reato]).

IV. Las definiciones dogmáticas

1 — SIGNIFICACIÓN. La definición del delito tiene *significación dogmática*, puesto que en ella se señalan todas las características de la acción amenazada con pena, cuyo estudio, en conjunto, constituye el objeto de la *teoría del delito*. La tarea que realiza el intérprete consiste en identificar o diferenciar el acto real, que va a ser juzgado, y el descrito en la síntesis abstracta contenida en los tipos penales de la ley. En el aspecto negativo, es decir, en la comprobación de ausencia de alguna de las características fijadas al hecho humano por la definición, es donde yace la limitación impuesta por el *ius poenale* al *ius puniendi*. En el orden de las definiciones que consideran al delito esencialmente como una acción humana, podemos distinguir dos grandes períodos, separados por la definición de BELING, dada a conocer en 1906, en la cual aparece como esencial un elemento no considerado de ese modo hasta entonces: *la tipicidad* (*Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, pág. 7).

La característica específica del delito que señalan las definiciones anteriores a BELING, es la de tener una pena fijada por la ley, y es así como algunos autores reducen la definición en lo esencial a decir que es

un hecho o acto prohibido por la ley bajo amenaza de pena. Así lo entiende ROSSI, para quien el delito es, simplemente, *todo acto señalado con una sanción penal* (*Tratado de Derecho Penal*, Madrid, 1812, pág. 213). en el mismo sentido VON HIPPEL, para quien el delito es el hecho al cual el Estado fija como consecuencia la pena pública (*Lehrbuch*, Cap. II, § 24, II).

Esta fórmula simple, que toma como característica diferencial del delito la pena, es adoptada también por numerosos códigos antiguos y modernos, proponiéndose con ello limitar la especie de las conductas prohibidas a la enumeración contenida en la parte especial de la ley penal.

2 — LA DEFINICIÓN DE VON LISZT. También VON LISZT considera que el delito es un hecho al cual el orden jurídico asocia una pena como lógica consecuencia. Pero hace luego un análisis del cual deduce que el delito ha de ser *un acto humano antijurídico y culpable* (*Tratado*, T. II, § 26, I, 1.).

Seguidamente se pregunta si la circunstancia de estar sancionado con una pena debe incluirse o no, como elemento esencial en la definición del delito. Se decide por la afirmativa, por considerar que la pena es un elemento específico del delito, ya que el legislador la reserva como consecuencia únicamente del delito y no de los demás actos antijurídicos cumplidos culpablemente. Así, pues, queda completada la definición en los términos *humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena* (*Tratado*, T. II, § 26, I, 2).

3 — LA PRIMERA DEFINICIÓN DE BELING. Para este autor el delito es *una sanción típica antijurídica, culpable, subsumible bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones de punibilidad* (*Die Lehre vom Verbrechen*, pág. 7).

Resulta de esta definición que para que un acto sea delito son necesarios estos requisitos: a) acción descrita en la ley, es decir, tipicidad; b) que sea contraria al Derecho; c) culpabilidad, o sea que el autor haya obrado con dolo o culpa; d) que sea subsumible bajo una sanción penal adecuada; e) que se den las condiciones de punibilidad. Como puede verse, en esa definición aparece un nuevo elemento del delito: *la tipicidad*.

1. Considera BELING que las definiciones hasta entonces formuladas constituyen una pura tautología. Haciendo referencia a la dada por VON LISZT, juzga que es incompleta, porque sólo se enumeran en ella los elementos: antijuridicidad y culpabilidad, olvidando los demás, todos los cuales deben tomarse en cuenta en una definición técnica. Además, la enumeración resulta innecesaria, si luego ha de agregarse la fórmula “sancionada con una pena”, ya que en ella está contenida la noción de la antijuridicidad y la de la culpabilidad. Hubiera valido más, según BELING, decir que *el delito es una acción sancionada con una pena*. Este autor cree que la característica esencial para distinguir las acciones punibles de las que siendo antijurídicas y culpables no conducen a una pena, es *la tipicidad*, porque solamente las acciones punibles son típicas y no hay más delitos que aquellos que pueden adecuarse a un tipo penal.

Quien lea desprevenido la definición de BELING podrá suponer que ha agregado la condición *tipicidad* a los elementos contenidos en las definiciones anteriores, sin suprimir la exigencia de tener determinada una pena en la ley y así encontrar falta de rigor lógico la crítica a la definición de VON LISZT que se expone en el párrafo anterior; pero no es así: BELING da a la amenaza de pena una función distinta de la que tiene en la definición de VON LISZT. Además, no es la amenaza de pena lo que se requiere, sino que la acción sea “subsumible bajo una sanción adecuada”, expresión que tiene significado distinto, como más adelante veremos (*infra*, 5-, 1º, c). Indudablemente, dice que no hay delitos sino en virtud de que una acción haya sido referida a una pena en la ley, pero la pena es sólo *una consecuencia* de la concurrencia conjunta de los elementos indispensables para que a una acción corresponda una pena. En otras palabras: la pena *no es un elemento del delito*, pero ha de estar prevista en la ley *como consecuencia* de la acción que reúna los elementos esenciales enumerados, para estar en presencia de un delito. La teoría jurídica del delito consiste en el estudio de los “requisitos” para la punibilidad, que se nos presentan como un conjunto de circunstancias (*Die Lehre vom Verbrechen*, pág. 148).

La inclusión de la *tipicidad* marca el punto de partida de la segunda etapa de las definiciones prácticas, a las que se denomina *técnico-jurídicas*, en las que podemos fijar tres jalones marcados por las posiciones del propio BELING, de MAYER y de MEZGER frente a este problema.

2. *La tipicidad, en el sistema de BELING, es puramente descriptiva*. Ella sola carece de consecuencias jurídicas. La comprobación de que existe una concreción de *la tipicidad*, por sí sola, no permite ninguna conclusión, porque *es independiente de los demás elementos del de-*

lito. La ley se vale de la tipicidad para describir pero *los elementos del delito son independientes entre sí*; el uno no supone la existencia de otro u otros:

a. Para que pueda aplicarse a un acto la ley penal, debe ser típico, pero la condición de *acto* no depende de ello, sino de otras condiciones: debe constituir una manifestación voluntaria de un ser humano. Por intermedio de la tipicidad se transforma en *actos penales* los *actos* que ya reúnen las condiciones de tales. La tipicidad por sí no contiene ninguna indicación de un actuar con voluntad de un individuo o al menos no precisa contenerla.

b. El proceso de selección de los actos que se realiza mediante la tipicidad, no es de ninguna manera idéntico a la división en actos jurídicamente relevantes y jurídicamente irrelevantes.

Un acto puede ser conforme con la tipicidad sin ser por ello ilícito; por ejemplo, el homicidio en legítima defensa. Inversamente, puede ser ilícito sin corresponder a ningún tipo.

c. En el primitivo sistema de BELING, la tipicidad es completamente objetiva y libre de todo elemento subjetivo. La culpabilidad, como parte del hecho subjetivo, se destaca nítidamente de la tipicidad como síntesis exterior del delito tipo (*Die Lehre vom Verbrechen*, pág. 301).

4 — LA DEFINICIÓN DE MAYER. Define MAYER el delito como *acontecimiento típico, antijurídico e imputable*.

1. Puede verse que la palabra *acción* ha sido sustituida por el vocablo *acontecimiento*, y que se suprime de la definición de BELING todo lo referente a las condiciones de punibilidad y a la exigencia de que el hecho sea subsumible bajo una sanción penal adecuada. Además, se califica el acontecimiento de *imputable*.

a. La palabra “*acontecimiento*”, que en la definición de MAYER reemplaza al término *acción* comúnmente utilizado en la literatura alemana, responde a una exigencia dogmática del Derecho Penal alemán, que pierde su alcance al ser adaptada la definición del delito a otros textos legales sin esa exigencia.

b. *El empleo de la palabra "imputable"*, que aparece reemplazando a culpable en la calificación de la acción punible, no cambia sustancialmente su significado, pues es una cuestión esencialmente terminológica, ya que MAYER denomina *imputabilidad* al capítulo en que encara el estudio de la *culpabilidad*.

c. *Exclusión de la penalidad*. Refiriéndose a la primera definición de BELING, dice MAYER, a su vez, que se trata de una definición pleonástica, ya que si no concurre la circunstancia de ser subsumible bajo una sanción adecuada, es indudable que *una acción atribuible a título de culpa no es imputable* (culpable) (*Der allgemeine Teil*, pág. 13, en nota 29).

Este razonamiento no ha sido bien comprendido por quienes olvidan que se refiere al Código alemán, en el que, como en el argentino, las figuras de delitos culposos están contenidas separadamente de las dolosas y con carácter autónomo. De tal modo, si la culpabilidad a título de culpa no está *prevista expresamente para determinada acción*, ella no es punible si se ha realizado culposamente (*infra*, 5-, 1º c).

d. *En cuanto a las condiciones de punibilidad*, concretémonos a decir aquí que su inclusión en la definición del delito es innecesaria para MAYER. Más adelante trataremos este punto en particular.

2. *Relación de los elementos del delito entre sí*. Lo que realmente interesa destacar de la posición de MAYER, pues supone una etapa en la evolución del concepto, es lo referente a la relación que guardan entre sí los elementos del delito.

a. Para MAYER, la *tipicidad* no se desenvuelve dentro de la teoría jurídica del delito con la independencia que le fija BELING en su concepción de 1906, que hemos sintetizado. Considera MAYER que la tipicidad es *indicio* de la antijuridicidad, aunque no sea su fundamento; es válida para la vía del conocimiento, pero no es de su esencia. MAYER concibe, pues, el tipo, como *ratio cognoscendi*, aunque no como *ratio essendi* de la antijuridicidad (*Der allgemeine Teil*, pág. 185).

b. Niega MAYER que la tipicidad tenga carácter puramente descriptivo; que sea puramente objetiva; observa acertadamente que los tipos penales constituyen elementos referidos al sujeto activo del delito —elementos subjetivos del tipo— y otros que encierran una noción normativa —elementos normativos—. De ello se sigue claramente que

es necesaria una valorización por parte de quien debe juzgar los hechos sobre la base de la figura contenida en la ley.

5 — SEGUNDA DEFINICIÓN DE BELING. En el año 1930, en su trabajo *Die Lehre vom Tatbestand*, escrito con motivo del homenaje a FRANK, BELING modifica sustancialmente su definición. Dice ahora que el delito es *acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable, siempre que no se dé una causa legal de justificación*.

Las consecuencias del cambio de definición son importantes:

1° *La tipicidad pierde su carácter independiente*, como la pierden los demás elementos del delito. Como consecuencia del reemplazo del adjetivo *típica* por la expresión *típicamente*, la tipicidad, sin dejar de caracterizar la acción, se relaciona también con los demás elementos del delito: la acción debe ser típica; la antijuridicidad debe ser típica; la culpabilidad debe ser típica (*La doctrina del delito-tipo*, Buenos Aires, 1944, pág. 29).

a. A través de la expresión “*típicamente antijurídica*”, se manifiesta la idea de relación entre tipicidad y antijuridicidad, totalmente desvinculadas en la anterior doctrina de BELING, relación por la que se admite que la tipicidad caracteriza la antijuridicidad que determina la última nota del injusto penal.

b. Con la expresión “*correspondientemente culpable*”, equivalente a *típicamente culpable*, se quiere señalar la correspondencia que debe haber entre el tipo y la culpabilidad. La culpabilidad ha de ser la correspondiente al delito de que se trata. No se puede “armar” el delito de homicidio, por ejemplo, acoplando el acto ilícito “muerte de un hombre” con el dolo del prevaricato. Cada delito tiene en ese sentido “*su*” culpabilidad (*La doctrina del delito-tipo*, pág. 7).

c. Pero hay algo más importante y que vincula esta relación tipicidad-culpabilidad con la exigencia “subsumible bajo una sanción penal adecuada”, contenida en la definición de 1906 y que desaparece en la de 1930: el Código Penal alemán, al igual que el argentino, describe los tipos dolosos y los culposos independientemente. Traza *tipos autónomos* de delitos dolosos y *tipos autónomos* de delitos culposos. Es decir, que el actuar culposo *sólo es delito* cuando la acción está descripta por un tipo culposo autónomo. De tal manera, quien cumple la acción típica

sólo descripta en una figura dolosa, actuando culpablemente, realiza una acción, típica, antijurídica y culpable, pero no una acción correspondientemente culpable. De modo que el hecho no reúne las características exigidas en la definición para ser un delito.

2° *Debe preverse la justificación.* Entiende BELING que aún queda la posibilidad de acciones típicas antijurídicas y culpables que no son punibles, las cubiertas por una causa legal de justificación, y que esa posibilidad debe quedar advertida en la definición.

3° *Las condiciones de punibilidad extratípicas.* Con la construcción del concepto del delito —dice BELING— para llevar la definición a su término, resta sólo reflexionar sobre aquellas circunstancias de cuya existencia o inexistencia depende la punibilidad, a pesar de la materialización de una conducta típicamente antijurídica y típicamente culpable. Ello es que la definición debe completarse con un agregado que introduzca como esenciales en ella las puras condiciones de punibilidad estratégica (*La doctrina del delito-tipo*, pág. 29; véase *infra*, V, 5-).

6 — DEFINICIÓN DE MEZGER. Para MEZGER puede condensarse la definición del delito diciendo: *delito es acción típicamente antijurídica y culpable* (*Tratado*, antes del § 12, A). Como se ve, la tipicidad califica la antijuridicidad y la culpabilidad, a través de la expresión típicamente antijurídica y culpable. Por eso MEZGER no trata independientemente la tipicidad, sino que para él es sólo una parte del estudio de la antijuridicidad.

1° *La acción.* En el sistema del *Tratado* de MEZGER, la acción se estudia cayendo siempre sobre un tipo jurídico penal. Este autor considera relacionados los elementos del delito como situaciones de hecho sobre las cuales recae el juicio del juez y que, por tanto, constituyen presupuestos indispensables de dicho juicio para la imposición de la pena (*Tratado*, T. I, antes del § 12, A).

2° *Tipicidad y antijuridicidad.* El tipo es el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal (*Tratado*, T. I, § 21, II, 3, pág. 352). Es al tratar la tipicidad dentro del estudio de la antijuridicidad, donde adopta MEZGER una posición distinta a la de BELING: *el que actúa típicamente, ac-*

túa también jurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto (véase § 19, III, 3).

3° *Supresión de la amenaza de pena*. Haciendo razonamientos análogos a los de MAYER, MEZGER considera *innecesaria la inclusión de la pena* en la definición del delito, criterio que ha de modificar sus trabajos posteriores.

4° *Las condiciones de punibilidad*. Juzga, además, que no es correcto hacer referencia a las *condiciones de punibilidad*, porque ellas, aunque en conexión menos íntima, *pertenecen también al tipo del delito* y sería reducir demasiado este último, fijarles lugar independientemente, como hace BELING, por el hecho de que no son captadas por la culpabilidad del agente.

5° Posteriormente introduce MEZGER variantes: Define el *hecho punible como una acción típicamente antijurídica, personalmente imputable y conminada con pena*. (*Derecho Penal*, § 13).

El agregado *conminada con pena* lo explica diciendo que la tautología que ella supone, no resulta perjudicial, por cuanto no se prescinde de la discusión precisa acerca de lo que es la pena y la conminación de la misma. Sigue admitiendo, sin embargo, que la pena es una *consecuencia del delito* (antes del § 101, § § 13 y 16, II, 4.).

└ V. La definición en el derecho argentino

1 — DEFINICIÓN ADECUADA. El Código Penal argentino vigente no contiene una definición del delito, lo que lejos de ser criticable, resulta lo preferible, o al menos lo práctico.

Por lógicas y armoniosas que puedan parecer la doctrina que fundamenta una definición, y la definición que es su síntesis, ello no debe decidimos a adoptarlas sin más. La definición se debe formular conteniendo las exigencias de un determinado derecho positivo; y del sistema o modo de estar legislados aspectos esenciales del delito, puede resultar, y resulta, que algunas exigencias contenidas en la definición son innecesarias o bien que deban agregarse otras.

En un sentido jurídico, que indique las características de la *acción amenazada con pena*, podemos definir el delito como *acción típicamente antijurídica y culpable*.

2 — EL DELITO ES ESENCIALMENTE ACCIÓN. Con este aserto se alcanzan los siguientes resultados: a) máxima igualdad posible ante la ley (art. 16, Const. Nac.): a igualdad de conductas, igualdad de escalas penales; b) no se pena a nadie sólo por lo que cree o piensa, sino por lo que ha hecho (arts. 14, 18 y 20, Const. Nac.): no tiene cabida el delito de opinión, las ideas no son punibles; c) no se pena a nadie por lo que es, sino por lo que ha hecho (art. 18, Const. Nac.): las condiciones personales no pueden fundamentar una pena; d) sólo una acción puede acarrear otras consecuencias del Derecho Penal distintas de la pena; e) no tiene cabida la analogía.

Se han propuesto distintas expresiones para reemplazar la palabra *acción*, al dar el concepto del delito: hecho, acto, conducta, acontecimiento, dándose distintas razones, algunas basadas en el derecho positivo, para justificar la elección; pero lo cierto es que quienes prohíban una determinada palabra, usan frecuentemente las otras en el curso de la exposición sin que ello reste pureza científica a sus trabajos. El Código, por su parte, no es preciso en la terminología. *Acción, hecho, delito* son palabras que emplea con distintos alcances (arts. 34, 41, 42, 45, entre otros).

3 — LA TIPICIDAD CALIFICA LOS DEMÁS ELEMENTOS DEL DELITO. Al decir *acción típicamente antijurídica y culpable*, damos a la palabra *típicamente* la función de calificar los demás elementos del delito. Para ser exactos, debemos decir que califica la acción y las otras características de la acción. Porque la acción constitutiva de lo injusto penal es típica, antijurídica y culpable. De suerte que tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad son atributos de la acción y las dos últimas, a su vez, son caracterizadas por la tipicidad, al requerirse que antijuridicidad y culpabilidad sean típicas.

1. *La antijuridicidad típica.* Con la expresión *típicamente antijurídica* consideramos *el tipo legal como vía de concreción de lo ilícito penal*. De tal manera, quien concreta una acción que coincide totalmente con la figura legal, realiza una acción típicamente antijurídica.

En nuestro sistema institucional (art. 18, Const. Nac.), sólo la ley determina cuáles son las acciones que conducen a pena. El Código Penal y las leyes complementarias, son la ley específica. De modo que la

ley penal, en la parte especial, describe acciones ilícitas, aunque no tenga que repetirlo en cada caso.

Ejemplo: el artículo 79 del Código Penal debe entenderse que dice “el que matare *ilícitamente* a otro”. A veces el texto legal lo dice expresamente: v.gr., en el hurto “el que se apoderare ‘ilícitamente’ de una cosa mueble...” (art. 162, Cód. Pen.), expresión que repite para el robo (art. 164); pero no necesita decirlo, ni la interpretación cambiaría si no lo dijera; antes, al contrario, la referencia se señala como impropia. Así entendidas y expresadas las relaciones de la acción con la tipicidad y la antijuridicidad, por una parte, y la de estas dos últimas entre sí, no es preciso advertir en la definición del delito que no debe concurrir una causa legal de justificación, como lo quería BE-LING (véase *supra*, IV, 5-2°).

La acción debe ser antijurídica y la antijuridicidad, a su vez, típica. De suerte que *al decirse acción típicamente antijurídica, se dice acción no comprendida en los incisos 3°, 4°, 6° y 7° del artículo 34 del Código Penal*. JIMÉNEZ DE ASÚA interpreta de este mismo modo las palabras acción típicamente antijurídica (*Tratado*, T. II, 2da. ed., nro. 976 *in fine*).

Los artículos de un código no pueden ser interpretados aisladamente, sino formando parte del sistema a que pertenecen. El jurista conoce la totalidad del texto legal e interpreta sus disposiciones sabiendo que son parte de un sistema integral y orgánico; de manera que es totalmente teórica la hipótesis de que un homicidio cometido en defensa legítima, por ejemplo, pueda ser tomado por una acción típicamente antijurídica, por el hecho de haberse realizado la acción típica ‘matar a un hombre’ ”.

El obrar de quien mata a otro en defensa legítima de su vida, precisamente porque los tipos contienen acciones antijurídicas, no se identifica totalmente con la figura del artículo 79 del Código Penal argentino, que prevé una *muerte antijurídica*: el homicidio simple. La ley se encarga de prever, entre otros, el caso de quien mata en defensa legítima en el artículo 34, inciso 6°, utilizando la misma modalidad de redacción que emplea para los “tipos de ilicitud”, expone las circunstancias que deben concurrir para que el acto sea lícito, introduciendo así en el texto legal verdaderos “tipos de licitud” (véase lo que decimos al tratar la justificación y las relaciones de la tipicidad, *infra*, § 19, III, 3-).

2. *La culpabilidad típica.* Los términos *típicamente culpable* señalan la calificación de la culpabilidad por la tipicidad, como consecuencia de la función selectiva que también en este aspecto subjetivo cumplen los tipos penales. Los alcances de esta vinculación, por la que *las figuras penales indican la culpabilidad típica, pueden ordenarse así:*

a. Ya hemos señalado someramente, al ocuparnos de la segunda definición de BELING, la necesidad de esta relación como consecuencia del hecho de que en el Código Penal alemán los delitos dolosos y los delitos culposos están descriptos en figuras independientes. Dice BELING que las figuras se distinguen en cuanto unas requieren una ejecución dolosa y otras culposa del mismo delito-tipo, o que, en general, solamente la primera constituye una figura delictiva (*Esquema*, § 27, IV, II). Esta reflexión dogmática se adapta totalmente al derecho argentino, puesto que nuestro Código sigue también el sistema de la autonomía de las figuras culposas, y esa modalidad debe ser señalada en la definición del delito. Con esa modalidad los tipos penales asumen la función de seleccionar la forma de culpabilidad requerida para el acto que describen: *la culpabilidad típica*.

Ejemplo: el delito de atentado a la autoridad del artículo 237 del Código Penal, sólo está previsto en forma dolosa: *no existe* la figura del *atentado culposo a la autoridad*. Es posible que un individuo en estado de ebriedad involuntaria —cuyo efecto es eliminar el dolo y dejar subsistente la culpa— *ejecute la acción prevista en el tipo doloso*. Ese sujeto habría cumplido totalmente *el tipo objetivo* del artículo 237 del Código Penal, mas *no el tipo subjetivo*, porque la culpabilidad dolosa es *exigencia* de la figura. El individuo del ejemplo habría ejecutado, pues, *la acción objetiva*, correspondiente al delito de atentado a la autoridad, pero *no el delito* de atentado a la autoridad por falta de culpabilidad típica (cfr. Cám. Crim. Capital, Sala 2, *Doctrina Judicial*, 7-V-1964). No estaremos, en el caso, frente a una acción *típicamente culpable*, ni por tanto, ante un delito.

Algo semejante puede decirse con respecto a los hechos preterintencionales, que están previstos en figuras autónomas.

b. *Las referencias subjetivas* contenidas en la figura, también pueden tener por consecuencia *exigir para esa acción el dolo directo o el indirecto cierto*.

El dolo condicionado o eventual abarca las consecuencias que sólo existe la posibilidad de que se produzcan; tal posibilidad se traduce subjetivamente en una duda sobre su producción. Esa duda no puede caber, por ejemplo, en el juez que retardare *maliciosamente* la administración de justicia (art. 136, Cód. Pen.). Es evidente que el oficial público, en este supuesto, no tiene duda sobre las consecuencias del acto que realiza; sabe que se celebra ante él un acto nulo. En cuanto al juez, *malicioso* es más que *doloso*.

La jurisprudencia ha debido pronunciarse sobre la aptitud de determinadas formas de dolo para la configuración de algunos delitos, conforme con el modo como estos hechos están descritos en la correspondiente figura. Así, se ha requerido el dolo directo para el delito de daño (Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. V, págs. 134 a 139, nros. 1667, 1668 y 1669); para la calumnia (Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. VII, pág. 33); en el falso testimonio (Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. V, pág. 264, nro. 1786); en todos los casos de tentativa (Cám. Crim. Tucumán, *L.L.*, t. 95, pág. 552; Cám. Crim. Capital, *L.L.*, t. 95, pág. 276; el mismo tribunal, Sala Especial de Cámara, en la causa 3939, 25-VIII-1972 y Sala 6 en causa “Vargas Betancourt, F.”, 16-XII-1977) y en algunos otros.

c. Las referencias señaladas no son las únicas que tienen por función seleccionar las formas del dolo cierto, pues ello también puede ser consecuencia de la exigencia de un *móvil que impulse la acción o de un propósito o finalidad perseguido con ella*. En estos casos, resulta adecuada la denominación de *ambivalencia* utilizada por JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado*, T. III, 2da. ed., nro. 1214 b). Esas exigencias subjetivas de la figura llevan, además, implícita la de una forma del *dolo cierto* (véase WELZEL, *Grundzügen*, § 12, 2, a). No es concebible, en efecto, que pueda obrar con dolo eventual quien cobra un precio por matar, o quien mata con alevosía o para asegurar los resultados de otro delito. Debemos concluir, en síntesis, en que *en todos los delitos con verdadero elemento subjetivo específico, queda excluido el dolo eventual* (véase FINZI, Marcelo, *El llamado “dolo específico” en el Derecho Penal argentino y comparado*, 1943, pág. 38).

4 — LA AMENAZA DE PENA. No incluimos *la amenaza o comisión de pena* en la definición del delito. Como lo hemos señalado al comienzo de este párrafo, la idea que desarrollamos es, precisamente, la de acción amenazada con pena. De suerte que si incluyéramos ese requisito, incurriríamos en la repetición que hemos observado en otros, repetición que consideramos, por lo demás, innecesaria.

Reconociendo a la tipicidad función calificadora de los demás elementos del delito, ella asume el papel de *característica específica*, y carece de objeto requerir que el hecho esté penado por la ley. JIMÉNEZ DE ASÚA, para quien el estar penado por la ley es la última diferencia del acto delictivo con respecto al injusto, al referirse a la función de la tipicidad, declara: “Apresurémonos a decir que en esto consiste la índole propia de la *tipicidad en Derecho Penal*, hasta el punto de que es dable considerarla como característica *específica* del delito, prescindiendo —como MEZGER lo hizo— del requisito de ‘estar sancionado con una pena’, que pasaba a ser su consecuencia” (*Trata-*

do, T. III, 2da. ed., nro. 1197). Así pensamos nosotros; la amenaza de pena es característica específica de las leyes penales, no del delito.

5 — LAS CONDICIONES DE PUNIBILIDAD. Las llamadas *condiciones objetivas de punibilidad* son circunstancias, de distinta naturaleza, que no pertenecen al tipo del delito, que no condicionan la antijuridicidad y que no tienen el carácter de culpabilidad (BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, § 8, I, pág. 52).

Lo real es que existe anarquía sobre la naturaleza y especie de las circunstancias que pueden ser agrupadas bajo el rótulo común “condiciones objetivas de punibilidad”, al extremo de que podría decirse que cada autor hace su clasificación. Tales circunstancias sólo pueden ser sistematizadas tomando como material de trabajo un ordenamiento jurídico determinado.

No obstante la apuntada disparidad de opiniones con respecto a las llamadas *condiciones de punibilidad*, la doctrina generalizada, y a nuestro juicio la correcta, señala como *característica específica de esas exigencias que ellas no necesitan ser abarcadas por el dolo del autor*.

Guiándonos por ese criterio, llegamos a la conclusión de que en el derecho argentino no encontramos *verdaderas condiciones de punibilidad extratípicas*.

Al definir el delito como *acción típicamente antijurídica y culpable*, se está requiriendo *la adecuación del acto a todas las condiciones de la figura, subjetivas y objetivas*. Por eso, porque el tipo es la suma de los requisitos que definen la conducta punible, no consideramos necesario incluir en la definición las condiciones objetivas de punibilidad, ni ningún otro agregado referido a la adecuación, que resulta ya de la calificación de típicamente antijurídica. Una acción no es típicamente antijurídica si no contiene todos los requisitos de una figura legal.

Se acostumbra citar como condiciones de punibilidad la declaración de quiebra del artículo 176 del Código Penal y del concurso civil del artículo 179 del mismo; la interpelación documentada del artículo 302, según el texto de la ley 16.648, que no precisa ser abarcada por el dolo; la sentencia de divorcio por causa de adulterio para poder intentar la acción penal por ese delito, exigida por el artículo 74 del Código Penal, y la reciprocidad para la extradición, requerida por los artículos 3° de la ley 24.767 y 53 del Código Procesal Penal de la Nación. Hay, sin embargo, diferencia en la naturaleza de las condiciones exigidas en los supuestos citados. Las tres primeras (arts. 176, 179 y 302, Cód. Pen.) están contenidas en la figura y quedan por tanto comprendidas, a nuestro ver, en el concepto de *exigencias típicas*; el requisito de la declaración de divorcio

por causa de adulterio, en cambio, es una condición de *perseguidibilidad*, lo mismo que la exigencia de reciprocidad, como principio general en materia de extradición. Pero aun el divorcio está requerido en la figura, de manera que es parte de ella. La exigencia de reciprocidad en materia de extradición es un principio del derecho internacional, que en nada se vincula con los elementos del delito. Tanto es así, que en el trámite de una extradición sólo se analizan los *requisitos formales*, sin investigar el delito en su materialidad.

VI. *Los delitos políticos y conexos*

La distinción que se hace de los delitos políticos y los conexos con delitos políticos es de importancia, particularmente, para la extradición, las leyes de amnistía y el derecho de asilo (véase § 11, VII).

1. En la legislación no aparece definido el *delito político*. Su caracterización ha sido encarada con criterio *subjetivo y objetivo*, aunque hoy prevalece una tendencia mixta, que reconoce, sin embargo, que es el aspecto subjetivo el que con más rigor caracteriza al delito político.

Para el *criterio objetivo*, el delito político tiene como objeto único y exclusivo, destruir, cambiar o perturbar el orden público (GARRAUD, *Traité*, T. I, nro. 108). Se trata de la naturaleza del acto en sí misma.

El *criterio subjetivo* encuentra el elemento diferencial en el *móvil* o en el *fin* que inspira el acto. La posición más definida piensa que, concurriendo ese elemento, cualquier delito puede tener el carácter de político (GÓMEZ, E., *Delincuencia política*, Buenos Aires, 1933, pág. 35).

El *criterio mixto* asocia el bien jurídico atacado y el *móvil político*. Objetivamente el delito político lesiona los derechos del Estado en la esencia o en la forma. Pero es necesario, además, que esa lesión sea realizada con un fin político. (FLORIÁN, E., *Parte General*, T. I, § 41, nro. 244).

2. *Los delitos conexos* no son ya, por definición, delitos políticos, sino comunes conexos con políticos. De ello resulta que es inaplicable el criterio objetivo para su caracterización. Se requiere conexión y unidad de tiempo y lugar con un delito político, a lo que debe agregarse los móviles elevados que caracterizan el fin político, como pueden serlo los propósitos de restaurar la libertad escarnecida (PECO, JIMÉNEZ DE ASÚA. (Véase: FONTÁN BALESTRA, *Tratado*, T. I, § 21, II).

VII. *Las contravenciones*

La distinción entre *crímenes, delitos y contravenciones* proviene del derecho francés y se funda en la gravedad de la pena amenazada. El Código de 1810 denomina *contravención* al hecho amenazado con *penas de policía*; *delito* al sancionado con *pena correccional*, y *crimen* al que conduzca *pena aflictiva o infamante*.

Esa clasificación pierde significado en el derecho argentino, tanto porque el Código no acepta distinciones, ya que sólo legisla sobre delitos, cuanto porque no se prevén en nuestra legislación penas aflictivas o infamantes. Así, pues, *la distinción resulta únicamente* de lo que disponga el ordenamiento jurídico. (Véase § 3, 2-).

En parte por la nomenclatura empleada en la Constitución Nacional, que califica de *crimen* la compra y venta de esclavos (art. 15) y habla de penas infamantes o aflictivas (arts. 29, 69 y 119). En parte, también, por el influjo que por un tiempo ejercieron en el país las doctrinas extranjeras, lo cierto es que pocos temas han sido más debatidos que el que se centró en torno a decidir si existe o no diferencia sustancial, cualitativa, entre delitos y contravenciones.

Ninguno de los ensayos realizados llega a demostrar de modo incuestionable la existencia de diferencias intrínsecas; la distinción queda librada a la ley; es decir, que el hecho es delito o contravención según lo que disponga el ordenamiento jurídico. Este criterio prevalece en la opinión de los autores argentinos (MORENO, R.; GONZÁLEZ ROURA; PECO; SOLER; GÓMEZ, E.; JIMÉNEZ DE ASÚA. Sobre el significado que la distinción tiene en otras legislaciones y los criterios de diferenciación, puede verse FONTÁN BALESTRA, *Tratado*, § 21, I).

El juzgamiento de las contravenciones por autoridades administrativas, sin revisión judicial, es inconstitucional (cfr. C.S.J.N., causa "Madala, Adolfo", J.A., 10-VIII-1983).

VIII. *La acción atribuible*

1. Denominamos *atribuibles* a las acciones típicamente antijurídicas, que no conducen a pena, pero que tienen otras consecuencias específicas del delito o del Derecho Penal. La consecuencia más peculiar del delito es la pena; pero no la única: *las medidas de seguridad* son, también, aplicables a autores de hechos delictuosos. A menudo, sin embargo, esas medidas resultan procedentes para hechos que no reúnen todas las características del delito; sin que la acción sea culpable, ora porque concurre una causa de exclusión de la imputabilidad, ora por ausencia de la culpabilidad propiamente dicha.

Dice MAURACH que si los autores no capaces de actuar de modo culpable (inimputables) permanecieran fuera del alcance del poder punitivo se podrían equiparar realmente la *capacidad jurídica penal de actuar* y la *culpabilidad*. Tal sistema se quiebra, sin embargo, cuando el Derecho Penal sujeta también, por medio de sus medidas de seguridad, al autor inimputable (*Tratado*, § 14, I, B, 1). Resulta así que el inimputable puede ser *sujeto de la acción típicamente antijurídica*, con alguna “responsabilidad”.

La fundamentación que da MAURACH a estas consecuencias distintas de la pena, no es una novedad, en lo que se refiere a la lesión que el delito ocasiona en el ámbito de los intereses comunes de la sociedad: “el ordenamiento jurídico puede valorar la conducta de quienes están sometidos a él, en cuanto es expresión de su personalidad. *El juicio de disvalor que por la tipicidad y la antijuridicidad daba su cuño al acto, alcanza ahora también al autor*” (SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, § 31, II, A).

En lo que hay una enorme diferencia es en pretender, como lo hizo el positivismo, que peligrosidad y defensa social *son los fundamentos de la pena*. El principio “no hay pena sin culpabilidad” se mantiene intacto y fortificado si cabe, con la idea de una especie de responsabilidad fundada en el carácter atribuible de la acción, que en modo alguno pretende fundamentar la pena y, mucho menos, completar o reemplazar la culpabilidad.

2. Por la *atribución* se determina que *el acto típicamente antijurídico “es” de determinado autor*, entendidas estas palabras, no en el sentido de una mera causación física. La atribuibilidad crea “responsabilidad” por el hecho, *pero no culpabilidad*. Naturalmente, esta última no es posible sin aquélla, pero el hecho puede quedar en la etapa del *primer nexa psicológico* que se requiere para su atribución, siendo negativo el juicio de culpabilidad. Ese vínculo psicológico primario es el paso inicial en la tarea de investigar *si el autor debe cargar con alguna de las consecuencias del hecho típicamente antijurídico*.

Hay un cierto nexa psicológico en la causación, que es lo que hace que la acción pueda atribuirse al sujeto: *que sea de él. Pero esto ocurre también en la acción*. La diferencia esencial entre esta atribución y la que motiva la existencia de acción, radica en que esta última puede atribuirse con prescindencia del carácter típico y antijurídico del hecho; en tanto que en la acción atribuible se trata del *acto ya jurídicamente valorado*; de un hecho *antijurídico y penalmente tipificado* (FERNÁNDEZ DE MOREDA, *L.L.*, t. 67, 1952, pág. 848).

Con esa distinción se logra el fundamento más serio y que más se concilia con la función de garantía del Derecho Penal, para sustentar las medidas de seguridad en una responsabilidad, que no se identifica con la culpabilidad, pero que sirve de base para la aplicación de las consecuencias personales previstas en la ley penal para los autores de hechos típicamente antijurídicos no imputables o no culpables.

B. LA TEORÍA DEL DELITO

En los últimos tiempos, el estudio de la teoría jurídica del delito se ha constituido en el objeto primordial del Derecho Penal, y dentro de ella se han producido los trabajos de más importancia y el mayor número de cambios.

La evolución de la doctrina permite distinguir etapas que vamos a sintetizar:

1 — ETAPA CIENTÍFICA. Una primera etapa, representada, entre otros, por FEUERBACH en Alemania (*Lehrbuch ides gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*), PACHECO en España (*Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1887) y la Escuela Toscana en Italia, especialmente a través de las figuras de CARMIGNANI (*Teoria della leggi della sicurezza sociale*, Napoli, 1843) y CARRARA (*Programma del corso di diritto criminale*, Luca, 1889), constituye el período en que, sobre la base del derecho natural, se llega a un nivel científico del Derecho Penal.

La exposición, que no se ciñe a un determinado derecho positivo, adopta la fórmula sencilla y clara de la bipartición, en la que todo lo subjetivo pertenece a la culpabilidad y todo lo objetivo a la antijuridicidad.

En la concepción de CARRARA, el delito es un “ente jurídico”, en el que todos los elementos tienen idéntica jerarquía; están en un mismo plano de valor y de significado, la acción, la antijuridicidad y la culpabilidad. Delito es: *Infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso* (Programa. Parte General, T. I, § 21).

Se propone CARRARA señalar qué características debe reunir el hecho al que se asigne carácter de delito. No debe incluirse en un código

penal hechos que no reúnan esas características indicadas en su definición. Está, pues, señalando las peculiaridades que debe tener un acto para ser incluido en la ley penal. Su definición no supone la existencia de una ley penal sobre la cual se elabora, sino que, podría decirse que, a la inversa, es la ley la que deberá adaptar las previsiones a su definición. Por eso hemos denominado a estas definiciones *prejurídicas*, o acaso mejor, *condicionantes de las legislaciones*. CARRARA caracteriza la ley penal como la *ley dictada para proteger la seguridad de los ciudadanos*, y según sus propias palabras aspira a “fijar el límite perpetuo de lo ilícito” (*Programa*, §§ 21 a 31).

La responsabilidad se sustenta en la imputabilidad moral, que es fruto del albedrío: el ser humano, pudiendo optar entre el bien y el mal, se decide por este último y es por ello merecedor de castigo.

La pena es para ROMAGNOSI el contraimpulso penal, que se opone al impulso criminal. CARRARA ve en ella un medio de tutela jurídica, que tiende al restablecimiento del orden público alterado por el delito. Tiene el carácter de un mal equivalente al que el delincuente ha causado. De aquí nace la idea de *la proporcionalidad* entre pena y delito.

La labor en esta etapa es intensa y fecunda. Y si bien la concepción del delito como ente jurídico —en la que CARRARA cifró sus mejores esperanzas— cedió su lugar al estudio del delito como acción, muchos de los trabajos de esa época tienen hoy plena vigencia. La tarea de analizar, diferenciar y definir realizada, dio al Derecho Penal la jerarquía de una disciplina científica.

2 — ELPOSITIVISMO. La idea que asigna al hombre capacidad de decisión es para FERRI tan ilusoria como la que más, y un concepto de la responsabilidad fundado en ella, consecuentemente falso. El determinismo rige los actos del ser humano, y sólo un sistema que se sustente en esa comprensión puede ser considerado justo y útil. El delito es un fenómeno natural al que el hombre es impulsado por un determinismo cosmológico.

El sistema centró su labor en dos ideas fundamentales: *la defensa social* y *la peligrosidad*. La responsabilidad resulta de la condición humana del autor que revela una tendencia peligrosa que da derecho al grupo para tomar medidas de defensa. Es la *responsabilidad social* frente a la *defensa social*. (FERRI, *Sociología Criminal*, Madrid, s/f, T.

II, pág. 92; GARÓFALO, *Di un criterio positivo della penalità*, Napoli, 1880).

Así vistas las cosas, no se puede pensar en asignar a *la pena* carácter expiatorio o de castigo, como tampoco ver en ella un medio de contrainpulso o de tutela jurídica. A quien ha delinquido se lo debe *resocializar*, si ello es posible. Si no lo es, la pena de muerte o la relegación por tiempo indeterminado proporcionan el medio para la defensa social.

Como consecuencia del nuevo enfoque que se dirige prevalentemente al delincuente, el positivismo adopta el *método positivo*.

Queda como saldo de las ideas del positivismo la aceptación de cierta "responsabilidad" de los inimputables para el Derecho Penal. Como consecuencia de esa especie de responsabilidad, aceptación de diversas medidas, distintas de la pena, que son también consecuencia del delito, fundadas en *la atribución del hecho y la peligrosidad* del autor.

Un proceso de autocrítica condujo hacia las llamadas *escuelas intermedias y neopositivistas*, que en términos generales reivindican la autonomía del Derecho Penal como ciencia jurídica, y adoptan una posición dualista en relación con la responsabilidad y con las consecuencias del delito. Las penas son aplicables a los imputables y se fundamentan en *la culpabilidad*; los inimputables sólo son susceptibles de otras medidas distintas de la pena, que se apoyan en *la atribución del hecho, la defensa social y la peligrosidad*.

En esta última tendencia, con distintas variantes, están la *Terza Scuola*, cuya doctrina desenvuelven E. CARNEVALE y B. ALIMENA, y la Escuela Político-Criminal, *orientada por* VON LISZT, VAN HAMEL y PRINS. El neopositivismo se manifiesta, particularmente, en la persona de FLORIÁN y en la de GRISPIGNI.

3 — ETAPA DOGMÁTICA CLÁSICA. La dogmática adquiere su primer perfil, que ha de ser tenido como clásico, a través de las obras de VON LISZT (*Tratado de Derecho Penal*, Madrid, 1927) y de VON BELING (*Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906).

Ambos tratan el *delito como acción* con determinadas características. La acción se destaca de los elementos restantes del delito — todos ellos independientes entre sí — para alcanzar un plano de mayor jerarquía: *el delito es acción*; es acción antijurídica; es acción culpable. Esto se ve claramente a través de la denominación que uno y otro autor dan

a los capítulos de sus obras: “El delito como acción”, “El delito como acción culpable”, etcétera.

Caracteriza esta etapa la *concepción puramente “naturalística” de la acción*, de la cual la corriente dogmática se ha apartado mucho posteriormente. También puede verse en esta tendencia la *concepción psicológica de la culpabilidad* en su modalidad más característica: la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad; el dolo y la culpa son sus formas o especies. Por otra parte, prevalece la idea de una *antijuridicidad objetiva y formal*, caracterizada, esencialmente, por la contradicción del acto con el orden jurídico.

BELING destaca la función de la *adecuación típica* como punto central del concepto de delito. No obstante, señala que es un concepto puro, sin significado independiente. En conexión con ella, el acto ilegal culpable se convierte en un delito, pero sola carece de tiempo, espacio y existencia. No es una noción de la vida real, sino de la ley, a la cual se llega mediante abstracciones de los elementos de las distintas figuras de delitos. Además, su presencia no denota la de otro u otros de los elementos del delito y viceversa. Este modo de ver las cosas tiene como punto de partida para que así sean vistas, una doctrina elaborada en su totalidad sobre la base del derecho positivo vigente.

La pena no debe ser incluida como requisito en la definición del delito; *es la consecuencia* de él.

Los puntos de vista de BELING, particularmente en relación con el papel de la tipicidad, han de cambiar en el año 1930, en el trabajo publicado con motivo del homenaje a FRANK, donde admite vinculaciones entre antijuridicidad y tipicidad, perdiendo así ésta su carácter independiente (*Die Lehre vom Tatbestand*).

4 — ETAPA DOGMÁTICA NEOCLÁSICA. La línea clásica LISZT-BELING se quiebra, en primer lugar, al señalar M. E. MAYER la existencia en algunos tipos de elementos normativos y de los que llamó elementos subjetivos de lo injusto. Esto reveló que el tipo no es neutro al valor como BELING lo entendió y —para buena parte de la literatura alemana— que la antijuridicidad contiene elementos subjetivos, lo que hizo decir a MAYER que son engañadas las esperanzas de quienes confían en construir una tipicidad carente de valor y una antijuridicidad puramente objetiva (*Der allegemeine Teil*, 1915, pág. 182).

Para MAYER los elementos del delito no mantienen entre sí la total independencia que le asignara la posición clásica: la tipicidad es *indicio* de la existencia de la antijuridicidad, y la estudia comprendida en la acción.

Quien da a esta etapa neoclásica su fisonomía definitiva es E. MEZGER, al asignar a la tipicidad la función de *determinar lo injusto penal*, señalar la existencia de *elementos normativos* en la culpabilidad, y abrir paso a la *antijuridicidad material* (*Tratado de Derecho Penal*, Madrid, 1946).

MEZGER se propone valorizar la acción a la que da un enfoque jurídico penal distinto del óntico, y a la que estudia cayendo siempre bajo un tipo jurídico-penal (*Tratado*, T. I, § 12, A). En esta etapa, la acción supone una *manifestación de voluntad*, nexos psicológico que la distingue del puro acontecer.

Define el delito empleando la forma adverbial *típicamente* para calificar a la antijuridicidad, con lo cual determina que el tipo es el injusto descrito concretamente por la ley en sus artículos, y a cuya realización va ligada la pena (T. I, § 21, II, 3).

El contenido de la culpabilidad no se agota con los elementos psicológicos contenidos en el dolo y en la culpa. La culpabilidad es *el conjunto de presupuestos de la pena* —incluida entre ellos la imputabilidad— que fundamentan para el autor el reproche de la conducta antijurídica: el autor obró como lo hizo aun cuando pudo haberlo hecho de otro modo. El dolo y la culpa son *elementos* de la culpabilidad sobre los que se hace el juicio de reproche (T. II, § II).

Es misión del Derecho Penal la *tutela de bienes jurídicos*. La acción es *materialmente antijurídica* cuando lesiona o pone en peligro un bien jurídico de los tutelados por la ley penal.

5 — EL FINALISMO. La teoría de la *acción finalista* no se limita a innovar únicamente en materia de acción; incursiona en todos los aspectos de la teoría jurídica del delito y lo hace en una medida no conocida antes.

La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento “finalista” y no solamente “causal”. La “finalidad” o actividad finalista de la acción, se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse

objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el suceder causal exterior hacia el objetivo (conducta biocibernética anticipada). La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objeto, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es “vidente” y la causalidad es “ciega”.

El delito es *conducta*, acto humano voluntario, entendido en el sentido que se dio en el párrafo anterior; esto es, como ejercicio de actividad final.

El *dolo* pertenece a la *acción típica*; la culpa es, también, una forma de la tipicidad de una conducta. El primero se estructura sobre el dominio finalista del hecho; la segunda sobre la causación de una lesión evitable (WELZEL, *Derecho Penal*, § 15, 1). Su reproche resulta de la *violación de un deber* de cuidado.

El *tipo legal* tiene la función de señalar las acciones con significación penal. En lo que hace a las relaciones de la tipicidad con la antijuridicidad, suelen verse variantes en los autores.

La concepción finalista de la *culpabilidad* lleva más lejos el aspecto normativo de lo que lo hace la fase neoclásica. Puesto que ni el dolo ni la culpa pertenecen a la culpabilidad, ésta se limita exclusivamente al *juicio de reproche* o *juicio de culpabilidad* (WELZEL, *Derecho Penal*, § 19, I a III).

Al tratar sobre la acción volvemos con más detenimiento sobre la teoría de la acción finalista (*infra*, § 16, 1, 2-B).

6 — BALANCE. Ninguna corriente puede pretender hoy ser dueña de toda la verdad. En una posición no comprometida, puede hacerse un balance, recurriendo a menudo a soluciones complejas, para tomar los aportes válidos de cada una de ellas.

1. *En la acción* debe admitirse *la voluntad que la maneja y guía*. Es muy evidente el caso del sujeto coacto que, libremente o no, maneja con su voluntad la acción y la dirige con sentido hacia un fin, sin poder, no obstante, ser nunca alcanzado por el reproche de la culpabilidad.

El manejo de la acción guiada por la voluntad, es requisito señalado por la mayoría de los autores modernos, aun los no finalistas (BAUMANN, *Derecho Penal*, pág. 99; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, pág. 141; MEZGER, *Studienbuch*, 1968, § 18, III).

Por lo demás, *el finalismo no pudo prescindir de la causalidad* y en algunas obras orientadas en esa tendencia se ven excelentes exposiciones en materia de doctrinas sobre el nexo causal. En este aspecto debe reconocerse a *la culpabilidad función correctiva*, para el caso de un conocimiento extraordinario que permita un manejo también extraordinario.

En lo que se refiere a las *causas que excluyen la acción*, no hay diferencias entre finalistas y no finalistas (BACIGALUPO, *Teoría del delito*, 1974, pág. 29). Ambos admiten, en general, la fuerza física irresistible, la inconciencia absoluta y los actos reflejos. En el Código argentino, por una exigencia dogmática (art. 78), también el uso de medios hipnóticos o narcóticos es equiparado a la violencia.

2. No queda agotado el contenido de la voluntad en la acción. *Ese contenido lleva luego a la teoría de la culpabilidad*, que se constituye con el dolo, la culpa y los elementos normativos de los que resulta que el autor obró como lo hizo aun cuando pudo haberlo hecho de otro modo (reproche).

Mientras se dice que la culpabilidad *no es sólo* una relación psicológica, sino que *hay algo más*, que es el juicio de reproche que de esa situación se hace, sobre la base de la motivación reprochable, no pueden hacerse críticas al razonamiento; pero cuando se pasa de ahí, sin solución de continuidad, a afirmar que la culpabilidad es el juicio de reproche, nos encontramos con que esa afirmación se aparta de los cánones de la lógica, porque se reemplaza el todo por una de las partes, sin ningún razonamiento que lo explique y dando un salto en la exposición.

El dolo y la culpa pertenecen a la culpabilidad. Son elementos de ella. Decir, por ejemplo, que una acción inicialmente coacta es dolosa, aunque no sea culpable, resulta sin sentido.

La acción dolosa es finalista; pero la premisa no es válida a la inversa: no toda acción finalista es dolosa, comenzando con las acciones culposas, que no son finalistas con miras al resultado típico; pero sí lo son esas mismas acciones respecto de otra actividad, que en el caso es por lo común sin significado para la valuación penal de la conducta

aunque pueda serlo el modo como se persigue el fin que el autor se propone con la actividad que viola el deber de diligencia (o de cuidado).

Es correcto señalar que normativamente la culpa supone *la violación de un deber*. La tesis del *riesgo no permitido*, es la más adecuada para fundamentar la responsabilidad por culpa (véase lo que decimos al ocuparnos de la culpa, § 24, II).

El principio “no hay pena sin culpa” se mantiene intacto y se formula diciendo que nadie puede ser considerado responsable si no ha tenido, a lo menos, la posibilidad de conocer la ilicitud de su acto (SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, pág. 142).

3. *La tutela de bienes jurídicos* es misión irrenunciable del Derecho Penal, y conforme a ello, *la antijuridicidad material* es la que mejor se aviene para dar cumplimiento a la misión de garantía que la ley penal debe cumplir. Una acción es *materialmente antijurídica* cuando lesiona o pone en peligro un bien jurídico de los tutelados por la ley penal. JESCHECK ve en lo injusto material —visto como daño social— la posibilidad de graduar lo injusto de acuerdo con la gravedad de los intereses lesionados. Y agrega que, cuando no hay lesión alguna de intereses, el hecho no puede ser antijurídico (*Lehrbuch*, § 22, III, 2).

Lo injusto penal está constituido por el conjunto del juicio de disvalor más el objeto de ese juicio.

4. Reconocer al *tipo* significado valorativo y asignarle la función de *precisar lo injusto punible* (DOHNA, *La estructura*, pág. 42), es señalar la función que cumple, no solamente al realizarse la tarea legislativa, sino, también, en la práctica judicial. Ello, sin perjuicio de dejar a salvo, si se lo estima conveniente, la necesidad de ausencia de una situación justificada.

5. Digamos, por último, que el estudio de las consecuencias del delito —*penas y medidas de seguridad*— presenta tanto interés e importancia como el de cualquier capítulo de la teoría del delito.

SUJETO PASIVO Y OBJETOS DEL DELITO

I. *Sujeto pasivo del delito*

1. *Sujeto pasivo es el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito* (ANTOLISEI, *Manuale*, nro. 68); aquel a quien se designa como *víctima del delito*; es decir, la persona, en sentido jurídico, sea que se trate de un hombre o de un grupo de hombres (ROCCO, *L'oggetto del reato*, nro. 3, pág. 10). La idea de *víctima* no debe ser identificada, sin embargo, con la de *damnificado* o *perjudicado*, como lo hace luego el propio ROCCO, porque ambos pueden no coincidir (ALIMENA, JIMÉNEZ DE ASÚA).

Los términos *damnificado* o *perjudicado* pertenecen más claramente al ámbito del derecho procesal, y se los emplea para señalar a quienes pueden ser titulares de la acción penal y civil emergentes del delito, aun cuando algunos autores los limitan únicamente a la acción civil (BATTAGLINI, *Diritto Penale*, pág. 78).

En el homicidio, *por ejemplo*, la *víctima* es el muerto, en tanto que resultan *damnificados* o *perjudicados* los parientes a quienes la ley autoriza para ejercitar las acciones que resultan del delito.

2. *Sujeto pasivo del delito puede ser cualquier titular de un bien jurídico*, sea una persona de existencia real o jurídica:

a. *Los incapaces pueden ser sujeto pasivo del delito*, en la medida en que son titulares de bienes jurídicos. La vida del menor o la del loco están tuteladas por el Derecho, lo mismo que la de cualquier persona capaz.

La Cámara del Crimen de la Capital Federal resolvió que un niño de meses puede ser sujeto pasivo del delito de privación de la libertad descrito en el artículo 141 del Código Penal, que sanciona al que ilegalmente privare a otro de su libertad personal. El

tribunal llega a la conclusión de que la libertad es inherente a todo ser humano y que el niño es dueño y poseedor de su libertad, que la ley debe proteger, aunque no la ejercite por no necesitar hacerlo todavía. Concluye el tribunal declarando que sostener lo contrario implicaría considerar al niño una cosa (L.L., t. 74, pág. 407, nro. 34.859).

b. *Las personas colectivas pueden ser sujeto pasivo del delito.* La innegable existencia en ellas de un patrimonio propio, nos parece razón suficiente para que las consideremos posibles sujetos pasivos, pues son titulares del bien jurídico *propiedad*. Así resulta, además, del Código Penal argentino en las previsiones de la calumnia y la injuria, por ejemplo (art. 117), aunque en este caso se está abriendo camino una tendencia jurisprudencial que considera que no pueden ser víctimas de delitos contra el honor.

3. *No pueden ser sujeto pasivo:*

a. *Los muertos*, puesto que no son titulares de intereses. Se aclara el punto, en los Códigos que contienen figuras referidas a la profanación de cadáveres, lo que no ocurre en el derecho argentino.

La cuestión más ardua se plantea al preguntarse si *los muertos* pueden ser sujetos pasivos en los delitos contra el honor. Al respecto, debemos aceptar que en el derecho argentino los muertos no pueden ser *sujeto pasivo* en estos delitos (cfr. Cám. Crim. Corr. en pleno, causa "Romay", A., 17-XII-1972).

b. *Los animales.* Digamos, por último, que *las bestias no pueden ser sujeto pasivo del delito*, por la razón de que no pueden asumir la titularidad de bienes jurídicos.

Pueden ser, en cambio, *objeto material*, en tanto son considerados *como cosas*, como luego se verá. Así ocurre, por ejemplo, en el hurto, el robo o el daño.

II. *Objetos del delito*

Se distingue, en general, entre *objeto material* y *objeto jurídico* u *objeto de la lesión*.

1. Por *objeto material* se entiende la cosa o la persona sobre la que se produce el delito. A diferencia del sujeto pasivo, el objeto material puede ser tanto el hombre como las cosas, en cuanto uno o las otras constituyen la materia sobre la que recae la actividad física del culpable.

En algunos casos, *sujeto pasivo y objeto material* puede ser, pues, la misma cosa, mas esto sólo es posible cuando el objeto material del delito es un hombre vivo. Por ejemplo, en el homicidio, en el rapto, etcétera. En cambio, los muertos, los animales y las cosas pueden ser objetos materiales únicamente.

Algunos autores identifican la idea de objeto material con la de *corpus criminis*. Este concepto suele ser entendido por algunos en un sentido más lato, comprensivo no solamente del objeto material sobre el que recae el delito sino, también, de los medios con los cuales el delito ha sido cometido; es decir, los medios materiales y los instrumentos del delito (BELING; GÓMEZ, E.). FERRI amplía su contenido con las “huellas reales y personales” (*Principios*, pág. 389). El uso de este nombre nos parece tan propenso a confusión, como innecesario, ya que hoy existe entendimiento claro sobre el significado de las palabras “objeto material del delito”. Por lo demás, la expresión “cuerpo del delito” debe ser, en puridad, un concepto procesal, de particular interés para la prueba.

La *falta de objeto material* no supone, tampoco, la ausencia de acción punible. La ausencia de ese objeto se revela, en algunos casos de tentativa de delito imposible, como también en delitos de *pura actividad* (MANZINI, JIMÉNEZ DE ASÚA). Lo que no puede suponerse es la ausencia de objeto jurídico.

2. *Objeto jurídico del delito es la norma, el derecho violado o el bien o interés jurídicamente protegido*. La importancia que este concepto tiene para la interpretación de la parte especial de un código, resulta del hecho de que, a diferencia del objeto material, que siempre es “un elemento del tipo legal”, el objeto jurídico (objeto de protección) no es una modalidad de la acción, un elemento del tipo, sino una “*síntesis*” del tipo en cuestión (MAYER, M. E., *Der allgemeine Teil*, 1915, A. I, 4, pág. 98), de la que resultan la antijuridicidad y el criterio rector para la sistematización de la parte especial. Ese criterio es el que debe revelar, en códigos como el argentino, el nombre dado a los títulos y capítulos bajo los que se agrupan las figuras de la parte especial.

El objeto jurídico o de protección, está constituido por el *bien jurídico* que el delito lesiona, no sólo en cuanto la víctima es titular de él, sino también, y principalmente, *en cuanto representa un interés general, que es el que decide la protección del bien o interés en sí mismo; es decir, objetivamente*. No existiendo otra fuente de derechos que el ordenamiento jurídico —el derecho positivo—, la violación de un derecho subjetivo supone la del derecho objetivo determinado por la ley (MEZ-

GER, *Tratado*, T. I, § 19, II; HEINITZ, *El problema de la antijuridicidad material*, 1947, pág. 13. Véase, también, sobre el bien jurídico, CABRAL, Luis C., *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, 1987, págs. 100 y sigs.).

EL DELITO COMO ACCIÓN

§ 16

LA ACCIÓN

I. *Concepto*

1 — LA ACCIÓN COMO SUBSTRATO MATERIAL DEL DELITO. Hemos dicho más de una vez, en páginas anteriores, que *el delito es esencialmente acción*. Se nos podrá observar, de inmediato, que el delito es, también, antijuridicidad, culpabilidad y tipicidad, puesto que la ausencia de cualquiera de esos elementos supone también la del acto punible; por eso se los denomina a todos, situándolos en un mismo plano, *caracteres o elementos del delito*. Sin embargo, ateniéndonos a la materialidad, la acción o el acto, constituye el aspecto tangible y sustancial del delito. Cuando decimos que *el delito es acción*, estamos señalando la corporeidad de lo que jurídicamente, a través del juicio de valor que dan los otros elementos, se declara delictuoso. Es así como los demás elementos del delito aparecen, al definir el hecho punible, como características o condiciones de *la acción*. Es un sustantivo al que se añaden las restantes características como calificativos o atributos.

2 — LAS DISTINTAS CONCEPCIONES DE LA ACCIÓN. SIGNIFICADO. Los distintos puntos de vista sobre el modo de concebir la acción, seguramente constituyen, en el momento actual, el tema de mayor trascendencia en la estructuración de la teoría del delito. La teoría tradicional —causalista— debe enfrentar los argumentos del *finalismo*, en tanto que otro enfoque tercia en procura de la solución: la teoría *social de la acción*. La adopción de una u otra doctrina en materia de acción, no su-

pone, por sí sola, suscribir a un determinado criterio en el modo de concebir la culpabilidad, aun cuando se le asignen determinadas consecuencias en este ámbito. Concierto de distintas posiciones puede verse en MEZGER, *Studienbuch*, 1968; JESCHEK, *Lehrbuch*, 1969 y SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, 1970, entre otros.

⊙A. LA TEORÍA CAUSAL. La doctrina “naturalista” ve la acción como un acontecer del que es causal la voluntad del autor. Por eso, la actividad o actitud corporal debe constituir una *manifestación de voluntad*, entendida como ejercicio de la capacidad de actividad o quietud voluntaria que tiene el ser humano.

Sólo eso importa para la acción: que la actitud corporal responda a la voluntad del hombre, que la decida él; no alcanza al contenido de la voluntad —obrar para algo o por algo—, que pertenece al ámbito de la culpabilidad. Inversamente, la falta de ese nexo psicológico primario —la manifestación de voluntad— implica falta de acción.

Del sistema “naturalístico” primitivo (LISZT-BELING) esta doctrina se ha apartado considerablemente. Ya RADBRUCH la consideró inapropiada y propuso reemplazar el concepto de la acción por el de la *concreción del tipo* (FRANK, *Festgabe*, 1930, I, pág. 161).

La verdad es que hoy también la teoría tradicional reconoce el finalismo de la acción humana. Así lo hacen “causalistas” como MEZGER y SCHMIDHÄUSER. El primero concibe la acción sobre la base de un acto de voluntad dirigido hacia un fin, hacia una meta (*Studienbuch*, 1968, págs. 54 y sigs.). El segundo rechaza ambas concepciones unilaterales —la causal y la finalista— declarando que sólo una teoría “compleja” de la acción puede encarar justamente este concepto complejo —causal— finalista de la acción (*Strafrecht*, 1970, pág. 141, nro. 24).

B. LA TEORÍA FINALISTA. Esta doctrina, cuya concepción primitiva es ofrecida por HANS WELZEL, encuentra su punto de partida en la capacidad que tiene el hombre de acondicionar el futuro sobre la base de su conocimiento del acontecer causal; capacidad relativa, pero capacidad; actúa, pues, proponiéndose un fin, por lo que la acción humana es finalista. El autor parte mentalmente de la meta propuesta y acondiciona las causas para alcanzarla. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras la pura causalidad es la resultante de las causas circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la causalidad es *ciega*, la finalidad es *vidente*.

WELZEL ilustra lo dicho con un ejemplo: la diferencia entre un asesinato, por un lado, y un rayo mortal, por el otro. En el asesinato todos los actos del individuo están dirigidos desde el objetivo anticipado: la compra del arma, el estar al acecho, apuntar, apretar el gatillo; mientras que en el rayo, la muerte es la resultante ciega de los componentes causales circunstancialmente concurrentes (puede verse: *El nuevo sistema del Derecho Penal*, traducción de Cerezo Mir, J., Barcelona, 1964; *Derecho Penal*, Buenos Aires, 1956, § 8; *Derecho Penal alemán*, 11ª ed., Chile, 1970, § 8; “La teoría de la acción finalista y el delito culposo”, en *Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1971, pág. 57).

En efecto, si en el *finalismo* el autor anticipa mentalmente el fin, elige los medios sobre la base de su conocimiento causal y los pone en marcha para llegar al resultado (fin) elegido, su actividad es *vidente* porque conoce, desde el principio, *para qué* realiza el movimiento corporal voluntario. En cambio, en el *causalismo*, la acción es *ciega* porque en dicho elemento del delito sólo se exige que dicho movimiento corporal sea voluntario en el sentido de *querer el movimiento del cuerpo*, sin que intente el *para qué* se realiza la actividad corporal. El contenido volitivo se estudia en la culpabilidad.

1. Por el desarrollo que esta teoría ha alcanzado y por su cita obligada en la doctrina y en la jurisprudencia nos extendemos en este lugar sobre su estructura, abarcando los distintos elementos del delito, no obstante que este capítulo corresponde a la acción. Resulta necesario poner de resalto que puede compartirse el criterio de ella o de la teoría tradicional a los efectos del estudio del delito, lo que hará variar la ubicación de distintos aspectos de ésta, pero que ello no puede incidir, en un estudio dogmático, para alterar los principios establecidos en la ley penal argentina. Si el *finalismo* ha tenido la virtud, por ejemplo, de hacer caer en la cuenta de que en algunos casos debe admitirse el error de prohibición, ello no quiere decir que desde una perspectiva causalista, por interpretación del ordenamiento jurídico argentino, no pueda llegarse a la admisión del mismo criterio, como lo hace NÚÑEZ, que está enrolado en esta misma corriente (*Manual*, Parte General, Buenos Aires, 1977, pág. 239. Cfr.; Cám. Crim. Corr. Fed. Capital, Sala II, causa 3155, 5-IV-1984).

Desde el Palacio de Justicia puede llegarse a la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires por la calle Libertad hasta la avenida del Libertador y de ahí hasta la casa de altos estudios citada, o por la calle Tucumán hasta la avenida Callao y por ella hasta la avenida del Libertador. En ambos casos habremos arribado, por distintos caminos, a la Facultad de Derecho. Otro tanto ocurre con la teoría del delito. Para llegar al conocimiento del delito (la Facultad de Derecho) se pueden recorrer diversas vías, que en Derecho Penal pueden ser el causalismo, el finalismo u otras concepciones, pero ellas no pueden alterar el concepto de *delito* que tiene el Código Penal argentino

(no pueden cambiar a la Facultad de Derecho ni en su forma ni en su lugar de ubicación). Lo dicho tiene que ver con las apasionadas polémicas que dividen a la doctrina sobre la validez de una u otra teoría, acordándole a la forma de llegar al conocimiento mayor relevancia que al propio objeto de aquél.

Resulta necesario señalar que la división entre *causalismo* y *finalismo* nace de dos concepciones filosóficas distintas. Una *idealista*, según la cual el sujeto crea el objeto y su valoración o, en otras palabras, el científico *recrea* la realidad al establecer el método que sigue —esto es lo que ocurre con el concepto jurídico-penal de acción, distinto del óntico— y otra *realista*, para la cual el objeto crea el conocimiento (ZAFFARONI, *Tratado*, T. III, pág. 43).

Sentado lo expuesto, analizaremos los distintos elementos de la definición dogmática del delito a la luz de esta teoría, señalando los puntos que la diferencia de la tradicional.

Partimos de que el delito es una acción *típica, antijurídica* y *culpable*. El uso adverbial en la tipicidad (*típicamente*) no resulta necesario, habida cuenta de que el dolo y la culpa, en el finalismo, pertenecen al tipo y no a la culpabilidad (*id. supra*, con relación al causalismo, B, 14, V, 3).

2. LA ACCIÓN. Este elemento que es el sustento del delito y el que fundamenta las distintas concepciones, se concibe como un movimiento corporal regido por la voluntad hacia un determinado fin previamente anticipado. En otras palabras, ella opera como la previsión de un fin por parte del autor, la elección de los medios adecuados que sabe tales por el dominio de la causalidad que acuerda la experiencia y su puesta en marcha en procura de aquél.

Ticius desea matar a Sempronio y se decide a hacerlo. El *fin* que rige su conducta es la muerte del segundo. Sabe que las armas de fuego son aptas para matar porque así lo indica la experiencia. Compra, pues, un revólver y espera a la víctima escondido y cuando ella aparece dispara (pone en marcha los medios) y así llega al resultado *muerte de Sempronio* (fin que había anticipado y que guió su actuación, que, por eso, fue *vidente*).

Como se ve, esta concepción de la acción que coincide con la que de ella tiene la realidad, es ontológicamente correcta. Es más *natural* que la del casualismo. En efecto, en esta última posición, la anticipación del fin no rige la voluntad, en contra de la realidad óntica, pues el fin (el *para qué*) del movimiento corporal no pertenece a la acción sino

a la culpabilidad. En tanto, en la acción sólo hay una voluntad *incolora* que se reduce a querer el movimiento del cuerpo.

Dice ZAFFARONI que esa concepción de la acción “no es más que inervación muscular en el caso de la acción, y distensión muscular en el de la omisión, o sea una conducta sin finalidad” (*Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, T. III, 1981, pág. 62).

En los delitos culposos ese fin también dirige la actividad del sujeto, aunque por un desvío de la causalidad imputable a la violación de un deber de cuidado, sobreviene un resultado no querido.

El conductor de un automóvil que está apurado por llegar a una reunión e imprime velocidad antirreglamentaria a su vehículo causando la muerte de un peatón al embestirlo cuando cruzaba la calle, había anticipado el fin de llegar pronto a su domicilio y al efecto eligió el medio de conducir a exceso de velocidad. El resultado a que llegó por un desvío causal no querido, es la muerte de un peatón.

No son capítulos de la acción, sino una forma de descripción típica la omisión y la comisión por omisión. No obstante, la comparación con el causalismo la efectuaremos en el lugar en que nos ocupamos de dichas modalidades de actuación voluntaria (*infra*, § 16, III, 1, 2 3. Sobre el tipo culposo, *infra*, § 24, II, 11).

En punto a las *causas que excluyen la acción* son las mismas en una u otra concepción, pues ellas tienen por denominador común la ausencia de voluntad (véase *supra*, § 18).

3. LA TIPICIDAD. Desde que la acción en el finalismo contiene *toda* la voluntad, por ser la acción típica la que interesa al Derecho Penal, ese contenido subjetivo pleno debe necesariamente repercutir en el tipo, que, por lo tanto, tendrá un aspecto objetivo y otro subjetivo. En otras palabras, el finalismo se refiere al tipo objetivo y al tipo subjetivo. De esta manera se opone al criterio doctrinario según el cual todo lo objetivo pertenece a la tipicidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad.

El *tipo objetivo* está constituido por la descripción de la conducta prohibida por la norma —en los delitos de comisión y en los impropios delitos de omisión— o impuesta por dicha norma —en los delitos de omisión simple— que efectúa la ley penal.

El *tipo subjetivo*, en tanto, es el dolo correspondiente a cada tipo objetivo; esto es, el conocimiento y la voluntad de realización de la descripción típica. El conocimiento de las circunstancias relativas al sujeto activo, a los medios, a la relación causal, al resultado y al sujeto pasivo.

(Sobre los aspectos cognoscitivos y volitivos del dolo vale lo expresado *infra*, § 24, I, 8-).

El tipo objetivo del homicidio simple (art. 79, Cód. Pen.) es el que matare a otro, en tanto que el tipo subjetivo correspondiente es *conocer que se mata a otro y querer hacerlo*, sabiendo que los medios elegidos conducen al resultado propuesto (conocimiento de la relación causal).

De la correspondencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo, surgirá la existencia de acción *típica*. En cambio, la ausencia de esa congruencia hace desaparecer la tipicidad dolosa, pudiendo existir, si hay violación del deber de cuidado, tipicidad culposa.

Esa necesaria congruencia entre lo objetivo y lo subjetivo sólo es parcial y no obstante existe tipo penal, en los casos de figuras que tienen elementos *subjetivos del injusto*. Ellas son exigencias que pertenecen a la psiquis del autor y que no se refieren al aspecto del delito.

El tipo objetivo del rapto (art. 130, Cód. Pen.) lo configura el que *sustrajere o retuviere a una mujer por medio de la fuerza, intimidación o fraude*. El tipo subjetivo que guarda congruencia con aquél es el *dolo* de ese delito: conciencia de que se sustrae o retiene a una mujer por la fuerza, intimidación o fraude y voluntad de hacerlo. El *elemento subjetivo del injusto* está conformado por las *miras deshonestas*, exigencia que pertenece a la figura pero que sólo corresponde a su aspecto subjetivo.

Apréciase en el siguiente gráfico, sólo referido a los *delitos dolosos de comisión* (Los esquemas correspondientes a los tipos de omisión y omisión impropia véanse más abajo en este mismo capítulo, III 1, 2 y 3 y el correspondiente a los delitos culposos, *infra*, § 24, 11:

TIPO OBJETIVO	Relación casual	Sujeto pasivo
Acción Sujeto activo	 Referencias típicas: a los medios, al tiempo, al lugar, etc.	Resultado (en sentido amplio)
TIPO SUBJETIVO	Dolo { <ul style="list-style-type: none"> conocimiento de cada uno de los elementos del tipo objetivo voluntad de realización del tipo objetivo 	elementos subjetivos del injusto

No hay dolo en los casos de *error de tipo*, siempre que dicho falso conocimiento recaiga sobre elementos esenciales de aquél conforme se expresa más adelante (§ 25, nros. 5 y 7 al 10). Excluido el dolo, puede quedar subsistente la culpa, si el error es *imputable*, conforme lo determina el artículo 34, inciso 1º, del Código Penal (*infra*, § 25, 9).

En otros aspectos, como el papel que cumple la tipicidad, relación de ésta con la antijuridicidad, función y elementos de los tipos penales, clasificación, etcétera (*supra*, § 19) no hay diferencias apreciables entre causalismo y finalismo, salvo las que emergen de las posiciones personales de los autores y no de las propias doctrinas.

Es útil señalar, sin embargo, que en el finalismo al dolo se lo reputa *avalorado* o *natural* en el sentido de que, en la función que se le asigna, resulta neutro al valor jurídico y está despojado de esa valoración, por preceder su ubicación a la antijuridicidad y porque el conocimiento de ella pertenece a la culpabilidad y no al dolo, como en el causalismo. En otras palabras, se sigue en esta última doctrina la *teoría del dolo* en lugar de la *teoría de la culpabilidad* (el desarrollo de ambas, *infra*, § 24, I, 4).

4. LA ANTIJURIDICIDAD no tiene, en el finalismo, particularidades que la aparten de la teoría tradicional.

5. LA CULPABILIDAD. Dijimos que en la teoría de la acción finalista, el dolo configuraba el aspecto subjetivo del tipo doloso de comisión y que el delito culposo era una de las estructuras típicas. En consecuencia, dolo y culpa no pertenecen, dentro de este criterio, a la culpabilidad sino al tipo.

Ello sentado, es del caso señalar que el finalismo sigue el criterio de la teoría normativa de la culpabilidad (*infra*, § 23, III, B y C), pero sin emplear para formular el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad, el dolo o la culpa y la exigibilidad. En consecuencia, en esta postura, la reprochabilidad se funda solamente en la *imputabilidad* y en la *conoscibilidad* de la antijuridicidad.

El estudio de la *imputabilidad* responde a los mismos principios que la teoría tradicional (*infra*, § 30).

El segundo elemento no importa el conocimiento concreto de la antijuridicidad de la acción típica y antijurídica que ejecuta el agente sino la posibilidad exigible de conocerla de acuerdo a las pautas personales del autor.

WELZEL expresa que “la culpabilidad es la reprochabilidad del hecho antijurídico singular” y que lo que se le reprochará al autor es la estructuración antijurídica de la voluntad respecto del hecho individual. Para añadir que “la reprochabilidad presupone además que el autor capaz de culpabilidad respecto del hecho concreto habría podido estructurar en lugar de la voluntad antijurídica de la acción una conforme a Derecho; ése es el caso cuando ha reconocido lo injusto de su hecho o ha podido reconocerlo” (*Derecho Penal alemán*, pág. 221). Y más adelante: “la conciencia de la antijuridicidad no es algo que le sea reprochado al autor, sino la razón por la cual al autor le será reprochado el dolo antijurídico. Al autor se le reprochará su decisión antijurídica, porque podía reconocer su antijuridicidad y, por consiguiente, podía omitirla (...). Al autor se le ha de reprochar el dolo antijurídico en la medida que podía actualizar la conciencia de la antijuridicidad y convertirla en un contramotivo determinante de sentido” (pág. 227).

Este criterio lleva a incluir, como supuesto de inculpabilidad, al *error de prohibición*, cuyo concepto desarrollamos en otro lugar (*infra*, § 25, 5) y enrola al finalismo, repetimos, en la *teoría de la culpabilidad* (*infra*, 25, 6), según la cual la cognoscibilidad de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad y no al dolo, que sólo consiste en la conciencia y voluntad de realización de tipo objetivo.

El *error de hecho*, en el finalismo, como error de tipo, corresponde a la faz negativa de la tipicidad. En el causalismo, en cambio, a las causas de inculpabilidad.

Dentro del finalismo, se consideran los casos de no exigibilidad de otra conducta por anormalidad de circunstancias concomitantes como supuestos de mínimo reproche y, por lo tanto, no merecedores de pena. Tales los supuestos, en nuestro Código, de la coacción (art. 34, inc. 2º), donde también se sitúa el estado de necesidad disculpante, relativo a la colisión de bienes de igual valor (véase *infra*, § 25, II y § 25, II, B) y de obediencia debida (art. 34, inc. 5º).

He aquí sus esquemas:

CAUSALISMO

FAZ POSITIVA

1. ACCIÓN:

Movimiento corporal voluntario (Con voluntad del movimiento corporal)

FAZ NEGATIVA

1. CAUSAS DE EXCLUSIÓN DE LA ACCIÓN:

- estado de inconsciencia absoluta (34, inc. 1º).
- fuerza física irresistible (34, inc. 2º).
- actos reflejos (34, inc. 1º).

CAUSALISMO

2. *TIPICIDAD:*

Adecuación de una acción al tipo penal.

Tipo penal: descripción de una conducta que efectúa la ley penal

3. *ANTI JURIDICIDAD:*

Relación de contradicción entre un hecho y el Derecho.

4. *IMPUTABILIDAD:*

Comprensión de la criminalidad del acto y dirección de las acciones de acuerdo a ella.

En la *teoría psicológica:* presupuesto de la culpabilidad.

En la *teoría normativa:* elemento para determinar el juicio de reproche.

5. *CULPABILIDAD:*

Psicológica: relación psicológica entre el autor y su hecho.

Normativa: juicio de reproche que se funda en los siguientes elementos: 1º) imputabilidad; 2º) dolo o culpa; 3º) normalidad de circunstancias concomitantes → exigibilidad de otra conducta.

2. *CAUSAS QUE EXCLUYEN LA TIPICIDAD:*

— Atipicidad.

— Falta de ajuste de la acción al tipo penal.

3. *CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN:*

— estado de necesidad (34, inc. 3º).

— cumplimiento de la ley (34, inc. 4º).

— legítima defensa propia y de terceros (34, incs. 6º y 7º).

4. *CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD:*

— insuficiencia de las facultades (34, inc. 1º).

— alteración morbosa de las mismas (34, inc. 1º).

— grave perturbación de la conciencia (34, inc. 1º).

— minoridad (leyes 22.278 y 22.803).

5. *CAUSAS DE INCULPABILIDAD:*

— error o ignorancia de hecho (34, inc. 1º).

— coacción (34, inc. 2º, 2da. parte).

— obediencia debida (34, inc. 5º).

FINALISMO

1. *ACCIÓN:*

Movimiento corporal regido por la voluntad en procura del fin anticipado.

1. *CAUSAS DE LA ACCIÓN:*

— estado de inconsciencia absoluta (34, inc. 1º).

— fuerza física irresistible (34, inc. 2º).

— actos reflejos (34, inc. 1º).

FINALISMO

2. *TIPICIDAD:*

Adecuación de una acción al tipo penal.

Tipo penal: descripción de una conducta que efectúa la ley penal y que comprende tanto lo objetivo como lo subjetivo de ella.

3. *ANTI JURIDICIDAD:*

Relación de contradicción entre un hecho y el Derecho.

4. *IMPUTABILIDAD:*

Comprensión de la criminalidad del acto y dirección de las acciones de acuerdo a ella. Elemento para determinar el juicio de reproche (aplica la teoría normativa).

5. *CULPABILIDAD:*

Reprochabilidad personal por el hecho antijurídico a quien tiene capacidad de comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones y conociendo o debiendo conocer la antijuridicidad de su actuar lo llevó, no obstante, a cabo.

Teoría normativa, que se estructura sobre la base de la imputabilidad y la posibilidad exigible de conocer la antijuridicidad.

2. *CAUSAS DE LA TIPICIDAD:*

— atipicidad (ausencia de tipo por falta de uno de sus elementos objetivos/ constitutivos)

— error de tipo (incongruencia entre la faz subjetiva y objetiva del tipo por falta o erróneo conocimiento de uno de los elementos objetivos de éste).

3. *CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN:*

— estado de necesidad (34. inc. 3°).

— cump. de la ley (34, inc. 4°).

— legítima defensa propia y de terceros (34, incs. 6° y 7°).

4. *CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD:*

— insuficiencia de las facultades (34, inc. 1°).

— alteración morbosa de las mismas (34, inc. 1°).

— grave perturbación de la conciencia (34, inc. 1°).

— minoridad (leyes 22.278 y 22.803).

5. *CAUSAS DE INCULPABILIDAD:*

— causas que excluyen la imputabilidad (*supra*, 4).

— error de prohibición (art. 19, Const. Nac.).

— coacción (art. 34, inc. 2°), casos de mínimo reproche.

— obediencia debida (art. 34, inc. 5°), casos de mínimo reproche.

C. LA TEORÍA SOCIAL. E. SCHMIDT, en la última edición del *Lehrbuch* de LISZT (26ª ed., 1932, pág. 153), formuló el que se denomina *concepto social de la acción*. Sostiene que se trata de un “fenómeno social en un significado directo de la realidad social”. JESCHECK define a la acción en ese sentido como “conducta humana socialmente relevan-

te". La expresión *conducta* aparece caracterizada como toda respuesta del hombre que, ejerciendo su libertad, reacciona ante las exigencias reconocidas o reconocibles de una situación.

Esta teoría, que ha sido formulada de diversas maneras, originariamente no fue sino una de las muchas tentativas de ajustar o adecuar el causalismo a las exigencias sistemáticas del orden jurídico, principalmente en lo referente a los delitos de omisión. Posteriormente se transformó en una verdadera teoría, con elementos propios y repercusión en la teoría general del delito.

Se considera normalmente que una conducta tiene *relevancia social*, cuando produce efectos en la relación del individuo para con su medio social, de modo que este último sea afectado por la actuación de aquél. También se afirma que es relevante socialmente la conducta sobre la cual se puede realizar un juicio de valor (JUÁREZ, E.; TAVARES, X., *Teorías del delito*, Buenos Aires, 1989, págs. 89 y sigs.).

3 — LIMITACIONES QUE RESULTAN DE DEFINIR EL DELITO COMO ACCIÓN. Cuando decimos, simplemente, que el delito *es acción*, limitamos ya las previsiones del Derecho Penal a un *comportamiento*. Como consecuencia de esa limitación, resulta:

a. Las ideas y los sentimientos por sí mismos no son punibles: no se pena a nadie por lo que piensa o siente, sino *por lo que hace*. Delito *es únicamente la acción* movida por un pensamiento: *cogitationis poenam nemo patitur*. El Derecho Penal alcanza al elemento psicológico sólo en tanto y en cuanto se vincula a un obrar, a una manifestación externa.

b. Las condiciones personales, de raza, de color, de grupo, etcétera, y la misma peligrosidad, que es también una condición personal, no pueden ser fundamento de una pena; no se pena a nadie por lo que es, sino *por lo que hace*.

c. Concebido el delito como acción prevista por la ley penal, no tiene cabida la analogía. Fue suficiente la adopción, en 1958, de una definición material del delito, para que se señalara un cambio sustancial en la estructura del Derecho Penal soviético (*Fundamentos del Derecho Penal Soviético*, bajo la dirección de ROMASHKIN, P., Moscú, 1962, pág. 494).

4 — LA ACCIÓN, EN LO MATERIAL, SUPONE, AL MENOS, UNA ACTITUD CORPORAL del ser humano. Decimos actitud y no movimiento, porque *en los delitos de omisión el concepto de acción surge de la directa referencia a un tipo penal*, del que resulta que el no hacer algo es o puede ser lo típico. El autor a quien se atribuye la conducta típica omisiva, puede realizar cuantos otros movimientos quiera, pero este hacer *cae fuera del tipo* y es, por lo tanto, indiferente para la ley penal; resulta así que no realizar movimiento alguno es decir, la quietud, también puede constituir *acción* en sentido jurídico-penal. Debe entenderse, pues, la palabra acción en el sentido amplio comprensivo del *hacer* y el *no hacer* determinado por el contenido de las figuras delictivas.

5 — LA ACCIÓN SÓLO ES HUMANA. *Cuando afirmamos que la acción es actuar humano, limitamos la materialidad del delito a las manifestaciones de la personalidad de un ser humano. Sujeto de la acción es solamente una persona física.*

Por exclusión, resulta:

a. *Las personas de existencia ideal* no pueden delinquir, sin perjuicio de la eventual responsabilidad individual de sus representantes.

En el derecho argentino está expresamente declarada la exclusión por el artículo 43 del Código Civil. En la nota de VÉLEZ SANSFIELD puede leerse: “El derecho criminal considera al hombre natural, es decir, a un ser libre e inteligente. La persona jurídica está privada de este carácter, no siendo sino un ser abstracto, al cual no puede alcanzar el derecho criminal”. (Véase lo que decimos en el capítulo del autor, § 29).

b. *Los animales y las cosas.* Ha quedado en el pretérito la responsabilidad penal de los animales y las cosas inanimadas. El obrar humano no puede ser equiparado al puro acontecer de las fuerzas de la naturaleza o al movimiento de los seres irracionales. La imposibilidad de culpa en animales y cosas es palmar, por ausencia de motivación conforme a representaciones de valor.

II. Elementos de la acción. Definición

1 — CONTENIDO DE VOLUNTAD. Llena los requisitos de la acción *la actividad corporal humana manejada por la voluntad del autor, que la guía con sentido.*

Esa voluntad que guía el acto no agota el contenido de voluntad que pertenece a la culpabilidad, ni toma en cuenta su formación. Una cosa es que *la conducta*, por ser tal, responda a la decisión del hombre —libre o coacto, imputable o inimputable— y otra que se realice conociendo y queriendo o aceptando algo. No es lo mismo *el dominio que guía el movimiento corporal*, que *el contenido psicológico y volitivo de ese movimiento y el juicio que sobre él pueda hacerse.*

La diferencia aparece claramente en el aspecto negativo. Las causas que excluyen la acción tienen ese efecto, precisamente, porque en tales casos el movimiento corporal *no ha sido hecho* por el aparente autor en cuanto persona. El cirujano que está realizando una delicada operación de cerebro, al que un tercero, intencionalmente o no, le da un golpe en el codo, a consecuencia del cual el bisturí penetra profundamente en la masa encefálica, *no ha hecho él el movimiento* que causó la lesión: no lo ha guiado él; *no ha sido autor como persona*; lo mismo hubiera sido, para el caso, que el tercero diera el golpe directamente sobre el bisturí, puesto que fue él quien manejó el movimiento.

Ya se dijo que voluntad es aquí dominio de la actividad o inactividad corporal que el ser humano está normalmente en condiciones de efectuar y proyectar en el medio exterior. Esa actividad, querida o no, es el autor quien en definitiva la decide y la guía. Por eso debe ser entendida como *voluntaria o motivada* (véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. III, 2da. ed., nro. 1048).

2 — LA ACCIÓN Y EL RESULTADO. *La acción comprende también el resultado* (JIMÉNEZ DE ASÚA, GRISPIGNI). Un movimiento corporal *sin resultado*, entendido éste en el sentido amplio que de inmediato le señalamos, no podría tener significación para la ley penal, cuyo contenido está limitado a las conductas humanas que lesionan, ponen en peligro o crean posibilidad de peligro para bienes jurídicos.

1. *Por resultado se entiende*: a) toda mutación en el mundo exterior, producida por el movimiento corporal que contiene la manifesta-

ción de voluntad; b) la no mutación del mundo exterior, por la inactividad del sujeto de quien se espera la realización de un movimiento corporal.

El sentido que debe darse a la palabra mutación o no mutación en el mundo exterior, es cosa largamente debatida. Tenemos por cierto que el efecto del delito puede consistir en un cambio físico o psíquico; damos, también, como fuera de cuestión, que son resultados el daño y el peligro.

2. *Todo delito tiene un resultado* (VON LISZT, *Tratado*, T. II, § 28, II, 1). A veces, el resultado coincide en el tiempo con la acción. Pero esta circunstancia sólo puede apreciarse en relación con los tipos penales; es en ellos donde se señala si el resultado es, para el caso, la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico. No ha de pensarse que el resultado *peligro* deba estar indicado expresamente en la figura, aunque la previsión de tal resultado deba surgir de la figura misma.

3. *Cuando a una mutación acaecida en el mundo exterior puede considerársela el resultado de un hacer humano, decimos que entre una y otro hay relación de causalidad: relación de causa a efecto* (véase el siguiente párrafo).

No se persigue con esa investigación llegar a determinar cuándo un sujeto es responsable jurídicamente de un resultado, sino sólo cuándo ese resultado le puede ser "atribuido por el Derecho", que es, por otra parte, más que ser causante físico de tal resultado.

La cuestión adquiere dificultad, porque el problema no se limita a la pura relación de causa a efecto propia de la investigación física, sino que entran en juego *el factor humano y la descripción legal*, a consecuencia de los cuales, de los resultados atribuibles físicamente a una causa, sólo una parte adquiere relevancia para el Derecho Penal. Hay así *un nexo causal jurídico, distinto del físico*, como consecuencia de la exigencia de que el autor *tenga el manejo de su hacer* para que pueda hablarse de acción en materia penal (véase: BRUERA, *El concepto filosófico-jurídico de causalidad*, 1944, págs. 241 y sigs.).

3 — DEFINICIÓN DE LA ACCIÓN. Luego de lo expuesto, podemos definir la acción, en sentido jurídico-penal, como *conducta humana guiada con sentido por la voluntad del autor* (BAUMANN, J., *Derecho Penal*, 1973, pág. 99).

El dominio de la acción propiamente dicha es exigencia contenida en la definición de diversos autores. Así SCHÖNKE-SCHRÖDER: "Comportamiento corporal que es dominado por la voluntad"; MAURACH: "Conducta humana dominada por la voluntad, que la dirige hacia un resultado determinado". La autoría se caracteriza a través de la existencia del dominio del hecho (JESCHECK, *Lehrbuch*, 1969, pág. 428).

Ya se dijo que la exigencia de que el autor *maneje el movimiento corporal y lo dirija con sentido*, aparece muy claramente al estudiar la falta de acción. En la *fuerza física irresistible*, por ejemplo, el movimiento corporal del violento es manejado y dirigido por quien ejerce la fuerza; en tanto que en la *coacción*, el movimiento corporal del amenazado *responde a su voluntad, que lo dirige hacia un fin, querido o no*. Éste es el límite más alto de la acción, sin penetrar aún en el terreno de la culpabilidad. Piénsese si dirige o no su acción y si lo hace o no persiguiendo un objetivo quien con el caño de una pistola en la nuca, hace los movimientos necesarios para que la combinación de la caja fuerte permita correr el cerrojo.

III. Modalidades de la acción

1 — EN RELACIÓN CON LA PREVISIÓN LEGAL. La acción *en sí misma* se manifiesta bajo dos formas: *comisión y omisión*. La naturaleza de la acción *relacionada con la figura legal*, permite distinguir tres modalidades.

1. *Delitos de acción o comisión* son aquellos que la ley describe refiriéndose a *actos positivos del individuo necesarios para violar la prohibición que contiene la norma*. Frente a la norma que prohíbe apoderarse ilegítimamente de los bienes ajenos, surgen las figuras del hurto, la extorsión, etcétera.

2. La ley contempla casos de *pura omisión*, u *omisión propia*. En tales casos, *fija pena para quienes dejen de hacer algo que la norma ordena; lo típico es el no hacer*.

Así, frente a la norma que ordena prestar auxilio a un menor de 10 años perdido o desamparado, surge la descripción del artículo 108 del Código Penal, que castiga al que tal cosa no hiciera.

En el *finalismo* los tipos omisivos constituyen otra forma de descripción típica que motiva un análisis particular. Veamos cuáles son los elementos que lo componen.

a. El *primer elemento del tipo* es una *especial situación de hecho*, la descripción de determinada situación fáctica que determina el *deber de acción*. En el artículo 108 del Código Penal la situación especial será encontrar a un menor de 10 años perdido o desamparado o a una persona amenazada de un peligro cualquiera. En el encubrimiento por omisión de denuncia (art. 277, Cód. Pen.), la situación estará dada por el conocimiento de un delito adquirido por una autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

Queda pues claro, que el primer elemento del tipo penal es la *situación típica*, determinada situación de hecho descrita en la figura, a través de la cual *nace el deber de actuar*.

b. La *no realización de la acción mandada* es el segundo elemento del tipo. Además de darse la situación típica, el sujeto tiene que incumplir con el mandato imperativo de la norma y no realizar la acción que el Derecho le imponía. Volviendo al ejemplo del artículo 108, el sujeto no realizó la acción mandada sino prestó la ayuda que correspondía o puso de manifiesto el hecho en conocimiento de la autoridad.

c. Algunos autores agregan un tercer elemento del tipo, que es la *existencia de un poder de hecho para cumplir con la acción impuesta* por la norma.

Fuera de que tal poder de hecho es exigido por el tipo del artículo 108, en cuya descripción se agrega que la ayuda debe suministrarse cuando *pudiere prestarse sin riesgo personal*, creemos que no es elemento del tipo en los demás delitos de omisión que no contengan una exigencia expresa y que *pertenece a la situación típica*, ya que ésta describe las circunstancias en que emerge el deber de acción, que solamente nacerá si el sujeto tiene poder de hecho para realizar la acción impuesta.

d. El *tipo subjetivo* queda completo con el *conocimiento* de tipo objetivo; esto es, *el conocimiento de la situación típica* y de que *se omite la acción mandada*, sin necesidad de que se abarque el mandato de acción que, como veremos, no está en el tipo; y con la *voluntad* de no realizar la acción impuesta por la norma imperativa.

En cuanto al conocimiento, éste tiene que ser actual; esto es, darse en el momento del hecho y además no se equipara el *deber conocer* al *conocer* sino que es necesario, cuanto menos, que el sujeto se haya representado como posible que se diera la situación típica y no obstante no haber cumplido con el mandato de acción.

Si un tripulante de un barco de pesca durante la noche oye un ruido característico de un cuerpo al caer al agua y se representa como posible que sea otro miembro de la tripulación, pero no obstante sigue en su marcha, sin averiguar, y en su caso prestar el auxilio que la norma imperativa, que está detrás del artículo 108 del Código Penal, le imponía deber de ayudar al que está en peligro, habrá actuado con dolo eventual.

En figuras como las descritas en el artículo 108 que, como dijimos, contienen en el tipo referencias al poder de hecho (“pudiere hacerlo sin riesgo personal”), el error sobre dicho poder, constituirá un error de tipo; de la misma manera que en las otras figuras de omisión, en las que el error en ese caso, estará referido a la situación típica.

En resumen. El tipo, en los delitos de omisión, está conformado por *tipo objetivo* y *tipo subjetivo*. El primero, a su vez, por la descripción de una situación típica y por el incumplimiento del mandato de acción. El tipo subjetivo comprende el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y la voluntad de omitir o no cumplir la acción mandada.

e. *El deber de actuar* está fuera del tipo.

El deber de actuar es la consecuencia de la situación típica. En presencia de la situación típica surge el deber de actuar o mandato de acción. Dicho deber de actuar está fuera del tipo, no pertenece a éste y por lo tanto el error sobre él no constituirá un error de tipo sino un *error de prohibición*, que excluirá la culpabilidad si es inevitable.

Decimos que está fuera del tipo porque es un elemento del delito que es la materialización de la norma que está detrás del tipo penal.

De la misma manera ocurre con los delitos de comisión, cuya norma prohibitiva no pertenece al tipo.

Según este esquema:

TIPO OBJETIVO	1) Situación típica 2) Incumplimiento del mandato de acción
TIPO SUBJETIVO	DOLO { 1) Conocimiento de la situación típica y de que se incumple el mandato de acción 2) Voluntad de incumplir el mandato de acción

3. *Los delitos de comisión por omisión o impropios de omisión son, por lo común, delitos de resultado típico, cometidos mediante omisiones. En los delitos de pura omisión, lo punible es la omisión misma; en los que estamos tratando, la omisión por sí sola no es punible, si no se produce el resultado previsto en un delito de resultado típico.*

Los ejemplos son clásicos: la madre que no amamanta a su hijo y éste muere por ello; el guardaagujas que deliberadamente no realiza el cambio y ocasiona el un desastre ferroviario. En el primer ejemplo, el hecho de no amamantar al niño (omisión) no es punible; pero si esa privación de la obligación de alimentarlo conduce a la muerte de la criatura (resultado de un delito de acción indiferente), entonces el delito se configura.

Para la atribución que decide el carácter de *autor*, en estos delitos impropios de omisión, no es suficiente con que quede comprobada la existencia de la omisión y el *nexo causal* entre ella y el resultado; esto es necesario, pero no suficiente. Se requiere, además, que la persona que causa el resultado esté en una situación que le imponga el *deber de hacer*. Nos ocupamos del tema al tratar la relación causal (§ 17, II).

En el *finalismo* en estos delitos el tipo se estructura, en principio, de la misma manera que en los delitos de omisión propia, con las siguientes modalidades constitutivas.

Adentro del tipo *objetivo* situamos:

a. Una determinada situación, la que conocemos como *situación de hecho*, que genera el deber de actuar, pero que no necesariamente tiene que encontrarse en la descripción contenida en el tipo.

b. *Incumplimiento del mandato de acción*, que resulta de la situación de hecho.

c. *Relación causal* entre la no actuación del autor de la omisión y el resultado, tema sobre el que volveremos, y

d. Como en los delitos de omisión propios, quedaba fuera del tipo el deber de actuar que surgía de la situación típica, y un error de éste sería materia de error de prohibición y no excluirá el tipo.

Son dos los problemas que presenta el esquema del tipo que hemos efectuado. El primero de ellos es el de la fundamentación del *deber de actuar para evitar el resultado* y el segundo es el de la *relación causal*. Nos referimos a ello en otro lugar (*infra*, § 17, II).

e. El tipo subjetivo del tipo de comisión por omisión puede ser doloso o culposo. En el primer caso, al igual que en los delitos de comisión, importa el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, y la voluntad de no realizar la acción ordenada para evitar el resultado.

En otras palabras, el sujeto debe conocer la situación típica y que no realiza la acción mandada para evitar el resultado, debe conocer la relación causal y por último debe conocer el resultado.

Todo esto según el siguiente gráfico:

TIPO OBJETIVO	1) Situación típica 3) Relación causal → 4) Resultado 2) Incumplimiento del mandato de acción
TIPO SUBJETIVO	DOLO { <ul style="list-style-type: none"> 1) Conocimiento de la situación típica y de que se incumple el mandato de acción y de que ello tiene aptitud para producir el resultado que la ley procura evitar 2) Voluntad de incumplir el mandato de acción

2 — TIEMPO DE LA ACCIÓN. De acuerdo con el tiempo de la acción, podemos distinguir los *delitos instantáneos* de los *permanentes o continuos*.

1. *Delitos instantáneos* son los que se consuman en un momento que no puede prolongarse en el tiempo. Para determinar este carácter, es preciso atenerse al *verbo* con el que la figura respectiva define la conducta o el resultado típico. La forma o el modo de ejecución del delito tiene poco significado para esta distinción, ya que la prolongación en el tiempo del proceso ejecutivo no es lo que importa, sino *el tiempo de la consumación* (cfr. DRAPKIN, A., *Relación de causalidad y delito*, 1943, pág. 86).

Ejemplo: El homicidio es un típico delito instantáneo, porque la muerte se produce en un solo momento que determina la consumación, y no pierde ese carácter por el hecho de que su ejecución se prolongue en el tiempo.

Se dice que algunos delitos pueden ser *eventualmente* instantáneos o permanentes. Así, NÚÑEZ, citando a GRISPIGNI, en el delito de enajenación o adquisición de esclavos (art. 602, Código italiano de 1930), que es instantáneo si consiste en “enajenar o ceder una persona”, en tanto que es permanente si consiste en “mantener en estado de esclavitud” (T. I, pág. 255 y nota 147). Cada uno de los verbos empleados no da tal al-

ternativa; en el caso, se trata, sencillamente, *de un delito con pluralidad de hipótesis*, de varias acciones típicas distintas, contenidas en un mismo artículo de la ley; en el caso citado, dos son delitos instantáneos, y el tercero es permanente.

2. *Delitos permanentes o continuos son los que permiten que el acto consumativo se prolongue en el tiempo.* Del verbo legal resulta esa posibilidad. La expresión verbal con que la ley describe el delito, ha de permitir que *la consumación sea continua e invariablemente típica, antijurídica y culpable, durante un tiempo que puede prolongarse.* De suerte que en cualquier momento de ese tiempo *el delito se está consumando.* El concepto de *permanencia* es válido y se presenta con frecuencia en la omisión (MEZGER, *Studienbuch*, § 97).

La ley presenta numerosos ejemplos. El artículo 130 dispone: “Sufrirá prisión de uno a cuatro años, el que con miras deshonestas sustrajere o retuviere a una mujer por medio de fuerza, intimidación o fraude”. El verbo *retener* contenido en el texto permite que la consumación se prolongue, puesto que si el delito consiste en “retener” el autor lo estará consumando durante el tiempo que “retiene” a la víctima, y la consumación sólo cesará cuando deje de retenerla.

Un buen ejemplo de *omisión* nos lo ofrece el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. La omisión al deber de prestar los medios para la subsistencia, se prolonga en el tiempo (URE, *El delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar*, 1960, pág. 69).

a. *Diferencia con los delitos de efecto permanente.* Es preciso no confundir estos hechos con los de *efecto permanente*; éstos, muy comunes, son delitos instantáneos cuyo efecto se prolonga indefinidamente en el tiempo. Por ejemplo, el homicidio.

b. *Diferencias con el delito continuado.* A éste lo caracterizó CARRARA, diciendo que la continuidad se deduce, precisamente, de la *discontinuidad* (*Programa*, § 535). El delito continuado se caracteriza por la concreción de varios hechos, cada uno de ellos con todas las características de un delito. Esta pluralidad de hechos no existe en el delito permanente.

c. *Diferencias con el delito habitual.* Por último, en el *delito habitual* también hay pluralidad de conductas discontinuas, pero cada acto, por sí mismo, no constituye delito. Ello así, porque *la repetición de hechos (la habitualidad)* es un elemento de la figura en los delitos habituales; de modo que para que la acción sea típica ha menester de varios

actos, cada uno de los cuales, por separado, no alcanza a satisfacer las exigencias de la figura.

Un claro ejemplo de delito habitual lo ofrece nuestro Código en su artículo 208, inciso 1º, que dice: "Será reprimido con prisión de quince días a un año: 1º El que, sin título ni autorización para el ejercicio de un arte de curar o excediendo los límites de su autorización, anunciare, prescribere, administrare o aplicare *habitualmente* medicamentos, aguas, electricidad, hipnotismo o cualquier medio destinado al tratamiento de las enfermedades de las personas, aun a título gratuito".

3 — PROBLEMAS VINCULADOS AL TIEMPO DE LA ACCIÓN. La cuestión se vincula con problemas de distinta naturaleza: 1º con respecto a la aplicabilidad de la ley en el tiempo; 2º en relación con la imputabilidad; 3º en cuanto a la existencia de la antijuridicidad y la justificación; 4º para determinar, en ciertos casos, la calidad de partícipe; 5º para fijar la prescripción.

1. *Cuando dos o más leyes se suceden en el tiempo, y la nueva ley es menos favorable, tratándose de un delito continuo, la consumación se ha prolongado en el tiempo, de modo que la situación antijurídica se mantiene el día de entrar en vigencia la nueva ley, ésta resulta aplicable, puesto que el hecho se consuma también durante su vigencia. Es decir, que la ley nueva que tipifica o agrava el hecho, es aplicable si una situación preexistente se mantiene.*

Ejemplo: el marido que se sustraía a la obligación de prestar a su mujer los medios indispensables para su subsistencia, adoptaba una actitud atípica hasta que comenzó a regir la ley 13.944, que creó el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar. Al entrar en vigor la ley punitiva, le es aplicable si la situación preexistente se mantiene; si no ha cambiado, puesto que el carácter de permanente hace que *no se requieran hechos nuevos*.

La condición de permanente puede tener efecto también en relación con las circunstancias agravantes, aun de la misma ley. Es posible que una circunstancia agravante no exista al comenzar la consumación y que en el transcurso del tiempo en que ella se prolonga, se cree la situación que tiene por efecto adecuar la conducta a una figura cualificada.

Ejemplo: el derogado decreto-ley 4778 del año 1963, artículo 2º, elevó la pena en un tercio para los casos en que el hecho fuera manifestación de delincuencia asociada organizada. Si por un acto con esas características, alguien hubiera privado a otro de su libertad personal, con anterioridad al tiempo de vigencia de esa norma, la agravante no

hubiera resultado aplicable; pero si la situación se hubiera mantenido a esa fecha, habría correspondido la aplicación de la escala penal elevada.

2. *La imputabilidad debe ser apreciada en el momento del hecho; ¿cuál es el momento del hecho en los delitos permanentes?* No hay duda de que el momento es aquí *el tiempo* del hecho. Puede así ocurrir que el autor comience el hecho en estado de inimputabilidad, pero que ese estado desaparezca luego, en el transcurso del tiempo durante el cual la situación creada se mantiene invariablemente antijurídica. Como quiera que el delito continuo, conceptualmente, puede ser descompuesto en una sucesión de hechos instantáneos, *cualquier momento de la consumación en que el autor sea imputable* es suficiente para tener el hecho cometido con capacidad de culpa, *si en ese momento le fue posible modificar la situación creada.*

Ejemplo: un individuo en estado de embriaguez absoluta, a la que ha llegado en forma casual, priva a otro de su libertad personal. En el momento de la consumación, es inimputable; pero, mientras la consumación se prolonga, recobra la conciencia y con ello su capacidad de culpa. Si el autor persiste en su actitud, la imputabilidad debe ser apreciada en el momento en que recobró su conciencia, pues el delito *lo sigue consumando*; si, en cambio, en ese momento desiste de su acción, la inimputabilidad por lo hecho es evidente.

A la inversa, si el individuo que retiene a una mujer contra su voluntad es sorprendido en un estado de enajenación mental transitoria, pero, en el momento de *comenzar la consumación* había sustraído a la mujer con miras deshonestas en estado de normalidad, será responsable por el delito de rapto (art. 130, Cód. Pen.).

3. *La antijuridicidad y la justificación:*

a. *La antijuridicidad.* Es posible pasar, sin solución de continuidad, de una situación *lícita* a una *ilícita*, por la concurrencia de una circunstancia esencial del delito, que se suma a la situación existente estando el hecho en curso, el que sin modificarse en su materialidad, pasa así a ser típicamente antijurídico.

Ejemplo: el mecánico que retiene el automóvil que reparó debido a que su propietario no pagó el precio convenido, actúa lícitamente al ejercer el derecho de retención que prevé el artículo 3939 del Código Civil, pero esa posesión, originariamente lícita, se transforma en ilícita luego de percibido el pago del precio, por lo que incurre en el delito de apropiación indebida del artículo 173, inciso 2º del Código Penal.

b. *Con respecto a la justificación,* en los delitos instantáneos, la defensa no puede ser opuesta legítimamente a un hecho ya consumado,

puesto que en esa oportunidad dejaría de ser defensa (art. 34, inc. 6° b), Cód. Pen.); en los delitos permanentes, en cambio, la legítima defensa es posible en cualquiera de los momentos de su consumación. Esto se comprende con claridad si se recuerda la posibilidad de descomponer conceptualmente el hecho continuo en una sucesión de instantes. De tal suerte, la defensa interpuesta en cualquier momento de la consumación se opone a los instantes venideros y no a los pasados.

Ejemplo: una persona se encuentra encerrada y maniatada, sabiendo que se pedirá rescate por ella. En ausencia de sus secuestradores consigue desligar sus ataduras, pero, pese a sus intentos, no logra franquear la única puerta de acceso, que es pesada y se encuentra cerrada con llave. Cuando uno de los secuestradores regresa, se traba en lucha con él y lo lesiona para sustraerse de la situación en que se encuentra. La necesidad y legitimidad de la defensa son indudables.

4. *En la participación* también aparecen efectos a tomar en cuenta cuando el delito es de acción permanente. La intervención de terceros en el hecho, luego de cumplido el verbo contenido en la ley para los delitos instantáneos, sin mediar promesa anterior, sólo podrá ser encubrimiento; en los delitos permanentes o continuos, en cambio, el tercero será coautor o cómplice, según el caso, toda vez que la intervención tenga lugar mientras la consumación se prolonga.

5. *La prescripción* en el delito instantáneo comienza a correr desde la medianoche del día en que se cometió; en el permanente, ese momento se fija en el día en que dejó de cometerse (art. 63, Cód. Pen.).

4 — POR EL RESULTADO: 1. *Materiales y formales.* Puede decirse que es tradicional la separación de los delitos, ateniéndose al resultado, en *materiales y formales* (CARRARA, FLORIÁN; GÓMEZ). Mantenemos esa nomenclatura, aun cuando resulta necesario aclarar su significado, pues es visible la tendencia que se opone a ella, entendiendo que distinga entre delitos “con” resultado y delitos “sin” resultado. No es ése el sentido que asignamos a la clasificación, cosa que quedó ya resuelta cuando, al ocuparnos de la acción, dijimos que *no hay delitos sin resultado*.

Delitos materiales son aquellos cuya consumación requiere un resultado distinto en el tiempo del movimiento corporal constitutivo de la acción propiamente dicha, a la que está vinculada por el nexo causal. Así, por ejemplo, el homicidio, las lesiones, la estafa. Los *delitos for-*

males, en cambio, son aquellos en los que el resultado coincide en el tiempo con la acción.

Los ejemplos más comunes son la calumnia y la injuria. En estos delitos el resultado *lesión al honor*, queda logrado para la ley al vertirse la especie falsa o injuriosa; no es preciso averiguar si ante terceros o para el propio interesado hubo un efecto determinado; lo que importa es que la acción sea *idónea* para ello. Por eso, cuando alguien es acusado de injuria, no se investiga si el honor quedó realmente lesionado, sino si el contenido de la acción es en sí mismo ofensivo. El resultado *lesión al honor* es conceptualmente idéntico al de *lesión corporal*; uno es un daño al honor, el otro es un daño en el cuerpo o en la salud; la diferencia en el tiempo del resultado es impuesta por la naturaleza también distinta del bien tutelado. Por eso dice MAYER que el resultado puede coincidir temporalmente con la acción; pero es un error destruir *la dualidad lógica* de los momentos, inducidos por su posible *unidad temporal* (*Der allgemeine Teil*, pág. 119).

2. *De daño y de peligro*. Ateniéndose a la naturaleza del resultado, se distingue, también, en delitos *de daño y de peligro*. Esta clasificación, no obstante la opinión de algunos autores, no se superpone con la que los distingue en *materiales y formales*, a la que nos hemos estado refiriendo. Como enseguida veremos, en los delitos de peligro no siempre el resultado coincide con la acción (*infra*, 3 y 4).

La distinción resulta ya del enunciado del fin que hemos fijado al Derecho Penal: son delitos de daño los que se consuman con la lesión efectiva de un bien jurídico; son delitos de peligro, los que se consuman con sólo poner en peligro o crear la posibilidad de peligro para un bien tutelado por la ley penal en esa medida, de acuerdo con lo que dispone el tipo penal.

3. *Peligro real y potencial*. Dentro de los *delitos de peligro*, se distinguen los de *peligro real o concreto* de los de *peligro abstracto o potencial*. *Delitos de peligro real son aquellos en los que el resultado consiste en la causación efectiva y cierta de un peligro*. El momento en que el peligro se produce es el de la consumación. *En los delitos de peligro abstracto, lo típico es la realización de una conducta idónea para causar peligro, aunque no lo provoque en el caso concreto*, como ocurre en el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar de la ley 14.394, en los que no es necesario acreditar que la conducta omisiva haya privado a la víctima de los medios indispensables para su subsistencia, así como tampoco que se haya creado la posibilidad de que ello ocurra (Cám. Crim. Corr., en pleno, causa “Gómez, Isabelino”, J.A.,

26-V-1993). En estos casos el momento consumativo coincide con el de la acción propiamente dicha: no es preciso esperar para que el resultado *peligro* se produzca.

4. *Peligro común y peligro particular*. Se distinguen, también, los delitos de *peligro común* de los de *peligro particular*. Los primeros son aquellos en que el peligro que la ley considera relevante para constituir el delito, es un *peligro general indeterminado* para las personas o las cosas; son de *peligro particular* aquellos que se tipifican para la tutela de bienes determinados, los que se acostumbra llamar de *peligro individual* cuando tienden a proteger contra riesgo la vida o la salud de determinadas personas (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. III, 2da. ed., nro. 1082).

LA RELACIÓN CAUSAL (TEORÍAS)

Con el análisis de la relación causal, el Derecho hace la primera selección de algunas acciones penales (las que ofrecen problema causal), que en un segundo juicio son valoradas como culpables o inculpables. Hay, pues, un nexo causal jurídico distinto del físico. Llegar a esa selección es lo que se proponen todas las teorías que, de uno u otro modo, tratan de adaptar a las exigencias del Derecho la *doctrina de las condiciones*, que físicamente es inobjetable.

4 I. Las teorías en la comisión

1 — TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES (*AEQUIVALENZTHEORIE*). La teoría de la *equivalencia de las condiciones* o, simplemente, *de la equivalencia* o *de las condiciones* sostiene que debe considerarse causa *cualquier condición* que, sumada a las existentes, produce un *resultado* (HUERTA FERRER, *La relación de causalidad en la teoría del delito*, Madrid, 1948, pág. 113). En otras palabras: es *causa* toda circunstancia sin la cual el resultado no se habría producido. Esta tesis, cuya formulación primera se atribuye a VON BURI, propone como fórmula práctica para resolver la cuestión, la supresión mental de la condición que se considera; si con tal supresión el hecho no se hubiere producido, existe relación de causalidad.

Para los delitos de omisión, la fórmula es: una omisión es causal únicamente cuando agregada mentalmente la acción omitida, se elimina el resultado (VON BURI, "Zur Kausalitätsfrage", en *Beiträge zur Theorie des Strafrechts*, Leipzig, 1894, pág. 69).

Las consecuencias de la doctrina expuesta pueden resumirse así:

a. No impide la relación de causalidad la intervención de un tercero. Así, en el caso del lesionado que muere a consecuencia de una infección producida por su propia negligencia o por impericia del médico que interviene, el autor de la lesión es también autor de homicidio.

b. No existe relación de causalidad, cuando la supresión del movimiento corporal del autor no hubiere modificado la producción del resultado. Esto ocurre, especialmente, cuando el resultado al cual se dirigía la manifestación de voluntad fue ocasionado *por una nueva serie* de causas *independientes* (VON LISZT, *Tratado*, T. II, § 29, III).

VON LISZT pone este *ejemplo*: si A hiere mortalmente a B, patrón de una lancha, pero éste se ahoga antes de que la herida haya producido la muerte, porque la lancha naufraga por un golpe de viento inesperado, entonces falta la relación de causalidad entre la acción de A y el resultado producido, y A sólo puede ser condenado por tentativa de homicidio.

La falla esencial de esta doctrina, tal como queda formulada, es que lleva sus consecuencias demasiado lejos.

Se da como ejemplo de lo lejos que lleva las cosas la teoría de las condiciones, el caso del herido cuya muerte no habría de producirse a consecuencia de esa lesión, por su carácter leve, que muere por el choque de la ambulancia en la que es conducido o en el incendio del hospital donde se lo asiste. No hay duda de que suprimida mentalmente la lesión, se suprime también el resultado *muerte*.

SPENDEL propone, para subsanar los excesos a que conduce esa formulación primitiva de la teoría de las condiciones, la siguiente versión: una acción es causal cuando, suprimida, no se hubiera producido el resultado concreto, teniendo en cuenta solamente las circunstancias que fueron efectivamente concretadas (*Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte*, 1948).

No creemos que la fórmula de SPENDEL resuelva el problema causal, pues su falla radica en su amplitud. Más bien el valor de la fórmula radica en reducir la doctrina a sus verdaderos extremos, contra quienes han creído poder tomar en consideración circunstancias posibles no concretadas, por el solo planteo mental de la cuestión.

Son esas exageraciones de la doctrina que hicieron decir a BINDING que con su amplitud se llega a que "todo el mundo sea culpable de todo" (*Die Normen*, Vol. II, pág. 478); mostrando el absurdo, pone el irónico y conocido ejemplo de que en los casos de

adulterio habría que castigar como coautores, no solamente a la mujer adúltera y a su codelincuente, sino también al carpintero que hizo la cama (*Die Schuld im deutschen Strafrecht, Vorsatz, Irrtum, Fahrlässigkeit*, Kurzes Lehrbuch, Leipzig, 1919).

El significado que ha de darse a la doctrina que nos ocupa, entendida como la *fórmula* SPENDEL, es la de fijar, por exclusión, *el límite mínimo de la relación de causa a efecto*. En otras palabras, toda acción que no reúna los requisitos exigidos por la teoría de la equivalencia de condiciones no puede ser considerada causal; pero la premisa no es válida a la inversa, pues no toda acción que reúne esos requisitos puede, por ello sólo, ser tenida por causa.

2 — TEORÍA DE LA CAUSA EFICAZ. La teoría de la *causa eficaz* o de la *condición más eficiente* se formula diciendo que “causa”, en el sentido del Derecho, es la condición que ha contribuido en mayor grado a la producción del efecto (BIRKMEYER). Para dar a la proposición una eficacia práctica, es necesario conocer cualitativa y cuantitativamente todas las condiciones a efectos de fijar la contribución que cada una de ellas ha prestado para la producción del efecto, con lo cual resulta prácticamente ineficaz. Esta teoría no consulta ni los principios físicos ni los jurídicos. Además, crea dificultades en la participación, pues es posible que sólo un partícipe haya puesto la condición eficiente, con lo que los demás no serían responsables.

3 — TEORÍA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA. De entre las doctrinas que se proponen dar a una o varias condiciones el valor de la causa, la que ha alcanzado mayor prestigio es la de la *causalidad adecuada*.

1. Comienza negando la equivalencia en Derecho de todas las condiciones a los efectos de la relación causal. Es necesario que la condición sea *adecuada para causar el resultado*. Ahora bien: ¿cuándo puede afirmarse que la condición es adecuada? Cuando es idónea; es decir, cuando *generalmente produce ese efecto*. Se trata, pues, de una conclusión alcanzada por vía de la experiencia, obtenida en virtud de la observación de los casos similares.

La consecuencia primera de esta posición es que no resulta suficiente la eliminación *in mente* de la condición de modo que, suprimido con ello también el resultado, se establezca la relación causal. Se requiere, además, que tal resultado sea *ordinariamente* el efecto de tal

causa. Por otro lado, no se consideran en relación causal las consecuencias *extraordinarias* o *excepcionales* de la acción.

2. Teóricamente la doctrina puede considerarse clara: el problema se presenta cuando es necesario determinar, frente al caso práctico, si el efecto responde al encadenamiento normal de los hechos o si cae dentro de lo extraordinario.

La teoría de la causalidad adecuada debe penetrar en el ámbito de la culpabilidad en aquellos casos en que, en virtud de poseer determinados conocimientos especiales, un individuo está en condiciones de prever consecuencias de su obrar que no le es dado representarse a quienes no posean esos conocimientos. Lo que ocurre en tales casos es que el autor tiene el dominio del hecho, no obstante tratarse de consecuencias extraordinarias para el conocimiento de la gran mayoría de los observadores. Puede entonces resultar *objetivamente* desviado el acontecer causal y, no obstante, subjetivamente, tener el autor el dominio del hecho, un dominio también extraordinario.

Estas observaciones, sumadas a las que anteriormente hemos señalado, nos ratifican en la necesidad de tomar en consideración *el dominio del hecho* como elemento esencial en el problema de la causalidad y de asignar a la culpabilidad función correctora.

3. La doctrina de la equivalencia de las condiciones y esta de la causalidad adecuada puede decirse que resumen todas las tentativas que tienen por punto de partida la noción empírica de *causa*. Mientras la primera adopta la tesis de VON BURI, tal cual fue formulada a través del método de la supresión mental, la segunda trata de fijarle un límite para su adaptación jurídico-penal, dando así un paso hacia adelante en la afirmación de que *no todas* las condiciones tienen relevancia jurídica.

4 — TEORÍA DE LA RELEVANCIA DE LA ACCIÓN. Frente a estas doctrinas, aparecen las que se remiten a la *relevancia de la acción*, la que debe determinarse considerando cada caso en concreto. No debe tratarse de determinar la relación de causalidad entre un obrar y un *resultado abstracto*, sino teniendo en cuenta un resultado concreto y buscando la solución sobre la base de la naturaleza jurídica de este último (lesiones, muerte, etc.). MEZGER es quien da a la doctrina su forma más precisa: en los casos en que la acción puede considerarse causal respecto al re-

sultado, sólo podrá castigarse al agente por dicho resultado “cuando la conexión causal es relevante; es decir, importante jurídicamente” (*Tratado*, T. I, pág. 230, § 15, II). *La relevancia de la conexión causal sólo puede encontrarse en los tipos penales legales.*

5 — TEORÍA DE BELING O DE LA CAUSA TÍPICA. BELING da al problema una solución más simple: no es posible resolver *a priori* el problema de la causalidad; es necesario proceder por inducción, partiendo de los tipos penales (*Die Lehre vom Verbrechen*, § 4, III y § 21, I, 2). En otras palabras: *el problema de la causalidad, tal como hasta entonces se lo había tratado, se reemplaza por el de la adecuación del hecho a un tipo penal.*

La tónica la da el verbo fundamental o central que contiene la figura delictiva, verbo que, según BELING, está empleado en su significado común o corriente. De modo que el problema no consiste en determinar qué condiciones tiene el valor de causa, sino en fijar el significado de las palabras “matar”, “apoderarse”, etcétera, que la ley emplea.

Esta tesis, no obstante el beneficio de su simplicidad y la utilidad aportada a otros problemas, como el de la tentativa, no resuelve por sí sola la cuestión del nexo causal.

6 — EL CRITERIO PREFERIBLE. En nuestra opinión, el problema de la causalidad debe resolverse tomando en consideración diversas circunstancias y tratando de atenerse más a la realidad de las cosas que a los principios de doctrinas que pretenden resolver la cuestión con *una fórmula* de carácter demasiado generalizador. En los casos concretos han de hacerse estas comprobaciones:

a. En primer lugar, existe una doctrina jurídica para fijar la relación de causalidad, la que debe basarse en la física pero *sin coincidir exactamente con ella.*

b. En consecuencia, para hablar de causa, es necesario saber primero *si se trata de una condición*: tal es el nivel más bajo de la causalidad. Partiendo de la teoría de *las condiciones*, el sistema de la supresión mental es el adecuado a ese fin.

c. Comprobado lo dicho en b., se dirá que jurídicamente media relación causal cuando el resultado sea la consecuencia de un obrar humano que el autor realiza *teniendo el dominio del curso causal.*

d. Esa relación causal debe tener, además, *relevancia penal*; es decir, que no todo nexo causal tiene idéntico valor para el Derecho; es necesario que esa causalidad y el resultado sean *adecuados al tipo jurídico penal*.

e. La comprobación del nexo causal nada dice respecto de la culpabilidad.

f. Por último, ha de reconocerse a la culpabilidad *función correctiva* (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. III, nro. 1118, 3º; ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, T. I, pág. 165).

7 — LAS LLAMADAS CONCAUSAS. Así encarado el problema causal, partiendo de la teoría de la equivalencia de las condiciones, carece de sentido hablar de *concausas* en Derecho Penal o, más bien, podría decirse que es incompatible. Por lo demás, si se decide que las condiciones que intervienen directamente en la producción del resultado son causas y las que forman parte de *otra o de una nueva cadena causal, no lo son*, estamos situándonos en la posición de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

La jurisprudencia. Ese es el criterio en el que se sustentan muchas sentencias de los tribunales argentinos, en las que se emplea incluso el método de la supresión mental, aun cuando se invoque la doctrina de la causalidad adecuada o de la causa directa.

1. Muy clara aparece la aplicación de los principios de la teoría de la equivalencia en un fallo de la Cámara del Crimen de la Capital, en el que se declara autor de homicidio a quien atacó a golpes de puño a un hombre de edad avanzada, causándole lesiones en las regiones orbital y malar izquierda, a consecuencia de las cuales debió guardar cama, falleciendo cinco días después a consecuencia de una bronconeumonía (*Fallos*, t. V, pág. 278). Dice el tribunal: "Por lo tanto este hecho debe calificarse de homicidio y no de lesiones graves como lo hace la sentencia, toda vez que es indiscutible la relación de causalidad que vincula el resultado con la acción de B. En efecto la bronconeumonía, causa última de la muerte, ha funcionado sin duda como causa sobreviniente, pero en cualquiera de las dos hipótesis propuestas como únicas por los médicos forenses en el certivo informe aclaratorio, *fue consecuencia dependiente, aunque mediata, de las lesiones*. Los datos de la experiencia señalan que es frecuente que en los traumatismos de cierta entidad aparezcan graves complicaciones bronco-pulmonares.

"El proceso bronco-pulmonar *no fue entonces un acontecimiento extraordinario, excepcional, ni una nueva serie causal con capacidad propia, autónoma e independiente de la iniciada por la conducta del agente, sino, por el contrario, una condición, secuela ordinaria tanto del trauma como del decúbito forzado, que se ha agregado*

a las que ya se hallaban en curso por obra del acusado *para producir, en conjunto, el resultado letal*".

2. La aplicación del principio que sustentamos, *teoría de las condiciones, corregida por la culpabilidad del resultado*, aparece correctamente en un fallo de la Cámara del Crimen de la Capital, en el voto del doctor M. A. ODERIGO. Transcribimos los párrafos a través de los cuales aparece clara la aplicación práctica de la teoría, basada en *los conocimientos* del autor, del modo como lo hemos señalado páginas más atrás: "Sostengo ante todo, que entre el obrar de C y la muerte de Y, existe relación de causalidad, porque si aquél no hubiese disparado el arma, éste no habría resultado lesionado y, por consiguiente, tampoco habría sobrevenido la infección tetánica que determinó su muerte (causa es lo que no puede suprimirse *in mente* sin que desaparezca también el efecto); y este *reconocimiento* de la serie causal importa afirmar que, en la especie, se ha cumplido el elemento material del delito de homicidio, el 'tú hiciste', de la imputación carrariana... Esta relación no es suficiente por sí sola para declarar la responsabilidad del agente, para lo cual es preciso, además, *que el elemento psíquico acompañe al desarrollo de los acontecimientos en toda su extensión, desde el hecho del agente hasta el resultado mismo*.... Supóngase que A envía a B a cumplir una misión en determinado lugar, al que éste concurre en momentos en que se produce una explosión, como consecuencia de la cual muere. Entre el hecho de A y la muerte de B existe, indudablemente, nexo de causalidad material, porque si no lo hubiera enviado, la muerte no se habría producido. Pero, desde luego que a nadie se le ocurriría sostener que por eso A sería responsable de homicidio en perjuicio de B. Sin embargo, reproduzcase el ejemplo anterior con un ingrediente más: A *sabía* que en el lugar al que enviaba a B y en el momento en que éste habría de concurrir, se produciría la explosión; y en este caso nadie —iniciado o lego— vacilaría en responsabilizar criminalmente a A del homicidio de B. Si bien se observa, se advierte que en ambos supuestos el hecho, en su materialidad, es idéntico a través de todo su desarrollo: A ha pronunciado las mismas palabras para determinar la concurrencia de B al lugar, en éste se ha producido la misma explosión y la muerte ha ocurrido como consecuencia del mismo fenómeno físico. La diferencia radica únicamente en el *elemento psíquico*, ya que en el primer supuesto A *ignoraba* las consecuencias que se iban a producir y en el segundo *las conocía*; y la consecuencia de ese elemento psíquico en la persona de A es lo que *completa* su responsabilidad criminal, en orden al hecho antijurídico" (L.L., 25-II-1954; J.A., 18-III-1954).

8 — LA VERDADERA "CONCURRENCIA CAUSAL". Importa aclarar aquí los casos de verdadera *concurrencia causal*, la que se presenta cuando dos o más personas ponen cada una una condición —causa— capaz de producir por sí sola (independientemente) el resultado:

a. El resultado se produce *por efecto de las dos causas*. En tal caso, todos los que pusieron la condición son autores.

Ejemplo: A y B ponen, cada uno independientemente, una cantidad mortal de veneno en la comida de C, que éste come y le produce la muerte. La muerte se ha producido por efecto de los dos venenos, pero podría eliminarse mentalmente la dosis de veneno de A —o la de B— sin suprimirse el resultado, puesto que cada una de ellas es mortal; en cambio, suprimidas ambas, desaparece también el resultado.

b. Es distinto el caso en que *poniendo varias personas una condición capaz de producir por sí sola el resultado, la consecuencia típica es efecto solamente de una de ellas.*

Ejemplo: A y B se proponen cada uno independientemente matar a C, para lo cual ambos ponen en distintos platos de la comida que C ha de ingerir, veneno en cantidad suficiente para causar la muerte. C come del plato en que ha puesto el veneno A y muere. B no es autor de la muerte de C.

c. Es un supuesto distinto el de dos o más personas que *ponen cada una separadamente una condición incapaz por sí sola de acarrear el resultado pero que sumadas lo producen.*

Así ocurriría en el ejemplo del veneno puesto en a., si cada dosis por separado no es mortal, pero las dos juntas lo son. En tal caso, la aplicación de la fórmula común de la equivalencia de las condiciones elimina las dudas, puesto que, suprimida mentalmente cada porción de veneno, queda suprimida también la consecuencia *muerte*. De tal manera, cada una de ellas es causal del resultado.

II. La causalidad en la omisión

El tema de la causalidad, de suyo complejo, se torna aún más dificultoso al considerarse los *delitos de omisión*, ya sea de pura omisión o de omisión impropia.

Durante mucho tiempo fue opinión dominante la que juzgaba imposible considerar el problema de la causalidad material para este grupo de delitos. Pareciera, en efecto, que la causación de un resultado lleva consigo la noción de una actividad, sin la cual aquél no puede concebirse (véase la síntesis de VON LISZT sobre las ideas dominantes en esa época, *Tratado*, T. II, § 30, III. Una exposición correcta de las soluciones dogmáticas en BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, 1970, Cap. I).

Las dificultades para resolver la cuestión aceptando una causalidad material en la omisión, orientaron la doctrina hacia una concepción de tipo valorativo.

1 — TEORÍAS DE LA ACCIÓN PRECEDENTE. Un primer grupo de doctrinas fija la acción positiva en una *acción precedente a la omisión*, a consecuencia de la cual el autor se obliga a hacer o dejar de hacer algo en lo futuro; o, como dice VON LISZT, “que hace aparecer como contrario a lo debido el hecho de no obrar” (*Tratado*, T. II, § 30, II, 2°).

A esta corriente se le ha objetado que el individuo, en el momento de la acción precedente, puede no tener propósito alguno de obrar de esa manera en oportunidad de la omisión. De tal modo, si bien la acción precedente podría servir para fundamentar la valoración de la conducta posterior del sujeto, no determinaría, sin embargo, el nexo de causalidad.

Estas posiciones eluden tratar directamente el *problema causal* referido a la omisión, pues persiguen dar con una acción positiva a la que pueden aplicarse los principios generales de la causalidad, de la cual la omisión es *una resultante*.

2 — TEORÍA DE LA ACCIÓN ESPERADA. Tanto HIPPEL (*Manuale*, § 30), como MEZGER (*Tratado*, T. I, § 16, II), comenzaron a tratar la cuestión afirmando que *sólo quien contempla lo sucedido desde afuera, es quien da vida a la omisión*.

Para MEZGER, el *quid* en los delitos de omisión está dado por la *acción esperada*. “*Sólo la acción esperada hace surgir la omisión en sentido jurídico*, por lo cual resulta totalmente correcta la idea de que la omisión solamente puede ser *fundamentada desde afuera (externa, normativamente)*” (*Tratado*, T. I, págs. 284 y sigs., § 16, III; véase, también, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. II, nros. 1053 y 1152). Vistas las cosas de este modo, sólo el que juzga puede dar vida a la omisión.

Pero ¿cuándo podemos decir que una acción es esperada? Para llegar a una solución, la omisión ha de entenderse no como un hecho físico, sino valorándola en relación a la norma que imponga determinada acción.

3 — LA POSICIÓN DE GARANTE. Luego de lo dicho, se echa de ver que lo que se trata como relación causal en los delitos impropios de omisión, se desenvuelve, en realidad, en un ámbito valorativo-social relacionado con el no hacer (véase BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, 1970, pág. 78).

Lo que ocurre es que resulta necesario distinguir más de un aspecto: el de la pura causalidad, el de la posibilidad típica y el de la atribución como autor.

a. La causalidad física se resuelve con el método de las condiciones: una omisión es causal cuando agregada mentalmente la acción omitida se elimina el resultado lesivo. Sobre esto no parece que haya más que agregar.

b. La *posibilidad* de comisión por omisión resulta del modo de estar descrito el acto en la correspondiente figura. Admiten esa posibilidad los tipos que hemos caracterizado como de *resultado típico* y *acción indiferente*, que bien pueden ser calificados, en este aspecto, de “tipos abiertos”. Comprobada esa característica, sólo sabemos que, para la ley, *pueden ser punibles* las omisiones que causan determinada lesión jurídica. (Véase: ROMERO, Gladis N., “Constituye el deber de garantía”, etc., en *Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1971, *Ponencias*, pág. 43).

c. La amplitud que hemos señalado a los tipos que *admiten* la omisión impropia (punible), encuentra su justa limitación en la exigencia para que al causante físico le pueda ser atribuida jurídicamente la omisión como autor. Tal exigencia resulta de la *posición de garante*.

La responsabilidad por la omisión impropia sólo puede aceptarse cuando resulte que la inactividad en el sentido del tipo, está equiparada a la actividad, de acuerdo con la voluntad de la ley. Esto ocurre cuando existen en quien omite *especial relación de deber, de tutela o de resguardo* del bien jurídico que se lesiona. Autor es, entonces, quien por su mayor vinculación con un bien jurídico tiene una *posición de garante* respecto de ese bien jurídico y no evita el resultado típico, a pesar de poder hacerlo (WELZEL, *Derecho Penal*, 11ª ed., § 28, 1; BACIGALUPO, *Delitos impropios*, págs. 38-39).

4 — FUENTES DE LA RELACIÓN. Esa *especial relación* del individuo con el *bien jurídico*, puede tener cuatro grupos de fuentes:

a. *Norma jurídica*. Deben tomarse en cuenta para el caso las del total ordenamiento jurídico, y no sólo las de Derecho Penal. El ordenamiento jurídico puede fundamentar deberes de hacer. Tal es el caso del tutor o el curador.

b. *Obligación impuesta por la vía contractual.* Esto ocurre con la enfermera que está obligada a cuidar y velar un enfermo; el guía de montaña, etcétera. La obligación contraída —dice MEZGER— hace que el contratado aparezca como “garantizador” (*Tratado*, T. I, pág. 299, § 16, IV, 2).

c. *La actividad precedente* constituye la tercera fuente. El que ha causado un peligro se halla obligado a evitarlo, si está en sus posibilidades. Muy claramente aparece esta fuente como fundamento del artículo 106 del Código Penal, al referirse al que abandona a su suerte a una persona a la que el mismo autor haya incapacitado.

En todos los casos se requiere que el obligado tenga conocimiento de su especial relación con el bien jurídico y que esté en su posibilidad “real-física” evitar su lesión. Tampoco existe omisión punible si el obrar que es posible para el agente no hubiera evitado el ataque al bien (WELZEL, *Derecho Penal*, § 28, A, I, 4., pág. 292; NÚÑEZ, *Manual*, pág. 155).

d. *Comunidades de vida o de peligro.* Esta fuente puede sintetizarse así: siempre que existan determinadas comunidades íntimas de vida o de peligro, cada uno de sus miembros está obligado a evitar los riesgos adecuados para los restantes sujetos. Dentro de este criterio se incluyen la responsabilidad que surge por la comunidad matrimonial, tales como el deber del marido de evitar la prostitución o el suicidio de su cónyuge. Dentro de la comunidad de peligro se cita a los alpinistas que están unidos por una misma cuerda.

LA AUSENCIA DE ACCIÓN

1 — SISTEMATIZACIÓN. Corresponde considerar ahora, con independencia de las demás causas que tienen el efecto de excluir la pena, las situaciones en las que el movimiento corporal *no resulte atribuible* a su autor por ausencia de acción.

Durante mucho tiempo, las causas que excluyen la acción fueron tratadas en distintos capítulos de la teoría del delito, particularmente entre las que tienen por efecto la declaración de inimputabilidad o de inculpabilidad; es de data reciente su sistematización como causas excluyentes del acto.

2 — SITUACIONES COMPRENDIDAS. Son situaciones en las cuales el movimiento corporal del individuo *no constituye acción* en sentido jurídico penal: a) los movimientos producidos por *fuerza física irresistible*; b) el estado de hipnotismo o de narcosis; c) los movimientos reflejos; d) los estados fisiológicos que impiden o anulan la capacidad de movimiento; e) los procesos regulados por la parte del sistema nervioso que rige la vida vegetativa; f) el cumplimiento de una orden jerárquica que legalmente le está prohibido al ejecutor analizar.

3 — LA FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE (*vis absoluta*) está prevista como causa de exclusión de pena en el artículo 34, inciso 2º, del Código Penal argentino, juntamente con la amenaza de sufrir un mal grave e inminente (*vis compulsiva*), excluyente ésta de culpabilidad.

La diferencia entre una y otra está en que en la *vis compulsiva* el movimiento responde a una manifestación de voluntad del individuo, que lo dirige con sentido a pesar de que obra bajo amenaza; en cam-

bio, en la vis absoluta el movimiento responde a la voluntad de quien ejerce la fuerza. El sujeto violentado no domina la acción; es utilizado como "cosa".

Ejemplos: el carnicero que está cortando un pedazo de la res sobre la mesa, del otro lado de la cual está la clientela y recibe un golpe en el codo que impulsa el brazo y con él el cuchillo, de modo que va a penetrar en el vientre de un parroquiano, no participa psíquicamente en el hecho. Tampoco hay acción en el individuo a quien se le da un empujón para que caiga sobre una mujer encinta y le provoque un aborto, o sobre un niño de meses para que le cause lesiones o la muerte.

En los delitos de omisión, los supuestos son más fáciles: el individuo a quien se lo sujeta por la fuerza para que no realice la acción, y aun aquel a quien se lo ata (JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, nro. 152).

4 — EL USO DE MEDIOS HIPNÓTICOS O NARCÓTICOS queda comprendido en el concepto de violencia, por expresa disposición del artículo 78 del Código Penal argentino. En consecuencia, los actos realizados en esos estados caen dentro de la causal de falta de acción de la primera parte del artículo 34, inciso 2º, del Código Penal.

Lo dice la ley; de modo que carece de objeto para la dogmática argentina entrar en la polémica sobre la medida en que el hipnotizador se adueña de la voluntad del hipnotizado y si en tal sentido tiene razón la escuela de París, la de Nancy o las intermedias, aunque el tema está cargado de interés (puede verse JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. III, nros. 1167 a 1175).

Este criterio no es uniforme. Para ZAFFARONI, la afirmación es válida para el hipnotismo pero no para los narcóticos, en cuyo caso será cuestión de determinar qué grado de incapacidad han provocado. Lo hace sobre la base de que el Código usa la expresión *violencia* en otras disposiciones como los artículos 164 y 181 en un sentido que no puede entenderse como "fuerza física irresistible" (*Tratado*, T. III, pág. 156).

En los casos que estamos considerando, lo mismo que en los de empleo de violencia física, siempre queda como lógica la *responsabilidad del tercero* hipnotizador o que se vale del narcótico.

5 — LOS MOVIMIENTOS REFLEJOS no son expresión del psiquismo del sujeto y por ello resulta incuestionable la falta de acción. Estos actos pueden ser espontáneos, como el estornudo o los movimientos del epiléptico (VON LISZT, *Strafrecht*, § 28, I, 1) o provocados, como los producidos por las cosquillas o los del tipo del conocido golpe debajo de la rodilla.

6 — LOS ESTADOS FISIOLÓGICOS QUE IMPIDEN O ANULAN LA CAPACIDAD DE MOVIMIENTO DEL INDIVIDUO. Así, la parálisis, la fiebre muy alta, los estados de sueño causados por la catalepsia o la encefalitis, el sonambulismo, los desmayos y algunos otros casos de *absoluta inconsciencia*. Son todos estados en que el individuo puede decirse que carece de voluntad.

De inmediato se aprecia que estos estados serán, por lo común, fuente de omisiones, aunque no son difíciles de imaginar delitos cometidos por medio de la palabra, como la injuria o la violación de secretos. “Los actos cometidos durante el *sueño*, aunque los individuos que están sujetos al fenómeno misterioso del sonambulismo presentan a primera vista un aspecto de inteligencia, son *puramente maquinales* y no están dirigidos por una voluntad racional ni por la conciencia de las propias operaciones” (CARRARA, *Programa*, T. I, § 238).

7 — LOS ESTADOS DE INCONSCIENCIA, tratados por lo general como situaciones de exclusión de la imputabilidad, pueden dar lugar también a falta de acción. La tónica para diferenciar cuándo juegan uno u otro papel, la da la existencia o inexistencia de una manifestación de voluntad. Los estados de *absoluta inconsciencia* a los que se llega sin participación de la voluntad, dan lugar a falta de acción. Los estados de absoluta inconsciencia o de profunda alteración de la conciencia, a los que el individuo llega con participación de la voluntad, sólo podrán ser causa de inimputabilidad, en determinados casos.

Éste nos parece, por lo demás, el criterio apropiado para resolver en todos los casos: si el estado que priva la voluntad puede ser evitado, o si pueden ser evitados *los resultados* ocurridos durante el tiempo en que ese estado se mantiene, en los casos en que no se evitaron por dolo o culpa, la responsabilidad resulta clara.

8 — LOS PROCESOS REGULADOS POR LA PARTE DEL SISTEMA NERVIOSO QUE RIGELA VIDA VEGETATIVA, tales como los movimientos respiratorios o el proceso digestivo en su totalidad, lo mismo que los movimientos reflejos, no llevan consigo una manifestación de voluntad.

9 — CUMPLIMIENTO DE UNA ORDEN JERÁRQUICA. También está equiparado a los casos en que el sujeto obra como instrumento de otro, el cumplimiento de una orden jerárquica, cuando al subordinado le está

vedado analizarla o carece de elementos de juicio para apreciar la delictuosidad de la orden.

Pensamos de ese modo, porque quien ejecuta una orden en esas condiciones, carece de los conocimientos necesarios para ser autor. *Su obrar está dirigido ciegamente, puesto que su ignorancia recae sobre la causación y por tanto, falta totalmente el dominio de su acción.* De suerte que la acción ni siquiera le es atribuible. Éste parece ser el criterio seguido por el *Proyecto* de 1960 (SOLER), al equiparar, en el artículo 27, la situación de quien obra violentado por fuerza física a la del que obra en virtud de una orden de autoridad competente, impartida en las formas debidas, cuando la ley no permite al ejecutor examinar la legalidad de la orden.

Nosotros incluimos también el supuesto de quien carece de elementos de juicio para apreciar la delictuosidad de la orden, porque la situación es idéntica ya que, de hecho, se trata de una incapacidad en la facultad de análisis. Es el caso, por ejemplo, del funcionario policial *que recibe para hacer efectiva una orden de captura ilegítima, que hasta donde él puede analizar, llena todos los recaudos de forma y de competencia del funcionario que la libró. ¿Cómo puede saber el agente policial que la orden es ilegítima?*

10 — FUNDAMENTACIÓN LEGAL. La falta de acción, cuando proviene de fuerza física irresistible, debe ser fundamentada en el artículo 34, inciso 2º, del Código Penal, primera parte. Cuando es consecuencia del empleo de medios hipnóticos o narcóticos, en la misma norma, en concordancia con la del artículo 78 del Código Penal, que equipara estos medios a la violencia.

En los demás casos, su fundamentación se encuentra en el artículo 34, inciso 1º, del Código Penal (SOLER, NÚÑEZ; Cám. Crim. Corr. Capital, *Fallos*, t. II, pág. 110). Debe tenerse presente, al sentenciar, que son supuestos de falta de acción y así declararlo, pues las consecuencias son distintas de las que resultan de las causas de inimputabilidad.

11 — IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN. La importancia de distinguir estos estados de otros que eximen de pena, particularmente de las causas de inimputabilidad, se pone de manifiesto al señalar que en los supuestos que estamos considerando la acción *no es atribuible* y, por tanto, no habrá responsabilidad civil específica. Es también de impor-

tancia para la participación, ya que el individuo que ha realizado el movimiento corporal sin intervención de la voluntad, no puede ser tomado en cuenta como autor, ni como partícipe del delito (arts. 45 y 46, Cód. Pen.); para caracterizar las acciones que se adecuan a figuras agravadas por la pluralidad de autores, como la violación (art. 122, Cód. Pen.); para los hechos que requieren de esa pluralidad para configurarse, como la asociación ilícita (art. 210, Cód. Pen.).

EL DELITO COMO ACCIÓN CONFORME A LA PREVISIÓN LEGAL DE UNA CONDUCTA

§ 19

LA TIPICIDAD

I. *Concepto y función*

1 — CONCEPTO. Con carácter provisional, podemos decir que la cualidad de *típica* está dada por la identificación de una conducta con la prevista en una figura de delito. Las leyes penales prevén las acciones punibles a través de abstracciones que condensan en fórmulas estrictas las características que deben reunir los actos que se cumplen en la vida real.

Ese peculiar modo de estar redactadas las leyes penales responde a su naturaleza de normas de excepción; por eso, el principio contenido en el artículo 15 del Código Civil, según el cual los jueces no podrán dejar de fallar so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, no se aviene a las características de la ley penal; la ley penal está llena de silencios y *en materia penal el silencio es libertad*.

Esa autonomía y la falta de elasticidad y comunicación de los tipos penales entre sí, es el cimiento sobre el que se estructura la doctrina de la tipicidad.

La exigencia de delimitar con precisión y claridad las figuras delictivas, se nos presenta como un presupuesto necesario de la interpretación. El legislador debe elaborar la ley penal usando los términos indispensables para dar la noción completa de cada acción humana punible y no empleando expresiones, más o menos técnicas, pero dentro de cuya acepción puedan considerarse comprendidas acciones dis-

tintas: así, no será correcto decir “el que cometa hurto”, “el autor de adulterio”, etcétera, sino que habrán de preverse las acciones constitutivas del hurto o del adulterio, mencionando todas las circunstancias necesarias y solamente éstas. Menos aún deberá admitirse que, al lado del casillero delictivo de la parte especial, se sitúe un principio que permita llegar a la pena en otros casos, cualquiera sea la fórmula que se adopte para dar paso a la analogía.

He ahí las dos caras de la medalla: *de un lado, se impone al legislador la necesidad de redactar las leyes penales dando a los delitos la contextura de tipos; del otro, para el intérprete no hay más acciones humanas punibles que las que se superponen exactamente con los tipos legales.*

2 — FUNCIÓN DE LA TIPICIDAD. La descripción legal, con sus características de *rigidez* y *no comunicabilidad* es, como idea genérica, lo que constituye la tipicidad. Pero el principio se va perfeccionando, para adquirir una triple función, delimitada a través del desarrollo actual de la doctrina:

a. Función prejurídica, condicionante de las legislaciones: *función de garantía*; b. *función cualificativa* de todos los demás elementos del general delito; más exactamente, de las otras características de la acción; c. función de determinación del particular delito, a través de *los tipos penales*, tipos de delito o simplemente tipos.

II. La tipicidad como función de garantía

1. Con la *función prejurídica o condicionante de las legislaciones, la tipicidad asume una función de garantía jurídico-política y social*. Se trata de que la ley contenga *descripciones de acciones*, tal como si ellas ya se hubieran cumplido. Lo que se persigue es que la ley ponga en movimiento la máquina judicial en el orden penal, por un hecho determinado y preciso y no por cualquier otro análogo o parecido. Empleando las palabras de BELING, es necesario que los delitos se “acuñen” en tipos y no en definiciones vagamente genéricas (*Die Lehre vom Verbrechen*, págs. 21 y sigs.).

Ya dijimos que, como consecuencia de que el delito es acción, no se pena a nadie por lo que es o por lo que piensa, sino por lo que hace (§

16). La tipicidad impone la previsión de los hechos punibles “acuñados” en acciones autónomas exclusivas y excluyentes. Como una consecuencia de esa autonomía e incomunicabilidad de las figuras delictivas o tipos penales, *la analogía está vedada en materia penal*.

2. El artículo 18 de la Constitución Nacional dispone que “ningún habitante de la Nación podrá ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso...”. Los autores, al tratar el principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenale* —pilar central del derecho punitivo— lo consideran previsto por la disposición referida.

El recurso técnico realmente indispensable para que la ley prevea que determinadas acciones y, sólo éstas, han de ser punibles, es, precisamente, *la tipicidad*.

Piénsese que si se dictara una ley que facultara a cualquiera de los poderes públicos a decidir en el momento del hecho, o con posterioridad a él, si es o no pasible de sanción, estaríamos resolviendo el caso con la *ley anterior al hecho del proceso*, que permitiría, sin embargo, la decisión voluntarista, desvirtuando así el espíritu del principio constitucional.

Si, por ejemplo, dejáramos librada la intervención de la Justicia a la apreciación de la personalidad y el juez pudiera juzgar sólo sobre la base de esa personalidad y no por el cumplimiento de una *acción prevista por la ley*, se llegaría precisamente a lo que se quiere evitar. En pocas palabras: debe someterse a sanción penal a todos aquellos que *cumplan las conductas* descriptas de antemano por la ley y *solamente* a ellos.

Mientras en las otras ramas del ordenamiento jurídico se trata de prever la totalidad de los hechos posibles, *el Derecho Penal prevé, de modo taxativo, sólo aquellos actos de máximo disvalor, los actos típicamente antijurídicos, relevantes en el orden penal*. Las acciones que no estén previstas por la ley, no interesan, quedan en el ámbito de la libertad, en lo que a consecuencias penales se refiere.

La exigencia de que las leyes penales contengan descripciones de actos, de modo que su aplicación sólo pueda hacerse a través de los tipos o figuras contenidas en la parte especial —tipicidad del acto— *elimina toda posibilidad de analogía*.

III. Relaciones de la tipicidad con los demás elementos del delito

Existe una constante relación entre todos los elementos del delito, porque ontológicamente el delito es un objeto cultural, y las partes que lo constituyen guardan entre sí y con el todo la relación propia de objetos de esta naturaleza: son tipicidad, culpabilidad, antijuridicidad, en

cuanto están dentro del delito; fuera de él nada son. Adquieren significado en cuanto forman parte del todo y resultan indispensables para que el total sea jurídicamente un delito.

La tipicidad, no solamente define la acción, sino que cualifica también las otras características de la acción punible: antijuridicidad y culpabilidad, relación que se debe poner de manifiesto al definir el delito (BELING, *Die Lehre vom Tatbestand*; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. III, 2da. ed., nro. 1192 bis).

1 — TIPICIDAD Y ACCIÓN. La acción debe ser típica, porque tal es la esencia misma de la tipicidad.

Toda acción, por antijurídica y culpable que sea, si no es incluíble en los tipos legalmente establecidos —lo atípico—, para el jurista significa una acción no punible; y viceversa, acción típica significa acción digna de pena según la medida de las penas correspondientes y conforme a las demás disposiciones legales relativas a la punibilidad (BELING, *La doctrina del delito-tipo*, Buenos Aires, 1944, pág. 5). La acción punible en sí se adapta a los datos contenidos en el tipo o figura legal. No ha de deducirse de ello que el tipo tiene una función puramente descriptiva, como veremos al ocuparnos de las relaciones de la tipicidad con la culpabilidad y antijuridicidad.

2 — TIPICIDAD Y CULPABILIDAD. Para comprender la función cualificativa que la tipicidad ejerce sobre la culpabilidad, sería suficiente advertir que el delito de homicidio, por ejemplo, no puede construirse acoplando el ilícito “muerte de un hombre” al dolo del prevaricato. La culpabilidad ha de ser la correspondiente al delito de que se trata (BELING, *La doctrina...*, cit., pág. 7). Es decir, que cada delito tiene, en el sentido expuesto, “su” culpabilidad.

Por lo demás, hoy es valor entendido que la culpabilidad es característica integrante del tipo legal y que debe formularse el tipo de injusto haciendo una distinción con el tipo de culpabilidad (GALLAS, SCHMIDHÄUSER).

Ateniéndonos a la legislación argentina, la culpabilidad no es apta a cualquier título para considerar presente el delito, no obstante haberse cumplido *objetivamente* la acción típica.

1. *La culpa como culpabilidad típica.* La ley argentina describe los tipos dolosos y, a seguido o en otros artículos, define los tipos culposos. Traza tipos autónomos de delitos dolosos y *tipos autónomos de delitos culposos, haciendo referencia expresa, en estos últimos, a esa forma de culpabilidad.*

Cuando la ley exige para determinado delito la forma de culpabilidad dolosa se limita a describir la conducta típica, sin referirse a la faz subjetiva de esa acción. Así, cuando dice “el que se apoderare” debe entenderse que lo es con dolo. Nosotros no tenemos, verbigracia, en la hipótesis de delito de atentado a la autoridad (art. 237, Cód. Pen.), la forma culposa. Puede ocurrir, sin embargo, que un individuo en estado de ebriedad completa e involuntaria, cuya consecuencia es eliminar la culpabilidad dolosa dejando subsistente la culposa, atente contra la autoridad; pero la culpabilidad culposa no es la requerida por la figura; *no es la culpabilidad típica del delito de atentado a la autoridad y no habrá, por tanto, delito, por no ser una acción típicamente culpable.*

Con el sistema adoptado por el Código argentino, no hay otros delitos culposos que los previstos expresamente por la ley en esa forma. Es decir que, acciones correspondientes a figuras dolosas, ejecutadas culposamente, no constituyen delito, si no están previstas expresamente por un tipo culposo.

2. *Exigencia de determinada especie de dolo.* Del modo como aparezca redactada la figura legal, puede resultar, a veces, la exigencia de una determinada especie de la culpabilidad dolosa. Esa consecuencia puede ser fijada por una exigencia expresa del tipo, con respecto al contenido de la culpabilidad, o por efecto de un elemento subjetivo, que implique la necesidad de que concurra el dolo directo o el indirecto cierto: el efecto en tales cosas es el de *excluir el dolo eventual.* Esto no supone, bajo ningún concepto, identificar o confundir la culpabilidad con los elementos subjetivos del tipo, sino, solamente, señalar que los segundos pueden determinar la necesidad de una especie de dolo y la exclusión de otra.

El Código argentino nos ofrece numerosos ejemplos de delitos en que el dolo eventual no basta para satisfacer las exigencias subjetivas. Sirvan de muestra algunos de los supuestos de homicidio del artículo 80, incisos 2º y 7º; la provocación al duelo por interés pecuniario u otro inmoral, del artículo 100; la violación mediante fuerza o intimidación, del artículo 119, inciso 3º; el abuso del error de una mujer, fingiéndose su

marido, del artículo 121; la corrupción y prostitución de los artículos 125 y 126; el rapto del artículo 130 y muchos otros.

En esos casos, el requerimiento de un propósito o de un conocimiento contenido en el tipo, lleva implícita la exigencia del dolo cierto. No es imaginable, en efecto, que pueda obrar con dolo eventual quien cobra un precio para matar, quien obra con alevosía o quien mata para asegurar los resultados de otro delito; es una *contradictio in objecto*.

Más claramente aún resulta la exclusión del dolo eventual de la figura en los casos en que la ley utiliza expresiones que requieren un conocimiento cierto. Así ocurre con la palabra “maliciosamente”, empleada en el artículo 273 del Código Penal, o con el término “a sabiendas” del artículo 136 del mismo Código Penal.

Al lado del dolo como exigencia subjetiva general de los tipos dolosos, a menudo aparecen en la figura delictiva *elementos subjetivos específicos*, que pertenecen al tipo y terminan de dar el matiz definitivo al aspecto personal (subjetivo) de ese tipo penal. La presencia o ausencia de esos elementos determina para la ley un distinto disvalor o la exclusión de la acción del tipo legal; pero lo que aquí importa señalar es que esos elementos subjetivos *pertenecen al tipo* y no a la culpabilidad y *que su presencia queda circunscripta al área de los delitos dolosos*.

En los delitos con elemento subjetivo específico, por obra de la tipicidad, la *exigencia subjetiva* se completa con la presencia del dolo y la del elemento subjetivo del tipo.

3 — TIPICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD. El punto que ha dado motivo a trabajos de mayor interés es el que se refiere a la relación de la tipicidad con la antijuridicidad.

El modo de enfocar la cuestión pasa por tres etapas. En la primera, fijada por BELING, la antijuridicidad se presenta independientemente de la tipicidad. La tipicidad importa una pura descripción, en tanto que la antijuridicidad encierra un juicio de valor referido a la norma. Sigue en el desarrollo de la idea, MAYER, para quien si bien la tipicidad no decide la existencia de la antijuridicidad, puede considerarse un *indicio* de ella. Por último, MEZGER afirma que la tipicidad denota, con su sola presencia, la existencia de la antijuridicidad.

Nos parece que en el estado actual de los estudios, el problema puede reducirse a los siguientes términos:

Aquellos actos para los que el Código Penal fija pena, son típicamente antijurídicos. Se efectúa así una doble valoración: como consecuencia de la primera, se califica el acto de antijurídico; por obra de la

segunda, resulta penalmente relevante, es decir, típicamente antijurídico. De tal manera, la sola presencia de la “tipicidad” denota la antijuridicidad del acto, puesto que ha de haber pasado por el tamiz que retiene el primer disvalor: la antijuridicidad.

No es necesario, sin embargo, que la operación deba efectuarse por separado o en un orden determinado, pues el mismo legislador penal puede realizar ambas simultáneamente, cuando la acción no está calificada aún de antijurídica en el derecho positivo.

Sobre esto ha dicho con verdad JIMÉNEZ DE ASÚA que el tipo concreto y señala lo injusto. Lo primero ocurre cuando éste precede cronológicamente a la descripción típica; lo segundo, cuando lo injusto y el tipo nacen juntos (*Tratado*, III, 2da. ed., nro. 1195).

Es un error frecuente, por el que se pasa con cierta ligereza, el que identifica *antijuridicidad* con *valoración o disvalor*. Las cosas resultan claras si se tiene presente que *la valoración* que encierra la antijuridicidad es una y la de la tipicidad otra.

Si vemos las cosas en el momento de interpretar la ley para aplicarla al caso concreto —lo que constituye, en lo esencial, una tarea de adecuación— nos encontramos con que, no obstante el punto de partida diferente, las consecuencias se apartan poco las unas de las otras.

MAYER, al explicar el carácter indiciario de la tipicidad, dice que es justo deducir del tipo la antijuridicidad hasta que se pruebe lo contrario. Es decir, la existencia de una causa de exclusión de la antijuridicidad, que debe resultar del sistema jurídico en conjunto (*Allgemeiner Teil*, págs. 52 y 53).

MEZGER, luego de afirmar que el tipo es injusto tipificado, agrega: “siempre que no exista una causa de exclusión del injusto”. Así, pues, también la afirmación de que el tipo es fundamento real del injusto, cede ante la existencia de una causa de exclusión del injusto. Este concepto lo vierte MEZGER en el *Libro de estudio* por dos veces en pocas líneas al ocuparse del tipo (§ 34, II) y lo repite, con más claridad si cabe, al ocuparse de la justificación, declarando: “la conducta típica fundamenta, *por lo general*, la antijuridicidad del hecho”. Y para que no quede duda de que también él admite separación entre lo típico y lo ilícito, agrega: “pero una conducta típica no es siempre antijurídica. No lo es, si existe una causa de exclusión del injusto” (§ 37, I).

IV. *Los tipos penales*

Hagamos, por último, referencia a la tipicidad en cuanto se creyó podérsela identificar con la figura delictiva: el tipo penal.

1 — FUNCIÓN. Mientras hay una serie de declaraciones contenidas en la parte general del Código, tal como la que dispone que el loco no es punible, que son válidas para todos los delitos, nos encontramos, en cambio, con elementos propios y privativos de cada particular delito.

Hasta este momento nos hemos ocupado de la tipicidad como un elemento de todo delito, como *una abstracción válida para todos los delitos*. Lo mismo que la culpabilidad es un elemento indispensable para que exista delito, dicho así en abstracto y ha de estar presente en cada delito en particular, con la tipicidad ocurre lo mismo: es necesaria su presencia para la noción genérica del delito y, cada delito en particular, ha de ser también típico. Pero la tipicidad ofrece tantas formas como hechos están previstos por la ley, puesto que el tipo es el estudio de todas las circunstancias y elementos de cada concreto delito como presupuestos de la pena.

2 — LOS ELEMENTOS DEL TIPO. CLASIFICACIÓN. Lo más interesante de este problema del tipo penal es lo que se refiere a la clasificación de los elementos del delito en especie y su diferenciación de los elementos del general delito. Este estudio debe hacerse, a nuestro ver, como una “*Introducción de la Parte Especial*”, pues allí se dan las normas para *clasificar los elementos de los delitos* a través del análisis de cada una de las figuras delictivas contenidas en la parte especial de determinado Código (FONTÁN BALESTRA, “Introducción a la parte especial del Derecho Penal”, en *Studi in memoria di Arturo Rocco*, vol. I, pág. 409; confrontar JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. III, nro. 1235). Por eso vamos a limitarnos aquí a hacer un esquema sobre la clasificación de los elementos del tipo.

Los elementos de las figuras delictivas se clasifican agrupándolos en *objetivos, subjetivos y normativos*. Estos elementos deben ser distinguidos de los generales, comunes a todo delito y limitados en su función al hecho específico definido por la figura en la que tales elementos aparecen. En el estudio de cada delito en particular, se da por supuesto que deben concurrir las características de validez general necesarias para alcanzar la noción abstracta de delito: “acción típicamente antijurídica y culpable”. De modo que las referencias específicas contenidas en el tipo *se suman* a las que son propias a todos los delitos.

1. *Los elementos objetivos* son los más, puesto que de ellos se vale la ley para describir las conductas que conducen a pena. Son los elementos *puros* de la tipicidad. Son referencias a cosas, a personas o a modos de obrar, nociones todas ellas que pueden ser captadas por los sentidos. Así, la “cosa” en el hurto (art. 162); la “morada o casa de negocio ajeno” en la violación de domicilio (art. 150) y muchas otras. Estas referencias *objetivas* no coinciden con la antijuridicidad, que es elemento también *objetivo* del delito y que supone el juicio de disvalor que resulta de la contradicción de la conducta con el orden jurídico y la lesión, puesta en peligro o posibilidad de peligro, de un bien jurídico tutelado por la ley penal.

2. *Los elementos subjetivos*. Las referencias al sujeto activo que frecuentemente aparecen en las figuras delictivas, han ampliado el capítulo dedicado al aspecto subjetivo del delito, limitado antes casi exclusivamente a la culpabilidad. Esas referencias tienen, a veces, el efecto de requerir determinada especie de culpabilidad; señalan cuál es *la culpabilidad típica*; pero, en tales casos, no son *verdaderos* elementos del tipo. En los casos de verdaderas exigencias subjetivas específicas (típicas), éstas *complementan* el elemento subjetivo del delito en general (la culpabilidad) o *se suman a él*, sea requiriendo determinado contenido de conocimiento en el dolo, sea acompañando la acción de determinado ánimo, intención o propósito, pero siempre fijando un matiz más preciso y particular al aspecto subjetivo del obrar humano delictuoso en el caso que se define en la correspondiente figura.

En una exposición de carácter general, como la que aquí estamos haciendo, pueden distinguirse las siguientes especies principales de elementos subjetivos:

a. *Casos en que el tipo requiere un determinado propósito o finalidad en la acción*. En estos supuestos el autor se propone lograr un fin o resultado, pero tal resultado puede estar fuera del tipo; es decir, que para la configuración del delito es indiferente que se logre concretarlo o no. Lo típico es *la finalidad que acompaña al dolo*.

En algunos casos, el tipo supone otra actividad posterior en el propósito del autor. Un ejemplo claro lo da el delito de raptó, previsto en el artículo 130 del Código Penal, definido como la sustracción o retención de una mujer por medio de fuerza, intimidación o fraude, *con miras deshonestas*. Para que se configure ese delito, es preciso que las miras

deshonestas acompañen al dolo; cualquier otro ánimo es atípico para el rapto, aunque pueda determinar la adecuación del hecho a otra previsión del Código. El propósito deshonesto debe acompañar temporalmente a la acción de sustraer o retener. Si esa intención resulta de una resolución posterior, no alcanza a llenar la exigencia de la figura. Carece de significado que el fin propuesto se logre o no y que sea o no, en sí mismo, un delito; estos actos están fuera del tipo.

b. *En otros casos, el fin perseguido tiende a ser alcanzado con la acción típica misma* y no existe en el autor el propósito de cumplir una actividad posterior. Así, por ejemplo, quien mata a una persona para ocultar otro delito ya cometido o para procurar su impunidad (art. 80, inc. 7º), con la acción de matar, que es lo típico, logra o cree lograr el fin perseguido.

c. *Casos en que la acción va acompañada de un ánimo determinado.* El ánimo impregna la acción típica, fijando con ello su carácter delictuoso, sin que se persiga un fin ulterior. Esto es muy evidente en los delitos contra la honestidad: un tacto efectuado con fines médicos, no constituye delito alguno; la misma acción, ejecutada con ánimo lascivo, puede constituir el *abuso deshonesto* del artículo 127 del Código Penal. Son los llamados *delitos de tendencia* (WELZEL, *Derecho Penal*, § 13, 2, b); JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. III, nro. 1233).

d. En algunas figuras, la ley toma en cuenta *condiciones o situaciones personales del autor o que éste esté obligado por determinados vínculos o deberes*. Son éstos los llamados *elementos personales objetivos de autor*, denominación que proviene del hecho de que el autor *las posee con independencia del delito*. Así, por ejemplo, la condición de empleado de correos y telégrafos en el delito de violación de secretos del artículo 154 del Código Penal. El autor es empleado con prescindencia del hecho punible que comete: esa condición no la pone con motivo del delito.

e. Algunos tipos requieren en el autor *el conocimiento de circunstancias que dan al hecho carácter antijurídico o determinan en él un mayor disvalor*. Ese conocimiento debe ser abarcado por el dolo para que el hecho sea subjetivamente típico. Así, por ejemplo, en los matrimonios ilegales de los artículos 134 y 135, inciso 1º, del Código Penal, el hecho no se configura sólo con la existencia del impedimento que

causa la nulidad absoluta del matrimonio que se celebra; es preciso que uno o ambos contrayentes sepan que el impedimento existe. La ley lo dice claramente: “los que contrajeran matrimonio sabiendo que existe impedimento”...

3. *Los elementos normativos* que aparecen en el tipo, contienen un juicio de valor o dan los elementos para formar ese juicio, haciendo referencia, por lo común, a otras disposiciones del ordenamiento jurídico. Así ocurre, por ejemplo, con la “cosa mueble ajena” en el hurto y en el robo. Esos elementos pertenecen al tipo, pero *no a la acción* propiamente dicha; el autor del hecho no las realiza, no las pone en el momento de obrar; son así con independencia de la conducta delictiva. En el ejemplo puesto, la cosa es “ajena” sin que para ello sea necesaria una actividad del sujeto activo.

Otros elementos normativos imponen al juez la necesidad de hacer un juicio de valor que no aparece resuelto en otras normas del Derecho. Esto ocurre, por ejemplo, con la “honestidad” requerida en la víctima del estupro prevista en el artículo 120 del Código Penal. El concepto de *honestidad* no puede ser captado por los sentidos, como ocurre con los elementos objetivos del tipo; ella supone una condición moral que el juicio del juez sólo puede alcanzar valorando diversas circunstancias.

3 — CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS PENALES. Dispuestos a hacer una clasificación algo minuciosa de los tipos penales, habría que tomar en cuenta las distintas modalidades posibles de cada uno de los elementos del delito, lo que corresponde que se haga al estudiar cada uno de ellos. Nos limitamos aquí a señalar brevemente un par de aspectos de interés.

A. *Figuras básicas, agravadas y atenuadas.* Podemos distinguir las figuras en *básicas, agravadas y privilegiadas o atenuadas.* El punto de partida para la distinción lo da la existencia de figuras delictivas protectoras de un mismo bien jurídico de las cuales una está totalmente comprendida dentro de otra u otras.

Ejemplos: la figura básica o fundamental en el homicidio es la del artículo 79 del Código Penal: “matar a otro” es el mínimo requisito imaginable para que exista un homicidio. Las figuras agravantes o atenuadas, se diseñan con los *elementos* de la figura básica *más las circunstancias* que caracterizan la figura cualificada (agravada o atenua-

da). Así el parentesco y el conocimiento del vínculo, sumados a los elementos del homicidio simple (figura básica), nos dan el homicidio agravado del artículo 80, inciso 1°; en cambio, si a la figura básica del artículo 79 se le agrega la circunstancia de que el autor se encuentre “en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable”, tenemos la figura atenuada del homicidio emocional (art. 81, inc. 1°, a)).

1. *Una figura ya cualificada puede quedar aun comprendida en otra, también cualificada*, con mayor número de circunstancias. En estos casos la figura con más circunstancias se constituye con los elementos de la figura básica, a los que se agregan *las circunstancias de las dos figuras cualificadas*. El efecto de la concurrencia de las circunstancias de la tercera figura puede ser el de agravar o atenuar la figura cualificada que la abarca y aun la básica.

Ejemplo: el homicidio emocional del artículo 82 del Código Penal es igual a: homicidio simple (art. 79, Cód. Pen.) + parentesco + conocimiento del vínculo = homicidio agravado (art. 80, inc. 1°, Cód. Pen.) + estado emocional + circunstancias excusantes. La figura del homicidio emocional de parientes, que contiene los elementos y circunstancias del homicidio simple y del homicidio agravado, es atenuada con respecto a ambas.

2. De esta distinción resulta también la de los *elementos y circunstancias* del delito (de la figura).

a. Son *elementos* todas las exigencias contenidas en la figura básica. *Es pues siempre indispensable la concurrencia de todos los elementos para que exista delito*; consecuentemente, la ausencia de uno o más supone también la inexistencia de delito. Por eso se los suele llamar, de modo redundante, elementos constitutivos.

b. *Las circunstancias, en cambio, tienen la función de cualificar las figuras*, sea agravándolas, sea atenuándolas; de modo que su ausencia tiene por efecto hacer desaparecer sólo el delito previsto en el tipo cualificado que contiene el elemento en cuestión. Lo más común es que el hecho se adecue entonces a la figura básica, pero el resultado no es siempre ése; en el ejemplo que antes dimos del homicidio emocional del ascendiente, descendiente o cónyuge, la ausencia del estado de emoción violenta requerido en el artículo 82 (en función del art. 81, inc. 1°, a)) tiene el efecto de adecuar la conducta a otra figura agravada, la del artículo 80, inciso 1°, del Código Penal y no a la básica del homicidio simple (art. 79, Cód. Pen.), cuando es cometido por parientes de los comprendidos en el artículo 80, inciso 1°.

B. Tipos con pluralidad de hipótesis. Esta denominación se emplea para referirse a supuestos bastante distintos entre sí. La figura puede prever varias modalidades en los modos y medios de comisión, todos ellos típicos, para un mismo resultado. Ejemplos: el robo, que se agrava si se perpetra con perforación o fractura de pared, cerco, techo, piso, puerta o ventana de un lugar habitado o sus dependencias inmediatas (art. 167, inc. 3°); la estafa del artículo 172, que admite varios modos de comisión.

A veces, el tipo prevé más de un ánimo o finalidad que pueden inspirar la acción y acompañar al dolo. Ejemplos: el que con ánimo de lucro o para satisfacer deseos ajenos promoviere o facilitare la corrupción o prostitución de una persona (art. 126); el homicidio agravado del artículo 80, inciso 7°, que alcanza la persecución de distintos fines con la acción de matar: para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito.

Otras pluralidades de hipótesis suelen señalarse en los tipos. Pero la cuestión se reduce a un aspecto interpretativo sin autonomía y carece de interés tratar como tema específico todos y cada uno de los supuestos de figuras con pluralidad de hipótesis. Los supuestos dados son suficientes para conocer la naturaleza del problema.

V. La ausencia de tipicidad

1 — LA AUSENCIA DE TIPICIDAD ES AUSENCIA DE DELITO. *Los tipos penales tienen la exclusividad en la determinación de los hechos punibles, mediante la limitación que empieza y termina en cada tipo.* De modo que toda acción que no reúna las características contenidas en alguna de las figuras de la parte especial, no es un delito.

La función exclusiva de los tipos se aprecia muy claramente en su aspecto negativo, cuando se consideran hechos que pueden resultar condenables para la moral y la cultura de un pueblo y que no son punibles en razón de no haber sido captados por la ley penal. Son casos claros los de acciones tipificadas por otros códigos, tales como el incesto, por ejemplo, que en el Código argentino no constituye delito. Por muy condenable que aparentemente pueda resultar un hecho para nuestra cultura, hasta tanto no esté previsto por la ley penal, el principio de reserva no admite otra solución que la que declara que no constituye delito por falta de tipicidad.

La ausencia de tipicidad puede resultar de que no concurra un elemento particular (específico) de la figura, de que falte la forma de cul-

pabilidad requerida por el tipo o del consentimiento en los casos en que tiene eficacia.

1. *Ausencia de elementos específicos de la figura.* Se señalan por los autores los siguientes casos de *falta de tipo*:

a. *Falta de la calidad o las condiciones requeridas en el sujeto activo:* la condición de juez en el prevaricato (art. 269); la condición de funcionario público en el cohecho (art. 256). Por eso, por ejemplo, no comete este delito el taquillero de un teatro privado que recibe una suma extra por las entradas que vende para dar una ubicación preferencial. El hecho se ajusta en todos sus términos al tipo salvo en las características del sujeto activo, que no es *funcionario público*. Pretender la imposición de una pena en este caso es hacer analogía.

b. *Ausencia de las condiciones o calidades requeridas en el sujeto pasivo:* la honestidad de la víctima (art. 120); la edad del sujeto pasivo (arts. 119, inc. 1º; 125, 131, 146).

c. *Ausencia de las condiciones requeridas en el objeto del delito:* la condición de mueble y de total o parcialmente ajena de la cosa (arts. 162, 163); la condición de bien prendado (art. 175, inc. 3º).

d. *Empleo de un medio distinto del previsto en la figura:* la violencia o las amenazas (arts. 119, inc. 3º); abusando del error de una mujer (art. 121); simulando autoridad pública (art. 142, inc. 4º).

e. *Ausencia de los elementos subjetivos del tipo:* miras deshonestas (art. 130); para hacerse pagar por su devolución (art. 171).

f. *Falta de referencias temporales o espaciales:* públicamente (art. 213); si se cometiere el robo en despoblado (art. 167, inc. 1º).

2. *Ausencia de culpabilidad típica.* Ya hemos señalado que de las exigencias del tipo resulta, a menudo, la de una determinada forma de culpabilidad (*supra*, en este capítulo III, 2-). A lo dicho nos remitimos. Sólo importa dejar aquí sentado que en tales casos la razón de que el hecho no sea delito es *la ausencia de tipicidad por no concurrir la culpabilidad típica*. El hecho no es típicamente culpable.

2 — EL CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO COMO EXCLUYENTE DEL TIPO. En los casos en que el consentimiento tiene eficacia, toman-

do en cuenta los elementos de la figura y la naturaleza del bien, da lugar a ausencia de tipo (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. IV, nro. 1428; GRAF ZU DOHNA, *La estructura*, pág. 55). La expresión consentimiento “del interesado” es la correcta, pues no existiendo delito, resulta inapropiado hablar de víctima o de lesionado. Se trata del titular de un bien jurídico.

En el Código Penal argentino no aparece ninguna disposición en la que pueda encontrarse una referencia de carácter general que señale el efecto jurídico del consentimiento. Es, pues, preciso recorrer los tipos de la parte especial para decidir cuál puede ser su eficacia caso por caso.

1. *Esfera de eficacia del consentimiento*. El consentimiento es eficaz cuando la tutela penal realizada a través de la correspondiente figura, sólo alcanza a los casos en que se obra contra la voluntad del interesado; no lo es cuando la protección se establece prescindiendo de esa circunstancia. Pero el Código no necesita decir en cada artículo de la parte especial que el hecho debe ser ejecutado contra la voluntad del interesado, porque ésa es la regla; debe decirlo y lo dice, en cambio, *cuando la acción es típica aun mediando el consentimiento*, porque ésa es la excepción.

El consentimiento sólo tiene eficacia cuando recae sobre *bienes disponibles* que son el *único objeto* de la tutela penal; cuando esa tutela garantiza, además, un interés público o común, el consentimiento es irrelevante.

a. La falta de tipo resulta muy clara en aquellos delitos en que *la figura requiere expresamente que el hecho sea cumplido sin el consentimiento del interesado, o contra su voluntad*. Así, verbigracia, en la violación de domicilio (art. 150).

De igual claridad resultan *los casos en que se requiere fuerza, intimidación o fraude*, de lo que resulta, es palmar, la falta de voluntad de la víctima. Por ejemplo, el rapto del artículo 130 y la violación del artículo 119, inciso 3°.

En el mismo plano están colocadas *las figuras en que la falta de consentimiento se presume legalmente*, como en la violación de menores de 12 años (art. 119, inc. 2°).

b. *En otros casos, la mutación de la situación jurídica de la cosa por obra del consentimiento, resta todo significado delictuoso a la acción.* Quien consiente en que alguien tome una cosa mueble para quedarse con ella, “se la está regalando”; de suerte que el que la toma no se apodera de ella, sino la recibe en donación. Por lo demás, desaparece la tipicidad furtiva del hecho (NÚÑEZ, T. I, pág. 419 y nota 478). En los casos de privación simple de libertad (art. 141), ocurre algo parecido; eso no es una *privación* en el sentido del tipo: quien *se priva* (se hace privar), voluntariamente de su libertad, sus razones tendrá; pero no puede hablar de una acción típica realizada por otro.

No puede decirse lo mismo en los supuestos de privación de libertad cometidos por funcionarios, en los que la ley tutela, además, un interés general del que no puede disponer el particular.

c. *En algunos delitos el consentimiento es un elemento de la figura privilegiada, de modo que el efecto que produce no es la falta de tipo, sino la distinta adecuación.* Esa relación guardan el rapto “consentido” del primer párrafo del artículo 131 y el rapto por medio de fuerza, intimidación o fraude del artículo 130.

2. *Requisitos. Para que el consentimiento produzca efectos jurídicos, son necesarios tres requisitos:* a) que haya sido prestado libremente por quien tiene la capacidad de disposición del bien jurídico protegido; b) que sea anterior o coincida en el tiempo con la acción; c) que quien consiente sea el único titular del bien jurídico protegido.

a. *El consentimiento ha de haber sido prestado libremente por quien tiene capacidad para ello.* No consiente libremente el que cede ante la *amenaza* o acepta inducido a *error por el engaño*.

No consiente, tampoco, quien en el momento de acceder carece de la *capacidad necesaria para disponer del bien de que se trata*.

Se ha sostenido por algunos que para la eficacia del consentimiento ha de tomarse en consideración la capacidad penal, criterio que tomado con carácter general, parte de un punto de vista equivocado pues no se trata de la capacidad para comprender la criminalidad del hecho o para delinquir, sino para un acto de disposición. La regla, pues, es atenerse a la capacidad de disposición del bien de que se trata, la que también puede resultar de la propia ley penal, cuando ella fija para determinados casos, a través de los tipos, el límite de la tutela jurídica en base a una edad. Esto ocurre, por ejemplo, en algunas figuras que prevén formas de acceso carnal involuntario. La mujer no honesta mayor de 12 años y la mujer honesta con 15 años cumplidos pueden prestar el consen-

timiento eficaz para restar a los hechos la tipicidad (arts. 119, inc. 1º, y 120). Un caso de consentimiento viciado por el error aparece previsto en el artículo 121, en el que se logra el acceso carnal abusando del error de una mujer.

b. *El consentimiento debe ser anterior o contemporáneo a la acción.* El consentimiento *posterior* a la consumación es de ningún valor, puesto que puede ser revocado libremente hasta ese momento; en cambio, una revocación posterior es siempre irrelevante (WELZEL, *Derecho Penal*, § 14, VI, 3).

Cuando el hecho ha sido consumado, ya no puede hablarse de consentimiento, sino de perdón, renuncia a la acción o pacto, todo lo cual no impide la existencia del delito, aunque sí, en algunos casos, el ejercicio de la acción por el particular; pero esto constituye otro problema.

c. *Es preciso que quien consiente sea el único titular del bien jurídico protegido.* En los casos de ser varios los titulares del bien, sólo el consentimiento de todos tiene plena eficacia. Si Jorge y Enrique son condóminos de un reloj y Carlos se apodera de él con el consentimiento de Enrique únicamente, Carlos comete el delito de hurto.

3. *Formalidades.* En lo que se refiere a la forma, debe tenerse en cuenta:

a. *El consentimiento sólo necesita ser una manifestación de voluntad unilateral.* Por eso puede ser revocado antes del hecho. Pero este principio no rige cuando ha sido la consecuencia de un acto bilateral, para el que no puede valer una revocación unilateral (MAGGIORE, G., *Derecho Penal*, Vol. I, pág. 437).

b. *No se requieren formalidades.* Todas las formas reconocidas por la ley y por la costumbre, son válidas para manifestar el consentimiento. La manifestación puede ser *expresa* o *tácita*.

c. *Para que el consentimiento resulte eficaz no es preciso que sea conocido por el sujeto activo, puesto que ha de ser apreciado objetivamente* (MEZGER, *Tratado*, T. I, § 28; ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, T. I, pág. 258; en contra: JESCHECK, H. H., *Tratado, Parte General*, Granada, 1993, § 34, V). La apreciación subjetiva nos conduciría a dar al consentimiento el carácter de causa excluyente de culpabilidad, tesis inaceptable.

4. *La naturaleza de los bienes.* Un criterio comúnmente aceptado, especialmente entre quienes ven en el consentimiento una causa de exclusión de la antijuridicidad, es el que hace un distingo entre los bienes jurídicos *disponibles* y los *no disponibles* por parte del individuo, para llegar a la conclusión de que el consentimiento es eficaz en las normas protectoras de los primeros, en tanto que el delito queda subsistente en los que contemplan los segundos. Se parte de la base de que en el primer supuesto la ley tutela solamente el interés particular o privado, en tanto que en el segundo garantiza, además y fundamentalmente, un interés público o común. Es ésta, en términos generales, la posición adoptada por MEZGER, para quien el consentimiento supone *el abandono válido real o presunto de los intereses por parte del que legítimamente tiene la facultad de disposición sobre el bien jurídico* (Tratado, T. I, § § 28 y 29, págs. 207 y 218).

Es, como se dijo, opinión dominante en quienes ven en el consentimiento ausencia de antijuridicidad, la que hace depender la eficacia del consentimiento de la facultad de disposición de quien consiente. Por eso, se afirma que la esfera en que la eficacia del consentimiento es la regla, está constituida por los *derechos patrimoniales*; pero he ahí que para la lesión típica de tales bienes se requiere la falta de consentimiento del interesado. De modo que volvemos al ámbito de la tipicidad.

Las mayores disidencias giran en torno a la colocación que corresponde dar a *la vida, a la integridad física y a la salud*, porque si bien es cierto que la lesión típica de esos bienes se presume causada contra la voluntad del interesado, su disponibilidad resulta discutible.

1° *En los casos comunes de homicidio* puede decirse que no hay disidencia en el sentido de rechazar la proposición. La disparidad se circunscribe a los casos de homicidio piadoso o a ruego; debemos reconocer que no son pocos los partidarios de la lenidad en la pena para esos homicidios cometidos por piedad y, aunque cada día menos, también los de la impunidad.

Esto sólo es válido *de lege ferenda*, ya que *de lege lata* ninguna duda queda respecto a la falta de significación del consentimiento en el homicidio, pues nada autoriza en la ley argentina a sostener tal excepción.

2° *En lo relativo al delito de lesiones*, se sostienen las dos posiciones extremas: mientras para un grupo el consentimiento carece en absoluto de significado, para otro es eficaz en todos los casos, posiciones ambas equivocadas. El criterio más exacto nos parece el intermedio, para el cual el consentimiento, si bien no ha de aceptarse, en principio, como eficaz para restar tipicidad al delito de lesiones, tampoco puede decirse que carezca en absoluto de significación, en todos los casos, pues puede concurrir para *completar* otras causas de justificación.

5. *El consentimiento presunto.* Se denomina “consentimiento presunto” al que se juzga que el interesado hubiera prestado válidamente estando en conocimiento de la real situación de hecho.

Señala MEZGER que no se trata de una presunción en el sentido de la *admisión subjetiva de un consentimiento*, como su denominación podría hacer suponer, sino de una “presunción” objetiva; es decir, de la *comprobación judicial* de que el lesionado habría consentido en la acción si hubiera conocido *exactamente la situación de hecho* (*Derecho Penal*, § 39).

Por eso hemos dicho, al dar la noción del consentimiento presunto, que es el que *se juzga* que el interesado habría dado y no el que *se supone*; esto último constituiría una “presunción”, que en última instancia, el interesado podría rectificar, lo que resulta inadmisibles, tanto en el ámbito de la tipicidad como en el de la antijuridicidad. Es el juzgador quien debe decidir *si se dan las circunstancias* del consentimiento presunto, del mismo modo que lo hace al apreciar la concurrencia de los elementos de una figura penal o de una causa de justificación.

Esta comprobación objetiva, que actúa en sustitución, perfectamente válida, del verdadero consentimiento, puede tener para nosotros, en el derecho argentino, significación equivalente a la del consentimiento en general.

El consentimiento presunto es de aplicación diaria, para *completar* el legítimo ejercicio de un derecho en la práctica de la medicina. Un herido encontrado en la vía pública sin conocimiento, es llevado a un hospital e intervenido quirúrgicamente, como la cosa más natural. Esas intervenciones se realizan teniendo por dado el consentimiento del interesado, aunque en la práctica ni se piensa en ello, tanto se lo tiene por un hecho lógico. Por lo demás, el médico está facultado por la ley para obrar en estos casos *bajo su exclusiva responsabilidad*.

EL DELITO COMO ACCIÓN CONTRARIA AL DERECHO

§ 20

LA ANTIJURIDICIDAD

1 — EL DELITO ES ACCIÓN ANTIJURÍDICA. Hemos definido el delito como *acción típicamente antijurídica y culpable*. Así, pues, ha quedado ya dicho que la acción merecedora de pena debe ser antijurídica. La antijuridicidad es, formalmente, la contrariedad al Derecho. Pero lo que al jurista interesa conocer *es el contenido*, la materialidad de ese conflicto entre el hecho y el Derecho.

Hoy prevalece el criterio según el cual el hecho es antijurídico cuando, *además de contradecir al orden jurídico, lesiona, pone en peligro o tiene aptitud para poner en peligro, según la previsión legal, bienes jurídicos tutelados por la ley penal*. Esta triple posibilidad del aspecto material abarca los delitos de daño, los de peligro real y los de peligro potencial o presumido por la ley. (Véase *infra*, 6-).

La antijuridicidad no es una característica *específica* de la acción delictuosa; no toda lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tiene significación penal; la calidad de *antijurídico* es una condición necesaria, pero no suficiente, para calificar el hecho de delito; la acción ha de ser típicamente antijurídica para reunir las características de un hecho punible. Esta característica sólo se logra a través de las disposiciones de la ley penal. Decimos de la ley penal y no de las figuras de la parte especial, porque la tipicidad resulta de las previsiones de la ley penal considerada *como un todo* orgánico.

2 — ANTIJURIDICIDAD E INJUSTO. Las expresiones *antijuridicidad* e *injusto* son a menudo utilizadas indiferentemente. Esa indiferencia es en muchos casos intrascendente, pero en otros puede inducir a

error por eso es preciso ponerse de acuerdo previamente sobre la terminología adoptada. Siguiendo a WELZEL (*Derecho Penal*, Buenos Aires, 1956, § 10, I, 2), podemos decir que *antijuridicidad* es una característica de la acción y, por cierto, la relación que expresa un desacuerdo entre la acción y el orden jurídico. En cambio, lo injusto o el ilícito es la acción antijurídica como totalidad; por tanto, el objeto *junto* con su predicado de valor; es decir, *la acción misma valorada y declarada antijurídica*. Lo injusto es un sustantivo: la acción antijurídica; la antijuridicidad, en cambio, solamente una relación: la característica axiológica de referencia de la acción.

Hay ciertamente *injusto* o *ilícito* específicamente penal (distinto de la expresión injusto del derecho civil, por ej.), pero no *antijuridicidad* específicamente penal.

Utilizamos las expresiones *ilícito* e *injusto* para referirnos al disvalor específicamente penal de la acción —a la característica de *típicamente antijurídica*— y damos al término *antijuridicidad* el sentido generalmente aceptado de *contradicción del hecho con la totalidad del orden jurídico, como concepto formal*.

1. *Antijuridicidad* y *tipicidad*, en conjunto, nos dan entonces el juicio de disvalor que caracteriza al *ilícito penal* y con él al delito. Esto no significa asignar a la tipicidad naturaleza puramente objetiva, sino que, en cuanto ella es descripción, completa al aspecto objetivo del delito. Pero la tipicidad contiene, también, como hemos visto, elementos subjetivos y normativos.

La antijuridicidad contiene una idea de contradicción, la tipicidad una idea de identificación: la antijuridicidad señala la relación —contradicción— entre el acto y el orden jurídico; la tipicidad la identificación del hecho ilícito vivido con la abstracción sintetizada en una figura legal.

2. *Antijuridicidad de apreciación subjetiva*. No faltaron quienes defendieron una antijuridicidad apreciada subjetivamente.

La tesis subjetivista puede sintetizarse así: sólo hay ilicitudes culpables (BINDING, *Die Normen*, vol. I, pág. 244). Esta afirmación arranca de otra: las normas jurídicas son *imperativos* destinados a los componentes del grupo social, que imponen el deber de hacer o no hacer algo o actuar de determinado modo; la obediencia o desobediencia a ese imperativo supone un acto anímico constituido por la conciencia de

obrar contra el Derecho. Sin esa participación subjetiva, no puede hablarse de actos ilícitos. Así, pues, los hechos de los inimputables sólo resultan dañosos en la medida en que pueden serlo las fuerzas de la naturaleza; pero no en relación con el orden jurídico, para el cual resultan indiferentes. La desobediencia sólo resulta de un acto realizado con dolo o con culpa.

Al decir que sólo hay ilicitudes culpables o que no hay ilicitudes inculpables, se subvierten los términos del problema. Si lo antijurídico es lo contrario al Derecho y, más claramente, si es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, es decir, de un bien o interés protegido por el Derecho, esta contradicción o desarmonía, puede apreciarse sin dificultades con independencia de la actividad psicológica del sujeto; la acción es la que se califica de antijurídica, no la acción culpable. En cambio, carece de sentido investigar la culpabilidad de un hecho lícito. La objetividad del hecho es lo que ha de decidir a investigar la culpabilidad. Si el acto es lícito ¿qué le importa al Derecho la actitud subjetiva de su autor?

3 — LO CONTRARIO A LA LEY Y LO CONTRARIO A LA NORMA. La opinión común fue durante mucho tiempo la que sostenía que el delito consistía en una violación de la ley penal. Así CARRARA lo define como “la infracción de la ley del Estado”. Sin embargo, a poco que nos detengamos en la lectura de las prescripciones de la parte especial de cualquier Código en vigencia, veremos que la ley penal no adopta fórmulas de prohibiciones ni de imposiciones, describe las conductas a las que corresponde pena y determina esta última.

Así, el artículo 79 del Código Penal argentino amenaza reclusión o prisión de ocho a veinticinco años *al que matare a otro*. La ley contiene, entonces, lo contrario a la norma, *lo que no debe hacerse: matar a otro* es, precisamente, lo penado. Eso hizo decir a BINDING que el delincuente no viola la ley penal: más bien podría decirse que, en cierto modo, la confirma.

4 — LAS NORMAS DE CULTURA. Sostuvo Max E. MAYER que el orden jurídico es un orden de cultura constituido por normas que la sociedad tutela. La infracción de esas normas de cultura constituiría lo antijurídico (*Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1915, págs. 37 y sigs., especialmente pág. 44). Nos parece conve-

niente recalcar que MAYER no pretende sustituir el orden jurídico por el orden de cultura, sino fundamentarlo remontándose hasta el conjunto de nociones prejurídicas que luego la ley ha tutelado y transformado así en Derecho. Este párrafo suyo no puede dejar dudas: “Se debe repetir una vez más que para *fundamentar* el orden jurídico y no para *suplantarlo* es preciso *retrotraer* la teoría hasta aquel complejo de normas prejurídicas *de las que se obtiene el Derecho*” (*Der allgemeine Teil*, pág. 52).

Para la ley penal sólo adquiere significación la conducta que ella describe como contraria a la norma, no otra; puede haber y hay numerosas conductas que chocan con normas preexistentes, pero que la ley penal no capta. Ello no quiere decir, tampoco, que tales actos, que quedan fuera de la ley penal, no sean antijurídicos; pueden serlo, lo que ocurre es que no son penalmente relevantes, no tienen como consecuencia una sanción.

5 — ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL. Fue Franz VON LISZT quien puso en debate la existencia de una dualidad antijurídica, que él distinguió en *formal* y *material* (*Tratado*, T. II, § 32; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, § 32, I). La reprobación jurídica que recae sobre el acto es, según ese autor, doble:

1º El acto es “formalmente contrario al Derecho”, en razón de que infringe una norma establecida por el Estado e incorporada al orden jurídico.

2º Es “materialmente ilegal”, en cuanto esa conducta es contraria a la sociedad (antisocial).

La antijuridicidad formal y la antijuridicidad material pueden coincidir en un acto, pero pueden también concurrir separadamente. La lesión o riesgo de un bien jurídico sólo será *materialmente contraria al Derecho* cuando esté en contradicción con los fines del orden jurídico que regula la vida en común; esta lesión o riesgo será materialmente *legítima*, a pesar de ir dirigida contra los intereses jurídicamente protegidos, en el caso y en la medida en que responda a esos fines del orden jurídico y, por consiguiente, a la misma convivencia humana. (VON LISZT, *Tratado*, T. II, § 32, I, 2).

No es aceptable una antijuridicidad resultante de la colisión entre un obrar y una norma no legislada. Podrá esa norma ser la referencia

valorativa que *el legislador tome en cuenta* para tipificar determinada conducta, pero para el contenido del Derecho, *la noción de lo antijurídico es unitaria y sólo resulta del derecho positivo.*

6 — ANTIJURIDICIDAD MATERIAL O SUSTANCIAL. Aun cuando la tesis de VON LISZT, en el ámbito de las que distinguen entre *norma y ley*, ha quedado como un ensayo sociológico superado, le corresponde el mérito de haber indicado el camino para distinguir la existencia de una *antijuridicidad material o sustancial*, que significa tanto como señalar la materia o contenido de lo antijurídico.

La acción es *sustancialmente antijurídica* cuando, siendo contraria al Derecho, *lesiona, pone en peligro o es idónea para poner en peligro un bien jurídico*, según la extensión de la tutela penal a través de la respectiva figura. La ley penal, mediante los tipos, da mayor o menor amplitud a la tutela jurídica, la que va desde la existencia de la lesión efectiva hasta la posibilidad del peligro, acuñando para ello las figuras de lesión o daño, de peligro real o concreto y de peligro presunto o abstracto. También mediante la norma genérica, en la que prevé la punición de los actos de tentativa, la ley crea figuras de peligro.

La idea de la *antijuridicidad sustancial* tiene su fundamento firme en la función protectora de bienes jurídicos asignada como finalidad al Derecho Penal. De este modo, penetra en la esencia misma de la naturaleza de la antijuridicidad, indagando en la totalidad del derecho positivo para desentrañar su contenido y su fin. Con ello se alcanza la posibilidad de graduar lo injusto, de acuerdo con la gravedad de los intereses lesionados, al tiempo que se llega al principio del *valor y el interés preponderantes* para el Derecho en materia de justificación. Así adquiere, también, singular relevancia el principio de la no contradicción del orden jurídico (véase: JESCHECK, *Lehrbuch*, 1969, § 22, III, 2.c.).

LA JUSTIFICACIÓN

1 — NATURALEZA Y EFECTOS. Se denominan *causas* o *fundamentos de justificación* a determinadas situaciones de hecho y de Derecho cuyo efecto es *excluir la antijuridicidad de la acción*. La ley penal se vale del mismo método de descripción de acciones y circunstancias que utiliza al acuñar los delitos, para *prever* y *resolver* casos de conflictos de intereses, deberes y bienes jurídicos. Mediante esas normas, por las que se *declaran lícitas determinadas acciones típicas*, el Derecho resuelve expresamente esos conflictos.

a. *Para que se pueda hablar de un hecho justificado, la acción debe reunir todas las exigencias objetivas contenidas en un tipo penal más las que prevé el fundamento de justificación. Por eso, la acción típica es y, lo es siempre, una parte del hecho justificado.*

La acción que reúne objetivamente todos los requisitos de una causa de justificación, está de acuerdo con el Derecho. Y siendo lo antijurídico uno solo, la acción es lícita para todo el ordenamiento legal. Por tanto, el acto no acarrea consecuencias penales de ninguna naturaleza, ni puede haber daño resarcible. Tampoco son posibles, por definición, las formas accesorias de manifestación del delito (tentativa y participación). No son aplicables, por último, medidas de seguridad, pues la acción no es típicamente antijurídica, requisito indispensable para que se trate de una acción atribuible.

b. *Las causales de justificación eliminan, además de la antijuridicidad, también la tipicidad.*

Los actos que la ley penal amenaza con pena son los que pueden ser objeto de un juicio de mayor disvalor. Ese disvalor resulta de la ti-

picidad, que fija al acto el carácter de injusto específicamente penal, y con ello un *mayor disvalor* que al resto de los hechos antijurídicos (ver: SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, 1970, pág. 153).

La justificación excluye el injusto específicamente penal, y éste lleva consigo el doble disvalor que resulta de la antijuridicidad y la tipicidad. Ya se dijo que, en la realidad de las cosas, el acto justificado comprende la acción típica y algo más, que es lo que justifica. Ese “algo más” modifica en tal medida el juicio de valor que resta el disvalor de la acción típica y antijurídica. El conjunto *elementos del tipo + elementos de la justificante* es el que da el juicio de valor definitivo. De ese modo puede decirse que se modifica también *la adecuación* del hecho, que pasa a corresponderse con verdaderos *tipos de licitud*. Lo más propio es decir que desaparece *la condición de típico del acto*, porque *el tipo mismo*, en cuanto no importa valoración, queda comprendido en la acción justificada. Es decir que el tipo subsiste *materialmente*, pero no en su significación jurídica, por obra del juicio de valor que resulta del *hecho total*. (Véase *infra*, 6-).

La cuestión se ha querido resolver con la tesis de las “características negativas del tipo”, que aparece ya en A. MERKEL. Según este punto de vista, la no existencia de los fundamentos de justificación debe ser un presupuesto del tipo y, a la inversa, su existencia debe excluir el tipo (puede verse VON WEBER, H., “Negative Tatbestandsmerkmale”, en MEZGER, *Festschrift*, 1954, pág. 183). Este criterio adolece del defecto de estar divorciado de la realidad, porque formula una solución alternativa o desplazamiento que no se produce en el hecho material real. Por el contrario, en este último no hay exclusión, sino aglutinación. No desaparece el tipo en las características que lo constituyen —que está comprendido dentro del hecho total— sino su adecuación a él por existir una previsión específica con mayor número de elementos y que constituye un verdadero tipo de licitud, más completo que el tipo penal de prohibición, que es una parte de él. También aquí la ley especial desplaza a la ley general.

2 — DIFERENCIAS CON OTRAS CAUSAS DE EXENCIÓN DE PENA

a. *Justificación e inculpabilidad*: 1° Mientras las causas disculpantes tienen efectos individuales y *no se transmiten a los partícipes* del delito, la justificación es objetiva y por ello de validez general: *no hay delito para nadie*.

2° En acciones cubiertas por una causa de justificación *no hay tentativa*: tentativa es el comienzo de ejecución *de un delito*. Las causas de inculpabilidad, en cambio, admiten delito tentado y consumado.

3º Las causas de inculpabilidad dejan intacto al delito *en su aspecto objetivo* y con ello se produce la contrariedad al derecho que puede dar lugar al resarcimiento del daño. En los hechos justificados la falta de antijuridicidad hace imposible el ilícito civil.

4º Las causas subjetivas de exclusión de pena, admiten la aplicación de medidas de seguridad por la comisión de hechos típicamente antijurídicos; en cambio, *no son aplicables medidas de seguridad* por hechos lícitos que resultan de la justificación.

b. *Justificación y falta de tipo*: 1º Las causas de justificación se refieren a hechos que tienen *la exterioridad del delito, que se superponen con un tipo penal*; de otro modo, la justificación no sería necesaria, puesto que el hecho dejaría ya de ser delito por la ausencia de tipo. 2º Mientras la ausencia de tipicidad quita al hecho su carácter de *ilícito penal, pudiendo, no obstante, constituir un acto con ilicitud civil*, la justificación le *quita todo carácter ilícito*, al valorarlo como acción conforme al Derecho.

3 — EL SISTEMA DE REGLA-EXCEPCIÓN: En las abstracciones contenidas en las figuras penales, la ley contiene la regla que encuentra su *excepción* en las disposiciones del mismo texto legal que prevén las circunstancias dentro de las cuales una conducta es legítima. Este que se ha dado en llamar *sistema de regla y excepción*, es el primero y más firme paso en materia de justificación.

El principio de regla-excepción, cómodo para los fines didácticos, pierde ya su rigidez en las justificantes legales que remiten al resto del ordenamiento jurídico, tales como el cumplimiento de la ley y el legítimo ejercicio de un derecho.

4 — PRINCIPIOS. La ilicitud de un acto resulta del juicio que se alcance con los elementos que proporciona la *totalidad del orden jurídico* (SOLER, T. I, § 26, IX; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. III, nro. 1277).

De ello se deducen principios que rigen todo el sistema de justificantes:

A. *Quien obra conforme con una norma jurídica actúa legítimamente, en virtud del principio de no contradicción del orden jurídico.*

Lo que el Derecho autoriza o impone en una norma, no puede declararlo antijurídico en otra disposición coexistente. Este principio está ampliamente reconocido por el artículo 34, inciso 4º del Código Penal argentino, al declarar no punible al que obra en cumplimiento de un deber o en ejercicio de autoridad o cargo (cumplimiento de la ley) o en el legítimo ejercicio de un derecho. El principio está contenido, con carácter general, en el artículo 1071 del Código Civil, según el cual “el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no pueden constituir como ilícito ningún acto”. Véase lo que decimos al tratar el ejercicio legítimo de un derecho (§ 22, II, 1.).

B. *Actúa legítimamente quien ejerce un derecho de necesidad acordado por cualquiera de las ramas del ordenamiento jurídico.*

Este principio es sólo una especie del anterior, pues quien ejerce un derecho de necesidad obra conforme con una norma jurídica.

Conviene señalarlo, no obstante, porque las situaciones previstas en la ley como justificadas por la necesidad, dan un “derecho de necesidad”. Por eso la acción es lícita y no produce consecuencias jurídicas de ninguna clase en perjuicio del autor; en cambio, “situación de necesidad” aparece también en la amenaza de sufrir un mal grave e inminente, pero la acción, aunque impune por ausencia de culpabilidad, es antijurídica. Sólo el *derecho de necesidad es justificante*.

1º *Confieren derecho de necesidad, las causas de justificación contenidas en la ley penal para situaciones de necesidad que reúnen determinados requisitos: el estado de necesidad y la defensa legítima.*

2º *Actúa legítimamente quien ejercita el derecho de necesidad del derecho civil respecto de las cosas.* El estado de necesidad interesa al derecho civil: a) como vicio de los actos jurídicos; b) legitimando los daños causados por necesidad. Este segundo aspecto es el que tiene efecto como justificante.

5 — FUNDAMENTOS DE LA JUSTIFICACIÓN. Como se ve, dos son los fundamentos de la justificación: la ley y la necesidad.

Peró, entiéndase bien, aunque incurramos en repetición: la necesidad en sí misma (situación de necesidad) *es sólo “fundamento” de la justificación, pero no la justificación misma; ésta es un “derecho” de necesidad, que como tal, sólo nace de la ley.* El derecho puede resultar

de una disposición expresa de la ley o de la decisión que el sujeto toma en estado de necesidad, coincidente con la valoración que resulta del orden jurídico a través de cualquiera de sus manifestaciones.

El reconocimiento de una *antijuridicidad material o sustancial* lleva a apreciar para la justificación, *en los casos de conflictos de bienes*, el valor relativo de los bienes en conflicto (JESCHECK, *Lehrbuch*, 1969, § 22, III, 2. c). Es ése el modo de dar aplicación práctica al principio de que lo justo y lo injusto resultan de la totalidad del ordenamiento jurídico, no sólo para los casos de cumplimiento de la ley y ejercicio legítimo de un derecho, sino también para las situaciones de necesidad creadas para la protección de bienes jurídicos.

SAUER señala que la preferencia del interés más valioso no se deduce de las leyes del estado de necesidad, sino solamente de los principios jurídicos generales (*Derecho Penal*, pág. 204). MAURACH hace descansar la necesidad supralegal justificante en el principio de la *ponderación de bienes y deberes* "en aquellas situaciones de la vida en las que una acción constitutiva del tipo externo de una forma de delito sea *el único medio para proteger un bien jurídico*" (*Tratado*, § 27, IV, 1.). MEZGER cree que no actúa antijurídicamente quien sacrifica un bien de menor valor por uno más importante (*Studienbuch*, § 48).

WELZEL dice ir más allá, al aceptar el principio justificante, no ya sólo para los casos de colisión de bienes, sino, también, para los supuestos en que una acción que lesiona un bien jurídico se presenta como la única *chance* de evitar la lesión de ese bien jurídico. Pone como ejemplo el de un bombero que sólo puede salvar a un niño de morir quemado arrojándolo de una casa en llamas a una lona de salvamento, a pesar de que reconoce que, de ese modo, pueda caer también tan infelizmente que se fracture el cráneo. Si el arrojarlo es la única *chance* para salvar al niño —dice— la acción está justificada, aun cuando fracase (*Strafrecht*, 1960, § 14, IV c).

6 — LA LLAMADA JUSTIFICACIÓN SUPRALEGAL. Cabe ahora preguntarse ¿tiene cabida en el derecho argentino la llamada justificación supralegal? En otras palabras: cuando están en conflicto dos bienes jurídicos cuyo valor relativo no está *expresamente* indicado por la ley ¿cómo se decide cuál de ellos representa el interés preponderante para el Derecho?

1. Hemos dicho ya que el juicio de conocimiento de la *antijuridicidad* o conformidad al Derecho —la *justificación*— resulta de la totalidad del orden jurídico.

El hecho justificado, en la vida real, se concreta reuniendo en un mismo momento los elementos del tipo más los de la justificante. Y ese conjunto aglutinado constituye el “tipo de licitud”.

Así, pues, cuanto más complejo sea el catálogo con las causas de justificación, tanto más próximo a la certidumbre estará el juicio de valor que se alcance con la ley penal, máxime si existe en ella una fórmula de justificación que remite a la totalidad del ordenamiento jurídico, y tanto menos necesario será recurrir a las fórmulas llamadas *suprale-gales* de justificación.

En este aspecto, el Código argentino es bastante completo: comprende la defensa legítima, extendiéndola a toda clase de derechos, y las modalidades de la llamada presunción de defensa legítima (art. 34, inc. 6°). En disposición independiente, regula la defensa de terceros. Contempla, además, el estado de necesidad justificante, para el que toma en cuenta el valor relativo de los bienes en conflicto (art. 34, inc. 3°). Esto en lo que se refiere a las excluyentes de pena *fundamentadas en situaciones de necesidad*.

2. El Código argentino rompe totalmente el esquema del sistema regla-excepción, con la previsión de las justificantes del cumplimiento de la ley y, especialmente, la del ejercicio legítimo de un derecho. Son, éstas, verdaderas *formas abiertas* que el juez debe completar con normas que no pertenecen por lo común al ámbito del Derecho Penal. (Véanse las reflexiones de CÓRDOBA RODA, J., para el derecho español, en el *Tratado* de MAURACH, R., § 25, IV, nota 3).

Con este tipo de justificantes se hace menos apremiante la necesidad de un fundamento genérico o principio unitario de justificación (véase: MAURACH, *Derecho Penal*, T. I, § 25, III). El principio válido, con tal carácter unitario, ya antes se señaló, es el de la *no contradicción del orden jurídico*: lo que el Derecho autoriza o impone en una norma, no puede prohibirlo y declararlo punible en otra disposición coexistente. A este principio se llega en la ley penal argentina por la vía señalada del cumplimiento de la ley y el ejercicio legítimo de un derecho previstos como justificantes.

Tal derecho puede resultar, en todos los casos, de una disposición expresa contenida en una norma jurídica o de la decisión que el sujeto toma acorde con la valoración que resulta del orden jurídico en su totalidad. Por *norma jurídica* se entiende aquí, no solamente una ley, sino

toda norma dictada por el poder público dentro del límite de sus facultades (FONTÁN BALESTRA, *Tratado*, T. II, § 30, 2-; NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino*, T. I, pág. 401 y nota 404).

El fin reconocido por el Estado es, también, una manifestación del orden jurídico. Tal fin no necesita ser *perseguido* por el Estado, sino tan sólo *reconocido por una norma*. En este punto, no debe olvidarse que *el medio debe ser el adecuado*. (SAUER, *Derecho Penal*, 1956, pág. 204; MEZGER, *Libro de estudio*, 1958, págs. 183 y 184).

3. El modo de ver las cosas, que hemos dejado expuesto, resuelve todo posible conflicto de normas jurídicas. No así, de modo total, lo que atañe a algunos conflictos de bienes o intereses.

Un criterio rígido inspira el texto del Código Penal argentino en materia de estado de necesidad *justificante*: impone que *el mal que se causa sea menor (para el Derecho) que el que se trata de evitar*. Esta diferencia de valor debe apreciarse objetivamente.

Encerrando la acción necesaria un hecho amenazado con pena, un criterio cierto de valoración nos lo da la propia ley penal, con las escalas comparativas de penas para la lesión de distintos bienes jurídicos o para distintos tipos de ataque a un mismo bien jurídico. Si esto no es suficiente, debe completarse con la interpretación sistemática, sin olvidar el *telos* de la ley penal. Se trata de aplicar también aquí lo dicho al tratar de la justificación en general, con respecto al papel que desempeña la totalidad del orden jurídico para apreciar la licitud o ilicitud de las acciones. Estamos siempre dentro de las previsiones legales.

Sin embargo, la exigencia imperativa de un valor relativo de los bienes en conflicto para que pueda asignarse carácter justificante al estado de necesidad, puede dejar aún algunas situaciones posibles sin resolver. Son aquellas en las que no aparece una manifestación expresa del orden jurídico de la que pueda resultar el valor de los bienes, de modo que sea posible la necesaria comparación.

En tales casos, el juez debe recurrir a todos los elementos de juicio disponibles para realizar la valoración, tomando en cuenta, especialmente, el interés y el deber preponderantes, la exigibilidad, la relación entre el acto cumplido y el bien salvado, la proporcionalidad, y aun el aspecto subjetivo del bien perseguido (véase: JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. III, nros. 1278-1279). Esta tarea es obligatoria para el juez en

los casos de conflictos de bienes que han quedado señalados, y posible en virtud del criterio que inspira la antijuridicidad material.

• 7 — EL CONSENTIMIENTO DEL INTERESADO. Hemos visto, al ocuparnos de la tipicidad, que el efecto más común del consentimiento es el de quitar al hecho la tipicidad; por eso es allí donde desarrollamos el tema (*supra*, § 19, V, 2-).

1. En lo que se refiere a su función justificante, no hay inconveniente en reconocer al consentimiento *eficaz* el efecto de excluir la antijuridicidad (MEZGER, *Studienbuch*, § 38, I; MAURACH, *Tratado*, T. I, § 28, I, 1; ORGAZ, A., *L.L.*, 10-V-1973).

Lo que ocurre es que en el derecho argentino no encontramos casos en que el consentimiento tenga autonomía como justificante; es decir, que por sí solo reste antijuridicidad a la acción. La doctrina fue elaborada en Alemania porque resultó indispensable encontrar justificación a ciertos casos que la razón estaba indicando que son lícitos, tales como las lesiones causadas por los médicos en los actos quirúrgicos, y que no encajaban en la mezquina enumeración de justificantes del Código germano. Pero esa necesidad no aparece en nuestra ley.

2. El Código argentino requiere, a veces, el consentimiento en la fórmula de la causa justificante. Así ocurre, por ejemplo, en el aborto justificado del artículo 86 del Código Penal, al ser necesario el *consentimiento de la mujer encinta*.

También es necesario el consentimiento, para *completar* la justificante, en los casos de intervenciones médicas no impuestas por la ley; si bien el médico obra en tales casos en ejercicio de un derecho, no es legítimo ese ejercicio en los casos de quien actúa *sin la voluntad* del paciente. La excepción está expresamente prevista en la ley, para los casos en que resulta imposible obtener el consentimiento y la actuación del médico se torna impostergable. Puede jugar en tal caso el *consentimiento presunto*.

8 — LAS JUSTIFICACIONES ESPECÍFICAS. En el proceso evolutivo de las causas de justificación se han ido alcanzando fórmulas que permiten al legislador reunir en una abstracción legal, con validez general, los elementos requeridos para determinada justificante. Estas fórmulas genéricas no han alcanzado aún el grado de perfeccionamiento que permita prescindir totalmente de la previsión de casos particulares que no

quedan totalmente encubiertos por alguna de las normas que contemplan las justificantes genéricas. Se ve entonces obligado el legislador a redactar normas específicas, referidas a determinadas figuras, creando así las justificantes específicas.

Caen dentro de esta categoría de justificantes específicas las dos formas de aborto autorizadas en el artículo 86, incisos 1º y 2º del Código Penal argentino; la entrada en morada o casa de negocio ajenas en los casos previstos por el artículo 152 del mismo Código; las injurias que tienen por objeto defender o garantizar un interés público actual, previstas en el artículo 111, inciso 1º; la revelación del secreto profesional por los médicos y demás profesionales de las distintas ramas del arte de curar, en los casos autorizados por la ley.

El aborto del artículo 86, inciso 1º, la autorización de penetrar en morada o casa de negocio ajenas del artículo 152 y la revelación del secreto profesional nos parecen casos claros de necesidad.

En cuanto al aborto del inciso 2º del artículo 86 y a las injurias que tienen por objeto defender o garantizar un interés público actual, que exime de pena el artículo 111, inciso 1º, son derechos acordados por la propia ley penal, de suerte que deben ser considerados dentro del ejercicio legítimo de un derecho que resuelve así conflictos de intereses.

9 — EL EXCESO. La ley prevé expresamente lo que se denomina *exceso* en la justificación. Invocando la sistematización adoptada por VON LISZT y MEZGER, cree JIMÉNEZ DE ASÚA que el exceso debe ser tratado como una causa de inculpabilidad. No dudamos de que la consecuencia del exceso supone, en definitiva, producir una consecuencia en el ámbito de la culpabilidad; pero esa consecuencia resulta de la propia naturaleza de la actitud subjetiva del autor frente al hecho y no del carácter excesivo de la acción. Esto sólo decide que, al no resultar la conducta encubierta por la justificante, queda como remanente una acción típicamente antijurídica, que es, por tanto, merecedora de pena.

1. Hay exceso cuando una acción sobrepasa los límites fijados por la ley o impuestos por la necesidad. Según el texto del artículo 35 del Código Penal argentino, el exceso puede caracterizarse legalmente con referencia a cualquiera de los fundamentos de justificación contenidos en el artículo 34. Las palabras empleadas, “el que hubiere excedido los

límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad”, no dejan lugar a dudas.

De los términos transcritos se desprende, también, que para que pueda hablarse de exceso, es necesario que el autor haya obrado, en principio, al amparo de un fundamento de justificación que hayan concurrido inicialmente las circunstancias necesarias para que el hecho hubiera podido ser ejecutado legítimamente.

Ésta es la opinión general en doctrina, seguida también por la jurisprudencia (J.A., t. 18, pág. 762; L.L., 12-IX-1959; L.L., 3-VII-1961; Cám. Crim. Corr. Capital, causa nro. 3939, “Medinich, J.”, resuelta el 30-XI-1956; causa nro. 1168, “Andrade, C.”, resuelta el 3-V-1949; causa nro. 2862, “Cessin, N.”, resuelta el 9-III-1950; causa nro. 1235, Sala 2da., “Correa, A. M.”, resuelta el 31-VIII-1962; L.L., 6-XII-1965; Cám. Fed. Capital, Sala Penal, L.L., 22-II-1964; C.S.J.N., Fallos, 211:371; 212:547; S.C.B.A., J.A., 26-1397; 38-460. En contra: NÚÑEZ, *Tratado...*, cit., T. I, pág. 424).

Lo que tiene que existir inicialmente en los casos de necesidad es esa situación, para que partiendo de ella, pueda ser legítima la acción que lesiona en la medida justa un bien ajeno. La legitimidad de la acción nace de ese estado, que tiene que existir, por tanto, en algún momento; pero una cosa es la situación de necesidad y otra la acción justificada. Ésta no es posible sin aquélla; pero una situación de necesidad no justifica cualquier acto, sino únicamente, el necesario para salvar el bien jurídico amenazado. Cuando se sobrepasan esos límites, estamos ante el exceso (conformes con este punto de vista: JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, 3ra. ed., págs. 300 y sigs.; BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, en *Enciclopedia Jurídica Argentina Omeba*, T. XVIII, págs. 181 y sigs.).

Lo dicho aparece muy claramente en los casos de exceso por *persistencia en la acción de defensa* cuando el peligro ya ha pasado, pues el que se defiende en tales casos, en un momento dado de su acción, está en situación de defensa legítima perfecta. La Cámara del Crimen de la Capital denominó a esta forma de exceso *intensificación excesiva en el tiempo*, para indicar con claridad su naturaleza, señalando la concurrencia en el caso de los tres requisitos clásicos de la defensa legítima en el momento de repelerse la agresión (L.L., 8-VI-1965).

Véase lo que decimos al ocuparnos del exceso en las distintas justificantes, al final del párrafo en el que se tratan las causas de justificación en particular (§ 22).

2. *La pena fijada por la ley es la determinada para el delito por culpa o imprudencia.*

Al fijarse a los hechos previstos en el artículo 35 del Código Penal la escala penal determinada para los delitos culposos, la ley no hace una simple remisión sino que contempla la verdadera naturaleza culposa del exceso (CARRARA, *Programa*, § § 1333 a 1347; FLORIÁN, *Parte general*, T. I, § 460; SOLER, T. I, § 33, IV). La culpa puede resultar del error, de la perturbación del ánimo del autor o de la imprudencia común.

3. El Código Penal argentino no prevé expresamente ninguna forma de exceso impune.

Con sistemas como éste el exceso sólo es impune por razones subjetivas que pertenecen a la culpabilidad.

a. La acción excesiva resulta impune, como consecuencia de tener fijada la pena determinada para el delito por culpa o imprudencia, cuando no se prevé en la ley la figura culposa del hecho ejecutado. En tal caso, como en el de cualquier otro hecho típicamente antijurídico, la acción no es típicamente culpable.

b. La acción excesiva resulta impune, por ausencia de culpabilidad, cuando la culpa provenga del error y éste sea esencial e inculpable. En tal caso, entran en juego las eximentes putativas.

4. También puede resultar impune la acción excesiva, en los casos de perturbación del ánimo, cuando éste doblegue la voluntad del autor por la amenaza de sufrir un mal grave e inminente que la torne inculpable, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 34, inciso 2° del Código Penal (SCHÖNKE, *Kommentar*, § 53, VI; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, T. I, págs. 212 y 282).

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN PARTICULAR

I. *El cumplimiento de la ley*

1. *Concepto.* Así denomina la doctrina la causa de justificación contenida en el artículo 34, inciso 4º, del Código Penal argentino, conjuntamente con el legítimo ejercicio de un derecho, en estos términos: “el que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo”.

No es antijurídica la conducta de quien actúa en cumplimiento de un deber jurídico o de las funciones de su autoridad o cargo.

2. *Fundamentación.* Para que la acción tenga el valor justificante que le estamos señalando, las acciones que se ejercitan han de hallarse atribuidas a la condición, cargo o autoridad por *una norma de Derecho*. De tal suerte, *actúa el Derecho* y suponer antijurídicas tales acciones sería negar el Derecho mismo (VON LISZT, *Tratado*, T. II, § 35; SOLER, T. I, § 27).

La legitimidad de estas acciones resulta del principio fundamental de la *no contrariedad del orden jurídico*, señalado páginas más atrás (§ 21, 4-, A) y está previsto en el artículo 1071 del Código Civil, según el cual el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.

a. Cuando la ley se refiere al ejercicio de un deber, autoridad o cargo, lo hace en el sentido de las facultades otorgadas por el Derecho; los deberes y la autoridad morales, sociales o privadas no son ley, sino cuando han sido captados expresamente por el Derecho (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. IV, nro. 1404).

Al requerir que el deber, autoridad o cargo nazcan del Derecho, no nos referimos exclusivamente a la ley, sino también a los decretos, ordenanzas, reglamentos; es decir, *a toda norma dictada por el poder público dentro del límite de sus facultades* (cfr. NÚÑEZ, *Tratado*, T. I, pág. 401 y nota 404).

Son casos claros y citados por los autores, de acciones cubiertas por la justificante que estudiamos, entre otros el del funcionario público que priva al acusado de su libertad personal (SOLER, T. I, § 27, II; Cám. Crim. Corr. Capital, *Gaceta del Foro*, t. 75, pág. 396); la interceptación de la correspondencia por el juez penal (art. 234, Cód. Proc. Pen.) o su apertura por el juez de comercio en la quiebra; el allanamiento dispuesto por las leyes procesales (arts. 225 y concs., Cód. Proc. Pen.).

b. Aun cuando asignamos a la palabra *ley* el sentido amplio de toda norma dictada por el poder público dentro del límite de sus facultades, el juego de las normas que en la realidad del orden jurídico pueda constituir una contradicción, debe ser resuelto de acuerdo con diversos principios y circunstancias para decidir cuál es la que prevalece.

Como dice NÚÑEZ, no basta que una ley imponga el deber para que la ejecución del hecho penalmente típico quede justificada, sino que es preciso que la ley que lo impone tenga, en el orden institucional positivo, *fuerza revocatoria respecto de la que castiga el acto*. Esta fuerza no depende, aquí, sólo de la simple superioridad de la ley en sentido estricto sobre el reglamento, ni de la utilidad jurisdiccional legislativa de los dos preceptos en juego (T. I, pág. 401).

En la mayoría de los casos, los problemas serán resueltos relacionando los principios que rigen la validez de la ley en el tiempo con la *capacidad derogatoria* respectiva de las distintas normas. El criterio se completa analizando si la norma justificante que impone el deber ha sido dictada *a pesar* de la norma que incrimina el acto. Eso es lo que ocurre en el caso puesto por NÚÑEZ de la violación del depósito, punible por el artículo 263 del Código Penal argentino, que puede justificarse en razón de que la ley procesal exige la entrega del objeto depositado (*op. et loc. cit.*).

3. *El cumplimiento de un deber no requiere en el sujeto activo autoridad o cargo alguno*. Como caso de cumplimiento de un deber jurídico, se señala, entre otros, la obligación impuesta al testigo de decir la verdad de lo que supiere, aunque sus dichos lesionen el honor ajeno; la obligación de denunciar ciertas enfermedades impuesta por las leyes sanitarias a los que ejercen el arte de curar, aunque se revele un secreto profesional (puede verse sobre el tema en general, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. IV, nros. 1402 a 1406).

4. *El derecho disciplinario.* Se incluyen dentro de esta justificante las acciones cumplidas en el ejercicio del *derecho disciplinario* acordado a los padres por el Código Civil, cuyo artículo 278 dispone que los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir *moderadamente* a sus hijos; y con la intervención del juez, hacerlos detener en un establecimiento correccional por el término de un mes. Esta autoridad se extiende a los tutores (art. 415, Cód. Civ.) y curadores (art. 475, Cód. Civ.).

Así, pues, los límites de la facultad de corregir o hacer corregir *legítimamente* por parte de quien ejerce el derecho disciplinario están fijados por *la moderación*.

Los actos que no quedan comprendidos dentro de esos límites, constituirán exceso o abuso, sea por el contenido, por los medios empleados, o por el fin distinto del determinado por la ley (GÓMEZ, E., *Leyes penales anotadas*, T. I, 1952, pág. 243; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado* T. IV, nros. 1410 y 1411).

El artículo 307 del Código Civil sanciona con la privación de la patria potestad el exceso de los padres en el ejercicio de ese derecho.

5. *Límites de la justificante.* La acción debe ejecutarse *dentro de los límites de la ley*, tanto en su contenido como en la forma. La actuación fuera de esos límites *es antijurídica*, sea que constituya un exceso (art. 35, Cód. Pen.), sea que resulte otra acción típicamente antijurídica.

El cumplimiento de la ley alcanza, ciertamente, a todos los actos necesarios —no excesivos— para su concreción. Véase lo que decimos en el punto siguiente sobre el exceso en el ejercicio legítimo de un derecho, válido en su esencia para el cumplimiento de la ley.

II. *El ejercicio legítimo de un derecho*

1. *Concepto y contenido.* Hemos visto, al considerar los principios fundamentales de la justificación, y no es sobrado repetirlo aquí, que siendo lo antijurídico uno solo, debe regir el principio de la *no contradicción*, por el cual lo que el Derecho *autoriza* en una norma no puede prohibirlo en otra coexistente. La licitud o ilicitud de un acto resulta del juicio que se alcanza con los elementos que proporciona *la totalidad del orden jurídico*.

Así, por ejemplo, quien ejercita el derecho de retención en alguno de los casos previstos por el Código Civil, no podrá cometer el delito del artículo 173, inciso 2º del Código Penal, aun cuando sea claro que se niega a restituir efectos que recibió a un título que produce obligación de devolver; pero no puede retener *indebidamente*, quien retiene legalmente (GÓMEZ, E., *Tratado*, T. I, pág. 547; SOLER, S., T. I, § 28, I; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. IV, nro. 1409). La Cámara del Crimen de la Capital reconoció en su real medida el derecho de retención acordado al constructor por el artículo 3939 del Código Civil, en un caso de usurpación (*Doct. Jud.*, 16-VI-1964). Sobre todo lo referente al derecho de retención, véase *E.D.*, 14-IV-1969).

El ejercicio legítimo de un derecho adquiere su contenido con las acciones que la ley no manda ni prohíbe, y que caen dentro de lo autorizado. La justificante entronca en el artículo 29 de la Constitución Nacional, según el cual nadie “*será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”. La amplitud de esta disposición desborda los márgenes de la causal que se apoya en el cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de autoridad o cargo. Mientras en estos últimos supuestos se cumple la ley, en el ejercicio de un derecho se actúa en el *ámbito de libertad, dentro de lo autorizado por el orden jurídico*. Quien cumple la ley *puede imponer a otro su derecho o exigirle su deber*, cosa que no ocurrirá siempre en el ejercicio de un derecho, pues el límite de los derechos propios está fijado por los derechos de los demás.

Entre lo que la ley *obliga a hacer* y lo que *prohíbe hacer*, hay una zona que se llena con numerosos actos que el individuo *puede hacer*, sin que le puedan ser impuestos ni prohibidos y sin que él pueda exigirlo, ni prohibirlo, a los demás.

El médico no puede obligar a su paciente a que se someta a una intervención quirúrgica; pero, en las relaciones corrientes, no se le puede prohibir a un médico que opere a un enfermo, ni a este que se haga operar por él. Se trata, sin embargo, de acciones con exterioridad típica. Por eso en estos casos, en general, se completa la justificante o *la legitimidad* de su ejercicio con el *consentimiento del interesado*; en cambio, el agente policial no necesita el consentimiento del acusado para detenerlo; ni el funcionario de aduana el del viajero para incautarse del objeto que se pretende introducir en infracción; ni el padre el del hijo para aplicarle una medida disciplinaria.

La Cámara del Crimen de la Capital declaró que no comete usurpación la mujer que después de haberse alejado del hogar conyugal, vuelve para habitar en una de las habitaciones del mismo, pues, a falta de una decisión judicial que la haya excluido, su conducta constituye el ejercicio de un derecho y, por ende, no configura infracción penal (*L.L.*, 26-VI-1965). La decisión se fundamentó en lo dispuesto por el artículo 53 de la Ley de Matrimonio Civil, ahora derogado, que obligaba a la mujer a habitar con su

marido dondequiera que éste fijara su residencia. Como se ve, en ese caso el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho se tocaban, pues no hay duda de que, al habitar con su marido, la mujer *cumplía un deber legal, que podían imponerse los cónyuges recíprocamente*; sin embargo, en el caso jurisprudencial citado ese deber había sido ya violado por la acusada; y el tribunal entendió que la falta de una decisión judicial que la excluyera del domicilio conyugal mantenía subsistente su *derecho* de habitar en él. En la ley civil actual subsiste el deber mutuo de convivencia (art. 198, Cód. Civ.), pero no la obligación de la mujer de seguir al marido (art. 200, Cód. Civ.).

2. *Legitimidad del ejercicio*. La justificante es conocida y denominada siempre por la doctrina con el adjetivo *legítimo*. El Código argentino la enuncia refiriéndose al que obrare “en el *legítimo* ejercicio de su derecho” (art. 34, inc. 4º). De esta exigencia resulta una doble limitación: a) de contenido, b) de forma. El desborde de esos límites da lugar a *exceso o a abuso del derecho*, acciones ambas antijurídicas.

a. *El exceso por razón del contenido* tiene lugar cuando se lesiona un derecho de otro como consecuencia de actos que van más allá de lo autorizado o de lo que la necesidad del ejercicio requiere, de acuerdo con las circunstancias del caso.

Así, por ejemplo, se excede en el contenido de su derecho quien ejerciendo el derecho de retención a que antes nos hemos referido, exige una suma mayor de la que se le debe en razón del depósito o sumas adeudadas por otros conceptos, pues desborda los límites fijados por el artículo 2218 del Código Civil, que autoriza a retener la cosa depositada hasta el entero pago de lo que se deba solamente por razón del depósito. También se excede en el legítimo ejercicio del poder de corrección sobre los hijos la madre que golpeó a su hijo con un palo y con una ojota por no lavarse las manos antes de ir a comer (C. Apel. Junín, J.A., 14-I-1981).

b. *Se abusa del derecho en razón del objeto*, cuando se ejercita *con un fin distinto* del que el propio orden jurídico le fija, o en relación con las normas de cultura o convivencia social.

Ejemplos de esta forma de abuso del derecho son los actos de hostilidad o de rivalidad, cuya característica está dada por el fin de perjudicar a otro, generalmente por venganza, rivalidad o despecho, aun sin utilidad para el titular del derecho (véase NÚÑEZ, T. I, pág. 403). Lo esencial es el fin determinado en la autorización legal.

El efecto más común del abuso del derecho *por el fin perseguido* será la adecuación del hecho a la figura legal correspondiente, y no el exceso en la justificante, porque el acto es ilícito desde sus orígenes y, por tanto, en ningún momento habrán concurrido las circunstancias de la justificante, condición indispensable para que haya exceso. La con-

secuencia señalada resulta evidente en los casos de autorización legal expresamente acordada con un determinado fin. Así, por ejemplo, los actos realizados en el ejercicio de cualquiera de las ramas del arte de curar (véase *infra*, 4).

c. *Se abusa, también, del derecho, cuando se lo ejerce usando medios y siguiendo una vía distinta de la que la ley autoriza.* La manifestación más característica es el derecho ejercido *por mano propia* o las *vías de hecho*.

Las *vías de hecho* constituyen el modo más peculiar de trasponer los límites fijados a *la forma* de ejercer el derecho para su legitimidad. La expresión *vías de hecho* adquiere su significado a través de la idea de oposición a las *vías de derecho*, es decir, a las que la ley autoriza.

El ejercicio del derecho se torna ilegítimo cuando su titular, en lugar de recurrir al juez, hace justicia por propia mano.

3. *Defensas mecánicas y defensas inertes.* Se ha pretendido justificar, a título de ejercicio legítimo de un derecho, el uso de defensas mecánicas predispuestas en defensa de la inviolabilidad del domicilio.

Se trata de la colocación de dispositivos, generalmente conectados a un arma o a un conductor eléctrico, de modo que quien penetre en la propiedad lo haga funcionar causando así su propia muerte o lesión. Este procedimiento, frecuente en otros países, es poco utilizado en Argentina, aunque ha dado lugar a algún caso judicial.

1° La inclusión de las *defensas mecánicas* en la justificante que nos ocupa es, como regla, inadmisibles.

a. Se llegaría, por la supuesta vía del ejercicio legítimo de un derecho, a dar mayor amplitud a la *defensa* de los derechos en ausencia de su titular, que estando éste presente. Desaparecerían las exigencias de la defensa legítima.

b. Pueden ser *lícitos* los resultados causados por defensas mecánicas predispuestas cuando se den las circunstancias de la llamada *defensa privilegiada* (art. 34, inc. 6, § 2, Cód. Pen.). Tal cosa ocurrirá cuando el mecanismo esté dispuesto de modo que funcione solamente de noche y contra quienes penetren con escalamiento o fractura, como lo requiere la citada disposición y siempre que la penetración en sí misma impli-

que un peligro para las personas. Ello, así, porque ésas son las exigencias de la llamada *defensa privilegiada*.

2º Están *amparados por el ejercicio legítimo de un derecho*, y son por tanto lícitos, los daños que son la consecuencia de *defensas inertes* colocadas en la propiedad, tales como los trozos de vidrio incrustados sobre los muros o las lanzas que forman una reja, defensas cuya presencia es notoria (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. IV, nro. 1322; SOLER, T. I, § 28, III). En este tipo de defensas inertes (*offendicula*), las lesiones se producen a consecuencia del movimiento corporal del propio ofendido.

3º *En los demás casos*, la solución debe buscarse juzgando el hecho como si el sujeto activo hubiera estado presente.

La justificante de más frecuente aplicación será la defensa legítima. Sustentándonos en ella debemos resolver los casos en que el ejercicio de un derecho supone también la *defensa* de un derecho, pues la fórmula del artículo 34, inciso 6º, del Código Penal es amplia y comprende la defensa de todos los derechos.

4º *Muerte y lesiones causadas en el ejercicio de la medicina*. En el ordenamiento jurídico argentino es dentro del *legítimo ejercicio de un derecho* donde deben ser incluidas las lesiones y la muerte causadas por los profesionales del arte de curar en el ejercicio de su profesión, aun cuando, como veremos, puede importar algunas veces cumplimiento de la ley y, en general, la justificante debe ser completada con el *consentimiento del interesado*.

Es preciso, además, que los actos de quien ejerce alguna rama del arte de curar, *tengan por objeto el mejoramiento de la salud del que consiente o de un tercero*. Esa finalidad es esencial a la licitud del hecho, con independencia de que el fin perseguido se logre o no. También comprendemos en el fin de la justificante el mejoramiento de la salud de un tercero, aunque se empeore la del que consiente, pues ello es lo que ocurre cuando se dona sangre, un ojo, un riñón, etcétera.

De otro modo, ni el consentimiento es válido, puesto que no se trata de un bien disponible, ni el que actúa está ejerciendo su derecho legítimo, por razón del fin distinto, lo que transforma el acto quirúrgico en una lesión de las previstas en el Código Penal.

Reunidos los derechos señalados por parte del profesional, en los casos en que el interesado no está obligado a tratarse, es necesario su *consentimiento*. Aquí el consentimiento *completa* la justificante. Es el supuesto más frecuente.

El *consentimiento presunto*, apreciado objetivamente, es válido en el Derecho argentino para los casos en que el enfermo no se encuentra en condiciones de prestarlo expresamente (art. 19, inc. 3º, ley 17.132; cfr. NÚÑEZ, T. I, pág. 397; JESCHECK, *Tratado*, § 34, VII, 1.).

La cuestión ha dado lugar en otros países, particularmente en Alemania, a la elaboración de doctrinas destinadas a justificar estos hechos, que la razón indica que son lícitos. Así, su licitud ha sido apoyada sobre el cumplimiento de un fin reconocido por el Estado (VON LISZT); sosteniendo que el tratamiento médico es *objetivamente* distinto del daño en el cuerpo o en la salud (FRANK); cuando la operación ha tenido éxito, también BELING; dando carácter justificante al consentimiento del interesado (FINGER); se invoca, también, un “derecho profesional” (FLORIÁN) o un derecho consuetudinario. Se recurre, por otros, al estado de necesidad. Debe reconocerse, sin embargo, que estas tesis no son sostenidas, en la mayoría de los casos, como único fundamento de exclusión de la antijuricidad, sino *completándose* entre sí o con otros fundamentos de justificación.

El 31 de enero de 1967 se publicó en el *Boletín Oficial* la ley 17.132, denominada “Del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración”, que es la ley vigente. El artículo 5º dispone que para ejercer las profesiones o actividades que se reglamentan en la ley, las personas comprendidas deberán inscribir previamente sus títulos o certificados habilitantes en la Secretaría de Estado de Salud Pública, la que autorizará el ejercicio profesional otorgando la matrícula y extendiendo la correspondiente credencial.

De estas normas resulta que nuestro sistema legal requiere la *posesión del título que acredita la idoneidad* y su inscripción en el organismo encargado de la vigilancia de la actividad curativa. De ello resulta *la facultad de ejercer el derecho*. Así es como *están justificados también los casos en que no se logra el beneficio esperado* para el sujeto pasivo.

Se fijan, además, una serie de *derechos y obligaciones* para el profesional, de los que resulta que la práctica de los actos que nos ocupan no es siempre sólo un derecho, sino también *un deber*. De este juego de derechos y obligaciones resulta que, algunas veces, puede exigirse al médico que proceda, en tanto que en otras es él quien puede imponer su actuación; por último, lo más común será una concurrencia bilateral de voluntades (art. 2º, inc. c). Esto hace que, en ciertos supuestos, pueda llegarse a la responsabilidad del médico por comisión por omisión y en otros a autorizar, en caso de necesidad, la atención del paciente aun en contra de su voluntad, como en el caso de suministro de sangre por transfusión a miembros de la secta de los *Testigos de Jehová*.

a. *El médico tiene el deber de actuar* y puede exigírsele, por tanto, que lo haga, en caso de epidemia, desastres u otras emergencias, a requerimiento de las autoridades sanitarias (art. 19, inc. 1º, ley 17.132), lo mismo que cuando la gravedad del estado de los enfermos imponga su asistencia, hasta tanto, en caso de decidir la no prosecución de la asistencia, sea posible delegarla en otro profesional o en el servicio público correspondiente.

b. *El médico puede imponer su actuación*, sin necesidad del consentimiento del interesado, en los casos de tratamiento obligatorio (arts. 7º y 8º, ley 12.331 de Profilaxis Antivenérea).

5º *Muerte y lesiones causadas en la práctica de los deportes*. También para explicar la impunidad de estos hechos se ha echado mano a diversos argumentos: se señala la distinta objetividad de la agresión; se da carácter justificante al consentimiento del interesado; se habla de un derecho consuetudinario y hasta de la falta de culpabilidad y del desuso del precepto penal (véase JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. IV, nro. 1469; ROCCO, R., *L'oggetto del reato*, nros. 166 y sigs.).

a. En el ordenamiento jurídico argentino el *legítimo ejercicio de un derecho* constituye el fundamento básico de la justificación para estos hechos, el que, a menudo, debe ser completado con *el consentimiento del interesado*.

Como vimos al ocuparnos de los principios generales de la justificación, la licitud o ilicitud de un acto resulta del juicio que se alcanza con los elementos que proporciona la totalidad del orden jurídico. En el caso concreto de la práctica de los deportes, el reconocimiento por parte del Estado se manifiesta a través de múltiples reglamentaciones y aun de su intervención directa por medio de funcionarios con tareas específicas.

De esa amplitud resulta también, a menudo, la necesidad de completar la justificante con el consentimiento del interesado. No puede obligarse a alguien a participar en una pelea, por ejemplo, porque no estaríamos entonces ante una justa deportiva, sino ante un hecho por el que se *desvirtúa el fin reconocido por el Estado*. Estaríamos, pues, ante un hecho que desborda la justificante y tiene las mismas consecuencias de cualquier otro acto antijurídico (SISCO cree que el límite está fijado

por la no exigibilidad de otra conducta, pero la basa en el consentimiento, *Delitos cometidos en ejercicio del deporte*, 1963, pág. 65).

b. La limitación está dada por el *cumplimiento de los reglamentos*, porque con ellos se legitima el ejercicio del derecho, cualquiera sea el resultado.

La razón intrínseca de esta exigencia está dada por el hecho de que con ellos —con los reglamentos— se tiende a disminuir los riesgos y a facilitar su previsión, al par que a impedir actos dolosos y aun culposos.

Así lo ha entendido la *jurisprudencia* al declarar justificados actos luctuosos que fueron la consecuencia de la práctica de los deportes, realizada de acuerdo con las leyes del juego: lesiones causadas en la práctica del boxeo, en entrenamientos (C. Fed. La Plata, J.A., t. 57, pág. 352); muerte a consecuencia de un golpe aplicado durante un *match* de box autorizado por la Municipalidad (S.C. Tucumán, L.L., t. 10, pág. 819); fractura de una pierna en un partido de fútbol (L.L., 28-XII-1951); muerte de un automovilista en una carrera de Fórmula 1 (Cám. Crim. Capital, Sala 1, “Beltoise, Jean P”, 20-VIII-1974).

Es claro, entonces, que los resultados producidos dolosamente quedan fuera de la justificante y están sujetos a los principios comunes de la responsabilidad, lo mismo que *los hechos culposos*, que resultan del incumplimiento de los reglamentos o de cualquier otra forma de la culpa.

Los códigos que han previsto específicamente el tratamiento penal de las lesiones y la muerte causadas en la práctica de los deportes, no han hecho sino confirmar los principios generales expuestos. Así el Código de Defensa Social de Cuba (art. 449) y el Código Penal del Ecuador (art. 438). Este último dispone: “el homicidio causado por un deportista, en el acto de un deporte y en la persona de otro deportista, en juego, no será penado, al aparecer claramente que no hubo intención ni violación de los respectivos reglamentos; y siempre que se trate de un deporte no prohibido en la República. En caso contrario, *se estará a las reglas de este capítulo sobre homicidio*”. Como se ve, sólo se ratifican los principios expuestos.

III. La defensa legítima

1 — CONCEPTO Y FUNDAMENTACIÓN.

1. *Concepto*. Puede definirse la defensa legítima como *la reacción necesaria para evitar la lesión ilegítima, no provocada, de un bien jurídico, actual o inminentemente amenazado por la acción de un ser humano*. Los textos legales más modernos colocan esta eximente de pena

en la parte general y algunos, como el argentino, hacen referencia expresa a la *defensa de los derechos propios o ajenos, comprendiéndolos a todos*.

2. *Fundamentación de la impunidad*. Refiriéndose a las teorías que tratan de fundamentar la impunidad del hecho realizado en legítima defensa, ALIMENA distingue dos grupos de doctrinas: a) las que sostienen que el hecho es *intrínsecamente* en sí mismo *injusto*, debiendo buscarse en otra parte las causas que lo eximen de pena; b) las que lo juzgan *intrínsecamente justo* y, por tanto, lícito. Para este grupo se está ante una verdadera causa de justificación (*Principios*, Madrid, 1915, Vol. II, págs. 129 y sigs.).

Hoy se constituye en mayoría innegable el grupo que ve en la defensa legítima una acción lícita, apoyándose en la situación de necesidad y la colisión de derechos (PESSINA, MANZINI, CUELLO CALÓN, GONZÁLEZ ROURA, MORENO, R., PECO).

3. *Naturaleza jurídica*. La *legítima defensa es una especie del estado de necesidad*, puesto que se trata de una situación de peligro para un bien jurídico, que sólo puede evitarse mediante la lesión de otro bien jurídico (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. IV, nro. 1297; SOLER, T. I, § 32, VI). Es, pues, *una causa de justificación*.

Esa condición justificante de la defensa legítima resulta muy clara cuando, con motivo de la *necesidad* de defensa, se lesiona la persona o los bienes de un tercero no agresor (SAUER, *Derecho Penal*, 1956, pág. 193; FRANK, *Strafgesetzbuch*, § 53, II).

En este sentido, es correcta la sentencia de la Suprema Corte de Tucumán que declara amparado por la exención de pena —por las circunstancias de la necesidad de obrar— a quien hiere a un tercero mediante uno de los disparos efectuados en legítima defensa; ya que se trata del resultado de una misma acción, constitutiva de un solo hecho (*L.L.*, t. 69, pág. 148).

Casos de jurisprudencia sobre todo lo referente a la defensa legítima puede verse en el trabajo de Roberto BERGALLI, publicado en *L.L.*, t. 147, págs. 848 y sigs.

2 — BIENES DEFENDIBLES. De acuerdo con la fórmula adoptada en el artículo 34, inciso 6° del Código Penal argentino, *todos los bienes jurídicos* pueden ser objeto de *defensa legítima* (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. IV, nro. 1305; GÓMEZ, E., *Tratado*, T. I, pág. 562).

Las palabras utilizadas en el Código argentino, “el que obrare en defensa propia *o de sus derechos*” (inc. 6°) y “el que obrare en defensa de la persona *o derechos de otro*” (inc. 7°) no dejan lugar a duda.

La opinión contraria de Julio HERRERA, para quien la palabra *derechos* puede ser entendida como *derechos inherentes a la persona*, puede considerarse la única que en nuestro país le fija tamaña limitación, pues MOYANO GACITÚA, no obstante criticar la fórmula legal, termina aceptando la defensa de otros bienes (HERRERA, *La reforma penal*, nro. 270, págs. 465/467; MOYANO GACITÚA, *Curso de ciencia criminal y Derecho Penal argentino*, 1899, pág. 364; RICARDO NÚÑEZ presta mucha atención a la opinión de HERRERA, rechazándola; *Derecho Penal argentino*, T. I, págs. 351 y sigs.

El punto de vista de HERRERA es el resabio de ver en la defensa legítima la defensa de la persona, que termina con la lesión o la muerte del agresor, como consecuencia del estudio de la justificante referida al homicidio, tal como fue prevista por textos legales antiguos y particularmente por el Código Penal francés y los que lo tomaron de modelo en este punto; aunque en la interpretación de estos textos legales este criterio también ha sido superado.

La cuestión no ha de encararse seleccionando bienes, sino relacionando la acción de defensa también con la importancia del bien defendido, para apreciar si existe la *necesidad racional del medio empleado* para impedir o repeler la agresión, como lo reclama la ley.

Ésa es, en términos generales, la opinión de JIMÉNEZ DE ASÚA y de SOLER ante textos que siguen el sistema del nuestro para regular la defensa legítima. El primero dice que si la repulsa es *necesaria y proporcionada* al bien que se defiende, *todos los bienes jurídicos*, incluso los más pequeños y los más fácilmente reparables, pueden ser resguardados de cualquier agresión (*Tratado*, T. IV, nro. 1305). El segundo sostiene el principio de que todo bien puede ser legítimamente defendido, si esa defensa se ejerce con la moderación que haga racional el medio empleado, con relación al ataque y a la calidad del bien defendido (T. I, § 31, VII).

La *jurisprudencia* ha seguido este criterio en numerosos fallos, reconociendo la defensa legítima: a) *De la honestidad*: L.L., 18-IX-1942; L.L., 9-III-1948; L.L., t. 72, pág. 403, con nota de NÚÑEZ, R. C.; Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. IV, pág. 353; b) *Del honor*: *Jur. Entre Ríos*, 1948, pág. 657; L.L., 23-XI-1948; J.A., 1953-IV, pág. 288; c) *De la propiedad y de todos los bienes*: L.L., t. 37, pág. 159; J.A., t. 55, pág. 711; *Jur. Entre Ríos*, 1942, pág. 416; L.L., t. 52, pág. 480; L.L., 17-XI-1965; d) *Del pudor de un tercero*: E.D., 20-I-1964.

3 — REQUISITOS. El Código Penal argentino prevé en los incisos 6° y 7° del artículo 34, respectivamente, la defensa propia o de los derechos del agredido (de *sus* derechos, dice la ley) y la defensa de la persona o los derechos de un tercero (de otro).

a. Los requisitos para la defensa propia (art. 34, inc. 6°) son: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

b. Cuando se trata de la defensa de terceros, los requisitos a. y b. se mantienen. En cuanto a la provocación suficiente, aun habiendo mediado de parte del agredido, la defensa es *legítima* si no ha participado en ella quien repele la agresión.

4 — AGRESIÓN ILEGÍTIMA. El término *agresión* nos está indicando que la amenaza debe partir de un ser humano. Gramaticalmente, *agresión* significa tanto como *ataque* o *acción de acometimiento*. Jurídicamente es *amenaza actual o inminente para un bien jurídico*.

1. Una de las *características específicas* de la legítima defensa, en relación con el estado de necesidad, es, precisamente, que la situación de peligro del bien jurídico debe ser la consecuencia de un *obrar humano*.

a. Sin embargo, no todo hecho humano da lugar a la defensa legítima, sino solamente el que reúne las características de *la acción* en sentido jurídico-penal. Cuando el movimiento corporal responda a algunos de los supuestos de falta de acción, el agresor *actúa como cosa* y no le puede ser opuesta defensa legítima, si bien ésta puede ser dirigida contra el tercero; el hipnotizador, por ejemplo, si se halla al alcance del agredido (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. IV, nro. 1303, págs. 108 y 109; SOLER, T. I, § 32, VIII).

b. No hay, pues, acción de defensa contra los peligros que resultan de las fuerzas de la naturaleza, de las cosas o de los animales, los que pueden dar lugar a estado de necesidad o plantear una situación de coacción (art. 34, inc. 2°), lo mismo que el movimiento humano que no constituye acción (MAYER, M. E., *Der allgemeine Teil*, pág. 278; VON LISZT, *Tratado*, 1926, T. II, § 33, II).

c. Cuando un animal es azuzado por el hombre, es lícita la defensa contra quien maneja al animal, si éste se encuentra en el momento del ataque al alcance de los medios defensivos del atacado (NÚÑEZ, T. I, pág. 347).

2. *La agresión es ilegítima* cuando se trata de una acción a la que el autor no tiene derecho, que el agredido no está obligado a soportar. No tiene que ser delito en sí misma, ni siquiera tentativa.

La agresión ilegítima es presupuesto ineludible de la legítima defensa y premisa o antecedente de las otras dos circunstancias requeridas. Así lo han declarado reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia. Es también *presupuesto indispensable del exceso* (L.L., 15-X-1964, con comentario de BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA; L.L., 22-II-1964; E.D., 12-VIII-1965).

No ha de identificarse la *agresión ilegítima* con la *agresión injusta*. Un error judicial contiene una decisión injusta; sin embargo no podría alegarse legítima defensa en favor de la acción que tiende a desacartarlo. Nuestro Código emplea, con fortuna, el adjetivo *ilegítima*, preferible a *injusta* o *antijurídica*, que utilizan otros textos legales. JIMÉNEZ DE ASÚA acepta esta distinción y recuerda el caso de la mujer casada que se defiende de la tentativa de acceso carnal anómalo por parte del marido (*Tratado*, T. IV, nro. 1316).

Comentando el Código español, idéntico en este punto al argentino, dice PUIG PEÑA que no existe ilegitimidad en los siguientes casos:

- a) En la hipótesis del ejercicio de un derecho.
- b) En el caso de cumplimiento del deber.
- c) En la situación de estado de necesidad.

d) En el acto ejecutado en legítima defensa. En la doctrina se discute mucho este supuesto; en nuestro Derecho, la jurisprudencia del Tribunal Supremo la rechaza enérgicamente (7-X-1879).

e) En situación de riña mutuamente aceptada, pues ambos contendientes son a la vez agresores y agredidos (*Derecho Penal*, 6ta. ed., 1969, vol. I, pág. 346).

Se preguntan los autores si es lícita la *defensa opuesta a la agresión del inimputable*. Hoy es innegable mayoría la que forman los que se pronuncian por la afirmativa. En otras palabras: la agresión del inimputable ¿puede ser ilegítima? Lo ilegítimo se aprecia *objetivamente*, por tanto, prescindiendo de la posición psicológica del autor frente a su hecho. Conforme con la noción que hemos dado de la ilegitimidad, ni el

imputable tiene el derecho a llevar la agresión —la inimputabilidad no da ese derecho—, ni el agredido tiene la obligación de soportarla. Es, pues, una acción ilegítima. Del mismo modo se resuelve la agresión del *inculpable*. En el caso de coacción la defensa puede ser llevada también contra el coaccionante.

③ 3. *La agresión debe ser actual o inminente*. No puede oponerse defensa legítima al ataque futuro que *aún puede* ser evitado por otros medios, ni al ya cumplido *cuando el peligro ha pasado*. Pero siempre que *se impide la agresión*, se actúa ante un *ataque futuro que no puede evitarse por otros medios*.

a. En algunos casos, una agresión cumplida, no supone, sin más, excluir la amenaza de una nueva agresión. Esto ocurre claramente en dos casos:

α) Cumplido el ataque, *éste puede persistir*. Tal cosa ocurre en los delitos permanentes, contra los que es posible oponer defensa legítima en cualquier momento de la acción, pues la defensa *se opone contra los momentos futuros de la agresión* que continúa invariablemente.

β) Casos en que el ataque *se repite*. El agredido podrá defenderse legítimamente de la segunda y sucesivas agresiones.

b. En la práctica, en la gran mayoría de los casos en que *se impide* la agresión, media un espacio de tiempo entre la amenaza y el ataque; pero esto no debe entenderse como agresión futura, sino como *inminente*, puesto que lo que se requiere es el peligro, que es lo que justifica la defensa. La actualidad —presencia— de la agresión, significa *peligro* de una agresión inminente (MAYER, M. E., *Der allgemeine Teil*, pág. 277). Se señala aquí la importante diferencia entre “agresión” y “peligro”. Es, pues, erróneo requerir en todos los casos *simultaneidad* entre la acción agresiva y la defensiva (véase el comentario de BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA a un fallo del Supremo Tribunal de Entre Ríos en que se requiere la simultaneidad, *L.L.*, 12-XI-1957). Es preciso no confundir la *acción ilegítima* con la *lesión del bien jurídico*. La actualidad de la defensa se mantiene mientras perdura la lesión del bien jurídico. En el hurto y el robo, verbigracia, la defensa puede ser opuesta luego de la aprehensión de la cosa, en tanto no haya sido sacada de la

esfera de custodia, o se logre la disponibilidad de ella, según la tesis que se sustente.

c. Con respecto al *peligro ya pasado*, es unánime la doctrina en negar carácter lícito —de defensa— a la acción cumplida en esa oportunidad.

La jurisprudencia ha manejado, en general, correctamente este requisito. La Cámara del Crimen de la Capital Federal rechazó la eximente en un caso en que el atacado usó el arma que acababa de quitar a su enemigo, con lo que había conjurado prácticamente el peligro grave e inminente (*J.A.*, 19-I-1961). En otro pronunciamiento declaró que si el agresor quedó desarmado después de arrojar una horma de hierro de dos kilos de peso contra la persona del homicida, sin lesionarlo, su posterior ataque a golpes de puño no importó un peligro para la vida del matador (*Fallos*, t. VI, pág. 292, nro. 2256; otros fallos, *L.L.*, 11-XII-1963; *Jurisp. Entre Ríos*, 1943, pág. 529; *J.A.*, t. 49, pág. 11; t. 60, pág. 719; *L.L.*, 18-VI-1962). Se consideró que no había legítima defensa en la actividad de quien hirió de muerte con un arma blanca a otro, sobre la base de que no medió agresión de parte del interfecto, cuya conducta había consistido solamente en forcejear tomando de un brazo a su novia (hija del homicida), requiriendo a su madre que no se la llevara (C. Apel. Concepción del Uruguay, 26-VI-1996, Goudar, Ángel M., *Doct. Jud.*, 1997-2, págs. 547 y sigs.).

4. *Apreciación del peligro*. El problema que plantea la apreciación del peligro es de importancia trascendente, porque refiriéndose la ley a *impedir* la agresión, es evidente que la defensa puede ser opuesta antes que ella —la agresión— se haya consumado, y sí *después* de que *el peligro* se manifiesta, y siendo así, no se puede pretender que quien se defiende tenga la *seguridad absoluta* de que la agresión se producirá, que es tanto como la existencia de la *necesidad* de defensa. Es suficiente que de todas las circunstancias que el agredido conoce resulte el peligro, si ese peligro alcanza a llevar consigo la *inminencia de una agresión* (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. IV, nro. 1314; BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, “Sobre el ademán de sacar armas, o instrumentos contundentes, y la defensa legítima”, *L.L.*, 15-X-1964).

El problema se vincula con el *ademán de sacar armas* y su solución fija los límites entre una defensa *legítima* y una defensa *putativa*, con la diferencia que va de una acción *justificada* a una acción *inculpa-ble*. La verdad sólo suele conocerse, en la práctica, después de que los hechos se han producido y no se puede pretender que el agredido la conozca *a priori*.

1. *La jurisprudencia* ha establecido algunos principios: para valorar adecuadamente la acción de quien se defiende, el juez debe colocarse en la situación del que razonablemente considera amenazada su vida (C. Crim. Capital, *Fallos*, t. V, pág. 362, nro. 1859); el peligro que justifica la legitimidad de la defensa no es el que aparece a los ojos del juzgador, sino el que se presenta a los ojos del atacado (*id.*, *Fallos*, t. IV, pág. 368, nro. 1865; parece estar en contra del texto la C. Crim. Capital, Sala I, *Doc. Jud.*, 1997-3, págs. 281 y sigs.). La Corte Suprema de la Nación declaró que no puede exigirse al agredido una *apreciación exacta y precisa del peligro* que corre, sino del que, con justa razón, *puede temer* del agresor en virtud de antecedentes que hagan justa la defensa (*J.A.*, t. 28, pág. 35; *L.L.*, t. 11, pág. 53).

2. El *ademán de sacar armas como constitutivo de una situación de peligro* ha dado lugar a pronunciamientos de la justicia, en los que puede notarse la tendencia a diferenciar los casos en que la estimación del peligro por parte del agredido responde a la *existencia y conocimiento* por su parte de *otras circunstancias*, que sumadas al ademán de sacar armas, justifican la apreciación del peligro. Como puede ser la enemistad entre los protagonistas (*L.L.*, t. 62, pág. 739); cuando el agresor es un sujeto peligroso, que registra antecedentes u otras circunstancias que, en conjunto, crean un riesgo para el agredido (*J.A.*, t. 19, pág. 1050; *L.L.*, t. 78, pág. 53). La Cámara Federal de Bahía Blanca declaró que no es necesario que se haya iniciado la agresión, pues una vez manifestada la intención ha surgido el peligro (*L.L.*, 30-I-1950).

5 — NECESIDAD RACIONAL DEL MEDIO EMPLEADO. Con las palabras *necesidad del medio empleado para impedir la o repelerla* (la agresión) el Código argentino caracteriza la acción de defensa propiamente dicha. De ello resultan dos premisas: a) que se haya creado una *situación de necesidad* para el que se defiende; b) que el medio empleado sea el *racionalmente adecuado* para evitar el peligro (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. IV, nro. 1321; DÍAZ, Emilio C., *El Código Penal*, 4ta. ed., 1942, pág. 100).

1. *La necesidad debe resultar de la agresión que pone en peligro un bien jurídico: necesidad de defensa.*

La necesidad es exigencia sin la cual la defensa no es legítima. La justificante se fundamenta en una *situación de necesidad*. JIMÉNEZ DE ASÚA, que es seguramente quien ha tratado con más agudeza el tema, recalca que la necesidad, más que el simple requisito de la defensa, sin la cual ésta subsistiría en sí, aunque excesiva, es una condición de la que no podemos prescindir. La necesidad es *conditio sine qua non*. Así como no hay defensa legítima sin agresión ilegítima, no habrá legítima defensa sin *necesidad* (*Tratado*, T. IV, nro. 1320, pág. 213).

La necesidad supone: oportunidad del empleo de la defensa; imposibilidad de usar otros medios menos drásticos; inevitabilidad del peligro por otros recursos, pero todo ello en directa relación y subordinación al peligro que nos amenaza, a la entidad del bien jurídico que violentamente amparamos y a la figura típica que surge de la reacción (JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. y loc. cit.*; en contra, sosteniendo que en la legítima defensa no se realiza ponderación alguna sobre la relación valorativa de los bienes en juego, la Cám. Crim. Capital, Sala I, 22-VIII-1996, caso "Aguirre, Fermín E.", *Doct. Jud.*, 1997-3, pág. 282).

2. *La ley requiere que el medio con que se impide o repele la agresión sea el racionalmente necesario*, para lo cual han de tomarse en cuenta todas las circunstancias del caso concreto. La palabra *medio* tiene la significación amplia comprensiva de todo género de acciones u omisiones defensivas y no es sólo el instrumento empleado (NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. I, pág. 371).

Al calificarse la necesidad de *racional*, se hace un distingo entre *necesidad* y *proporcionalidad*, que tiene por consecuencia, por una parte, determinar una *cierta proporción en los medios* y, por la otra, *que la proporción entre el daño que se evita y el que se causa no sea absoluta*. (La Cám. Crim. Capital rechazó la defensa legítima por *no existir proporción alguna* entre la agresión y la supuesta defensa, *L.L.*, 11-X-1972).

Proporción en los medios no es lo mismo que igualdad de lesión jurídica o igualdad de mal.

Los autores argentinos señalan al requisito que comentamos el efecto de permitir una interpretación individualizada; es decir, que tome en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, *con el criterio común a las personas en condición semejante a la del atacado*, o bien desde el punto de vista de *un agredido razonable en el momento de la agresión* (DÍAZ, Emilio C., pág. 100; SOLER, *Derecho Penal*, T. I, § 31, X).

El sistema de la ley argentina determina un *criterio flexible* para apreciar *la proporcionalidad*. Esta no debe ser absoluta, sino racional; no debe ser apreciada en abstracto, sino *para cada caso concreto*. El medio es racional cuando ha sido *el necesario, dentro de las posibilidades que el autor dispone*.

Sin adoptar un criterio subjetivo, que conduce a tener por legítima una mera defensa inculpable (putativa) es preciso *colocarse* en la situación del que reacciona, para apreciar *cómo habría procedido el hombre común en el caso concreto*. Este criterio no impide en modo alguno que las circunstancias sean *apreciadas objetivamente* por el juez y que su juicio le permita deslindar entre la defensa justificada y la mera defensa putativa.

Exigir una exacta proporcionalidad en los medios, es detenerse en la puerta del problema, *reparando en el valor relativo de los medios y no en el de los bienes en conflicto*, que es lo que el Derecho resuelve. Importaría, además, borrar el calificativo *racional* que la ley ha utilizado.

De donde resulta que es posible que un medio desproporcionado en abstracto, aparezca como racional en las circunstancias del caso concreto: el sujeto debe elegir, *entre los posibles, el medio menor que resulte suficiente* para su objeto (ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, T. I, pág. 247; Cám. Crim. Capital, *E.D.*, t. 3, 1962, pág. 54; *L.L.*, 8-VI-1965).

La jurisprudencia se ha pronunciado en un doble sentido: a) la racionalidad del medio no debe ser considerada en abstracto, sino en concreto; b) no se requiere la exacta proporción o paridad de medios.

a. Sosteniendo que ha de juzgarse atendiendo *a las particulares especialidades de cada caso y a las condiciones personales de los protagonistas* (Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. V, pág. 362; t. VI, pág. 297; t. VII, pág. 285; *L.L.*, 8-VI-1965).

b. El criterio de la racionalidad y no el de la paridad de los medios, aparece en muchos fallos (Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. V, pág. 37; C.S.J.N., *L.L.*, t. 18, pág. 170; S.C.B.A., *L.L.* t. 56, pág. 26; SC Tucumán, *L.L.*, t. 62, pág. 739). “Exigir una total similitud de las armas que usan el agresor y el agredido, sería caer en un tecnicismo inaceptable” (Cám. Crim. Capital, causa nro. 5600, sentencia del 13-VIII-1954). Mejor: “la necesidad racional debe juzgarse desde el punto de vista del derecho del atacado a utilizar un medio que le brinde una situación de manifiesta seguridad respecto de los medios con los que puede atacar el agresor, ya que la igualdad de posibilidades de uno y otro en la contienda significaría la incierta probabilidad de impedir o repeler (Cám. Crim. Capital, Sala III, causa nro. 8534 del 12-XI-1976).

3. *La consecuencia del empleo de medios que no sean razonables*, torna la defensa imperfecta y la acción antijurídica. El hecho cae en la *previsión del exceso en los límites impuestos por la necesidad*, al que el artículo 35 del Código Penal fija la pena determinada para el delito co-

metido por culpa. Dado el sistema de figuras culposas autónomas adoptado por el Código argentino, en el caso de estar descripta la acción solamente como dolosa, el hecho es impune.

6 — FALTA DE PROVOCACIÓN SUFICIENTE. La tercera exigencia impuesta por la ley es *que no haya mediado provocación suficiente por parte de quien se defiende*. Al calificarse la provocación de *suficiente* queda entendido que no toda provocación torna ilegítima la defensa y que la provocación *insuficiente* la mantiene en el ámbito de lo lícito.

1. *Provocar* significa tanto como causar, pero también excitar, incitar a una cosa. Este distinto significado ha sido señalado por NÚÑEZ para concluir que sólo al segundo se refiere la ley (*Derecho Penal*, T. I, pág. 259). Hay, pues, en la provocación un aspecto *objetivo* y otro *subjetivo* que considerar. El aspecto objetivo, siendo necesario no es suficiente. El aspecto *subjetivo* acoplado a él, es lo que decide en definitiva.

Sin llegar al extremo del pretexto o simulación de legítima defensa, el contenido subjetivo de la provocación *no debe ser inocente* para perjudicar jurídicamente la acción de repulsa. No es inocente la provocación de quien sabe que *realiza actos capaces* de provocar la agresión. No es preciso que sean dirigidos al fin de provocarla, porque entonces se requeriría intención, que es más que conciencia. Es suficiente que el agredido tenga conciencia de que realiza una acción *objetivamente apta* para provocar la reacción. Debe tomarse en cuenta la *previsión* como nota subjetiva, cuando media un acto de provocación objetiva; de no concurrir este último, ni puede hablarse de provocación, ni ha menester investigar el aspecto subjetivo. El amante adúltero realiza un acto con entidad objetiva de provocación, mas no quiere la agresión del marido; pero la prevé y su persistencia en el acto de adulterio constituye su aceptación del riesgo (FRANK, *Strafgesetzbuch*, § 59, V).

Lo mismo ocurre con el ladrón que huye con la *res furtiva* (ejemplo de SOLER, *Derecho Penal*, T. I, § 31, XI). Nada está más lejos del ánimo del ladrón que querer provocar la agresión del propietario contra él; pero corre el riesgo y nadie sostendría que se trata de una provocación inocente. Para valorar con exactitud estas situaciones, es preciso no perder de vista que la provocación, si es suficiente, da lugar a un obrar ilegítimo que tiene fijada la pena del exceso —la del delito culposo— y no la del obrar doloso. El ladrón o el adúltero no precisan dejarse matar so pena de ser sancionados por un hecho doloso si se defienden; esto último sólo ocurre en los casos de pretexto de defensa legítima.

2. *La provocación es suficiente cuando en el caso concreto, es adecuada para provocar la agresión, pero no bastante para justificarla.*

1° En primer lugar, es claro que al calificarse la provocación se hace una diferencia, de la que resulta que no toda provocación torna ilícita la defensa, sino sólo la que es *suficiente*. La palabra *suficiente* da una idea de *cantidad*, lo que en el aspecto que nos ocupa se traduce en *cierta gravedad*. En efecto, no cualquier provocación es suficiente: debe tener cierta cuantía. una provocación insignificante no perjudica la licitud de la defensa.

a. Cuando la provocación alcanza la cuantía de una *agresión ilegítima*, es lícito oponer contra ella legítima defensa (MAGGIORE, G., *Derecho Penal*, vol. I, pág. 410). De tal suerte, el caso queda reducido a agresión y defensa. No hay defensa legítima de defensa legítima. Si “provocación suficiente” quiere decir “agresión ilegítima”, no era necesario que la ley dijera dos veces lo mismo (SOLER, *Derecho Penal*, T. I, § 31, XI; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. IV, nros. 1324 y 1326; Cám. Crim. Capital, *E.D.*, 2-VIII-1965).

b. La segunda hipótesis excluida es la de quien provoca *la agresión para colocarse en aparente situación de necesidad*. Este supuesto, conocido en doctrina con el nombre de *pretexto o simulación de legítima defensa*, no tiene carácter de provocación. Es más: *no existe necesidad real*; la crea en apariencia y maliciosamente el propio agredido. Tampoco *hay voluntad de defensa*. A este mismo resultado se llega interpretando los textos legales que no contienen el requisito de la falta de provocación (BETTIOL, MEZGER, SCHÖNKE-SCHRÖDER). De donde resulta claro que el motivo que da carácter ilícito a la defensa, en estos casos, no es la provocación suficiente, sino la ausencia de necesidad. Por ello, *no puede pensarse en exceso*; se trata de un obrar doloso.

2° Entre la agresión ilegítima y la provocación sin relevancia jurídica —*insuficiente*— hay un grupo de situaciones entre las que debe situarse la provocación suficiente.

Para precisar el concepto, recordemos que la palabra *suficiente* quiere decir algo más que cantidad; algo con significado de *relatividad*, porque no hay nada que sea suficiente o bastante de manera absoluta o en abstracto, sino en relación con algo o para algo. De ello se sigue que

el carácter de *suficiente* de la provocación debe ser apreciado en relación con el ataque. Resulta así necesario que la provocación, además de tener alguna entidad, guarde *cierta proporción* con la agresión que ocasiona. Una reacción desproporcionada y arbitraria no perjudica la legitimidad de la defensa (SOLER, *Derecho Penal*, T. I, § 31, XI). La noción no puede ser alcanzada, pues, en abstracto, sino tomando en consideración todas las circunstancias del caso concreto (NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. I, pág. 364).

3. *Otros requisitos*. La provocación debe reunir, además, *otros requisitos*, en cuanto al tiempo y en cuanto a la persona de quien parte y hacia quién se dirige.

a. El factor *tiempo* debe ser tomado en consideración, en cuanto sirva de elemento de juicio para denotar *la existencia del nexo causal* entre la provocación y el ataque. Esto no debe ser entendido en el sentido de una continuidad física absoluta, sino teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto para apreciar la existencia de la relación causal.

b. No siendo la provocación una agresión ilegítima, *no rige* para ella el requisito de *la actualidad*. Al contrario, la provocación debe haberse cumplido para ser causal del ataque.

c. Para que la defensa deje de ser legítima, la provocación debe partir de quien lleva la acción de defensa y ser dirigida hacia el agresor. La provocación a un tercero, distinto del agresor, no resta, en principio, legitimidad a la defensa. Tampoco perjudica la licitud la provocación de persona distinta de quien lleva la acción de defensa. En la defensa de terceros la provocación del agredido no hace incurrir en exceso al tercer defensor, si éste no ha participado en ella; es decir, si no ha sido, también él, provocador.

4. *Consecuencias*. La provocación suficiente tiene la *consecuencia* de tornar antijurídica la defensa. La acción cumplida en esas condiciones cae en la previsión del exceso (art. 35, Cód. Pen.) y la escala penal aplicable es la que corresponde al delito cometido por culpa.

Es éste el llamado *exceso* de la causa, constitutivo de una forma de defensa imperfecta, que resulta específicamente del tercer requisito

contenido en la ley (SOLER, *Derecho Penal*, T. I, § 31, XI; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. IV, nro. 1326).

7 — LA DEFENSA DE TERCEROS.

1. *Los bienes defendibles.* El Código prevé en el artículo 34, inciso 7º, también la defensa de terceros. Lo mismo que cuando se refiere a la defensa propia, extiende la justificante a la persona o derechos de terceros, sin limitaciones de género, especie, ni importancia.

Defensa de los parientes. El Código argentino no distingue entre la defensa de los parientes y la de terceros, ni hace referencia expresa a que la acción defensiva, no debe haber sido impulsada por móviles ilegítimos. De suerte que la defensa de los parientes se rige por las normas comunes a la defensa de terceros.

2. *Requisitos.* El inciso 7º del artículo 34 del Código se concreta a requerir para el tercero defensor solamente los dos primeros requisitos del inciso 6º y, para el caso de haber mediado provocación suficiente por parte del agredido, que no haya participado en ella el tercero defensor.

a. El Código declara justa la acción de defensa del tercero, también cuando ha mediado provocación suficiente *por parte del agredido*, si no ha participado en ella *el tercero defensor*. Aquí provoca la agresión el atacado, pero no el que realiza la acción de defensa y la ley considera que para este último la justificante es perfecta.

α. *La provocación del tercero*, por sí sola, no perjudica la defensa. Es decir que, *aunque haya habido provocación suficiente por parte de quien repele la agresión, su accionar está totalmente encubierto por la defensa legítima, cuando la agresión que él repele es llevada contra otro*. El tercero está defendiendo una *agresión ilegítima y no provocada por el atacado*.

β. La ley sólo excluye el caso en que ha precedido *provocación por parte del agredido, de la que ha participado el tercero defensor*. De suerte que para que exista exceso en la causa en el caso de defensa de terceros, *debe haber mediado provocación suficiente de parte del agredido y del que lleva la acción de defensa*.

γ. Cuando sólo el agredido provocó, pero no es él quien se defiende, ni siquiera hay de su parte acción que justificar.

b. El texto legal exige para excluir la legitimidad de la defensa que haya *participado* en la provocación el tercero defensor; *participación es intervención de hecho*. El *conocimiento* de que ha mediado provocación, no es participar en ella (SOLER, *Derecho Penal*, T. I, § 31, XIV, a quien sigue NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. I, pág. 389). La jurisprudencia, escasa en este punto, ha declarado que no es requisito para la legitimidad que el defensor conozca la falta de provocación del defendido. En cambio, es indispensable *no haber intervenido* en la provocación (J.A., t. 20, pág. 543).

c. Las consecuencias de la provocación son exactamente las mismas que en la defensa propia: exceso en la defensa.

8 — LA PRESUNCIÓN LEGAL DE DEFENSA LEGÍTIMA.

1. *Supuestos*. En los dos últimos párrafos del inciso 6° del artículo 34 contiene el Código argentino dos situaciones en las que la ley *presume* que concurren las circunstancias de la defensa legítima. Son éstas las formas de lo que en doctrina se ha dado en llamar *defensa privilegiada*.

Dos son los supuestos en que “se entenderá que concurren” las circunstancias de la defensa legítima: a) respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, *cualquiera sea el daño causado al agresor*; b) respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, *siempre que haya resistencia*.

1° En el primer supuesto las circunstancias son:

a. Que se trate del lugar en que se vive: su casa o departamento habitado o sus dependencias, dice la ley. No es indispensable que se viva en ellos permanentemente, aunque sí que se esté en el momento de la penetración. Expresamente la ley comprende las dependencias.

b. Que la penetración tenga lugar siendo de noche. La noche comprende las horas que transcurren entre la puesta del sol y el amanecer; lo que importa es la oscuridad y no la hora (DONNDIEU DE VABRES, H. y la jurisprudencia francesa, *Traité*, nro. 401).

c. Que se realice con *escalamiento o fractura*. Es decir, cuando se penetra por vía que no está destinada a servir de entrada o forzando las

entradas naturales que no están expeditas (*Exposición de Motivos*, 1891, pág. 183).

2º La segunda previsión de defensa privilegiada señala estos elementos:

a. Que se trate del lugar en que se vive. La ley no extiende aquí la protección expresamente a las dependencias; pero debe entender que las alcanza, pues el peligro es en este caso mayor para el ocupante.

b. Que el agredido sea *un extraño* al que se ha encontrado dentro del hogar. La palabra *extraño* no debe ser entendida como *desconocido*, sino como *ajeno a la casa*. Un enemigo puede ser bien conocido.

c. Se suprime aquí la exigencia de la nocturnidad y se impone otro requisito: que el intruso *ofrezca resistencia*, a quien cumple la acción de defensa o a un tercero. El concepto de resistencia es aquí amplio y comprende toda actitud del extraño de la que resulte que su presencia obedece a un propósito ilegítimo, del que es parte el peligro. Así, por ejemplo, la actitud del sujeto a quien se encuentra escondido, echado en el suelo, que no responde a las intimaciones que se le hacen para que se retire (*J.A.*, t. 21, pág. 1149; *L.L.*, 2-III-1960). No hay, en cambio, resistencia cuando el intruso se retira o huye (*Cám. Crim. Capital, Fallos*, t. I, pág. 221; *J.A.*, t. 21, pág. 1194).

2. *El privilegio* consiste en que para la ley concurren en estos casos las circunstancias de la defensa legítima. De suerte que no es preciso apreciar la racionalidad del medio empleado; la defensa es legítima *cualquiera sea el daño causado al agresor*; quien se defiende no está obligado a probar los extremos de la legítima defensa común.

a. La presunción de *peligro para las personas* y no contra la propiedad u otros bienes, explica la latitud del daño justificado. Ésta es la opinión prevaleciente entre los autores belgas y franceses.

Lo que debe existir es la *posibilidad de peligro* para las personas; requerir la existencia cierta del peligro, supondría situar el caso dentro de la defensa legítima común y tener por no escrita esta norma privilegiada. Por eso, si el escalamiento o fractura se ha producido ya, la causa de justificación puede ser invocada con mayor razón, pues esta circunstancia torna el peligro más inminente. No debe confundirse esta situación con la del que “encuentra” a un extraño dentro del hogar; ver que

una persona saltó el muro o penetró forzando la ventana, no es “encontrarla” adentro.

b. La presunción cede sin embargo, ante la prueba de determinadas circunstancias, de las que resulta *que el peligro para las personas estaba descartado*. Como CARRARA enseñó y, tal como lo hemos señalado otras veces, en materia penal no deben ser aceptadas las presunciones *juris et de jure*. Repárese en que *no se exige la prueba del peligro, sino que se admite la prueba de que no existió*. Pero no se olvide que si la ley presume el peligro, también puede suponerlo quien se defiende. Quien respondiendo a un resentimiento anterior, provoca el escalamiento o fractura nocturna o el encuentro en su hogar de su enemigo, no está encubierto por la justificante. También aquí queda excluido el pretexto o simulación de defensa legítima.

La presunción cede también, lógicamente, ante los casos de necesidad, tales como incendio o inundación y aun respondiendo a pedidos de auxilio que partan del interior de la morada y ante aquellos en que el que rechaza el escalamiento o fractura sabe que no existe en ello peligro. Así ocurriría, por ejemplo, en el caso de quien sabe que el que penetra es su hijo o un pensionista o un amigo a quien aloja temporalmente, que se proponen entrar de ese modo por cualquier motivo que no implique peligro personal. HAUS pone el ejemplo de quien busca sacar una fruta del jardín o correr en él una aventura amorosa (*Derecho Penal*, T. I, nro. 595).

Por último, no hay peligro cuando el intruso al que se encuentra dentro del hogar responde a la intimación que se le formula, sea entregándose, sea alejándose o huyendo.

c. De todo lo dicho resulta también la exigencia de que quien se defiende *esté dentro de la casa o departamento que habita* (GARRAUD, *Traité*, T. I, nro. 308). Así, si alguien viera desde afuera que un individuo penetra en su casa de noche y por las vías previstas por la ley, no podría pretender que ejerce el derecho de defensa legítima que estamos considerando, pues ni rechaza el escalamiento o fractura, ni encontró al extraño dentro del hogar.

IV. *El estado de necesidad*

1 — CONCEPTO. Con carácter general, podemos definir el estado de necesidad como *una situación de peligro actual para intereses protegidos por el Derecho, sólo evitable violando los intereses jurídicamente protegidos de otro* (VON LISZT, *Tratado*, T. II, § 34, II). Pero no toda situación de necesidad justifica; aquí se ve muy bien el juego de los dos principios generales que hemos señalado al ocuparnos de la justificación en general: la necesidad y la ley.

El *derecho* de necesidad resulta siempre de una *situación* de necesidad; pero esta última, para erigirse en derecho, debe reunir determinados requisitos objetivos. En otras palabras: una situación de necesidad es siempre el fundamento, pero no todas las situaciones de necesidad confieren ese *derecho*, que es el único que justifica. El derecho de necesidad sólo lo da la ley.

1. Gran parte de la doctrina alemana reconoció que el estado de necesidad, aun cuando no llegue a constituir un *derecho de necesidad* justificante, puede eximir de pena por exclusión de la culpabilidad (FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, § 54, III; MEZGER, *Lehrbuch*, 2da. ed., § 48, III).

Sobre esa base se ha elaborado la teoría de la *diferenciación*, por la cual, según que la impunidad resulte del estado anímico del autor o bien del aspecto objetivo de los bienes o intereses en conflicto, se está ante una causa de inculpabilidad o ante un fundamento de justificación (WELZEL, *Derecho Penal*, § 14, III y IV, § 21, III; MAURACH, *Tratado*, § 27, I, 2).

2. ¿Tiene aplicación en el Derecho Penal argentino la tesis diferenciadora del estado de necesidad? Si se acepta que la palabra *amenaza* contenida en el inciso 2º del artículo 34 no se refiere solamente al peligro de un mal que resulta de *la acción de un ser humano*, debemos llegar a la innegable consecuencia de que la situación de peligro grave e inminente inevitable, creada por fuerzas naturales, y que actúa sobre el ánimo del amenazado de modo de constreñir su voluntad en medida suficiente como para *tener el hecho por ejecutado con el solo fin de evitar el mal*, es excluyente de culpabilidad. En verdad, no se ven razones que hagan suponer que la ley ha querido contemplar solamente una de

dos situaciones idénticas para el amenazado, por el solo hecho de que el peligro resulte en un caso de la acción de un ser humano y en el otro no.

Entiende NÚÑEZ que en el concepto de *amenaza*, contenido en el inciso 2º del artículo 34, queda comprendido todo peligro de un mal, sea que provenga de fuerzas naturales o de un comportamiento humano (T. I, pág. 318 y T. II, pág. 121).

Compartimos esa interpretación de la palabra *amenaza*. Gramaticalmente es común emplearla cuando se hace referencia a las fuerzas no humanas: así, se dice que un edificio amenaza con derrumbarse o que se mantiene la amenaza de una *inundación*; dogmáticamente, Luis C. CABRAL ha señalado que en la interpretación del artículo 108 del Código Penal se ha dado a la palabra “persona *amenazada* de un peligro cualquiera” el significado que NÚÑEZ le da (*Rev. Col. Abogados de La Plata*, año VI, nro. 12, 1964, págs. 81 y sigs.).

Así entendidas las cosas, debemos concluir que en el caso de quien se encuentra en situación de peligro de sufrir un mal grave e inminente, no cubierta por la justificante de necesidad del artículo 34, inciso 3º, puede estar comprendida en la excluyente de culpabilidad del inciso 2º, si se dan las demás circunstancias que señalamos al tratar las causas que excluyen la culpabilidad. El criterio para la adecuación apropiada a una u otra forma resulta de la *valoración objetiva* de los bienes en conflicto o de la *apreciación subjetiva* de la posición psicológica del sujeto frente a su hecho.

Es un supuesto cubierto por el artículo 34, inciso 2º, el de la *Tabla de Carnéades*, en el que un naufrago despoja a otro del madero al que estaba asido para evitar ahogarse, salvándose a costa de la vida del despojado. Este caso no puede ser resuelto, como pretende SOLER, dentro del artículo 34, inciso 3º, por la equivalencia de los bienes en juego, que no deben apreciarse subjetivamente.

2 — DIFERENCIAS CON OTRAS EXIMENTES DE PENA.

1. *Con la defensa legítima*. Decimos, al considerar la naturaleza de la defensa legítima, que ella es una especie del estado de necesidad. Vamos a señalar aquí las diferencias entre ambas *justificantes*:

a. En la legítima defensa se repele una agresión ilegítima, que como tal debe partir de un ser humano, en tanto que en el estado de necesidad la situación se crea por *fuerzas no dirigidas directamente por el hombre*.

b. En la defensa legítima el mal causado puede ser mayor que el que se trata de evitar; no se requiere una proporcionalidad absoluta.

c. El estado de necesidad se caracteriza por la colisión de *intereses legítimos*; en tanto que en la defensa la agresión que se impide o repele es *ilegítima* (ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, T. I, pág. 267).

2. *Con la coacción*. Es de importancia señalar la diferencia entre el estado de necesidad del artículo 34, inciso 3° del Código Penal y la coacción, puesto que el primero es un *fundamento de justificación*, de apreciación objetiva, en tanto que la coacción es sólo *excluyente de la culpabilidad*, de apreciación subjetiva; con todas las distintas consecuencias que van de una situación justificante a una disculpante.

a. En la coacción, como en la defensa legítima, la amenaza de sufrir un mal debe partir de un ser humano. Por eso puede decirse que la acción coacta es impuesta (SOLER, *Derecho Penal*, T. I, § 32, IV).

b. Como una consecuencia de lo dicho, en la coacción el acto se mantiene ilícito; la culpabilidad desaparece para el coaccionado, pero se mantiene intacta en el coaccionante.

3. *Con la amenaza de sufrir un mal grave e inminente*: Esta causa de exclusión de la culpabilidad se asimila al estado de necesidad justificante en que, en ambos, la amenaza para un bien jurídico es creada por fuerzas no dirigidas directamente por el hombre. Pero, si bien en ambos casos se crea “una *situación de necesidad*”, el derecho argentino reconoce “un *derecho de necesidad*” cuando se causa un mal para *evitar otro mayor*. En el supuesto de bienes de igual valor o de causación de un mal mayor, sólo podrá haber exención de culpabilidad.

3 — REQUISITOS. El Código Penal argentino da la fórmula de la acción necesaria diciendo que “el que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño”. De la previsión legal resultan los siguientes requisitos:

a. Inminencia de un mal para el que obra o para un tercero; b. imposibilidad de evitar el mal por otros medios; que la acción haya sido impulsada por el fin de evitar un mal mayor; c. que el mal que se causa sea mayor que el que se trata de evitar; d. que el autor sea extraño al mal mayor e inminente; e. aun cuando la ley no lo diga expresamente, es

unánimemente aceptada la exigencia de que el autor no esté obligado a soportar el mal.

4 — MAL INMINENTE. Para que podamos hablar de un estado de necesidad, es preciso que se encuentre en peligro un bien jurídico, es decir amenazado de ser destruido o disminuido. Pero no todo peligro es apto para crear un estado de necesidad, sino sólo un peligro inminente. Esto es lo que exige el Código Penal argentino al precisar que la acción debe haberse cumplido para evitar un *mal inminente*.

1. *Por mal debe entenderse* lesión de un interés jurídicamente protegido, bienes o deberes; sólo esto es mal para el Derecho. El bien jurídico puesto en peligro debe ser objeto de tutela penal; de otro modo su lesión no constituiría delito y justificar el hecho carece de sentido: debe entenderse por *mal* el hecho descrito en una figura delictiva (ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, T. I, pág. 267). El *Proyecto* de 1941 (PECO), dice: “el acto típico se justificará” (art. 27).

2. *Bienes protegidos*. La ley nada dice respecto a la gravedad del mal amenazado apreciado en sí mismo, de modo que la fórmula de la necesidad alcanza a toda clase de bienes, sin otro requisito que su valor relativo.

El mal puede haberse causado para alejar el peligro para el que obra o para un tercero; pero deber ser lesionado un *bien ajeno*. Los hechos que lesionan *únicamente* un interés propio no constituyen delito.

El hambre como estado de necesidad ha dado lugar a consideraciones especiales en la Argentina, en razón de una modalidad dogmática. El artículo 41 del Código Penal enumera entre las circunstancias atenuantes “especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos”. La previsión de tales circunstancias como atenuantes ¿impide que motiven un estado de necesidad que justifica? La situación de compatibilidad e independencia de ambas instituciones ha sido limpiamente aclarada por JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado*, T. IV, nro. 1390). Tanto el hambre como la miseria pueden constituir situaciones de necesidad, cuando se dan los requisitos del artículo 34, inciso 3º del Código Penal.

La Cámara del Crimen de la Capital consideró que está amparada por la justificante prevista en el artículo 34, inciso 3º del Código Penal, la mujer que hurta un pedazo de carne porque no tiene medios para adquirirlo y con el fin de que lo coma una hija pequeña que por indicación médica debe ingerir esa clase de alimento (L.L., 4-I-1968).

3. *Mal inminente*. La ley argentina requiere que el mal sea inminente, es decir *actual* o *inmediato*. Sólo así puede pensarse en necesi-

dad (PACHECO, *El Código*, T. I, pág. 174). WELZEL dice que el peligro es actual cuando se debe temer que la defensa llegue tarde si no se actúa de inmediato (*Derecho Penal*, § 21, III, a)).

La *jurisprudencia* ha requerido, puede decirse que de manera unánime, que el mal sea *inmediato* (Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. V, pág. 569; *L.L.*, t. 53, pág. 344; *J.A.*, 1948-IV, pág. 210); requiriendo que el mal sea *inmediato y seguro* (*L.L.*, t. 44, pág. 779; *J.A.*, t. IV, 1946, pág. 414); calificándolo de *impostergable* (*J.A.*, 1-VI-1950); fijando al peligro los caracteres de *grave, inminente e inevitable* (*Jur. Entre Ríos*, 1944, pág. 10); exigiendo *actualidad* (*L.L.*, t. 29, pág. 639); requiriendo que el autor se enfrente a la *insalvable disyuntiva* de cometer el delito o provocar un mal mayor (Cám. Crim. Corr. Fed. Capital, Sala II, causa nro. 3541, 11-IX-1984).

5 — IMPOSIBILIDAD DE EVITAR EL MAL POR OTROS MEDIOS; ÁNIMO DE DEFENSA. Una cosa es que el mal que se trata de evitar sea inminente y otra que el mal que se causa sea el único medio para alejar o evitar el peligro. Esto último es lo que ahora nos ocupa.

1. Aun cuando la ley argentina no contiene expresamente la exigencia de que el mal no pueda evitarse por otros medios, ella resulta del concepto de *necesidad* del mal causado (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. IV, nro. 1367; GÓMEZ, E., *Tratado*, T. I, pág. 550). JIMÉNEZ DE ASÚA descompone el requisito de la necesidad en dos subordinados: a) que el mal que se evita deba sobrevenir en caso de inacción; b) que no haya otro medio de evitarlo sin producir perjuicio (*Tratado*, T. IV, nro. 1367).

El requisito se refiere a la elección, por parte del que obra, de un medio de salvación entre dos o más. En la alternativa, el que obra debe elegir el mal menor; la lesión de un bien que no es objeto de tutela penal, la acción no típica, es siempre el mal menor. El mal causado es inevitable, cuando causando el amenazado cualquier daño, el menor es el necesario. La causación de un mal innecesario, hace incurrir en exceso.

La *jurisprudencia* declaró que para justificar la conducta de quien causa un mal a otro por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño, ha de exigirse que, como se trata de causar un mal, no se posea a mano otro medio que ése del mal ajeno, para evitar otro en perjuicio propio: que aquel mal sea la *ultima ratio* (Cám. Crim. Capital, *L.L.*, 6-V-1959). El Supremo Tribunal de Entre Ríos declaró que es de estimar la existencia de estado de necesidad en un menor de 15 años que cometió varios hurtos de escaso valor, después de varios días en que no comían, ni él ni los hermanos que quedaron a su cuidado por muerte del padre; habiéndose acreditado, además, que buscó trabajo sin obtenerlo (*J.A.*, t. 72, pág. 818). La Cámara del Crimen de la Capital negó la exis-

tencia de la justificante en un caso en que no se demostró cabalmente una situación de peligro inminente que permita suponer que la única alternativa que le quedaba al procesado era delinquir (Sala VI, causa nro. 29.833, 30-V-1980; J.A., 20-X-1980; aludió, el mismo tribunal, a que no debía haber otro medio de conjurar el peligro que lesionando el derecho ajeno, *E.D.*, 27-V-1982; en el mismo sentido, la Cám. Fed. Capital, causa nro. 13 seguida contra Jorge R. Videla y otros, resuelta el 9-XII-1985, CSJN, *Fallos*, t. 309, págs. 1543 y 1544).

2. *Aspecto subjetivo*. El requisito que estudiamos se vincula directamente con la imposición contenida en el inciso 3° del artículo 34 del Código Penal, según la cual el mal menor debe haber sido causado *para* evitar otro mayor e inminente.

La falta de ese fin de salvación resulta, por lo común, de la posibilidad de valerse de otro medio no delictuoso o no dañoso; pero para excluir tales supuestos de la justificante, basta con apreciar objetivamente esa posibilidad.

La consecuencia de exigir el ánimo de defensa es excluir de la exemption otros casos: *situación de necesidad objetiva, desconocida para el que obra*. Esto ocurre en el conocido ejemplo de DOHNA del sujeto que, con el único propósito de causar un daño, rompe el vidrio de una habitación y a consecuencia de ello salva, sin saberlo, la vida de un niño, que de no mediar ese hecho hubiera muerto por asfixia (en igual sentido, MAURACH, R., *Tratado*, T. I, § 27, II, 3.; requiriendo el elemento subjetivo, NÚÑEZ, R. C., *Derecho Penal*, T. I, pág. 331; CHICHIZOLA, M. I., *L.L.*, 21-V-1962, nro. VI).

6 — MAL MENOR. El principio del valor relativo de los bienes en conflicto se muestra en el Código a través de la exigencia de que el mal causado sea menor que el que se trata de evitar. Para la ley sólo está justificada una situación de necesidad cuando el conflicto de intereses ha sido resuelto causando el mal menor; el que tiene menor valor *para el Derecho*.

1. *El valor relativo de los bienes en conflicto debe ser resuelto objetivamente*. Una valoración subjetiva sólo puede conducir a la disculpa de la acción pero no la legítima. Como en toda justificante, en el estado de necesidad los bienes en conflicto han de ser valuados objetivamente. La ley requiere que el mal sea mayor, no que *se lo tenga por mayor*.

Siendo la acción necesaria un hecho amenazado con pena, un criterio cierto de valoración nos lo da la propia ley penal, con las escalas comparativas de penas para distintos tipos de lesión de un mismo bien jurídico (vida, integridad física, propiedad, etc.) o para la lesión de distintos bienes jurídicos. Si esto no es suficiente, debe completarse con la interpretación sistemática. Se trata de aplicar aquí lo dicho al tratar de la justificación en general, con respecto al papel que desempeña *la totalidad del orden jurídico* para apreciar la licitud o ilicitud de las acciones. Estamos siempre dentro de las previsiones legales.

Son casos frecuentes en la vida real los de conflicto de varias vidas humanas entre sí, sin que pueda estimarse con exactitud cuáles son los valores que se oponen. Eso es lo que ocurre cuando se produce pánico o desesperación entre los que concurren a lugares de gran aglomeración de gente, tales como los espectáculos deportivos, el cinematógrafo, lo mismo que en los naufragios, incendios y otros desastres.

En estos casos, no siempre es fácil decidir si se opone una vida contra otra o contra varias, ni siquiera si la acción se cumple con el fin de causar un mal y menos si se piensa en otro mayor. Lo normal es que se actúe en todos los casos bajo la amenaza —o la supuesta amenaza— de sufrir un mal grave e inminente, con la consecuente perturbación del ánimo y quebrantamiento de la voluntad. De donde resulta que son aplicables, por lo común, los principios de la culpabilidad.

7 — QUE EL AUTOR SEA EXTRAÑO AL MAL MAYOR. No puede admitirse que la sola atribución causal del peligro excluya la justificante. La cuestión se limita a la responsabilidad subjetiva y, en tal sentido, los puntos de vista van desde excluir la justificante sólo cuando la provocación ha sido intencional, hasta dejar fuera todas las formas de culpa en la provocación del peligro. La provocación *dolosa* del estado necesario es la única que excluye la eximente, entendida como previsión del resultado y asentimiento en él (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. IV, nro. 1365; FLORIÁN, E., *Parte General*, T. I, pág. 542). Por cierto que la intencional, que es más que eso, también la invalida, pero no se precisa exigir tanto.

La jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido expuesto a través de dos sentencias de la Suprema Corte de Tucumán, requiriendo que el autor no haya dado lugar *voluntariamente* al peligro (*J.A.*, t. 69, pág. 873) o que no haya provocado *dolosamente* el estado de necesidad (*J.A.*, t. 69, pág. 936). En otro caso, se refirió a la conducta intencional (*L.L.*, t. 16, pág. 786).

En el caso de que la acción tienda a evitar un *mal a terceros*, no es de tomar en consideración el dolo del tercero que creó la situación de

necesidad. Quien actúa para evitar el mal, obra legítimamente, pues *él ha sido extraño* al mal mayor e inminente que trata de evitar.

8 — EL QUE OBRA NO DEBE ESTAR JURÍDICAMENTE OBLIGADO A SOPORTAR EL RIESGO. Esta exigencia no aparece en forma expresa en la ley argentina, pero es requerida, puede decirse que unánimemente, por la doctrina, como consecuencia de la esencia misma de la justificante.

1. *El deber* de afrontar el riesgo debe estar *impuesto jurídicamente*; jurídicamente y no legalmente; aunque la ley puede ser una de las fuentes del deber, no es la única. El deber puede resultar de la ley o de una manifestación de voluntad, que obliga a soportar el riesgo.

a. La palabra *ley* debe entenderse en el amplio sentido comprensivo de toda norma dictada por el poder público dentro del límite de sus funciones. Los miembros de las fuerzas armadas, la Policía, los bomberos, están obligados por sus códigos o reglamentos a afrontar determinados riesgos vinculados con sus actividades específicas. *Sólo a éstas se limita el deber*, es decir, a no sacrificar el bien que deben proteger; fuera de ellas, retoman su imperio las normas generales (VON LISZT, *Tratado*, T. II, § 34, III, 3; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. IV, nro. 1366). Tampoco es absoluto tal deber, como más adelante se indica (*infra*, 2.).

b. Están obligados, por acuerdo de voluntad, los bañeros, los tripulantes de buques y aeronaves mercantes y todos los que por la naturaleza de sus tareas toman a su cargo la protección de determinados bienes jurídicos. La situación de los médicos y demás profesionales del arte de curar, puede resultar de la ley o de un acuerdo de voluntades. Es lo primero, cuando están obligados por la ley (caso de los incs. 1º y 2º, del art. 19, dec.-ley 17.132); es lo segundo, cuando se obligan por contrato a la asistencia del paciente, como la enfermera que debe estar junto al lecho de un enfermo contagioso o el que debe cuidar de un loco, que no podrían alegar necesidad, ni defensa legítima, ante el peligro o la agresión.

2. La exclusión del derecho de necesidad *para el obligado*, no es absoluta sino que tiene para él ámbito limitado. En caso de gran desproporción entre los bienes en peligro, cede la obligación, por obra de los mismos principios jurídicos que rigen el sacrificio de un bien en aras de otro y que son los que imponen la exigencia (NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T.

I, pág. 335; JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado*, T. IV, nro. 1366). Por ejemplo: la tripulación de un barco actuará lícitamente si arroja la carga al agua para salvar su vida o el barco; el bombero no debe renunciar a su vida para salvar los muebles.

V. *El exceso en las distintas justificantes*

Al ocuparnos de la justificación, en general, señalamos la naturaleza y los efectos del exceso. Ahora bien, la norma legal (art. 35, Cód. Pen.) alcanza a todos los fundamentos de justificación y adquiere en cada uno de ellos modalidades específicas que aquí vamos a señalar:

1. *En el cumplimiento de la ley y en el ejercicio legítimo de un derecho* el exceso puede provenir de que el autor haya sobrepasado los límites de lo permitido y necesario o, del abuso del derecho, por *el fin distinto perseguido* o por *el uso de medios que no son los fijados por la ley*. De este tema nos hemos ocupado al tratar el cumplimiento de la ley y el ejercicio legítimo de un derecho y a esos puntos nos remitimos (*supra*, II, 2.).

2. *En el estado de necesidad* el exceso resulta de la producción de un mal que no es el menor entre los posibles aptos para evitar el mal mayor. La exigencia de que se cause un mal para evitar otro mayor, deja aún un margen en el medio a elegir —siempre dentro de un mal menor— dentro del cual juega el exceso, consistente *en causar un mal innecesariamente mayor*. El guardabarreras que puede evitar el choque con un tren de pasajeros desviando el convoy hacia una vía en la que sólo hay vagones de carga y lo deriva hacia la vía en que está detenido un vagón con unas pocas personas trabajando, *causa un mal innecesariamente mayor que el que podía causarse para evitarlo*. Por cierto que también aquí juegan los principios de la culpabilidad, tanto en el aspecto positivo (dolo o culpa) como en el negativo (error en sus distintas formas y amenaza de un mal). Pero para que pueda hablarse de exceso, es preciso que esté dada inicialmente la situación de necesidad (véase lo que decimos al tratar la defensa legítima en el punto siguiente).

3. *En la defensa legítima* el exceso puede resultar:

a. Del empleo de medios que no corresponden *a la necesidad* impuesta por la agresión.

Aun valiéndose quien se defiende de *un medio* que responda a la *necesidad racional* impuesta por el ataque, puede incurrir en exceso por la persistencia o intensidad de *la acción*. Es el *exceso intensivo*.

b. Hemos llamado *exceso en la causa*, al considerar la defensa legítima, los casos en que ha mediado provocación suficiente de parte del que se defiende. No se trata, pues, de una acción en la que inicialmente se da la situación pura de necesidad que luego se extralimita. Sin embargo, prescindiendo del nombre que le ha asignado la doctrina, la solución es la adecuada para los casos en que se dio lugar a la agresión, pero no se la justifica (SOLER, *Derecho Penal*, T. I, § 33, III; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. IV, nro. 1326; ANTOLISEI, *Manuale*, nro. 81, B)).

La solución de adecuar esos casos a la figura correspondiente al delito doloso nos parece injusta y la que propone la aplicación lisa y llana de la legítima defensa olvida que esa defensa es antijurídica. Aceptar el exceso en la causa es la solución equitativa, que encuentra su precedente en la opinión de PACHECO y CARRARA. Como se señaló al estudiar la provocación suficiente en la defensa legítima, en la hipótesis quedan excluidas dos situaciones: a) la provocación que alcanza las características de una agresión ilegítima; b) la agresión provocada de propósito, con el objeto de colocarse en aparente situación de necesidad. Es el pretexto o simulación de defensa legítima, excluido unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia, de la justificación y del exceso.

EL DELITO COMO ACCIÓN CULPABLE

I. *Naturaleza y función de la culpabilidad*

1 — RESPONSABILIDAD Y CULPABILIDAD. Frecuentemente las palabras *responsabilidad* y *culpabilidad* son empleadas como sinónimos y esta equiparación carece en muchos casos de importancia; pero son cosas distintas. La responsabilidad es el título por el cual se carga a la cuenta de un sujeto el delito y sus consecuencias.

Pero la responsabilidad no ha sido sustentada siempre en la culpabilidad. La responsabilidad social y la peligrosidad también fueron propuestas como base. Hoy es clara mayoría, sin embargo, la que fundamenta la responsabilidad criminal en la culpabilidad y hace de ello un principio fundamental e ineludible expresado en la frase *nulla poena sine culpa* (BELING, *Grundzüge*, 1930, § 12, III).

2 — NO HAY PENA SIN CULPABILIDAD. El desarrollo de la civilización produjo una evolución en la atribución de los hechos delictivos a sus autores que, de ser totalmente objetiva, pasó a requerir, cada vez con mayor firmeza, una participación subjetiva del agente para poder considerarlo culpable del hecho cometido. Así, se evolucionó de las arcaicas formas de responsabilidades tribales o de venganzas colectivas, a atribuciones de culpabilidad algo más avanzadas, pero sin intervención de la subjetividad. Se castigó, en el curso de la historia, a quien actuando al margen de la ley causaba un resultado disvalioso, más allá de lo que hubiera provocado dolosa, preterintencional o culposamente. Era el principio llamado *versari in re illicita*, que es una de las formas que asume la *responsabilidad objetiva*. Según ésta, le es atribuible el

resultado a quien lo causó, con independencia de su posición subjetiva frente a aquél. Según se ve, el caso fortuito, en esta concepción, se cargaba en la cuenta de quien intervino en su producción.

Frente a estos criterios, el Derecho Penal actual exige, para reprochar un delito, que el autor, además de participar en su faz objetiva, haya intervenido subjetivamente en el hecho, sea dolosa, preterintencional o culposamente.

De ahí que el criterio según el cual *no hay pena sin culpabilidad* sea un principio liminar del Derecho Penal que, en nuestro ordenamiento, se extrae del artículo 19 de la Constitución Nacional, en cuanto establece que *ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe*, lo que supone que el sujeto a quien se quiere atribuir un delito *conoce* que quebranta los mandatos legales o, cuando menos, de acuerdo con sus circunstancias personales, *debió conocerlos*, supuestos ambos a los que no se puede arribar sin participación subjetiva de un individuo capaz.

3 — IMPUTABILIDAD Y CULPABILIDAD. La expresión *imputable* ha sido empleada a menudo como equivalente a *culpable*. Así, CARRARA, cuando define el delito como un acto *moralmente imputable*, se refiere a la culpabilidad, consistente en atribuir un hecho a alguien, primero moralmente, luego políticamente (*Programa*, Parte General, § 21). También M. E. MAYER define el delito como acontecimiento típico, antijurídico e imputable, dando a esta última palabra el sentido amplio de culpabilidad (*Der allgemeine Teil*, pág. 13 y págs. 200 y sigs.). Pero son cosas distintas y es preciso ponerse de acuerdo sobre el significado de ambos conceptos, tal como hoy son entendidos por la mayoría de los autores. Con la comprobación de que estamos ante un sujeto imputable, sólo hemos llegado a la conclusión de que ese individuo tiene capacidad de culpa, que es capaz de ser culpable (BELING, *Esquema*, § 13, 2); pero no hemos penetrado aún en el ámbito de la culpabilidad *stricto sensu*. Cualquiera puede ser declarado imputable o inimputable sin que haya cometido delito alguno; la culpabilidad, en cambio, requiere un hecho: el hecho que ha de ser valorado como culpable. Tanto por su naturaleza como por su función, la culpabilidad es *una característica de la acción*, en tanto que la imputabilidad es *una condición del autor*.

4 — NOCIÓN GENÉRICA DE LA CULPABILIDAD. La noción o concepto de la culpabilidad debe comprender las tres formas bajo las cuales puede ella manifestarse: *el dolo, la culpa y la preterintención*.

Podemos decir, entonces, que *una acción es culpable cuando se cumple con dolo, culpa o preterintención, según las exigencias de la ley penal en cada caso* o bien afirmar que un sujeto es culpable de un delito, es lo mismo que decir que *ha cumplido la acción delictuosa y es responsable de ella, según las normas del Derecho Penal*. No vemos que se presenten problemas partiendo de esta sencilla afirmación. Si una acción aparece prevista como delito culposo o preterintencional, el hecho es reprochable porque así lo dispone la norma jurídico penal. Se ve, pues, que para hablar de culpabilidad penal es preciso tener en cuenta también que la culpabilidad debe ser típica. No basta, entonces, la referencia al orden jurídico, demasiado lata; el concepto se precisa remitiéndose específicamente a la legislación penal.

5 — NATURALEZA Y ALCANCES. La culpabilidad, tanto en el aspecto positivo como en el negativo, sólo tiene alcance individual. Mientras los fundamentos de justificación, por su naturaleza objetiva, resultan extensivos a todos cuantos toman parte en el hecho y aun a las formas o figuras accesorias, como la tentativa, porque su efecto es hacer desaparecer la ilicitud, las formas de la culpabilidad y las causas que la excluyen o modifican no se transmiten y sólo benefician individualmente.

1. Gráficamente, podríamos decir que la culpabilidad no se transmite ni se reparte entre los partícipes de un delito.

La culpabilidad de unos no supone la culpabilidad o no culpabilidad de otro u otros, ni el error que beneficia a un partícipe, porque le impide a él comprender la criminalidad del acto, es presunción de que los demás hayan actuado con error o sin él. Como una consecuencia del análisis individual, uno a uno, de la culpabilidad, puede darse en un hecho con pluralidad de autores cada una de las situaciones posibles en cada individuo frente a su hecho, las que van desde la ausencia total de culpabilidad a la culpabilidad dolosa por el hecho más grave.

2. La ausencia de pena por inculpabilidad no quita al hecho su carácter antijurídico. Producida la lesión de un bien penalmente protegido, las consecuencias son las mismas que las de cualquier otro hecho

antijurídico y la posibilidad del análisis de la responsabilidad civil, aun luego de la absolución en sede penal, es entre nosotros el criterio dominante. Nos ocupamos de ello con la extensión debida al estudiar la acción civil emergente del delito.

6 — LÍMITE DE LA CULPABILIDAD: EL CASO FORTUITO. El caso fortuito constituye el límite de la culpabilidad. *Nadie es culpable si no ha habido, al menos, posibilidad de previsión del hecho típicamente antijurídico*. De acuerdo con la fórmula tradicional, fortuito es *lo que no ha podido preverse o que previsto no ha podido evitarse* (art. 514, Cód. Civ.).

El aspecto que ofrece a consideración del jurista el caso fortuito, cuando se hace el análisis de la culpabilidad, está dado por *la relación entre el contenido del conocimiento del que obra y, como consecuencia de él, la posibilidad de disponer el acontecer causal de acuerdo con las exigencias del Derecho*. De ese análisis resulta que el orden jurídico no puede imponer la exigencia de que se evite un resultado cuya representación no puede esperarse, ni cuando representando no se puede evitar.

El obrar culposo —el peldaño más bajo de la responsabilidad penal— conduce a pena por haber concretado el autor un resultado típicamente antijurídico, *que no previó* (culpa sin previsión) *y por ello no evitó, pudiendo y debiendo haberlo previsto y evitado*, de haber puesto en su obrar la diligencia que el Derecho le impone. La razón de la punibilidad de esas acciones culposas radica, pues, en la *posibilidad de representación del acontecer* y, con ello, en la *exigencia jurídica de evitarlo*. La ausencia de tal posibilidad y con ella del deber jurídico, es lo que caracteriza el *caso fortuito*, por lo que un resultado producido concurriendo esas circunstancias no puede ser objeto de reproche, ya que queda por debajo del límite inferior de la responsabilidad penal, que es la culpa (CARRARA, *Programa*, § § 84 y 85; PESSINA, E., *Elementos*, pág. 336).

Fundada así la responsabilidad por culpa, en materia penal quedan equiparados el caso fortuito y la fuerza mayor, frecuentemente extraña esta última al Derecho Penal. Esto no significa, dice JIMÉNEZ DE ASÚA, que neguemos la diferencia que existe entre la fuerza mayor que suele depender de la naturaleza como el rayo, la inundación, el terremoto y el caso fortuito que, *stricto sensu*, supone acontecimiento causado por

el hombre, si bien el resultado fue incalculable; es decir, que se halla fuera de la previsión humana (*Tratado*, T. VI, nro. 1731).

El Código Penal argentino no hace una referencia expresa al caso fortuito. La hacía el Código de 1886, en estos términos: *el que en ocasión de ejecutar un acto lícito con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente* (art. 81, inc. 6°). La disposición fue respetada por la Ley de Reformas número 4189, desapareciendo en la ley vigente.

La *jurisprudencia* argentina ha asignado al caso fortuito su adecuado lugar en la teoría de la culpabilidad, declarando que el hecho causado por mero accidente no es culpable.

La Suprema Corte de Tucumán se pronunció, ya tiempo atrás, afirmando que si la previsión escapa a lo que una prudencia común puede apreciar, el hecho deja de ser culpable para convertirse en un mero accidente (*J.A.*, t. XV, pág. 721). El mismo principio ha inspirado fallos posteriores de otros tribunales del país: Cámara Criminal de Santa Fe (*L.L.*, t. 69, pág. 114), Cámara del Crimen de Capital (*L.L.*, t. 40, pág. 441), Cámara Federal de Capital (*J.A.*, 22-III-1962, fallo nro. 4888).

II. *La culpabilidad en la teoría del delito*

La culpabilidad es una característica de la acción: el delito es acción culpable. De modo que, pareciera sobrado decirlo, su función en la teoría del delito, por razón de rango, debe ser análoga a la que desempeña la antijuridicidad; es decir, esencialmente, necesidad de su presencia calificando la acción y sometimiento a la función rectora de la tipicidad.

1 — RELACIONES ENTRE CULPABILIDAD Y TIPICIDAD. Para comprender la función cualificativa que la tipicidad ejerce sobre la culpabilidad, es suficiente advertir que el delito de homicidio, por ejemplo, no puede construirse acoplando el ilícito “muerte de un hombre” al dolo del prevaricato. La culpabilidad ha de ser la correspondiente al delito de que se trata (BELING, *La doctrina del delito*, pág. 7). Es decir, que cada delito tiene, en el sentido expuesto, “su” culpabilidad. Es ésa una de las razones de la imposibilidad de aceptar la existencia de un dolo genérico, como más adelante se verá.

De las relaciones de la culpabilidad con la tipicidad nos hemos ocupado ya, al considerar las vinculaciones de la segunda con los demás elementos del delito y al poner de manifiesto el significado de las palabras “*típicamente culpable*”, empleadas en la definición del delito,

por lo que nos limitamos aquí a recordar cómo se reducen o amplían las formas de la culpabilidad, para determinadas acciones, por obra de las exigencias contenidas en figuras legales:

a. Como consecuencia de la modalidad adoptada por el Código Penal argentino, consistente en describir *en tipos autónomos los delitos culposos*, sólo la existencia de esa especie de figura para determinada conducta, permite la adecuación típica de las conductas cumplidas culposamente. Lo mismo vale para la previsión de las figuras de delitos preterintencionales.

b. En determinados casos, la ley requiere, como forma típica de culpabilidad, el dolo cierto, con exclusión del dolo condicionado. Esto resulta de exigencias subjetivas de la figura, referidas al dolo mismo o a una finalidad o propósito determinado fijado a la acción.

2 — RELACIONES ENTRE CULPABILIDAD Y ANTIJURIDICIDAD. Las relaciones entre la culpabilidad y la antijuridicidad son de la esencia misma de la primera. El concepto de *culpabilidad penal* sólo es imaginable construido sobre un obrar antijurídico; un hecho concreto con las características objetivas del acto injusto. Pese a corrientes doctrinarias en contrario, ya veremos, al tratar el error y el dolo en particular, cómo en *el contenido de conocimiento* ocupa el mayor lugar la naturaleza delictuosa de la acción, que es lo que constituye el llamado *elemento ético o negativo del Derecho*.

Por otra parte, es principio aceptado que a nadie puede considerarse culpable de un hecho si no tuvo, al menos, *la posibilidad de tener conciencia de lo injusto* (SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, 1970, pág. 143).

III. La culpabilidad en particular

1 — NO HAY PENA SIN CULPA. Cuando decimos, simplemente, que el delito es *acción*, limitamos la responsabilidad penal a un *actuar humano*. Cuando decimos que *el delito es acción que puede ser reprochada a su autor*, limitamos la acción delictuosa al obrar que reúne las condiciones determinadas por el Derecho para que *un autor causal pueda ser considerado también autor jurídico*. No se pena por lo producido causalmente, sino por lo *hecho culpablemente*. Se precisa así el princi-

pio *nulla poena sine culpa*, que BELING eleva al rango de principio fundamental del Derecho Penal moderno (*Grundzüge*, 1930, § 12, III).

Cuando decimos *lo hecho culpablemente*, entendemos la acción que no solamente ha sido ejecutada con los requisitos de la culpabilidad en abstracto, sino en concreto y de acuerdo con todas las circunstancias; es decir, cuando se obró contrariamente al Derecho, *pudiendo haberlo hecho conforme a él*. Tal es el sentido de la reprochabilidad del hecho a su autor y tal el substrato de las causas de exclusión de la culpabilidad y de *toda la posibilidad de exigir que inspira el ordenamiento jurídico* (art. 19, Const. Nac.).

2 — MODOS DE CONCEBIR LA CULPABILIDAD. Tan pronto como penetramos en el ámbito específico de la culpabilidad, nos enfrentamos con el debatido problema de su estructura, de su contenido y aun de la posible distribución de parte de él dentro de otros capítulos de la teoría jurídica del delito.

La relación anímica en que se halla con respecto a su acción quien obra con dolo y quien lo hace con culpa, es tan dispar, que ha llevado a autores como GRAF ZU DOHNA a declarar que toda tentativa de descubrir también en la culpa una relación psicológica, de cualquier índole que sea, del autor con su hecho y reconocer en ella *la característica común de la culpabilidad*, debe considerarse como definitivamente fracasada (*Der Aufbau*, Bonn, 1950, pág. 22).

Tan categórica afirmación provoca dudas sobre la naturaleza psicológica de la culpabilidad y tienta a buscar otra característica común que permita reunir el dolo y la culpa en el mismo capítulo.

Esa característica la encuentra la *concepción normativa* de la culpabilidad en la idéntica situación de reproche en que se sitúan frente al orden jurídico tanto quien actúa con dolo, cuanto quien lo hace culposamente; y en verdad que en esta afirmación no hay error: *la acción es, en ambos casos, reprochable para el Derecho*. Así dice MEZGER, dentro de esa corriente de ideas, que actúa dolosa o culposamente el que se encuentra en tales *referencias anímicas con respecto a su acción*, que ésta aparece como expresión jurídicamente desaprobada de su personalidad (*Tratado*, T. II, § 33; *Strafechet, ein Studienbuch*, T. I, § 51).

Esa desaprobación, basada en una norma jurídica, lleva a la elaboración de la teoría normativa de la culpabilidad, que pretende reemplazar a la concepción psicológica tradicional. Hagamos una síntesis de

los conceptos fundamentales de ambas doctrinas, para ponerlas luego en parangón y alcanzar conclusiones.

A — LA CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA. La doctrina psicológica tradicional puede ser expuesta en pocas palabras: la culpabilidad es la relación psicológica del autor con su hecho; su posición psicológica frente a él. Esa relación puede ser más o menos indirecta y aun radicar en un no prever (casos de culpa), pero se vincula siempre, en mayor o menor grado, con la acción.

1. Así vistas las cosas, y como consecuencia de ellas, la culpabilidad comprende el estudio del dolo, de la culpa y de la preterintención, como las tres *formas de vinculación*, que admite la ley entre el autor y el hecho ilícito, para que aquél sea responsable jurídicamente de éste.

2. Queda fuera de la culpabilidad, como un *presupuesto* de ella, la imputabilidad, porque es una condición o capacidad personal que se determina mediante la directa observación del individuo, tomando como referencia la ley penal. La declaración de culpabilidad, en cambio, requiere que *esa* capacidad (capacidad de ser culpable) sea vinculada con la ejecución de *un hecho típicamente antijurídico*. *Lo culpable es la acción*.

B — LA CONCEPCIÓN NORMATIVA. Los dos *postulados fundamentales* del enfoque normativo de la culpabilidad, pueden ser formulados con carácter general de este modo:

a. El contenido de la culpabilidad no se agota con los elementos psicológicos contenidos en el dolo y en la culpa.

b. La culpabilidad *es un juicio* formulado sobre una situación de hecho, generalmente psicológica, a consecuencias del cual la acción es reprochable (MEZGER, *Tratado*, T. II, § II).

De estos dos postulados fundamentales resultan las siguientes consecuencias:

a. La culpabilidad *es el conjunto* de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al autor, la reprochabilidad de la conducta antijurídica. Como inmediata consecuencia, la imputabilidad deja de ser un presupuesto de la culpabilidad, como lo es en la doctrina “psicológica”, pa-

sando a ser *uno de los presupuestos de la pena, que, en conjunto*, sirven de elementos de juicio para declarar reprochable la acción.

b. Son objeto de estudio, dentro de la culpabilidad, todas las causas que la excluyen —mediatas o inmediatas—; es decir, también la inimputabilidad. Son todas elementos de juicio para decidir si ha habido o no una *motivación normal*.

c. El dolo y la culpa *no son formas* de la culpabilidad, sino *elementos*, que *junto con los demás presupuestos* de la pena, sirven de base al juicio de reproche. Forman también parte de los elementos en que se apoya el juicio de reproche, las causas de exclusión de la culpabilidad.

C — LA CONCEPCIÓN NORMATIVA FINALISTA. Para el finalismo, el dolo y la culpa son formas de autoría. El primero sobre la base del dominio finalista del hecho; la segunda sobre la violación de un deber de cuidado. De este modo, el contenido de la culpabilidad queda reducido *exclusivamente al juicio de reproche* o juicio de culpabilidad: el autor no obró de acuerdo con las exigencias del Derecho habiendo podido hacerlo (más detalles, *supra*, § 16, B. 5). Quienes así piensan señalan que la acción y el juicio que sobre ello se hace son objetos de naturaleza distinta y que, por tanto, no pueden ser comprendidos dentro del mismo concepto.

3 — ANÁLISIS CRÍTICO. El análisis objetivo de la doctrina normativa llevada a sus últimos extremos, nos muestra una interrupción en el encadenamiento lógico de su planteo. En efecto, mientras se dice que la culpabilidad *no es sólo una relación psicológica, sino que hay algo más*, que es el juicio de reproche que de esa situación se hace, sobre la base de la motivación reprochable, no podemos hacer críticas al razonamiento; pero cuando se pasa de ahí, sin solución de continuidad, a afirmar que la culpabilidad es el juicio de reproche, nos encontramos con que esa afirmación se hace porque sí. Sería lo mismo que decir: el agua no es sólo oxígeno, también la compone el hidrógeno y enseguida declarar: el agua es el hidrógeno. Del mismo modo, la culpabilidad puede ser una actuación psicológica valorada por el Derecho, pero el agregado de la valoración no puede permitir quitar el objeto valorado y menos *reemplazarlo* por el juicio de valor. Así lo hacen de un modo muy claro los autores enrolados en el finalismo.

1. *La culpabilidad es una actitud subjetiva jurídicamente reprochable, pero no el reproche de una actitud subjetiva.* Por eso, mientras se dice que “por culpabilidad se entienden las relaciones anímicas del autor con su hecho, que llevan a que se le haga un reproche por ese hecho”, nada hay objetable, pero cuando a continuación se dice que la culpabilidad es ese reproche, se pone un objeto en lugar de otro o, más exactamente, se reemplaza el todo por una de las partes, sin ningún razonamiento que lo explique y dando un salto en la exposición lógica (adopta un criterio semejante NÚÑEZ, *Manual*, pág. 211 y nota 1).

2. La mayoría de las críticas que se formulan a los criterios que señalan contenido psicológico a la culpabilidad, están basadas en el ataque a una concepción psicológica “pura”, imposible de sostener. La declaración de culpabilidad contiene un juicio de reproche referido al orden jurídico y a la formación de la voluntad, sin que ello obste a la concurrencia de los factores psicológicos contenidos en el dolo y en la culpa.

Ciertamente, la posición psicológica de quien ejecuta un hecho lícito es *exactamente la misma* de la del que cumple un hecho ilícito —el Derecho “no fabrica” un “modo psicológico especial”— en el sentido de que ambos *saben lo que hacen*, pero lo que no es igual es el *contenido* de esos “ingredientes psicológicos”, cuya naturaleza típicamente antijurídica es lo que da tinte penal a la posición del sujeto frente al hecho y motivo a la investigación de la culpabilidad. Y si el sujeto ha obrado en situación legítima, carece de sentido la investigación de su culpabilidad, porque hablar *jurídicamente* de culpabilidad de un hecho lícito es hablar de un “hierro de madera”.

D — CONCLUSIONES. *La culpabilidad resulta de la actitud subjetiva del autor frente a su hecho, juzgada y reprochada según las normas del Derecho y la formación de la voluntad.*

Nos preguntamos si es realmente un problema en la construcción de la teoría del delito esta cuestión de hallar la característica común al dolo y a la culpa y nos parece que la solución real y la más práctica es admitir, como algo natural, que el dolo y la culpa son de naturaleza distinta. Lo que importa es que *ambas llenan las exigencias subjetivas generales previstas por el Derecho, para la existencia de la culpabilidad.* Así las cosas, ninguna dificultad práctica se ha presentado hasta hoy en la aplicación de la ley penal.

4 — LA CULPABILIDAD COMO MEDIDA DE LA PENA. Se sostiene que la *medida de la culpa* determina la *medida de la pena*. Se señala que los demás elementos del delito —acción, tipicidad y antijuridicidad— no admiten graduación, de modo que sólo en la posibilidad de graduación de la culpa puede sustentarse la medida de la pena.

La expresión “medida de la culpa” es empleada en el sentido de que el autor es más o menos culpable según circunstancias, como puede ser la condición de reincidente, puesto que de ella resulta la ineficacia de la medida penal anterior aplicada a *ese autor*.

El punto de vista expuesto no toma en cuenta que la *culpabilidad es una característica de la acción punible* y que esa calificación es parte de las condiciones impuestas para lograr que se cumpla la función de garantía del Derecho Penal. Por eso es erróneo, o al menos equívoco, hablar de la culpabilidad como sustantivo; solamente como adjetivo calificativo de la acción, la culpabilidad debe ser investigada: el objeto de la investigación es comprobar la culpabilidad del hecho que se juzga —de la acción que se valora—, *de esa acción*, con prescindencia de todo otro factor ajeno al hecho.

Luego de comprobado que *esa* acción es culpable, entonces, pero solamente entonces, puede agregarse el ingrediente que sea —el que la ley indique— para graduar la medida de la pena (véase: PASQUINO, “La pena y su medida en el Código Penal argentino”, *L.L.*, 30-XI-1972).

Así vistas las cosas, no molesta el empleo de la expresión “medida de la culpa”. No obstante, en tanto se mantenga el texto —bueno o malo— del Código Penal argentino, en nuestro Derecho no pueden dejar de ser tomadas en cuenta para la medida de la pena las reglas o circunstancias allí enunciadas, la mayoría de ellas en cuanto “demuestren su mayor peligrosidad” (la del autor).

5 — FUNCIÓN DE LA IMPUTABILIDAD. Aun cuando estudiamos la imputabilidad en el capítulo dedicado al autor, le asignamos el papel de *presupuesto de la culpabilidad*, que equivale a *capacidad de culpa*. En el Código argentino, aquélla es la *capacidad* de comprender la criminalidad del acto y de dirigir las acciones; ésta es la *valoración del ejercicio* de esas capacidades en el momento del hecho y según las normas del Derecho. Así quien obra con error, siendo capaz de comprender la criminalidad del acto, no la ha comprendido, en el caso concreto, por

habérselo impedido un conocimiento equivocado o la falta de conocimiento. Por eso el análisis de la imputabilidad es eliminatorio cuando resulta negativo: sería vano tratar de investigar si comprendió la criminalidad de determinada acción quien, por ser inimputable, no es capaz de comprender la criminalidad de ninguna. En cambio, ante un sujeto imputable, aún nos resta averiguar si el error o la amenaza de sufrir un mal grave e inminente no le impidieron ejercitar su capacidad de comprender o de obrar.

En el hecho culposo, el autor no pone en ejercicio sus capacidades —las que resultan de su condición de imputable—; viola un deber y por eso causa un resultado típicamente antijurídico, que el Derecho carga a su cuenta *porque pudo y debió haberlo evitado*.

FORMAS O ESPECIES DE LA CULPABILIDAD

I. *El dolo*

1 — CONCEPTO. Una idea amplia y provisoria de la acción dolosa la da GRAF ZU DOHNA con estas sencillas y claras palabras: *actúa dolosamente quien sabe lo que hace* (*Der Aufbau*, 1950, pág. 23).

Una advertencia es necesaria aquí, aun cuando quede dicho que la idea que nos da DOHNA de la acción dolosa es solamente provisoria: una cosa es *la actitud* subjetiva ante un hecho y otra *el contenido de valor* de esa actitud.

La primera es la misma para un hecho delictuoso y para un acto inocente. En la actitud psicológica, no hay diferencia *de modo y cantidad* entre lo que sabe el autor de un hecho lícito y el de uno que no lo es; el Derecho no puede crear un modo psicológico distinto de los que da la naturaleza.

Pero cuando en Derecho hablamos de *dolo*, reservamos la palabra para denominar una forma de la culpabilidad y, por tanto, sólo puede ser entendida conteniendo *una referencia al orden jurídico*, que es de la esencia misma de la culpabilidad. Una referencia está determinada para el dolo por la *conciencia de la criminalidad del acto*, usando las palabras del artículo 34, inciso 1º del Código Penal argentino, que es lo que da "*colorido jurídico*" al contenido del conocimiento (MAYER, M. E., *Der allgemeine Teil*, pág. 257; véase lo que decimos *infra*, 4-).

De estas reflexiones resulta la distinción entre el *concepto natural* y el *concepto jurídico* del dolo, al primero de los cuales está destinada la noción que hemos tomado de DOHNA. Por eso, él mismo completa su

concepto, dando la noción jurídica en estos términos: “obra dolosamente quien actúa con conciencia de concretar un tipo de delito”.

Damos una definición del dolo comprensiva de sus distintas especies luego de exponer las doctrinas que tratan de explicar su esencia y su fundamento y que permiten la distinción de las varias formas del dolo (*infra*, 8-).

2 — DOCTRINAS. El carácter doloso de las acciones penales ha sido explicado con doctrinas, que más que reemplazar la una a la otra, se han ido complementando. La consecuencia ha sido la inclusión de mayor número de casos en la calidad de dolosos.

A. DOCTRINA DE LA VOLUNTAD. Es ésta la primera en el tiempo; fue la adoptada por los clásicos y se expone en forma orgánica por CARRARA. Según este autor, el dolo es “la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se conoce contrario a la ley” (*Opuscoli*, Prato, 1855, Vol. I, pág. 293 [dolo]).

Para los partidarios de la teoría de la voluntad, son necesarios dos requisitos:

a. Quien realiza el acto debe conocer los hechos y su significación. El conocimiento de los hechos importa el conocimiento de la relación que existe entre el acto que se realiza y su lógica o posible consecuencia.

b. El autor debe haberse propuesto ocasionar el resultado; debe haber tenido la *intención* de realizarlo. No se trata de haber querido la acción, sino de *haber querido el resultado*; la representación del resultado debe ser el motivo del acto.

Este segundo requisito es el que particulariza la *doctrina de la voluntad*, pues el primero sustancialmente no le niega ninguna.

B. DOCTRINA DE LA REPRESENTACIÓN. Los partidarios de esta teoría consideran que la de la voluntad contiene demasiadas exigencias subjetivas. La doctrina que nos ocupa reemplaza el concepto de *intención del resultado* por el de *representación del resultado en el que obra*.

1. *Las divergencias entre una y otra doctrina* no son fundamentales. La teoría de la representación se ha propuesto más que nada dirigir el haz central del enfoque del problema a las circunstancias externas

que permiten formar juicio para suponer que el evento ha sido querido o no. Con ello queda dicho que los partidarios de esta última no desconocen la necesidad de que el acto sea voluntario; lo que ocurre es que *es querido lo representado*. Esto no pasa de ser una presunción, que deberá hacerse jugar de acuerdo *con todas las demás circunstancias que concurren en el caso*.

2. El más importante beneficio aportado por la teoría de la representación lo constituye el haber distinguido con claridad el *dolo* de la *intención*. Pueden verse los términos del problema a través de estas palabras de BELING: conforme al uso corriente de la vida cotidiana que toma como equivalentes las expresiones *doloso* e *intencional* (de propósito), se manejaba antes el concepto de *dolo* (*Vorsatz*) como identificable con el concepto de *propósito*, *intención* (*Absicht*). De hecho, el dolo es independiente de la existencia de un “propósito” coincidente. Los *propósitos* del autor desempeñan otro papel (*Esquema*, pág. 86, § 25, b).

Contra ello se dirigió la *teoría de la representación* (entre otros FRANK). Ella señaló justamente que, correctamente entendido, *propósito* significa la dirección de la voluntad hacia un fin, cuyo logro el autor se ha *propuesto* y que es el que a él le interesa: una acción *para*. Si se tomase lo penalmente *doloso* como sinónimo de lo *propuesto*, sólo sería punible por *homicidio doloso*, por ejemplo, aquel a quien le interesa matar al hombre efectivamente muerto y no lo sería aquel que lo hubiese hecho para el logro de otro fin, para el cual el homicidio sólo servía de medio. Ejemplo de FRANK: el bandido que dispara contra un hombre solamente para probar el alcance de su arma y no para matar un hombre (*Das Strafgesetzbuch*, § 59, I y V).

La separación entre *lo cognoscitivo* y *lo volitivo*, acaso no ha sido aún suficientemente señalada como para fijar con precisión el verdadero contenido del dolo y es así como la superposición total o parcial de ambos aspectos provoca dudas y es causa de más de un error en la práctica.

C. DOCTRINA DEL ASENTIMIENTO. La teoría llamada *del asentimiento* tampoco exige la *intención* o la *voluntad* del resultado. Requiere la *representación* de un resultado *como cierto, probable o posible* y le resulta suficiente con su *aceptación* o *asentimiento*.

Hay consecuencias que se acoplan al plan delictuoso, sin que el autor las quiera, pero que llevado por la voluntad del fin propuesto, no se detiene ante ellas y, por tanto, *asiente en su producción*. La naturaleza dolosa de esas consecuencias las explica la tesis del sentimiento en estos términos: si la representación del resultado, que aparece al menos como *posible*, no detiene al autor en su acción, entonces es evidente que lo acepta y es culpable de él a título de dolo, puesto que en alguna medida lo ha querido.

Podemos, pues, decir que mientras la teoría de la representación permitió distinguir el dolo del propósito o la intención, la teoría del asentimiento dio los elementos necesarios para formular de modo preciso la teoría del dolo indirecto y condicionado (*infra*, 7-).

3 — ELEMENTOS DEL DOLO. Dos son los elementos sustanciales o constitutivos del dolo: a) *el elemento psicológico*, por el que se requiere la relación del sujeto con su acción y con el resultado de ella; b) *el elemento ético o de negación del Derecho*, consistente en actuar con el conocimiento de que la acción es delictuosa.

A. EL ELEMENTO PSICOLÓGICO evoluciona en un triple sentido:

1º De la exigencia de *la intención*, primitivamente requerida, se pasa a *la voluntad* del resultado. Por último, existiendo voluntad para la causa, resulta suficiente con la *aceptación* del resultado o *asentimiento* en él.

2º Se advierte la diferencia entre los conceptos *previsibilidad* y *previsión*, requiriéndose esta última para la existencia del dolo.

3º No es preciso que el resultado sea previsto como cierto; es suficiente *la previsión de la posibilidad*. Si ella no detiene al autor en su acción, los resultados se le reprochan a título de dolo.

B. EL ELEMENTO ÉTICO O NEGATIVO DEL DERECHO, por el cual se relacionan la acción y su autor con el orden jurídico, también evoluciona en el sentido de las menores exigencias:

1º *La llamada posición formalista*: para VON LISZT es necesaria la representación de que la acción cumplida se adecua a una figura delictiva: “la presunción de que el acto está previsto por la ley, que las cir-

cunstances del hecho caen bajo las características de la definición del hecho” (*Tratado*, T. II, § 39, I, 1, b).

Esta fórmula ha sido rechazada mediante el argumento de que, de aceptarse, sólo los juristas delinquirían. Partiendo de este punto, afirma BELING que no es necesario que el autor haya conocido el *delito-tipo mismo* o sus “elementos”. “Es necesario solamente el *conocimiento de las circunstancias de hecho*, que contempladas jurídicamente reproducen la imagen del delito-tipo legal” (*Die Lehre von Verbrechen*, Tübingen, 1906, § 19, II, 2; *Esquema*, pág. 72, § 23).

2° *La llamada posición material* no exige tanto: le basta con la representación de que la conducta es antisocial o inmoral o bien que es contraria al deber o lesiona un bien jurídico. Como puede verse, se agrupan bajo esta denominación posiciones diversas que sólo tienen de común exigir el conocimiento del *disvalor material del acto*, basado en distintos criterios: las normas de cultura (MAYER), el conocimiento de que se ponen en peligro bienes jurídicamente protegidos (KAUFMANN), la tendencia dañosa (SAUER). Puede observarse a estos modos de encarar el contenido del elemento ético, que ninguno de ellos alcanza a señalar una diferencia clara entre lo que es conciencia de lo *ilícito penal* y lo de otra rama del Derecho; ello es así porque se remiten a la sustancia con la que el legislador elabora la norma, pero no a ésta.

4 — LA COMPRENSIÓN DE LA CRIMINALIDAD DEL ACTO. Se trata de saber en qué medida debe exigirse la vinculación del autor con el orden jurídico, exigencia sin la cual no puede construirse jurídicamente el dolo; el que *no sabe* que procede injustamente, *no comete nunca un delito doloso* (MEZGER, *Studienbuch*, § 69, antes de I). A quien obra con desconocimiento de la naturaleza delictuosa de su acto, no se le puede reprochar una conducta dolosa, aunque pueda reprochársele esa “inadvertencia”; pero esto último nos sitúa fuera del terreno del dolo.

El tema se trata refiriéndose indistintamente a la ilegalidad, a lo injusto, a la antijuridicidad o a la criminalidad, aun cuando estos conceptos no sean sustancialmente idénticos. Pero lo que aquí importa señalar es que el problema debe encararse teniendo en cuenta *la cantidad* de lo exigido.

No puede aceptarse la exigencia de dolo sin comprensión de la naturaleza criminosa de la acción, pues ello conduce a la destrucción de

toda la teoría del error como causa de inculpabilidad. Pero esto no significa afirmar que el individuo deba conocer la disposición legal que erige el hecho en delito, ni que ha de realizar un proceso de subsunción de su conducta a la norma, sino sólo que debe tener *conciencia de la naturaleza criminosa del acto que realiza*.

1. Las nociones de lo típico y de lo injusto tienen un enfoque técnico, propio de los juristas, y otro que es el que está en la mente de los componentes del grupo sometido al orden jurídico. Esto no puede negarse. Por eso tiene razón JIMÉNEZ DE ASÚA, cuando afirma que lo que ha de requerirse es el conocimiento de los hechos y de su significación jurídica de *manera profana* y no técnica. Debe tenerse, y se tiene por lo común, solamente un conocimiento de la significación y función social que los hechos tienen, *valoración paralela en la esfera del lego* (WELZEL, *Derecho Penal*, § 13,4; BINDING, *Die Normen*, Vol. III, págs. 146 y sigs.). Eso es lo que ocurre en la realidad de la vida diaria; quien se apodera de una cosa ajena o aquel que mata a otro, saben que realizan un hecho delictuoso; sabrán sólo que la consecuencia de esa acción es una pena y con eso saben *lo suficiente*; *están ya relacionados con el orden jurídico*. A la inversa, quien actúa en legítima defensa, por ejemplo, tiene la conciencia de que su obrar ha sido justo, que no le acarreará pena y con ello sabe todo lo que necesita saber, aunque desconozca totalmente la disposición penal misma que contiene la causa de justificación. No es necesario que conozca la existencia de *las condiciones objetivas de punibilidad*, puesto que ellas, por definición, no son abarcadas por el dolo.

Ésa es, por lo demás, la exigencia que resulta de las palabras “comprender la criminalidad del acto”, utilizadas en el artículo 34, inciso 1º del Código Penal argentino.

2. Una tendencia que se llama a sí misma *teoría de la culpabilidad*, pretende desplazar a las que, por oposición, se ha dado en llamar *teorías del dolo*. La cuestión se vincula con el criterio finalista de la acción que, como en su lugar se vio, sustrae el dolo del ámbito de la culpabilidad por considerarlo parte integrante de la acción. Esto lleva a concebir un “dolo natural”. Lo que aquí importa señalar es que, para esta doctrina, el dolo no comprende la conciencia de lo ilícito, que pertenece a la culpabilidad, entendida sólo como un juicio. El dolo —siempre “natural”, conforme a su esencia— se encuentra en la cabeza del autor, dice MAURACH. Es el juez el que debe decidir si integra un *dolus malus* (Tratado, § 22, B). Las consecuencias más trascendentes de la adopción de la teoría llamada *de la culpabilidad* se producen en el ámbito del error, donde volvemos sobre el tema.

5 — EL CONOCIMIENTO DE LA RELACIÓN CAUSAL. El actuar doloso supone de parte de su autor *el conocimiento del acontecer causal* y, consecuentemente, *el dominio* de los hechos en el caso concreto (GALLO, *Il dolo*, págs. 56 y sigs.).

En ese aspecto puede decirse que en los delitos con problema causal, el obrar doloso supone el conocimiento de la relación que existe o

que el autor proyecta entre el acto que se realiza y su lógica o probable consecuencia. No se puede imaginar que alguien quiera o prevea un resultado sin conocer esa relación.

Naturalmente, el conocimiento del acontecer causal *se limita a las posibilidades* que el ser humano tiene de conocer y, con ello, de dirigir los hechos que se encadenan, mediante el condicionamiento adecuado de las causas. Ni el conocimiento ni el dominio son absolutos. El hombre *no tiene el dominio total del suceder futuro*, pero es dentro de las posibilidades que le asisten que el Derecho decide. Porque la cuestión no se resuelve solamente por vía del aspecto causal, sino que juegan en la decisión todos los elementos que se manejan en el análisis de la culpabilidad.

Por otra parte, los tipos penales precisan, a veces, un determinado nexo causal. Así en la estafa, por ejemplo: el autor se vale de un ardid o engaño que tiene por destinatario a determinada persona, con el fin de hacerla incurrir en un error a consecuencia del cual decide la prestación patrimonialmente dañosa.

6 — CONCURRENCIA DEL DOLO CON LA ACCIÓN. El dolo ha de acompañar al proceso ejecutivo del delito, ser contemporáneo a él, sin que una decisión sólo anterior al comienzo de ejecución que no acompañe a ésta, o posterior a la consumación, pueda llenar la exigencia. Dice ALIMENA: “el dolo nace en el momento en que se inicia la causalidad delictiva y dura hasta que esa causalidad se agota” (*Principios*, Vol. I, pág. 370).

Así, pues, carece de significación penal el dolo posterior a la consumación o *dolo subsequens* (BATTAGLINI, *Diritto Penale*, pág. 326; CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, T. I, pág. 377). Carece asimismo de significado el dolo únicamente anterior al comienzo de ejecución del hecho típico o *dolo antecedens*. Deben dejarse a salvo los casos de *actio libera in causa*, en los que se es responsable por *el dolo existente en el momento en que el acontecer causal no puede ya retrotraerse por voluntad del autor* (CARRARA, *Programa*, § 79).

Son casos de *excepción aparente* a estos principios los que ofrecen los delitos permanentes y las figuras en que estando el fin perseguido más allá de la acción típica, ese fin constituye en sí mismo un delito.

a. En los delitos permanentes la consumación puede prolongarse en el tiempo, de suerte que en cualquier momento de ella en que el autor obre con dolo, comete el delito cul-

pablemente. Pero para él, la ejecución delictuosa punible sólo comienza, precisamente, desde el momento en que actúa culpablemente; desde que el dolo acompaña a la acción.

Ejemplo: un individuo tiene a otro privado de la libertad en la creencia de estar colaborando con la autoridad. En un momento dado, se da cuenta de su error y, en lugar de desistir de su acción, persiste en ella. En este momento comienza para él la ejecución culpable del delito.

b. En los casos en que el fin perseguido está más allá de la acción típica, la resolución posterior no puede dar tipicidad al hecho, aunque esa resolución sea la de ejecutar un hecho en sí mismo delictuoso.

Ejemplo: quien sustrae un cadáver con fines científicos, pero luego decide hacerse pagar por su devolución, no comete el delito del artículo 171 del Código Penal argentino, porque según la exigencia de esa figura, el cadáver debe haber sido sustraído para hacerse pagar su devolución. Es decir, que *ese propósito debe haber coexistido* —ser contemporáneo— *con la acción de sustraer* (cfr. FINZI, Marcelo, *El llamado dolo específico*, pág. 37; FONTÁN BALESTRA, *El elemento subjetivo del delito*, § 7, 3, a).

7 — CLASES DE DOLO. Hoy ofrece interés la distinción entre dolo *directo, indirecto y condicionado o eventual*:

1. *Dolo directo e indirecto.* Mediante la teoría del asentimiento, todo aquello que el autor se representa y no le detiene en su acción, debe cargarse a su cuenta a título de dolo. Pero existe indudablemente la posibilidad de distinguir entre las consecuencias que constituyen el fin que el autor *se ha propuesto* y aquellas otras que, sin formar parte de su propósito, *las acepta* como necesarias o posibles. Las primeras corresponden al dolo directo; las segundas, al indirecto.

Aun pueden distinguirse situaciones distintas, que permiten subdividir el *dolo indirecto* en *cierto o necesario y condicionado o eventual*. En efecto: aun no proponiéndose el autor realizar ciertos actos, que son sin embargo *necesarios* para lograr *el fin perseguido* (dolo directo), prevé que, cumplida la acción propuesta, los otros actos no es dudoso que también se producirán. En tal caso, el dolo es *indirecto*, pero *cierto*.

En cambio, en la misma situación anterior, el sujeto puede representarse un daño como *posible*, no siendo forzoso que él se produzca al cumplirse la acción propuesta. Tal es el caso del *dolo condicionado*.

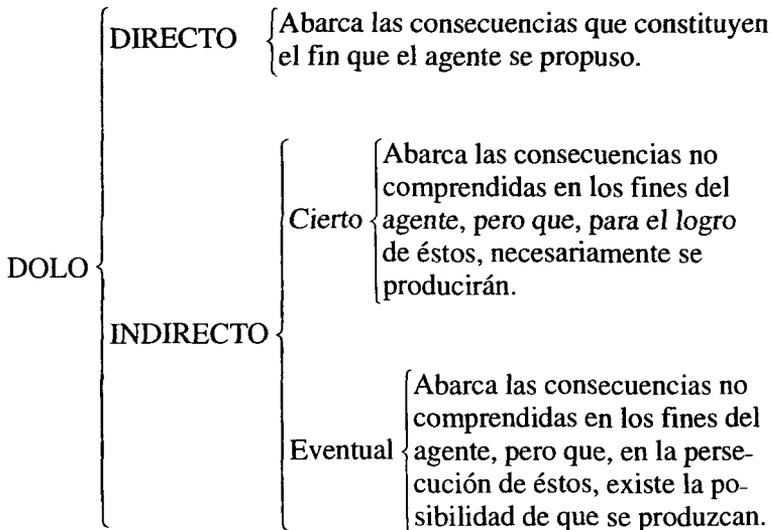
En otras palabras: las consecuencias de la acción que están fuera del propósito perseguido (indirectas), en un caso se han de producir forzosamente (dolo indirecto necesario o cierto); en el otro, pueden producirse o no (dolo condicionado o eventual).

2. *El dolo condicionado o eventual.* Es el escalón más bajo de la culpabilidad dolosa. Vimos, al ocuparnos de la teoría de la voluntad, que ésta dejaba fuera de su enfoque esta especie de dolo.

La teoría del asentimiento resuelve la cuestión exigiendo como requisitos la previsión de la posibilidad del resultado y el asentimiento en él: *no habrá responsabilidad dolosa sin que un resultado haya sido previsto en el momento de la acción, cuanto menos como posible. Pero esto solo no es suficiente; se requiere, además, que se haya asentido en él.*

1. Ambos requisitos son necesarios en la forma en que han quedado formulados y no deben confundirse con: a. la posibilidad de la representación del resultado, constitutiva de la culpa; b. la representación de la posibilidad de un resultado que, no solamente no se acepta (no asentimiento), sino que se rechaza. Este segundo supuesto, constitutivo de la llamada *culpa con representación* o *culpa consciente*, se caracteriza porque el autor habría detenido su acción si hubiese creído que el resultado iba a producirse. En cambio, en el dolo eventual, de haberse representado como cierto el resultado previsto como posible, ello no habría hecho desistir al autor de su acto. Dispuesto a realizar una acción delictuosa, el autor ha de decidirse por elegir entre la producción del resultado que se le representa como posible y el desistimiento de su acción (FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, pág. 189, § 59, V).

Podemos resumir así, esquemáticamente, las formas del dolo:



El dolo directo abarca los resultados propuestos o queridos; el dolo indirecto, los aceptados; si es seguro que deberán producirse, el dolo es indirecto cierto; si sólo es posible, el dolo es indirecto, eventual o circunstanciado.

2. *El llamado dolo específico.* La distinción de un *dolo específico*, al que se opondría un *dolo genérico*, fue por mucho tiempo la *communis opinio* y es mantenida aún por autores contemporáneos, particularmente italianos (BATTAGLINI, *Diritto Penale*, pág. 233; BETTIOL, *Diritto Penale*, pág. 292; MAGGIORE, *Diritto Penale*, T. I, pág. 583; RANIERI, *Diritto Penale*, pág. 230; ANTOLISEI, *Manuale*, pág. 184). Los autores franceses siguen un criterio análogo, si bien prefieren las denominaciones *dolo general* y *dolo especial*, reservando esta última para los casos en que se requiere un fin o un móvil determinado, coincidiendo así, en parte, con el punto de vista de los autores italianos (GARRAUD, *Traité*, T. I, págs. 575 y sigs.; DONNEDIEU DE VABRES, *Traité*, pág. 76; VOUIN, *Manuel*, pág. 162). Al decir de MANZINI, el dolo específico está constituido por aquella particular intención o por aquel fin especial, que el individuo se propone en concreto y que sirve para distinguir entre sí diversos delitos cuya materialidad y cuyo dolo genérico son idénticos o afines (*Trattato*, Vol. I, nro. 253, I). Pone como ejemplo de esa distinción el caso de quien se apodera de una cosa mueble ajena: si lo hace con el fin de obtener beneficio, comete hurto; si lo hace para ejercer un pretendido derecho, es responsable de tomarse la justicia por su mano con violencia; si, en fin, para destruir la cosa, comete daño, siempre que concurren los demás requisitos de tales delitos. En cambio, el dolo general consiste en la voluntad del resultado delictuoso.

No creemos que pueda seguirse insistiendo en la existencia de un *dolo específico* con la significación que, según hemos visto, le señala parte de la doctrina. Si se tiene presente que el aspecto cognoscitivo del dolo se plasma con la conciencia de la criminalidad *del acto*, se echa de ver enseguida que se hace referencia a un delito determinado y cada delito tiene *su dolo*, como BELING señaló.

En cuanto a los propósitos o fines requeridos por algunas figuras de delitos, en los que se ha creído ver formas específicas de la culpabilidad dolosa, una vez diferenciado *el dolo de la intención*, como antes se señaló (*supra*, 2-, B.2), su estudio corresponde al lugar en que se sistematizan los *elementos del tipo*, que se suman al dolo pero no se identifican con él.

8 — DEFINICIÓN DEL DOLO. CONTENIDO. Luego de lo expuesto, podemos decir que *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 obrar.*

1. Partiendo de esa definición, es preciso señalar dos aspectos en el dolo:

1º *Aspecto cognoscitivo.* Decimos en la definición que actúa con dolo quien se representa en un momento de la acción un resultado delictuoso como cierto, probable o posible, para comprender los distintos

modos de conocimiento del suceder causal. Tal el aspecto *cognoscitivo* del dolo.

Acaso no se haya señalado lo bastante el aspecto cognoscitivo del dolo. Desde que el dolo dejó de ser intención, para constituirse con previsión o representación, el contenido psicológico pasó a ser *conocimiento* (véase: PUIG PEÑA, *Derecho Penal*, 6ta. ed., 1969, T. I, pág. 246).

Ese elemento comprende tres aspectos:

a. *Conocimiento* de lo que se hace; del movimiento corporal y su relación con el medio físico en que se realiza: saber lo que se hace. Este aspecto es preponderante sobre el siguiente en los delitos de pura actividad.

b. *Conocimiento* de la relación que existe entre lo que se hace y su lógica, probable o posible consecuencia: conocimiento de la relación causal.

c. *Conocimiento* de que se procede injustamente: conciencia de la criminalidad del acto.

2º *Aspecto volitivo*. La acción del dolo se completa con el *elemento volitivo*, consistente en querer o aceptar *el hecho*, asentir en él. Este elemento tanto puede concurrir con un acontecer cierto, cuanto con uno condicionado o eventual. En efecto, es perfectamente posible que alguien quiera un resultado que no está seguro de alcanzar, aun cuando haga todo lo posible para ello, como lo es que se acepte concretar un resultado que no se desea producir. Es así como ambos grupos de elementos —certidumbre, probabilidad o posibilidad, por una parte y querer o aceptar, por la otra— se combinan entre sí de distintas formas para fijar el límite más alto y el más bajo de la actividad dolosa y situar, entre ellos, las distintas formas o especies de dolo.

Las formas mínimas del elemento cognoscitivo y del volitivo, respectivamente, necesarias para que exista dolo, son la *representación de la posibilidad* de un resultado y el *asentimiento* en él. *No hay dolo sin que exista, al menos, representación y asentimiento.*

2. *El dolo en el Código Penal argentino*. El Código Penal argentino no contiene un precepto en el que se dé expresamente la definición de *dolo*. No obstante, las exigencias del acto doloso se desprenden de la

norma del artículo 34, inciso 1º, según la cual *no son punibles los que no han 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*.

Diremos, entonces, que *obra con dolo quien en el momento del hecho comprendió la criminalidad del acto y dirigió sus acciones*. La doctrina y la jurisprudencia consideran comprendidos en la fórmula legal tanto el dolo directo como el indirecto (C. C. C., Fallos, t. VII, pág. 19).

Este modo de hacer concurrir las exigencias del inciso 1º del artículo 34 para la existencia del dolo no es, sin embargo, uniforme. SOLER sostiene que la fórmula exacta se alcanza separando ambas posibilidades con la conjunción disyuntiva *o* en lugar de unir las con la copulativa *y*, como lo hacemos nosotros (T. II, § 42, IX y nota 34). Es decir que, en opinión de SOLER, para que la conducta pueda considerarse dolosa es suficiente que quien la ha cumplido haya comprendido la criminalidad del acto o haya dirigido sus acciones, una u otra cosa bastan para dar a la acción el carácter doloso.

Gramaticalmente es indudable que si la ausencia de una condición —comprender o dirigir— torna al sujeto no culpable, sólo la concurrencia de ambas puede constituirlo en culpable.

El análisis jurídico conduce a idéntica conclusión: establecido que el sujeto es imputable, como presupuesto necesario para el análisis de la culpabilidad, sabemos ya que es capaz de comprender la criminalidad del acto y de dirigir sus acciones. Pues bien: para saber si ha actuado con dolo, necesitamos también comprobar si esas capacidades han sido ejercidas. En efecto; si el individuo ha dirigido sus acciones, *pero, por error, no comprendió la criminalidad del acto, será inculpable*. Quien hace fuego sobre un matorrall suponiendo que por el movimiento que ha observado éste ha sido producido por una pieza de caza cuando en realidad es una persona, a la que da muerte, no hay duda de que ha dirigido su acción, si bien no comprendió la criminalidad del acto. “No le pareció al autor que fuese ilícito su proceder”, al decir de BELING (*Esquema*, pág. 82) y *la conciencia de la criminalidad del acto* es lo que da contenido a la culpabilidad dolosa.

Por esa razón, el error sólo excusa cuando es esencial, porque impide comprender la criminalidad del acto. Quien mata a Pedro tomándolo por Juan no podrá decir que su error le impidió conocer la criminalidad de su acto, pues tan delictuosa es la conducta de matar a Juan como la de matar a Pedro.

Efecto análogo puede señalarse a *la coacción*, en cuanto *impide dirigir las acciones*. Quien cumple una acción típica “bajo amenaza de sufrir un mal grave e inminente”, según el inciso 2º del artículo 34 del Código Penal, no obstante comprender la criminalidad del acto, obra, *pero no podría decirse que su acción ha sido querida* por él, sino por quien empleó la amenaza para obligarlo a obrar; tanto es esto exacto, que la culpabilidad se traslada de coaccionado a coaccionante.

Lo que la ley requiere en la citada disposición es que el autor del hecho haya ejercido su capacidad de comprender la naturaleza criminosa del acto que realiza y la de determinarse en su acción.

Resulta suficiente recordar los requisitos enunciados por PESSINA para el dolo: 1º) que el fenómeno de *negación del Derecho haya sido previsto* por el agente como tal negación jurídica y como consecuencia cierta o probable de un movimiento espontáneo de su organismo; 2º) que el agente *haya querido aquel movimiento de su organismo*, del que deriva, como el efecto de la causa, el fenómeno de la negación del Derecho (*Elementos de Derecho Penal*, Madrid, 1936, pág. 332).

A la misma conclusión se llega yendo de la doctrina a la ley o partiendo de ésta para llegar a aquélla.

9 — EL DOLO EN LA TENTATIVA. No hay un dolo especial de tentativa. *El dolo de la tentativa es el dolo de la consumación* (VANNINI, *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1943, pág. 42, nro. 14). Por eso dice acertadamente M. E. MAYER que si alguien actuara con el dolo de ejecutar solamente una tentativa, sería impune (*Der allgemeine Teil*, pág. 343). La tentativa, por definición, es el intento de *cometer un delito*, que no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del autor, y si alguien sólo se propusiera tentar un delito, no se habría ejecutado, por tanto, una tentativa. El Código Penal argentino recoge y expresa con claridad este criterio, al decir: “El que *con el fin de cometer un delito determinado* comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad”... (art. 42).

II. La culpa

1 — NOCIÓN. Podemos definir la culpa tradicional como *la falta de previsión de un resultado típicamente antijurídico, que pudo y debió haberse previsto al obrar*. Esta fórmula no comprende la llamada *culpa con previsión* o *representación*, consistente en la *representación de un resultado típicamente antijurídico, que se confía en evitar, obrando en consecuencia*.

2 — TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA DE LA CULPA. Se han formulado diversas teorías sobre la naturaleza de la culpa, que importa conocer:

a. *Defecto o vicio intelectual*. La tesis ha sido desarrollada en las postrimerías del siglo XVIII por ALMENDIGEN. Este autor sostiene que el sentido de la palabra *imputar* supone la declaración de que alguien ha sido autor de una mutación en el mundo exterior, *con voluntad y conciencia*. La culpa constituye un vicio o defecto de la inteligencia, a consecuencia del cual el individuo carece de reflexión.

Sin embargo, se acepta la aplicación de medidas de carácter penal para los delitos culposos, para que ellas eviten que vuelvan a cometerse y para que el autor comprenda lo pernicioso que resulta para él su falta de reflexión.

b. *Defecto de la voluntad*. Es ésta la doctrina clásica de la culpa. En sustancia podemos decir que ella sostiene que la culpa es un vicio o defecto de la voluntad, por el cual no se previó lo previsible; a consecuencia de tal vicio, se incurre en una “omisión voluntaria de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho” (CARRARA, *Programa*, Vol. I, § § 80 y sigs.).

Se ha observado a esta tesis que quien *voluntariamente* no prevé lo previsible, es porque no quiere preverlo, pero la previsión se produce o no, independientemente de la voluntad del sujeto. La observación no nos parece exacta. Quien corre a gran velocidad con su automóvil está incurriendo voluntariamente en una falta de diligencia o en una imprudencia; sin embargo, de ello no es forzoso deducir que tenga que prever o dejar de hacerlo. La omisión de diligencia sí puede ser voluntaria o involuntaria y en el segundo supuesto no existe responsabilidad culposa. Pero es necesario no confundir la voluntad para el acto no diligente con la voluntad para la previsión del resultado típico.

La doctrina de la *voluntad* no resulta útil para comprender la culpa con representación.

c. *La tesis de Von Liszt* supone un significativo aporte a la solución del problema. Para él la culpa es *la no previsión del resultado previsible en el momento en que tuvo lugar la manifestación de voluntad*. El concepto de *culpa* necesita de estos tres requisitos:

1° *Falta de precaución en la manifestación de voluntad*. El autor no obra con el cuidado que el orden jurídico y las circunstancias de cada caso requieren.

2° A esta primera circunstancia ha de agregarse la *falta de previsión*. El agente debe estar en condiciones —subjetivamente— de prever el resultado.

3° De este modo, agrega, queda aclarado, al mismo tiempo, el contenido material de la culpa, consistente en que el autor *no ha reconocido, siendo posible hacerlo*, la significación antisocial de su acto, a causa de su indiferencia frente a las exigencias de la vida social (*Tratado*, T. II, § 42, II, 2.).

3 — FUNDAMENTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA. Todos los esfuerzos tendientes a hallar un nexo psicológico directo entre el autor y el resultado típico para sustentar en él la responsabilidad por culpa, están destinados al fracaso, porque no se concilian con la realidad de las cosas. Como lo están los que creen poder fundamentar la culpa tan sólo normativamente, porque ello sería tanto como aceptar la pena sin culpa. La relación subjetiva no debe buscarse entre el autor y el resultado, sino *entre él y su actuar no diligente, a consecuencia del cual se ha producido el resultado típico, por su culpa*.

1. *Aspecto subjetivo*. Subjetivamente la culpa lata o sin previsión se caracteriza por la falta de previsión o previsión tardía para poder evitar el resultado típico, como consecuencia de un obrar no diligente.

La *previsión tardía* para poder evitar el resultado es frecuente en muchos casos de culpa. Quien conduce su automóvil a exceso de velocidad, en un momento dado, prevé que atropellará a una persona; pero no puede evitarlo, porque ya es tarde para poder detener su coche. Sucede, a veces, que el conductor, para evitar el accidente que prevé, hace una maniobra brusca y a consecuencia de ello causa otro accidente. Ese encadenamiento causal *no dominado* es el efecto de la imprudencia desencadenante. Por eso el *aspecto subjetivo* del actuar culposo puede reducirse a la *falta de diligencia*.

2. *Aspecto objetivo*. El aspecto objetivo del obrar culposo resulta esencialmente de la estimación de dos factores:

a. *La evitabilidad de la lesión de un bien jurídico*. La lesión típica de bienes jurídicos debe ser *objetivamente evitable*.

Cuando el resultado es *inevitable*, cuando lo mismo se habría producido no obstante haber puesto el autor la diligencia que era del caso poner de acuerdo con la naturaleza de las cosas, estamos ante lo fortuito y por ello el Derecho no puede reprochar su producción.

También es fortuito *lo imprevisible* y el Derecho no puede reprochar a nadie haber causado esa clase de resultados, puesto que no hay culpabilidad sin que el autor haya tenido al menos la *posibilidad* de tener conciencia de lo injusto (SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, 1970, pág. 143).

b. *La tesis del riesgo mayor o del riesgo innecesario*. Las exigencias de la vida moderna llevan consigo riesgos de los que puede esperarse la probable lesión de bienes jurídicos. Mas esos riesgos son indispensables para el posible desenvolvimiento de la vida social, por lo que la actividad que los crea es autorizada, luego del cumplimiento previo de ciertos requisitos que reducen al mínimo el peligro. Tal es la función del registro de conductor de automóviles o el *brevet* de aviador, etcétera. Esas exigencias han dado particular significado, en la labor de completar *objetivamente* la fundamentación de la culpa, a la tesis del *riesgo innecesario*. De ella resulta que sólo puede considerarse culpable la conducta que excede los riesgos naturales u ordinarios de la actividad que se desenvuelve, creando así *riesgos mayores de los necesarios* (HIPPEL, *Strafrecht*, Vol. II, 1930, pág. 361; NÚÑEZ, T. II, pág. 77). No se pena, pues, el obrar culposo por crear un riesgo, que también puede llevar consigo actividades permitidas, sino por crear un *riesgo mayor del necesario*, de acuerdo con la naturaleza de la actividad que se desenvuelve.

3. *Aspecto normativo*. No se pena a nadie solamente por no prever lo previsible y menos aún por el defecto o vicio de su voluntad. La exigibilidad de determinados modos de obrar sólo puede resultar de que el orden jurídico *imponga hacer o dejar de hacer algo*. De ello resulta que un hecho objetivamente típico sólo puede reprocharse como culpable a quien obró no previendo un resultado, que no solamente pudo prever, sino que *debió prever*. El individuo se vincula psicológicamente con normas jurídicas que le imponen el deber de hacer o de no hacer, las que pueden provenir de *cualquier zona del orden jurídico* (ANTOLISEI, “L’obbligo di impedire l’evento”, en *Scritti di Diritto Penale*, Milano, 1955, pág. 302). Tal el elemento normativo de la culpa, determinado por la obligación impuesta a los componentes de un grupo social de ajustar su conducta a las exigencias de la vida en común.

Además, el incumplimiento de los deberes señalados no es en sí mismo *penalmente punible*, sino cuando causa una lesión de bienes ju-

rídicos *prevista por la ley como típica, ensamblada a esa actividad no diligente*. No toda lesión típica de bienes jurídicos causada culposamente es punible, sino únicamente aquella lesión que ha sido prevista por la ley penal, de modo expreso, en un tipo culposo.

4. *Conclusión*. Así, pues, *objetivamente*, el hecho culposo supone un riesgo evitable creado innecesariamente y, *subjektivamente*, el incumplimiento de un deber de diligencia, a consecuencia del cual se causa el resultado típicamente antijurídico. En síntesis, sólo pueden ser atribuidos a título de culpa *los resultados típicamente antijurídicos que el autor pudo y debió haber previsto, creando con su falta de diligencia un riesgo mayor que el que resulta del acontecer común y corriente de las cosas*.

La falta de diligencia se manifiesta a través de las distintas modalidades de la culpa: la imprudencia, la negligencia, la impericia en un arte o profesión y la inobservancia de los reglamentos, ordenanzas o deberes del cargo.

La Cámara del Crimen de la Capital se pronunció sobre la culpabilidad de un peatón que al cruzar la calle a mitad de cuadra provocó un accidente que causó la muerte de una mujer que acompañaba a un motociclista. El hecho se produjo en la siguiente forma: circulaba por la avenida Rivadavia un ómnibus y paralelamente a él avanzaba una motocicleta guiada por F.R.E., a quien acompañaba la víctima. La motocicleta, a mitad de cuadra, embistió a un peatón, quien resultó ser el imputado, volcando la máquina con sus dos pasajeros, uno de los cuales, la acompañante, cayó debajo del ómnibus, sufriendo lesiones que determinaron su muerte. El conductor de la motocicleta fue sobreseído definitivamente por falta de responsabilidad y declarada la culpabilidad del peatón (Sala 3ª, causa 2945, "Ale", octubre de 1963). Puede verse aquí cómo la imprudencia del peatón, al cruzar por lugar no autorizado, creó un peligro inesperado para el conductor de la motocicleta.

4 — LA NEGLIGENCIA Y LA IMPRUDENCIA. La negligencia es la falta de precaución o indiferencia por el acto que se realiza. Tanto mayor es la negligencia cuanto más diligencia requiere la naturaleza del acto; no es lógico exigir las mismas precauciones a quien transporta fardos de pasto, que al que debe efectuar el traslado de una sustancia explosiva. Esto vale tanto para apreciar si en el caso particular ha existido negligencia, como para graduar la pena dentro del sistema elástico de la ley.

La imprudencia implica un obrar que lleva consigo un peligro. Gramatical y jurídicamente, *imprudencia* significa tanto como falta de ejercicio de la condición de prever y evitar los peligros. Es decir, que mientras el negligente no hace algo que la prudencia indica hacer, el imprudente realiza un acto que las reglas de la prudencia indican no hacer. En ambos casos hay falta de diligencia. Negligente es quien sale a la calle con su automóvil sin arreglar algunos desperfectos; imprudente es quien, teniendo su coche en buenas condiciones, marcha a excesiva velocidad.

Lo dicho sólo es válido como idea general, ya que los conceptos de *imprudencia* y *negligencia* no pueden separarse con estrictez, pues si bien es cierto que tienen más marcadamente el contenido que les hemos dado, en muchos casos se superponen o parten la una de la otra. En el ejemplo citado no puede negarse que quien por negligencia sale a la calle con su automóvil en malas condiciones, obra también imprudentemente. Lo mismo puede decirse del que, por no revisar su arma, no se da cuenta del riesgo que implicaba apuntar con ella. Buena prueba de esta dualidad se ve en el hecho de que, mientras NÚÑEZ cree que ése es un caso de negligencia (*Derecho Penal*, T. II, pág. 80), la Cámara del Crimen de la Capital lo considera una imprudencia (*J.A.*, 1944-III, pág. 89). En verdad, no revisar un arma importa negligencia, pero apuntar con ella es siempre una imprudencia. La Cámara en lo Penal de Dolores calificó a la negligencia como “la forma pasiva de la imprudencia” (*L.L.*, 30-IX-1980).

5 — IMPERICIA EN SU ARTE O PROFESIÓN. La ley argentina, al describir la figura de los delitos culposos, emplea en los artículos 84 y 94 la frase “impericia en su arte o profesión” y en el artículo 203 “impericia en el propio arte o profesión”. De los términos de la ley se desprende, con toda claridad, que la impericia debe producirse en el desempeño de la actividad o profesión que constituye el medio de vida del sujeto o para la cual está facultado, sin que sea necesario para considerarlo arte o profesión que se requieran estudios especiales o título habilitante; el electricista, el mecánico o el plomero, lo mismo que el farmacéutico o el médico, tienen conocimientos que hacen que pueda cumplir cierta clase de tareas para las que no están todos capacitados.

Esa capacitación es el presupuesto indispensable para que pueda hablarse de impericia en *el propio* arte o profesión, puesto que tales conocimientos son los únicos que pueden tomarse como índice de referencia para formarse un juicio de la “pericia” o “impericia”. No podrá decirse, de quien posea los conocimientos indispensables, que ha obrado con impericia, aunque pueda haber obrado con error, que acarrea

culpa si es inexcusable (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. V, nro. 1652). A este respecto es conveniente señalar que no podrán calificarse como falta de pericia aquellos procedimientos que se presten a discusión pericial, como sería, por ejemplo, el caso de un médico que emplee determinada técnica al ejecutar una operación, sino sólo cuando el técnico carezca de conocimientos que no puede ni debe ignorar en razón de su actividad. Debe ser un error que, “cayendo fuera del marco de lo oponible y discutible, sea grosero e inadmisibles por obedecer a una falta de saber mínimo” (NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. II, pág. 88). Los errores que no son consecuencia de tal ignorancia pueden ser atribuibles a la falta de diligencia o bien ser contingencias de cualquier actividad técnica, si no ha mediado imprudencia o negligencia.

6 — INOBSERVANCIA DE LOS REGLAMENTOS, ORDENANZAS O DEBERES DEL CARGO. Otro de los caminos por el que, según nuestra ley y la doctrina, se llega a la culpa, es la inobservancia de los reglamentos, ordenanzas o deberes del cargo, a consecuencia de la cual se produce un resultado típicamente antijurídico.

Existe disidencia entre los intérpretes de nuestra ley sobre si la inobservancia de los reglamentos, etcétera, implica una negligencia apta por sí sola para hacer incurrir en culpa o bien una presunción de negligencia, que es preciso comprobar.

Nosotros pensamos que si a consecuencia de la referida inobservancia se produce un estado delictuoso, no es necesaria otra comprobación, ya que tal omisión no es otra cosa que una forma de negligencia o imprudencia especialmente captada por la ley.

Así, pues, la ley establece que obra negligentemente quien incurre en la inobservancia de los reglamentos, ordenanzas o deberes de su cargo. Entiéndase bien, *presunción de negligencia no es presunción de culpabilidad*. A la inversa, el cumplimiento de los reglamentos ni es presunción de diligencia ni exime al autor de responsabilidad por actos imprudentes, negligentes o de impericia (NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. II, pág. 89).

También es de interés elucidar si las disposiciones de cuya inobservancia surge la culpa son sólo las emanadas de la autoridad pública o pueden serlo, también, las dictadas por particulares. Están en lo cierto quienes circunscriben la previsión a las normas emanadas del poder público. El artículo 77 del Código Penal declara que las expresiones “re-

glamentos” y “ordenanzas” comprenden todas las disposiciones de carácter general dictadas por la autoridad competente en la materia de que se trate.

La consecuencia inmediata de esta selección es que, cuando se trate de disposiciones de fuente privada, su inobservancia no implica por sí sola una actuación negligente, es menester la comprobación efectiva de negligencia. NÚÑEZ cree que en lo que se refiere a *la inobservancia de los deberes del cargo*, la regla se puede encontrar en cualquier regulación, pública o privada, por ejemplo, las emanadas de una empresa industrial (*Derecho Penal*, T. II, pág. 89 y nota 254). Así limitada la fuente privada a los deberes del cargo (función o empleo) creemos que NÚÑEZ tiene razón.

7 — LA RELACIÓN CAUSAL. Pareciera que es innecesario referirse a la relación causal al ocuparnos de la culpa, ya que ella debe existir siempre para que un resultado típicamente antijurídico pueda ser atribuido a alguien. Sin embargo, el hecho de que en la culpa exista ya como causa la violación de alguna norma, ha llevado alguna vez en la *praxis* a ver, errónea y peligrosamente, en esta violación, una presunción de culpa por el resultado. El error se comete en particular en la inobservancia de los reglamentos u ordenanzas al suponer que la condición de infractor responsabiliza por todos los resultados típicos que se causan. Si bien es cierto que, como antes dijimos, la inobservancia lleva consigo la presunción de haber obrado con *imprudencia o negligencia*, ésta es cosa distinta de la *imputación por el resultado*, la que requiere, además, que se haya producido un resultado tipificado a título de culpa y que la actitud culposa *haya sido la causa* de ese resultado típico. La culpa *no es punible en sí misma*, sino sólo en tanto y en cuanto es causa de un resultado típico; no se pena a nadie por su imprudencia o negligencia, sino por haber lesionado un bien jurídico por causa de su imprudencia o negligencia.

La jurisprudencia declaró que no es suficiente para responsabilizar por culpa al conductor de un vehículo el hecho de circular de contramano, si no se demostró que haya existido efectiva relación causal entre la infracción municipal y las lesiones causadas a la víctima (Cám. Crim. Capital, Sala 4ª, causa 1762, “Bendix, R.”, 4-IX-1962; otros tribunales, *L.L.*, Rep. XIII, pág. 320, nros. 9 y 10; *L.L.*, 21-XI-1966, con nota de BACIGALUPO, E.). Algunos tribunales declararon que la falta de registro habilitante de un conductor no hace presumir, necesariamente, su culpa y tal circunstancia carece de

significación si se demuestra que la conducta imprudente del peatón fue el factor directo y decisivo de su infortunio (Cám. Crim. Capital, Sala V, causa 2080, "Kremen-chuvsky, F. R.", 28-XII-1962; en el mismo sentido, Cám. Crim. Bahía Blanca, L.L., 11-II-1955).

8 — CLASES DE CULPA. La culpa se distingue en *inconsciente* y *consciente*, llamada también esta última *culpa con previsión* o *con representación*.

Se dice que hay *culpa inconsciente* cuando quien ha obrado con negligencia o imprudencia no se representó el resultado delictuoso de su acción. La culpa es *consciente* o *con representación* cuando el autor se ha representado el resultado de su acto, pero no asiente en él sino que confía en que no ha de producirse y en esa inteligencia obra. La creencia de que el hecho no se producirá, como circunstancia decisiva del obrar, es lo que separa esta forma de culpa del dolo eventual.

En el *dolo eventual* y en la *culpa consciente* se representa la *posibilidad* del resultado.

El elemento *previsión* aproxima en esos grados las dos formas de la culpabilidad: los separa el asentimiento. Existe dolo eventual cuando, de haberse representado como cierto el resultado previsto como posible, ello no habría hecho desistir al autor de su acción. Es decir que el autor, dispuesto a ejecutar una acción delictuosa, ha de resolverse eligiendo entre causar la consecuencia que se ha representado como posible o desistir de su acción, de modo que si actúa, *asiente* en el resultado (FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, § 59, V). No hay dolo sin asentimiento. En la culpa consciente, en cambio, *no media nunca asentimiento*.

En verdad, los autores aún no se han puesto de acuerdo sobre la posibilidad y el significado de la distinción entre culpa consciente e inconsciente:

a. No faltan quienes nieguen la distinción, basándose, en su mayoría, en que la idea de representación es incompatible con el concepto de culpa (ALIMENA, *Principios*, Vol. I, págs. 381 y sigs.); GÓMEZ, E., *Tratado*, T. I, pág. 452). GÓMEZ dice categóricamente: culpa y previsión son términos que se excluyen, por lo que no es admisible la teoría de la culpa con previsión, defendida por algunos. SÁNCHEZ TEJERINA cree que la culpa con previsión cae de lleno en el ámbito del dolo eventual (*Derecho Penal*, T. I, pág. 194).

La culpa con representación es una realidad y su existencia es admitida por gran número de autores (JIMÉNEZ DE ASÚA, SOLER, MAGGIORE, BATTAGLINI, CUELLO CALÓN, HAFTER).

b. Es un criterio bastante extendido el que sostiene que la culpa con representación es una forma más grave que la de la culpa inconsciente. Tal es la opinión, entre otros, de A. MERKEL, A. ROCCO, J. J. HAUS, THORMANN y VON OVERBECK.

El Código italiano de 1930 establece que la pena se agrava en los delitos culposos si se ha obrado no obstante la previsión del resultado. Este punto de vista no nos parece acertado, si la mayor gravedad de la culpa con representación se establece como una norma de carácter general. Además de aceptar que la conducta de quien actúa creyendo fundadamente que podrá evitar el resultado es menos grave de la que quien lo hace sólo con *la esperanza* de evitarlo, también es cierto que, en determinados casos, puede ser más peligroso el sujeto que no prevé, que el que previendo confía en evitar el resultado (JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, 1945, pág. 475).

9 — SISTEMAS LEGISLATIVOS. Dos son las formas como los textos legales acostumbran legislar la culpa. Mientras unos la definen en la parte general, dando una noción válida para todos los delitos que pueden cometerse en esa forma, otros prevén en la parte especial la parte culposa de *los únicos delitos punibles a ese título*.

El Código argentino sigue el segundo sistema, al describir en la parte especial, mediante tipos autónomos, los delitos culposos, generalmente a continuación de la forma dolosa. La consecuencia de la adopción de este sistema es que sólo los delitos descritos en la forma culposa pueden penarse a ese título, partiendo del principio de que no hay delito sin culpabilidad típica.

10 — ESTRUCTURA DEL TIPO CULPOSO EN EL FINALISMO. De todos los elementos del delito es en el tipo donde se encuentra el matiz distintivo de estos delitos. Ello así, porque la acción, tanto para los delitos dolosos de comisión cuanto para los culposos, constituye un ejercicio de actividad final. Sólo debe destacarse que en el delito doloso el resultado producido coincide con el fin que procuraba el autor, en tanto que en el hecho culposo la finalidad del agente no es delictiva, pero como consecuencia de la causalidad que puso en marcha, desatendiendo un deber de diligencia, sobreviene un resultado disvalioso.

TIRSO desea llegar a una reunión que considera importante. Para no hacerlo tarde imprime una velocidad excesiva al automóvil que conduce, quebrantando disposiciones que rigen el tránsito. Es por ese motivo que atropella a SEMPRONIO, quien muere como consecuencia de las lesiones recibidas. El fin de TIRSO era llegar a tiempo a la reunión. El resultado disvalioso que causó como consecuencia de no observar los deberes que imponía la debida diligencia fue la muerte de SEMPRONIO.

Tampoco revisten particularidades la antijuridicidad y la culpabilidad, cuyo tratamiento no difiere del que corresponde a los delitos dolosos.

1. Se dice que los tipos culposos son *tipos abiertos*, en el sentido de que el juez tiene que completarlos para el caso concreto conforme a un criterio rector general. Ese criterio emerge de las propias palabras de la ley, que castiga, en términos generales, como autor culposo de ciertos delitos, al que, *por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo*, causare determinado resultado, como la muerte, lesiones, incendio u otros estragos, envenenamiento de aguas o sustancias alimenticias (arts. 84, 94, 189 y 203, Cód. Pen.).

a. Lo expuesto revela que para que estemos en presencia de un delito culposo es necesario, en primer lugar, la *violación de un deber de cuidado*. Esa violación asume, en el Código argentino, las formas arriba indicadas, pudiendo variar en algún caso, como las acciones que se mencionan en el tipo de la quiebra culposa del artículo 177, las que, en definitiva, no difieren sustancialmente de las mencionadas.

Para establecer aquella violación es necesario recurrir a una imagen rectora: la conducta que hubiera seguido un hombre razonable en la situación del autor. Si se aparta de ella, la conducta será imprudente o negligente, y por tanto, quebrantadora del deber de cuidado. Debe señalarse en este punto, que dicho deber corresponde que se aprecie a luz de las circunstancias de las personas, de tiempo y de lugar en que ocurren las cosas, tal como lo establece el artículo 512 del Código Civil en relación al cumplimiento de las obligaciones (BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, pág. 143).

Parece claro que no es exigible el mismo cuidado a un médico que por razones de necesidad debe efectuar una intervención quirúrgica en medio del campo que en un sanatorio de ciudad. En el segundo caso, por ejemplo, difícilmente se encontraría adecuada al deber de cuidado la causación de una infección por falta de asepsia.

b. El criterio que se analiza excluye los procesos causales imprevisibles (caso fortuito) y la conducción adecuada al deber de cuidado en el tráfico diario, aunque ello implique crear un riesgo que está ínsito en aquél.

c. También pertenece al tipo de los delitos culposos el *resultado*. Tal, la muerte en el artículo 84, el incendio en el artículo 189, etcétera. Ese resultado es la modificación del mundo exterior exigida por la ley penal e importa la lesión de un bien jurídico protegido.

Dice WELZEL: “La importancia del resultado en el tipo reside en que realiza una selección en el círculo de las acciones contrarias al cuidado: ciertamente toda acción *contraria al cuidado es antinormativa, indiferentemente de si se concreta o no en un resultado*; pero sólo una vez que se concreta en un resultado (...) se convierte en el fundamento material del injusto típico penal” (*Derecho Penal alemán*, cit., pág. 193; en contra, considerándolo una condición objetiva de punibilidad, BACIGALUPO, *op. cit.*, pág. 140).

d. Entre la violación del deber de cuidado y el resultado debe mediar *relación causal*. Ésta no existe cuando aun sin existir imprudencia o negligencia el resultado también se habría producido.

Es lo que ocurriría si un suicida se arroja al paso de un automovilista que conduce a exceso de velocidad. Si hubiera ido a la velocidad reglamentaria también le habría causado la muerte.

III. *La preterintención*

1 — CONCEPTO. El tema debe ser analizado comenzando por optar entre la existencia o inexistencia de una *culpabilidad preterintencional*. Para ello, la labor debe cumplirse con cierta independencia del derecho positivo, ya que es frecuente encontrar en los Códigos amenazas de pena para hechos de los que son denominados genéricamente *preterintencionales*, entre los que se incluyen, también, los cualificados por el resultado. Éstos, como su nombre lo indica, agravan la pena por *la causación del resultado más grave, prescindiendo de la culpabilidad respecto de él*. La tipificación de (hechos que tienen fijada una pena mayor que la que corresponde al delito que se quiso cometer, sin alcanzar, empero, la determinada para el hecho producido), no nos ha de llevar, sin más, a la afirmación de que se prevé en esa figura un caso de *culpabilidad preterintencional*. De las circunstancias señaladas sólo puede deducirse que determinada ley ha tomado en cuenta, para graduar la amenaza penal, los dos hechos, el *querido* y el *cometido*. Un análisis de las demás circunstancias que la figura señale, nos dirá si estamos ante un hecho preterintencional o simplemente ante una *respon-*

sabilidad parcialmente objetiva, que es, precisamente, la característica de los delitos cualificados por el resultado.

2 — EL ELEMENTO SUBJETIVO. La particular naturaleza del elemento subjetivo *en relación con el resultado causado* en los hechos preterintencionales, ha dividido a la doctrina respecto de la esencia de esa forma de culpabilidad. Los delitos preterintencionales crean, en efecto, problemas particulares en cuanto a la relevancia jurídica del acontecer causal y, consecuentemente, de la responsabilidad.

Las opiniones que buscan mantener el grupo de delitos que nos ocupa dentro de los principios generales de la culpabilidad, pueden reunirse en dos grupos:

a. *Dolo preterintencional*. Para un grupo de autores existe una especie de dolo preterintencional. Tal fue la opinión de CARRARA, para quien el homicidio preterintencional es un homicidio doloso (*Opuscoli*, Vol. I, Estudio 7º [dolo], pág. 306), y en forma semejante resuelve la cuestión, entre nosotros, Eusebio GÓMEZ (*Tratado*, T. I, pág. 443).

Ya sabemos que no se concibe el dolo sin representación y, a lo menos, asentimiento. Si aceptamos previsión y asentimiento en la lesión mayor, estamos ya en el dolo liso y llano, y la penalidad a aplicar es la correspondiente al tipo que prevé el resultado más grave realizado con dolo, y no la del hecho preterintencional. Con la tesis del dolo preterintencional, se elude el problema de los delitos que nos ocupan en lugar de resolverlo, llegando a admitir dolo sin asentimiento y aun sin previsión.

b. *Delitos mixtos de dolo y culpa*. Para un segundo grupo, los delitos preterintencionales están constituidos por una combinación de dolo y culpa (BETTIOL, *Diritto Penale*, 1ª ed., 1945, pág. 303; VANNINI, D., *Manuale*, Parte general, pág. 115; PECO, José, *Proyecto de Código Penal*, Exposición de Motivos, págs. 59 y sigs.).

El delito menor, el que se tuvo "la intención" de cometer —empleando la terminología tradicional— es doloso; el resultado más grave sobreviniente, a consecuencia del cual la penalidad se eleva, es culposo.

3 — EL CRITERIO MÁS ACEPTABLE. Nos parece que la tesis que ve en la culpabilidad de los delitos preterintencionales una sucesión de

dolo y culpa no ofrece puntos débiles en la afirmación de un hecho inicial doloso; las cuestiones se plantean en relación con el carácter culposo del resultado mayor que agrava la penalidad.

En el problema causal de los hechos preterintencionales, adoptamos la tesis de la posibilidad razonable en la producción del resultado. Ante esa fórmula causal, ¿es exigible la representación del resultado más grave, que fundamenta el actuar culposo? He aquí el meollo del problema.

Rechazamos la objeción que se opone a la concepción mixta, fundada en el hecho de que “dos momentos psicológicos no pueden obrar contemporáneamente”, opuesta, entre otros, por FLORIÁN (*Diritto Penale*, Parte Generale, Milano, 1934, pág. 468), porque la culpa, en particular, no supone una relación psicológica directa del autor con el resultado (nos referimos a la culpa sin representación). Además, son posiciones psicológicas referidas a hechos distintos, lo que es perfectamente imaginable y corriente: es lo común que quien está concentrado en determinada labor se despreocupe por completo de muchos de los hechos que suceden a su alrededor y esa actitud normal, de atención por una parte, y de desatención por la otra, es constitutiva de “dos momentos psicológicos que obran contemporáneamente”.

Señala JIMÉNEZ DE ASÚA que, al hablar de preterintención, no debe olvidarse que más allá de ésta no sólo está la responsabilidad objetiva, sino también la culpa (“El delito preterintencional”, en *El criminalista*, t. II, nro. 5). Agreguemos nosotros que la expresión “preterintencional” se presta a equívocos, pues, más allá de la *intención*, no solamente están el caso fortuito y la culpa, sino también algunas formas del dolo. Esto resulta claro con la doctrina de la representación. Otra cosa es lo que está *más allá de la representación*, que sólo puede caer en el ámbito de la culpa inconsciente o en el del caso fortuito. Entre estos dos últimos, el criterio diferencial lo da la *probabilidad del resultado y, con ella, la exigibilidad de su representación*. Llegamos así, también por este camino, al mismo interrogante: ¿es jurídicamente exigible la representación del resultado más grave en los hechos preterintencionales? El enfrentamiento con el problema causal es el que va a darnos la solución.

4 — RELACIÓN CAUSAL Y CULPABILIDAD PRETERINTENCIONAL.

La culpabilidad se estructura sobre la base del juego de dos elementos: conocimiento y voluntad. Estos dos elementos se superponen netamente con el *cálculo subjetivo* de probabilidades del acontecer causal y es

ese índice de probabilidades el que decide las *exigencias subjetivas* de la culpabilidad. En otras palabras: el probabilismo causal es la base sobre la que se construye la teoría de la culpabilidad, la culpabilidad *se tiende* sobre el nexo causal, y la probabilidad de ese acontecer causal es lo que da al Derecho el elemento de referencia para la reprochabilidad de la posición subjetiva del autor frente al hecho.

Los resultados previstos como posibles, en cuya producción el autor asiente, son abarcados por el dolo eventual. Si representándose el resultado, el autor no asiente en él y su actuar responde a la convicción *fundada* de que podrá evitarlo, el acontecer típico cae dentro del área de la culpa consciente. Si, por último, no se representa ese resultado posible, por falta de diligencia en su obrar, su conducta reúne las características de la culpa sin representación. La *posibilidad razonable de no producción* de un resultado, en el orden causal, se traduce, en el terreno de la culpabilidad, en *posibilidad razonable de no representación*. La *posibilidad razonable no deja de ser probabilidad*.

Resulta así, de modo evidente, que el resultado más grave en esta clase de hechos no puede ser situado en la zona del caso fortuito y no parecerían necesarios otros razonamientos para calificarlo como *resultado culposo*, puesto que no existe otra categoría jurídica. Sobre esto dice JIMÉNEZ DE ASÚA que se está “*más allá* de la intención, pero *más acá* de lo fortuito” (*Tratado*, T. III, nro. 1156).

(El juicio se completa tomando en consideración la *actitud* subjetiva del autor ante el hecho menos grave. Porque, si la imprudencia que hace incurrir en culpa penal consiste en hacer algo que la prudencia indica no hacer, y esa norma de prudencia es socialmente exigible, *el actuar delictuoso doloso es el grado máximo de la imprudencia* (cfr. NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. II, pág. 89 y nota 253).

Luego de lo dicho, resulta fácil concluir en que *el resultado más grave no debe haberse previsto*, pues no se concilia la culpa con representación con un actuar inicial doloso.

5 — ASPECTOS SUBJETIVO Y OBJETIVO. Los elementos *objetivos*, terminan de dar la estructura de los hechos preterintencionales puesto que, con ellos, se fija una *probabilidad reducida* de producción del resultado. Un buen ejemplo nos lo da el artículo 81, inciso 1° del Código Penal argentino, en el que se define el homicidio preterintencional: *al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud (pa-*

labras empleadas en el art. 89 para referirse a lesiones leves), *produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte* (sobre todo lo referente al homicidio preterintencional, cfr. *E.D.*, 1-II-1973).

Son dos requisitos fundamentales:

a. Que se obre con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud.

b. Que el medio empleado no deba razonablemente ocasionar la muerte.

Respecto a la acción y aun al resultado propuesto (las lesiones), *acción y resultado* deben cargarse a título de dolo. De ello no hay ninguna duda ante las palabras de la ley, que exige *el propósito* de causar el daño.

En cambio, si la ley requiere que el medio *no deba causar razonablemente la muerte*, está dando el elemento de juicio que permite susstraer el resultado más grave del normal dominio del hecho por parte del autor, *pero sin excluir la posibilidad de su previsión*. Aquí la *probabilidad* del resultado se alcanza por vía de la *experiencia*, obtenida en virtud de la observación de los casos similares (Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. V, págs. 290 y 293, y Cám. Pen. 1ª Tucumán, *L.L.*, t. 149, 21-II-1973).

El resultado se produce de acuerdo con lo que el autor se ha representado, cuando el acontecer causal se encadena normalmente, dentro del margen natural de probabilidades que el ser humano está en condiciones de imponer. Cuando un hecho es por lo común la consecuencia de una causa, por vía de comparación con los hechos ya conocidos, el autor va a cubrir con su conocimiento el proceso de la cadena causal, porque su experiencia le indica que el resultado va a producirse obrando del modo en que lo hace, ya que sabe, porque lo ha visto, porque lo ha oído, o porque de cualquier otro modo ha llegado a su conocimiento, que ese hecho sucede así generalmente. En esos casos el conocimiento de los hechos se produce sin esfuerzo, naturalmente. Cuando el acontecer causal es menos común, el esfuerzo para preverlo es mayor, pero *la representación del resultado sigue siendo posible*, ya que también sobre esos casos la experiencia señala la posibilidad —probabilidad menor, pero probabilidad—, y en el actuar frente a ella va ínsita la imprudencia apta para fundamentar la culpa penal.

El Código argentino resuelve la cuestión en la hipótesis de lesiones y muerte, como si se acumulara, efectivamente, la pena de las lesiones leves dolosas (art. 89) a la del homicidio culposo (art. 84). El criterio de nuestra ley es racional y adecuado en este sentido. Es acertado, por ello, un fallo de la Suprema Corte de Tucumán, en el que se declara que “el homicidio ultraintencional, mezcla de dolo y culpa, representa el grado máximo de la culpa informado de dolo y un grado inferior del dolo indeterminado” (L.L., 25-V-1955). Dejando de lado algunas disidencias sobre la terminología empleada, el contenido de la idea es el mismo que el de la que aquí hemos sostenido.

CAUSAS QUE ELIMINAN O MODIFICAN
LA CULPABILIDAD

I. *El error*

1 — FUNCIÓN DE LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD. Lo mismo que al ocuparnos de la culpabilidad en su aspecto positivo, debemos referirnos aquí forzosamente a *un delito concreto* y a *un autor determinado*, ya que la ausencia de culpabilidad en uno o unos, no hace presumirla en los demás. Así, en el caso de ser varios los que intervienen en la ejecución de un hecho delictuoso, nada se opone a que uno o más de ellos sean inculpables y uno o varios de ellos, también, culpables, y estos últimos, a su vez, los unos a título de dolo y los otros a título de culpa.

2 — EL ERROR Y LA IGNORANCIA COMO CAUSAS DE INCULPABILIDAD. Es común entre los autores clásicos el estudio del error como causa excluyente *del dolo*. Más exacto es hacerlo como causa *de inculpabilidad*, pues si bien es cierto que la consecuencia más frecuente del error es eliminar el dolo, dejando subsistir la culpa, puede también excluir totalmente la culpabilidad.

La distinta naturaleza de la *ignorancia* y el *error* radica en que la primera supone la ausencia total de conocimiento, en tanto que el error implica un conocimiento equivocado. Para SAVIGNY el error es siempre una forma de la ignorancia puesto que el error existe como consecuencia de ignorar alguna cosa; BINDING dice que “todo conocimiento falso supone, precisamente, un no conocimiento, en tanto que todo lo no conocido es un conocimiento erróneo” (*Die Normen*, Vol. III, pág. 113).

La diferenciación carece de interés en la práctica, tanto porque es difícil imaginar un puro no saber, como porque la legislación argentina equipara los efectos jurídicos del error y la ignorancia (art. 34, inc. 1º). En adelante, nos referiremos con sentido comprensivo de ambos, al error.

3 — ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO. TEORÍA DE LA UNIFICACIÓN. Distingue tradicionalmente la doctrina el *error de hecho* y el *error de Derecho*, y esta distinción ha sido acogida por no pocas legislaciones, entre las que se cuenta el Código argentino vigente, para el que sólo tiene relevancia el *error de hecho*.

1. Es perfectamente visible una corriente doctrinal que se opone a esta rigurosa separación: BINDING razona de este modo: con el enfoque del Derecho, sólo interesa el error que verse sobre un hecho de trascendencia jurídica; el error sobre los hechos de la vida que no tengan significación para el Derecho, jurídicamente no tiene importancia alguna. Así ocurre, por ejemplo, con el convencimiento que alguien pueda tener de que el Sol gira alrededor de la Tierra (*Die Normen*, Vol. III, pág. 87, § 155). Esta tesis, llamada *de la unificación*, no identifica en realidad el error de hecho y el de derecho, no los sitúa en un mismo plano; lo que hace es destacar las características del único error con relevancia jurídica: *el que recae sobre un hecho con significado jurídico*.

En síntesis: los actos con significación jurídica se componen tanto de normas como de hechos; es el conjunto lo que constituye los hechos con esa significación. El error que versa sólo sobre los hechos, sin que de él resulte ninguna modificación jurídica, no puede tomarse en consideración.

La jurisprudencia ha declarado que es error de hecho la falsa creencia de que la mujer con la que se tiene acceso carnal es mayor de 12 años (para el delito de violación, art. 119, inc. 1º, Cód. Pen.), lo que justificaba en el caso su apariencia física (Cám. Apel. Mar del Plata, J.A., 14-II-1961. En igual sentido, L.L., 24-X-1957). Se absolvió, por mediar error de hecho, al deudor prendario, que devolvió el bien adquirido por haber rescindido la operación, y que creyó de buena fe que la prenda había sido levantada (L.L., 28-IX-1963). También se declaró exento de responsabilidad criminal a quien resistió violentamente la acción de un agente de policía evitando que lo llevara detenido, sobre la base de la justa creencia de ser víctima de un procedimiento penal injusto (Cám. Crim. Capital, Sala 1ª, causa "Rodano, S.", 21-IX-1976).

2. Hay casos en que el contenido del conocimiento del autor queda en una etapa anterior a la de la posible representación del acontecer causal, porque ignora que pone la causa del resultado. En tales casos, el autor no está en relación psicológica con el orden jurídico, pues su error no recae sobre una circunstancia, que al ser apreciada equivocadamente, modifica para él la naturaleza jurídica de los hechos, sino que, en el momento de obrar, *ignora que encadena la serie causal*. Es éste el más puro error de hecho imaginable.

En el caso de quien juega con un arma que supone descargada, de la que sale un disparo, o en el de la mujer que creyendo poner azúcar en el café de su marido, pone veneno, *no saben que están poniendo la causa* que ha de producir el resultado y, consecuentemente, *no pueden querer ponerla*. En otras palabras: *no puede hablarse de error sobre la naturaleza jurídica del hecho por parte de quien no ha podido siquiera pensar en él, puesto que ignora que pone la causa que lo producirá*. Su conocer, su previsión, se detiene en una etapa anterior a la que decide la culpabilidad: queda en la etapa del conocimiento de la causa. No es, pues, un error sobre los hechos o circunstancias que dan al acto el carácter de delictuoso o lícito, lo que decide al autor a obrar, sino el desconocimiento de la existencia de la causa desencadenante.

4 — EL ERROR DE DERECHO. La categórica separación que hace el Código argentino, al referirse tan sólo al error de hecho, y el silencio guardado respecto a la separación en *penal* y *no penal*, impide hacer valer el error de Derecho como excusante de culpabilidad, *basándose en la previsión del error contenido en la ley*.

1. En cambio, la previsión de la ley argentina admite la posibilidad de dar valor excusante al error de Derecho en determinados casos, no por aplicación de la referencia al error hecha en la ley, sino *por ausencia de un elemento del dolo* (cfr., en lo esencial, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. V, nro. 151).

Refiriendo el error de Derecho al *desconocimiento de lo ilícito* (ilícito penal) o, si se quiere, al *desconocimiento de la criminalidad del acto*, usando así la terminología empleada por el artículo 34, inciso 1° del Código Penal, puede ser situado en un terreno que participa del hecho y del Derecho, y es más acorde con la realidad que la posición clásica —ya muy cuestionada— que distingue, de modo tajante, entre error de hecho y error de Derecho. La corriente que propone aceptar dentro de ciertos límites el error llamado *de Derecho*, puede encontrar en esa fórmula un principio de solución.

El error *inevitable* excluye totalmente la culpabilidad, pues ya se ha dicho que a nadie puede tenerse por responsable si no ha tenido, a lo menos, la posibilidad de comprender la antijuridicidad del acto. Pero el error de Derecho *evitable* (culposo) también elimina el dolo, por no haber comprendido el autor “la criminalidad del acto”. En este caso sólo es aplicable la amenaza penal determinada para el delito culposo.

a. Por el mismo camino que nosotros, cree KAUFMANN que tiene cabida en el derecho argentino un error sobre la prohibición. Pero KAUFMANN, finalista y afiliado a la “teoría de la culpabilidad” (*infra*, 6-), sostiene que cuando el error es evitable, el hecho es igualmente un delito doloso, con una eventual disminución de la culpabilidad y de la pena (*Das argentinische Strafgesetzbuch* —art. 34, nro. 1— *und der Verbotsirrtum*, II, con motivo de las Jornadas de Derecho Penal, Buenos Aires, 1971)

BACIGALUPO cree que el error *invencible* sobre la antijuridicidad excluye totalmente la culpabilidad en tanto elimina en forma absoluta la posibilidad de comprender la antijuridicidad del acto. Ello, no obstante advertir líneas antes que la conciencia de la antijuridicidad es un elemento del delito, *pero no un elemento del dolo* (“Fundamentación del concepto de tipo penal”, etc., en Jornadas Internacionales de Derecho Penal, *Relatos*, 1971, págs. 32 y sigs.).

Los errores *vencibles* este autor los considera previstos por el artículo 35 del Código Penal, que contempla *el exceso* en los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad (justificación). Cree BACIGALUPO que los errores vencibles son casos de exceso.

Concluye que, cuando el error es *vencible*, si el delito está previsto como culposo, la escala penal de éste es la aplicable. Si no lo está, el juez debe arbitrar la escala penal del delito doloso reducida de un tercio a la mitad, como para la tentativa (art. 34, Cód. Pen.) y para los partícipes no necesarios (art. 46, Cód. Pen.). El porqué de la adopción de esta escala no alcanzamos a entenderlo.

b. La Cámara del Crimen de la Capital, Sala 1ª, en un caso de usurpación, sobreseyó en razón de que el acusado, de acuerdo a las gestiones realizadas para conocer el alcance de la protección legal a sus derechos mediante acciones judiciales, demostró que *tuvo motivos razonables para creerse amparado por la ley* (*Doc. Jud.*, 30-XI-1958). En el mismo sentido, en un caso muy semejante (*Fallos*, t. VII, pág. 120). También en el delito de usurpación, se expidió la Sala 3ª del mismo tribunal, declarando que el autor no incurre en delito *porque su error pudo hacerle pensar que subsistían sus derechos a la vivienda* (*L.L.*, 5-IV-1960).

La tendencia a dar paso al error de Derecho se aprecia claramente en los Proyectos argentinos más recientes. El *Proyecto* de 1941 (PECO) dispone: “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* (art. 9º, inc. 1º). Si el error de Derecho o de hecho provienen de culpa, se aplicará la sanción establecida para el delito culposo (art. 9º, inc. 3º)”. El *Proyecto* de 1960 (SOLER) declara que “*no es culpable* el que actúa en la creencia de obrar lícitamente, debido a ignorancia o errónea

apreciación de la ley, que no le sean reprochables. En el caso contrario, la pena podrá ser atenuada de acuerdo con el artículo 74 (art. 22)". Para el *Proyecto* de 1976, no es punible "el que no hubiere comprendido la criminalidad del acto por ignorancia insuperable de la ley penal transgredida" (art. 22).

2. La jurisprudencia y la doctrina distinguen en *error de derecho penal* y de *derecho no penal*, equiparando este último al *error de hecho*. El postulado recibe clara aplicación en el supuesto del artículo 206 del Código Penal, que castiga al "que violare las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal". Quien alegue desconocimiento de esas leyes alega error de derecho extrapenal.

La jurisprudencia ha equiparado, en algunos fallos, el *error de derecho no penal* al *error de hecho*. En un caso de retención indebida, absolvió a quien no devolvió la cosa creyéndose facultado para ejercer el derecho de retención (*E.D.*, 3-IX-1963; *id.*, *L.L.*, 14-VIII-1963; *id.*, t. III, pág. 424). Reconociendo la equiparación de error de derecho no penal y error de hecho, aunque condenando, por no concurrir en el caso, *L.L.*, 4-VI-1964, con comentario de Enrique R. CARRERAS (en el mismo sentido, *L.L.*, 27-IX-1966). En un fallo en el que se negó vigencia en el derecho argentino al error de prohibición, la Cámara del Crimen de la Capital sostuvo que constituía un error de derecho extrapenal, equiparable al error de hecho, la actuación del marido separado de hecho e imputado del delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar que no prestó alimentos sobre la fundada creencia de que había cesado su obligación alimentaria por falta de su cónyuge al deber de fidelidad (Sala 5ª, causa nro. 8295, *Fallos*, Segunda Serie, 1977, t. II, pág. 267).

5 — ERROR DE TIPO Y ERROR SOBRE LA PROHIBICIÓN. Numerosos autores modernos proponen el reemplazo de la distinción clásica en error de hecho y de Derecho por la de *error de tipo* (*tatbestandsirrtum*) y *error sobre la prohibición* (*verbotsirrtum*).

Las diferencias entre estas dos formas y las tradicionales —error de hecho y de Derecho— no siempre resultan muy claras. Debe aceptarse, sin embargo, que el error sobre la prohibición reduce su ámbito con respecto al error de Derecho, en tanto que el error de tipo lo amplía en relación con el error de hecho.

El supuesto más característico del *error de prohibición* es la creencia equivocada de que el hecho no está prohibido, sea porque el autor no conoce la norma jurídica o la conoce mal.

Debe señalarse que no cualquier error sobre la prohibición excluye la culpabilidad ni entre los autores que sostienen la concepción finalista de la acción ni entre los causalistas que admiten su aptitud excul-

patoria. Para que la ignorancia o el error de prohibición operen como causa de impunidad no tiene que haber sido exigible al autor, de acuerdo con sus pautas (personales, culturales, sociales) el conocimiento de la antijuridicidad de su acción. Enseguida se deja ver que resulta prácticamente imposible alegar que no se sabía que el homicidio o el hurto son hechos delictivos, en tanto que parece razonable que el jujeño que desde chico se ha dado al *coqueo* sea reputado inculpable desde que, por su educación, condiciones de vida, costumbres, debió reputar conforme a Derecho y no antijurídico el hecho de mascar coca (el ejemplo servía hasta la sanción de la ley 23.737 que desincriminó esa práctica).

Veamos un caso de error de prohibición: Un prestamista que habitualmente reclamaba de sus deudores garantías desmesuradas viajó al exterior en octubre de 1970. Al regresar, en agosto de 1971, sigue efectuando préstamos en las mismas condiciones. En el ínterin se había sancionado la ley 18.934, que penaba el delito de usura como artículo 175 bis del Código Penal. Esta acción es impune por error de prohibición, pues al sujeto, que prestó usurariamente durante años, no le era exigible que, al retornar al país, se informara sobre una reforma en la legislación penal. El error de prohibición fue insalvable, puesto que, de acuerdo con sus circunstancias personales, actividad, etcétera, no tuvo conocimiento concreto de la antijuridicidad ni posibilidad exigible de adquirir dicho conocimiento.

Cabe poner de relieve que el criterio restrictivo que se sigue en el texto en cuanto *error de prohibición* y amplio en cuanto al *error de tipo* está lejos de ser unánime y que son muchas las opiniones al respecto.

Desde una perspectiva finalista, BACIGALUPO cita como supuestos de *error de prohibición*: a) error sobre la existencia de la norma abstracta (supuesto recién citado); b) error sobre la existencia de una causa de justificación (caso mencionado en este número como b); c) error sobre los presupuestos de una causa de justificación (eximentes, putativas, *infra*, 11); d) error sobre los límites de la necesidad (el autor obra en la creencia de que su acción era necesaria para la defensa de un bien jurídico pero objetivamente no lo era: cree, ante un ataque, que era necesario matar al agresor, pero hubiera bastado con lesionarlo) —*Lineamientos*, cit., págs. 90 y 91—.

ZAFFARONI, por su parte, menciona: a) error de prohibición *directo*: no se comprende en forma exigible la norma prohibitiva (supuesto a) de BACIGALUPO; b) se supone que hay un precepto permisivo (causa de justificación) que no existe; c) error de prohibición *indirecto*: se supone que hay instancias de hecho que de existir justificarían la conducta (supuesto c) en el párrafo anterior —eximentes putativas—).

Señala este último autor, que cualquiera sea la clase de error de prohibición o su raíz —de hecho o de derecho— tiene por efecto la exclusión de la culpabilidad del agente cuando es invencible o su disminución en caso contrario. Añade luego que la diferencia esencial entre el *error de tipo* y el *de prohibición* radica en que en el primero el sujeto no sabe lo que hace, o sea que no realiza una conducta finalista típica (no hay congruencia entre el tipo objetivo y el subjetivo), en tanto que en el *error de prohibi-*

ción sabe qué es lo que está haciendo, pero no puede motivarse de acuerdo a la norma porque carece de los elementos que le posibilitan su comprensión (*Teoría del delito*, cit., pág. 602).

El *error de tipo* alcanza a la equivocada suposición de que no concurre “un elemento del hecho” (*tatumstand*). Vistas las cosas de este modo, quedan comprendidos en el error de tipo:

a. Los errores sobre los elementos normativos del tipo, tales como el título que produce obligación de entregar o devolver en la retención indebida (art. 173, inc. 2º) o el carácter ajeno de la cosa en el hurto (art. 162) y sobre términos que no son puramente materiales, como embargados o gravados (art. 173, inc. 9º), el concepto de documento (arts. 292 a 294) y otros.

b. Los casos en que el sujeto cree actuar justificadamente. Así, por ejemplo, quien supone erróneamente que está en una situación de necesidad o que está autorizado a *ejercer el derecho* de retención en la apropiación indebida (art. 173, inc. 2º). Estos casos fueron resueltos por los tribunales argentinos, ya como de error de hecho, ya como de derecho no penal (véase la jurisprudencia citada *supra*, 4, 2).

c. Por último, quedan también comprendidos los casos de error no esencial, que no son, sin embargo, errores accidentales, puesto que producen consecuencias jurídicas. Quien mata a su padre sin saber que lo es, adecua su conducta a la figura del homicidio simple (art. 79), porque yerra sobre una “circunstancia del hecho típico” más grave.

En la *jurisprudencia argentina*, cada vez con mayor vigor, se está aceptando el error de prohibición. La Sala I de la Cámara del Crimen ha señalado que debe ser absuelto el procesado cuya calidad de autor del delito de tenencia de estupefacientes estaba acreditada si obró con error insuperable sobre la antijuridicidad de su comportamiento, que no le permitió comprender, en el momento del hecho, la criminalidad del acto. Se añadió en la ocasión que debía atenderse a la naturaleza del delito, que era de creación política, ya que pese a la generalizada y tradicional costumbre en por lo menos dos provincias argentinas del “coqueo”, nunca estuvo incriminado el consumo de coca hasta la promulgación de la norma actualmente vigente (causa nro. 22.406, “Vélez, Sergio”, 16-XI-1979; el mismo tribunal admitió el error de prohibición en la causa nro. 28.188 del 13-XI-1984). El “coqueo” es impune a partir de la sanción de la ley 23.737 (art. 15). La Sala II de la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, por su parte, sostuvo que el error de prohibición tiene vigencia en el derecho argentino en virtud de lo preceptuado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, según el cual “nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo

que ella no prohíbe”. Señalaba este tribunal que sólo quien conoce o estaba obligado a conocer puede ser destinatario de un imperativo legal amenazado con pena. Se citó en el fallo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*, 293:592; a NÚÑEZ, *Manual*, Parte General, Buenos Aires, 1977, págs. 203 y sigs.; y a ZAFFARONI, *Tratado*, T. III, pág. 425, en causa nro. 3155, “Bianchi, Ángel y otros”, del 5-IV-1984.

6 — LA TEORÍA DEL DOLO Y LA TEORÍA DE LA CULPABILIDAD. Dijimos, al ocuparnos del dolo, que la adopción de la “teoría de la culpabilidad” o de la “teoría del dolo” produce sus efectos más significativos en el área del error. En realidad, la diferencia esencial gira en torno a la manera de resolver los casos en que el sujeto, actuando culposamente, cae en un error de prohibición (puede verse sobre el tema la monografía de HERRERA, Lucio E., *El error en materia penal*, 1971, págs. 82 y sigs.).

La teoría del dolo, conforme con las enseñanzas de BINDING y VON LISZT, entendió que el error excluye el dolo y la culpa cuando es inculpable; cuando es culpable, también excluye el dolo, pero deja un remanente de responsabilidad culposa. Así lo entendemos nosotros. Para la “teoría de la culpabilidad”, el error de prohibición evitable “*deja subsistente la imagen total de un hecho punible doloso*”, “deja intacto el dolo del hecho” (MAURACH, *Tratado*, T. II, § 38, I; WELZEL, H., *Derecho Penal*, § 21, II, 2; BOCKELMANN, *Relaciones entre autoría y participación*, págs. 47 y sigs.). La pena puede disminuirse por otros motivos, tales como la *culpabilidad disminuida*, pero no por ausencia de dolo. Es decir que el error de prohibición culposo no elimina el dolo porque el autor sabe lo que hace, tiene la intención del hecho (dolo de hecho).

7 — ERROR ESENCIAL Y ACCIDENTAL. Según su *extensión* y significado jurídico, se distingue el error en *esencial* y *accidental*.

a. El error es *esencial* cuando impide al autor comprender la naturaleza criminosa del acto que realiza. Esto sólo ocurre cuando el error recae sobre un “elemento” de la figura delictiva. Esta falsa apreciación tiene el efecto de cambiar en la mente del autor la valoración jurídica penal de los hechos, y con ello impedirle comprender la criminalidad del acto (art. 34, inc. 1º, Cód. Pen.).

En los casos en que existen figuras agravadas, el error, para ser esencial, debe recaer *sobre un elemento de la figura básica*, pues en el

caso de que verse sobre una *circunstancia* de las que cualifican, *lo que el autor aprecia sin error es un delito* (véase lo que decimos sobre estas formas de error en *infra*, 8).

b. *El error no esencial* se denomina también *accidental* y deja intacta la culpabilidad. Tres son las especies de error accidental dignas de consideración:

Aberratio ictus: no siendo el resultado producido el mismo que se perseguía es, sin embargo, idéntico en su significación jurídica. Es el supuesto de quien, queriendo matar a Juan que es su enemigo, por su mala puntería mata a Pedro, que no lo es. En ambos casos se habrá cometido un homicidio simple: para la ley, idéntica significación tiene matar a Pedro que matar a Juan.

Error in persona: aquí el error versa sobre el objeto mismo. En la hipótesis que nos ocupa, por ejemplo, el autor hace fuego sobre una persona distinta, suponiendo que es aquélla a la que se quiere herir. El actor dispara sobre Pedro confundiéndolo con Juan.

En los *medios empleados* o *dolus generalis*, cuando son distintos de los propuestos, pero idénticos para causar el mismo resultado. Así, por ejemplo, alguien creyendo muerta a su víctima sólo desvanecida a consecuencia de los golpes sufridos, la arroja al mar, produciéndole la muerte por asfixia. En ambos casos el medio empleado es idóneo para causar la muerte.

8 — OTRAS FORMAS DE ERROR QUE PRODUCEN EFECTOS JURÍDICOS. Entre el *error esencial*, que siendo inculpable elimina dolo y culpa, y el *error accidental* que en nada modifica la culpabilidad, se encuentra el que podemos llamar *error de adecuación*, el que, no obstante no recaer sobre un elemento de la figura básica, tiene consecuencias jurídicas. Los efectos de este error no recaen *sobre la naturaleza* de la culpabilidad sino sobre su *contenido de conocimiento*, y consecuentemente, *sobre la adecuación*. Puede decirse que este error es “esencial” para la adecuación a la figura agravada.

Pero no es un error *esencial que excluye el dolo*, como equivocadamente cree NÚÑEZ (*Manual*, 1972, pág. 225). El error que recae sobre una circunstancia de agravación, deja ver sin error, lo mismo que el error accidental, un hecho delictuoso; pero mientras en el segundo caso

el hecho querido y el realizado tienen para la ley el mismo disvalor, en el primero el hecho producido es más grave que el abarcado por el dolo.

9 — ERROR CULPABLE E INCULPABLE. Según cual haya sido la actitud del sujeto ante los hechos sobre los cuales ha recaído su error, éste se distingue en *culpable* e *inculpable*.

a. *El error culpable* (culposo), como su denominación lo indica, es el error evitable cuando se procede con la debida diligencia. Nace, pues, el error culpable, de las mismas fuentes que la culpa: la imprudencia y la negligencia. Se comprende entonces fácilmente que tal error no puede dejar subsistente la culpabilidad dolosa.

La consecuencia de esta forma de error es eliminar el dolo, quedando subsistente la responsabilidad y la pena del delito culposo, si el hecho está descrito en la ley bajo esa forma de culpabilidad.

b. *El error es inculpable* cuando se ha incurrido en él no obstante haber puesto en la acción la *normal diligencia* requerida por la naturaleza de los hechos.

Puede decirse que las denominaciones *error evitable* y *error inevitable* se corresponden con las de *error culpable* y *error inculpable*, puesto que, exigida la normal diligencia para todos los casos, si en tal actitud subjetiva el error se puede evitar, es salvable; si aun así, se incurre en él, es insalvable. La condición de evitable o de inevitable del error *no puede ser absoluta*, sino en relación con la *exigibilidad de prevenir* que es característica de la culpa.

10 — EL ERROR EXCLUYENTE DE TODA CULPABILIDAD. *Para que quien obra con error lo haga en forma totalmente inculpable, el error debe ser esencial e inculpable*. Sintéticamente:

La exigencia de que el error sea esencial corresponde a la circunstancia de que es ésa la única forma que impide comprender la criminalidad del acto. El error accidental recae sobre figuras que no son elementos de la figura básica y, por ello, los hechos que se aprecian sin error tienen carácter delictuoso.

El error ha de ser inculpable, porque sólo esa forma elimina el dolo y la culpa. El error culpable, resultante de la imprudencia o negligencia, da lugar, precisamente en razón de su origen, a responsabilidad

y pena por delitos culposos. Cuando la ley no describe la figura culposa, el hecho es impune.

11 — LAS EXIMENTES PUTATIVAS. Dentro de la teoría del error es donde deben estudiarse las *causas putativas* de exclusión de pena. Se trata del *caso en que un sujeto cree* actuar de modo legítimo, suponiéndose, por error con relación a los presupuestos fácticos, protegido por una causa de justificación. El caso más común es el de la *defensa putativa*: un individuo, creyéndose ilegítimamente agredido, reacciona con la convicción de que obra en defensa legítima.

La doctrina suele llamar a estas eximentes “causas de justificación putativas”. Preferimos no emplear esa denominación, porque el carácter objetivo de las causas de justificación, que hace desaparecer el delito por no existir antijuridicidad, no se da en estas eximentes fundamentadas en los efectos del error. En el derecho argentino no hay otro modo de fundamentarlas, ya que la ley no hace referencia a las eximentes putativas. Cabe señalar que éste es uno de los supuestos que los autores finalistas citan como error de prohibición (*supra*, 5).

En estos casos la mente del sujeto recorre un camino más largo que en los casos comunes de error. Ve, sin error, que *es un hecho* con todas las características de una acción típica: verbigracia, muerte de un ser humano; pero, además, aprecia con error *circunstancias que le hacen creer que el hecho es considerado lícito*. Habrá que atenerse, pues, a las normas generales que hemos dado para el error.

La jurisprudencia ha admitido, reiteradamente, las eximentes putativas, fundándolas en el error. Así, la defensa putativa al creerse objeto de una agresión ilegítima (Cám. Crim. Capital, *L.L.*, 13-VII-1951; *id.*, causa nro. 980, “Hidalgo, J. L.”, Sala 3ª, 21-VII-1960; *id.*, Fallos, t. I, pág. 500; t. V, pág. 188; t. VI, pág. 297; *L.L.*, 26-VIII-1965, S.C.B.A., *L.L.*, t. 56, pág. 43; S.C. Tucumán, *L.L.*, t. 62, pág. 739; Cám. Penal Mar del Plata, *L.L.*, 23-XI-1955; Cám. Fed. Resistencia, *L.L.*, 21-X-1961). Por su parte, la Cámara Penal de Tucumán declaró que la defensa putativa es un acto antijurídico al que se exime de pena por falta de culpabilidad (*L.L.*, 18-II-1963). También la Cámara Penal de San Isidro (*L.L.*, 21-III-1973; *E.D.*, 13-IV-1973) y la Cámara del Crimen de Capital Federal (*L.L.*, 8-V-1973).

II. *La amenaza de sufrir un mal grave e inminente*

El artículo 34, inciso 2° del Código Penal argentino declara que no es punible el que obrare *violentado* por fuerza física irresistible o *amenazas* de sufrir un mal grave e inminente.

La *fuerza física irresistible*, como en su lugar se vio, es una causa *excluyente de la acción*. La *amenaza* de sufrir un mal grave e inminente *excluye la culpabilidad* y de ella nos ocupamos aquí.

La distinta función de estas eximentes resulta de la diferencia entre *ser violentado*, es decir utilizado como cosa, y *obrar amenazado*, es decir *sin libertad, pero con la participación de voluntad que caracteriza al autor*. La amenaza puede partir de un ser humano (coacción) o de fuerzas no humanas. En ambos casos tiene función excluyente de la culpabilidad.

Por mucho tiempo se consideró limitada esta causa de inculpabilidad a la *amenaza proveniente de un ser humano o coacción* (SOLER, *Derecho Penal*, T. II, § 41, II; HERRERA, *La reforma penal*, nro. 250; también nosotros: *El elemento subjetivo del delito*, pág. 154). NÚÑEZ señaló que está comprendida, también, la amenaza que proviene de fuerzas no humanas (T. II, pág. 122). Ésta es la solución correcta que hemos adoptado.

Cree NÚÑEZ que no hay razón para distinguir, como lo hacemos nosotros (*Derecho Penal*, T. II, § 42), los requisitos de la *coacción* (de origen humano) de los de amenaza de un mal grave e inminente (que proviene de otras fuerzas), pues —dice— además de que la ley no hace diferencia, la una no difiere sustancialmente de la otra respecto de sus condiciones esenciales (*Manual*, 1972, pág. 230, nota 52). No alcanza a ver dicho autor que las diferencias son consecuencias de la naturaleza misma de las cosas.

La primera y ya esencial diferencia de la que se siguen las demás, está en el hecho de que la amenaza es en un caso *la acción* de un ser humano, mientras que en el otro resulta de fuerzas no humanas. De modo que el coaccionado es objeto de una *agresión* que puede repeler; el otro amenazado no. Es algo muy similar a la diferencia que existe entre el origen del estado de necesidad justificante y el de la necesidad de defensa en la defensa legítima, de la que resultan todos los demás requisitos. La coacción es *dirigida*; las otras amenazas no, y la intervención del hombre puede cambiarlas, como ocurre cuando se desvía u orienta un hecho físico (inundación, incendio), cambiando el destinatario natural del mal amenazado. Éste es en sí mismo *un fin, un resultado* cuando actúan fuerzas no humanas; en la coacción, en cambio, la amenaza es *un medio* para que *otro haga* algo, que es el fin perseguido por el coaccionante.

Por último, en la coacción, lo común es que haya un autor mediato culpable —el coaccionante—, cosa difícil de imaginar en la situación de necesidad disculpante.

A. LA COACCIÓN

1 — CONCEPTO. *No actúa culpablemente quien lo hace bajo la amenaza de sufrir un mal grave e inminente que parte de un ser humano.*

Las amenazas comprenden no solamente la llamada violencia moral, sino también el ejemplo de violencia física, cuando ésta no impide en el amenazado la manifestación de voluntad, como, por ejemplo, apalear o torturar para *forzar a realizar algo* (WELZEL, *Derecho Penal*, § 21, III; MAURACH, § 34, II, A, 1.). Es ésa una forma de la *vis compulsiva*, que es siempre *amenaza*.

2 — COACCIÓN Y FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE. Es necesario distinguir la *fuerza o violencia física irresistible (vis absoluta)*, de la llamada *violencia moral (vis compulsiva)* o coacción propiamente dicha.

Cuando se obra *violentado por fuerza física irresistible*, el violentado es un mero instrumento de otro. No hay de su parte manifestación de voluntad, ni por tanto acción, sin perjuicio de que la haya de parte de quien ejerce la violencia, que es quien tiene el dominio del hecho.

En la violencia moral (coacción), la voluntad del individuo está presente, pero no es libre en su elección; carece de la posibilidad de dirigir libremente sus acciones.

Quien tiene el caño de una pistola en la nuca para obligarlo a susstraer los valores de una caja de hierro cuya combinación conoce y el coaccionante ignora, puede aun elegir entre dar las vueltas correspondientes al mecanismo o negarse a hacerlo; pero es evidente que no lo hace libremente, ni sin riesgo. El violentado no puede hacer otra cosa, el coacto todavía puede, aunque el Derecho no le puede exigir que lo haga.

3 — COACCIÓN Y ESTADO DE NECESIDAD. Debe distinguirse, también, la situación del que actúa coaccionado con la de quien se halla en el estado de necesidad previsto en el inciso 3º del artículo 34 del Código Penal, según el cual no es punible *el que causare un mal por evitar otro mayor inminente al que ha sido extraño*. El estado de necesidad es una causa de justificación que, como tal, se aprecia objetivamente, y no subjetivamente como la coacción, y que hace desaparecer el delito porque excluye la antijuridicidad.

En la coacción, el peligro amenazado proviene de la acción de un ser humano; en el estado de necesidad, el peligro proviene de las fuerzas de la naturaleza.

En la coacción la amenaza se cierne sobre la persona amenazada; en el estado de necesidad, el mal recae también sobre los bienes a los que no se puede amenazar.

En el estado de necesidad es riguroso que el mal que se causa sea menor que el que se evita (art. 34, inc. 3°), requisito no indispensable en la coacción, en la que el mal sólo necesita ser grave e inminente, apreciado en sí mismo, sin ser referido en forma absoluta a otros bienes.

4 — REQUISITOS DE LA COACCIÓN. *La amenaza debe contener un mal grave e inminente* para el coaccionado mismo o para un tercero caro a él, que en definitiva se traduce en una amenaza para el coacto, como si a alguien se le amenazara con matar a su padre o violar a su hija, para que haga o deje de hacer alguna cosa. Pero debe mantenerse en grado de amenaza, ya que una vez realizado el mal, no podrá decirse que se obró violentado. Además, quien amenaza el mal, ha de estar en condiciones de causarlo o el coaccionado ha de suponer que es así.

Entran en el concepto de amenazas, como antes se vio, los golpes, las torturas, que doblagan la voluntad del coacto, sin impedirle participar *subjetivamente* en el hecho. Quien a fuerza de palos, hace jugar la combinación de una caja de caudales, pone un aporte subjetivo que no puede poner quien lo apalea (conformes, en lo esencial, SOLER, *Derecho Penal*, T. II, § 41; WELZEL, H., *Derecho Penal*, § 21, III, a a; MEZGER, *Tratado*, T. II, § 48, II; ahora también NÚÑEZ, *Manual*, 1872, pág. 230 y nota 52).

a. *Mal grave* es el que puede causarse a la vida, a la salud, al honor; pero no puede limitarse a la simple amenaza de un daño cualquiera. El criterio para apreciar la gravedad, debe formarse a través de la *opinión razonada* del agredido mismo (CARRARA, *Programa*, § 299). La proporción (*gravedad relativa*) entre lo amenazado y lo exigido es un elemento de juicio para apreciar *la eficacia determinante* de la amenaza.

b. *Inminente* quiere decir tanto como actual o inmediato, es decir, *ineludible o inevitable por otros medios* que no sean el cumplimiento de lo exigido por el coaccionante. De otro modo, no podrá decirse que

el violentado *tuvo que optar* entre la acción exigida y el mal amenazado.

5 — EFECTOS DE LA COACCIÓN. La coacción produce el efecto de eliminar la culpabilidad en el coacto, tanto a título de dolo como a título de culpa. El coaccionante, en cambio, contrae responsabilidad dolosa.

La coacción no admite formas o grados que den lugar a la exclusión parcial (dolosa) de la culpabilidad. Son posibles situaciones en las que el coaccionado, poniendo una mayor diligencia en su obrar, hubiera podido evitar la situación de amenazado, pero el Derecho no va tan lejos en sus exigencias. El doble requisito de que la amenaza se refiera a un mal grave e inminente, tipifica de tal modo *la amenaza que el Derecho considera irresistible*, que cualquier otra que no reúna esas características carece de significado para la ley.

B. LA AMENAZA DE UN MAL GRAVE E INMINENTE

1 — CONCEPTO. *No actúa culpablemente quien lo hace bajo amenaza de sufrir un mal grave e inminente que proviene de fuerzas no humanas.*

No parece que haya razones para que la ley dé significado distinto a un mismo estado subjetivo, por el hecho de que tal estado provenga de la acción del hombre o de las fuerzas de la naturaleza. En ambos casos se excluye la culpabilidad, porque la voluntad se ve constreñida y doblegada ante la posibilidad de un mal.

2 — DIFERENCIA CON EL ESTADO DE NECESIDAD. La que estudiamos es una *situación de necesidad disculpante*, no un estado (*derecho*) de necesidad que torna lícita la acción. El estado de necesidad resulta de la apreciación objetiva de los bienes en conflicto, y obrar por evitar el mal mayor, es lo que justifica la conducta frente al ordenamiento jurídico argentino. La *amenaza* de un mal, del mismo modo que la coacción, sólo disculpa, porque lo que la ley toma en consideración es el estado anímico del autor o *su motivación* (MAYER, M. E., *Der allgemeine Teil*, pág. 247); HIPPEL, *Lehrbuch*, 2da. ed., pág. 369; DOHNA, *La estructura*, I, B. 1. a) y 2 b)). De suerte que no se requiere para la causa disculpante el valor relativo de los bienes; pero la gravedad relativa de

la amenaza y el hecho típico exigido son elementos de juicio para apreciar la concurrencia de la excusa (cfr. NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. II, pág. 125); FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, § 52, I, 2.).

Quedan así comprendidas, como inculpables, las acciones típicas ejecutadas ante la puesta en conflicto de *bienes de igual valor* o de valor relativo de difícil estimación, si de ello resulta la amenaza de un mal grave e inminente.

3 — REQUISITOS. La amenaza de un mal, en sí misma, debe resumir las mismas características que en la coacción, puesto que es una la norma que rige a ambas. Debe ser la amenaza de sufrir un *mal grave e inminente*.

La acción típica debe constituir el *medio necesario* para evitar el mal (refiriéndose al derecho argentino, GOLDSCHMIDT, Roberto, *Estudios de Filosofía Jurídica de James Goldschmidt*, Buenos Aires, 1947, pág. 243). El autor debe perseguir, además, el *fin* de evitarlo (WELZEL, *Derecho Penal*, § 21, IV, a], cc.); MAURACH, *Tratado*, T. II, § 34, I. B. Los autores alemanes, en general, requiriendo que se persiga el *fin de salvación*). Por eso no son disculpable, las acciones delictivas que, careciendo de esa fundamentación causal, obedecen a otros motivos y sólo se ligan ocasionalmente con la amenaza (NÚÑEZ). Por eso mismo no juega tampoco la excusa cuando el autor *sólo desvía intencionalmente* el mal para hacerlo recaer en otro. Así, por ejemplo, evitar el mal a un hijo para causarlo a otro. En estos casos, el autor toma a su cargo, en forma inadmisibles, “jugar destino” (WELZEL, *Strafrecht*, § 21, IV, b]; *Derecho Penal*, 1956, pág. 187).

Por último, el autor de la acción típica debe ser *ajeno al peligro* amenazado y *no debe estar obligado a soportarlo*. Sobre estas dos exigencias, vale lo dicho para el estado de necesidad justificante (*supra*, § 22, IV, 7- y 8-).

III. La ebriedad

1 — NATURALEZA JURÍDICA. Es común asignar a la ebriedad el carácter de una causa de inimputabilidad. Sin embargo, tan pronto como se piense que un individuo en estado de ebriedad puede respon-

der por delitos dolosos y culposos, se comprende que ese individuo tiene que ser un autor imputable, es decir, *capaz de culpa*.

Así es, en efecto: en el capítulo dedicado al autor analizamos las modalidades de los *estados de inconciencia*, y concluimos en que en aquellos en los que el llegar o no a tales estados depende de la voluntad, entran en juego los preceptos de la *culpabilidad* y los del principio de la *actio liberae in causa*. Tales normas son aplicables, precisamente, a la ebriedad, y por ello, cuando se presenta con estas características, debe ser estudiada dentro del aspecto negativo de la culpabilidad.

2 — LA EBRIEDAD EN DOCTRINA. En esta materia, son clásicas las clasificaciones adoptadas por CARRARA (*Programa*, § § 332 a 344).

1. De ellas interesa la que toma en cuenta la forma cómo el individuo llega al estado de ebriedad. Contempla las siguientes hipótesis: a) embriaguez *accidental*; es decir, la que padece quien, sin beber inmoderadamente, llega a ella por deficiencias orgánicas o por cualidades propias del licor, circunstancias que han de serle todas ellas desconocidas a quien se embriagó, o por la acción engañosa o violenta de un tercero; b) embriaguez *involuntaria*, adquirida por quien bebe sin continencia, aunque sin haberse propuesto llegar a embriagarse; c) embriaguez *voluntaria*, la del que bebió con el propósito de llegar a la beodez, pero no de cometer delitos; d) embriaguez *estudiada* (*preordenada* o *premeditada*), que es aquella en que se coloca el agente para cometer un delito, con el fin de cobrar ánimo, vencer sus escrúpulos o preparar una excusa.

Al dar la correspondiente relevancia a cada una de estas formas, dice el maestro de Pisa: la embriaguez *estudiada*, no es nunca motivo de excusa. La *involuntaria* y la *voluntaria*, si son completas, quitan toda imputación en razón de dolo, dejándola subsistir, sin embargo, en razón de culpa; si son incompletas, sólo producen una minoración. La embriaguez *accidental* o *fortuita* excluye toda responsabilidad.

2. Siempre en el orden doctrinal, cualquiera de las formas de ebriedad referida ha de tener el carácter de *absoluta* o total, ya que la forma atenuada o incompleta no se considera eximente, lo que ocurre sólo en algunas legislaciones y según los casos, como atenuante.

3 — CONSECUENCIAS JURÍDICAS. Enclavado el tema en la culpabilidad, como ha tiempo lo venimos haciendo, los efectos jurídicos de

la ebriedad se hallan regidos por los principios comunes a la culpabilidad. Así vistas las cosas, resultan dos consecuencias distintas en relación con la doctrina carrariana tradicional: la primera, es que la ebriedad voluntaria o involuntaria sólo acarrearán responsabilidad a título de culpa, lo mismo que en cualquier supuesto de culpa, cuando el autor no cumplió con un deber de diligencia y pudo prever que en estado de ebriedad delinquiría; no se ven razones para exigir más al ebrio que a cualquier otro en materia de previsibilidad. La segunda es que, apreciada la culpabilidad en el momento de tomar el autor la decisión de embriagarse (ebriedad voluntaria), también es posible responsabilidad a título de dolo condicionado (eventual) en los casos en que el autor *preve* la posibilidad de delinquir en estado de ebriedad, y su indiferencia frente a esa posibilidad lo hace asentir en el resultado.

Es decir que el juicio de culpabilidad debe ser hecho, en cada caso concreto, manejando los conceptos de previsibilidad, previsión y asentimiento, con los que se decide la culpa. De ello podrá resultar, como antes se señaló, que en casos de ebriedad involuntaria y voluntaria quede excluida toda forma de culpabilidad, como también que, en la segunda, aparezca el autor como responsable a título de dolo (*infra*, 4-). Esto último no parece posible en los casos de ebriedad *involuntaria*, en los que no hay voluntad para el hecho de llegar al estado de inconciencia, con lo que no puede haberla para delinquir en ese estado.

4 — EL CÓDIGO ARGENTINO. La ebriedad no es objeto de ninguna referencia expresa en el Código argentino. El artículo 34, inciso 1°, en lo que aquí interesa, dispone que no son punibles *los que no hayan podido, en el momento del hecho, por su estado de inconciencia, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones*.

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en considerar incluida la ebriedad en la disposición transcripta, entendiendo que constituye, cuando es completa, un estado de inconciencia. El disenso se manifiesta, sin embargo, en la apreciación de las formas de ebriedad que deben considerarse comprendidas en la disposición legal y, más especialmente, en la significación jurídica que cada una de ellas tiene.

Situada la ebriedad en la categoría de los estados de inconciencia, estamos ante una causa de exención de pena que comprende más de una categoría jurídica. Las distintas soluciones dependen del grado en que la voluntad participe en el hecho mismo de llegar al estado de incon-

ciencia. Nos ocupamos del tema al tratar la imputabilidad. En los casos en que la ebriedad constituye un estado al que el individuo puede llegar por obra de su voluntad, resultan aplicables al Código Penal argentino las consideraciones doctrinarias que hemos hecho en el punto anterior (*supra*, 3-), según las cuales rigen en el caso los principios de la culpabilidad (cfr. FRÍAS CABALLERO, "Acerca de la responsabilidad", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Jiménez de Asúa*, 1964, pág. 477, y "Estados de inconciencia y la ley penal", en *Temas de Derecho Penal*, 1989, pág. 190; Cám. Crim. Capital, *L.L.*, t. 118, pág. 846; *id.*, *E.D.*, 9, 11, 12 y 13-I-1965).

Partiendo de esos postulados, pueden sentarse para el derecho argentino los siguientes principios:

Primero: En lo que al *grado* se refiere, sólo tiene significado la ebriedad que causa una profunda alteración de la conciencia, porque en ella radica el fundamento de la eximente de pena.

Segundo: Los delitos cometidos en estado de ebriedad, cuando exista el *designio anterior de cometerlos* (ebriedad preordenada), responsabilizan al autor a título de dolo. Sobre este punto puede decirse que existe unanimidad para todas las doctrinas.

Tercero: Los hechos ejecutados en estado de *ebriedad fortuita*, no son punibles a título alguno. Falta en el caso la posibilidad de prever o la evitabilidad. También sobre esto puede decirse que hay uniformidad de criterio entre los intérpretes de nuestra ley.

Cuarto: Las acciones típicas cumplidas en los demás estados de ebriedad a los que se ha llegado voluntaria o involuntariamente, son regidas por los principios de la *actio liberae in causa*, aplicando las *normas de la culpabilidad* al momento de la manifestación de voluntad.

5 — LA JURISPRUDENCIA no ha sido uniforme en materia de ebriedad. En el año 1924 se aplicó la doctrina correcta, al resolver que "el atentado a la autoridad requiere el dolo y por lo tanto es irresponsable el ebrio que lo comete en estado de inconciencia" (Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. I, pág. 194, nro. 182), y es de advertir que en el caso se trataba de ebriedad *voluntaria*, lo que expresamente señala la sentencia.

Después, el mismo tribunal resolvió lo contrario, en un caso en que se imputaba a un sujeto en estado de ebriedad los delitos de abuso de armas, violación de domicilio, daño, resistencia a la autoridad y lesiones. Y es de hacer notar que de los delitos imputados, sólo las lesiones están previstas en la ley argentina en forma culposa, los demás son delitos únicamente dolosos (*L.L.*, t. 43, pág. 814).

Por último, prevaleció la aplicación de los principios de la *actio liberae in causa* en un fallo plenario de la Cámara del Crimen de la Capital.

Esta decisión adopta el criterio que consideramos exacto, al declarar que las distintas formas de ebriedad, en lo que a la responsabilidad penal atañe, se hallan regidas por los principios de la *actio liberae in causa*. De modo que quien delinque en estado de ebriedad voluntaria puede no ser culpable o serlo a título de dolo o culpa, si las respectivas circunstancias que integran una u otra forma de culpabilidad concurren en su conducta al tiempo que se embriagó (causa nro. 5208, 1964, "Segura, N.", *síntesis en Doct. Jud.*, 3-X-1964. El fallo completo en *E.D.*, 9, 11, 12 y 13-I-1965). Posteriormente, se orientó en el mismo sentido, en bien fundado fallo de la Cámara Federal de Bahía Blanca (*L.L.*, t. 131, pág. 602). Se la reputó también un agravante del hecho (fallo Cám. Crim. Capital, Sala 5ª, causa nro. 5813, 29-X-1974).

IV. *El cumplimiento de una orden jerárquica*

1 — NATURALEZA JURÍDICA. Voluntariamente hemos omitido hasta aquí toda referencia a la obediencia jerárquica como causa excluyente de culpabilidad por el problema que plantea su exacta situación dentro de la teoría general del delito.

La única referencia del Código Penal argentino sobre el tema es la del artículo 34, inciso 5º: "*No son punibles (...) 5º El que obrare en virtud de obediencia debida*". Sin embargo, en el ordenamiento positivo se encuentran otras referencias al tema. El artículo 514 del Código de Justicia Militar (ley 14.029) establece que "cuando se haya cometido delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiese dado será el único responsable, y sólo será considerado cómplice el inferior cuando éste se hubiere excedido en el cumplimiento de dicha orden". El artículo 11 de la ley de reformas al Código Castrense determinó exclusivamente para el personal de las Fuerzas Armadas, de Seguridad, policial o penitenciario, que hubieran actuado con el alegado propósito de combatir el terrorismo entre el 24 de marzo de 1976 y el 26 de septiembre de 1983, que "el artículo 34, inciso 5º del Código Penal, deberá ser interpretado conforme a la regla del artículo 514 del Código de Justicia Militar respecto de los hechos cometidos por el personal mencionado que actuó sin capacidad decisoria cumpliendo órdenes o directivas que correspondieran a planes aprobados y supervisados por los mandos

superiores orgánicos de las Fuerzas Armadas y por la Junta Militar”. Y añade que “a ese efecto podrá presumirse, salvo evidencia en contrario, que se obró con error insalvable sobre la legitimidad de la orden recibida, excepto cuando consistiera en la comisión de hechos atroces e inhumanos”.

La llamada *Ley de Obediencia Debida* (23.521) estableció otra interpretación legislativa, señalando que se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de Seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos cometidos con el alegado propósito de combatir el terrorismo entre las fechas indicadas, dejando a salvo los delitos de violación, sustracción y ocultación de menores o sustitución de su estado civil y la apropiación indebida de inmuebles. La última parte del artículo 1° de la mencionada ley expresa: “En tales casos se considerará de pleno Derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad”.

Esta última disposición, que sirvió para exculpar a miembros de las fuerzas armadas y de seguridad que estaban imputados de homicidios, torturas, privaciones de la libertad calificadas y otros graves delitos, debe considerarse que perdió eficacia, respecto del *genocidio* y la *tortura*, a partir de la vigencia de la Constitución de 1994, cuyo artículo 75, inciso 22, acordó jerarquía constitucional a ciertos tratados, entre ellos la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 5° de la primera y, explícitamente, art. 2°, inc. 3°, de la última, que dice: “No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”). Tampoco podrá alegarse respecto de la *desaparición forzada de personas*, pues el artículo 8° de la Convención Interamericana sobre ese delito, aprobada por la ley 24.820, estableció que no se puede invocar obediencia debida en tales casos, determinando que el receptor de tales órdenes *tiene el derecho y el deber de no obedecerlas*.

Hasta comienzos de nuestro siglo, los autores la tratan como una causa de justificación. Fue MAYER el primero en afirmar que se trata de una causa de inculpabilidad (*Der allegmeine Teil*, Cap. 7, II, 1, pág. 334) y desde la formulación de tal propuesta hasta hoy, la doctrina sigue mostrándose dividida. Se trata de saber cuál es la razón jurídica de que quien ejecuta una acción prevista por la ley como delito en cumplimiento de una orden jerárquica, estando reunidos los requisitos necesarios, no tenga pena por ello.

Es sabido que las causas de justificación tienen por efecto restar al acto su carácter antijurídico y, consecuentemente, su naturaleza delictuosa, de modo que ante esas situaciones resulta carente de sentido la investigación de la culpabilidad, puesto que *se trata de hechos lícitos*. Siendo esto así, y resultando evidente que en los supuestos de obediencia jerárquica, *cuando menos* la persona de quien emana la orden responde por

el delito, no parece necesario usar de otros argumentos para dar por resuelto que no estamos ante la hipótesis de una de las llamadas *causas de justificación*. Los casos justificados por otras razones, están fuera de la cuestión; aquí se trata del cumplimiento de una orden *típicamente antijurídica de la que resulta, al menos, un culpable*. En estas condiciones, la obediencia jerárquica puede ser cualquier cosa, menos una causa de justificación.

En la Argentina las opiniones se muestran divididas con respecto a la naturaleza jurídica de la obediencia jerárquica: NÚÑEZ la considera un caso particular de ejercicio legítimo del propio cargo, con la diferencia de que ese ejercicio no se opera con arreglo a las propias facultades del examen y decisión del funcionario actuante, sino en virtud de la orden recibida de otro funcionario público jerárquicamente superior (T. I, pág. 412). BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA participa de esta opinión *para los casos en que el subordinado no tiene la facultad de analizar la orden*, en los que cree que corresponde hablar de “cumplimiento o acatamiento a la ley” (L.L., 27-XI-1958, Bibliografía, nro. 11). SOLER desarrolla el tema en el aspecto negativo de la acción (*Derecho Penal*, T. I, § 22, IV a VIII). La tesis actual de SOLER puede sintetizarse así: la obediencia debida “pura” se limita a los casos en que el subordinado no tiene facultad para analizar la orden. Como consecuencia de ello, el efecto que debe acordarse a la existencia de una orden que debía ser cumplida sin examen, consiste en el traslado de la relación imputativa; es decir, el *desplazamiento de la acción*, la cual debe ser directamente atribuida, como en el caso de violencia, a quien impartió la orden jurídicamente irrecusable.

JIMÉNEZ DE ASÚA ve en la obediencia jerárquica una causa de inculpabilidad aun para el caso de que al subordinado no le esté permitido analizar la orden, e invoca dos razones en apoyo de su tesis: a) la antijuridicidad objetiva se mantiene en el caso: b) el lesionado por la orden puede repeler la acción en legítima defensa (*El Criminalista*, T. VI, pág. 357; *Tratado*, T. VI, nro. 1846, pág. 9. Pueden verse sobre el tema en el derecho argentino, además de los *Tratados* generales, las monografías de RAMAYO, R., “La obediencia debida y el error de hecho”, L.L., t. 99, págs. 918 y sigs., y de FIERRO, G. J., “La obediencia debida”, L.L., t. 109, págs. 1058 y sigs.).

La obediencia jerárquica tiene como función *específica* —no la única— excluir la acción, lo que sólo se produce cuando la persona que recibe la orden *no está facultada* para analizarla o carece de los elementos de juicio para apreciar su carácter delictuoso (véase § 18, 9-). Es mayor el número de casos en que son aplicables los *principios de la culpabilidad*, y de ellos nos ocupamos aquí. Son casos en que el autor *está facultado para analizar la orden*, lo que es norma en los Estados de Derecho, la que sólo cede en casos excepcionales fundados en la propia ley.

2 — LÍMITES DEL PROBLEMA. Para llegar a una clara solución es necesario situar primero el problema dentro de sus límites exactos, por-

que, como dice muy acertadamente GRAF ZU DOHNA: o se parte de la obligatoriedad de la orden y se llega entonces, forzosamente, a la adecuación jurídica de la acción que se ejecuta; o se parte de la antijuridicidad de esta última y se llega entonces, también forzosamente, a la no obligatoriedad de la orden (*Der Aufbau*, pág. 47).

1. Para que resulten de aplicación los principios de la obediencia jerárquica y los de la culpabilidad, los hechos deben llenar varios requisitos:

a. La relación entre quien da y quien recibe la orden se limita a la *dependencia jerárquica*, es decir, a la de la administración pública.

b. La orden debe haber sido impartida aparentemente dentro de la facultad del funcionario superior y conforme a la naturaleza de sus relaciones con el subordinado. Naturalmente, nos referimos a la apariencia de la orden, pues nadie puede estar facultado para dar una orden ilícita.

c. Debe haber sido transmitida, además, dentro de las condiciones de forma correspondientes (por escrito, con determinados sellos o firmas, etc.).

d. Quien recibe la orden debe estar facultado para analizarla.

En nuestra organización jurídico-política, la facultad de analizar la orden debe ser la regla en el ámbito de la administración pública.

2. Dentro de esas condiciones, son de prever estos supuestos:

a. Si el subordinado analiza la orden, y al hacerlo aprecia que es ilícita, no está obligado a cumplirla. Si a pesar de ello la ejecuta, es responsable de su acto.

b. En el caso de no haber procedido, por negligencia, al análisis de la orden que tiene la facultad y el deber de analizar, será responsable por culpa.

c. Si, no obstante haber analizado la orden no pudo apreciar su naturaleza delictuosa, será inculpable por concurrir un error esencial e inculpable.

3 — LA OBEDIENCIA DEBIDA Y EL ERROR. Entre los intentos realizados para fundamentar la impunidad de la acción cumplida en virtud de obediencia debida, ha adquirido prestigio la tendencia que la hace derivar del *error de hecho del agente*.

La teoría del error puede tener aplicación en ciertos supuestos, pero ella sola no alcanza a fundamentar la no punibilidad en todos los casos de obediencia jerárquica. La doctrina del error de hecho es aplicable, como lo hemos señalado, en el caso en que, estando facultado el subalterno para analizar la orden no lo haga y ésta no sea *groseramente ilegal*, o cuando la ilicitud pueda pasar inadvertida dentro de la normal diligencia que es natural poner en tales casos.

4 — LA OBEDIENCIA DEBIDA Y LA COACCIÓN. No creemos que deban considerarse dentro de la obediencia jerárquica los casos en que la orden ha sido cumplida mediando coacción, pues lo que en tal caso mueve a obrar al subordinado no es la relación de dependencia jerárquica, sino la amenaza de sufrir un mal grave e inminente, circunstancias en que no tendría sentido hablar del cumplimiento de una orden, ni objeto alegar la obediencia jerárquica como eximente de pena, puesto que desde el planteo inicial estamos suponiendo que ha mediado coacción y, con ello, inculabilidad para el subordinado (el coacto).

FIGURAS ACCESORIAS O AMPLIADAS

1. Nos hemos ocupado hasta aquí del delito cometido por una sola persona y cuya acción *coincide* total y directamente con el hecho descrito en una figura de la parte especial de determinada ley penal. Pero las acciones punibles no son siempre la obra de una sola persona, ni se limitan a las que concretan *íntegramente* un tipo penal. El problema que plantea la *intervención de varias personas* en el delito, da lugar a la teoría de la *participación criminal*; el que resulta del *cumplimiento parcial de la acción típica*, a la *tentativa*; y ambas al estudio de las *figuras ampliadas* o *accesorias*, para fundamentar la aplicación de una pena en tales casos.

Esta afirmación pareciera dar por tierra con la función limitadora que hemos asignado al tipo penal; mas no es así, porque las figuras accesorias o formas ampliadas de adecuación al tipo *no abren los tipos, sino que tan sólo los amplían hasta un límite preciso*, que es lo que la tipicidad debe asegurar.

Preferimos llamar a esas formas del delito *figuras accesorias*, porque la relación característica de estas modalidades delictuosas con el hecho principal es, al par, de subordinación y de especificidad con respecto a la figura autónoma. En materia de culpabilidad y antijuridicidad rigen los principios generales; en tanto que es necesario fundar la tipicidad de manera distinta. Los tipos penales describen, generalmente, el delito consumado unipersonal. Referidos a estas figuras, por obra de una norma de carácter general, aparecen tipos o figuras a las que se denomina *accesorias* o *secundarias* por carecer de autonomía. No existe un delito de tentativa o de participación; hay tentativa de tal o cual delito y participación en este o aquel delito.

La característica más significativa de estas modalidades del delito la constituye la *falta de adecuación directa a un tipo penal*.

Fue BELING quien señaló la nota característica de estas acciones, consistente en la naturaleza accesoria de su subordinación a un tipo, diciendo que son *inútiles por sí mismas*, pues para llegar a la pena es necesario dar un rodeo sobre las figuras autónomas y las penas que a ellas corresponden (*Esquema*, cit., § 28).

Fue esa función de las normas genéricas por las que se prevén la tentativa y la participación, la que permitió decir a GRAFZU DOHNA, refiriéndose a la primera, que es el único caso en que una acción, *no obstante la falta de tipo*, ha sido puesta por la ley bajo amenaza de sanción (*Der Aufbau*, cit., pág. 56). Lo mismo puede decirse de la participación propiamente dicha, en la que el autor no ejecuta la acción típica.

2. La subordinación señalada se ve muy claramente en la tentativa, puesto que el dolo de ésta es el del delito consumado, no hay dolo de negativa, y en cuanto a la antijuridicidad, nada ha menester agregar a lo que se dijo al estudiar el delito consumado. En cambio, *la acción de tentativa es sólo un trozo de la acción típica descrita por la ley*, y únicamente existiendo la norma que sancione acciones ejecutivas que no lleguen a ser consumación —el artículo 42 en el Código Penal argentino—, la tentativa encuentra su tipicidad y con ello resulta merecedora de pena.

Por una parte, ha de tomarse en cuenta la tipicidad de la figura autónoma a la que la tentativa está subordinada, y que es la que caracteriza el comienzo típico de ejecución; por otra parte, la propia tipicidad “genérica” de la tentativa, que está delimitada por la norma con la que la ley *determina el alcance y las modalidades* de la forma ampliada de adecuación. Por lo demás, el legislador tiene márgenes en la regulación de la tentativa.

3. Suele prestarse a dudas el lugar sistemático que debe darse a la participación, pues resultando de ella responsabilidad para el partícipe, puede parecer apropiado encarar su estudio en el capítulo del autor. Sin embargo, pensamos que ese criterio resulta de confundir el efecto con la causa. Nadie es punible si no ha ejecutado culpablemente una acción típicamente antijurídica; lo que se amplía no es la culpabilidad, sino el tipo; *la culpabilidad es personal, intransferible e inextensible para la ley y para el juez*. Los partícipes que no toman parte en la ejecución del hecho —la auténtica participación— no cumplen la acción típica descrita en la ley. De modo que, lo mismo que en la tentativa, de no existir

la norma general o las previsiones particulares —en el Código Penal argentino, los artículos 45 y 46— los hechos del partícipe no serían típicos, ni punibles, ni ofrecería interés, por tanto, la investigación de su culpabilidad.

También al regular la extensión y modalidades de las acciones de los partícipes, el legislador tiene márgenes que se traducen, especialmente, en la inclusión o exclusión de ciertas conductas y en la medida de la penalidad de los partícipes.

El distinto alcance que el legislador puede dar a la participación mediante la fórmula que amplía los tipos autónomos, fue claramente señalado por MAYER, al decir que el concepto de la participación es exclusivamente *un producto de la ley* (*Der allgemeine Teil*, pág. 388), afirmación repetida por MEZGER (*Tratado*, T. II, § 59, III). BOCKELMANN rechaza esa afirmación, en cuanto a la *accesoriedad*, puesto que para él la naturaleza accesoria de la participación no es “producto de la ley”; ella está en la naturaleza misma de la cosa (*Relaciones entre autoría y participación*, trad. de FONTÁN BALESTRA con la colab. de Eduardo FRIKER, Buenos Aires, 1960, pág. 7. En el mismo sentido, MAURACH, R., *Tratado*, T. II, § 50, III, A., 3.).

LA TENTATIVA

I. *La tentativa*

1 — DEFINICIÓN. *Tentativa es el comienzo de ejecución de un delito determinado, con dolo de consumación y medios idóneos, que no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del autor.*

La acción de tentativa es típicamente antijurídica y culpable.

a. *Comienzo de ejecución es empezar a cumplir la acción típica.*

El comienzo de ejecución no tiene lugar al exteriorizarse en hechos la voluntad criminal, como lo han querido doctrinas subjetivas, sino al darse comienzo a la realización del acto típico (*adecuación incompleta*), que llega a poner en peligro el bien jurídico tutelado (*infra*, 3-, 2. b.).

b. *El tipo objetivo no debe cumplirse totalmente.* Tentativa es comienzo de ejecución *sin llegar a la consumación*. El cumplimiento fragmentario de la conducta típica —de los actos de ejecución— es presupuesto fundamental de los actos de tentativa, y la razón de ser misma de su accesoriadad (*infra*, 4-).

c. *El acto ejecutivo debe ser idóneo para lesionar el bien jurídico tutelado por la ley penal.* De otro modo, estaremos ante la *tentativa inidónea*, sometida a un régimen distinto (*infra*, II).

d. *El dolo de la tentativa es el dolo del delito.* Comienzo de ejecución sin dolo del delito consumado, es un acto sin significado para el Derecho Penal (MAYER, M. E., *Der allgemeine Teil*, pág. 343) (*infra*, 8-).

e. *La falta de consumación ha de ser ajena a la voluntad del autor.* El acto que queda en grado de tentativa por voluntad de su autor, que *puede y no quiere consumarlo*, da lugar al *desistimiento voluntario de la tentativa*, situación específicamente regulada (*infra*, III).

El desarrollo de estos temas, a los que debe agregarse el estudio de los criterios que fundamentan y determinan la penalidad de la tentativa, constituyen la teoría del conato.

2 — EL *ITER CRIMINIS*. El hecho delictuoso se genera en la mente del autor y se exterioriza en actos, hasta llegar al total agotamiento del delito. Este proceso psicofísico es denominado, desde la época de los “prácticos”, *iter criminis*.

En ese espacio que va desde la idea a la consumación, se distinguen cuatro etapas: a) la idea: b) los actos preparatorios. c) los actos de ejecución: d) la consumación.

Las ideas y con ellas la decisión del delito, por sí solas, no son punibles: *cogitationis poenam nemo patitur*. El delito es acción.

En cuanto al delito consumado, excluido por definición de la tentativa, se caracteriza por su *adecuación directa* a una figura delictiva; la tentativa, en cambio, es alcanzada por obra de la norma en la que se prevé la ampliación de los tipos para llegar a la punición de acciones que sólo concretan *parcialmente* el tipo objetivo del delito. Descartadas las ideas y la consumación del delito de tentativa, por los distintos motivos señalados, restan *los actos dirigidos a la consumación del delito, sin lograrlo*. Pero esa característica es propia tanto de los actos preparatorios como de los de ejecución. La diferencia entre unos y otros significa tanto como distinguir el acto impune del punible, puesto que sólo los actos de ejecución constituyen tentativa.

En la distinción entre actos preparatorios, de tentativa y de consumación radica uno de los problemas más arduos que presenta el estudio de la tentativa (puede verse JIMÉNEZ DE ASÚA, en “Prólogo”, nro. III, a *El proceso ejecutivo del delito*, de FRÍAS CABALLERO, Buenos Aires, 1944).

3 — LA ACCIÓN DE TENTATIVA. Con las palabras *comienza su ejecución* define los actos de tentativa el Código argentino (art. 42). Caracterizar con precisión *esa parte de los actos ejecutivos*, en nuestro

Derecho significa tanto como estudiar *la totalidad del aspecto objetivo* de la tentativa.

1. *Criterios subjetivo y objetivo.* La problemática en este punto queda abarcada por los dos criterios más amplios adoptados para apreciar otros aspectos de la tentativa: el *subjetivo* y el *objetivo*. Las distintas consecuencias que resultan de afiliarse a una u otra posición, pueden resumirse así:

a. Para el *criterio objetivo* el acto externo debe ser el *comienzo de ejecución de un delito*, expresión suficientemente precisa, porque con ello queda dicho que comienza a cumplirse la acción típica (*adecuación típica parcial*), tanto en lo objetivo como en lo subjetivo. De ello resulta, también, la exigencia de un peligro para el bien jurídico tutelado. Estos requisitos se desprenden claramente del modo cómo están previstos en el Código Penal argentino los actos de tentativa: *el que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad*.

b. Para el *criterio subjetivo* sólo interesa lo que el autor *quiso hacer*, y concretó en un acto externo. Se ve la tentativa *con los ojos del autor* (FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, § 43, II). Para el orden jurídico ya es peligrosa aquella voluntad que con su manifestación cree iniciar inmediatamente la concreción del tipo (WELZEL, *Derecho Penal*, § 22, IV). Las teorías subjetivas prescinden del requisito de la adecuación típica parcial y de la idoneidad. GRAF ZU DOHNA sintetiza irónicamente la teoría subjetiva diciendo que según ella, debiera ser penado quien golpea violentamente el piso en la idea de que con ello puede hacer saltar a su antípoda (*La estructura*, 1958, págs. 90-91).

2. La elección no nos parece dudosa. Definidos por el criterio objetivo, en éste y en los demás problemas atinentes al estudio de la tentativa, creemos que el criterio a adoptar debe echar mano de tres aspectos, que hemos señalado, para decidir que estamos frente a actos de tentativa propiamente dichos:

a. *Comienzo de ejecución de una acción típica* (adecuación parcial al tipo del delito consumado). Cuando nos referimos a la acción típica, lo hacemos tanto en el aspecto *objetivo* como en el *subjetivo*. Sólo

así se puede distinguir, por ejemplo, una tentativa de violación de un ultraje al pudor.

b. *La idoneidad*, entendida como aptitud de la acción para lograr consumir *ese delito*. De manera tal que de no haber mediado circunstancias ajenas a la voluntad del autor o de no haber desistido éste voluntariamente (desistimiento voluntario de tentativa idónea), el hecho *habría podido consumarse*. De esto resulta, también, el requisito de que haya sido puesto en peligro un bien jurídico; es el *peligro corrido*, que sirvió de base a CARRARA para fundamentar objetivamente la punición de la tentativa (*Programa*, § 352).

c. *La culpabilidad*. Ya se adelantó en a. que al hablar de comienzo de ejecución comprendemos también el aspecto subjetivo. Al respecto sólo importa señalar aquí que, siendo la tentativa comienzo de ejecución de un delito determinado, *con el propósito de consumarlo, el dolo de la tentativa debe ser el dolo cierto del delito* que el autor se propone cometer (véase *infra*, 8-).

4 — ACTOS PREPARATORIOS Y DE EJECUCIÓN. Las doctrinas que han intentado dar puntos de vista útiles para distinguir los actos preparatorios de los de ejecución, significaron una estimable labor en el campo de nuestra disciplina, y muchas de ellas contienen aportes aprovechables para la labor a realizar. Podemos agruparlas así:

1. *Doctrinas negativas*. No han faltado autores que negaron la posibilidad de fijar una barrera diferencial entre preparación y ejecución del delito; así, FRANK dice que no es siquiera posible (*Das Strafgesetzbuch*, § 43, II, 2); mientras otros, no obstante proponer un criterio para lograr la distinción, lo juzgan inútil cuando es llegado el momento de aplicarlo a un caso concreto. En otro aspecto, para las teorías que fundamentan la punibilidad de la tentativa esencialmente en la voluntad criminal, *está exenta de importancia la distinción*, mientras se trate de actos dirigidos a la comisión del delito. Esta misma posición es apoyada por el positivismo penal (véase: MANZINI, *Trattato*, 1933, Vol. II, pág. 373, nota 1).

2. *Doctrina de la univocidad*. Para CARRARA la primera característica que se debe buscar en los actos externos que se quieren imputar como tentativa, es que tiendan *unívocamente* al delito.

Cuando el acto externo sea de tal naturaleza que pueda conducir tanto al delito como a una acción inocente, tendremos tan sólo un *acto preparatorio* que no puede imputarse como tentativa. Lo que distingue los *actos preparatorios* de los *actos de ejecución*, es la *univocidad* (*Programa*, § § 337, 358 y 398; *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*, Madrid, 1926, § 137).

Los *actos preparatorios* son aquellos que sólo *subjetivamente* —en la mente del autor— mantienen relación con el hecho delictivo futuro. *Objetivamente*, en cambio, los actos preparatorios son *equivocos*, entendiéndose con ello la no posibilidad de afirmar, “desde fuera”, el propósito perseguido. Quien compra un arma de fuego o la lleva consigo, puede hacerlo con propósitos delictuosos o deportivos, el autor sabe cuál es el fin perseguido (relación subjetiva), pero observado y apreciado el hecho por un tercero —desde fuera— no podrá afirmarse el propósito que lo guía (*equivocidad*).

CARRARA cambia luego su teoría, que él mismo considera muy empírica y por eso falaz para poder diferenciar las tres etapas externas del *iter criminis*. Para ello distingue el *sujeto activo primario*, que es el autor; *sujeto activo secundario*, constituido por los instrumentos de que el autor se vale; *sujeto pasivo del atentado*, que es “todo aquello sobre que recaen los actos de ejecución, precedentes a la consumación”; y *sujeto pasivo de la consumación*, que es “aque! sobre que recaen los actos productores del delito”. Hecha esta distinción, se afirma que, mientras la acción se mantenga en la esfera del sujeto activo, se trata de actos preparatorios; cuando pase al sujeto pasivo del atentado, se está ante un acto de ejecución; por último, cuando llegue hasta el sujeto pasivo de la consumación, estaremos ante el delito consumado (*Programa*, § 364; *Opuscoli*, vol. I, IX; “*Atti preparatori*”, en *Reminiscenze di cattedra e foro*, Lucca, 1883). Para aclarar la idea, CARRARA pone este ejemplo: en el robo con fractura, la puerta que el ladrón rompe, la casa que asalta, son el sujeto pasivo de la tentativa, porque derribando la puerta y penetrando en la casa, el robo no se consuma. Pero el objeto que el ladrón toma con la intención de apropiárselo, constituye el sujeto pasivo del delito consumado, pues con esa aprehensión se consuma el robo.

Esta segunda tesis de CARRARA, poco práctica y de alcance limitado, y el ejemplo claramente académico, han sido objeto de críticas justas (MAGGIORE, *Derecho Penal*, Vol. II, pág. 72; FRÍAS CABALLERO, *El proceso ejecutivo*, págs. 130 a 145).

3) *Ataque al bien jurídico*. Persiguiendo un criterio objetivo que diera la nota diferencial entre preparación y tentativa un grupo de autores, particularmente franceses y alemanes, sostuvo que la ejecución comienza cuando los actos *alcanzan a caer dentro de la esfera de protección del bien jurídico* (MAYER, M. E., *Der allgemeine Teil*, pág. 352;

MANZINI, V., *Trattato*, vol. II, nro. 435). La posición no llegó por sí sola a resolver el problema planteado, aunque resulte un complemento para la doctrina del *comienzo típico* de ejecución, que consideramos la más útil (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. III, nro. 1203).

4. *Comienzo típico de ejecución.* Una crítica podría alcanzar a todas las teorías anteriores a BELING: haber querido fijar un criterio rector con validez general, inalcanzable para la heterogénea modalidad de todos los delitos. La naturaleza accesoria de la tentativa la vincula con la *correspondiente* figura principal en cada caso, y de ello puede seguirse que un mismo hecho —apreciado físicamente— sea motivo de distinta valoración por el tipo penal. De donde resulta, en definitiva, que un acto puede tener uno u otro carácter y aun resultar imposible la tentativa, según las exigencias del delito concreto que el autor se ha propuesto ejecutar.

Esta doctrina supone un visible avance sobre las anteriores, al referir los actos de ejecución a *un determinado delito*.

Los complementos de la acción. Se ha observado a la teoría del comienzo típico de ejecución como que no es apta para resolver algunos casos en que la acción se cumple con la intervención de terceros, culpables o no, o en aquellos en que se complementa la acción con condiciones o actividad de la víctima o por efecto de las fuerzas naturales. Así, por ejemplo, un cirujano a quien le es llevado un enfermo para que lo intervenga de urgencia, se ve obligado a hacerlo solo; una vez comenzada la operación, se da cuenta de que el sujeto, que se halla bajo la acción del cloroformo, es su enemigo a quien hace tiempo quiere matar. Se decide a ello y lo hace, simplemente, no ligando la arteria que había seccionado antes de que inspirara sus actos el propósito homicida. Un individuo quiere matar a otro y se vale del cocinero para que ponga veneno en su comida, sea con la cooperación del cocinero, sea sin ella, haciendo pasar el tóxico entre las provisiones disimulado como un producto con el cual pueda ser confundido (son ejemplos de JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica*, págs. 64 y sigs., y FRÍAS CABALLERO, *El proceso ejecutivo*, págs. 165 y sigs.). El autor idea un dispositivo para provocar un incendio, que ha de funcionar cuando un tercero mueva la llave para encender la luz eléctrica (ejemplo de WELZEL, *Derecho Penal*, § 22, III). Es el caso de preguntarse cuándo empiezan los actos típicos de ejecución para el cirujano, el envenenador y el que coloca el dispositivo incendiario en los ejemplos dados. ¿Puede decirse que el cirujano, al comenzar la operación, también “comenzó a matar”? ¿Comenzó a matar el envenenador al poner el veneno entre las provisiones? Para resolver estos y otros casos dudosos, se ha propuesto un criterio *material* complementario.

5. *Complementación material.* Edmundo MEZGER, luego de adhirir a la tesis del comienzo típico de ejecución, dice: “estas caracterís-

ticas objetivas de la acción de tentativa se deducen *formalmente* del tipo legal y, a la vez, *materialmente*, del bien jurídico protegido por la ley. Ya vimos páginas más atrás que la teoría del ataque al bien jurídico fue defendida como apta por sí sola para marcar el deslinde por autores como MAYER y MANZINI (*supra*, 3). A estas fórmulas se las denomina *materiales*, por oposición a las que se basan en el núcleo del tipo, para las que se reserva el título de *formales*.

Lo que se proponen los partidarios de las doctrinas que aquí tratamos es la adopción del principio del *comienzo típico de ejecución complementado por la lesión del bien jurídico protegido por la ley*. Debe aquí determinarse, en primer término, con arreglo al *especial tipo* de delito, lo que significa y ha de entenderse por “principio de ejecución” propio de la tentativa punible. En consecuencia, el punto de partida lo constituye fundamentalmente la concepción jurídico-positiva formal. En lo restante hay que tener en cuenta que la interpretación de las características típicas formales demanda, también, siempre, en los casos dudosos, puntos de vista de índole material. Tales puntos de vista aparecen reunidos, en último extremo, en el *bien jurídico* protegido; sólo *con arreglo* a éste obtienen las diversas características del delito su propio sentido matizado por el valor (MEZGER, *Tratado*, T. II, § 52, III, *in fine*).

6. *Teorías subjetivas y objetivas. Adecuación causal.* Algunos autores modernos encaran el problema distinguiendo con un matiz diferente las doctrinas subjetivas y objetivas. Las expone MAURACH de este modo: “decisivo para la delimitación es el juicio *ex-ante* del *observador imparcial*, basado en la general experiencia *ex-post*: existe tentativa si el acto realizado por el autor representa, *según la general experiencia de la vida*, una amenaza inmediata al bien protegido, precisamente porque la cadena causal, impulsada por el autor, conduce de modo adecuado al curso típico del suceso.”

Las teorías subjetivas sostienen que lo que el autor se ha representado como amenaza directa del bien jurídico, es vinculante también para el tribunal; lo que *él* considera como punto inicial de la cadena causal, devanada conforme a su plan, debe ser considerado, también por el tribunal, como “comienzo de ejecución” (MAURACH, *Tratado*, T. II, § 41, I, B, 2. a] y b]).

La jurisprudencia no es uniforme en cuanto al criterio para calificar los actos de tentativa, y se ha apartado, con mayor frecuencia de la que sería de desear, del criterio objetivo.

Se ha sostenido que son actos de ejecución las acciones vinculadas de tal modo con la acción típica que resultan parte integrante, de ella, los de la actividad inmediata a la acción típica *de acuerdo con el plan individual del agente*. Se pronunció de acuerdo

con este criterio la Cámara Federal de la Capital (*L.L.*, 2-III-1973, con nota favorable de PASQUINO).

Un fallo de la Cámara Federal de La Plata consideró comienzo de ejecución del delito de violación la penetración en la casa de la mujer elegida como víctima, la que huyó, sin que el autor pudiera ejercer sobre ella fuerza alguna (*L.L.*, t. 20, pág. 328).

Este modo de ver las cosas nos suscita reservas. Porque una de dos: o los actos preparatorios y los de ejecución se diferencian en su aspecto objetivo (no por su vinculación subjetiva o inmediatez también subjetiva, con la acción típica) o desaparece la distinción, con todos los riesgos que de ello resulta para las garantías individuales y procesales. No puede prescindirse de la *diferencia objetiva* entre los actos preparatorios y el comienzo de ejecución. De modo inverso a la tesis expuesta, puede decirse que es el comienzo de ejecución el que exterioriza la finalidad del autor (NÚÑEZ, *Derecho Penal*, II, pág. 330; véase también, pág. 326).

Se pronunció por el comienzo típico de ejecución la Cámara del Crimen de la Capital (*Fallos*, t. V, pág. 180; t. VI, pág. 441).

Exigiendo el aspecto subjetivo de los actos típicos de ejecución, se pronunciaron la Corte Suprema de la Nación (*J.A.*, t. 28, pág. 8), la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires (*J.A.*, t. 52, pág. 271) y la Cámara del Crimen de la Capital (*Fallos*, t. V, pág. 281; *L.L.*, 27-X-1972, t. 147).

Alude a que la estructura normativa del artículo 42 del Código Penal no se refiere al inicio de ejecución de la acción típica, sino al comienzo de ejecución del delito conforme al fin que el agente se propuso, la Cámara de Acusación de Córdoba (causa "López, A. R.", 24-II-1982). Comparte el criterio, desarrollándolo, Guillermo A. C. LEDESMA, al analizar el fallo en "¿Abuso deshonesto o tentativa de violación?" (*Doct. Penal*, nro. 19, págs. 540 y sigs.).

5 — ACTOS DE EJECUCIÓN Y DE CONSUMACIÓN. La segunda característica que aparece en la definición que de la tentativa hemos dado, es que *no se cumple totalmente la acción típica, que el delito no se consuma* (FIORE, C., *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, pág. 66; PETROCELLI, B., *Il delitto tentato*, Padova, 1955, pág. 7). Esta exigencia es consecuencia inmediata de la *accesoriedad* de la acción de tentativa, por la que carece de adecuación *directa* a un tipo penal. Afirmar que el delito tentado no ha de haberse consumado, es una afirmación tan simple, que podría pensarse que es una verdad de Perogrullo. Sin embargo, aquí se estrellan los más sesudos intentos de distinción ante el caso concreto, porque una cosa es el postulado y otra su aplicación práctica. Cada delito presenta su problema, más simple o más complejo, para fijar el momento consumativo y en algunos es tarea tan ardua, que resulta suficiente recordar el caso del hurto, que ha dado motivo a no menos de cinco puntos de vista para fijar ese momento (el de la consumación), to-

dos ellos defendidos en algún momento por autores de prestigio. El estudio de los actos de consumación debe ser, pues, objeto de la parte especial, delito por delito, con tanto motivo, al menos, como el de los que constituyen comienzo de ejecución, y es arriesgado dar normas generales.

Lo que aquí importa es dar el *concepto de consumación*, lo que, en abstracto, resulta relativamente sencillo, manejando los mismos elementos de juicio que nos han servido para caracterizar los actos de ejecución constitutivos de tentativa: el delito se ha consumado *cuando el autor ha concretado todas las condiciones contenidas en el tipo y de ese modo lesionado o puesto en peligro el bien jurídico tutelado* (conformes en lo esencial, VON LISZT, *Tratado*, T. III, § 46, I, 1.; MANZINI, *Tratado*, Vol. II, nro. 430; ANTOLISEI, *Manuale*, nros. 155-156). De suerte que el momento de la consumación únicamente *lo determina la ley para cada delito* y por el término de su vigencia. Así, pues, los conceptos de *tentativa* y *consumación* no son absolutos, sino relativos; no son generales, sino particulares (CARRARA, *Programa*, § 351).

6 — LA IDONEIDAD. Los actos de ejecución constitutivos de tentativa deben ser idóneos. Con ello se completan las características objetivas que distinguen la tentativa propiamente dicha de la de delito de consumación imposible. De la idoneidad de los actos de tentativa resulta la puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la figura correspondiente; es la *capacidad lesiva* —jurídicamente hablando— *del acto de ejecución*. Idoneidad es la capacidad potencial de la acción, en el caso concreto, para lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado por la ley, *según las exigencias del tipo penal* al que la acción de tentativa está subordinada. Los delitos se consuman con la lesión, puesta en peligro o posibilidad de peligro de un bien jurídico, conforme con la amplitud de la tutela legal alcanzada por el tipo; pero en la tentativa es esencial la falta de resultado típico o de consumación; de suerte que, para el criterio objetivo, la punición de la tentativa idónea se fundamenta siempre y únicamente en el *peligro corrido*.

Así, pues, de no existir en la ley una disposición expresa que sancione los actos dirigidos a cometer un delito, que, en el caso concreto, carecen de la capacidad potencial para consumarlo, tales actos no son alcanzados por el tipo ampliado de la tentativa, ni, por tanto, por la pena. De ahí que la penalidad deba ser fundamentada por lo común

en estos casos recurriendo a criterios subjetivos de excepción, tal como lo hace el Código Penal argentino (art. 44, 5to. párr.); véase *infra*, II.

7 — TENTATIVA Y FRUSTRACIÓN. Al calificar los actos de ejecución constitutivos de la tentativa, podemos distinguir aun el delito *tentado* del *frustrado*, llamados también *tentativa inconclusa* y *tentativa concluida*. Ambas están situadas entre los actos preparatorios y los de consumación.

BELING distingue de este modo la una de la otra: a) tentativa inconclusa es aquella en que el autor no ha cumplido totalmente la acción ejecutiva del delito; es decir, que su movimiento corporal no ha sido cumplido en extensión suficiente como para que ella se adecue a un tipo legal o al cumplimiento de los actos finales necesarios para la producción de la causalidad tendiente al evento típico, según se considere un delito de pura actividad o material; b) la tentativa es *concluida* cuando el autor ha terminado los actos corporales del caso para producir el resultado, de modo que para la realización ya sólo importan acontecimientos que están más allá de la acción.

En la hipótesis contenida en b) el autor efectúa los mismos actos que hubieran sido necesarios para la comisión del delito consumado, no obstante lo cual, sólo es punible por la tentativa. Por eso, dice ROMAGNOSI, que el delito frustrado está *consumado subjetivamente*, es decir, en relación con el hombre que lo comete (*Genesi*, § § 680 y 693). Es el caso de quien, con el propósito de causar a otro la muerte, apunta contra él su arma y hace fuego, utilizando el único proyectil de que dispone, pero yerra el disparo (MEZGER, *Tratado*, T. II, § 54, II). En el mismo ejemplo, habría tentativa inconclusa si en el momento de apuntar el arma, alguien se la arrebatara, pues el proceso ejecutivo del delito se halla interrumpido por *causas ajenas a la voluntad del autor*.

8 — LA ACCIÓN DE TENTATIVA ES UNA ACCIÓN DOLOSA. *El dolo de la tentativa es el dolo del delito consumado*. Ya señaló certeramente M. E. MAYER que un dolo de tentativa es ningún “dolo” (*Ein Versuchsvorsatz ist kein “Vorsatz”, Der allgemeine Teil*, cit., pág. 343). Ésta es la opinión dominante.

Por idénticas razones, no es admisible la tentativa con respecto al resultado más grave (culposo) en las figuras de *delitos preterintencionales* (cfr. GÓMEZ, E., *Tratado*, I, nro. 218; NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. II, pág. 230).

En la legislación comparada se preguntan los autores si es apto para configurar la tentativa el dolo condicionado o eventual. A ello res-

ponde WELZEL que si basta para la consumación el *dolus eventualis*, basta también para la tentativa (*Derecho Penal*, cit., § 22, II; en el mismo sentido, MAGGIORE, *Derecho Penal*, cit., Vol. II, pág. 78). Este criterio, que pareciera lógico, debe ceder sin embargo, ante una norma legal, y esto es, precisamente, lo que ocurre ante la redacción empleada por el Código Penal argentino para definir los actos de tentativa en el artículo 42: “*El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución...*”. La exigencia de que la acción se ejecute con *el fin de cometer un delito determinado* es inconciliable con el dolo eventual. De modo que la necesidad del *dolo cierto* no nos parece dudosa (cfr. GONZÁLEZ ROURA, *Derecho Penal*, T. II, pág. 160; ODERIGO, *Código Penal*, nota 145-a; NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. II, pág. 317: en contra, sobre la base de que el dolo eventual no supone un “querer indeterminado”, BACIGALUPO, *Lineamientos*, pág. 107).

La jurisprudencia ha excluido reiteradamente el dolo eventual, aun en los delitos que pueden consumarse con esa forma de la culpabilidad: la tentativa exige *la intención directa y perfecta* de cometer un delito determinado, la cual es incompatible con un dolo eventual y de ímpetu, como lo es el hombre arrastrado al *delito por un impulso emocional* (Trib. Sup. Córdoba, *L.L.*, Rep. XIX, pág. 1303; “Tentativa”, sum. 4, *B.J.C.*, II, 666). El dolo *en la tentativa de homicidio es el dolo directo*, la intención directa de cometer el delito de homicidio, excluyéndose el dolo eventual, y toda especie de culpa (Cám. Crim. Tucumán, *L.L.*, t. 95, pág. 552). La figura de *la tentativa* contiene como elemento subjetivo del tipo la exigencia de que el agente obre con el “fin de cometer un delito determinado”, elemento subjetivo que al excluir toda forma de culpabilidad que no sea *el dolo directo* —tal como el dolo eventual— caracteriza a la tentativa como “un delito de intención” (Cám. Crim. Capital, *L.L.*, t. 95, pág. 276 y *J.A.*, 1959-VI, pág. 136).

9 — LA PUNICIÓN DE LA TENTATIVA. Las doctrinas que pretenden fundamentar la punición de la tentativa pueden reunirse en dos grupos, aunque cada una de ellas sustente las soluciones alcanzadas en motivos distintos.

a. *Teorías objetivas*. La doctrina correcta, que se origina en ROMAGNOSI (*Genesi*, § 659, pág. 219) y es desarrollada por CARRARA, sostiene que la tentativa se pena *por el peligro corrido* por el bien jurídico protegido (*Programa*, § 352). Se requiere, pues, actos de ejecución con las características que les hemos señalado: *típicos e idóneos*. Por lo demás, la pena es menor que la que corresponde al delito consu-

mado, por una razón de *cuantía* penal, que debe pesar en la balanza de la Justicia.

b. *Teorías subjetivas*. Son las que tratan de captar *cualquier acto* que sea revelador de una intención criminal. Se prescinde, pues, de la exigencia del comienzo de ejecución, y quedan equiparados, para la tesis extrema, actos preparatorios y de ejecución, delito tentado y consumado, pues todas son acciones reveladoras por igual de una intención criminal, y merecedoras de pena.

En esta tendencia se sitúa el positivismo penal, al sostener que el fundamento y la medida de la sanción se encuentran en la peligrosidad del autor. Así resulta, también, que si el comienzo de ejecución no revela peligrosidad en el autor, el hecho queda impune.

Las consecuencias de este criterio subjetivo y su rechazo pueden considerarse sintetizadas en las palabras de MAURACH, quien refiriéndose a la jurisprudencia alemana, inspirada en un criterio preponderantemente subjetivo, dice: “De este modo fue inevitable que la nueva jurisprudencia extendiera irremisiblemente la tentativa, a costa de la preparación, que traspasa la zona libre de pena e infringiera, con ello, el principio *nulla poena sine lege*” (*Tratado*, T. II, § 41, I, B., 2, b).

10 — CRITERIO SEGUIDO POR EL CÓDIGO ARGENTINO. El Código Penal argentino ha adoptado para la sanción de la tentativa un *criterio objetivo*, al requerir que el autor *comience la ejecución de un delito determinado* (art. 42). Este criterio se ratifica cuando en el artículo 44 se fija una escala de reducción de la pena referida a la *que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito*. La exigencia de la *idoneidad* está implícita en la previsión específica del tratamiento penal para la tentativa de delito imposible (art. 44, 4to. párr., *infra*, II) y en el *comienzo de ejecución*. Por último, el hecho debe haber quedado en la etapa de tentativa contra la voluntad de su autor, *pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad* (art. 42). El desistimiento voluntario libera de pena a su autor (art. 43), y de ello nos ocupamos más adelante (*infra*, III).

Para la tentativa de delito imposible, la ley se afilia al criterio subjetivo peligrosista pero sin prescindir del aspecto objetivo, al remitir la disminución de la pena a la que correspondería al autor si el delito se

hubiera consumado. Este tema lo desarrollaremos en el capítulo siguiente.

11 — REDUCCIÓN DE PENA PARA LA TENTATIVA. El artículo 44 del Código Penal argentino dispone:

La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.

Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años.

Si la pena fuere de prisión perpetua, la de la tentativa será prisión de diez a quince años.

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelado por el delincuente.

El primer párrafo del artículo 44 ha sido objeto de tres interpretaciones:

a. Según unos, el juez debe precisar primero la pena que habría correspondido al autor del hecho si el delito se hubiera consumado, y sobre esa pena se procede a hacer la operación aritmética que la reduce de un tercio a la mitad.

Por ejemplo: En un homicidio simple corresponde pena de ocho a veinticinco años de prisión o reclusión (art. 79). Frente a un caso concreto de tentativa, el juez debería proceder así: si el homicidio se hubiera cometido, la pena habría sido, en el caso, de doce años; pues bien, esa pena se reduce de un tercio —ocho años— a la mitad —seis años—. La pena a aplicar estaría comprendida entre seis y ocho años de prisión o reclusión.

b. Para otros, debe tomarse la pena fijada por la ley en abstracto para el delito, reduciendo en un tercio el máximo y en la mitad el mínimo. En el caso supuesto en a., el homicidio, que tiene como máximo veinticinco años y como mínimo ocho, tendría para la tentativa, como máximo, dieciséis años y ocho meses —restando, a veinticinco, ocho años y cuatro meses, que es el tercio— y como mínimo cuatro años, que es la mitad de ocho. Es el criterio seguido por la Cámara del Crimen de la Capital (causa “Luna, Gustavo G.”, fallo plenario, 19-II-1993, L.L., 1993-13, pág. 42).

c. Entiende un tercer grupo que la disminución debe efectuarse a la inversa que en el caso anterior. Se rebaja un tercio del mínimo y la mitad del máximo. Este sistema, se dice, evita las críticas que se efectúan al anterior y sigue el método del Código, que al establecer las penas en sus diversos artículos, se refiere primero al mínimo y después al máximo, razón por la cual la resta del tercio y la mitad hay que llevarla a cabo en ese orden (cfr. Cám. Nac. Apel. Crim. y Corr. Fed., causa nro. 3246, "Rodríguez, E.", s/inf. art. 162, Cód. Pen., 1-III-1984, Sala II).

El criterio expuesto en a. no es aceptable, por dos razones fundamentales:

1° No puede graduarse la pena respecto de un hecho cuyas circunstancias no se conocen totalmente, pues no ha sido consumado.

2° En ciertos casos, la pena mínima sería mayor para la tentativa que para el hecho consumado. En el caso del homicidio, si el juez considera que la pena que habría correspondido al caso concreto es de veinte años, el mínimo de la tentativa —la mitad— sería de diez años; es decir, mayor en dos años que la del homicidio simple consumado, que está fijado en ocho.

Tampoco puede aceptarse el segundo criterio estrictamente. Resulta suficiente hacer notar que con ese sistema tiene pena mayor la tentativa de homicidio simple que la del homicidio cualificado. En efecto; hemos visto que la pena máxima para el homicidio del artículo 79 sería de dieciséis años y ocho meses; en cambio, según el cuarto párrafo del mismo artículo 44, si la pena fuese de prisión perpetua (corresponde al homicidio cualificado del art. 80), la máxima para la tentativa es de quince años.

II. *La tentativa inidónea. El delito imposible*

1 — CONCEPTO. *La tentativa es inidónea cuando los actos realizados no tienen en el caso concreto capacidad para poner en peligro el bien jurídico protegido por la ley penal.*

El Código argentino no define la tentativa inidónea; en el cuarto párrafo del artículo 44 determina una reducción de pena mayor que la dispuesta para la tentativa idónea, *si el delito fuera imposible*. La tentativa de delito imposible es, pues, punible, aunque no es forzoso que conduzca a una pena, pues la ley también prevé la total exención de

pena para el caso. De esta previsión legal resultan dos cuestiones fundamentales a considerar: a) cuándo el delito es imposible; b) cuándo y por qué la tentativa inidónea está sujeta a pena y cuándo no.

2 — EL DELITO IMPOSIBLE. Si un delito es imposible de consumar, la lógica más elemental nos está indicando que la acción sólo puede alcanzar, en el momento más avanzado de su ejecución, la etapa de la tentativa. Nos referimos a la *tentativa posible de delito imposible*; cuando se trata de inidoneidad por ausencia de algún elemento de la figura —imposibilidad jurídica— *lo imposible es la tentativa misma*, puesto que no puede haber en el caso comienzo de ejecución típico.

a. Para la doctrina tradicional, el delito puede ser imposible porque el sujeto yerra sobre la naturaleza de los medios empleados o sobre el objeto del delito y, naturalmente, sobre ambos a la vez. En el segundo caso se habla, también, de la imposibilidad del fin (CARRARA, *Programa*, § § 359 y 362; PESSINA, E., *Elementos*, pág. 102). Ejemplos conocidos de inidoneidad en los medios son el empleo de azúcar como veneno o pretender hacer fuego con un arma descargada. Ejemplos de objeto inidóneo lo ofrecen las maniobras abortivas sobre una mujer que no está encinta o hacer fuego sobre un cadáver.

b. Al lado de estos motivos esencialmente de hecho, aparecen otros referidos al objeto del delito con marcado matiz jurídico, que tornan también imposible el delito. Así, por ejemplo, el supuesto hurto de la cosa propia; el estupro con una mujer de 18 años de edad o con una prostituta; el cohecho activo ofreciendo dádiva a quien no es funcionario público y muchos otros.

3 — EL CRITERIO DEL CÓDIGO ARGENTINO. No resulta sencillo precisar cuál es el alcance que ha de darse al cuarto párrafo del artículo 44 del Código Penal argentino en relación con las modalidades de imposibilidad. SOLER recalca que en todos los ejemplos se advierten dos características esenciales, una subjetiva y otra objetiva: *el error y la inidoneidad* (*Derecho Penal*, T. II, § 50, II). En efecto, quien obra sin error, mal podrá decirse que realizó la acción *con el fin de cometer un delito*. Quien sabe que el arma está descargada o que el azúcar no mata, no puede haber pensado en matar. Lo mismo ocurre con los casos de imposibilidad jurídica: quien sabe que la mujer que accede tiene 18

años o es una prostituta, no puede actuar *con el fin* de cometer un estupro; ni puede cometer un hurto el que sabe que la cosa es propia.

Queda al margen de toda duda que esos casos en que el sujeto actúa sin error, caen fuera de la previsión legal, pues aun para el criterio subjetivo más extremo, el autor *debe creer* que comienza la ejecución de un delito. Pero la ley habla, además, de un *delito imposible y no de un hecho que no es delito*. Obviamente, pues, el hecho tentado *debe ser un delito que en el caso concreto no se puede cometer* (véase GALLINO YANZI, "La tentativa inidónea", en *Relatos*, Jornadas Nacionales de Derecho Penal, 1973, págs. 15 y sigs.).

1. *Inidoneidad de los medios*. Apartados los casos claros de quienes conocen la inidoneidad, si nos atenemos al criterio correcto, que aprecia como *falta de tipo* todos los supuestos en que está ausente un elemento de la figura, debemos llegar a la conclusión de que *sólo la falta de idoneidad de hecho en los medios* está contemplada por la previsión del artículo 44, cuarto párrafo. Ello, así, porque en cualquiera de los ejemplos dados que se refieren al *objeto* del delito, coincida éste o no con el sujeto pasivo, falta un elemento de la figura. Quien quiere matar a un muerto está realizando una acción atípica por la ausencia del *otro* que requiere el homicidio (art. 79); lo mismo que quien quiere cometer estupro con una mujer de 18 años, etcétera. Una cosa es la *tentativa posible de un delito imposible y otra la tentativa imposible en sí misma, como tal, porque no es un comienzo típico de ejecución*.

La escala legal se refiere a la *pena* que correspondería al agente si *el delito* se hubiera consumado: *la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse*, etcétera... De suerte que es preciso tener como referencia *la pena fijada para un delito*, la que no existe cuando falta cualquier elemento de la figura.

2. *Falta o inidoneidad en el objeto*. Acabamos de referirnos a este problema en el punto anterior. Veamos ahora los ejemplos que suelen darse para el caso: el sujeto a quien se le suministra una dosis de veneno que no le causa la muerte porque está inmunizado contra ese veneno, parece claro que, en el caso concreto, el medio es lo *inidóneo* para matar; en cambio, en el caso del ataque llevado contra un cadáver, falta el ser humano indispensable en el homicidio, un elemento del tipo. Lo mismo puede decirse de la tentativa de aborto de la mujer que no está encinta y de los demás casos con las mismas características. Sobre esto

se pregunta VANNINI, ¿puede hablarse de una acción idónea para matar a un hombre muerto, o de acción idónea para robar un tesoro inexistente? (*El problema*, pág. 75). Si el objeto o sujeto pasivo han faltado desde el comienzo y durante todo el curso de la acción, el hecho es impune por ausencia de un elemento constitutivo del delito impuesto por el tipo (NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, Salamanca, 1963, pág. 121).

4 — EL LLAMADO DELITO PUTATIVO. El problema de la delimitación entre los casos de tentativa de *delito imposible* y los de *imposibilidad de tentativa* por falta de tipo, que, como hemos visto, trascienden el contenido del artículo 44, cuarto párrafo del Código Penal argentino, impone hacer aquí una referencia al llamado *delito putativo*. Como la calificación de “putativo” lo indica, este *supuesto* delito sólo existe en la mente del sujeto, como consecuencia de un error. El individuo *crece* estar cometiendo un delito, cuando ejecuta, en realidad, un hecho lícito. Por tanto, no sólo falta en el caso la referencia a un tipo penal, sino, también, a todo problema de idoneidad o inidoneidad de la tentativa (cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, “El *iter criminis* y la tentativa”, en *El criminalista*, vol. IV, 1951, pág. 238).

Para nosotros, ya lo hemos dicho, para lo que aquí interesa, deben ser equiparados los casos de *ausencia total* de tipo (delito putativo) a los de *falta* de tipo, por ausencia de un elemento de la figura legal, y ambos excluidos de la previsión del artículo 44, cuarto párrafo del Código Penal.

5 — FUNDAMENTO DE LA PUNICIÓN DE LA TENTATIVA INIDÓNEA. Los mismos dos criterios extremos en que se ha pretendido sustentar la punición de la tentativa propiamente dicha, se aplican también a la tentativa inidónea, con consecuencias marcadamente distintas.

1. *Las teorías subjetivas*, como se dijo páginas más atrás (I, 3- 1. a.), toman en consideración lo que el autor *quiso hacer* y concretó *en un acto externo*, cualquiera sea la naturaleza de éste. No dan por ello mayor significado a la falta de idoneidad de la acción o del objeto. La posición puede decirse que fue llevada a sus extremos por Maximiliano VON BURI, para quien es indiferente el empleo por el autor de medios idóneos o inidóneos, o que haya dirigido su acción contra un objeto idóneo o inidóneo, para materializar su querer, porque lo que se sanciona

en la tentativa es *la voluntad delictiva* (*Beiträge zur Theorie des Strafrechts*, Leipzig, 1894, pág. 187. Puede verse la crítica de BINDING en *Die Normen*, Vol. III, págs. 510 y sigs., y la exposición de JIMÉNEZ DE ASÚA en *La ley y el delito*, nro. 301).

2. *Las teorías objetivas* puede decirse que tienen por base común el principio formulado por CARRARA: la tentativa se pena por el *peligro corrido* por el bien jurídico (*Programa*, § 352). *El peligro* es, pues, un presupuesto indispensable para sancionar la tentativa. La exigencia conduce a distinguir grados de idoneidad, ya que cuando la imposibilidad haya sido relativa, teóricamente habrá habido *posibilidad* de lesión del bien jurídico y, por tanto, peligro; en tanto que en los casos de *inidoneidad absoluta o conceptual* toda posibilidad de peligro queda descartada (véase *infra*, 7-).

Al hablar de “peligro corrido”, se está indicando un peligro que se produjo; por eso, con el criterio objetivo, también los actos tendientes a cometer un delito que en el caso concreto es imposible, pueden ser punibles únicamente cuando lo dispone una norma específica expresa, puesto que en estos supuestos el bien jurídico tutelado por la ley penal, en la práctica, tampoco corre peligro, el que, como hemos visto, sirve de fundamento para la punición de la tentativa. Es por eso que resulta común en las legislaciones fundamentar la penalidad de la tentativa del delito imposible en criterios subjetivos. Así lo hace la ley argentina, al adoptar *la peligrosidad* como medida y fundamento de la pena en el cuarto párrafo del artículo 44.

3. *El criterio positivista*. Como es sabido, el positivismo penal inspirado en un criterio defensorista, fundamenta la aplicación de las sanciones en la peligrosidad, es sólo la consecuencia de aplicar a esos actos el principio general (FERRI, *Principios*, págs. 596 y sigs.; FLORIÁN, *Parte General*, T. II, págs. 215 y sigs.; este último sin desconocer por completo significación al aspecto objetivo).

4. *El Código Penal argentino*. El cuarto párrafo del artículo 44 dispone: “*Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse a la mínima legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelado por el delincuente*”.

Inspira el fundamento de la pena el criterio peligrosista; sin embargo, sería un error suponer que ello conduce a las mismas amplias

consecuencias que se alcanzan con el criterio subjetivo clásico, como el sustentado por VON BURI (*supra*, I.). El Código argentino, si bien, en definitiva, funda la aplicación o exención de pena en la *peligrosidad*, requiere que se trate del intento de *cometer un delito imposible*, y determina el sometimiento a la escala penal del delito, aunque más reducida que la fijada para la tentativa idónea. De modo que para determinar los límites de la pena tiene en cuenta el *aspecto objetivo*. De ello resulta, además, la limitación a la inidoneidad fáctica que hemos señalado páginas más atrás (*supra*, 3-). Así, pues, no cualquier acto exterior en el que se revele una voluntad criminal es punible por la disposición del cuarto párrafo del artículo 44 del Código Penal argentino, sino sólo los dirigidos a cometer un delito imposible.

La jurisprudencia. La Cámara del Crimen de la Capital declaró, en reiterada jurisprudencia, que intentar por vía judicial el cobro de sumas que no se deben, no constituye delito por falta de idoneidad en los medios; así en el caso de una tercera de mejor derecho fundada en un documento sin valor (*Fallos*, t. I, pág. 275); igualmente cuando la liquidación presentada o la suma que se demanda, son mayores que las que en realidad se deben (*Fallos*, t. I, págs. 272 y 430). Sin embargo, el mismo tribunal reconoció que el solo hecho de presentarse a la justicia no torna imposible el delito por inidoneidad de los medios, cuando la maniobra es apta para hacer incurrir en error a la justicia (*Fallos*, t. I, pág. 237; t. VII, pág. 123). En esta última sentencia, se trata de una demanda apoyada en medios probatorios fraudulentos (el acusado invocó la condición de socio, que trató de acreditar con probanzas engañosas).

6 — EL AGENTE PROVOCADOR Y EL DELITO EXPERIMENTAL. Entre los casos de imposibilidad fáctica suelen ser incluidos el delito impulsado por el *agente provocador* y el *delito experimental*. Esto ocurre cuando el autor *Cree que no podrá consumir el delito*, pero tal cosa no ocurre porque la víctima está advertida (v.gr., del fraude en la estafa o de la ineficacia de la amenaza en la extorsión) o porque la autoridad está queriendo sorprenderlo “con las manos en la masa”, o bien cuando se quiere comprobar la conducta de un sujeto, con lo que el agente provocador —persona o acción— constituye un verdadero experimento (cfr. NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, pág. 130).

Circumscrip ta la cuestión a los casos en que el delito deberá quedar en grado de tentativa, la solución, en tal caso, pareciera ser la que se atiene a los principios generales; si los medios son idóneos, habrá tentativa, pues también en esos casos, el delito no se consuma por circunstancia ajenas a la voluntad del autor; si los medios no son idóneos, la

tentativa será igualmente imposible (fallos de la Cám. Fed. Capital, *L.L.*, 22-V-1969 y 9-I-1974, t. 153-3).

Siempre ocurrirá en estos casos que el delito no puede pasar del grado de tentativa, aunque *aparentemente* se haya consumado. Pero lo que debe tomarse en cuenta para calificar la tentativa es si el agente provocador *facilitó de tal modo los hechos o tenía tales conocimientos, que los medios o el objeto se hayan tornado por eso inidóneos* (delito imposible), *o si el hecho sólo fue interrumpido en su comienzo de ejecución* (tentativa). No deben ser confundidas esas hipótesis con aquellas en las que *sólo la prueba* es preconstituída, sin que ello tenga influencia sobre la conducta del autor. Así, verbigracia, una persona, víctima de una extorsión que entrega periódicamente sumas de dinero al extorsionador da, en una de las entregas, billetes marcados.

La jurisprudencia. La Cámara del Crimen de la Capital ha resuelto, en algunos casos, que quedan en grado de tentativa los hechos en que hubo acuerdo previo con la policía para comprobar el delito (*Fallos*, t. I, pág. 409; t. V, pág. 216), y el delito experimental —entrega de más a un transportador con el objeto de comprobar su honradez— (*Fallos*, t. IV, pág. 211; en el mismo sentido, *L.L.*, 8-XII-1965, con disidencia del juez MUNILLA LACASA en favor del delito imposible. También por la tentativa, la Sala 1ª del mismo tribunal en la causa nro. 14.899 del 3-VIII-1973). La Cámara Federal de la Capital, en un caso de defraudación en el que la supuesta víctima actuó de acuerdo con instrucciones dadas por personal de investigaciones, con el fin de lograr el descubrimiento *in fraganti* de la maniobra, se pronunció por la tentativa de delito imposible por inidoneidad del objeto, que en el caso se concreta en la falta efectiva de sujeto pasivo de la presunta infracción (*L.L.*, 27-VI-1958, con comentario aprobatorio de NÚÑEZ, Ricardo C.). En el mismo sentido, declarando que el conocimiento anterior por parte de la víctima de la maniobra a utilizar torna en imposible el delito de estafa, la Cámara del Crimen de la Capital, Sala 3ª (*Doct. Jud.*, 30-XI-1963).

7 — GRADOS DE LA INIDONEIDAD. La distinción de grados de inidoneidad en la acción de tentativa, sólo es de valor relativo para los textos legales que, como el argentino, no hacen distinciones, y fundamentan la pena en el grado de peligrosidad revelada por el autor, y podrá constituir nada más que un indicio para apreciar esa peligrosidad, en la medida en que la inteligencia o capacidad de comprender del autor se vincule con ella. Refiriéndose el Código a un delito imposible, resulta suficiente la inidoneidad relativa o concreta, puesto que en el caso dado, el delito ya es imposible (conforme NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. II,

pág. 342; TERÁN LOMAS, en nota a un fallo de la Cámara de Paraná, *L.L.*, t. 67, pág. 400).

Se distingue tradicionalmente en inidoneidad *absoluta* y *relativa*. Se está ante la primera cuando el medio empleado no es apto en sí mismo, *en abstracto*, para cometer el delito; la inidoneidad es *relativa* cuando la comisión es imposible en *el caso concreto*. Por eso, MAYER, propone el reemplazo de las denominaciones *absoluta* y *relativa* por las de *conceptual* y *concreta* (*Der allgemeine Teil*, págs. 354 y sigs.; puede verse sobre estas distinciones BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, “Delito imposible y putativo”, *L.L.*, t. 82, pág. 777; RANIERI, *Manuale*, Padova, 1952, pág. 352).

Probablemente ha sido Max E. MAYER quien ha escrito páginas más certeras sobre la tentativa en general y sobre la tentativa inidónea en particular: si se quisiera determinar el concepto de la “tentativa inidónea” basándose en estas palabras, de seguro se incurriría en error. Puesto que la idoneidad de una acción puede ser medida solamente de acuerdo con una finalidad —y en este caso debe ser referida al logro del resultado final— toda tentativa es inidónea. Con la idoneidad se presenta la consumación, es decir, la negación de la tentativa. Según un acuerdo tradicional, se designa a la tentativa como *inidónea* sólo cuando el medio empleado por el autor, o el objeto por él agredido, excluye la consumación del delito. Entendido de ese modo, no se puede decir ya que toda tentativa es inidónea. Así, por ejemplo, no es inidóneo el disparo, que hubiera sido mortal, de haber dado en el corazón en lugar de dar en el brazo. El objeto cuya idoneidad entra en cuestión, es siempre el objeto del hecho, y no, eventualmente, el que es motivo de protección.

Dentro del ámbito así determinado, encontramos dos grupos: por el medio, el objeto (o ambos) pueden ser inidóneos conceptualmente o según el empleo concreto o la calidad. Así se distingue la inidoneidad *conceptual* (general), con menor exactitud (absoluta), de la *concreta* (especial), impropriamente denominada *inidoneidad relativa*. Son ejemplos académicos usuales: el azúcar, en dosis reducidas, según es uso, carece conceptualmente de entidad venenosa para actuar mortalmente, pero a un diabético se lo puede matar suministrándole azúcar; el plan de homicidio dirigido contra un cadáver, que fracasa, porque conceptualmente, el objeto excluye la acción; la falla del resultado, porque la dosis suficientemente fuerte de veneno es dada a un hombre inmunizado contra ese veneno, el homicidio ha sido impedido por la calidad del objeto.

No son muchas las variantes que se pueden introducir en los ejemplos dados, lo que demuestra que el problema de la tentativa imposible está limitado a un reducido número de delitos; al lado del homicidio se traen a colación esencialmente el aborto, el hurto y el incendio, sin que con ello quede cerrado el círculo (*Der allgemeine Teil*, págs. 354-355).

8 — LA PENALIDAD DE LA TENTATIVA INIDÓNEA. Como antes se vio, el Código argentino adopta para sancionar la tentativa imposible un *criterio mixto*, que reduce la escala penal de la tentativa idónea (criterio objetivo) por el hecho de que el delito tentado sea imposible, en tanto que sustenta *la pena y su medida en la peligrosidad* del delincuyente (*supra*, 5-4.).

Para el caso de delito imposible la ley dispone que la pena *se disminuirá* a la mitad y *podrá reducirse* al mínimo legal o eximirse de ella, *según el grado de peligrosidad* revelado por el delincuyente (art. 44, 4to. párr.).

La ley no especifica, de modo que la reducción a la mitad de la pena se opera en el máximo y en el mínimo. Esta reducción fija la escala obligatoria para el juez: la disposición dice “se disminuirá”. De allí en menos se mueve la facultad del juez para *adecuar la pena a la peligrosidad* del autor, pudiendo llegar a eximirlo de ella.

Al autorizar la reducción de la pena al mínimo legal, el Código no puede haberse referido al límite penal mínimo fijado para el delito, pues no hubiera sido necesario que lo dijera, ya que el juez está facultado para ello en todos los casos, también para el delito consumado. Se trata del mínimo legal de la especie de pena de que se trate (SOLER, *Derecho Penal*, II, § 51, II).

III. *El desistimiento voluntario de la consumación*

1 — CONCEPTO. Conforme con lo que dispone el artículo 43 del Código Penal argentino, “*El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito*”. Se trata de *desistir de la consumación*, puesto que el autor debe haber comenzado ya actos de ejecución típicos. Es impropio hablar de *desistimiento de la tentativa*, porque si lo propuesto hubiera sido una tentativa, la acción en sí misma, sin necesidad de desistimiento, sería irrelevante para el Derecho Penal (*supra*, I, 8-).

Cuando el autor desiste voluntariamente de consumar el delito, no ha sido impedido de consumarlo por *circunstancias ajenas* a su voluntad, conforme con la definición de *tentativa* del artículo 42 del Código Penal. *La intención de cometer el delito es rectificadada antes de que la consumación sea impedida por circunstancias ajenas a la voluntad del*

autor; antes de que sea una acción de tentativa de acuerdo con la definición legal. El acto no llega a ser una *acción típica* de tentativa por no adecuarse a la figura accesoria *genérica* del artículo 42. No es, por tanto, punible, si no existe una disposición expresa que lo indique.

2 — NATURALEZA JURÍDICA Y ALCANCES. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del desistimiento voluntario? El desistimiento voluntario, dice DOHNA, pertenece técnicamente a la teoría de las excusas absolutorias, pues no se aplica una pena ya merecida (*La estructura*, pág. 93). También nosotros lo hemos creído así por mucho tiempo, pero un replanteo del problema nos lleva ahora a una conclusión distinta, que creemos más exacta, al menos para el derecho argentino. La ley, que es soberana en la delimitación de las figuras penales, ha definido el “tipo genérico” de la tentativa, objetivamente como *comienzo de ejecución de un delito determinado*, y subjetivamente como *propósito de cometer un delito no desistido voluntariamente* (no consumado por *circunstancias ajenas a la voluntad del autor*, art. 42, Cód. Pen.). Hasta ahí llega la pena, porque hasta ahí se amplía el tipo. La tentativa desistida voluntariamente cae, pues, fuera de los límites del tipo ampliado. Cae así por su base el argumento en que se sustenta la afirmación de que se trata de una excusa absolutoria, porque no se aplica una pena ya merecida, puesto que la pena se merece —el acto de ejecución es punible— sólo cuando se llega hasta el punto en que circunstancias ajenas a la voluntad del autor impiden consumir el delito.

Si se sostiene que se trata de una excusa absolutoria, entonces no se puede afirmar que la exención de pena alcanza también a los partícipes, porque falta la norma legal que lo disponga —la ley habla del *autor*—, y porque las causas personales de exclusión de pena no se comunican. Sin embargo, ese alcance es sostenido, sin fundamento atendible, por quienes creen que se está ante una excusa absolutoria (NÚÑEZ, invocando la doctrina alemana, *Derecho Penal*, T. II, pág. 338 y nota 107; SOLER, sosteniendo que la ley, al referirse al autor, ha empleado evidentemente la expresión en un sentido más genérico, comprendiendo también al cómplice y al insitador: *Derecho Penal*, T. II, § 52, V).

Las diferencias que resultan de adoptar uno u otro criterio, no son pequeñas: mientras la excusa absolutoria deja intacto el delito y sólo libera de pena a determinadas personas, la ausencia de tipo es *ausencia de delito*.

3 — EL CARÁCTER DE VOLUNTARIO. La ley argentina emplea la expresión *voluntario* para calificar el aspecto subjetivo del desisti-

miento. Con ello se afilia al criterio que no requiere exigencias mayores *en cuanto a la naturaleza ética de los móviles* que deciden al autor a desistir.

1. De acuerdo con la fórmula adoptada por la ley argentina, *pueden haber mediado circunstancias diversas que decidan al autor a desistir del delito, siempre que esas circunstancias no le hayan impedido efectivamente consumarlo*. El autor puede haberse decidido a desistir por distintos motivos y aun sin motivo aparente, y no es preciso que lo haga por móviles éticos o que demuestren su falta de peligrosidad. GONZÁLEZ ROURA limita la eficacia a los casos en que actúa obedeciendo al impulso del bien o de la repulsión al delito, o a lo sumo por un espontáneo temor a la pena (*Derecho Penal*, T. II, nro. 157), lo mismo que Eusebio GÓMEZ (*Tratado*, T. I, pág. 472). Para el orden jurídico es preferible en estos casos que el delincuente escape a la pena, a que consume el delito (HIPPEL, *Manuale*, § 41, XI, nota). Así, pues, resulta apropiada para el derecho argentino la fórmula de FRANK: el autor se dice a sí mismo: “yo no quiero hacer ya más, aunque podría” (*Das Strafgesetzbuch*, § 46, II).

2. El desistimiento debe ser la *obra voluntaria* del autor; es decir, *no impuesta* por las circunstancias. El Código no presume la voluntariedad del desistimiento, como lo hacía el Código de 1886 (art. 10), de modo que ella resultará de la apreciación de las circunstancias (Cám. Crim. Capital, *L.L.*, 9-VIII-1972, t. 147).

3. Debe ser, además, *definitivo*, y no la consecuencia de esperar mejor o más segura oportunidad, porque en estos casos no se puede decir que el autor *ha desistido* de la decisión de cometer el delito —fundamento de la impunidad—, solamente la ha *postergado*. Por las mismas razones, tampoco abandona la realización del delito quien no prosigue en su acción porque cree haber alcanzado ya el resultado, como ocurriría si el que se propuso un homicidio creyó haberlo logrado con el disparo que hizo sobre la víctima a la que solamente hirió.

4 — OPORTUNIDAD DEL DESISTIMIENTO. Ya se dijo que lo que se desiste de cometer es el delito, y no la tentativa. Por eso el desistimiento es válido hasta el momento de la consumación. Por eso, también, la impunidad no alcanza a los actos de ejecución ya realizados cuando

configuran por sí mismos un tipo penal; el desistimiento no deja fuera del tipo delitos consumados, sino, únicamente, actos de tentativa (*L.L.*, 23-III-1963; *Doct. Jud.*, 13-V-1964). Así, por ejemplo, son delitos consumados la violación de domicilio para intentar una violación, la privación de libertad para una extorsión, las amenazas en el robo (*L.L.*, 9-VIII-1972, t. 147).

La Cámara del Crimen de la Capital declaró que subsiste la tentativa de hurto mientras no exista un hecho positivo, objetivo e inequívoco de reintegrar la cosa, no obstante lo que tardíamente diga el agente sobre su propósito de reintegrar: “La tentativa de apoderamiento de L. no ha sido voluntariamente desistida, porque para ello es irrelevante lo que tardíamente diga el ladrón sobre su propósito de reintegrar la cosa, mientras ello no se traduzca en un hecho positivo, objetivo e inequívoco” (del voto de MILLÁN, al que adhirieron LEJARZA y PRATS CARDONA, *E.D.*, 14-I-1964).

La Sala I de la Cámara Criminal de Santa Fe, en la causa “Suárez, F. O. y otro”, resuelta el 14-III-1974 y publicada en *L.L.* (fallo 70.681) señaló que hubo desistimiento voluntario del asalto a un taxista si los procesados expresaron que no consumaron el delito por temor y el taxista manifestó que los condujo a la seccional policial ante su “actitud sospechosa”, sin intento alguno de aquéllos pese a contar con la oportunidad y medios para actuar.

La eficacia de la eximente alcanza lo mismo al delito tentado que al frustrado, siempre que el autor se detenga antes de la consumación *que puede lograr*. La ley no distingue. La cuestión de la oportunidad se vincula con el instituto del *arrepentimiento activo*, previsto en algunos textos legales, por el que se libera de pena a quien ha *evitado el resultado* mediante la propia actividad (véase *supra*, I, 7-).

LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL
(Autores y partícipes)

I. *Naturaleza y contenido*

1 — CONCEPTO. A menudo son varias las personas a las que alcanza la pena por haber intervenido, de uno u otro modo, en la producción de un hecho delictuoso. Algunos aspectos de esa pluralidad de sujetos, dan lugar a la teoría de la participación criminal.

En un sentido jurídico, *partícipes son quienes contribuyen culpablemente a la producción del delito sin cumplir el proceso ejecutivo típico y sin ser punibles como autores.*

1. Este concepto, alcanzado por exclusión, sitúa los actos de participación dentro de sus justos límites, como formas ampliadas del tipo, puesto que aparece por una parte como *presupuesto temporal* de la participación *que no se haya consumado el delito*, ya que quien sólo se vincula al hecho después de consumado, no contribuye a su producción, y por otra, *que el partícipe no haya ejecutado el delito*, pues quienes cumplen todo o parte de la acción típica, son autores por eso y por sí, sin que sea necesario recurrir a las normas de la participación para que el hecho sea punible. Es posible que alguien sea autor sin cumplir materialmente la acción típica, lo que ocurre con el autor mediato, pero para que alguien pueda ser punible por aplicación de los principios de la participación criminal, *es forzoso que no haya cumplido la acción típica*. Es decir, que no se puede ser partícipe en el mismo hecho típico que se ha ejecutado. Esto es tan exacto que SCHÖNKE define la autoría por exclusión, diciendo que “es autor quien con voluntad de autor pone

una condición del resultado, en tanto que no sea penado como instigador o como partícipe (*Kommentar*, § 47, I).

2. *Participar es ejecutar una acción*; es una forma de actuar; no un mero *conocimiento* del hecho, sino una contribución a producirlo. Por eso la expresión *autor moral* es equivocada, porque el partícipe contribuye siempre efectivamente a la producción del hecho (SOLER, *Derecho Penal*, II, § 53, IV. b]).

2 — HIPÓTESIS EXCLUIDAS. Como se vio, están excluidos de los principios de la participación los autores y quienes sólo se vinculan al hecho *después de consumado* (encubridores).

A. AUTORES. La distinción entre *autores* y *partícipes* es de importancia, no solamente para determinar la pena que corresponde aplicar, sino, también, porque las condiciones típicas de autor no son siempre las mismas para el autor propiamente dicho y para el partícipe (véase *infra*, II, 2-, A., 2. y 3.).

Para establecer el distingo entre autor y partícipe la doctrina ha efectuado diversas formulaciones. Entre otras pueden citarse:

1) El Código italiano sigue el *concepto único de autor*, según el cual toda contribución causal al resultado típico importa autoría. Dentro de esa fórmula *material-objetiva* se concibieron diversas variantes que, siguiendo a algunas doctrinas sobre la causalidad y distinguiendo entre *causa* y *condición*, asignaban carácter de autor al que había puesto la primera y el de partícipe al que sólo había colocado una condición.

2) La teoría *formal-objetiva* consideró *autor* a quien ejecuta por sí mismo, total o parcialmente, las acciones descriptas en los tipos penales; las restantes personas que intervienen en el delito son *cómplices* o *instigadores*.

3) La teoría *subjetiva* efectuaba la disposición sobre la base de la dirección de la voluntad del agente y no de su aporte material. Es considerado *autor*, en tal caso, quien quiere el hecho para sí, y *cómplice* el que quiere el hecho para otro, que actúa como socio.

4) El criterio del *dominio del hecho* sostiene, con Hans WELZEL, que es *autor* quien mediante la conducción conciente del fin del acontecer causal, en relación al resultado típico, es señor sobre la realiza-

ción de la conducta descripta en el tipo. Es cómplice, en cambio, quien no tiene la disponibilidad del hecho (cfr. Cám. Crim. Corr. Fed. Capital y C.S.J.N., *Fallos*, t. 309, págs. 1584 y sigs.).

Dentro del concepto de *autor* están comprendidos:

a. *Quienes ejecutan la acción típica*. El artículo 45 del Código Penal argentino los individualiza diciendo: “los que tomasen parte en la ejecución del hecho”. Quienes cumplen tales funciones son autores; lo mismo da que actúen solos o con la intervención de otros (coautores).

b. *Los actores* —más de uno— *exigidos por el tipo para que se configure el delito*. Es ésta la impropriamente llamada *participación necesaria*. Su característica más propia es la *pluralidad de autores como exigencia típica*. De suerte que lo necesario es esa *pluralidad de autores*.

Ejemplos de esta forma de participación necesaria pueden ser la asociación ilícita (art. 210) y el cohecho (arts. 256 y 257), entre otros.

Aun entendida la participación en sentido muy amplio, quedan excluidos de la llamada *participación necesaria*, aunque su obrar está previsto como indispensable en el tipo, quienes, como víctimas, ejecutan una acción necesaria para que el delito se configure por la sencilla razón de que no son actores. Tal es el caso del estupro (art. 120), el rapto consentido (art. 131) y otros (NÚÑEZ, *Derecho Penal*, II, pág. 212). Los autores alemanes ponen el ejemplo de la usura (WELZEL, *Derecho Penal*, § 16, VI; MEZGER, *Libro de Estudio*, § 92, 3). En tales casos no hay duda de que la víctima debe cumplir una parte de la acción típica; pero es una insensatez pensar en que tales personas puedan ser punibles como autores o como partícipes, cuando son sus bienes jurídicos, precisamente, los protegidos por la norma.

c. *Quienes se valen de otra persona como instrumento*. En tales casos la *autoría directa o inmediata* resulta de la *falta de acción* en el individuo utilizado como cosa. De modo que quien se vale de él actúa como si fuera el único ser humano que participa en el hecho típico. Supuesto claro de falta de acción es el del violentado en la fuerza física irresistible.

d. *Los autores mediatos*. Son autores mediatos quienes se valen de un *inimputable, de un inculpable o de un aparato organizado de poder para cometer el delito*. Tal el caso, por ejemplo, de un médico que para matar a un paciente, le indica a su enfermera una medicación que sabe letal, que ésta le suministrará ignorando sus consecuencias.

En la coacción, lo mismo que en los casos de quien se vale de un inimputable o de un inculpable por causa de error o ignorancia, la culpabilidad se traslada del que ejecuta objetivamente —materialmente— la acción, a quien la ejecuta subjetivamente.

Son muchos los autores y los textos legales que sitúan en una misma categoría jurídica estos casos y los considerados en el punto anterior. No es lo mismo: el autor material inimputable o inculpable es, sin embargo, autor; el violentado no es autor, precisamente porque falta en él la acción.

La *autoría mediata* cae fuera del concepto restringido de autor, que se limita a quien cumple la acción típica. Por ello se precisa una fórmula que comprenda también al autor mediato. Dice CUELLO CALÓN que es autor no sólo el que personalmente realiza el hecho punible, sino también el que acude a fuerzas vitales extrañas a su persona, que emplea a modo de instrumento para su perpetración. Al que en esta forma utiliza el esfuerzo ajeno, agrega, se le denomina en la doctrina científica *autor mediato* (*Derecho Penal*, 9ª ed., pág. 548). Guillermo SAUER da este concepto de autor, comprensivo también del autor mediato: “es autor el que ejecuta el hecho por sí mismo o por medio de otro, el cual por esta causa no es responsable (o no es totalmente responsable)” (*Derecho Penal*, 1959, § 25, I, 2. a), pág. 301).

B. ENCUBRIDORES. Es exigencia de la participación que el hecho haya contribuido a la producción del delito, por lo que los hechos posteriores a su consumación no responsabilizan como partícipe (CARRARA, *Programa*, § 2829, nota 2; GÓMEZ, E., *Tratado*, T. I, nro. 226). Por eso el encubrimiento, para ser punible, debe ser tipificado como delito autónomo. Por tal motivo, también, la ayuda o colaboración posterior, *es participación si media promesa anterior al delito*, ya que con ésta se pone una causa o condición del resultado. Esto es lo que resulta del juego de los artículos 46 y 277 del Código Penal. Al preverse en el primero las acciones de complicidad secundaria, se dice: *los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo* (al delito); en tanto que el artículo 277, que se refiere al encubrimiento, dispone: *el que sin promesa anterior al delito, cometiere después de su ejecución, alguno de los hechos siguientes: 1º Ayudare....* Ésta es la manera correcta de legislar el encubrimiento.

3 — PARTICIPACIÓN EN LAS FORMAS EXCLUIDAS. Todas las formas de obrar que hemos señalado como excluidas de la participación admiten, a su vez, participación. En otras palabras, es posible participar

en esos hechos, que son punibles por sí mismos. Es más; la existencia de autores es indispensable para que pueda hablarse de partícipes; no es imaginable la comisión de un delito en el que todos los que intervienen sean partícipes en sentido técnico; alguien debe ejecutar la acción típicamente antijurídica (DOHNA, *La estructura*, pág. 96).

Tampoco la participación en el encubrimiento da motivos para principios específicos: estando previsto el encubrimiento como una figura autónoma, las normas generales de la participación son aplicables como en cualquier otro delito.

4 — EXCEPCIÓN: DELITOS COMETIDOS POR LA IMPRENTA. Por razones legislativas de base jurídico política, no materiales o técnicas, en el ordenamiento legal argentino están excluidas de las normas de la participación en los delitos cometidos por la prensa, “las personas que solamente prestaren al autor del escrito o grabado la *cooperación material* necesaria para su publicación, difusión o venta” (art. 49, Cód. Pen.).

Se tiende a evitar con esta disposición que aparezcan complicados en los delitos de imprenta los operadores de tipografía, los diagramadores, el editor, etcétera, que cooperan generalmente sin propósito criminal. Sin embargo, aunque este propósito haya existido, el precepto es aplicable, pues determina una verdadera excepción al principio general, con fines de garantía (RIVAROLA, *Derecho Penal argentino*, pág. 554). La Exposición de Motivos así lo señala: “Sin embargo, aunque las personas nombradas presten sus servicios con intención criminal y para que el hecho punible se cumpla, el artículo debe mantenerse, porque la manera amplia como está redactado consagra una garantía de la libertad de prensa” (*Código Penal*, edición oficial, pág. 170).

La ley se refiere a la *cooperación material*, de suerte que la labor consistente en considerar o aceptar los escritos o grabados, propia por lo común del director, no es cubierta por el beneficio; no es una *cooperación material*. Por las mismas razones, tampoco puede considerarse al instigador comprendido en la norma que comentamos.

5 — PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS DE OMISIÓN. Se acostumbra tratar como un interrogante la posibilidad de participar en los delitos de omisión. El problema se vincula, esencialmente, con la relación causal

en esta clase de delitos. Pero, resuelta esta cuestión, como en su lugar se vio, el problema se aclara.

Cabe distinguir la *participación omisiva* en un *delito de comisión*, de la *participación activa* en los *delitos de omisión propia o impropia*. La primera se da cuando alguien acuerda con el autor *no hacer* y de ese modo no evitar el resultado de un *delito de acción*. Por ejemplo, el médico se propone matar a su paciente suministrándole un veneno en lugar de la medicina, y conviene con la enfermera que monta guardia junto al enfermo en que no le suministrará el antídoto mediante el cual la muerte podría ser evitada. Aquí la enfermera coopera mediante omisión, a la producción del resultado de un delito de comisión. Su calidad de partícipe resulta del acuerdo, que constituye promesa anterior y con ello aporte causal (CARRARA, *Teoría de la tentativa y de la complicidad*, § § 297 a 304; JIMÉNEZ DE ASÚA, "Los delitos de omisión", en *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1950, año V, nro. 4, pág. 355).

No parece que ofrezca duda la posibilidad de *instigar*, que es una forma de participación en los delitos de omisión. Se puede instigar a alguien para que haga o deje de hacer algo: quien decide a otro a que no preste el auxilio impuesto por la norma del artículo 108 del Código Penal argentino, evidentemente lo ha instigado a una omisión.

También es posible *complicidad*: se comete un delito, y A, *que tiene la obligación legal de denunciarlo*, se propone encubrirlo acordando previa y deliberadamente con B y C que falseen ciertos hechos a fin de cohonestar la acción del encubridor. En esta hipótesis A es encubridor (autor) mediante omisión, B y C son cómplices de A en el delito de encubrimiento omisivo (FIERRO, *Teoría de la participación*, págs. 45-46).

6 — PARTICIPACIÓN EN DELITOS CULPOSOS Y PARTICIPACIÓN CULPOSA. Es éste uno de esos temas que dividen con calor a la doctrina en partidarios decididos de una u otra posición, es decir de aceptar o negar, categóricamente, la posibilidad de participación criminal en los delitos culposos.

Quienes admiten la posibilidad de participar en los delitos culposos, haciendo particular hincapié en la instigación, innegable acto de participar, afirman que la concurrencia de voluntades en un hecho delictuoso, que caracteriza la participación, en nada cambia por el hecho de que se esté ante especies distintas de la culpa penal. Ésta es la posición, entre otros, de GÓMEZ, E. (*Tratado*, T. I, pág. 494), que comparte

SOLER, particularmente en lo que se refiere a la instigación (*Derecho Penal*, II, § 43, XIII y § 57, VIII). El argumento que se esgrime es falaz.

1. Para decidir sobre el punto, es preciso comenzar distinguiendo la *participación en hechos culposos* de la *participación culposa*. La instigación en sí debe ser dolosa: una cosa es *instigación culposa* y otra *instigación dolosa a un delito culposo*. Esta diferencia ya fue señalada por M. E. MAYER, para quien no es imaginable instigación ni complicidad culposa. Instigación, en sentido técnico, es una acción dolosa. Complicidad es, también, *actuar doloso* (*Der allgemeine Teil*, págs. 392, VI, II, 1, a) y 398, B II, 2, a). La distinción aparece en SCHÖNKE, que no acepta forma alguna de participación culposa (*Kommentar*, § 48, VI; § 49, IV; § 47, I y § 48, IV). La admite GONZÁLEZ ROURA (*Derecho Penal*, T. II, nro. 168, pág. 206).

Lo dicho no debe conducir a suponer que quien pone culposamente una condición del resultado está exento de pena; lo que ocurre es que esa conducta no se rige por los principios generales de la participación; porque en el obrar culposo no se puede hablar de concurrencia de voluntad para la producción del hecho común, ni de comunicación de las relaciones, circunstancias o calidades que agravan la penalidad, por el hecho de conocerlas (véase *infra*, II, 2-, A, 4). Como CARRARA enseñó, la intervención culposa se resuelve fuera de las reglas generales de la participación, ateniéndose al propio hecho, a la propia culpa (*Programa*, § 437).

2. Excluida la hipótesis de participación culposa, nos definimos también en contra de la posibilidad de cualquier forma de *participación en hechos culposos*. Pensamos así por una razón que nos parece clara: *participar, en sentido jurídico penal, es participar en un delito, no en una conducta imprudente, sin relevancia penal en sí misma*. El pasajero que se pone de acuerdo con el conductor para marchar a exceso de velocidad, “participa” en eso, y no en el delito que pueda resultar de la conducta imprudente; si hubiera acuerdo para esto último, ya no podría pensarse en un delito culposo, sino doloso. Lo mismo, exactamente lo mismo, ocurre con el pasajero que instiga al chofer para que corra. La imprudencia y la negligencia no son punibles en sí mismas; sólo están amenazados con pena los resultados típicos causados por esa falta de diligencia. De modo que *participar en la imprudencia o la negligencia es participar en conductas no punibles*, participar en nada para el Derecho Penal.

Tiene razón Hans WELZEL cuando dice que la participación en delitos culposos es una construcción “puramente jurídica”, dando a esta palabra un sentido peyorativo (*Derecho Penal*, § 16, 3; en idéntico sentido BOCKELMANN, Paul, *Relaciones entre autoría y participación*, pág. 30, trad. de FONTÁN BALESTRA con la colab. de Eduardo FRIKER). Rechaza BOCKELMANN la opinión de quienes *consideran instigación al homicidio culposo* en el conocido caso del médico que mata a un paciente valiéndose de la enfermera distraída a la que hace aplicar una inyección letal en lugar de la droga indicada. Hay en el caso, dice, homicidio en autoría mediata por parte del médico (*op. y loc. cit.*). En cuanto al ejemplo de SOLER para la complicidad, ejemplo académico, si los hay, el conductor y el acompañante que se ponen de acuerdo para viajar a exceso de velocidad y mientras el uno guía el otro da presión al aceite, no escapa al principio general: en el caso conductor y acompañante *se ponen de acuerdo para la imprudencia, no para el delito* y ambos hacen andar el auto a exceso de velocidad, que es la acción imprudente (no la de manejar el volante). Conductor y acompañante son así responsables por sí mismos, porque *los dos han realizado actos imprudentes de autor*. Puede verse sobre el tema: JIMÉNEZ DE ASÚA, “La orientación moderna de las nociones de autor en la infracción y de participación en la infracción”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral*, Santa Fe, 1957, IV, 9 y 10; *id.*, *Tratado*, T. V, nros. 1668 y 1644).

La Cámara del Crimen de la Capital, en una sentencia, condenó por autoría mediata al padre de una menor que, al tanto de la impericia de su hija, con manifiesta imprudencia, le cedió la conducción del automóvil que, en un lugar inadecuado al efecto y por obra de una maniobra incorrecta, produjo la muerte de una persona (*J.A.*, 19-VII-1978, con nota crítica de Daniel E. CARRERA).

7 — PARTICIPACIÓN EN DELITOS PRETERINTENCIONALES. El problema de la participación en los *delitos preterintencionales* no parece provocar el interés de los autores. Entre nosotros lo trata Eusebio GÓMEZ, para quien nada se opone a la participación en esta clase de hechos, puesto que es perfectamente posible concretar el acuerdo de voluntades para el delito (*Tratado*, T. I, nro. 234, c], pág. 495). No debe perderse de vista para valorar la opinión del destacado penalista, que para él los delitos preterintencionales son *una forma de delito doloso* (*op. cit.*, T. I, pág. 443, nro. 201). De modo tal que el planteo específico desaparece y se desdibujan los problemas de la culpabilidad sustentados en el probabilismo causal, que en su lugar hemos señalado para los hechos preterintencionales. Aborda el tema G. J., FIERRO, y lo resuelve, a nuestro ver, correctamente, al admitir la posibilidad de cooperación criminal “en cuanto a su aspecto doloso, pero no así a su remanente culposo” (*Teoría de la participación*, pág. 65).

II. Principios comunes a todas las formas de participación

1 — IDENTIDAD DEL HECHO. Las exigencias o características generales o comunes a todas las formas de la participación *stricto sensu* pueden reducirse a dos: *accesoriedad* y *concurrencia* de los partícipes a un hecho común.

La exigencia de un hecho principal típicamente antijurídico —no necesariamente culpable—, es consecuencia del carácter accesorio limitado, reconocido a la participación. De ello se sigue que si el autor no comienza la ejecución del delito, ningún partícipe merece pena. No existe participación en un hecho justificado, porque es un contrasentido hablar de participación criminal en un hecho lícito; pero es perfectamente posible, en cambio, participación en el hecho de un autor no culpable o no punible. Que la participación tiene carácter accesorio, no parece que pueda discutirse (*infra*, 2-). Hasta dónde llega esa accesoria, es una de las cuestiones que ha dado lugar a problemas de mayor interés y de ello pasamos a ocuparnos en el punto siguiente. Lo único que hemos querido señalar aquí es la necesidad de un *hecho principal*, con todas las características *objetivas* de un hecho punible, para que pueda haber participación.

2 — LA ACCESORIEDAD. La naturaleza accesorio es de la esencia misma de la participación; lo que se debe determinar es hasta qué punto la acción del partícipe se subordina a las características y modalidades jurídico-penales del hecho principal. Corresponde, pues, señalar los alcances de esa accesoria, tanto en el aspecto extensivo como en el intensivo, para usar la terminología adoptada por WELZEL (*Derecho Penal*, § 16, I, 3.). *Cualitativa* y *cuantitativa* denomina MAURACH la accesoria, según esos mismos aspectos (*Tratado*, T. II, § 53, I]). De ellos es el aspecto intensivo el que ofrece mayores dificultades y el que, por ello, diversifica más las opiniones.

A. ALCANCE INTENSIVO DE LA ACCESORIEDAD. Bien puede decirse que han adquirido jerarquía de clásicas las denominaciones dadas por M. E. MAYER a las doctrinas que se proponen delimitar el ámbito intensivo de la accesoria en materia de participación. Señala cuatro principios o doctrinas que aspiran a resolver el problema, a las que de-

nomina, respectivamente, *acesoriedad limitada*, *acesoriedad extrema* e *hiperacesoriedad*:

a) La acesoriedad es *mínima* cuando para la punición del partícipe es suficiente que el autor haya concretado un *tipo legal*.

b) Cuando se requiere que la realización del tipo por el autor sea *antijurídica*, la acesoriedad se manifiesta en forma *limitada*.

c) La acesoriedad es *extrema* cuando el autor debe ejecutar un tipo legal antijurídico y *culpablemente*.

d) Por último, estamos ante la *hiperacesoriedad* cuando las condiciones personales del autor, que tienen el efecto de aumentar o disminuir la penalidad, se transmiten a los partícipes (*Der allgemeine Teil*, pág. 391).

Estos principios, que fijan el límite de la acesoriedad, no pueden ser adoptados por el intérprete según su convicción, sino deducidos del texto legal que se analiza.

1. *Sistema del Código argentino*. De las disposiciones del Código Penal argentino resulta la adopción del sistema de la *acesoriedad limitada* —conforme con la nomenclatura de MAYER—, como principio general, con matices de la “hiperacesoriedad”, al resolver la comunicación a los partícipes de las calidades personales que tienen por efecto agravar la penalidad en el caso de ser conocidas (art. 48, *infra*, 4).

El carácter limitado de la acesoriedad en la ley vigente resulta de la exigencia de un *hecho principal* típicamente antijurídico, mas *no necesariamente punible*. Respondiendo *cada cual por su culpa y en la medida de su dolo*, ninguna otra solución es imaginable. De ello y de la comunicabilidad o no comunicabilidad de las circunstancias, relaciones y calidades personales, puede resultar la afirmación de CARRARA en el sentido de que la participación admite pluralidad de títulos delictuosos para los distintos partícipes (*Programa*, 509, nota; cfr. NÚÑEZ, *Derecho Penal*, II, pág. 273. El artículo 47 del Código Penal es una aplicación del principio de *posible pluralidad de tipos como consecuencia del carácter personal de la culpabilidad*.

La Cámara Federal de la Capital, Sala Penal, luego de declarar que la figura del artículo 186 del Código Penal describe un delito de peligro, situación esta que debe ser abarcada por el dolo directo del autor, hace esta consideración: “estas exigencias no au-

torizan por sí solas para considerar en iguales condiciones a todos los que han participado en el hecho, y es precisamente en cuanto atañe a la participación que corresponde hacer los necesarios distingos, pues no sólo puede ser diferente la intervención material de cada agente sino también la culpa de cada uno, la que se establece sobre la base de esa real y precisa participación individual, al extremo de hacer variar la responsabilidad en determinados casos en razón del hecho que se prometió ejecutar (art. 47, Cód. Pen.; causa nro. 17.743, "Aráoz de Lamadrid", T., 24-V-1962).

La Cámara del Crimen de la Capital, en otro fallo, encaró el asunto con claridad: debe ser distinguida de la acción del autor principal, declara el fallo, no sólo la posición del cómplice, sino *la de todo partícipe* en cuya manera de concurrir al hecho quepa la posibilidad de una intención distinta a la del ejecutor principal en el momento en que ésta realiza el acto constitutivo del *plus* delictual. *Éste sólo puede comunicarse a los partícipes de cualquier clase a través del dolo de éstos en cuanto converja en el hecho mismo agravante*. Delimita bien los alcances de la accesoriedad otro fallo del mismo tribunal, según el cual aquélla no está presente en la coautoría porque ésta se basa en la recíproca imputación directa de todas las contribuciones al hecho realizadas en el marco de la resolución en común, por lo que porta en sí misma su contenido del injusto y no lo deriva de un hecho ajeno (Sala I, "Stietz, Miriam E. y otro", 3-IX-1996).

2. *La accesoriedad en los denominados delitos especiales*. Se da esta denominación a los delitos en que el sujeto activo debe reunir determinadas calidades exigidas por la figura, y por tanto, indispensables para que se configure el delito en cuestión. *Son elementos típicos personales de autor*. Así, por ejemplo, la condición de empleado de correos o telégrafos (art. 154, Cód. Pen.), la de juez (arts. 257, 269, 273, Cód. Pen.) y muchas otras.

Resulta así muy clara la necesidad de distinguir en los casos de participación criminal, quiénes *han cumplido parte del proceso ejecutivo* del delito, pues de ello resulta la condición de autor y, consecutivamente, la exigencia de las cualidades personales requeridas en el tipo. El coautor es autor, y debe reunir por ello todas las exigencias requeridas en la figura para el sujeto activo. Así, por ejemplo, no puede ser autor de prevaricato del artículo 269 del Código Penal quien no sea juez.

Un principio general no parece prestarse a dudas: *quien tiene por sí solo el dominio de la acción debe reunir las cualidades de autor requeridas en el tipo*. Este principio, coordinado con la exigencia de culpabilidad en cada uno de los partícipes, nos da una guía segura para resolver las distintas hipótesis que se pueden plantear.

En los casos de *autoría mediata*, sea que el autor se valga de un inimputable o un inculpable, estos últimos están fuera del problema. *El autor mediato debe reunir las cualidades requeridas por la figura, con-*

forme con el principio que hemos sentado en el párrafo anterior (cfr., en lo esencial, NÚÑEZ, *Derecho Penal*, II, pág. 283; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, T. I, pág. 431).

Si el autor mediato no reúne las cualidades personales requeridas aunque éstas aparezcan en el instrumento, no se configura el delito que contiene la exigencia de la cualidad subjetiva en el autor. Puede, sin embargo, concretarse *otro* delito, cuando la cualidad personal es *sólo circunstancia* componente de una figura cualificada, cuya ausencia no implica, también, ausencia de delito; pero no cuando es *elemento* de la figura básica. Ello así porque lo que falta en el autor mediato no son las condiciones *generales* de autor, sino una *exigencia típica* de determinado delito. La posibilidad de autoría, sin esa exigencia, se da, por ejemplo, en todos los delitos en los que la condición de funcionario público es *sólo una agravante*.

La ausencia de esas cualidades personales *no obsta a la complicidad*. Así, por ejemplo, en la quiebra, que es un delito exclusivo de los comerciantes, no reúnen esta condición, o al menos no tienen por qué reunirla, el acreedor supuesto o al que se le conceden ventajas indebidas, de los incisos 1º y 3º del artículo 176, Código Penal (GÓMEZ, E., FIERRO, G. J., Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. V, pág. 441).

3. *Los llamados "delitos de propia mano"*. Este grupo de delitos, a los que se denomina *de propia mano* porque el *tipo básico* contiene la exigencia de condiciones personalísimas en el autor, muestran una lógica limitación en el ámbito de la autoría. El más típico de esos delitos puede decirse que es el adulterio. Autores de estos delitos sólo pueden ser quienes estén en situación de ejecutar *directa y corporalmente* la acción prohibida, mientras que en los delitos esenciales (*supra*, 2.), se trata de infracciones con una esfera de autores *limitada por la ley* (CÓRDOBA RODA, J., Nota al *Tratado* de MAURACH, T. II, § 47. III, B. 2., nota 3). Así, pues, esta categoría no se identifica con la de los *delitos especiales*, aunque ambas especies puedan circunstancialmente superponerse en un hecho.

La limitación señalada alcanza solamente a la autoría; no a la participación, que es posible, porque como reiteradamente lo hemos señalado, el partícipe no ejecuta la acción típica, sino que interviene en el *hecho del autor*.

4. *La comunicabilidad de las circunstancias y cualidades personales*. El problema de la comunicabilidad de las circunstancias y calidades personales es parte del principio de accesoriadad. Dijimos al co-

menzar a tratar este tema que el Código argentino adopta como principio general la *accesoriedad limitada*, con concesiones para la *hiperaccesoriedad*. Esta última consiste, según MAYER, en la comunicación a los partícipes de las condiciones personales que tienen por efecto aumentar o disminuir la penalidad (*Der allgemeine Teil*, pág. 391). El Código argentino adopta el principio en *forma limitada y condicionada*:

a. Sobre este punto, el artículo 48 del Código dispone: *Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe.*

Tal como la disposición ha sido redactada, en modo negativo, pareciera que el sistema adoptado es el de la no comunicabilidad de las circunstancias personales; pero de la excepción para las que tienen por efecto *agrarar* la penalidad para el partícipe que las conoce, resulta la adopción del *principio más severo*, pues no se comunican las circunstancias que disminuyen o excluyen la penalidad, y sí, en cambio, las que tienen consecuencias más graves para el partícipe, cuando son conocidas por él. La no comunicación de las circunstancias desconocidas es una consecuencia de la limitación por la culpabilidad. El dolo es siempre, al menos, conocimiento. Por lo demás, la solución cae de su peso, pues si al autor material no se le puede aplicar, por ejemplo, la pena del parricidio si no sabe que el hombre que mata es su padre, sería inicuo aplicársela al partícipe en la misma situación subjetiva. En síntesis, lo que la ley dispone es que *las circunstancias, calidades o relaciones personales que disminuyen o excluyen la penalidad, no se comunican nunca, y las que tienen el efecto de aumentarla, se comunican al partícipe que las conoce.*

Las soluciones contrarias a la equidad que pueden resultar de los principios contenidos en la ley, suelen ser particularmente injustas en los casos de estar amenazado el hecho con pena fija, como ocurre en el artículo 80 del Código Penal, que prevé los homicidios cualificados. Así, por ejemplo, en los casos de agravación por el vínculo de parentesco, quien facilita el arma con la que se cometerá el homicidio del cónyuge tiene pena de prisión o reclusión perpetua (art. 45, Cód. Pen. y jurisprudencia cit., *infra*, IV, A).

b. *Comunicabilidad a todos los partícipes*. Las circunstancias que agravan la penalidad *se comunican, recíprocamente, entre todos los que participan en el delito*: autores, instigadores y cómplices de primero y segundo grado, sin otra limitación que el conocimiento. El texto de la ley no parece que autorice a hacer excepciones: cuando fueran conocidas *por el partícipe*, dice el Código (conforme NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. II, págs. 308-308; C.S.J.N., *Fallos*, t. 191, pág. 46). En contra se pronuncia SOLER, para quien no hay comunicabilidad del cómplice secundario a los demás partícipes (*Derecho Penal*, T. II, § 55, X). Aunque la solución pueda conducir a evitar alguna injusticia, *de lege data* no parece tener fundamento.

Es el caso de preguntarse si la circunstancia *conocida por el partícipe e ignorada por el autor*, alcanza a aquél. Pensamos que sí, pues la ley dice que no se comunican, salvo el caso en que fueren conocidas *por el partícipe*, sin requerir el conocimiento también por parte del autor.

Éste es uno de los supuestos en que la comunicabilidad de las circunstancias puede aparecer acaso como más justa, particularmente para la instigación, pues el inductor participa en un hecho que el autor principal, de conocerlo, acaso no habría cometido. Por ejemplo: Ticius instiga a Sempronio para que mate al padre de éste sin que Sempronio conozca el vínculo, creyendo así matar a una persona ajena a ambos. Es perfectamente posible que Sempronio no cometiera el hecho si hubiera sabido que el que iba a matar era su padre. El hecho revela perversidad o peligrosidad innegable en el instigador.

c. *Qué debe entenderse por relaciones, circunstancias y calidades personales*, es algo que obliga a hacer distinciones, pues la ley no se refiere a todas las calidades y circunstancias personales, sino *únicamente a las que pertenecen al tipo del delito para agravar la penalidad*.

Primero: No pertenecen al tipo de delito, y, por tanto, no se comunican nunca las calidades o circunstancias que podemos denominar *personalísimas*, tales como la reincidencia y la habitualidad de los artículos 50 y 52 del Código Penal y las circunstancias previstas en el artículo 41, inciso 2º del Código Penal, que deben ser tomadas en cuenta para adecuar la pena, conforme lo dispone el artículo 40 (se trata de *circunstancias de mayor peligrosidad* y no “agravantes”, SOLER, *Derecho Penal*, T. II, § 55).

Segundo: Pertenecen al tipo del delito como agravantes y por ello se transmiten al partícipe cuando le son conocidas, la relación de parentesco, de los artículos 80, inciso 1º y 122; la calidad de funcionario público del artículo 238, inciso 3º; la de sacerdote del artículo 122, etcétera.

Tercero: Son circunstancias, relaciones y calidades personales, atenuantes o eximentes de pena, que no se comunican nunca:

a' Las circunstancias que excluyen o modifican la imputabilidad o la culpabilidad de un partícipe, como el error o la amenaza de sufrir un mal grave e inminente, y las previsiones del tipo referidas al sujeto activo, tales como la emoción violenta en el homicidio (art. 81, inc. 1º).

b' Las relaciones personales, como el parentesco y la amistad íntima en el encubrimiento (art. 279).

c' Las excusas absolutorias, de carácter personal e intransmisible por naturaleza, tales como las relaciones de parentesco enumeradas en los tres incisos del artículo 185, como relaciones personales eximentes de pena para el hurto, la defraudación y el daño.

B. ALCANCE EXTENSIVO DE LA ACCESORIEDAD. El alcance extensivo de la accesoriidad no concita tan serios problemas. Los principios que la rigen en el derecho argentino pueden reducirse a tres:

a. Ningún acto de participación es punible si el autor no ha comenzado, al menos, la ejecución del delito (NÚÑEZ, Derecho Penal, T. II, pág. 274; SOLER, Derecho Penal, T. II, § 57, III; DOHNA, La estructura, pág. 95).

Sólo constituyen excepciones aparentes a este principio los casos en que la ley erige en delito la instigación sin necesidad de que el hecho instigado comience a ejecutarse o sin que el hecho en sí constituya delito.

Ejemplo de los primeros lo ofrece el artículo 99 del Código Penal, por el cual es punible quien instiga a provocar o aceptar un duelo, aunque el duelo no se realice; ejemplo de los segundos es la instigación o ayuda al suicidio, prevista en el artículo 83 del Código Penal. La ley requiere que el suicidio se haya tentado o consumado, pero ni el suicidio ni su tentativa constituyen delito, de suerte que es instigación a un hecho no típico.

Se trata sólo de excepciones aparentes al principio de exterioridad, porque la pena no alcanza aquí al autor por la vía de las formas ampliadas de adecuación, sino porque su conducta se adecua directamente a una figura autónoma.

b. *La pena del partícipe se fija en relación con la parte del proceso ejecutivo cumplida por el autor.* Si el autor ha consumado el delito, a los instigadores y los cómplices primarios les corresponde la pena establecida para el delito —*no para el autor*— (art. 45, Cód. Pen.); al cómplice secundario la pena del delito reducida de un tercio a la mitad (art. 46, Cód. Pen.), pero esta reducción no es consecuencia del aspecto extensivo de la accesoriedad, sino de la significación del aporte causal. Si el autor sólo ha tentado el delito, la pena de los partícipes de primer grado es la fijada para la tentativa (art. 47, Cód. Pen., últ. párr.) y la de los cómplices secundarios, la pena de la tentativa vuelta a reducir de un tercio a la mitad (arts. 44 y 47, Cód. Pen.). Aquí una reducción (la de la tentativa) responde a la accesoriedad extensiva de la participación; la otra (por complicidad de segundo grado) a la accesoriedad intensiva, en relación con el aporte causal.

c. Un tercer principio es consecuencia de los dos anteriores: *la tentativa de participación no es punible.* Tentativa de participación es el *comienzo de ejecución de un acto de participación en el que involuntariamente no se llega a lograr un aporte causal.* Sólo es punible quien de algún modo ha contribuido al resultado. La diferencia con la participación en la tentativa, de la que ya nos hemos ocupado, está en que en ésta el partícipe pone su aporte causal al hecho principal, *que él quiere que se consume, pero que queda en grado de tentativa.*

Estos principios son los que resultan de sistematizar las normas del Código Penal argentino. En otros textos legales, algunas formas de tentativa de participación son punibles, pero para ello es preciso que la ley lo diga expresamente.

3 — CONCURRENCIA AL HECHO COMÚN. La necesidad de que las personas que intervienen en el delito con una actividad punible concurren o converjan subjetiva y objetivamente en un hecho, es también un principio común a todas las formas de participación.

A. CONCURRENCIA OBJETIVA. Para que pueda hablarse de *participación*, es preciso que exista *un hecho principal típicamente antijurídico* (*supra*, 2-, A., 1.). De ello resulta la necesidad de analizar la concurrencia objetiva bajo un triple aspecto: a) causal, b) antijurídico, c) típico.

a. *Aspecto causal.* La necesidad de que el partícipe aporte al acontecer causal, es la síntesis de la concurrencia necesaria en este aspecto. Por cierto que se da por entendido que la actividad de cada partícipe individualmente debe reunir las condiciones requeridas para *la acción* en sentido jurídico penal. Enseguida se echa de ver la trascendencia que en el ámbito de la participación tiene la teoría que se adopte en el orden causal. Sin embargo, sería equivocado suponer que la concurrencia causal resuelve por sí sola el problema de la participación y aun el de la diferencia entre autores y cómplices. Es también un error suponer la existencia de un planteo distinto en este aspecto, para el autor y para el partícipe. Por el contrario, el principio es: *las normas que rigen la causalidad son las mismas para el autor y para el partícipe.* La función correctora que hemos asignado a la culpabilidad al desenvolver el tema de la relación causal, da, también aquí, el elemento indispensable para decidir la condición de partícipe.

b. *La antijuridicidad.* Los partícipes deben concurrir a un hecho antijurídico. *La condición antijurídica y típica de un hecho principal es el núcleo que transmite punibilidad a las figuras accesorias.* Es el “hecho” de que nos hablan los artículos 45, 46 y 47 del Código Penal argentino. Es de esa expresión de donde resulta, precisamente, la exigencia de un obrar típicamente antijurídico, propio de la accesoriedad limitada. Requerir, además, la culpabilidad del autor, implicaría olvidar su carácter estrictamente personal. En cambio, la antijuridicidad y la justificación tienen carácter objetivo, por lo que alcanzan a todas las formas de aparición del delito.

Tampoco se requiere la punibilidad del autor principal, lo que resulta muy claramente frente al juego de las excusas absolutorias, que sólo tienen por efecto excluir la pena para determinadas personas, dejando subsistente el delito.

c. *La tipicidad.* Reconociendo como indiscutido que el hecho principal debe ser típico, nos preguntamos ¿es preciso que la conducta de los partícipes tenga adecuación al mismo tipo? La respuesta negativa no nos parece dudosa.

Ya hemos adelantado páginas más atrás (*supra*, 2-, A., 1.), la posibilidad de que la participación admita “pluralidad de títulos delictivos” para los distintos partícipes (CARRARA, *Programa*, § 509, nota; en lo esencial, NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. II, pág. 273).

Si recordamos una vez más que por vía de la participación se hace a alguien responsable de un hecho típicamente antijurídico, aparece clara la limitación que resulta de la necesidad de que la criminalidad del acto sea *abarcada* por la culpa del actor. *Cada cual es responsable por lo que ha hecho culpablemente*, y nada más que por eso. Este principio general, recogido por el artículo 47 del Código Penal, según el cual *sólo le es aplicable al cómplice la pena del hecho menos grave que prometió ejecutar*, nos ofrece una muestra clara de la pluralidad de tipos en la participación. Lo mismo ocurre en los casos en que las calidades o circunstancias personales típicas no se comunican en virtud de ser desconocidas para el partícipe.

B. CONCURRENCIA SUBJETIVA. Señalado por más de una vez, el carácter individual y no comunicable de la culpabilidad, debemos ocuparnos aquí, específicamente, de la naturaleza de la concurrencia subjetiva de los partícipes al hecho común.

La concurrencia de voluntades al hecho común es de la esencia misma de la participación. Lo que debe determinarse son las características que han de reunir esos actos de voluntad. Dos aspectos es preciso aclarar en este punto: a) exigencia *temporal* del concurso de voluntades; b) necesidad o no del conocimiento por cada partícipe de la voluntad de participar de los otros.

a. *Concurrencia de voluntades*. Participar es intervenir causalmente; pero no solamente eso, sino concurrir también culpablemente.

Empecemos señalando que en la participación, lo mismo que en el dolo, lo que se requiere es el conocimiento de lo que cada cual hace. En este caso, conocimiento del partícipe de que aporta algo al resultado. Es decir, *conciencia de que se presta auxilio o ayuda*.

Así vistas las cosas, se aprecia de inmediato que no es preciso requerir un acuerdo previo o reflexivo de los partícipes, salvo que la ley lo requiera expresamente para el caso. La exigencia de un *pacto scele-ris* no se aviene a la realidad de las cosas y sólo entorpece en numerosos casos de real participación (JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, nro. 310, d]; ANTOLISEI, pág. 416; en contra, MORENO, *El Código Penal*, T. III, pág. 38).

Así, pues, lo que la participación exige es la *concurrencia de voluntades al menos contemporánea al hecho*, y no el acuerdo previo. De tal modo, la conciencia del que ayuda, de estar interviniendo en el he-

cho común, lo constituye en partícipe, *mientras el hecho no esté consumado* (con la excepción señalada para los delitos permanentes). Después de la consumación sólo podrá ser encubridor, porque la culpabilidad solamente, sin el aporte causal, tampoco basta. De modo que el acto de cada partícipe debe ser analizado en sí mismo, subjetiva y objetivamente.

b. *Apreciación conjunta*. Si lo que se requiere es concurrencia y no acuerdo, la intervención común debe ser apreciada, en su *aspecto conjunto*, “objetivamente”. La concurrencia al hecho común se decide por el aporte causal y la culpabilidad de cada partícipe por separado, sin que se requiera que cada cual conozca la ayuda o auxilio que el otro presta (cfr. NÚÑEZ, en el sentido de que no es necesario el concurso recíproco en cada uno de los partícipes de la concurrencia al objetivo común, *Derecho Penal*, T. II, pág. 277, nota 48).

III. *La instigación*

1 — DEFINICIÓN. *Instigador es quien dolosamente y con resultado, determina a otro a cometer un delito doloso.*

a. *Instigar, en sentido técnico, es siempre un actuar doloso* (MAYER, M. E., *Der allgemeine Teil*, pág. 392; SCHÖNKE, *Kommentar*, § 48, IV).

b. *Instigar es, además, determinar a otro a un hecho doloso* (CARRARA, F., *Opuscoli*, § § 222 y sigs.; VON LISZT, *Tratado*, T. III, § 51, I; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, nro. 314; en contra, admitiéndola a hechos culposos, SOLER, *Derecho Penal*, T. II, § 57, VIII).

c. *Incluimos en el concepto de instigación la exigencia de que la inducción tenga resultado*, porque, conforme con lo que hemos señalado al tratar la accesoriedad de la participación en su aspecto extensivo, ningún partícipe es punible si el autor no ha dado al menos comienzo de ejecución al delito (*supra*, II, 2- B.). Por eso es erróneo decir que instigador es el que ha hecho surgir en otro la determinación de cometer un delito; con eso sólo —con la determinación— no hay aún instigación, jurídicamente hablando; *es preciso que el instigado comience los actos destinados a cometer el delito y que esos actos sean, al menos, parte*

del proceso ejecutivo del delito. El instigador no es autor, sino partícipe; siéndole, por tanto, aplicables los principios comunes a todas las formas punibles de participación.

2 — EL ASPECTO CAUSAL. Los actos de instigación ofrecen la característica de recaer sobre la esfera subjetiva del autor: el aporte al hecho típico es, en esencia, *intelectual: el instigador no hace; hace hacer.*

Este modo especial de *causación*, reconocido por la ley para el instigador, es admitido por la mayor parte de la doctrina. MEZGER, uno de los autores que más ha hecho hincapié en la preponderancia del aspecto causal para explicar la participación, declara: la ley, *reconociendo que la instigación es causación intelectual*, la *valoriza* como participación en el acto principal delictivo. Lo que fundamenta la propia esencia de la instigación no es la falta de relación causal con el resultado, sino la distinta *valoración de esta especie de relación causal* (*Tratado*, T. II, § 61, I, 1. y 2.).

3 — LA PENALIDAD. Aceptado que el instigador es quien determina, quien decide a la comisión del delito, la pena aplicable es la que corresponde al delito. Así lo resuelve el artículo 45, última parte, del Código Penal, al decir que incurrirán en la misma pena de los coautores y de los cómplices necesarios *los que hubieran determinado directamente a otro a cometerlo* (al delito). La ley se refiere a la pena establecida *para el delito, no para el autor*, porque, como más adelante se verá, no alcanzan al instigador ni la pena que resulte del exceso del instigado, ni la que es consecuencia de la comunicabilidad de las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuando éstas no son conocidas por el instigador (*supra*, II, 2. A., 4. e *infra*, B., 3-). Tampoco benefician al instigador las circunstancias que tengan por efecto disminuir o excluir la pena en el instigado, que no se comunican (art. 48, Cód. Pen.).

A. LA ACCIÓN DEL INSTIGADOR

1. *Determinar a otro.* La ampliación del tipo penal queda delimitada por el verbo utilizado por la ley para definir la instigación. El Código Penal argentino define al instigador utilizando la palabra *determinar*.

Determinar quiere decir tanto como *hacer tomar una resolución* (*Diccionario de la Lengua* de la Real Academia Española). Es seguramente la expresión más precisa de las que se utilizan en lengua castellana, pues ella requiere no solamente una actitud intelectual del instigador, sino, también, la decisión del instigado que ha de llevarlo a obrar: la resolución de cometer el delito.

La manifiesta importancia que tiene en el caso de la instigación la correcta elección del verbo escogido para tipificarla, es puesta de manifiesto por G. J. FIERRO, quien rechaza con razón la pretendida equivalencia jurídica propuesta por M. JIMÉNEZ HUERTA de los verbos *provocar*, *excitar*, *instigar*, *determinar* e *inducir*. De todos ellos, dice FIERRO, el único que refleja con exactitud la auténtica naturaleza de la instigación es *determinar*, por cuanto requiere para perfeccionarse que el sujeto pasivo haya efectivamente tomado la resolución (FIERRO, *Teoría de la participación*, pág. 248; JIMÉNEZ HUERTA, *La tipicidad*, México, 1955, pág. 181, nota 143).

2. *Significado de las palabras “determinar directamente”. La instigación mediata.* La ley argentina emplea para definir la instigación las palabras *determinar “directamente” a otro a cometerlo (el hecho)*. Ya hemos visto el significado de la palabra *determinar*; queda, pues, por señalar cuál es la limitación que determina el adverbio *directamente*.

La doctrina puede decirse que es unánime en no dar a la palabra directamente el sentido material —físico— de que la instigación deba tener lugar de persona a persona. GONZÁLEZ ROURA acepta que entre un eslabón (instigador), y el otro de la cadena (ejecutor) puede haber uno o más eslabones: instigadores y auxiliadores (*Derecho Penal*, T. II, nro. 160). Admiten intervención de terceros: NÚÑEZ (*Derecho Penal*, T. II, pág. 300) y SOLER (*Derecho Penal*, T. II, § 57, V; quien esto actualiza no comparte este criterio. Cuando la ley se refiere *al que determine directamente* alude al que indujo al autor al delito (al último), salvo que éste fuera inimputable, obrara por coacción o por error, en cuyo caso la calidad de instigador se desplazaría. Admitir la punibilidad de la cadena de instigadores importaría ampliar el tipo de la instigación que prevé el artículo 45 del Código Penal, violando el principio de legalidad.

No creemos que se pueda dudar de la punibilidad de la “instigación a instigación”: *el que instiga por medio de otro, determina directamente a cometer el hecho del autor material*. Si se toma en cuenta el dolo y la peculiar naturaleza causal, intelectual o psíquica de esta forma

de cooperar, la cuestión aparece clara: *la idea del instigador mediato es la que determina la acción del ejecutor. Ya hemos dicho que el instigador "hace hacer". Por eso es que el que instiga a la complicidad tiene la pena del cómplice, porque la acción del instigado es, objetivamente, el límite de la responsabilidad del instigador.*

El 2 de octubre de 1947 se encontró, con tres heridas de bala en la cabeza, el cadáver de D. R., copropietario de una importante confitería céntrica. La investigación descubrió una verdadera instigación en cadena: R. C., socio de la víctima, hizo conocer a J. R. S. su deseo de dar un escarmiento a su socio; éste, a su vez, encomienda la tarea de buscar a quienes ejecuten el hecho a N. D. F., quien encarga de la faena a J. I. D. y a L. S. Luego se planea el hecho y tras de mediar la presentación de la víctima, llevan a D. R., mediante engaños, a dar un paseo en automóvil, y en el momento que juzgan oportuno le descerraja uno de ellos (cada uno lo atribuye al otro), por la espalda, tres tiros en la cabeza, arrojando luego el cadáver en un lugar poco transitado. El tribunal que juzgó el hecho no dudó de la responsabilidad de todos los que intervinieron (Cám. Crim. Capital, *Fallos*, VIII, pág. 201). Véase *infra*, B. 3.

No hay duda de que algo ha querido decir la ley al incluir en la redacción de la norma la palabra *directamente*. Mientras una parte de la doctrina nacional entiende que con ello se limita la instigación a los casos en que se induce *a un hecho determinado*, para otros es preciso, además, que se instigue también a *persona determinada*. Nosotros nos decidimos por requerir sólo la determinación directa a un hecho. Si un individuo, dirigiéndose a varias personas que lo escuchan, instiga a cometer un delito determinado, y el grupo o alguno de sus componentes sale de allí para ejecutarlo, nos parece claro que se dan en el caso la causalidad psicológica y el dolo —dolo del hecho— que caracterizan a la instigación.

No es preciso que la instigación vaya acompañada de circunstancias de tiempo, lugar o modo; como antes se dijo, es suficiente la inducción a un delito determinado. El que induce al encargado de la caja a apoderarse del dinero, o la amante que convence al hombre casado para que se deshaga de su mujer matándola, sin indicar ninguno de los dos cómo ni cuándo, han actuado cometiendo los delitos del instigador, puesto que han inducido a un delito determinado.

La acción de instigar puede ser la obra de una o varias personas. Ésta es la opinión prevalente en doctrina y la que resulta del texto del artículo 45 del Código Penal argentino, que define la instigación di-

ciendo: *En la misma pena incurrirán los que hubieren determinado directamente a otro a cometerlo.*

3. *Los medios.* Con el sistema adoptado por el Código, carece de significado práctico y sólo mantiene valor ilustrativo el estudio de las formas o medios para que la inducción al delito pueda ser cumplida. Lo que importa para el derecho argentino es que el instigador *determine* al instigado a cometer el delito. *El medio puede ser cualquier exteriorización de la voluntad constitutiva de acción.* Pero no hay instigación “sin éxito”. *La acción* de instigar, en sí misma, no es punible (no es típica) en el derecho argentino (Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. VI, pág. 50). Más aún, es preciso que el instigado ejecute una acción que esté dentro de lo propuesto y previsto para el instigador y no otra cualquiera (véase lo que decimos *infra*, B. 3-, sobre el exceso del instigado).

4. *Aspecto subjetivo.* Ya hemos dicho que, en cuanto a la *culpabilidad*, la acción del instigador debe ser dolosa. Agreguemos ahora que *el dolo eventual* puede abarcar *una parte* de las exigencias subjetivas de la instigación.

La acción del instigador, en el aspecto subjetivo, comprende:

a. *Voluntad de instigar: intención de que el instigado tome la decisión del hecho.* Para este aspecto de la instigación *sólo es apto el dolo cierto*, ya que no se concilia el dolo condicionado con la intención.

b. *Dolo del hecho.* El hecho del instigado debe ser abarcado por el dolo del instigador, que puede ser condicionado, entendido como *representación de ese hecho y, al menos, asentimiento en él.* Por eso no es punible quien sólo instiga a una tentativa, sabiendo que el delito no se cometerá.

5. *La instigación a una tentativa. El agente provocador.* El problema del *agente provocador*, que hemos considerado al tratar la tentativa de delito imposible (*supra*, § 26, II, 6-), tiene también influjo para estimar la culpabilidad del instigador, cuando el agente provocador ha usado como medio la instigación. El caso más común y conocido es el del sujeto que induce a otro a cometer un delito para que sea descubierto por la policía, frecuentemente en combinación con ella.

Debemos comenzar recordando que según se considere agente provocador al que sólo quiere que el delito se intente, tal como piensa

MEZGER, o bien a quien persigue la tentativa o la consumación, indistintamente, conforme resulta de la definición de CARRARA, el problema se simplifica o se torna más complejo (MEZGER, *Tratado*, T. II, § 61, II; CARRARA, F., *Programa*, nota al § 1954).

1° Si alguien sólo instiga a una tentativa, prevalece la opinión de que el hecho es impune por aplicación del principio general según el cual *no hay instigación a la tentativa*; el dolo del instigador, como el del autor de la tentativa, debe tender a la consumación del delito. *Si la tentativa requiere dolo de consumación, con más razón ha de exigirse ese propósito en quien instiga* (véase § 26, I- 8-).

2° Si se admite que es agente provocador también quien quiere el delito consumado, con la sola condición de que lo que interesa al instigador no es la consumación del delito en sí misma, sino, por ejemplo, que por él le suceda un mal al instigado, conforme con el concepto de CARRARA, hay que atenerse al concepto del dolo y a la disponibilidad o no disponibilidad del bien tutelado por la ley.

a. Si el agente provocador entrega el dinero al que quiere estafarlo, sin haber caído en el ardid, o el bien exigido por el extorsionador, sin temer a la amenaza, con el objeto de lograr la detención del autor, el agente no es punible por dos razones, de las cuales una basta: porque su actitud hace desaparecer un elemento del delito (NÚÑEZ), y porque falta el dolo de comisión del hecho (JIMÉNEZ DE ASÚA).

El instigador puede ser merecedor de pena, cuando no se dan las circunstancias que hemos señalado. Eso ocurrirá en casos como el del ejemplo de MEZGER, en que el instigador desea que el otro se haga responsable criminalmente, para poder utilizarlo mejor para sus ulteriores fines. En tales casos, no hay duda de que el instigador actúa con el dolo del delito.

b. Cuando la tutela penal se ejerce con independencia de la voluntad de su titular, el hecho es siempre punible, porque los elementos del delito no pueden presentarse en forma atípica por obra del agente provocador. Por lo demás, quien instiga a las lesiones o al homicidio —cualquiera sea el fin que persiga— obra con el dolo del delito y es punible si el delito ha sido tentado o consumado.

B. LA ACCIÓN DEL INSTIGADO

1. *Aspecto objetivo.* Conforme con el principio de accesoriedad, válido para todas las formas de participación, el instigado debe, al menos, haber comenzado la ejecución del delito para que él y el instigador sean punibles. Ya se señaló al comienzo que la instigación requiere un resultado (éxito): tentativa o consumación del delito por el instigado. Es éste el principio denominado *de exterioridad* (véase *supra*, 1-c.).

Por otra parte, la conducta del instigado debe reunir todas las características de la *acción* en sentido jurídico penal. De no ser así, el instigador queda equiparado al que actúa solo y es autor directo o inmediato.

2. *Aspecto subjetivo.* El instigado debe actuar dolosamente. Cuando actúa por error o bajo coacción, el otro se constituye en autor inmediato (véase *supra*, 1-, y I. 2- A. d.).

Para que pueda hablarse de *instigado*, de modo tal que su conducta cree responsabilidad penal para el instigador, es preciso *que el hecho material haya sido determinado por la acción psíquica del inductor* (DÍAZ, E. C., *El Código Penal*, 2da. ed., pág. 140; GÓMEZ, E., *Tratado*, T. I, pág. 501). Por esta razón, no puede ser instigado quien tiene ya tomada la determinación del hecho (CÚNEO LIBARONA, en *nota* al fallo publicado en *L.L.*, 25-X-1963). Esto no significa, en modo alguno, que el autor material *no haya tenido la idea del delito*; porque entre la idea y la decisión, que es lo que el instigador forja, aún hay un camino largo (NÚÑEZ señala el caso del que tiene la idea y el instigador impide que la abandone, *Derecho Penal*, T. II, pág. 299). Esta imposibilidad de instigar no impide la complicidad (FRANK, R., *Das Straftgesetzbuch*, § 48, I).

3. *El exceso del instigado.* El principio es que el instigador no responde por el exceso del instigado. En el derecho argentino, este principio resulta de aplicar a los verdaderos casos de exceso los principios de la culpabilidad, y no de un mandato expreso de la ley. La norma contenida en el artículo 47 del Código Penal argentino, según la cual la pena será aplicada solamente en razón del hecho que prometió ejecutar, no aparece referida al instigador.

Aquí se aprecian claramente las consecuencias de reconocer eficacia al *dolo eventual* para el hecho:

a. El instigador es responsable por los hechos cometidos por el instigado, *que él previó, y que no lo detuvieron* en su decisión de determinar al delito (véase el fallo que comentamos en el punto siguiente).

b. La ausencia del *dolo directo para el hecho* puede tener por efecto la no responsabilidad del inductor por circunstancias o modalidades del hecho o la no comunicabilidad de condiciones que agravan la penalidad.

La jurisprudencia en la causa “Casielles”, a la que nos hemos referido páginas más atrás (*supra*, A. 2.), encuadró la conducta de los instigadores en la figura del homicidio simple (art. 79, Cód. Pen.), a pesar de haber sido condenados los autores materiales por homicidio cualificado por la alevosía (art. 80, inc. 2º, Cód. Pen.), en virtud de considerar que estos últimos habían incurrido en exceso no abarcado por el dolo eventual de los instigadores. El camarista Antonio Luis BERUTI, a cuyo voto adhirió la mayoría, al considerar la situación de los acusados C. y S., primero y segundo instigador respectivamente, a los que el juez había aplicado la pena correspondiente al homicidio alevoso cometido por los ejecutores, dice: “C. debió obrar u obró al proponer la agresión a la víctima, con la representación o previsión de que el hecho de su iniciativa podía concluir, como concluyó, con el resultado letal que dio origen a este proceso.

”Establecida en tales términos y en peculiar naturaleza la culpabilidad de este imputado por el delito de homicidio, sólo resta determinar si esa culpabilidad se extiende no sólo a la figura básica de la infracción, sino también a la circunstancia comisiva de la alevosía con que, agravándolo, lo calificaron sus ejecutores. A este respecto considero que no cabe más que una solución negativa. Bajo el signo de dolo eventual no es dable aceptar semejante extensión de responsabilidad sin trasponer el límite extremo del deber represivo que señala la lógica jurídica, porque si es justo poner a cargo de C. el homicidio, por no haberlo retenido la posibilidad representada de la muerte, no resulta en cambio, y en tal orden de ideas, que también haya debido representarse o se haya representado como contingencia probable, que ella habría de ser producida por medio, modo o circunstancias determinadas. Dentro de lo razonablemente humano y de los primarios enunciados de la equidad, a tal extremo no puede alcanzar la aplicación del concepto de la eventualidad en el dolo, y es por ello que en este pronunciamiento se impone apartar a dicho procesado de la calificación que he formulado para los ejecutores, y considerarlo simplemente incurso en la sanción del artículo 79 del Código sustantivo” (*Fallos*, t. VII, págs. 204-205).

El verdadero exceso se caracteriza, precisamente, porque no es abarcado por el dolo del instigador. Pensamos que es arriesgado pretender dar reglas rígidas para determinar la responsabilidad o no responsabilidad en estos casos, como la que afirma que el inductor no carga nunca con el *exceso cualificativo*, y sólo a veces con el *cuantitativo* (así: MAURACH, *Tratado*, T. II, § 51, III, B., 1. y 2.; SOLER, *Derecho Penal*,

T. II, § 57, IX). Es posible señalar únicamente principios orientadores, en relación con la naturaleza intensiva o extensiva del exceso; pero siempre sobre la base de una *diferencia esencial* entre la acción determinada y la cumplida, de suerte tal que ella pueda tener trascendencia en el área de la culpabilidad.

a. *El exceso es cuantitativo (intensivo)* cuando el hecho instigado y el cumplido se encaminan hacia la lesión o puesta en peligro de *un mismo bien jurídico*. Así, por ejemplo, las acciones que van desde una golpiza hasta un homicidio, o desde un hurto simple hasta un robo cualificado, pasando por las figuras intermedias. Pero sería contrario a la sana lógica hacer cargar, sin más, al instigador en todos estos casos, con el hecho del instigado.

Quedan fuera de la responsabilidad del instigador las formas agravadas por la modalidad de la ejecución (caso CASIELLES referido en el número anterior), las que resultan de las condiciones personales del ejecutor material, cuando no son conocidas por el inductor (no comunicabilidad de las circunstancias) y aun el hecho más grave mismo, cuando el inductor *puso de su parte todo lo necesario para que no ocurriera*. Lo contrario puede resultar del hecho de utilizar a sabiendas medios, o proponerse fines peligrosos (NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. II, pág. 305; S.C. Tucumán, *L.L.*, t. 27, pág. 330; Cám. Fed. La Plata, *J.A.*, t. 36, pág. 1308).

Es responsable el instigador por las circunstancias no esenciales del hecho cometido, tales como las de lugar y tiempo, el error *in persona* o el *aberratio ictus*. Es innegable que quien instiga a un hecho deba responder por otro jurídicamente igual o equivalente: quien mandó matar a Juan, debe cargar con la muerte de Pedro, porque tuvo dolo de homicidio. También aquí son de aplicación los principios generales de la culpabilidad al partícipe.

b. *El exceso es cualitativo (extensivo)* cuando la decisión y el acto del instigado se apartan de aquello a que el instigador lo determinó. Así, por ejemplo, quien es inducido a cometer un hurto, y mata o comete una violación. La no responsabilidad del instigador parece evidente. Resolver el problema de otro modo, podría significar tanto como cargar a la cuenta del instigador *todos los delitos* cometidos por el instigado. En estos casos, la solución será, por lo común, más sencilla; pero siempre, repetimos, éstos son solamente supuestos, normas orientadoras, y no

reglas inflexibles. En definitiva, lo repetimos también, es el contenido del dolo lo que decidirá.

IV. *La complicidad*

1 — CONCEPTO. *Complicidad es el acto por el que dolosamente se pone una condición del hecho, coincidiendo en la resolución delictuosa, sin cumplir la acción típica, ni valerse de otro para ejecutarla.*

a. Complicidad es participación: por tanto, *acción típicamente antijurídica y culpable*, sometida a los principios generales determinados para todas las formas de participar en el delito (*supra*, II). *Complicidad es actuar doloso en un hecho doloso.*

b. El cómplice debe poner una condición del resultado; de otro modo, no habría de su parte aporte causal al hecho, requisito exigido para la concurrencia objetiva de todos los partícipes (*supra*, II, 3-, A., a.).

c. Al requerir que el cómplice no cumpla la acción típica se lo distingue del autor, que concreta la acción típica con *adecuación directa* a una figura de la parte especial (*supra*, I, 2-). Al excluir a quienes se valen de otro para ejecutarla, se lo diferencia de los autores mediatos y de los instigadores (*supra*, I, 2- A. d. y III, A.).

2 — DISTINCIONES. Dentro de la categoría de cómplices, es posible diferenciar, según la cantidad y naturaleza del aporte individual al hecho, los *cómplices necesarios* o *cómplices primarios*, de los *no necesarios* o *cómplices secundarios*. De ese distinto aporte causal es lógico que resulte una también distinta escala de pena. Pero en este aspecto de la participación es preciso atenerse a las disposiciones de un determinado ordenamiento jurídico.

No obstante la equiparación que en cuanto a la *penalidad* hacen algunos Códigos, como el argentino (art. 45), es esencial distinguir los autores de los cómplices primarios o necesarios, particularmente en lo que se refiere a la exigencia de las condiciones de autor en los delitos especiales, las que no es preciso requerir en el cómplice. De esta diferenciación nos hemos ocupado ya al tratar los supuestos excluidos de la participación. Sólo importa señalar aquí que, en tales casos, el cómplice primario es equiparado al autor en la penalidad, mas no en su naturaleza jurídica. La equiparación en cuanto a la pena ni siquiera debe ser necesariamente la del autor, sino la del delito, con las diferencias que resultan del contenido de la culpabilidad de cada uno y de la comu-

nicación o no comunicación de las circunstancias o condiciones personales que tienen por efecto modificar la penalidad (véase *supra*, II, 2- A., 4).

3 — DISTINCIÓN DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO: CÓMPLICES NECESARIOS Y NO NECESARIOS. La distinción entre los partícipes que han puesto una condición necesaria y los que han prestado una ayuda o cooperación no necesaria, es hecha por buen número de Códigos; algunos consideran autor al cómplice necesario, otros, con mayor rigor técnico, sólo hacen la equiparación *quod penam*. Tal es el criterio adoptado por el Código argentino, que declara que los que prestaren un *auxilio o cooperación sin los cuales el hecho no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito* (art. 45). Los que *cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad* (art. 46). A los primeros se los denomina, también, cómplices *primarios*, y a los segundos cómplices *secundarios*.

A. CÓMPLICES PRIMARIOS (NECESARIOS)

1. *Los actos del cómplice primario*. Lo necesario es la acción del cómplice, y no la persona del cómplice. Si se exigiera esto último, el número de los cómplices necesarios se reduciría sensiblemente, puesto que fuera de los pocos casos en que, por circunstancias o condiciones especiales, sólo pudo prestar la colaboración *esa persona* que la prestó, el posible reemplazo hipotético de persona, con los mismos resultados, haría aparecer la complicidad como no necesaria.

Hemos visto ya que para el Código Penal argentino son cómplices necesarios los que prestan al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales el hecho no habría podido cometerse (art. 45).

Los términos *auxilio o cooperación*, con los que la ley define en el artículo 45 las acciones del cómplice primario, no tienen el efecto de limitar los actos de participación de esta especie a un grupo determinado de actos. Se proponen abarcar *toda intervención necesaria en el delito* que no consista en tomar parte en la ejecución del hecho, propio de los autores, o en determinar directamente a otro a cometerlo, expresamente prevista como instigación en la misma norma.

Auxilio quiere decir ayuda, socorro, amparo; *cooperar* significa tanto como obrar juntamente con otro. La cooperación requiere, pues, algo más: *el acuerdo*. Volveremos sobre el tema al ocuparnos de los cómplices secundarios (*infra*, B. 2-). Sólo importa señalar aquí que el empleo de ambas palabras en el artículo 45 comprende *la participación prestada con acuerdo o sin él para el cómplice primario*.

2. *Criterio diferencial entre actos necesarios y no necesarios*. No siempre resulta sencillo decidir en la práctica si el acto de *cooperación*, del cómplice, ha sido o no necesario; por el contrario, la tarea suele estar llena de dificultades. Pasan aquí a primer plano para resolver el distinguiendo entre cómplices primarios y secundarios, los criterios que estiman la necesidad del auxilio o cooperación en relación con *el caso concreto* uno, y *en abstracto* el otro. Aun en los ejemplos más simples y comunes, la adopción de uno u otro criterio lleva a conclusiones distintas. El que se pone de acuerdo con otro para estudiar las costumbres de un banco, a fin de planear el asalto, o el que facilita el arma con la que será cometido el homicidio, son, en el caso concreto, cómplices necesarios en tanto que tomado el hecho en abstracto, el partícipe del primer ejemplo es reemplazable por cualquier otra persona, y en el segundo, además, la muerte pudo haberse causado con otra arma. Enseguida se echa de ver que, tomados a la letra, ambos puntos de vista son arriesgados, uno por exceso y el otro por defecto, pues con el criterio abstracto se reducen sensiblemente los casos de complicidad necesaria, en tanto que con el del caso concreto se amplían con riesgo de injusticias.

A nuestro modo de ver, *lo que decide es la acción* y no la persona del cómplice. Resulta así que *si el hecho en concreto no hubiera podido cometerse sin acción determinada su autor es cómplice primario* (cfr. NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. II, pág. 295; ODERIGO, *Código Penal*, nro. 158-a). Naturalmente que si el auxilio o cooperación sólo podía prestarlo *esa* persona, por motivo de su condición, empleo o cualesquiera otras circunstancias, la calificación del cómplice como necesario será aún más clara.

La jurisprudencia ha declarado cómplice primario (art. 45): en el delito de disparo de armas, a quien facilitó el arma (Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. V, pág. 439); a los testigos de la escritura, en el delito de falsedad de documento público (*J.A.*, t. 53, pág. 520); al guardián o "campana" en un robo (*J.A.*, t. 33, pág. 26; *id.*, *L.L.*, t. 72, pág. 306; lo consideró coautor, por la forma de su intervención en el hecho de acuerdo al plan ur-

dido, la Cám. Crim. Capital, Sala IV, 4-IV-1997, causa “Maldonado Ramírez, Carlos A.”). En cambio, se negó el carácter de cómplice primario a quien dio aviso a los autores de que se aproximaba el auto en que venía la que sería víctima del homicidio (Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. V, pág. 442: con la opinión en contra de ODERIGO, *Código Penal*, nro. 158-a y de NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. II, pág. 294, nota 106). El mismo tribunal declaró que el “campana” no participa en la ejecución del hecho en los términos del artículo 45 del Código Penal, a los efectos de constituir el número de tres requerido para el robo en banda, con disidencia del doctor MILLÁN (*L.L.*, 5-VII-1965; se invoca en la sentencia la doctrina plenaria sentada *in re* “Coronel, R. A.”, del 7-VI-1963, fallo inserto en *L.L.*, t. 111, pág. 270, fallo 50.634). Manifiesta una tendencia a ampliar el ámbito de la coautoría en desmedro de la complicidad un fallo de la citada Cámara capitalina, según el cual la actividad del imputado consistente en frustrar la persecución de los demás partícipes del hecho, trasluce un reparto de tareas previo con el fin de cometer el robo y procurar su impunidad, lleva a considerarlo coautor del hecho (Sala VI, causa “Aguilar, Gabriel G.”, resuelta el 11-II-1997).

3. *La penalidad de los cómplices primarios.* La pena que corresponde a los cómplices de primer grado es la establecida *para el delito*. Para el delito, y no para el autor o autores; la disposición contenida en el artículo 47 del Código Penal, por la que la pena se limita a la fijada para el hecho abarcado por la culpabilidad, se refiere a los cómplices, sin hacer distingos entre primarios y secundarios. Por otra parte, aunque la ley nada dijera, la limitación se produciría de igual modo (véase *infra*, 4-). Además, por el juego de la comunicación o no comunicación de las circunstancias, relaciones y calidades personales que tienen por objeto agravar, disminuir o excluir la penalidad, la pena puede ser distinta para cada partícipe (*infra*, II, A. 4.).

Si el hecho principal quedara en grado de tentativa, la pena que corresponde al cómplice primario es la fijada para la tentativa (arts. 47, 2do. párr. y 44, Cód. Pen.). Si la tentativa fuera desistida voluntariamente, todos los partícipes quedan exentos de pena (art. 43; véase *supra*, II, B., b.).

B. CÓMPLICES SECUNDARIOS (NO NECESARIOS)

1. *Acciones de los cómplices secundarios.* Como ya se dijo, son cómplices secundarios los que participan en el delito de manera no indispensable para su comisión. Es decir, los que prestan una *ayuda o cooperación* sin la cual el hecho lo mismo habría podido cometerse. Ya se vio antes la dificultad que ofrece en la práctica la diferenciación en-

tre los cómplices primarios y los cómplices secundarios, cuando se trata de cooperación, y cuáles son los criterios propuestos para lograrla (*supra*, A, 2.).

La ley distingue dos categorías de cómplices secundarios: a) los que *cooperan con anterioridad o contemporáneamente a la ejecución del hecho*; b) *los que prestan una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores*.

2. *Complicidad anterior o contemporánea al hecho*. La ley define esta modalidad de la acción del cómplice secundario diciendo: *los que cooperen de cualquier otro modo a la acción del hecho* (art. 46, Cód. Pen., primer supuesto).

La palabra *cooperar* tiene el significado de *aportes acordados, anteriores o simultáneos a la ejecución del delito*. La norma está dada por el carácter *convenido* de la ayuda, que no se requiere para el *auxilio*. Sólo en tales casos existe complicidad secundaria en el Código argentino. Ésta es la interpretación correcta y la que conduce, además, a una solución más justa. No hemos encontrado en la jurisprudencia argentina fallos en los que se requiera expresamente el acuerdo para el cómplice secundario. El Tribunal Supremo español exige, en constante jurisprudencia, el acuerdo previo para la cooperación (pueden verse las sentencias dictadas en “Código Penal anotado”, *Revista de los Tribunales*, Madrid, Góngora, 2da. ed., pág. 79; RODRÍGUEZ NAVARRO, Manuel, *Doctrina penal del Tribunal Supremo, Apéndice I*, 1948, págs. 59 y sigs. y 180 y sigs., y *Apéndice II*, 1950, págs. 144 y sigs. y 163-165).

La expresión *cooperar “de cualquier modo”*, empleada aquí por el Código, tiene un doble significado: por una parte se determinan los actos de complicidad secundaria por exclusión de los de cooperación necesaria; por otra, se comprende *cualquier forma* de cooperación.

La complicidad por omisión es generalmente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, en forma de *concurso mediante omisión*, no así en la forma de *simple actividad negativa*, consistente en no impedir un delito o en no denunciarlo a la autoridad, cuando no media obligación de hacer (MAGGIORE, CARRARA, SOLER). No es punible como participación el simple silencio guardado a sabiendas de que se cometerá el delito (NÚÑEZ, *Derecho Penal*, II, pág. 297 y nota 117; véase: Cám. Crim. Capital, *L.L.*, 3-X-1969, con nota de GENÓCRATES).

La jurisprudencia ha declarado *acto de complicidad secundaria* la mera presencia cuando reúna la doble condición de ser eficiente y haber sido adoptada para facilitar la ejecución (C.S.J.N., *Fallos*, t. 210, pág. 414). La Cámara del Crimen de la Capital ca-

lífico de *complicidad secundaria* la actitud del empleado que no delataba las sustracciones efectuadas por un compañero de trabajo a cambio de una participación en el producido de la venta de los objetos hurtados (*Fallos*, t. V, pág. 443).

3. *Complicidad por actos posteriores a la ejecución*. La otra forma de complicidad secundaria prevista en el Código, consiste en *prestar una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al hecho* (art. 46).

Aquí la ley requiere expresamente promesa previa; de otro modo faltaría el aporte causal y el hecho no podría ser otra cosa que encubrimiento. No hay en el derecho argentino participación *subsequens*. Además de faltar el aporte causal, no concurriría el dolo con la acción, principio general exigido para la culpabilidad.

El acuerdo puede tener lugar con cualquiera de los que intervienen en el delito, autor o partícipe. Por cierto, que la *complicidad exige una acción*; la promesa, por sí sola, carece de entidad penal, para cualquier forma de complicidad. En la hipótesis menos favorable sería tentativa de participación, impune en el derecho argentino (*supra*, II, 2-B. c.).

Se ha planteado el interrogante que se propone saber si al preverse en el artículo 46 la ayuda posterior a la ejecución del hecho, se ha querido comprender a los que cooperan de modo no necesario únicamente o también a los que prestan un auxilio o cooperación sin los cuales el hecho no habría podido cometerse, en los términos del artículo 45 del Código Penal. En otras palabras, se trata de saber si todos los casos de ayuda posterior deben ser sometidos a la escala penal reducida del artículo 46 o si en éste sólo se determina que son punibles como partícipes quienes prestan una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al hecho, pero cada cual en la medida de su participación. Creemos que la solución correcta es la primera, pues la norma del artículo 46, al referirse a la ayuda posterior, es específica con respecto a la del artículo 45 y a la de la primera parte del artículo 46, a las que no hace remisión.

4. *La penalidad de los cómplices secundarios*. La pena establecida para los cómplices de segundo grado es la correspondiente al delito reducida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de muerte, se aplicará reclusión de quince a veinticinco años. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años, y si fuera de prisión perpetua se aplicará prisión de diez a quince años (art. 46, Cód.

Pen.). Es la misma escala penal determinada en el artículo 44 para la tentativa, rigiendo el mismo criterio para determinar el máximo y el mínimo de la escala reducida (véase § 26, I, 11-).

Si el hecho no se consumase, la pena del cómplice se determinará conforme a los preceptos de este artículo y a los del título de la tentativa (art. 47, 2do. párr.). Se trata aquí de la participación en un hecho que sólo ha sido tentado, *habiendo verificado el cómplice todo lo necesario para su realización* (Exposición de Motivos de 1917, pág. 89). La pena es sometida a *una doble reducción*, de idéntica medida: de un tercio a la mitad, en razón de la complicidad y, nuevamente, de un tercio a la mitad, por aplicación de las normas de la tentativa.

En la tentativa desistida voluntariamente, todos los partícipes están exentos de pena.

4 — CULPABILIDAD Y PENA INDIVIDUAL

1. *Individualización de la pena de los cómplices*. La pena no es siempre la misma para todos los cómplices. Dos circunstancias esenciales pueden incidir en el aumento o disminución de la pena individual: la comunicación o no de las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea agravar la penalidad, y la limitación correctora que puede resultar de la aplicación individual de los principios de la culpabilidad. Del primer punto nos hemos ocupado ya al tratar de la accesoriedad intensiva de la participación, puesto que el tema pertenece a ese punto (*supra*, II, 2- A. 4.); vamos a ocuparnos aquí del segundo, en razón del lugar en que la norma que contiene el principio ha sido situada en el Código Penal argentino, pero sin que ello implique olvidar que es un *principio general* válido para todas las formas de participación culpable, puesto que de la culpabilidad se trata.

2. *Limitación por la culpabilidad*. El artículo 47 adopta un principio totalmente acorde con la exigencia de que la culpabilidad debe ser individual: *Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar*.

a. *La ley se refiere al acusado de complicidad*. No nos parece dudoso que la norma alcanza a todos los cómplices que cooperan, sea de

primero o de segundo grado (cfr.: SOLER, *Derecho Penal*, T. II, § 55, IX y NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. II, pág. 302). Sin embargo, buena parte de la doctrina y la jurisprudencia limitan la aplicación del artículo 47 al cómplice secundario, interpretando de esa manera, para nosotros inexplicablemente, la referencia al acusado de complicidad contenida en el artículo 47 del Código Penal.

b. *Limitación de la norma a los cooperadores.* Existe, sí, una limitación señalada por NÚÑEZ, y es la que resulta de la manera cómo la norma legal prevé la reducción de la responsabilidad al hecho propuesto. La ley se refiere al acusado de complicidad que quiso *cooperar* en un hecho menos grave; y concluye: “la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar”. Queda, pues, excluida la complicidad por auxilio, en la que no media acuerdo ni promesa. Pero la acción de *cooperar* es propia del cómplice de primer grado y del de segundo grado. La previsión del acuerdo resulta así palmar para ambos. Esto lo vio ya GONZÁLEZ ROURA cuando dice: “estas palabras *prometio ejecutar* deben ser interpretadas en el sentido de *quiso o entendió cooperar*” (*Derecho Penal*, 2da. ed., T. II, pág. 211).

UNIDAD Y PLURALIDAD DE HECHOS Y DE DELITOS

I. *Planteo y extensión del problema*

1 — EL PROBLEMA. Por razones de método, es lo habitual exponer la teoría jurídica del delito tomando como objeto la manifestación más sencilla y frecuente del acto punible; es decir, el hecho consumado de un solo autor, que se adecua directamente a una sola figura legal. El problema que ahora nos ocupa, tradicionalmente titulado *unidad y pluralidad de delitos*, incluye el estudio del concurso ideal, el concurso material y la continuidad. Preferimos esta denominación a la de *concurso de delitos*, también de uso frecuente, porque lo que se trata de saber es, precisamente, cuándo existe concurrencia de delitos y cuándo no.

Señala Bernardino ALIMENA que si se examina la relación que existe entre la acción y la lesión jurídica, se verá cómo pueden formularse cuatro hipótesis: una acción que cause una sola lesión jurídica; varias acciones que causen una sola lesión jurídica; varias acciones que ocasionen varias lesiones jurídicas (*Principios*, Vol. I, pág. 488). Ése sigue siendo el esquema inicial del problema. Descartado el primer caso —una acción y una lesión jurídica—, que no presenta problemas de los que aquí se tratan, los otros tres constituyen, en el orden expuesto, el delito continuado, el concurso ideal, y el concurso real, que son la materia con la que se llena este capítulo del Derecho Penal.

Es oportuno señalar, desde el deslinde inicial, la necesidad de que se trate de *figuras delictivas que no se excluyan entre sí*, ya que la hipótesis contraria constituye un problema de adecuación excluyente, del que nos hemos ocupado al asignar su lugar al llamado *concurso de leyes* en el título correspondiente a la interpretación de la ley penal. Cier-

to es que el mejor conocimiento que hoy se tiene del concurso de leyes ha reducido en cantidad el número de casos que antes se creía comprendidos dentro del concurso ideal, pero éste mantiene aún su contenido propio (véase *infra*, II, 2-).

Algunos autores piensan que sólo debe aclararse aquí cuándo existe un hecho y cuándo una pluralidad de hechos o de acciones; en qué se debe reconocer una unidad de hecho y cómo una pluralidad de hechos; y que las demás son cuestiones sobre la aplicación de la pena, que, sistemáticamente, pertenecen a la teoría de la pena (DOHNA, *La estructura*, págs. 99-100).

En la Argentina, NÚÑEZ cree que lo que atañe a las consecuencias del concurso debe ser tratado en la teoría de la pena. Dedicó atención al estudio del concurso ideal y al del delito continuado bajo el subtítulo "Unidad y pluralidad de la imputación delictiva", y se ocupa del concurso material dentro del título "Modificación de la pena", Capítulo III, "Unificación de la pena" (*Derecho Penal argentino*, T. II, págs. 467 y sigs.). El sistema se aparta de una exposición estrictamente dogmática, puesto que la ley determina la unificación de la pena en el artículo 58, también, para los casos de reincidencia. Mas lo principal es que no se trata únicamente de unificar la pena, sino de *limitarla*, en virtud de lo dispuesto en el artículo 55, correspondiente al título del concurso de delitos, puesto que sin esa norma la acumulación sería matemática, acumulándose sin límite.

Sin duda el problema del concurso se resuelve, en definitiva, por la determinación de la pena aplicable, pero ese resultado no se deduce de la teoría de la pena, sino del sistema legal adoptado para sancionar el concurso de delitos. Más de un texto legal acumula las penas para el concurso ideal y para el delito continuado, o aumenta el máximo de la pena mayor, y eso nunca podría deducirse de la teoría de la pena, sino de la regulación legal del concurso (véase, por ej., el *Proyecto Soler*, art. 81, y las disposiciones legales invocadas como antecedentes, y el *Proyecto Peco*, art. 14).

2 — PRINCIPIOS. El objeto de este estudio es llegar a determinar cuándo estamos ante varios delitos y cuándo no, de manera de dar cumplida aplicación al principio que constituye la base, no solamente de la teoría del concurso, sino de todo el sistema represivo en un Derecho Penal de garantía: *debe aplicarse una pena a quienes hayan cumplido una conducta prevista de antemano por la ley penal, y solamente a ellos*. Son, pues, tres premisas: a) no hay pena sin delito; b) todo delito debe ser penado; c) un delito debe ser penado una vez, varios delitos varias veces (HIPPEL, *Strafrecht*, T. II, 1930, pág. 501). Suele invocarse

aquí como fundamento el principio *non bis in idem*, pero lo que aquí se trata de evitar no es que se castigue a alguien dos veces por el delito que cometió, sino que se lo condene por dos delitos cuando sólo ha cometido uno; que se constituya en pluralidad delictiva lo que es solamente unidad delictiva.

La finalidad es muy semejante a la que guía la solución del concurso de leyes. Así, por ejemplo, en el caso del rapto del artículo 130 del Código Penal se presenta un concurso de leyes con la privación de libertad del artículo 141. Si se aplicaran al autor las penas de ambas figuras no se lo condenaría dos veces por el rapto, o por la privación de libertad, sino una por el rapto y otra por la privación de libertad. Lo mismo ocurre con la violación y el contagio venéreo como caso de concurso ideal, no se condenaría al autor dos veces por la violación o por el contagio venéreo, sino una vez por la violación y otra por el contagio venéreo. Idéntica reflexión permite cualquier ejemplo de delito continuado, porque lo que se persigue evitar no es el doble juzgamiento por un mismo delito, sino el juzgamiento por varios delitos cuando sólo uno ha sido cometido.

3 — SISTEMAS PARA DETERMINAR LA PENALIDAD. El tercer aspecto que debe ser considerado aquí, con carácter general, es el que encara el modo de resolver la última etapa del problema, que es la que se refiere a la determinación de la pena. Según cuál sea el criterio que inspire al legislador y que se traduzca en el modo de regular la solución de los distintos casos, las consecuencias pueden ser diferentes y constituir un índice de mayor o menor severidad de la ley. Sería un error suponer que los sistemas conocidos para determinar la pena que debe aplicarse se corresponden exacta e indefectiblemente con los casos que presenta el estudio de la unidad y pluralidad de hechos y delitos.

El derecho comparado muestra claramente que no faltan los textos legales en los que la pena es la misma para el concurso ideal y para el concurso material, y abundan los que, no obstante considerar el delito continuado y el concurso ideal como unidad jurídica, le fijan pena mayor que la del delito único. No es, pues, del todo exacto identificar la idea de acumulación con la de concurso material y la de absorción con la de concurso ideal y delito continuado —aunque esto resulte cierto para un buen número de textos legales, entre los que se cuenta el argentino— pues en la comparación es posible ver toda clase de variantes.

La doctrina distingue tres sistemas para resolver el problema de la penalidad que nos ocupa:

a. *Absorción*. Este sistema, como su nombre lo indica, en su modalidad pura, consiste en *aplicar únicamente la pena mayor*, que absor-

be a las demás, pudiendo estas últimas ser tomadas en cuenta para agravar la pena, pero *siempre dentro de la escala penal* dispuesta para la única disposición que se aplica. Por cierto que la agravación de la pena dentro de los límites fijados para un delito, no necesita ser autorizada de modo expreso por la ley, ya que el juez, en todos los casos, se mueve libremente dentro de ellos. De modo que la consecuencia de adoptar este sistema se traduce en la *limitación* de la penalidad a esa escala.

b. *Acumulación material o matemática*. Esta solución consiste en *sumar las penas* correspondientes y aplicarlas conjuntamente. Los resultados son los mismos a que se llegaría si la ley no contuviera disposición alguna para el concurso real o material de delitos.

El sistema presenta el inconveniente de que no siempre es posible hacerlo efectivo en la práctica; piénsese en el caso de dos o más delitos sancionados con pena de muerte, en las legislaciones que admiten la pena capital; lo que correspondería con este sistema es condenar a dos o más penas de muerte. El ejemplo no es puramente académico. Una consideración análoga puede hacerse respecto a las penas perpetuas o de larga duración, cuya suma puede exceder fácilmente el término medio de años de la vida de un hombre. Así, por ejemplo, con el sistema de la acumulación material prevista en el artículo 74 del Código Penal chileno, se condenó por los tribunales de Santiago a ochenta y dos años de prisión a un hombre que contaba a la sazón 30 años de edad (causa "Rubio, José R.", fallada el 17-VII-1963). El 26-IV-1962 conmovió a la opinión pública la fuga de J. F. Rosa (a) "El rey de la 45", quien estaba cumpliendo en la cárcel de Río de Janeiro una condena de ciento diez años de reclusión, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 del Código Penal brasileño, que adopta, también, el sistema de la acumulación material.

c. *Acumulación jurídica*. Las observaciones formuladas a la acumulación matemática han llevado a dar preferencia al sistema más racional de la denominada *acumulación jurídica*, consistente en *sumar las penas, pero fijando un límite máximo prudencial*, del cual no puede excederse el juzgador. Éste es el sistema adoptado por el Código argentino para el concurso material (art. 55), como en su lugar veremos (*infra*, IV, 2-).

El modo de determinar los límites de la pena no es siempre el mismo y suelen adoptarse modalidades más o menos simples o complicadas. Modelo de sencillez lo constituye el Código argentino, que se concreta a declarar: *Sin embargo, esta suma no podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate* (art. 55, *in fine*).

II. *El concurso ideal o formal*

1 — CONCEPTO. *Existe concurso ideal cuando un hecho concreta dos o más figuras penales que no se excluyen entre sí* (MEZGER, *Tratado*, T. II, § 69, II; BINDING, *Grundriss, A. T.*, § 60, pág. 129; MAURACH, R., lo considera una unidad de acción con pluralidad de tipos, *Tratado*, T. II, § 55, I, A). La apariencia de multiplicidad delictiva que ofrece el concurso ideal se debe a que el autor ha incurrido en la violación de varias disposiciones penales, mereciendo por esto más de una calificación delictuosa. Pero, a esa aparente pluralidad, corresponde una unidad real de la delincuencia atribuible al mismo (NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. II, pág. 205). Es decir, que lo plural es la adecuación típica, mas no la conducta punible.

2 — DIFERENCIACIÓN DE OTROS INSTITUTOS JURÍDICO-PENALES. Puestos en la tarea de diferenciar el concurso ideal de otros institutos jurídicos en los que entran en consideración la pluralidad de hechos o la pluralidad de adecuación típica, debemos distinguirlo de:

a. El llamado *concurso de leyes o concurso de figuras*. Lo esencial aquí es que en el concurso ideal los tipos penales no se excluyen entre sí; en tanto que en el concurso de figuras se excluyen, se reemplazan, ceden el uno contra el otro u otros. La *consecuencia* es que, mientras en el concurso ideal se selecciona la pena por su gravedad, en el concurso de figuras se aplica la correspondiente al tipo con mayor número de requisitos o al remanente. En el concurso de leyes lo que priva es *decidir la adecuación*, la prevalencia de una figura con respecto a otra u otras, *sin tomar en cuenta la mayor o menor severidad de las penas*; en tanto que en el concurso ideal lo que se debe decidir es, precisamente, *cuál es la pena aplicable en la concurrencia de figuras*.

b. *El concurso material* supone varios hechos independientes, constitutivos cada uno de ellos de un delito; no se trata de *un hecho* con adecuación múltiple, como en el concurso ideal, sino de *varios hechos*, cada uno con su antijuridicidad, su culpabilidad y su adecuación típica (véase *infra*, IV, 1-).

c. *El delito continuado* supone, también, una pluralidad de hechos, todos y cada uno de ellos con la totalidad de las características del delito, pero *dependientes entre sí*, sea por el elemento subjetivo, sea por

circunstancias objetivas, según cuál sea el criterio que se adopte (véase *infra*, III, 3- a 5-).

3 — TESIS DE LA UNIDAD Y TESIS DE LA PLURALIDAD DE DELITOS. Al exponerse la construcción teórica, a los fines de decidir la naturaleza jurídica del concurso ideal, se han desenvuelto dos concepciones contrapuestas: la teoría de la *unidad de delito* y la tesis de la *pluralidad de delitos*.

a. *Tesis de la unidad*. La primera de las teorías enunciadas afirma que, no obstante la lesión de varias leyes penales, existe un solo delito. En realidad, la expresión *concurso ideal* denota, por sí misma, la inexistencia de una verdadera pluralidad de delitos, e indica que, aun cuando se han concretado varias figuras, sólo se ha cometido un delito (MAYER, *Der allgemeine Teil*, pág. 156).

b. *Tesis de la pluralidad*. Para la tesis de la *pluralidad*, la lesión de varios tipos penales significa la existencia de varios delitos. El hecho de que en el concurso ideal tan sólo exista *una acción*, resulta sin significado para esta doctrina. La idea de que el doble encuadramiento supone pluralidad delictiva, tiene ensamblamiento con la teoría de las normas formulada por BINDING, puesto que la adecuación de una conducta a varias figuras que no se excluyen entre sí constituye, también, violación de varias normas (*Die Normen*, Leipzig, Vol. I, 1916, § 31).

c. *La tesis preferible*. La tesis de la pluralidad de delitos en las situaciones de concurso ideal no resiste un análisis encarado con el criterio integral que resulta de la estructura del delito. Su punto de vista “jurídico-normativo” olvida que la diversidad de los tipos considerados en el concurso ideal, únicamente puede conducir a una pluralidad valorativa del mismo proceso constitutivo de los tipos, no a una descomposición de este proceso en distintas acciones. Un prisma no multiplica los cuerpos geométricos por el hecho de presentarlos, desde el punto de vista del observador, bajo varios colores (MAURACH, *Tratado*, § 54, I, 3, nota). Una cosa es la subordinación de un hecho a una figura y otra la existencia de un delito, para lo cual se requiere, además, la concurrencia de todos los elementos del concepto del delito (antijuridicidad, culpabilidad). Lo que se imputa al delincuente *no es la subordinación sino el hecho subordinado*; de manera que si existe un solo hecho, no es con-

ceptualmente correcto imputar dos delitos. La doble tipicidad es impotente para duplicar la criminalidad de un hecho único (SOLER, *Derecho Penal*, T. II, § 60, V.). SOLER se aparta de este criterio en su *Anteproyecto de Código Penal*, al declarar en el artículo 81, que en los supuestos del concurso ideal *se aplicarán las reglas del concurso real*.

La teoría que ve en los casos de concurso ideal un delito único es, pues, a nuestro ver, la concepción correcta. La consideración de que el delito es acción, entendida ésta en sentido realista —como proceso real en el mundo exterior— ya sólo permite reconocer un delito, aunque ella —la acción— pueda ser objeto de una pluralidad de valoraciones por parte del Derecho. La idea se torna más simple y se clarifica si se parte de la base de la *unidad de hecho* (véase en punto siguiente, 1. y 2.).

4 — EL CONCURSO IDEAL EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO. El artículo 54 del Código Penal argentino reconoce como antecedente legislativo inmediato el *Proyecto* de 1891, el cual se apartó de la doctrina dominante de la *unidad de acción*, para seguir al Código italiano de 1889, que fundaba el concurso ideal en la *unidad de hecho*.

En el texto del artículo 54 del Código Penal argentino están expresamente indicados dos elementos constitutivos del concurso ideal: a) unidad de hecho; b) pluralidad de encuadramientos. La ley dice: *Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal,...*

1. *Unidad de hecho*. El artículo 54 se basa, en consecuencia, sobre la *unidad de hecho*, habiendo sido descartada la interpretación que pretende fundar la norma aludida en la *unidad de acción*. Así lo han reconocido tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia de los tribunales argentinos.

Expresa la Exposición de Motivos del *Proyecto* de 1891: “La razón de la primera parte del artículo es que es una resolución del agente y uno es también *el hecho* que ha ejecutado. Si hay *unidad de hecho* y unidad de resolución, lo que importa decir que hay unidad de delito, debe aplicarse una sola de las leyes o disposiciones violadas. ¿Cuál? La que establece la sanción más severa porque es la destinada a amparar el más importante de los derechos lesionados”.

2. *Hecho y acción*. Parece innecesario recordar la importancia que tiene para la interpretación conocer con la mayor exactitud posible el significado de los términos empleados por la ley.

Como enseguida se verá, concebir el concurso ideal sobre la base de la *unidad de hecho* o de la *unidad de acción* conduce a resultados significativamente diferentes. La diferencia entre *hecho* y *acción* tiene consecuencias que no pueden ser dejadas de lado.

Unos afirman que *hecho* es todo acontecimiento real, simple, de la vida diaria, en tanto que la *acción* está constituida por una serie de hechos, vinculados entre sí por un mismo fin o propósito.

Un segundo grupo, en cambio, considera que *el hecho es comprensivo de la acción*. Es ésa la posición de CARRARA, para quien la acción constituye la fuerza física subjetiva del delito; en cambio el hecho es eso y, además, la fuerza física objetiva, constituida por el resultado (*Programa*, § § 56 y 57. Puede verse sobre esto la exposición de CORRERA, P. E., en *El delito continuado*, Buenos Aires, 1959, págs. 105 y sigs., particularmente págs. 113 y sigs.).

Con el primer criterio puede ocurrir que la acción sea una y, no obstante, no podemos hablar de *concurso ideal*: caso de quien, proponiéndose matar a dos personas, espera que ellas estén juntas para arrojarles una bomba. Es indudable que la acción es una; sin embargo, no pensaríamos en cargar a la cuenta del autor un solo homicidio sino los dos cometidos.

La cuestión se esclarece dando a las palabras *acción* y *hecho* el significado que fija el segundo grupo antes enunciado, pues al tomarse en cuenta el resultado, en el ejemplo del doble homicidio habría *dos hechos*.

Es ése el sentido que corresponde dar al término *hecho* en la ley argentina.

El concurso ideal del artículo 54 queda, pues, reducido al caso de *unidad de hecho*, entendiendo por tal también unidad del resultado que pueda ser objeto de más de un encuadramiento legal.

3. *Pluralidad de encuadramientos*. Esta exigencia resulta claramente de las palabras "cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal", empleadas en el artículo 54 del Código Penal. La pluralidad de encuadramientos, precisamente, es la circunstancia jurídica que da nacimiento al problema del concurso ideal; de modo que el sentido de las palabras de la ley no puede prestarse a dudas, y así lo ha entendido creemos, la totalidad de la doctrina y la jurisprudencia nacionales.

En relación con el significado de este requisito, nada consideramos necesario agregar a lo que ya hemos dicho (*supra*, 1- y 3-).

4. *Unidad de resolución.* Los elementos *unidad de hecho y pluralidad de encuadramientos* están expresamente indicados en el artículo 54 del Código Penal; la unidad de resolución, en cambio, resulta implícitamente de la unidad de hecho. ALIMENA encontró el eje en torno al cual hizo girar la doctrina del concurso ideal en la *inseparabilidad de lesiones jurídicas*, entendida como necesidad de cometer esa pluralidad de lesiones *queriendo una sola* de ellas: basta querer una lesión para causar necesariamente la otra. Este elemento del concurso ideal, que en el Código argentino resulta de la exigencia de la unidad de hecho, puede decirse que es requerido por la totalidad de los autores, cualquiera sea el criterio con que encaren la conformación del concurso formal de delitos.

A menudo, la inseparabilidad de la lesión jurídica será un elemento de juicio valioso para denotar la existencia de la unidad de resolución. Pero el razonamiento no debe ser entendido *a contrario sensu*; es decir: la inseparabilidad de las lesiones jurídicas se traducirá, por lo común, en unidad de resolución; pero la posibilidad de separar esas lesiones no excluye, por sí sola, la existencia de resolución única.

5 — LA PENALIDAD. El Código argentino adopta para el concurso ideal, a los fines de decidir cuál es la pena a aplicar, el sistema de la *absorción* (*supra*, I, 3-, a.). la ley resuelve la cuestión diciendo: *Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor* (art. 54). Se trata de la pena *mayor* y no de la *más grave*, distinción que se hace claramente en el artículo 56, para determinar el modo de fijar los límites de pena en los casos de concurso material de delitos reprimidos con penas de distinta naturaleza. De modo que para el concurso ideal, cuando se trate de figuras con amenaza de pena de distinta naturaleza, lo que corresponde es la aplicación de *la pena de mayor duración*. Esta duración está determinada por el máximo de la escala legal; para el caso de penas con igual máximo, es mayor la pena que tiene fijado mínimo mayor. Si una adecuación constituye delito consumado y la otra queda en grado de tentativa, los límites a tomar en cuenta para esta última son los que resultan luego de la reduc-

ción determinada por el artículo 44. Idéntico criterio debe seguirse en los casos de participación en tentativa (arts. 46 y 47).

6 — LA JURISPRUDENCIA. En el caso del concurso ideal, la jurisprudencia de los tribunales argentinos ofrece un proceso de elaboración interesante, que podemos señalar en tres aspectos esenciales: a) unidad de hecho y de determinación; b) inseparabilidad de las lesiones; c) el concurso ideal por conexión.

1. *Unidad de hecho y de determinación.* El Superior Tribunal de Misiones (Sala Penal) ha establecido que, en el concurso ideal de delitos, entiéndese por *hecho* la acción u omisión prevista como delito que, comprendiendo el efecto que la integra, cae bajo más de una sanción penal, debiéndose tomar el término *hecho* en un sentido más amplio que el de *acción*, vale decir, en la acepción amplia de *actividad humana* que bajo su unidad puede comprender varios *actos* ligados por un solo elemento intencional. Configura un concurso ideal de delitos regidos por el artículo 54 del Código Penal el obrar delictivo en el que ha mediado una sola resolución criminal con varias lesiones jurídicas (L.L., t. 105, fallo 47.445). El mismo tribunal había fijado el concepto de *unidad de hecho*, al expresar: “No siempre las acciones delictivas, por ser varias, importan necesariamente concurso real de delitos, pudiendo ellas configurar concurso ideal cuando el total de tales acciones *integran un solo hecho*” (L.L., t. 96, pág. 321, fallo 44.089). Con esa misma orientación, se pronunció la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires (J.A., 1948-II, pág. 202).

La Cámara del Crimen de la Capital sostuvo que “hay concurso ideal cuando son acciones sucesivas que se confunden *en un solo hecho, perpetrado con unidad de designio*” (L.L., t. 84, pág. 346, fallo 39.610). El mismo criterio es seguido en numerosas decisiones del mismo tribunal (*Fallos*, t. V, pág. 87, nro. 1619; pág. 88, nro. 1620; pág. 90, nro. 1623; pág. 96, nro. 1626; t. VI, pág. 57, nro. 2147; pág. 69, nro. 2152).

2. *Inseparabilidad de las lesiones.* Exige el requisito de la indivisibilidad e inseparabilidad la Cámara del Crimen de la Capital, al declarar: “no hay concurso ideal, aun cuando la acción en apariencia única, es judicialmente divisible en virtud de la pluralidad del resultado”. Se trataba en el caso de disparos consecutivos, cada uno con determinación autónoma (L.L., t. 98, pág. 183, fallo 44.695).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido explícita al señalar como requisito del concurso ideal la inseparabilidad de las lesiones: “cuando los límites de la mera conexidad aparecen manifiestamente superados por la indivisibilidad del caso, como sucede en la especie, en que las manifestaciones del querellado en que se funda la imputación de los delitos de calumnia y desacato aparecen entrelazadas, de tal modo, en la publicación atribuida al mismo, que resultan realmente inseparables, configurando *prima facie un hecho único*, resulta aplicable el artículo 2° de la ley 14.180, debiendo ser decidido el caso con arreglo al criterio de los artículos 54 del Código Penal y 34, 37 y 40 del Código de Procedimientos Criminales” (L.L., t. 75, pág. 475, fallo 35.453).

3. *Concurso ideal por conexión*. Lo ha reconocido la Suprema Corte de Buenos Aires, al afirmar que “la concurrencia de violación de domicilio y hurto constituyen concurso ideal, por la propia naturaleza que les distingue, delito fin el uno, y delito medio el otro” (*L.L.*, t. 75, pág. 728, fallo 35.629). La misma doctrina ha sido sostenida por la Sala II de la Cámara de Rosario (*Juris*, t. 4, pág. 89). La Cámara del Crimen de la Capital declaró que el apoderamiento ilegítimo con abuso de confianza de un cheque con firma en blanco que se adultera, configura el delito de defraudación y adulteración de documento privado en concurso ideal (*E.D.*, 21-VI-1965). El mismo tribunal (Sala 6ª) calificó de concurso ideal la estafa mediante falsificación de documento (*Doc. Jud.*, 28-VIII-1965; *id.*, 24-XI-1965).

La teoría contraria, que excluye el concurso ideal por conexión, es seguida por la Sala 1ª de la Cámara Nacional en lo Penal Económico. Ha manifestado el citado tribunal: “el Código Penal excluye explícitamente la doctrina del concurso ideal por conexión” (*L.L.*, t. 103, pág. 688, fallo 46.871). La misma doctrina ha sido seguida por la Sala 3ª de la Cámara Criminal de La Plata, al afirmar que “nuestra legislación rechaza la doctrina del delito medio” (*L.L.*, t. 63, pág. 802, fallo 30.209). En este fallo estableció el tribunal que comete el delito de violación de domicilio en concurso real con el de hurto quien penetra en domicilio ajeno sustrayendo efectos allí existentes. Este último caso, con el criterio de la inseparabilidad de las lesiones, resulta un supuesto claro de concurso ideal. Las Salas 1ª y 2ª de la Cámara del Crimen de la Capital también entendieron que concurren materialmente el hurto y la violación de domicilio, con disidencia del doctor MILLÁN (*Doc. Jud.*, 15-VI-1963), en tanto que la Sala 3ª lo consideró concurso ideal (*L.L.*, 13-IX-1965).

III. *El delito continuado*

1 — NOCIÓN. *El delito continuado se caracteriza por una pluralidad de hechos típicamente antijurídicos y culpables, dependientes entre sí, y constitutivos en conjunto de una unidad delictiva*. Se trata, pues, del supuesto de *pluralidad de hechos y unidad de delito* (*supra*, I, 1-). El estudio de las exigencias que determinan la *vinculación* de los varios hechos entre sí, y con ello la unidad delictiva, es el objeto sustancial de este capítulo. Tanto la teoría como la práctica han aceptado desde hace ya largo tiempo, aun en los casos en que no existe una previsión específica en la ley, la posibilidad y la justicia de reunir en una unidad jurídica varios actos, cada uno de ellos con todas las características del hecho punible, en virtud de la *continuidad o conexión continuada*. No estando expresamente regulado el delito continuado en el Código argentino, deberemos detenernos algo en el aspecto puramente doctrinal del problema.

2 — ORIGEN HISTÓRICO. El delito continuado, como unidad delictiva, no aparece en su origen histórico fundamentado en su naturaleza jurídica; es una forma de manifestarse la reacción de los componentes de un grupo social ante una ley excesivamente severa, reacción que pueden experimentar también los encargados de administrar justicia, y en tal medida, que tengan por más justa la aplicación del criterio que resulta de fórmulas jurídicas más o menos afortunadas en la interpretación legal, que el que indica la hermenéutica que conduce a la conclusión más severa. Tal fenómeno de defensa, fundado en un sentimiento de humanidad, se manifiesta, según la mayoría de los autores, a través de los prácticos italianos de los siglos XV y XVI, citándose en particular a Julio CLARO y a Próspero FARINACCIO, quienes se propusieron soslayar la pena capital prescripta por las leyes italianas de la época para quien hubiera cometido el tercer hurto. Con la tesis de la continuidad, fue posible sostener y admitir la imputación de un solo hurto, cuando se habían cometido dos o más, en determinadas condiciones, especialmente de lugar, tiempo y finalidad. No parece desacertada la opinión de los autores para quienes la tarea de los prácticos consistió en elaborar el instituto, mas no en su concepción, que apareció ya en los glosadores, entre los que se cita, en particular, a Bartolo DE SASSOFERRATO (1314-1357) y a Baldo DE UBALDI, que vive entre 1347 y 1400 (puede verse sobre el tema: BETTIOL, G., *Diritto Penale*, Parte General, Palermo, 1945, pág. 411; CAMARGO HERNÁNDEZ, C., *El delito continuado*, Barcelona, 1951, pág. 17).

3 — DIFERENCIAS CON OTRAS FORMAS DELICTUOSAS SEMEJANTES. Con la noción que hemos dado del delito continuado, podemos ya distinguirlo de otras figuras del delito, que pueden ofrecer similitud con él.

1. *Con el delito permanente.* Al ocuparnos de la clasificación de los delitos tomando en cuenta las modalidades de la acción, señalamos la distinción entre el delito instantáneo y el permanente, diciendo que el primero se caracteriza porque, conforme con el delito típico, su consumación se produce en un instante (no puede prolongarse en el tiempo); en tanto que en el segundo, también por virtud del verbo utilizado en la figura legal, la consumación puede prolongarse en el tiempo, manteniéndose así invariablemente una situación típicamente antijurídica y

culpable. Recordados estos conceptos, para mostrar la diferencia entre ambas figuras, resulta suficiente con señalar que el delito continuado se configura con una *pluralidad de hechos*, cada uno de ellos con las características de un delito, en tanto que el permanente se constituye con un *hecho*.

Debemos señalar en este punto que la expresión *delito continuo*, también empleada para denominar el delito permanente, ha dado lugar a confusión en la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo, ya veremos que esta identificación entre delito *continuo* y *continuado*, tiene antecedentes de valor en la interpretación del Código Penal argentino (*infra*, 9-).

2. *Con el concurso ideal*. Definimos el concurso ideal como un *hecho* que concreta dos o más figuras penales, en tanto que el punto de partida del problema de la continuidad como unidad delictiva es, precisamente, la *pluralidad de hechos*.

3. *Con el concurso real*. La diferencia entre el concurso material y el delito continuado resulta de la *dependencia de los hechos entre sí*. Puesto que cada uno de los hechos constitutivos del delito continuado es en sí mismo una acción típicamente antijurídica y culpable, *sólo la dependencia* puede dar a ese conjunto de hechos la naturaleza jurídica de delito único.

4. *Con el delito habitual*. En el delito habitual, lo mismo que en el continuado, se unifica jurídicamente una pluralidad de conductas similares separadas por intervalos de tiempo. Pero mientras en el delito habitual cada uno de los episodios agrupados no es punible en sí mismo, sino que pertenece a la *pluralidad de actos requerida en el tipo para configurar el hecho punible*, en el delito continuado, como ya se señaló repetidamente, cada una de las conductas agrupadas reúne por sí sola todas las características del hecho punible. En otras palabras: en el delito continuado *cada acto configura un tipo*; en el habitual *la pluralidad de actos es un elemento del tipo*.

Así, por ejemplo, para que se configure el delito de ejercicio ilegal de la medicina previsto en el artículo 208, inciso 1º del Código Penal, deben cumplirse *habitualmente* actos destinados al tratamiento de enfermedades de las personas.

4 — FICCION O REALIDAD. Los autores prestan particular interés a este aspecto, separándose los puntos de vista en dos grupos: el de la *ficción* y el de la *realidad*. A esta última se la suele distinguir en doctrina de la *realidad jurídica* y de la *realidad natural*. Pero la realidad jurídica sólo puede resultar de la natural; de otro modo, es una ficción jurídica.

a. *Doctrina de la ficción*. Para los partidarios de esta doctrina, como su nombre ya lo adelanta, la continuidad es una ficción, en cuanto afirma la unidad delictiva. Se trata, en realidad, de una pluralidad de delitos, que por obra de una singular relevancia atribuida a la *unidad de designio*, según la expresión carrariana, da a un caso de concurso material de delitos el tratamiento de un delito único. Este criterio es elaborado por CARRARA (*Programa*, § 534) y defendido más recientemente por MANZINI (*Trattato*, Vol. II, nro. 488).

“Verdaderamente los actos fueron varios —dice CARRARA—, y cada uno de ellos contiene en sí todo lo necesario para constituir un delito completo. Pero con esta rigurosa exactitud se caería en el ridículo si se igualase la multiplicidad de los actos a la multiplicidad de las acciones sólo porque cada acto constituye un delito completo” (*Programa*, § 534. Puede verse § § 510 y sigs., 2087, 3585 y sigs.).

Para MANZINI, “la voluntad del Estado, que impone considerar como un solo delito la pluralidad de delitos, sobre la base de una excepcional apreciación del designio criminoso, ha dado conscientemente una noción en sí misma no verdadera (delito único) de un estado de hecho exactamente conocido (pluralidad de delitos); ha creado, como decimos, una *ficción jurídica* (*Trattato*, Vol. II, nro. 488).

b. *Doctrina de la realidad*. Para este punto de vista, el delito continuado es una unidad real, la que no puede ser escindida en *natural* y *jurídica*. ALIMENA defendió la doctrina de la realidad, sosteniendo que la acción puede componerse de uno o de varios actos, sin que ello guarde absoluta correspondencia con la unidad y pluralidad de la lesión jurídica, y por tanto, con la unidad y pluralidad de delitos: “contra la opinión dominante que, como CARRARA, ve en el delito continuado un conjunto de delitos unidos por una unidad ficticia y jurídica, vemos nosotros una unidad real” (*Principios*, Vol. I, pág. 492).

El delito continuado —dice ALIMENA— es único; único subjetivamente porque la resolución es una sola, uno solo es el dolo, y desde el primer instante se representa el delincuente todas las acciones sucesivas; también es único objetivamente, porque no importa que la cosa que se quiere obtener se obtenga en una sola vez o en varias veces sucesivas.

5 — LA DOCTRINA SUBJETIVA CLÁSICA. La doctrina tradicional, sostenida particularmente por los autores italianos, es en gran parte producto del modo cómo el instituto fue regulado por la legislación a partir del Código toscano de 1853, pero es, también, el fruto de las enseñanzas de CARRARA (*Programa*, § § 510 y sigs.), y de ALIMENA (*Principios*, Vol. I, págs. 491 a 509). Esta doctrina es denominada, también, *subjetiva*, por el significado preponderante que da a la unidad de designio criminoso, unidad de resolución o dolo total, y para oponer su nombre al de la doctrina *objetiva*, sustentado especialmente por autores alemanes.

Los elementos. La doctrina que aquí consideramos configura el delito continuado con tres elementos esenciales: a) unidad de resolución o designio criminoso; b) pluralidad de acciones homogéneas; c) identidad de lesión jurídica.

Otras circunstancias, tales como la identidad de sujeto pasivo, de tiempo, de lugar, de medio o de modo, no hacen a la esencia misma del delito continuado en todos los casos, y constituyen solamente elementos de juicio, con mayor o menor eficacia, para apreciar la existencia de los elementos esenciales que antes hemos señalado.

a. *Unidad de resolución.* Es éste el elemento que ha valido a la doctrina tradicional el nombre de *subjetiva*. Unidad de resolución significa *resolución única* para la ejecución de los varios hechos que componen el delito continuado. Por consiguiente, no puede hablarse de continuación cuando alguno o algunos hechos sean objeto de distinta resolución. No debe confundirse *unidad* de resolución con *identidad*, que puede suponer resoluciones iguales, pero independientes para cada hecho en particular.

En algunos casos, la unidad de resolución resulta del modo mismo de ejecución. Tal cosa ocurre en el ejemplo del comerciante que utiliza pesas falsas. Es evidente que en cada venta que realice ejecutará un delito y es también claro que su decisión de utilizar pesas falsas alcanzará a todas ellas. En cambio, en otros casos, la comprobación de la unidad de resolución o del dolo total crea dificultades considerables. Así, por ejemplo, el empleado de comercio encargado de hacer los depósitos bancarios decide apoderarse de una suma de dinero, quedándose en su poder con pequeñas cantidades parciales, correspondientes a las diversas partidas que deberá depositar en el curso de un mes. Ese empleado resuelve en un solo y determinado momento la realización de las diversas acciones. Habrá delito continuado. En cambio, al mismo empleado le asalta en cierto momento la tentación de quedarse para sí con cierta cantidad de dinero que debe

depositar, y lo hace; otro día, viendo lo fácil que le ha resultado o pensando que quedará impune, o por cualquier otro motivo, decide apoderarse de otra suma; en este segundo supuesto, la independencia de las decisiones da también independencia a las infracciones. Teóricamente, la cuestión es clara; pero llevada a la práctica, las cosas se compli-

b. *Pluralidad de hechos*. Poco es necesario decir sobre este requisito, que hace a la esencia misma del delito continuado. Se comprende fácilmente que ningún objeto tendrían las consideraciones hechas en este capítulo si no fuese con el fin de vincular jurídicamente varios hechos.

Para que exista delito continuado no debe haber continuidad en los hechos. Para comprender bien el sentido de esa *discontinuidad* de los hechos, debemos recordar la diferencia entre *hecho* y *acción* señalada al ocuparnos del concurso ideal de delitos. No sería suficiente que se realizaran varias acciones, entendiéndolo en el sentido de los hechos simples de la vida diaria, sino varios *hechos* separados en el tiempo. Por eso dice CARRARA que la *continuidad* se deduce, principalmente, de la *discontinuidad* (*Programa*, Parte General, T. I, § 535).

c. *Identidad de lesión jurídica*. En relación con el modo de precisar este elemento, requerido tanto por los partidarios de la doctrina subjetiva como por los de la objetiva, la doctrina se muestra dividida. Mientras unos autores consideran que para que se dé el delito continuado es suficiente que se trate de la lesión de un mismo bien jurídico, otros requieren que el tipo penal sea el mismo. La consecuencia de seguir uno u otro criterio es la ampliación o restricción del ámbito dentro del cual cae el delito continuado. Los partidarios de la tesis restrictiva (mismo delito penal), llegan a negar la continuación aún entre el delito consumado y el tentado.

d. *El sujeto pasivo*. La identidad del sujeto pasivo o del titular del bien jurídico no es requerida por todos y en todos los casos. CARRARA reta todo significado a la pluralidad de sujetos pasivos, diciendo que sea que un hurto se cometa sobre cosas pertenecientes a la misma persona, sea que se realiza sobre bienes de personas distintas, los derechos violados son en ambos casos *objetivamente* distintos, ya que podría afirmarse que se ha violado el derecho sobre la cosa A, la cosa B, etcétera (*Programa*, § 531). En cambio, ALIMENA requiere la identidad de sujeto pasivo cuando se trata de delitos contra las personas (*Principios*,

Vol. I, págs. 504 y sigs.). Este último criterio es el que ha de predominar en la construcción jurídica posterior del delito continuado (véase *infra*, 7- y 10- D.).

6 — LA DOCTRINA OBJETIVA. Esta doctrina, que puede decirse nace con FEUERBACH, es sostenida por autores modernos. Su nota más característica está dada por la prescindencia de la unidad de designio criminoso para determinar la continuidad, dando significado únicamente a *circunstancias objetivas*. La posición objetiva que podemos llamar pura, es defendida por MEZGER, para quien ha de exigirse *unidad del tipo básico, unidad del bien jurídico lesionado, homogeneidad de la ejecución y una conexión temporal adecuada*; en los ataques personales requiere, además, *identidad de la persona ofendida* (Tratado, § 67, IV, 2).

Se ha observado que el criterio tradicional conduce a soluciones injustas. Se afirma que es más reprochable socialmente la conducta del que se propone cometer de una sola vez varios hechos delictuosos que la de quien los ejecuta en igualdad de ocasión, de relaciones y de motivo (JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, nro. 326, b], a')); MEZGER, *Tratado*, T. II, § 67, IV, 2). JIMÉNEZ DE ASÚA pone este ejemplo: el cajero de un almacén particular decide apropiarse de mil bolívares (está comentando el Código venezolano) y para que el dueño no lo note, sustrae diez bolívares diarios durante tres meses y medio. Hay unidad de resolución y, por tanto, delito continuado. El cajero de un banco se apropia de trescientos bolívares para pagar la asistencia de su hija enferma; pero tres meses después necesita otros seiscientos bolívares porque la paciente precisa de una operación quirúrgica. Los toma de la caja también. Como no hay unidad de resolución no habrá delito continuado. En cambio, sí se podría considerar que existe con la doctrina de la *unidad de ocasión*, aunque ésta debe ser completada con *referencias teleológicas*. De no ser así se perjudicaría incuestionablemente a este segundo cajero, que desde cualquier punto de vista que se mire ha ejecutado un acto menos reprochable. Las referencias teleológicas, de superlativa importancia, están fuera de la apreciación objetiva.

7 — LA DOCTRINA SUBJETIVO-OBJETIVA es a nuestro juicio la correcta. Toma en cuenta para caracterizar el delito continuado tanto los elementos o circunstancias objetivas como la unidad de designio crimi-

noso. Para la mayoría de los autores que adoptan esta posición, el delito continuado se estructura con la *unidad de dolo o de designio criminoso, pluralidad de acciones e identidad o unidad de lesión jurídica o bien jurídico violado*. Cuando se trata de bienes jurídicos *personales, se requiere, también, unidad de sujeto pasivo*. Participan de este punto de vista, entre otros, SCHÖNKE (*Kommentar*, antes del § 73), IMPALLOMENEI (“Sul reato continuato”, en *Rivista Italiana*, 1937, pág. 104), CAMARGO HERNÁNDEZ (*El delito continuado*, pág. 64).

Un criterio ecléctico es el sustentado por FRANK (MEZGER lo invoca como enroldado en la posición objetiva pura, *Tratado*, cit., § 67, IV, 2), para quien el delito continuado es la actividad plural homogénea vinculada por el carácter unitario del dolo o por el aprovechamiento de la misma oportunidad o de la misma relación permanente, y dirigida contra el mismo bien jurídico (*Das Strafgesetzbuch*, § 74, v). Decimos que se trata de un criterio ecléctico, porque para este autor la continuidad puede resultar del carácter unitario del dolo “o” de las circunstancias objetivas de oportunidad o relación.

8 — LA LEY ARGENTINA: LA TESIS DE LOS HECHOS NO INDEPENDIENTES. La continuidad delictiva aparecía expresamente regulada en el Código de TEJEDOR y en el de 1886, mientras que fue mantenida por el *Proyecto* de 1891, y que no aparece en los de 1906 y 1907 ni en el Código vigente. De acuerdo con lo que resulta del sistema adoptado, la configuración del delito continuado, entendido como *unidad delictiva real*, debió quedar librada a la tarea de la doctrina y la jurisprudencia.

La ley nos da elementos para entender que ha admitido la existencia del delito continuado y, lo que es importante, que lo excluye del tratamiento penal que determina para el concurso material de delitos. Tal exclusión resulta de la exigencia contenida en el artículo 55 del Código, al definir el concurso real como concurrencia de varios *hechos independientes*. Por su parte, el artículo 54 define el concurso ideal *como un hecho* que cae bajo más de una sanción penal; de suerte que no puede pensarse que queden comprendidos en la disposición los *varios hechos* que caracterizan el delito continuado. A mayor abundamiento recordemos que la fórmula “cayere bajo más de una sanción penal”, utilizada en el artículo 54, es entendida como *pluralidad de encuadramientos que no se excluyen*, lo que no se concilia muy bien con la exigencia de *identidad de lesión jurídica* que se asigna a la continuación.

Se elabora así la tesis de los *hechos no independientes*, para extraer de ella la previsión legal y la estructura del delito continuado en el derecho argentino. Este criterio es mayoría entre los tratadistas argentinos modernos; las disidencias se demuestran cuando se trata de fijar cuál o cuáles son los elementos que crean *la dependencia* de los hechos entre sí y con ello el carácter delictivo unitario para la penalidad de determinados hechos.

El punto de vista fue expuesto por Isidoro DE BENEDETTI, para quien, de la lectura del artículo 55 se desprende, con toda nitidez, que el texto legal requiere, para que se dé el concurso material, que los varios hechos delictivos *sean independientes entre sí* ("El delito continuado", *J.A.*, t. 1943-IV, pág. 274). La tesis tuvo nuestra invariable adhesión (*Manual*, 1ra. ed., 1949, pág. 331); es aceptada por SOLER, al decir que no puede reducirse a concurso real toda pluralidad de hechos, ya que para ello la ley requiere que esos hechos, además de ser varios, sean *independientes* (*Derecho Penal*, T. II, § 61, IV). La sostiene NÚÑEZ (T. II, págs. 246 sigs.). La exigencia de que los hechos sean independientes para constituir el concurso real, fue ya vista por Carlos Malagarriga, si bien situó erróneamente la continuidad en el artículo 54, como una modalidad del concurso ideal (*El Código Penal*, T. I, pág. 381, nro. 5).

9 — LAS DENOMINACIONES CONTINUADO Y CONTINUO. Se impone una aclaración respecto a la nomenclatura utilizada por el Código argentino en este punto. El empleo de la expresión *delito continuo*, para referirse al *continuado*, aparece ya en la nota de TEJEDOR al artículo 178 del Código de la Provincia de Buenos Aires (nueva edición oficial, 1884, pág. 132). El mismo nombre utiliza el artículo 79 del *Proyecto* de 1891, al decir: "Si *varios hechos*, aunque cada uno de ellos tomado aisladamente fuere punible, son de tal modo conexos que deban ser considerados como una sola acción *continua*, se aplicará la disposición legal que fije la pena mayor". En la Exposición de Motivos se repite por tres veces la palabra *continuo* para referirse al delito continuado (*Proyecto de Código Penal*, 2da. ed., 1898, pág. 107).

Esta identificación o confusión de la terminología decide a NÚÑEZ a afirmar que el delito continuado está reconocido por el artículo 63 del Código Penal con la denominación de "delito continuo" (*Derecho Penal*, T. II, pág. 247), opinión que también sostienen CARNELLI (*La penalidad*) y CORREA (*El delito continuado*, pág. 49). El Código, en el artículo 63, determina que la prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuera *continuo*, en que cesó de cometerse. La disposición está to-

mada a la letra del artículo 100 del *Proyecto* de 1891, cuyo artículo 79, como antes hemos visto, llama *continuo* al delito continuado. Todo parece, pues, indicar que la referencia al delito continuo contenida en el artículo 63 del Código comprende al delito continuado y debe ser tenida en cuenta como índice innegable de que no ha pasado inadvertido para la ley, no obstante no haberlo regulado expresamente. Es por ello perfectamente lógica la tesis de CARNELLI, para quien el criterio legal responde a una determinada técnica, que para algunos autores es la preferible: no regular las modalidades del delito continuado.

10 — LOS ELEMENTOS ESENCIALES. Aclarado que el Código Penal argentino ha previsto el delito continuado sobre la base de la *dependencia de los distintos hechos*, es llegado el momento de determinar cuáles son las circunstancias que revelan y crean esa dependencia característica de la continuidad. De acuerdo con la técnica seguida por el Código, resultaría antojadizo asegurar que la ley fija al delito continuado determinados requisitos.

Del juego de los artículos 54, 55 y 56, sólo resulta evidente que el delito continuado no se corresponde con la previsión del concurso ideal, en virtud de la *pluralidad de hechos* que lo caracterizan, y no constituye un concurso material por tratarse de *hechos no independientes*. Sólo resta, pues, la hipótesis del *delito único* y sobre esa única base hemos de estructurar la continuación.

Con ese criterio, podemos decir que el delito continuado se caracteriza con tres elementos esenciales: a) pluralidad de hechos; b) unidad de culpabilidad; c) identidad de lesión jurídica.

A. PLURALIDAD DE HECHOS. La expresión *pluralidad de hechos* es la que corresponde a la dogmática argentina, tanto porque es la que la ley emplea en los artículos 54, 55 y 56 cuanto porque, como antes se vio, la utiliza en varias disposiciones como sinónimo de *delito*, carácter que debe tener, tomado aisladamente, cada uno de los hechos que en conjunto configuran el delito continuado.

Son dogmáticamente inútiles las disquisiciones teóricas sobre problemas de nomenclatura en este punto. En la interpretación del Código argentino, la disyuntiva es clara: o estamos ante *hechos independientes*, y entonces corresponde aplicar las normas del concurso material (arts. 55 y 56), o nos enfrentamos a *hechos dependientes*, y de-

bemos atenernos a los principios generales que rigen el delito único. De otro modo, no puede elaborarse la doctrina de la culpabilidad sin forzar la interpretación.

B. UNIDAD DE CULPABILIDAD. Si el delito continuado es natural y jurídicamente un delito único, es indispensable que la culpabilidad alcance a todos los hechos que lo constituyen. Solamente así podemos pensar en responsabilizar a alguien por *un hecho* típicamente antijurídico.

1. De acuerdo con el modo como la cuestión está regulada en el Código argentino, sólo hay tres posibilidades de encuadramiento de los hechos delictuosos: como concurso material, como concurso ideal o como delito único. Descartadas las dos primeras hipótesis por las razones que páginas más atrás se dieron, y visto el delito continuado como delito único, *todo lo objetivo debe ser abarcado por la culpabilidad*, de acuerdo con los principios generales; restar esa significación al elemento subjetivo, importa tanto como olvidar aquel punto de partida.

Puede constituirse un solo delito únicamente con los hechos abarcados por el dolo; es decir, con previsión y, al menos, asentimiento en lo que se hace.

2. No debemos guiarnos por la benignidad o severidad de las consecuencias que resultan de ver en el caso un concurso material de delitos o un delito continuado, lo que nos hará ver deformado el panorama; hemos de analizar el delito continuado, lisa y llanamente, a la luz de las exigencias de cualquier otro delito único. Si alguien ejecuta culpablemente un hecho típicamente antijurídico y luego, por una nueva resolución, comete otro que lesiona, aun en forma homogénea, el mismo bien jurídico, no tenemos duda de que ha cometido dos delitos. *La interrupción* de la culpabilidad es, a nuestro juicio, decisiva. Y así como los hechos consecutivos del delito continuado deben ser *discontinuos*, la culpabilidad debe ser *continua*.

Las circunstancias objetivas de lugar, de tiempo, de medio, de aprovechamiento de la misma ocasión o de las mismas relaciones, tienen significado en tanto y en cuanto revelan la unidad de resolución.

C. IDENTIDAD DE LESIÓN JURÍDICA. Es éste el elemento sobre el que muestra mayores variantes de criterio la doctrina, aun entre los comentaristas de los textos legales que regulan expresamente el delito

continuado. De esa diversidad de criterios resultan mayores o menores exigencias con respecto al carácter homogéneo de los hechos, y con ello la posibilidad de ampliar o reducir el número de hechos susceptibles de formar parte de la cadena fáctica que caracteriza el delito continuado.

1. La doctrina más reciente utiliza, para dar el significado de esta exigencia, la expresión *homogeneidad* u *homogeneidad objetiva* de las distintas acciones. Pero esa expresión también comprende criterios más limitados o más amplios, que van desde la exigencia de que los distintos hechos se adecuen al mismo artículo e inciso, hasta quienes admiten una mayor latitud tomando esencialmente en cuenta la identidad del bien jurídico lesionado, la modalidad de la ejecución y el aprovechamiento de la misma ocasión y relaciones.

En verdad que es difícil reunir los resultados a que conducen los distintos criterios al ser llevados a la aplicación práctica. Hay casos, que podríamos llamar *clásicos*, porque en ellos se reúnen la unidad de resolución, la identidad de procedimiento y el aprovechamiento de la misma oportunidad. Así, por ejemplo, el uso de pesas falsas por parte del comerciante; la pluralidad de actos sexuales en el adulterio y algún otro. Pero éstos son tan contados, que si nos limitamos a ellos la continuidad se desvía totalmente de su concepción tradicional.

2. Si los comentaristas de textos legales en los que se prevé expresamente que los mismos hechos caigan en una misma disposición legal, consideran que ello no equivale necesariamente a un mismo título de delito ¿por qué hemos de requerir nosotros esa circunstancia? Si la teoría dominante acepta continuidad para hechos con distinta adecuación, la construcción doctrinaria y jurisprudencial deben aceptarla.

Para el Código italiano, MANZINI aclara expresamente que la expresión “la misma disposición legal” no equivale necesariamente a “mismo título de delito” y tanto menos a “mismo de la ley”. Refiriéndose a los medios afirma que su diversidad no excluye por sí el delito continuado (*Tratado*, Vol. III, nros. 491-492).

WELZEL, interpretando el Código alemán, sostiene un criterio bastante amplio: “Es particularmente el caso, dice, cuando los actos individuales cumplen el mismo tipo de injusto. Pero la misma transgresión jurídica existe también en los casos de *una calificación de distinta índole*; por eso es posible un nexo de continuación entre un hurto leve y un hurto grave. Finalmente, la misma transgresión del Derecho puede radicar también en la lesión de *varios tipos análogos*, que caen bajo el concepto superior delictual común de la misma categoría. Por eso puede existir nexo de continuación entre injuria y difamación; *entre los delitos de apoderamiento: hurto y robo; hurto y defraudación*” (*Derecho Penal*, § 25, II, 4. a)].

3. Nos decidimos por el criterio amplio que admite continuación entre hechos que lesionan un mismo bien jurídico, si concurren las circunstancias de identidad de oportunidad y de relaciones. Es aquí donde damos significación a los elementos objetivos. Admitimos así continuidad entre el delito consumado y el tentado, entre varias tentativas, entre hechos simples y cualificados, siendo ésta la opinión dominante.

Admitimos, también, continuidad entre hechos con distinta adecuación, como hurto y defraudación, siempre que concurren, como antes hemos señalado, las mismas circunstancias y relaciones que inspiraron la unidad de resolución. La diversidad de medios no excluye por sí la continuación (MANZINI, V., *Tratado*, Vol. II, nro. 491; aceptando continuidad entre hurto y robo, ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, pág. 467).

Ejemplos: un empleado de comercio, al notar el descuido con que es llevada la contabilidad y todo lo que se refiere a la parte económica del negocio, resuelve apoderarse de una suma importante de dinero que le permita establecerse por su cuenta, pero haciéndolo en sucesivas sustracciones, de modo que ellas pasen inadvertidas. Cumpliendo su propósito, toma un día parte de un fajo de billetes de banco que está sobre el escritorio del principal, otro día guarda para sí parte del dinero que debe depositar en el banco. Comete así hurtos y defraudaciones.

ANTÓN ONECA pone como ejemplo de continuación de hurto a robo el caso en que se sustrae parte de una colección de objetos que no estaban guardados y luego, para proseguir el apoderamiento, se fractura el mueble donde el dueño encerró más tarde los que quedaban (pág. 467).

D. EL SUJETO PASIVO. Tampoco es uniforme la doctrina en cuanto a la significación que la unidad o pluralidad del sujeto pasivo o del titular del bien jurídico tiene en la constitución del delito continuado.

Una teoría extrema no reconoce significado alguno al sujeto pasivo, en tanto que la otra requiere su unidad en todos los casos.

Hemos visto, al tratar el aspecto doctrinal, que la posición intermedia es la que ha ganado mayor número de adeptos (*supra*, 5-, d. y 7-). Esta corriente considera que no debe requerirse, como regla general, la unidad del sujeto pasivo, admitiendo la excepción para ciertos casos, específicamente en los delitos contra los bienes personales.

En el caso de varios hurtos, el apoderamiento de bienes pertenecientes a diversos titulares no importa, tampoco, la lesión de distintos bienes jurídicos: el bien jurídico lesionado en todos los casos es el derecho de propiedad. De aceptar la hipótesis que requiere siempre la

identidad del titular, tendríamos que llegar a la conclusión de que quien se apodera en un solo acto de bienes pertenecientes a diversas personas comete varios delitos; lo cual, claramente se ve, es confundir el número de delitos con el de titulares de bienes jurídicos. Piénsese, por otra parte, que es clara esa pluralidad de sujetos pasivos en el caso del empleo de pesas falsas, caso típico de continuación. Por lo demás, es posible que el autor ignore que diversos objetos colocados en el mismo lugar pertenecen a distintas personas.

Más arduo es el problema en los casos de delito contra la persona, siendo opinión dominante, como antes se dijo, la que requiere unidad de sujeto pasivo en el ataque a esos bienes personalísimos (VON LISZT, *Tratado*, T. III, § § 54, 2. a) y 55, II, 1.; MEZGER, *Tratado*, § 67, IV, 1 y 2; CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, 7a. ed., 1948, T. I, pág. 566; admite excepciones MANZINI, *Istituzioni*, T. I, pág. 168, § 6; en contra, admitiendo pluralidad de sujetos pasivos en los delitos contra las personas, PILLITU, *Il reato continuato*, pág. 106; admitiendo la pluralidad de sujetos pasivos, siempre que ello haya constituido el objeto de una única ideación, BATTAGLINI, *Diritto Penale*, 1949, pág. 494).

E. VALOR DE OTRAS CIRCUNSTANCIAS. Fuera de los elementos que hemos consignado, ningún otro tiene significación esencial para nosotros.

La exigencia de los autores alistados en la tendencia objetiva de que las acciones se cometan utilizando las mismas relaciones y la misma ocasión, es para nosotros un elemento complementario, a veces de estimable valor para apreciar la concurrencia de los que hemos señalado como elementos de la continuidad. Pero nada más que eso.

En cuanto a la circunstancia *tiempo*, señalada por los prácticos, podrá tener alguna vez el significado de mostrar la ausencia de una decisión singular, pero tampoco quita ni pone nada, por sí misma, a la estructura del delito continuado.

11 — LA JURISPRUDENCIA. El delito continuado ha encontrado resistencia a ser reconocido por las decisiones de buena parte de los tribunales argentinos, en particular por las de la Cámara del Crimen de la Capital; sin embargo, a paso lento, ha ido progresando la idea afirmativa, y hoy puede decirse que la jurisprudencia ofrece un panorama favorable a su aceptación. Puede decirse, también, que la tesis predominan-

te es la subjetivo-objetiva, prevaleciendo la exigencia de la unidad de resolución y aun de un dolo único.

Han aceptado el delito continuado, entre otros: la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (*L.L.*, t. 34, pág. 768); la Suprema Corte de Catamarca (*Diario de Jur. Arg.*, nro. 3657, con nota de OJEDA GÓMEZ), el Supremo Tribunal de Entre Ríos (*Rep. L.L.*, t. 6, pág. 430); la Cámara Federal de La Plata (*J.A.*, t. 54, pág. 368); la Cámara Federal de Bahía Blanca (*J.A.*, t. 36, pág. 1315); la Sala 1ra. de la Cámara Criminal de la Capital en el caso del encargado de una casa de comercio que en distintas ocasiones se apropió ilegítimamente de diversas sumas de dinero, haciendo asientos injustificados en los libros (causa nro. 8702, "Fernández, J.", resuelta el 22-XII-1959, con disidencia de Fernández Alonso, quien se expidió por la reiteración de delitos).

Requiriendo expresamente la *unidad de resolución*, o el *dolo total*, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (causa "Andicochea, Leonardo y otros", resuelta el 26-XI-1959, *A y S*, 957, VI, 109; *E.D.*, t. 2, 1962, pág. 533; causa "Tau, José", resuelta el 11-V-1965, *E.D.*, 12-VIII-1965); la Cámara Criminal de la Capital (*L.L.*, 8-IV-1961, 2-VI-1964 y 28-IV-1965; *Doct. Jud.*, 2-III-1963 y 22-VI-1963; *E.D.*, t. 8, 1964, pág. 126); la Cámara Federal de Capital, Sala Penal (*Doct. Jud.*, 21-V-1963).

Más recientemente se dio un importante paso en el fallo plenario dictado por la Cámara del Crimen de la Capital en la causa "Guersi, N. M.", del 31-VII-1981, en la que se estableció que la sola pluralidad de víctimas no configura un supuesto de reiteración en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

IV. El concurso real y la unificación de penas

1 — CONCEPTO Y CONTENIDO. *Existe concurso real cuando varios hechos independientes —varios delitos— son cometidos por una misma persona, sin que medien entre ellos sentencias definitivas, ni haya transcurrido el término para la prescripción de la acción penal (conformes en lo esencial, VOUIIN, R., Manuel de Droit Criminel, Paris, 1949, nro. 298; GÓMEZ, E., Tratado, T. I, nro. 241; Cám. Crim. Capital, L.L., 17-VII-1965).*

1. Con el concepto que damos, *quedan diferenciados del concurso material*:

a. *El concurso ideal*, constituido por *un solo hecho* con pluralidad de encuadramientos.

b. *El delito continuado*, uno de cuyos elementos es también la pluralidad de hechos, pero que *no son independientes entre sí* y por ello configuran, en conjunto, *un solo delito*.

c. *La reincidencia*. En el concurso material varios hechos son *juzgados conjuntamente*; en la reincidencia se condena por un hecho a quien ya ha sido condenado *por sentencia firme* a cumplir pena privativa de libertad por otro delito y la ha cumplido, aunque sea en parte (art. 50, Cód. Pen.).

d. *El delito habitual*, constituido por varios hechos requeridos por la figura delictiva; no solamente son *hechos dependientes* sino que, además, *la pluralidad es un elemento del tipo*.

e. *Los tipos con pluralidad de hechos*. La ley *resuelve específicamente*, en ciertas figuras, verdaderos casos de concurso real; en ellas *se aparta de los principios comunes* prescriptos en la parte general para resolver cuál es la pena aplicable específicamente en la concurrencia de esos hechos punibles. Así, por ejemplo, el concurso de robo y homicidio previsto en el artículo 165 del Código Penal.

2. *No integran el concepto de concurso material:*

a. *Las contravenciones*; debe tratarse de delitos (cfr. Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. V, pág. 444). Constituye concurso real la pluralidad o reiteración de delitos penados con multa (no aptos para dar lugar a reincidencia).

b. *Los hechos juzgados definitivamente*. En el concurso material se decide la pena aplicable a varios hechos no juzgados; un hecho anterior en el que recayó sentencia definitiva a pena privativa de la libertad, da lugar a *reincidencia*.

Si el hecho es concomitante o posterior pero juzgado anteriormente, da lugar a concurso real y no a reincidencia.

c. *Los delitos cuya acción ha prescrito*. Operada la prescripción; no interrumpida, para cada delito por separado, por alguna de las causas indicadas en la ley, el delito queda definitivamente impune y ni la concurrencia de otros hechos punibles, ni ningún otro hecho posterior, puede revivir su perseguibilidad (cfr. Cám. Crim. Capital, *L.L.*, 17-VII-1965).

2 — SIGNIFICADO DE LA REGULACIÓN DEL CONCURSO REAL EN LA PARTE GENERAL. El Código Penal argentino regula el concurso material en los artículos 55 y 56. Tales disposiciones indican el modo de

proceder cuando concurren varios hechos independientes, resolviendo distintos problemas que no se solucionan ateniéndose únicamente a los principios de la pena.

La ley adopta uno de los sistemas que hemos visto se conocen para decidir cuál es la pena aplicable: el de la *acumulación jurídica* (*supra*, I., 3-, c.). Pero dentro del sistema elegido, fija modalidades que no se puede decir sean la consecuencia ineludible de la acumulación jurídica, a saber:

a. El modo de fijar el mínimo y el máximo de la pena; b. cómo deben transformarse las penas de los hechos concurrentes, en caso de ser de distinta naturaleza; c. la no reducción de las penas de inhabilitación y de multa a la especie de las más graves cuando concurren con ellas (art. 56, párr. 3ro.); d. solución para el caso de concurrir uno o más delitos que tienen fijada pena no divisible.

Ya se dijo, páginas más atrás, que solamente si no se dieran esas soluciones podría decirse que el concurso real es un tema que debe ser tratado únicamente con la pena (*supra*, I, 1-).

3 — SOLUCIONES LEGALES SEGÚN LA ESPECIE DE PENA FIJADA A LOS HECHOS CONCURRENTES. El Código resuelve cuatro situaciones, en relación con la naturaleza de las penas que corresponden a los hechos en concurso: a) penas divisibles de la misma especie; b) penas divisibles de distinta naturaleza; c) una pena no divisible; d) régimen independiente para la inhabilitación y la multa.

A. Concurrencia de hechos que tienen fijadas penas divisibles de la misma especie.

El artículo 55 del Código Penal dispone: “*Cuando concurrieren varios hechos independientes reprimidos con una misma especie de pena, la pena aplicable al reo en tal caso tendrá como mínimo, el mínimo mayor y como máximo, la suma resultante de la acumulación de las penas correspondientes a los diversos hechos. Sin embargo, esta suma no podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate.*”

a. En esta disposición la ley 23.077, manteniendo la reforma de la ley 21.338, eliminó las dudas interpretativas que suscitaba la redacción anterior del artículo en cuanto al tope menor de la pena a imponer, al es-

tablecer que éste es el “mínimo mayor” en lugar del “mínimo de la pena mayor”, como decía la ley modificada.

De esta manera tuvo acogida legal la interpretación dominante, según la cual con la expresión “*el mínimo de la pena mayor*” se había querido decir “*el mínimo mayor*” (cfr. SOLER, *Derecho Penal*, T. II, párr. 62, V; NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. II, pág. 511, citando ambos a RAMOS, J. P., en “Errores y defectos técnicos del Código Penal”, *Revista de Psiquiatría y Criminología*, año I, nro. 24, pág. 248 y *Curso*, 1938, pág. 485, nro. 645). Es que no podía entenderse de otro modo. En efecto; supongamos el caso de un sujeto acusado de rapto propio (art. 130) y de defraudación (art. 172). El rapto tiene pena de uno a cuatro años de prisión y la defraudación de un mes a seis años. La pena mayor es la fijada para la defraudación (seis años), pero el mínimo mayor es el del rapto (un año). Si hubiéramos aceptado la interpretación literal del derogado artículo 55, resultaba que al culpable de rapto no se le podría aplicar pena menor de un año; pero si el mismo individuo comete, además, una defraudación, entonces pueden aplicársele seis años de prisión. Los comentarios sobran.

b. La ley limita la suma de las penas diciendo que ella no podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate. Como quiera que ese máximo no está determinado en forma expresa en ninguna disposición del Código, habrá que recurrir, para establecerlo, a la revisión de las figuras de la parte especial. De ello resulta que el máximo de las penas divisibles de prisión y reclusión es de veinticinco años, pena fijada para el homicidio simple en el artículo 79. El máximo legal de la inhabilitación temporal absoluta no especial es de cincuenta años (art. 207 en función del art. 200, *in fine*, Cód. Pen.).

c. La pena de multa no tiene límite, según lo ha establecido la Cámara Criminal de la Capital, interpretando los artículos 260 y 262 del Código Penal, en los que para determinar el monto de la multa se fija una escala del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad sustraída (art. 260) y del veinte al sesenta por ciento (art. 262), respectivamente (*Fallos*, t. I, pág. 29; cfr.: MALAGARRIGA, *Código Penal argentino*, T. I, pág. 386; ODERIGO, *Código Penal*, nota 222).

B. *Concurrencia de hechos que tienen fijadas penas divisibles de reclusión o prisión*. El primer párrafo del artículo 56 dispone: *Cuando*

concurrieren varios hechos independientes reprimidos con penas divisibles de reclusión o prisión, se aplicará la pena más grave, teniendo en cuenta los delitos de pena menor.

Parte de la doctrina vio en esta disposición un cambio de sistema, al afirmar que en el supuesto la pena mayor absorbe a la menor, lo que significaría adoptar para el caso el régimen de la absorción (MALAGARRIGA, T. I, pág. 386; ODERIGO, nota 227; GÓMEZ, E., T. I, nro. 242, c]). No compartimos ese punto de vista. Debe tomarse como base la pena más grave, conforme al orden del artículo 5º; esto es la de reclusión —la misma ley lo dice en el artículo 57—, *acumulándose, reducidas a esa especie*, las penas que corresponden a los demás delitos.

No se puede pensar que, por el hecho de que los varios delitos cometidos tengan fijada pena de distinta naturaleza, resulte beneficiado el delincuente aplicándosele una sanción igual a la que correspondería si hubiese cometido un solo delito.

Además, la ley no habla de la pena mayor, sino de la más grave. Aceptada la reducción de una especie de pena a otra, no hay por qué negar la acumulación. Las palabras de la Exposición de Motivos de 1891, al excluir del régimen a la inhabilitación, resultan a este respecto sumamente útiles: “Por eso, cuando concorra (la inhabilitación) con *otras penas de diversa naturaleza*, no habrá para qué *reducirla a la especie de las más graves* y deberá aplicarla en calidad de accesoria de la que resulte *de la acumulación*”.

Confirma este modo de interpretar el artículo 56 la solución dada al caso en que concurren prisión perpetua y reclusión temporal, que la ley resuelve aplicando reclusión perpetua (art. 56, 2do. párr.). Si el sistema adoptado fuese el de la absorción, sólo podría aplicarse prisión perpetua, que es la pena mayor, según el sistema del artículo 54.

La ley mantiene, pues, para el caso de concurso de delitos que tienen fijada pena privativa de libertad de diversa naturaleza, el sistema de la acumulación jurídica. El máximo de la pena aplicable tampoco puede exceder en este caso del máximo de la pena más grave.

C. *Concurrencia de uno o más delitos amenazados con penas no divisibles.* En el segundo párrafo del artículo 56, la ley dispone que: *Si alguna de las penas no fuere divisible, se aplicará ésta únicamente, salvo el caso en que concurrieren la de prisión perpetua y la de reclusión temporal, en que se aplicará reclusión perpetua.*

Penas no divisibles que se acumulan con otras de diferente naturaleza son, en nuestro Derecho, la prisión y la reclusión perpetua. La solución adoptada por la ley parece la única posible, ya que nada se puede acumular a lo perpetuo en materia de tiempo. Las medidas de seguridad, que pueden aplicarse conjuntamente, son accesorias de la condena (art. 52) y tienen otro carácter y fundamento que la pena.

Cuando concurre prisión perpetua con reclusión temporal, corresponde aplicar reclusión perpetua. Este caso confirma la tesis de que el artículo 56 adopta el sistema de la acumulación, pero si el elegido fuera el de la absorción, sólo podría aplicarse la pena mayor, conforme con el artículo 55 —en el caso la prisión perpetua— pero no *la cantidad de una y la calidad de otra*.

D. *Régimen especial para la inhabilitación y la multa cuando concurren con penas de reclusión o prisión*. En el tercero y último párrafo del artículo 56, la ley dispone que: *La inhabilitación y la multa se aplicarán siempre sin sujeción a lo dispuesto en el párrafo primero*. Dicho párrafo dispone la acumulación y reducción a la especie de la pena más grave (la reclusión) cuando concurren hechos que tienen fijadas penas divisibles de reclusión o prisión.

Se sigue, pues, un régimen especial para la multa y para la inhabilitación *para el caso en que concurren con penas de reclusión o prisión*: se aplican conjuntamente, *sin reducirlas a la pena más grave*.

Con relación a la inhabilitación, la Exposición de Motivos de 1891 aclaraba: “*La inhabilitación podrá imponerse como pena principal o como pena accesoria y, de una y otra manera, su aplicación no ofrecerá dificultad de ningún género. Por eso, cuando concurre con otras penas de diversa naturaleza, no habrá para qué reducirla a la especie de las más graves y deberá aplicarse en calidad de accesoria de la que resulte de la acumulación*”. Es lo que estatuye el inciso final del artículo. Al ordenar que la inhabilitación se imponga sin la reducción aludida, el inciso no prohíbe en manera alguna que, si el criminal ha incurrido en varias inhabilitaciones especiales o temporales, éstas se adicionen (pág. 110).

4 — LA JURISPRUDENCIA. La Cámara del Crimen de la Capital ha reconocido, desde hace tiempo atrás, que el sistema que rige el artículo 55 del Código Penal es el de la acumulación jurídica, empleando en los primeros fallos la expresión “acumulación relativa”, de acuerdo con la nomenclatura utilizada por GONZÁLEZ ROURA (*Fallos*, t. I, pág. 29). En el mismo fallo declaró el tribunal que no encontrándose establecido

en la Parte General el máximo de las penas, es preciso buscarlo en la Parte Especial, de lo que resulta que para la reclusión y la prisión el máximo es de veinticinco años, en tanto que la pena de multa no tiene un máximo fijo, según se deduce de los artículos 260 y 262 del Código Penal. El mismo tribunal declaró que en los casos de concurrencia de delitos amenazados en penas divisibles de distinta naturaleza, procede la acumulación material, aun de la prisión y la multa (*L.L.*, t. 15, pág. 1144; *Fallos*, t. IV, pág. 15).

5 — LA UNIFICACIÓN DE PENAS. El Código da las reglas para unificar la pena en el artículo 58, a continuación y dentro del título dedicado al concurso de delitos. Pero las reglas para la unificación de la pena son también aplicables a los casos de reincidencia. Tal alcance resulta claramente del propio texto del artículo 58. Para una exacta comprensión y valoración de esa norma, es necesario distinguir dos problemas de distinta naturaleza, que se hallan incluidos en ella: en primer lugar, estrictamente, el *procedimiento para la unificación de penas* y, en segundo lugar, el *aspecto jurisdiccional*.

1. *Procedimiento*. Dispone la primera parte del artículo 58: *Las reglas precedentes se aplicarán también en el caso en que después de una condena pronunciada por sentencia firme se deba juzgar a la misma persona que esté cumpliendo pena por otro hecho distinto; o cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación de dichas reglas*. La ley ha querido asegurar, aun a expensas de la propia cosa juzgada, las reglas sobre concurso de delitos establecidos en los artículos 55 y 56 (cfr.: ODERIGO, *Código Penal*, nro. 230). La unificación de penas debe hacerse de oficio (cfr.: Cám. Crim. Capital, *L.L.*, 28-XII-1965), y se realiza computando la totalidad de la pena anterior con la pena impuesta en la sentencia unificadora (Cám. Crim. Capital, en pleno, causa “Hidalgo, Juan”, *E.D.*, t. 137, pág. 545), para lo cual el proceso mental del juez debe ser el mismo que se realiza cuando varios hechos están subordinados a la relación concursal del artículo 55 del Código Penal (Cám. Nac. Casación Penal, Sala II, causa “Natalino, Rubén A.”, 28-XII-1995).

a. El primer supuesto que contempla el artículo que comentamos no ofrece dificultades en su interpretación. Si el condenado está cumpliendo pena en forma efectiva, o bien en forma condicional (ya sea por

aplicación del art. 13 o del art. 26, Cód. Pen.), y se lo procesa por otro hecho posterior, deben aplicarse las normas de acumulación contenidas en los artículos 55 y 56 del Código Penal (cfr., respecto al caso de libertad condicional, Cám. Crim. Capital, *E.D.*, t. 10, 1965, pág. 385; *L.L.*, 4-XII-1965; sobre casos de condena condicional véase *infra*, 3).

b. El segundo supuesto que el Código contempla es el de dos o más sentencias firmes dictadas con violación de las reglas del concurso material. Además de las situaciones que resultan del ordenamiento de las competencias, el caso puede darse y se da con relativa frecuencia, pese a la función del Registro Nacional de Reincidencia, cuando dos o más causas seguidas contra la misma persona son resueltas por jueces de distinta jurisdicción, que no tienen conocimiento cada uno de ellos de la existencia del otro u otros procesos. El caso se da, también, aunque no pueda decirse exactamente que se han "violado" las reglas del concurso, cuando un proceso debe ser paralizado a la espera de que se resuelva otro en definitiva, para poder decidir. Así, por ejemplo, cuando se alega la prescripción de la acción penal y el hecho supuestamente interruptivo no ha sido definitivamente resuelto.

Como quiera que deben aplicarse las reglas del concurso de delitos, no es preciso sumar las penas matemáticamente; sólo son rígidos los límites máximo y mínimo, dentro de los cuales puede moverse el juez que dicta la pena única, sin necesidad de especificar cuál es la pena que corresponde por cada delito, con la sola limitación de no poder fijar a la pena única un tiempo de duración menor que el de la condena que ya está firme (cfr. Cám. Fed. La Plata, *J.A.*, t. 50, pág. 39; Cám. Fed. Bahía Blanca, *L.L.*, t. 10, pág. 527; Cám. Crim. Capital en pleno, *L.L.*, 18-XI-1965; Cám. Fed. Capital, *L.L.*, 17-XII-1965. Sosteniendo que se debe precisar cuál es la pena que se aplica por el delito que se juzga en la sentencia que unifica la pena, se había pronunciado la Sala 4ª de la Cám. Crim. Capital, con disidencia del juez Ernesto J. URE, para quien ninguna disposición legal obsta a la aplicación directa de la pena compuesta, *Doc. Jud.*, 22-IX-1965). Debe tomarse como punto de partida para contar el tiempo de la pena la fecha en que queda firme la última sentencia dictada. A esa fecha, el término de la pena fijada no podrá exceder del *maximum* lega de la especie de pena de que se trata.

2. *Aspecto jurisdiccional.* El artículo 58 también resuelve los problemas que se plantean desde el punto de vista jurisdiccional; es decir, tiende a evitar que por la dualidad de jurisdicciones se proporcione la pena, no a la naturaleza de los delitos o calidad del hecho cometido, sino a circunstancias adventicias como el número de los juzgadores en razón de las diversas jurisdicciones intervinientes.

Dice el artículo 58: *Corresponderá al juez que haya aplicado la pena mayor dictar, a pedido de parte, su única sentencia, sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en las otras. Cuando por cualquier causa la justicia federal, en autos en que ella haya intervenido, no pueda aplicar esta regla, lo hará la justicia ordinaria nacional o provincial que conoció de la infracción penal, según sea el caso.*

De la disposición transcrita podemos extraer los siguientes principios y conclusiones:

a. La unificación de penas corresponde hacerla al juez que haya aplicado la pena mayor;

b. La sentencia única se dicta *a pedido de parte*, dice la ley. Sin embargo, ha establecido la jurisprudencia que no se requiere el pedido de parte cuando del proceso resulta la existencia de una condena anterior ya firme, en cuyo caso la sentencia única debe dictarse de oficio (Cám. Crim. Capital, J.A., t. 13, pág. 882; Sala 4ª, *Doct. Jud.*, 10-IX-1965). La Cámara Criminal de Capital, en pleno, entendió que en todo caso deben considerarse *partes*, para pedir la sentencia única, al condenado y al Ministerio Fiscal (*Fallos*, t. VII, pág. 463).

c. Debe respetarse las declaraciones de hechos contenidos en las respectivas sentencias. El juez que dicta la sentencia que unifica la pena no puede, pues, analizar ni modificar las consideraciones de hecho en que se funda la sentencia anterior, tales como la autoría, la culpabilidad, etcétera.

d. Si bien la justicia federal está autorizada por el artículo 58 para dictar la sentencia única, en razón precisamente de sus facultades de excepción, sólo puede hacerlo en los siguientes supuestos:

1º En los casos de la primera parte del artículo 58, cuando conoce y juzga un delito de su competencia;

2º Unificando penas impuestas por dos sentencias federales cuando se hayan omitido las reglas del concurso.

e. La justicia federal se halla imposibilitada para dictar la sentencia única, en aquellos casos en que la pena impuesta en esta jurisdicción no es la más grave. En tal caso, interviene la justicia ordinaria nacional o provincial que conoció de la infracción (art. 58, *in fine*; cfr. C.S.J.N., *E.D.*, 25-XI-1965).

3. *Unificación de la pena del condenado condicionalmente.* La situación que se resuelve es la siguiente: si el condenado condicionalmente comete en distinta jurisdicción un nuevo delito dentro del término de prescripción de la pena dejada en suspenso, corresponde al juez del segundo delito dictar la pena única, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 27, primer párrafo, *in fine*, y 58 del Código Penal.

La Cámara Criminal de Capital declaró que las reglas del concurso de delitos para pronunciar sentencia única, en caso de quebrantamiento de la condena condicional por la comisión de un nuevo delito, rigen siempre que no se opongan al principio constitucional que asegura y garantiza el respeto a las jurisdicciones locales. Por tal razón, en estos casos, debe solicitarse previamente la revocatoria de la condena condicional al juez que intervino en el proceso anterior, a cuyo efecto debe hacerse saber el resultado del nuevo proceso (*L.L.*, t. 44, pág. 739; *Fallos*, t. IV, pág. 14; t. V, pág. 99).

PARTE TERCERA

**EL AUTOR.
EL DELINCUENTE**

1 — CONTENIDO. La evolución de la idea que encierra el concepto de autor ha situado el tema en un punto muy distante de aquél en que lo colocó el positivismo penal. JIMÉNEZ DE ASÚA creyó necesario, en un tiempo, justificar el estudio del autor en una labor dogmática, diciendo que “es lícito hacer dogmática sobre el sujeto del delito, con cierta independencia del hecho que cometió y que asume la calidad de ente jurídico” (*La ley y el delito*, 1ª ed., Caracas, 1945, pág. 25). Nosotros hemos compartido siempre ese punto de vista e invocado la frase de JIMÉNEZ DE ASÚA que terminamos de citar (*Derecho Penal*, 5ª ed., 1964, pág. 175).

1. Hoy decimos, lisa y llanamente, que el estudio del autor en todos los aspectos que la ley toma en cuenta, es una parte de la labor dogmática como cualquiera otra; no tratarlo, es lo que habría que justificar. En una labor estrictamente dogmática, que se proponga reducir a sistema las disposiciones del Código Penal argentino, no encontramos la explicación satisfactoria para excluir de la faena, por ejemplo, el estudio de la peligrosidad, que está indicada por la ley como criterio para determinar la medida de las penas (arts. 40 y 41), como fundamento para la aplicación y el cese de medidas de seguridad (arts. 34, inc. 1º y 53), y aun, en algún caso, como el fundamento mismo para decidir la aplicación de una pena (art. 44, último párr.).

2. Por autor puede entenderse:

a. En un sentido jurídico estricto, sólo es autor quien ejecuta la acción típica y reúne todas las condiciones requeridas en la figura.

b. Tomada la expresión en un sentido jurídico más lato, es autor todo el que merece una pena por aplicación de la ley penal. Así entendido el concepto, también son autores el instigador y los cómplices (MAURACH, *Tratado*, T. II, § 47, II, A.).

c. Desde otro punto de vista, autor es el individuo objeto de análisis como consecuencia de haber cumplido una acción de las previstas por la ley como delito, con el fin de seleccionar un medio, de entre los que cuenta el Derecho Penal para luchar contra el delito, que resulte apropiado a su personalidad.

3. La expresión delincuente, dice ANTOLISEI, no significa condenado; no indica la calidad de culpable reconocida o presunta sino, solamente, la relación que se traba entre el delito y su autor; por delincuente se entiende el autor de un hecho previsto por la ley como delito (*Manuale*, nro. 181).

Así, pues, el capítulo del autor comprende el estudio de las condiciones que el individuo debe reunir para que le pueda ser aplicada la consecuencia más característica del delito, que es la pena; pero también se ocupa de fundamentar la aplicación de *otras medidas*, distintas de la pena, que son consecuencia de la comisión de un hecho típicamente antijurídico culpable o no culpable. Además, el análisis de las condiciones personales del autor tiene para la ley argentina la función de dar *la medida de la pena* y el punto de partida para elegir *la medida de seguridad apropiada*, aun cuando no proceda la aplicación de una pena, dentro de la idea más amplia de la adecuación de las sanciones.

4. Comprendemos dentro de la teoría del autor el estudio del sujeto activo del delito en cuanto persona capaz de acción y de responsabilidad penal; es decir, como posible sujeto de derecho, así como las condiciones y calidades personales que, no perteneciendo específicamente a un tipo penal o a una excusa absolutoria, están previstas en la ley con el efecto de excluir, aumentar o disminuir la pena o dar motivo a otras medidas del Derecho Penal. Tratamos así la imputabilidad, la minoridad, la peligrosidad y los reincidentes y habituales. El plan coincide, en lo sustancial, con el que desenvuelve ANTOLISEI (*Manuale*, Parte III, "Il reo").

2 — LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS COLECTIVAS

1. Una ojeada histórica nos muestra abundantes ejemplos de responsabilidad colectiva: la venganza de la sangre suponía la aplicación de la pena por el hecho de pertenecer a un grupo; la extensión de la pena a los familiares del autor en los delitos más graves, por el hecho de ser miembros de la familia; la aplicación de las penas pecuniarias a todos los que formaban parte de la ciudad a que pertenecía el delincuente, que encontramos en el *Fuero de León*, que es limitada por el *Fuero de Castilla* y suprimida en el *Fuero de Navarra* (CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, T. I, pág. 103; ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, pág. 152).

2. Creemos que *las personas jurídicas no pueden delinquir*. No obstante los argumentos que han sido expuestos en favor de la tesis contraria, particularmente en lo que se refiere a los delitos económicos que tienen por consecuencia una pena pecuniaria, a nuestro ver se mantiene inmutable el principio *societas delinquere non potest*, sin perjuicio de que las corporaciones puedan incurrir en otras responsabilidades, y sin que esa imposibilidad de delinquir alcance a sus componentes, en cuanto sujetos de derecho.

La nota al artículo 43 del Código Civil, reemplazado por la ley 17.711, dice: "El derecho criminal considera al hombre natural, es decir, a un ser libre e inteligente. La persona jurídica está privada de ese carácter, no siendo sino un ser abstracto, al cual no puede alcanzar el derecho criminal. La realidad de su existencia se funda sobre las determinaciones de un cierto número de representantes que, en virtud de una ficción, son considerados como sus determinaciones propias. Semejante representación, que excluye la voluntad propiamente dicha, puede tener sus efectos en el derecho civil, pero jamás en el criminal".

3. No puede negarse la realidad de la aplicación en el orden administrativo, fiscal y económico, de medidas que tienen para las sociedades un significado análogo, en algunos aspectos, al de una pena del derecho criminal: específicamente en el Código Aduanero y en las que reglamentan la percepción de impuestos (C.S.J.N., *Fallos*, t. 126, pág. 163 y t. 184, pág. 417; *L.L.*, t. 40, pág. 449). Pero partir de ese punto para sostener la responsabilidad penal de las llamadas personas morales no es sustentar la tesis en fundamentos jurídicos. Carece de sentido imaginar la existencia de una responsabilidad penal que sólo acarrea como consecuencia del delito determinadas penas, tales como la multa, y deja liberado al autor de todas las demás. Esa singular responsabili-

dad con *efectos selectivos en cuanto a las consecuencias del delito* no resulta de la concepción de la moderna teoría del delito, como lo pretenden algunos, sino de lo que es la esencia misma de la responsabilidad y de la fundamentación de las penas en Derecho Penal. Si a esto se agrega que responsabilizando penalmente a las personas colectivas no se libera de responsabilidad a las personas individuales, resulta que se pena a dos personas por el delito que sólo una de ellas ha cometido.

Es suficiente señalar que la multa y la disolución de las personas colectivas, equiparada esta última a la pena de muerte por los partidarios de su responsabilidad, se aplican también por hechos que no son delitos, para comprender lo artificioso que resulta sostener la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El retiro de la personería jurídica de una sociedad puede hacerlo en la Argentina el poder administrador por razón de incumplimiento de algunas de las disposiciones esenciales del régimen legal o de las contenidas en el estatuto societario. Y bien, si la multa y la disolución de una sociedad pueden resultar de hechos que no son delitos y sin la intervención del juez penal, también pueden ser aplicadas por hechos delictuosos, sin necesidad de hablar de una responsabilidad específicamente penal que no es humana. Aun, entonces, desde el punto de vista práctico, son menos las soluciones que las dificultades que ofrece la tesis que propugna la responsabilidad de las personas jurídicas.

La tesis negativa aparece más justificada aún si se la fundamenta en la capacidad de acción de las personas de existencia ideal, como más abajo lo hacemos (*infra*, 4).

Niegan en la Argentina responsabilidad penal a las personas jurídicas Eusebio GÓMEZ, *Tratado*, T. I, págs. 384-386; Sebastián SOLER, *Derecho Penal*, T. II, pág. 293, nota 3; Francisco P. LAPLAZA, *El delito de genocidio o genticidio*, 1953, pág. 84; R. C. NÚÑEZ, aunque se muestra reacio a admitir esa responsabilidad, admite que la idea ha pasado ya a la práctica, no solamente en el Derecho Penal fiscal y económico, sino que ha sido adoptada en el mismo Derecho Penal común (*op. cit.*, T. II, págs. 241-217).

Se pronuncian por la afirmativa Enrique AFTALIÓN (*L.L.*, t. 37, págs. 281 y sigs.) y Mario I. CHICHIZOLA ("La responsabilidad penal de las personas de existencia ideal", *L.L.*, t. 109, pág. 696).

Es importante señalar que el artículo 14 de la ley 24.769 que establece el régimen penal tributario determina que cuando alguno de los hechos previstos en la ley "*hubiere sido ejecutado en nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal, una mera asociación de hecho o un ente que a pesar de no tener calidad de sujeto de derecho las normas le atribuyan condición de obligado, la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible inclusive cuando el acto que hubiera servido de fundamento a la representación sea ineficaz*".

4. Decididos por negar a las asociaciones la capacidad de delinquir, aún nos resta aclarar si tales entes son incapaces de culpabilidad o incapaces de acción. Al ocuparnos de *la acción*, dijimos que al afirmar que es *actuar humano*, limitamos la materialidad del delito a *las manifestaciones de la personalidad de un ser humano; a una manifestación de voluntad. Sujeto de la acción es solamente una persona física*. Nos decidimos, pues, por desconocer a las sociedades capacidad de acción jurídico-penal. Si tomamos la teoría de la acción en su totalidad, es decir, tanto en su aspecto positivo como negativo, vemos que las actividades de la especie de personas que nos ocupa no pueden constituir una manifestación de voluntad, ni mucho menos la exteriorización de una personalidad; en el aspecto negativo, la imposibilidad resulta aún más evidente, puesto que no es imaginable la existencia de la mayoría de las causas que excluyen la acción. Piénsese en el despropósito que importaría hablar de medios hipnóticos, de narcóticos, de movimientos reflejos, de algunos estados de inconsciencia, etcétera, al referirse a una persona de existencia ideal (conf., en lo esencial, MAURACH, *Tratado*, T. I, § 15, II A.).

3 — LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS MULTITUDES Y DE LOS INDIVIDUOS QUE ACTÚAN EN ELLAS. La moderna sociología y, particularmente, el enfoque del fenómeno social como cosa distinta de la manifestación psíquica individual de los sujetos que en él intervienen, señalada por DURKHEIM, ha puesto a la luz el interesantísimo problema que plantea el delito cometido por las multitudes (DURKHEIM, *Las reglas del método sociológico*, Madrid, 1962, pág. 54; TARDE, G., *Les crimes des foules*, Lyon, 1893).

Independientemente de las tendencias de los individuos que se agrupan en una multitud, se forma una conciencia u organismo colectivo, que tiene sus manifestaciones propias y diferentes de las de los sujetos agrupados. La circunstancia de agruparse individuos honrados no impide, sin embargo, que el grupo pueda llegar a cometer graves delitos. Es a este fenómeno que se ha dado en llamar *delito de las multitudes*.

La cuestión más aguda del problema consiste en fijar la responsabilidad penal en los delitos así cometidos.

Para resolver este problema es necesario conocer antes su mecanismo. La acción de la multitud suele responder a dos estímulos distin-

tos. Unas veces, la multitud es impulsada al hecho delictuoso por una reacción que nace en su seno y que no es posible decidir quién la inició: se diría que es la multitud misma la que reacciona. En otros casos, el grupo actúa por la palabra o la acción de un conductor (*meneur*).

En uno y otro caso la solución es distinta; mientras en el primero la doctrina se inclina más bien hacia la irresponsabilidad, en el segundo los autores tienden a agruparse alrededor de la idea de hacer culpable al cabecilla o conductor.

Lo dicho sólo vale como consideración puramente doctrinal. El Código Penal argentino no contiene norma alguna en la Parte General por la que se encare con criterio especial la responsabilidad de quienes delinquen formando parte de una multitud. Únicamente puede verse una manifestación del criterio antes expuesto, aunque la disposición responda también a otras razones, en los artículos 232 y 233, referidos a los delitos de rebelión y sedición, por los que sólo se pena a los promotores o directores.

4 — LAS ASOCIACIONES PARA DELINQUIR. Es necesario distinguir las formas de delincuencia de las que nos hemos ocupado, de otras manifestaciones de delito colectivo: las asociaciones para delinquir, entre las cuales suelen ser incluidas la *camorra* y la *maffia*. El problema de la responsabilidad penal en estas agrupaciones es totalmente distinto. La forma primaria, la más simple, de estas asociaciones criminales, la constituye la *pareja delincuente*, en la que uno es el cerebro (íncubo) y el otro solamente actor (súcubo). Más amplia es la asociación de malhechores, en la cual obra uno comoíncubo (*meneur*) sobre varios súcubos (*menés*).

La complejidad de los problemas económicos propios de la época en que nos toca vivir, ha dado motivo para formas sutiles y más graves de delincuencia que se valen de asociaciones, a veces con apariencia lícita, cuya peligrosidad social aparece con toda evidencia, tanto por la naturaleza de los recursos de que se dispone, cuanto por el número de damnificados que generalmente resulta de sus actos delictuosos. Ejemplos de este tipo de agrupaciones para delinquir los constituyen la trata de blancas, el tráfico de estupefacientes, las bandas dedicadas al robo de automotores y el contrabando en gran escala; organizadas todas ellas, por lo común, en verdaderas redes con ramificaciones internacio-

nales, y que disponen de los medios más modernos para el logro de sus fines.

Es ése un grave problema social, que la ley penal debe contribuir a resolver, y sería insensato pensar en tales casos en un fundamento de excepción o disminución de la responsabilidad, análogo o semejante al que se señaló para los individuos que actúan en una multitud, e igualmente insensato mezclarlo con el problema de la responsabilidad de las personas colectivas.

LA IMPUTABILIDAD

1 — EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL. Decimos que un individuo es *penalmente responsable* cuando pueden ser puestos a su cargo el delito y sus consecuencias.

Mientras la posición clásica distingue entre sujetos imputables e inimputables, el positivismo, al considerar *socialmente responsable* a todo autor de delito, capaz o incapaz de tener la noción de la naturaleza del acto que realiza y de sus consecuencias, eliminó formalmente del terreno penal el problema de la imputabilidad.

El positivismo, para allanar la diferencia entre sujetos imputables e inimputables, partió de la base de que el delincuente era un anormal, hecho que, siendo desconocido por los clásicos —afirmó— les dio el erróneo punto de partida para la aceptación del libre albedrío. Ha corrido mucha tinta en defensa de esa tesis, pero puede decirse que hoy es muy escaso el número de quienes la defienden. No demostrada la identificación del delincuente con el anormal, la aplicación genérica de sanciones a todos los que ejecutan una acción prevista por la ley como delito, carece de fundamento científico.

Así, pues, hoy por hoy, fundamentar la responsabilidad penal en la anormalidad del delincuente, es fundarla sólo en una hipótesis que no ha sido demostrada, lo que no requiere comentarios. Se impone la distinción entre imputables e inimputables, como única solución acorde con la realidad, para *basar la responsabilidad en la imputabilidad*.

2 — NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LA IMPUTABILIDAD. Mientras por una parte debe hacerse en abstracto el análisis de los elementos constitutivos de la figura delictiva, válido para todos los casos, por otra

es necesario considerar el *posible sujeto de delito, con cierta independencia de la comisión de un hecho delictuoso*, para llegar, en último extremo, a determinar la relación subjetiva y jurídica entre el delito y su autor; un hecho que ofrezca todos los caracteres objetivos de la figura podrá, no obstante, no constituir un verdadero delito, por ausencia del nexo necesario y querido por la ley para que a su autor pueda considerársele culpable.

Un sujeto con capacidad para delinquir (imputable) no ha de ser considerado *culpable* de su delito por el solo hecho de ser imputable, pues para ello es necesario apreciar si ha *puesto en ejercicio o no esa capacidad* en el momento de realizar el hecho concreto. Tal la noción de la culpabilidad.

De modo que para que las consecuencias de un delito puedan cargarse a la cuenta de su autor, es necesario que éste sea *imputable y que la acción que realiza sea culpable*.

La imputabilidad es, pues, un *presupuesto de la culpabilidad*. Esta relación de orden se alcanza concibiendo psicológicamente la culpabilidad, criterio al que hemos adherido al tratar el tema.

La imputabilidad es un concepto que puede ser alcanzado mediante la directa observación del individuo, tomando como referencia la ley penal, pero con cierta independencia del caso concreto de la comisión de un delito. Por eso ha dicho MEZGER, refiriéndose al párrafo 51 del Código Penal alemán, que “es la puerta por la que el derecho punitivo pasa al terreno de la *moderna investigación de la personalidad*”. *La imputabilidad es una condición o capacidad personal independiente de la comisión de un hecho punible*.

1. *Con un criterio sociológico*, puede definirse la imputabilidad como la *facultad de obrar normalmente*, sintetizando la fórmula de VON LISZT, según la cual es “la capacidad de conducirse socialmente; es decir, de observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política común de los hombres” (*Tratado*, T. II, 1926, § 37, I; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, § 37, I). Esta sencilla fórmula parece exacta, pues los códigos están hechos para la generalidad, y tanto social como psicológicamente el concepto de normalidad coincide con el de mayoría. La fórmula de VON LISZT ha sido adoptada alguna vez por la jurisprudencia (Cám. Tucumán, *L.L.*, 11-IV-1964). Se ha señalado, sin

embargo, con acierto, que la imputabilidad es un concepto jurídico que se nutre de hechos psiquiátricos.

2. *Imputabilidad jurídica.* Al lado de esa imputabilidad, que podemos denominar natural o sociológica, va adquiriendo precisión la fórmula de una imputabilidad jurídica, que es posible sintetizar como *la capacidad de distinguir las acciones amenazadas con pena de las que no lo están.* Esa capacidad resulta de la posesión de “los criterios de justicia que están en la conciencia de cada uno”, en los que JESCHECK sustenta la responsabilidad (“El proyecto de nuevo Código Penal alemán”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, mayo-agosto 1962). La fórmula utilizada por nosotros toma en consideración el elemento esencial a la imputabilidad; es decir, *la capacidad de comprender el disvalor del acto que se realiza según el criterio del orden jurídico.*

La idea de la imputabilidad jurídica se refleja con bastante claridad —tanta como puede pedirse a la síntesis de un cuerpo legal— en la fórmula del artículo 34, inciso 1° del Código Penal argentino, ya que sustentar la imputabilidad en la comprensión de la criminalidad del acto que se realiza significa tanto como fundamentarla en un criterio jurídico actualizado.

3 — MOMENTO DE APRECIACIÓN. La imputabilidad debe haber existido en el momento mismo de la comisión del acto. Los estados anteriores o posteriores al hecho pueden producir otros efectos (art. 25, Cód. Pen.), pero no el de declaración de inimputabilidad, ni sus consecuencias. La ley argentina lo dice claramente en el artículo 34: *el que no haya podido en el momento del hecho.*

El caso de excepción lo ofrece el individuo que se coloca voluntariamente en estado de inimputabilidad para cometer el delito. En tales supuestos, por aplicación del principio *actio liberae in causa*, se presume cometido el acto en el momento de tomar la decisión (VON LISZT, *Tratado*, T. II, § 37, III; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, nro. 213). Este es, por lo demás, el criterio que inspira la norma del artículo 34, inciso 1° del Código Penal argentino. Los ejemplos son conocidos: el del guardaagujas que se embriaga para no efectuar el cambio al pasar el tren es lo bastante claro. Algunos códigos, como el noruego, prevén especialmente la cuestión (art. 45).

4 — INIMPUTABILIDAD LEGAL. CRITERIOS DE APRECIACIÓN. *Los criterios* adoptados por los códigos para prever la inimputabilidad en los adultos pueden reducirse a tres:

a. *Psiquiátrico puro*: la ley se limita a señalar determinadas anomalías psíquicas que hacen al autor inimputable. Esta fórmula simple, que hace referencia a la alienación o a la locura, y que fue muy utilizada por los viejos códigos, se mantiene en muchos textos vigentes.

b. *Psiquiátrico-psicológico*: no basta la existencia y comprobación de la anomalía psíquica; son necesarios determinados efectos sobre el discernimiento o la inteligencia. Así se orientaban los incisos 2° y 4° del artículo 147 del Código de la Provincia de Buenos Aires de 1877 (TEJEDOR).

c. *Psiquiátrico-psicológico-jurídico*: la anomalía ha de ser de tal naturaleza que impida al sujeto comprender *la criminalidad del acto*, noción jurídica, o dirigir sus acciones.

1. El criterio adoptado por el Código argentino es el último, porque no es suficiente que se compruebe la existencia de alguno de los estados que enuncia la ley, sino que es necesario que *él impida comprender la criminalidad del acto* o dirigir las acciones, circunstancia que puede apreciar el propio juez.

Son, pues, necesarias causas y efectos: a) una causa de las previstas por la ley; b) que ella altere las facultades de modo que impida comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones.

Como quiera que la inimputabilidad es regla, la ley contiene las excepciones: los casos de inimputabilidad.

El artículo 34, inciso 1°, dispone: *No son punibles: 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.*

2. Lo que interesa es que los estados contenidos en el inciso —causas— *impidan comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones*. Algunos estados son más o menos permanentes y otros transitorios, pero en todos los supuestos debe faltar en el sujeto *la capacidad de comprender* o dirigir. De tal manera, quedan eliminados de las causas

de inimputabilidad la ignorancia y el error contenidos en el inciso, pues un sujeto imputable puede haber tenido una noción equivocada de la naturaleza del acto que realizó, y esto es lo común.

“Comprender” es esencialmente capacidad de captar el mundo de los valores y esta función es la más jerarquizada desde el punto de vista psicológico (FONTÁN BALESTRA y CABELLO, “Imputabilidad jurídica”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, octubre-diciembre 1970).

3. La previsión legal de impunidad de los menores hasta los 16 años, que resulta de las disposiciones de las leyes 22.278 y 22.803, no puede decirse que coincida con la exigencia de una capacidad personal de conducirse socialmente, ni de valorar correctamente los deberes y de obrar conforme con esa valoración, según la expresión de BINDING (*Die Normen*, Vol. II, pág. 170). Inspira la ley un criterio que apoya la impunidad en la personalidad del menor y en el ambiente social y familiar en que vive, en cuanto puede ejercer influjo sobre esa personalidad. Por eso la denominamos inimputabilidad *legal*, para distinguirla de la psicológica o natural (véase *infra*, § 31, II, 3-).

5 — INSUFICIENCIA Y ALTERACIÓN DE LAS FACULTADES. En el orden de la ley, las primeras causales de inimputabilidad son la insuficiencia y la alteración de las facultades.

Dos son las hipótesis contenidas en la ley: *la insuficiencia* de las facultades y su *alteración morbosa*. Insistimos en que ellas tienen significado sólo *cuando impiden comprender la criminalidad del acto*. Para la fórmula psiquiátrico-psicológico-jurídica *prevalece ese efecto sobre la categoría psiquiátrica de la causa*.

a. *Insuficiencia es el escaso nivel intelectual*, al que en lenguaje médico se denomina frenastenia u oligofrenia.

DE SANCTIS distingue dos clases: biopáticas o congénitas y cerebropáticas o adquiridas (*Trattato di psicopatología forense*, Milano, 1920). Esta distinción tiene importancia en la medida en que para algunos autores sólo las congénitas deben comprenderse en la previsión de *insuficiencia* (ROJAS, Nerio, *Medicina legal*, Buenos Aires, 1936). Se ha hecho notar, sin embargo, que las formas adquiridas supondrían siempre un cambio en las facultades naturales, que importarían una *alteración morbosa*.

Es posible contemplar la situación del *sordomudo* dentro del concepto de “insuficiencia de las facultades” en los casos en que la sordomudez incida en su capacidad de comprender.

Dentro del criterio de la ley vigente, de existir en el sordomudo un escaso desarrollo intelectual, será necesario apreciar si le impide realizar el acto en las condiciones del inciso 1º del artículo 34 del Código Penal. Siendo así, se trata de un caso de insuficiencia de las facultades. En situación idéntica se coloca la debilidad senil (VON LISZT, *Tratado*, T. II, pág. 394).

También el *débil mental* que no haya podido comprender la criminalidad de sus actos o dirigir libremente sus acciones debe ser declarado inimputable. Así lo entendió la Sala 5ª de la Cámara Criminal de Capital (D.J., 25-IX-1964). En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo de Córdoba (L.L., 27-VII-1970). Es que sobre la naturaleza o denominación psiquiátrica de las causas, prevalecen los efectos jurídicos.

b. *La alteración morbosa de las facultades* se refiere a anomalías psíquicas que el perito deberá comprobar.

Si bien es cierto que por su propia naturaleza estas enfermedades son, por lo común, duraderas, ello no debe inducirnos al error de exigir esa característica a la alteración morbosa que puede ser causa de inimputabilidad.

c. *El trastorno mental transitorio* puede ser, sin duda alguna, carente de inimputabilidad. Todo trastorno capaz de impedir comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones, es causa de inimputabilidad en el derecho positivo argentino. El texto expreso de la ley impone una limitación cuando se trata de alteración de las facultades: que el trastorno sea de origen patológico; de otro modo no podría afirmarse que constituye una alteración *morbosa* de las facultades.

Esa exigencia cede, sin embargo, cuando el trastorno mental transitorio presenta las características de los *estados de inconsciencia*, particularmente la amnesia lacunaria, en cuyo caso la referida limitación legal desaparece y la eximente debe ser admitida aun habiéndose forjado el estado personal sobre bases no patológicas (véase la jurisprudencia que reseñamos a continuación e *infra*, 8-).

La Cámara del Crimen de la Capital declaró que el “estado de inconsciencia” a que se refiere el artículo 34, inciso 1º del Código Penal, puede emerger sobre bases no patológicas y, entre ellas, de ciertos estados emocionales excepcionalmente agudos, súbitos e intensos.

Que el llamado “trastorno mental transitorio”, una de cuyas vertientes —la más frecuente quizás— es el “estado de inconsciencia”, se halla implícitamente contenido en la fórmula legal (art. 34, inc. 1º, Cód. Pen.), sin necesidad de ninguna expresa previsión (*L.L.*, t. 117, pág. 693).

El mismo tribunal, en varios fallos, sostuvo que el trastorno mental transitorio tiene acogida entre las alteraciones morbosas de las facultades previstas en el artículo 34, inciso 1º del Código Penal, como excluyente de la imputabilidad (*L.L.*, t. 98, pág. 183; *id.*, 31-X-1960). También lo ha aceptado la Suprema Corte de Tucumán, al decir que nuestro Código da “un enunciado general que abarca las perturbaciones permanentes como las transitorias” (*L.L.*, t. 17, pág. 27).

Basándose en la amnesia, prolongada en el caso, la Cámara Penal de Mar del Plata aceptó el trastorno mental transitorio, en un ilustrado fallo, con disidencia del doctor HERNÁNDEZ BLANCO fundada principalmente en razones de prueba (*L.L.*, 26-I-1963).

6 — LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA. El problema que crea la imputabilidad disminuida, tanto en lo que se refiere a su naturaleza cuanto al modo de ser encarada legalmente, ni es nuevo, ni ha perdido actualidad.

1. Si hemos de ser consecuentes en la terminología, la denominación adecuada para estos estados es la de *imputabilidad disminuida*. Las expresiones “responsabilidad atenuada” o “imputabilidad atenuada” son impropias. La primera, porque lo que se considera aquí es la disminución de la capacidad de comprender la criminalidad del acto, que constituye el substrato de la imputabilidad, la que, a su vez, es *uno* de los elementos que da contenido a la responsabilidad, y no esta última (véase *supra*, 1-). El calificativo *atenuada* se presta a malos entendidos, pues la ley no agrava ni atenúa la imputabilidad, sino que la toma como es, normal o disminuida. Menos aún parecen aceptables las expresiones “semiimputables” o “semirresponsables”, que suponen una escisión incompatible con el aspecto jurídico del problema.

2. Uno de los problemas de mayor interés lo ofrecen los individuos que, siendo capaces de *comprender la criminalidad de los actos* con mayor disvalor, no lo son, en cambio, cuando se trata de hechos de menor cuantía penal. Es posible que un sujeto capaz de comprender la

naturaleza delictiva de un homicidio, verbigracia, no llegue a apreciar la de un cheque sin fondos. Este fenómeno, fácilmente apreciable en los menores, se presenta también en algunas formas de insuficiencia de las facultades o de debilidad mental.

Pensamos que el caso está comprendido en la fórmula del artículo 34, inciso 1° del Código Penal, pues para la ley, lo que decide es que el sujeto haya comprendido o no la criminalidad del acto y dirigido sus acciones *en el momento del hecho*. El Código, al referirse al *momento del hecho*, no sólo determina una circunstancia de *tiempo*, sino también *de contenido*, al fijar *el hecho concreto* al que la imputabilidad debe ser referida; es decir, que ha de apreciarse la capacidad de comprender la criminalidad *de ese acto* concreto cometido. De suerte que la imputabilidad o inimputabilidad se deciden caso por caso, delito por delito; entonces, si se trata de un hecho cuya criminalidad comprendió el autor, será imputable; en caso contrario, inimputable, y procedente, si se dan las condiciones personales indicadas en la ley, la medida de seguridad. Por otra parte, nada obsta para que el disminuido, que es imputable en el caso concreto, sea sometido al tratamiento adecuado.

Con motivo de la expresa regulación por los proyectos de 1960 (SOLER) y 1979 (SOLER, AGUIRRE OBARRIO, CABRAL) de la *imputabilidad disminuida*, se reactualizó en la Argentina el debate sobre los criterios legislativos para encarar el problema. Nos interesan particularmente dos trabajos, porque en ellos se señala expresamente la diferencia entre la “perturbación morbosa de la vida psíquica *en sentido psiquiátrico estricto*” de la “perturbación morbosa de la vida psíquica *en sentido jurídico*”. Nos referimos a los de Oscar C. BLARDUNI, titulado “El problema de la imputabilidad disminuida” (*L.L.*, t. 100, págs. 793 y sigs.) y José F. ARGIBAY MOLINA, “La imputabilidad disminuida en el Proyecto Soler” (*L.L.*, 11-IV-1963). La diferenciación entre el *sentido jurídico* y el *psiquiátrico estricto* es, precisamente, el meollo del problema; porque parece innegable la existencia de una inimputabilidad psiquiátrica y otra jurídica, de no muy fácil conciliación, al menos por ahora. Es de real interés el trabajo de Norberto E. SPOLANSKY “Imputabilidad disminuida, penas y medidas de seguridad” (*L.L.*, 3-VII-1978).

Es oportuno insistir aquí sobre la circunstancia de que con la adopción del sistema psiquiátrico-psicológico-jurídico que muestra el artículo 34, inciso 1° del Código vigente, la solución del problema se simplifica. Entendida la imputabilidad jurídica como la capacidad de las personas para realizar acciones reprimidas por la ley como delitos (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. V, nro. 1485, *in fine*), o como la capacidad de distinguir las acciones amenazadas con pena de las que no lo están (*supra*, 2-, 2.), enseguida se echa de ver que se está manejando un concepto suficientemente diferenciado de la idea de conducirse normalmente o de acuerdo a como lo hace la mayoría de los

hombres del grupo social al cual el individuo pertenece. Adoptada la fórmula psiquiátrica-psicológica-jurídica, cuyo matiz más notable radica en la referencia al ordenamiento jurídico, es perfectamente posible decidir la imputabilidad o inimputabilidad para el caso concreto, *delito por delito*, como antes lo hemos dicho.

7 — ESTADOS QUE IMPIDEN DIRIGIR LAS ACCIONES. Estudios recientes revelan la real existencia de individuos que, aun comprendiendo la criminalidad del acto, no pueden dirigir sus acciones en determinados momentos. Estos *impulsos instintivos psicomotores* o *reacciones motoras*, parecen presentarse en los postencefalíticos, en los postraumatizados de cráneo y en algunas situaciones intermedias entre el hipermotivo y el paranoico (CABELLO, Vicente P., “Estados psicopáticos postencefalíticos e inimputabilidad”, en *Revista del Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológica*, 1958, pág. 35; ARGIBAY MOLINA, J. F., *loc. cit.*, en *L.L.*, 11-IV-1963, pág. 2).

A nuestro ver, estos casos caen naturalmente dentro de la previsión del artículo 34, inciso 1º del Código Penal, pues conforme con el texto legal, la incapacidad de comprender la criminalidad del acto o la de dirigir las acciones cada una por sí sola, excluyen la imputabilidad. Por lo demás la amplitud de la expresión “alteración de las facultades”, empleada por el Código, que no limita la alteración únicamente a las facultades mentales, elimina las dudas que pudieran presentarse ante la circunstancia de tratarse de trastornos psicomotrices, aun cuando sean motivados por lesiones cerebrales (CABELLO, Vicente P., *loc. cit.*; del mismo, “Impulsividad criminal”, *L.L.*, t. 119, pág. 1255). En estos casos será de apreciar al máximo la peligrosidad del autor, a los fines de la aplicación de la medida de seguridad.

8 — LOS ESTADOS DE INCONSCIENCIA, previstos también en el inciso 1º del artículo 34 del Código Penal, como causas de exclusión de la imputabilidad, no ofrecen, en una buena parte, muchas posibilidades de acción: el sueño fisiológico o por obra de narcóticos, los estados febriles, los desvanecimientos, no son situaciones muy propicias para ejecutar delitos.

1. La sola enumeración de los estados de inconsciencia más comunes, nos está haciendo ver que *no es necesario que se trate de estados morbosos*. Es característica de algunas de estas causas de inimputabilidad su carácter transitorio y la capacidad del individuo fuera de

ellos. Lo que se requiere no es el estado de absoluta inconsciencia, sino una *profunda alteración de la conciencia*, cuya magnitud está determinada, precisamente, por la incapacidad de comprender la naturaleza criminosa del hecho que se realiza.

Decimos profunda *alteración* de la conciencia porque ello supone trastrueque de valores, que es lo que aquí importa, en relación con la exigencia de “comprender”, y que no siempre se produce en los casos de *perturbación* de la conciencia (*supra*, 4-, 2.).

2. Cuando se trata de estados de inconsciencia, la línea de deslinde entre las causas de exclusión de la imputabilidad y las que modifican o suprimen la culpabilidad no se puede determinar únicamente sobre la base de “causas” o estados personales, sino que es preciso tomar en cuenta *la previsión y la voluntad* como factores que intervienen para que el autor tenga capacidad mayor o menor para decidir llegar o no a encontrarse en esos estados.

Si queremos sistematizar, hemos de distinguir tres situaciones: a) supuestos en que el individuo puede llegar a la inconsciencia por obra de su voluntad, así, verbigracia, la ebriedad; b) situaciones en que la participación de la voluntad no puede ser determinada con carácter general y debe ser considerada caso por caso, tomando en cuenta, además, otras circunstancias (tal cosa ocurre con el sueño); c) casos en que se llega al estado de inconsciencia con absoluta prescindencia de la voluntad y aun sin posibilidad de previsión, por ejemplo, el epiléptico en sus ataques o equivalentes psíquicos.

a. Cuando el llegar o no al estado de inconsciencia depende de la voluntad, entran en juego los preceptos de la culpabilidad y los del principio de la *actio liberae in causa*. Pueden verse las consideraciones que hacemos al ocuparnos de la ebriedad.

b. Cuando el llegar o no al estado de inconsciencia puede depender sólo relativamente de la voluntad, como en el caso del sueño, es preciso tomar en consideración otros aspectos, tales como el deber de actuar de determinado modo, lo que también nos lleva a penetrar en el terreno de la culpabilidad. Del juego de esos elementos resulta, por ejemplo, la responsabilidad del sereno que se duerme.

Todavía puede ocurrir en esos casos, y lo hemos señalado al tratar la ausencia de acción, que el estado de inconsciencia excluya la acción,

lo que ocurre cuando el deber de obrar nace estando ya el sujeto en ese estado.

c. Por último, cuando no depende del autor, en absoluto, llegar al estado de inconsciencia, el problema queda situado íntegramente en el área de la inimputabilidad, o en el de la falta de la acción.

La epilepsia es una enfermedad que, presentándose bajo formas diversas, ofrece la característica de manifestarse a través de ataques más o menos distanciados. El ataque epiléptico típico es físicamente ostensible y provoca en el enfermo un posterior estado de postración. Otras veces, en cambio, el ataque se limita a la esfera psicoafectiva, recibiendo esa manifestación el nombre de *equivalente psíquico*.

La amnesia, tan propia de los estados de inconsciencia, parece ser una característica de estos ataques en que el sujeto actúa sin conciencia. "El ataque se acompaña de *amnesia retrógrada* que comprende desde el aura hasta el momento de recuperarse la plena lucidez" (MIRA Y LÓPEZ, *Psiquiatría forense*); asegura SRAWSKY que la amnesia de causa orgánica no desaparece y, según STERZ, es característico de la obnubilación epiléptica el no recordar lo sucedido durante ella, siendo total la amnesia en los estados crepusculares.

Ante tales dictámenes de la ciencia médica, no resta sino considerar que el epiléptico que realiza el acto durante un ataque del tipo de los mencionados, queda comprendido en la previsión del artículo 34, inciso 1° del Código Penal, por ausencia de imputabilidad. En los casos en que la epilepsia haya llevado al enfermo a la psicosis, las reglas a seguir son las que corresponden a la apreciación de la *alteración morbosa* de las facultades. Puede verse el criterio con que se contempla judicialmente la epilepsia en la nota de Mario I. CHICHIZOLA a un fallo de la Cámara Criminal de Capital, titulada "Epilepsia y delito", y la jurisprudencia allí citada (*J.A.*, 17-X-1962).

9 — EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INIMPUTABILIDAD. Comprobada la inimputabilidad del autor de un hecho típicamente antijurídico, el juez debe absolverlo. Pero esa absolución no puede ser equiparada en sus efectos a la que se fundamenta en la presencia de una causa justificante, en un motivo que excluye la acción o, simplemente, en que el imputado no sea autor ni partícipe de un delito realmente cometido. En estos últimos casos, el sujeto queda totalmente desligado de la justicia penal y al margen de toda clase de responsabilidades, tanto civiles como penales, que puedan resultar de la comisión de un hecho antijurídico.

La declaración de inimputabilidad, en cambio, no exime al autor de responsabilidad civil, porque la acción le es atribuible, en virtud de que el hecho se mantiene típicamente antijurídico y es el resultado de su obrar con todas las características de una acción, entendida esta pa-

labra en sentido jurídico-penal. Es decir que, no obstante la declaración de inimputabilidad, el hecho sigue siendo *objetivamente* un delito.

Por otra parte, el Derecho Penal moderno no se desentiende de los inimputables y los somete a formas de privación de libertad, distintas de la pena, pero que son también la consecuencia de la atribución de un hecho típicamente antijurídico y de peligrosidad. Estas medidas de seguridad, de las que nos ocupamos al tratar de las consecuencias del delito, son de distinta naturaleza, según cuál haya sido el motivo determinante de la inimputabilidad.

LOS MENORES

I. *Criterios con que ha sido encarada la delincuencia de menores*

1 — IMPUTABILIDAD O INIMPUTABILIDAD. La inimputabilidad puede constituir un estado biológico natural, como consecuencia del incompleto desarrollo del individuo, por razones de edad. Esa incapacidad de culpa fue la que decidió, por mucho tiempo, la no punibilidad de los menores.

Dos fueron los criterios tradicionales para apreciar en el supuesto la inimputabilidad:

a. *El psicológico*, consistente en la apreciación pericial o judicial del discernimiento.

b. *El biológico*, por el que la ley presume la inimputabilidad hasta cierto límite de edad.

Estos criterios aparecen a menudo combinados, tanto en doctrina como en las legislaciones.

El primero crea el espinoso problema del *discernimiento*, que debe ser comprobado dentro de ciertos límites de edad; el segundo decide una irresponsabilidad en abstracto que puede ser inapropiada en el caso concreto.

Criterios más modernos ponen la tónica en las medidas tutelares tendientes a la rehabilitación del menor que ha cometido un hecho previsto en la ley como delito.

2 — CRITERIOS MÁS MODERNOS. Con el advenimiento de la escuela positiva, que trasladó el objeto de observación del campo del de-

lito al del delincuente, se produjo una transformación profunda en el criterio de apreciación de la criminalidad juvenil. Empezó a abrirse paso el principio de que el menor que delinque es, por regla general, una víctima del abandono moral y material de las personas encargadas de su educación. Es así un problema preponderantemente social, y si a título de ausencia de discernimiento el juez exime de pena al menor que ha delinquido y no procura remover las causas que lo llevaron a obrar, queda en pie el problema y con él todas sus consecuencias.

Estos conceptos han ido evolucionando y ganando terreno en la concepción del tratamiento de los menores que han cometido hechos previstos por la ley como delitos, hasta llegar a convertirse en un verdadero derecho tutelar, que toma en consideración preponderante el factor social, sea a través de la personalidad y educación del propio menor, sea contemplando el medio social y, particularmente, familiar en que vive.

3 — CARACTERÍSTICAS DE UN TRIBUNAL DE MENORES. Por perfecta que sea una ley penal dedicada a los menores, nunca dará los frutos esperados si no se la acompaña con los órganos jurisdiccionales o consejos de familia especializados en la materia y sometidos a un procedimiento propio.

¿Qué rasgos caracterizan a un tribunal para menores propiamente dicho?

a. *Organización.* La organización de un tribunal de este tipo debe estar inspirada, en primer lugar, por un espíritu desprovisto de toda idea de represión. Aceptado el principio de que el menor que delinque lo hace por defectos de educación y a influjo de circunstancias ambientales, es menester concluir en que el tratamiento aplicable ha de tener por objeto reeducarlo y proporcionarle el medio de neutralizar la acción de los factores que lo llevaron a delinquir.

Más aún: teniendo en cuenta ese carácter eminentemente protector y educativo, la competencia de tales juzgados deberá extenderse “a todos los casos en que se deba resolver sobre la personalidad de un menor en estado de abandono material o peligro moral, conforme con las leyes que rigen en materia de minoridad, o cuando se infrinjan, por los menores, o sus padres, tutores, guardadores o por terceros, las disposiciones referentes a la instrucción y al trabajo de aquéllos; o en la aplica-

ción de cualquier precepto legal que afecte sus derechos a consecuencia de orfandad, abandono material o peligro moral” (Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional [Ministerio a cargo del Dr. Jorge E. COLL] elevado al Honorable Congreso de la Nación el 27-IX-1938, art. 2°).

Por su *composición*, estos tribunales pueden responder al sistema de los órganos unipersonales o al de los colegiados. Los partidarios de uno y otro régimen suministran diversos argumentos para apoyarlos, pero creemos que el punto no es sustancial y que tanto el tribunal colegiado como el unipersonal pueden dar buenos resultados si se rigen por procedimientos propios, están a cargo de jueces especializados, y cuentan con los establecimientos educativos y de corrección necesarios.

b. *Procedimiento*. Requisito indispensable es la observancia de un *procedimiento especial*, distinto del aplicado a los adultos, y en el que se reduzca al mínimo la injerencia policial, se limite a lo estrictamente necesario la detención del agente y se proceda de oficio y con rapidez.

El procedimiento debe ser, necesariamente, oral, sin las solemnidades extremas que se aconsejan en los tribunales para adultos y sin intervención del ministerio fiscal.

CUELLO CALÓN se manifiesta resueltamente contrario a esa injerencia, “incompatible con el espíritu de estas jurisdicciones”, ya que “el ministerio público es un organismo típicamente represivo, es el representante de la vindicta pública como todavía se oye decir alguna vez, mientras que el tribunal para menores está inspirado en fines estrictos de educación y tutela. Su sentido es tan opuesto que no cabe coordinación alguna entre ambas instituciones” (*Criminalidad infantil y juvenil*, Barcelona, 1934).

c. *Unificación de funciones*. Los tribunales para menores han de tener facultades para prevenir en los casos de su jurisdicción y desarrollar el proceso hasta sus últimas consecuencias. Vale decir, deben estar reunidas en el mismo tribunal las atribuciones necesarias para instruir el caso, juzgarlo y ejecutar la decisión tomada.

d. *Establecimientos especiales*. Se ha dicho con acierto que las instituciones que complementan el tribunal para menores tienen carácter esencial y que sin ellas es inútil legislar. De nada sirve, en efecto, proclamar que el menor delincuente es víctima del abandono de los encargados de su guarda y educación, y que su juzgamiento tiene por objeto protegerlo y hacerlo apto para la convivencia social, si no se cuenta con establecimientos adecuados para lograr su corrección.

Es conveniente admitir la acción concurrente de los establecimientos públicos y privados. Los primeros deben encargarse, con carácter exclusivo, de los menores que exijan una vigilancia más estrecha o que por su temperamento indisciplinado hagan necesario un régimen de más rigor. Para estos casos, la acción concurrente oficial y privada no parece aconsejable.

En cambio, para los menores expósitos propiamente dichos y para aquellos que sólo requieren ser alejados del hogar, la acción privada no es aconsejable. Los establecimientos de este tipo alivian no poco el presupuesto del Estado, a pesar de que frecuentemente reciban subsidios.

II. *La legislación argentina*

1 — LAS DISPOSICIONES DEROGADAS DEL CÓDIGO. El Código Penal consideraba *inimputable al menor de 14 años* (“no es punible”, decía el art. 36, Cód. Pen.). Resolvía así de modo tajante la cuestión del discernimiento, al establecer *ope legis* la inimputabilidad. De tal modo, el hecho delictuoso cometido por un menor de 14 años, no daba lugar a un proceso de tipo común, si bien el juez debía tomar intervención a los fines de las medidas dispuestas en los párrafos segundo y tercero del artículo 36 del Código Penal. Por ellas se disponía la internación del menor en un establecimiento destinado a la corrección de menores, cuando “de las circunstancias de la causa y condiciones personales del agente o de sus padres, tutores o guardadores, resultare peligroso dejarlos a cargo de éstos”.

Para los mayores de 14 años y menores de 18 años, la ley adoptaba un doble criterio: “si el delito cometido tuviera pena que pudiera dar lugar a la condena condicional”, el juez quedaba autorizado para tomar las mismas medidas determinadas para el menor de 14 años (art. 37, inc. a), Cód. Pen.); si el delito tuviese fijada pena mayor, el tribunal *debía condenar*, pudiendo reducir la pena como para la tentativa (arts. 37, inc. 2º, y 44, Cód. Pen.).

La ley 14.394 elevó a 16 años el umbral punitivo de los menores y derogó expresamente los artículos 36, 37, 38 y 39 del Código Penal, adoptando un criterio que puede decirse que prescindía de la imputabilidad, basando las decisiones de la autoridad judicial en la personalidad del menor y el ambiente social y familiar en que vivía, en cuanto pudie-

ra ejercer influjo sobre esa personalidad (véase LEDESMA, Guillermo A., "Régimen penal para menores", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1969, nro. 4). La ley 21.338 disminuyó la edad a partir de la cual los menores pueden ser punibles, fijándola en 14 años. En lo demás, no alteró el régimen de la ley 14.394. Dicha norma fue reemplazada por la ley 22.278, que comenzó a regir el 6-IX-1980. Por su parte, la ley 22.803, publicada en el *Boletín Oficial* del 9-V-1983, elevó a 16 años el límite de la punibilidad del menor.

2 — LA LEY 10.903. MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS. La Ley de Patronato de Menores, conocida también con el nombre de Ley Agote, estatuye, a partir de su artículo 14, el régimen aplicable a los menores delincuentes o *víctimas de delitos*. Lo referente a estos últimos es lo que importa señalar.

La ley es de alcance nacional, como lo indica el artículo 14 cuando dice: Los jueces de la jurisdicción criminal y correccional de la Capital de la República y en las provincias y territorios nacionales, ante quienes comparezca un menor de 18 años, acusado o como víctima de un delito, deberán disponer preventivamente de ese menor si se encuentra material o moralmente abandonado o en peligro moral, entregándolo al Consejo Nacional del Menor o adoptando los otros recaudos legales en vigor... Podrán también dejarlos a sus padres, tutores o guardadores bajo la vigilancia del Consejo Nacional del Menor.

El texto transcrito regula la llamada *disposición preventiva*, que tanto se aplica a los menores acusados como a los que son *víctimas* de un delito.

En el artículo 15 la ley regula la *disposición definitiva* en los siguientes términos:

"Los mismos jueces, cuando sobresean provisoria o definitivamente respecto a un menor de 18 años, o cuando lo absuelvan, o cuando resuelvan definitivamente en un proceso en que un menor de 18 años haya sido víctima de un delito, podrán disponer del menor por tiempo indeterminado y hasta los 21 años si se hallare material o moralmente abandonado o en peligro moral, y en la misma forma establecida en el artículo anterior".

3 — LA LEY 22.278. Publicada en el *Boletín Oficial* del 28-VIII-1980 y vigente desde el 6 de setiembre de dicho año. La ley 22.278 re-

gula el régimen al que están sometidos los menores que incurrir en delito. Esa ley fue modificada por la ley 22.803 de 1983, en lo que atañe al umbral de la punición que se fijó en 16 años.

A continuación se tratan las principales disposiciones de aquella ley, con las reformas que introdujo esta última.

A. RÉGIMEN SEGÚN LA EDAD. Se distinguen *tres períodos* en la edad de los menores, en los cuales son sometidos a regímenes diferentes: a) menores de 16 años; b) mayores de 16 y menores de 18; c) mayores de 18 y menores de 21.

1. *Menores de 16 años.* El artículo 1° determina la *total irresponsabilidad penal del menor de 16 años*. La autoridad judicial toma intervención cuando los menores comprendidos en esta categoría son imputados de delito y los “dispone provisionalmente”, procediendo a la comprobación del delito, a tomar conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y a ordenar los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre. A los fines de dichos estudios puede internarse al menor en un establecimiento adecuado.

a. Si como consecuencia de las diligencias exploratorias del menor y de su mundo circundante resultare que se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta graves problemas de conducta, el juez lo *dispondrá definitivamente* por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.

b. La *disposición definitiva* implica: 1) la obligada custodia del menor por parte del juez, con el objeto de procurar su apropiada formación, para lo cual el magistrado goza de amplias facultades, dentro de las cuales puede *modificar el régimen fijado* en beneficio del menor; 2) la consiguiente restricción al ejercicio de la patria potestad o tutela, a las que judicialmente se les fijará límites, sin perjuicio de mantenerse vigentes las respectivas obligaciones; 3) el discernimiento de la guarda cuando así correspondiere.

c. Lo expuesto no significa que el menor deba necesariamente ser internado en un establecimiento adecuado. En este sentido la ley vigente se apartó de su precedente con la clara intención de dar las más am-

plias facultades al juez en pro del menor con problemas de conducta o ambientales.

d. Dentro de aquellas atribuciones se encuentran, entre otras, la *libertad vigilada*, el *cambio de titular de la guarda* y, por supuesto, la *internación* del menor, en el establecimiento que el juez crea adecuado, situaciones todas estas que pueden variarse cuantas veces sea menester en favor del menor.

e. Como se ve hasta la edad de *16 años*, los menores son *inimputables*, sin que esa situación admita prueba en contra, con independencia del discernimiento. De ahí que las medidas que en estos casos se adoptan son puramente *tutelares* y no penales (véase: LEDESMA, Guillermo A., "El régimen actual de la minoridad", *L.L.*, 22-XII-1980, artículo cuyos lineamientos se siguen en este tema).

2. *Mayores de 16 años y menores de 18 años*. El régimen legal de los menores comprendidos entre los 16 y los 18 años de edad se atiene a las siguientes reglas:

a. Si bien, en principio, los mayores de 16 a 18 años resultan punibles, no lo son cuando el delito imputado es de acción privada o esté amenazado con pena privativa de libertad que no exceda de dos años en su máximo, con multa o inhabilitación.

Los sujetos que se encuentran en esta situación son sometidos al mismo régimen que los menores que no han llegado a los 16 años. Se los dispone provisionalmente a los efectos del estudio y posteriormente pueden ser dispuestos definitivamente. Remitimos a lo dicho *supra*, 1.

b. A los menores entre 16 y 18 años a quienes se enrostran delitos que no estén comprendidos en las excepciones mencionadas en el apartado anterior, se los somete a proceso y se los dispone provisionalmente con el fin de practicar las medidas investigativas de su personalidad y ambiente.

Si como consecuencia de los estudios realizados apareciera que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez, cualquiera sea el resultado o el estado del proceso a que se refiere el párrafo anterior, lo *dispondrá definitivamente* por resolución fundada, previa audiencia de

los padres, tutor o guardador. La disposición definitiva tiene el alcance del artículo 3° de la ley 22.278 (*supra*, 1.b.).

d. En el curso del proceso, el juez, como consecuencia de la prueba reunida, antes de que se cumplan otras exigencias legales (*infra*, e.), debe declarar la responsabilidad penal del menor y, en su caso, la civil, o absolverlo. La absolución no es incompatible con la disposición definitiva.

e. Luego de la declaración de responsabilidad, dictada sobre la base de pruebas procesales que en el caso de un mayor hubieran llevado a una sentencia condenatoria, el juez debe esperar a que se cumplan los otros extremos de la ley para dictar el veredicto definitivo. Ellas son: que el menor haya cumplido 18 años y que haya estado sometido a un año de tratamiento tutelar.

f. Con esos elementos conjuntamente reunidos, el juez dictará *sentencia condenatoria* “cuando lo crea necesario”, sobre la base de las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por él. En este caso podrá reducir la pena en la forma prevista para la tentativa.

g. En virtud de lo dicho precedentemente, puede ocurrir que el juez declare la responsabilidad del menor, pero cumplidos los requisitos mencionados (*supra*, e.), considere innecesario aplicar una sanción, en cuyo caso absolverá al menor imputado, sin perjuicio de la disposición definitiva que pudiera haber ordenado.

h. El régimen, para este período de edad, podemos sintetizarlo esquemáticamente así:

α. Total *irresponsabilidad* penal (no creemos que pueda hablarse de imputabilidad) para hechos delictuosos amenazados con pena privativa de la libertad que no supere los dos años, con multa o inhabilitación y para los delitos de acción privada.

β. *Irresponsabilidad* que podríamos llamar *condicionada* o *circunstanciada* para los demás hechos penales, la que queda supeditada a las siguientes reglas:

α) Que el hecho imputado sea de acción pública o dependiente de instancia privada debidamente iniciada y reprimido con pena privativa de la libertad superior en su máximo a los dos años.

B) Declaración de su responsabilidad penal y, en su caso, civil.

γ) Que haya cumplido 18 años.

δ) Haber estado sometido a un año o más de tratamiento tutelar.

e) Que el juez considere *necesario* aplicarle una sanción.

i. Las penas, para el caso de no proceder en razón del monto la condena condicional, se cumplen en establecimientos especiales (art. 6°).

3. *Mayores de 18 años y menores de 21.* Los menores que delinquieren luego de cumplir 18 años y hasta cumplir los 21, son punibles por todos los delitos del Código Penal o de leyes especiales, y en cuanto a ellos no se establece ningún género de distingo por la acción que emerge del delito o por el monto de la pena. Están, en suma, asimilados a los mayores, con la sola salvedad de que sus privaciones de libertad se cumplirán en *institutos especiales* (arts. 6° y 10°), hasta que lleguen a la mayoría de edad, en que, al igual que los otros menores, pasarán a los establecimientos para adultos.

En consecuencia de lo expuesto, tampoco les son aplicables a estos menores las medidas exploratorias o tutelares establecidas en los artículos 1° a 3° de la ley 22.278.

B. OTRAS PREVISIONES DE LA LEY. La ley contiene, además, otras disposiciones:

1. El artículo 5° expresa que las reglas de la reincidencia no son aplicables a quien está siendo juzgado por delitos cometidos antes de cumplir los 18 años.

2. Al mayor de esa edad a quien se juzgaba por delito perpetrado luego de haberla cumplido, se le imponían o no las disposiciones de la reincidencia, según lo resolviera la autoridad judicial que interviniera en el hecho motivo de juzgamiento, cuya facultad consistía en computar o no, a estos fines, la condena dictada por un hecho cometido durante la menor edad. La ley 23.057 modificó esa disposición al establecer

que no darán lugar a la reincidencia los delitos cometidos por menores de 18 años (art. 50, ap. 3º, Cód. Pen.).

3. El artículo 7º establece que cuando un menor de 18 años incurriere en un hecho que la ley califica como delito, el juez puede declarar, según las circunstancias, la pérdida de la patria potestad o la pérdida o suspensión de su ejercicio, o la privación de la tutela o guarda, según correspondiere.

4. El artículo 9º aclara que el régimen legal también cuadra a los menores emancipados.

LA PELIGROSIDAD
(*El estado peligroso*)

1 — ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO. La noción de la peligrosidad, tal como hoy se la concibe, es obra del positivismo penal. Las ideas sobre peligro y peligrosidad relacionadas con *el delito* que puedan haber tenido los autores clásicos, en nada se vinculan con la teoría del estado peligroso *del delincuente*, que llega a ver en la peligrosidad el concepto fundamental de todo el derecho criminal (GRISPIGNI, F., “La pericolosità criminale e il valore sintomático del reato”, en *Scuola Positiva*, 1920, pág. 98).

1. Puede decirse que todo el positivismo, a partir de GARÓFALO, aceptó la peligrosidad como fundamento de la responsabilidad penal (*Di un criterio positivo della penalità*, Napoli, 1880; *La Criminología*, Madrid, 1912, págs. 263 a 303). No manifestando peligrosidad el autor de un hecho delictuoso, ningún objeto tiene la aplicación de sanciones. El principio es que la peligrosidad es el título mediante el cual se perfecciona la responsabilidad criminal (FLORIÁN, E., *Parte General del Derecho Penal*, La Habana, 1929, pág. 335).

Ya se encarga de aclarar Eusebio GÓMEZ que ese concepto nada tiene de común con aquél del *peligro corrido*, expuesto por CARRARA, y en el que se encontraba fundamento para la imputación de la tentativa (*Programa*, § 97). No se trata, dice GÓMEZ, de aquella potencialidad de daño o de mayor daño, ínsita en una determinada situación o modificación del mundo exterior y en la que MANZINI hace consistir el peligro, bajo el aspecto objetivo (*Trattato*, Vol. I, pág. 554). No se trata, aquí, del *hecho peligroso* sino del *hombre peligroso*; y el tema es bien distinto (GÓMEZ, *Tratado*, T. I, pág. 337, cita a FERRI, Enrique, *Principii*, pág. 287).

2. Se atribuye a GARÓFALO, pensamos que con justicia, la primera y sustancial concepción de la peligrosidad. Para GARÓFALO, la que él llama *temibilità*, es la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad de mal previsto que se debe temer de parte del mismo delincuente (*Di un criterio positivo della penalità*, Napoli, 1880). El propio GARÓFALO señala en una obra posterior que el antiguo criterio de la *proporcionalidad* de las sanciones debe sustituirse por el de la *idoneidad*, consistente en la elección de *sanciones idóneas*, que sirvan de freno a la naturaleza del delincuente. Y agrega: se trata, únicamente, de un complemento lógico de la teoría de la defensa mediante las penas (*La Criminología*, págs. 280 y 350). Ya hemos señalado, al ocuparnos de la responsabilidad penal, que la doctrina de la defensa social y la responsabilidad social, requería como complemento indispensable un elemento subjetivo, que GARÓFALO creyó encontrar en su doctrina de la temibilidad.

Resulta *completamente inútil*, dice GARÓFALO, el obtener un *criterio cuantitativo del delito*. He advertido ya la dificultad de esta averiguación cuando se trata de comparar cantidades heterogéneas como son las diversas especies de delitos, y que cuando se trata de dos de una misma especie, el criterio cuantitativo deducido de la gravedad del *daño material*, no puede servir más que para apreciar la reparación que se debe al ofendido, y el otro criterio deducido de la importancia del deber violado, ofrecerá sólo un elemento para determinar la inmoralidad del agente y por consiguiente *la temibilidad*.

Prescindiendo de la escala de los delitos, apreciados según su gravedad intrínseca no puede tratarse de otra manera de la *proporción penal*, expresión que carecerá de valor y que será necesario sustituir por esta otra, *aplicación del medio idóneo*, cambio de palabras que lleva consigo *no ya la investigación de una cantidad determinada de mal que haya que imponerse al autor de un delito determinado*, sino la de un freno *apropiado a su naturaleza especial* (*La Criminología*, págs. 350-351).

3. La dificultad mayor se presenta tanto en la fórmula de una definición con contornos claros y limitados, y posibilidades de aplicación práctica, cuanto en la determinación de las circunstancias o antecedentes que han de servir de base para hacer el juicio de peligrosidad. Por cierto que no puede pensarse en que haya solucionado tales dificultades la más moderna fórmula de GRISPIGNI, según la cual peligrosidad quiere decir *la muy relevante probabilidad de convertirse en autor de delito* (“*La pericolosità...*”, cit., nro. 10).

2 — EL JUICIO DE PELIGROSIDAD. Hemos señalado líneas más atrás que la dificultad se presenta tanto en formular una definición precisa, como en determinar cuáles son los factores que deben servir de base para fundamentar el juicio de peligrosidad, y en verdad que en este último aspecto se ven diferencias en los autores. Afirman que el delito, como valor sintomático, ocupa el primer lugar en el juicio de peligrosidad, GRISPIGNI, (“La pericolosità...”, cit., pág. 111) y JIMÉNEZ DE ASÚA (*El estado peligroso*, págs. 37 y sigs.), en tanto que FERRI piensa que la consideración de la personalidad del delincuente y la de los motivos que lo impulsaron deben pasar al primer plano. Por su parte, Eusebio GÓMEZ entiende que carecen de importancia esas cuestiones de prevalencia, ya que es indiscutible que, a los fines del diagnóstico de la peligrosidad, no es posible prescindir del examen de todos y de cada uno de los elementos que se indican (*Tratado*, T. I, nro. 154, pág. 350). Es la tan buscada y aún no hallada fórmula del estado peligroso.

Todo esto es, sin embargo, bastante relativo. Lo reconoce ya el propio FERRI, cuando dice que fijar ciertos caracteres anormales al criminal, no significa que esos caracteres deban encontrarse en todos los delincuentes y no encontrarse nunca en los no delincuentes (*Sociología criminal*, T. I, Madrid, s/f, pág. 80). Las cosas no han cambiado con el correr del tiempo, ni podrían cambiar, puesto que el concepto de peligrosidad es *relativo*, tan relativo como tiene que ser una noción construida sobre una *probabilidad*. Por eso, fundamentar la responsabilidad criminal en la peligrosidad crea un grave riesgo para las garantías individuales que el Derecho Penal tiene precisamente la función de tutelar.

3 — FUNCIÓN QUE HA QUERIDO ASIGNARSE A LA PELIGROSIDAD. El proceso de evolución de la tesis peligrosista pasó por etapas que pueden caracterizar por su progresivo avance sobre la teoría del delito, primero, y su retroceso a los límites actuales, después.

1. La primitiva consecuencia práctica se encontró en la aplicación de medidas adecuadas a los inimputables y a ciertas categorías de delincuentes. Pero la teoría en sí misma buscaba expansión. Si el hombre delinque por su peligrosidad ¿por qué ha de esperarse a que lo haga si puede evitarse? Era un dilema de hierro: o la fórmula de la peligrosidad era buena y el juicio sobre el estado peligroso exacto, y entonces había que valerse únicamente de ellos para fundamentar la función represiva,

o no lo eran, y entonces había que renunciar a ellos como fundamento de la pena. Con acierto dice AFTALIÓN que ya perdido el contralor que sólo puede suministrar la experiencia jurídica, la ambición imperial de la teoría condujo luego a relegar al delito a un segundo plano para la fundamentación de la responsabilidad penal. Finalmente, llegó a afrontar, en una tercera etapa, nada menos que la supresión de las figuras delictivas (*Peligrosidad y existencialismo*, Buenos Aires, 1954, pág. 28). Se llegó así a la teoría de la peligrosidad predelictual. Afortunadamente, estos excesos han sido ya superados, al menos por los juristas, y situada en su cauce la función de la peligrosidad.

El riesgo de adoptar en su totalidad los extremos a que conduce la teoría del estado peligroso, fue claramente advertido aun por un peligrosista como Enrique ALTAVILLA, quien luego de recalcar que la sanción penal tiene como presupuesto la comisión de un delito, fija al juez la función de ocuparse únicamente de la peligrosidad *post delictum* dentro de su facultad *jurisdiccional*. Somos conscientes —dice— de la gravedad de los efectos que derivan de nuestra teoría y queremos por ello aplicarla con la mayor cautela y con la más amplia garantía (“La vitalità della Scuola Positiva”, en *La Scuola Positiva*, Milano, 1947, pág. 83).

2. Reducida la apreciación de la peligrosidad a una manifestación delictuosa, el problema se simplifica un tanto y los riesgos se reducen sensiblemente. Acaso haya sido Alfredo J. MOLINARIO quien expuso con mayor claridad el momento y los límites de valoración del juicio de peligrosidad: el delito es la condición en virtud de la cual el Estado puede investigar la personalidad integral del delincuente, la llave de paso que permite al Estado irrumpir en el sagrario de la personalidad humana. Mientras el individuo no ha delinquido, su yo íntimo le pertenece por entero y el Estado debe detenerse ante él. La ley exige que se cometan ciertas acciones. *La comisión de cualquiera de esas acciones punibles autorizará la apertura del juicio de peligrosidad*, que puede ser perfectamente coetáneo al proceso (“La peligrosidad como fundamento y medida de la responsabilidad”, en *Actas del Primer Congreso Latinoamericano de Criminología*, t. I, Buenos Aires, 1939, págs. 242 y sigs.).

Por otra parte, hoy no es dudoso que el delito como valor sintomático ocupa el primer lugar en el juicio de peligrosidad.

4 — FUNCIÓN DE LA PELIGROSIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO. El Código argentino ha adoptado en este punto una posición intermedia: las *penas* son aplicables a los *imputables*; los *inimputables* sólo son pasibles de *medidas de seguridad*. Esto no significa que las medidas de seguridad pueden aplicarse solamente a los inimputables; también se prevén medidas de seguridad para los imputables (arts. 52 y 80, Cód. Pen.); lo que ocurre es que a los inimputables *sólo se les puede aplicar* este tipo de sanciones y no las penas, pues éstas se apoyan, precisamente, en la imputabilidad.

La regla legal da a la peligrosidad el significado de índice para la *medida de las penas* (arts. 40 y 41, Cód. Pen.) y de *fundamento* para las *medidas de seguridad* (art. 34, inc. 1º, párrs. 2do. y 3ro.).

1. *Adecuación de las penas*. En los artículos 40 y 41 se enumeran las condiciones personales del sujeto y las circunstancias del hecho que han de tomarse en cuenta para la apreciación de su *mayor o menor peligrosidad*, la que debe servir de base para la *graduación de la pena* (art. 40).

Sin embargo, la regla general ofrece una excepción. En el último párrafo del artículo 44, la ley, al determinar el modo de fijar la *pena* que corresponde a la tentativa de delito imposible, dice: *la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducírsele al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelado por el delincuente*.

2. *Fundamento de las medidas de seguridad*. En cuanto a las *medidas de seguridad*, la ley sigue un doble criterio para la determinación de la peligrosidad: uno al que podríamos llamar legal, porque la ley presume que el sujeto es peligroso (art. 34, inc. 1º, párr. 3ro.); el otro de apreciación judicial, porque es el magistrado quien debe determinarla, como ocurre con el artículo 34, inciso 1º, segundo párrafo, y con el artículo 80 del Código Penal (véase *infra*, § 34, II, 1).

a. *Medidas de seguridad para los inimputables*. En el último párrafo del inciso 1º del artículo 34 del Código Penal, se dispone la internación en establecimientos especiales para los que cometen el hecho en estado de ebriedad u otra intoxicación, no debiendo cesar la medida hasta que desaparezcan las condiciones *que hicieron al sujeto peligroso*. Es decir, que la ley da por establecido que el individuo *es peligroso*. El tribunal *ordenará* la reclusión, dice la ley.

Sin embargo, cesando la medida cuando han desaparecido las acciones que hicieron al sujeto peligroso, resulta claro que esa peligrosidad es la razón de ser de la internación y, en consecuencia, la ausencia de esas condiciones hace innecesaria la medida. Así lo ha entendido la jurisprudencia en los casos de inimputabilidad por intoxicación alcohólica en los que, al tiempo de dictarse la sentencia, los peritos médicos informan que el autor no revela peligrosidad (Cám. Crim. Capital, *L.L.*, 31-X-1960; Cám. Pen. Mar del Plata, *L.L.*, 26-I-1963).

En el segundo párrafo del inciso 1° del artículo 34, la ley *faculta* al juez para disponer la internación del individuo en un manicomio, luego de declararlo inimputable, 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. El tribunal *podrá ordenar*, dice la ley; es claro que la decisión depende de que exista o no el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás.

b. *Medidas de seguridad para los imputables.* En el artículo 52 prescribe el Código una medida de seguridad para los habituales, la que se aplica como accesoria de la última condena que se dicta contar el autor cuando median las circunstancias que la norma enumera. En su orientación original la ley había adoptado un criterio objetivo para determinar la habitualidad y la peligrosidad. Véase lo que decimos sobre la reclusión de los habituales.

Ese criterio fue alterado por el último párrafo del artículo 52, luego de la reforma introducida por el decreto 20.942/44, ratificado por la ley 12.997: “los tribunales *podrán* por única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, en los casos de *menor peligrosidad en el condenado*”. Con esa modificación se varió el criterio objetivo que inspiraba la norma original del Código, consistente en fijar de modo taxativo el número de condenas o de delitos y el monto y la gravedad de las penas correspondientes, requisitos a través de los cuales la ley entendía caracterizado al delincuente habitual.

La ley 23.057 del año 1984, volvió al criterio del Código anterior, ya que el artículo 52 no alude a la peligrosidad, limitándose a establecer las condenas anteriores que dan lugar a la aplicación de la accesoria y, en el último párrafo, que la decisión de dejarla en suspenso, por una única vez, debe ser fundada, como lo determina el artículo 26. No obs-

tante, la redacción del artículo 53, al autorizar la libertad condicional con relación a la medida del artículo 52, implícitamente admite que ésta se basa en la peligrosidad al aludir a las *demás actitudes que permitan suponer verosímelmente que no constituirá un peligro para la sociedad*.

Como se ve, las medidas de seguridad no las reserva el Código sólo para los inimputables; también las aplica, si bien son de naturaleza distinta, a los habituales y a los autores de alguna de las formas del homicidio agravado. En el primer caso, la ley supone que son sujetos en estado peligroso, en razón de que han hecho del delito un hábito, en el homicidio calificado prevé la posibilidad de que, a través de las circunstancias que rodean el hecho, el sujeto se haya mostrado muy peligroso y faculta al sentenciante para recluirlo por tiempo indeterminado.

LOS REINCIDENTES Y LOS HABITUALES

I. *Los reincidentes*

1 — CONCEPTO. Gramaticalmente, *reincidir* significa tanto como *volver a incurrir*; en lo nuestro, en un delito. Pero esta noción no nos resulta suficiente desde el punto de vista jurídico, puesto que también vuelve a incurrir en un delito el que es juzgado de una vez por varios hechos delictuosos, pero tal hipótesis no constituye reincidencia, sino concurso real o reiteración. En la reincidencia, el autor comete el segundo o los sucesivos delitos habiendo sido ya, al menos, condenado por uno o varios hechos anteriores. Varios hechos pueden ser motivo de la primera condena y varios, también, de la segunda, que son indispensables para que un sujeto sea declarado reincidente; eso no es lo que cuenta: en el derecho argentino es *presupuesto de la reincidencia el pronunciamiento de una sentencia condenatoria definitiva anterior a pena privativa de la libertad cumplida total o parcialmente*.

La diferencia entre tratamiento legal de la reincidencia y la reiteración se fundamenta en que el reincidente revela que no ha ejercido efecto sobre él la misión reeducadora que constituye el fin de la pena. Porque, mientras el que es juzgado de una sola vez por varios hechos no ha sido aún objeto de la reacción penal, al reincidente ya se le ha aplicado una pena o la ha cumplido, según el régimen que la ley adopte en la materia.

2 — SIGNIFICADO QUE SE ASIGNA A LA CONDICIÓN DE REINCIDENTE. En doctrina, no todos los autores están conformes con que la reincidencia sea estimada como agravante.

a. Quienes sostienen la improcedencia de erigir la reincidencia en circunstancia determinante de agravación de la pena, dicen que ésta debe guardar justa proporción con el delito, importando la retribución exacta del mal que con él se causó. Un nuevo delito debe ser reprimido con idéntico criterio, el que no puede modificarse por el hecho de que un delito anterior motivara una condena. En sustancia, se observa que el delincuente ha expiado ya el delito anterior el cual, por tanto, no es justo tener en cuenta al castigar otro delito posterior: *non bis in idem* (Así BAUMANN, *Strafrecht*, pág. 267). Además, desde otro punto de vista, se dice que el volver a delinquir depende en gran parte de circunstancias o condiciones sociales no imputables a un individuo en particular (CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, T. III, Napoli, 1843, pág. 129; MERKEL, A., *Derecho Penal*, T. I, Madrid, s/f, § 95).

b. Dentro de la corriente que sostiene los efectos agravantes de la reincidencia se situó Francisco CARRARA, quien encontró la razón de ese *plus* en la *insuficiencia* de la pena ordinaria demostrada por el nuevo delito; y toma buen cuidado de aclarar: “al castigar más al reincidente, no se le reprocha de nuevo el delito precedente; no se toma en cuenta la maldad del hombre, no se mortifica porque no se haya sido correcto. No sucede nada de esto. La imputación queda la misma. Pero el hecho ha probado que la pena es insuficiente en relación a la sensibilidad de ese hombre. Por lo tanto, para no realizar un acto insuficiente de defensa, es necesario aumentarla” (“Stato della dottrina sulla recidiva”, en *Opuscoli*, Vol. II, págs. 127 y sigs.; *Programa*, § § 738 y 739).

Dentro de la misma posición doctrinaria que atribuye efectos agravantes a la reincidencia, sostiene ANTOLISEI que la razón que justifica el aumento de la penalidad en los casos de reincidencia se halla en el hecho de que la recaída en el delito demuestra una voluntad persistente en delinquir, y por ello, una mayor capacidad criminal. El reincidente es castigado con más intensidad, porque manifiesta una notable inclinación al delito (*Manual*, págs. 484 y sigs.).

c. La doctrina del positivismo penal ha sido expuesta con claridad por FLORIÁN, sosteniendo que la reincidencia no debe considerarse como entidad jurídica abstracta; debemos, por el contrario, estudiarla en el delincuente, dice, investigando su significación, para descubrir si ella revela en él una mayor peligrosidad, una antisociabilidad más ma-

nifiesta. La reincidencia no debe y no puede representar siempre aumento de pena; sino que el aumento debe ser facultativo y dejarse al prudente arbitrio del juez (*Parte General*, § 72; GÓMEZ, E., *Tratado*, T. I, pág. 520). Como se ve, el positivismo penal resuelve el problema de la reincidencia con el criterio de la peligrosidad, que es el índice polarizador de todo lo que signifique delincuencia.

3 — REINCIDENCIA Y CULPABILIDAD. Algunos autores prestan atención al modo de relacionarse la personalidad del delincuente con la culpabilidad; pero no en el sentido de la capacidad de culpa (imputabilidad), sino en cuanto a que el hecho que es objeto de la investigación, al ser vinculado con hechos anteriores, tal como ocurre con la declaración de reincidente que el nuevo hecho crea, *da lugar a una medida distinta de la culpabilidad*.

Ese punto de vista aparece muy claro, por ejemplo, en MAURACH y en SAUER. El primero dice que la reincidencia, en sentido estricto, representa una *propia causa de incremento de la culpabilidad*. El autor será más gravemente castigado *por la mayor culpabilidad* derivada del hecho determinante de la reincidencia (*Tratado*, T. II, § 63, II, B, b]). Por su parte, SAUER sitúa la reincidencia como un grado entre los *tipos de intensidad de la culpabilidad crónica*, que hace ir desde la que llama mera reincidencia del mismo delito o de los tipos relacionados entre sí hasta la “culpabilidad elevada de energía y tenacidad” de quienes hacen del delito su medio de vida (*Derecho Penal*, § 20, II).

La circunstancia de que el autor de un hecho delictuoso haya sido condenado anteriormente por otro, para nada debe ser tomada en cuenta en el análisis de la culpabilidad del nuevo hecho que se juzga: el autor debe ser culpable de *ese hecho* que se juzga, sin que nada tenga que ver en ello su culpabilidad por el hecho anterior, que en su momento debió haber sido apreciada y comprobada también por *ese hecho* y en virtud de ello condenado. Podrá hablarse, acaso, de una *responsabilidad mayor de ese autor*, entendida como *deber de soportar una pena distinta u otra medida del Derecho Penal*, en razón de su tendencia al delito puesta de manifiesto a través de su reincidencia. La condición de reincidente coloca al autor frente a la ley argentina en situación distinta de la del que cae por primera vez en el delito, situación que resulta de distintas disposiciones expresas pero ninguna de ellas se vincula en abso-

luto con la culpabilidad, sino y únicamente con la medida y la naturaleza de la reacción penal, en consonancia con la personalidad del autor.

4 — CLASES DE REINCIDENCIA. Suele distinguirse en doctrina distintas clases de reincidencia, según el punto de vista desde el que se la enfoque:

a. *Según la especie de los delitos: reincidencia genérica y específica.* Se considera que es reincidente específico quien ha cometido varios delitos *de la misma especie*, en tanto que la reincidencia es genérica cuando se trata de hechos *de distinta índole*. A los fines de precisar la reincidencia específica, cuando el delito cometido es el mismo, ni la teoría ni la práctica ofrecen dificultades; éstas aparecen cuando se trata de delitos distintos y es necesario tener un criterio para determinar *la especie*.

Los criterios sustentados pueden resumirse en dos grupos: a) los que resuelven la cuestión conforme al bien jurídico lesionado; b) los que lo hacen tomando en consideración el móvil. La doctrina ecléctica es acaso la más prudente, al considerar que ha de apreciarse la especificación de la reincidencia tomando en cuenta la naturaleza del bien jurídico lesionado y los móviles que han impulsado cada acción.

¿Qué clase de reincidencia es más grave, la *genérica* o la *específica*? Para CARRARA ambas deben ser tomadas en cuenta, pero estima la *genérica* (ejecución reiterada de delitos de diversas clases) más peligrosa, por revelar mayor variedad de aptitudes delincuentes (“Stato della dottrina...”, cit., págs. 129 y sigs.).

Por su parte, CHAVEAU-HÉLIE consideran que más peligrosa es la específica (ejecución reiterada de la misma o análoga índole), pues sólo ésta demostraría la existencia de un impulso profundamente arraigado (*Théorie du Code Pénal*, T. I, Paris, 1872, pág. 197). Una opinión intermedia sostiene que ambas se equivalen y que la única diferencia entre ellas debe reducirse a un tratamiento penal diverso (ALIMENA, *Principios de Derecho Penal*, Vol. II, Madrid, 1915, pág. 385).

El Código Penal argentino no hace distinción alguna entre ambas clases de reincidencias, por lo que resulta claro que una y otra tienen idénticos efectos.

b. *Según se exija o no el cumplimiento de la pena: reincidencia real o ficta.* Otra clasificación de la reincidencia tiene en cuenta si se ha cumplido o no la pena impuesta por el delito anterior. Según este criterio, se distingue: la llamada reincidencia *verdadera o real*, que se da cuando el condenado vuelve a delinquir después de *haber cumplido efectivamente la pena* que le fue impuesta por el o los delitos preceden-

tes y reincidencia denominada *ficta o impropia*, que se concreta con la condena, sin que resulte necesario que la pena haya sido cumplida. Los partidarios de la reincidencia *ficta* consideran que la condena debiera servir de advertencia suficiente para evitar la recaída en el delito. A partir de la sanción de la ley 23.057, la reincidencia en el Código Penal argentino es *real*.

c. *Según la especie de pena.* Según el sistema que cada ley adopte, puede resultar que no siempre una condena anterior definitiva sea presupuesto de la reincidencia; esto ocurre cuando se determina expresamente que la sentencia pronunciada aplique al reo una *determinada especie de pena*. Así lo hace el Código Penal argentino al seleccionar, en el artículo 50, *las penas privativas de libertad* como únicas aptas para dar lugar a la declaración de reincidencia.

d. *Según la forma de culpabilidad: delitos dolosos y culposos.* Una tendencia se inclina a no aceptar reincidencia en los casos de condenas por un hecho doloso y por otro culposo (véase *infra*, 5- j.).

5 — REQUISITOS DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO. El concepto dogmático de la reincidencia resulta de las exigencias y excepciones contenidas en el Título VIII del Libro Primero del Código Penal: “es reincidente el sujeto que cumplió total o parcialmente una condena firme a pena privativa de la libertad dictada por cualquier tribunal del país, que comete un nuevo delito, no tratándose de delitos políticos, previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar o amnistiados, y no habiendo mediado el plazo legalmente establecido para que se opere su prescripción” (conf., en lo esencial, SOLER, *Derecho Penal*, T. II, § 72, II; NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. II, pág. 476. Véase, sobre el nuevo texto [ley 23.057], LEDESMA, Guillermo A.C., *Las reformas penal y de procedimientos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, págs. 60 y sigs.).

a. Ya hemos dicho que para el Código Penal argentino hay reincidencia cuando el *condenado* que *cumplió* total o parcialmente una sentencia firme a pena privativa de libertad comete un nuevo delito que lo hace merecedor de una condena a dicho tipo de pena.

A partir de la reforma llevada a cabo por la ley 23.057 la condena anterior debe haber sido cumplida total o parcialmente. El Código

se enrola, ahora, en la reincidencia *real*. En tal virtud, la condena de ejecución condicional (arts. 26 y 27, Cód. Pen.) anterior no se computa a los efectos de la reincidencia, porque ella no supone efectivo cumplimiento de pena. Con mayor razón la suspensión del juicio a prueba, en el que ni siquiera hubo condena (arts. 76 bis y 76 ter, Cód. Pen.).

En cuanto al segundo delito, es del caso aclarar que la reincidencia no tiene lugar por una segunda denuncia o por un nuevo proceso, sino por *un nuevo delito* y éste sólo existe para el Derecho cuando ha mediado a su respecto *sentencia condenatoria definitiva* (Cám. Crim. Capital, Fallos, t. IV, pág. 785; L.L., t. 84, pág. 605).

A diferencia de lo que ocurría con anterioridad, en que las condenas *sufridas* en el extranjero hacían excepción al criterio de la reincidencia ficta, pues suponían que la condena en el extranjero se hubiera cumplido (art. 50, 2do. párr., Cód. Pen., igual al actual). En la ley vigente no hay distingos: tanto la condena dictada en el país, como la dictada en el extranjero, deben ser efectivamente cumplidas, total o parcialmente, para que den lugar a reincidencia.

En cuanto a las condenas "sufridas en el extranjero", el Código requiere expresamente que hayan sido pronunciadas por razón de un delito que, según la ley argentina, pueda dar lugar a extradición (art. 50, 2da. parte). A tales efectos, por lo tanto, se tendrán en cuenta la ley 1612 de extradición y las disposiciones del Código de Procedimientos en Materia Penal para la Capital Federal (ley 2372) en cuanto no se oponga a las pocas reglas que contiene el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984) y los tratados de extradición celebrados por la República Argentina.

El cumplimiento previo de la condena tiene que ser *total o parcial*, lo que supone que, cuanto menos una parte de la condena, no inferior a la pena mínima que admita el Código Penal, haya sido realmente padecida. No integra el concepto de *cumplimiento de la pena* la prisión preventiva que, si bien se computa a los efectos de la pena (art. 24), no supone cumplimiento de pena (véase LEDESMA, Guillermo A. C., *Las reformas*, cit., pág. 62. Para la Cámara Criminal de la Capital cualquier tiempo de pena es suficiente, sin que se computen la detención y la prisión preventiva: causa "Guzmán, F.", en pleno, J.A., 29-VIII-1990).

b. La condena anterior debe corresponder a *un delito*, por cuyo motivo quedan *excluidas las contravenciones*.

c. La ley habla de cometer *un nuevo delito*; de modo que si alguien fuera condenado en forma definitiva por un hecho, y luego se descu-

briera la comisión de uno o más *delitos anteriores* no juzgados ni prescriptos, no se encontraría presente ese requisito para la reincidencia.

d. El Código *prescinde de la distinción entre reincidencia genérica y específica*; una y otra son aptas para ser declarado reincidente en el derecho argentino. Es, pues, un error afirmar que el sistema adoptado es el de la reincidencia genérica, porque, de ser así, la recaída en un delito de la misma especie —reincidencia específica— no sería eficaz para la declaración de reincidente.

e. La sentencia ha de condenar a *pena privativa de la libertad*, prisión o reclusión (art. 50, Cód. Pen.), con lo que quedan excluidas, a los efectos de la reincidencia, la multa y la inhabilitación. Al respecto, la jurisprudencia ha establecido que no es reincidente el penado que registra una condena anterior cuya pena principal no era privativa de la libertad, ni aun si la de este carácter le fue impuesta por transformación de la multa en prisión, conforme con lo que dispone el artículo 21, apartado 2do. del Código Penal (Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. II, pág. 340; *L.L.*, t. 46, pág. 231).

De tal suerte, las condenas a penas de inhabilitación o multa no dan lugar a reincidencia, excepción hecha de alguna ley especial que, al adoptar una forma de reincidencia específica, aplica multa para la primera infracción y pena privativa de la libertad para la segunda y sucesivas infracciones de la misma ley (véase Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. II, pág. 339; t. VII, pág. 263; conf. ODERIGO, M. A., *Código Penal*, nro. 179, a- y b-).

f. La condena anterior debe haber sido impuesta por una *sentencia firme*. ¿Qué significa este requisito? Que no quepa contra ella recurso alguno; la sentencia condenatoria debe ser definitiva en el momento en que se comete el nuevo hecho penal. La sentencia puede haber sido dictada por *cualquier tribunal del país*.

g. Por disposición expresa de la ley, no se toman en cuenta los *delitos previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar*, los *delitos políticos* y los *amnistiados*.

La reforma cambió la mención de *los delitos militares* por su concepto, extraído del Código de Justicia Militar (art. 108, modif. por ley 23.049): *infracciones que por afectar la existencia de la institución militar, exclusivamente las leyes militares prevén y sancionan*.

A diferencia de lo que ocurría con anterioridad, nada se dice sobre los delitos que fueron objeto de *indulto o conmutación*. Pensamos que la supresión operada en la reforma efectuada por la ley 23.057 se basa en el nuevo concepto de reincidencia, real y no ficta.

En consecuencia, aun mediando indulto o conmutación, si hubo cumplimiento, aunque sea parcial, de la pena indultada o conmutada, habrá reincidencia. Ello, no obstante que el indulto tenga por efecto extinguir la pena y sus efectos (art. 68, Cód. Pen.), puesto que si éste se dictó luego de cumplida parte de la pena, tiene similar virtualidad, a los efectos extintivos, que el cumplimiento de ella (arts. 59 y 65, inc. 3º, Cód. Pen.).

h. *Con relación al sujeto*. Innovando sobre la materia, la ley 23.057, al reformar el artículo 50 del Código Penal, estableció que no dará lugar a reincidencia la *pena cumplida por los delitos cometidos por menores de 18 años*.

El artículo 10 de la ley 14.394 determinaba que si un menor fuere juzgado por un delito cometido después de los 18 años, las sanciones impuestas por hechos cometidos antes de esa edad podían ser tenidos o no en cuenta a los efectos de considerarlo reincidente. En otras palabras: era facultad judicial apreciar la condenación por un delito cometido antes de los 18 años cuando juzgaba un episodio delictual perpetrado luego de cumplida esa edad. Esa disposición fue mantenida por el artículo 5º de la ley 22.278, lo que no fue alterado por la ley 22.278.

i. En los delitos de acción privada (art. 73) *el perdón* de la parte ofendida extingue la pena para el autor y los partícipes (art. 69), por lo que no deben ser tomados en cuenta para la reincidencia (SOLER, § 72, IV).

j. Por último, la ley no distingue entre delitos *culposos* o *dolosos*. La jurisprudencia ha tomado en cuenta para la agravación de la pena la reincidencia en un segundo delito culposo (Cám. Crim. Capital, Sala 3ª, D.J., 14-X-1965).

6 — LA PRESCRIPCIÓN DE LAS CONDENAS A LOS EFECTOS DE LA REINCIDENCIA. Establece el último párrafo del artículo 50 del Código Penal que *la pena sufrida* no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquél por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a *cinco años*.

Con la reforma efectuada por la ley 23.057 de 1984 se volvió al criterio originario. No sólo prescribe, a los efectos de la reincidencia, la primera condena, sino también la reincidencia múltiple. Es la única interpretación posible frente al claro texto legal (cfr. NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. II, págs. 482 y sigs.; SOLER, *Derecho Penal*, § 72, pág. 439; FINZI, *Habitualidad y reincidencia según los artículos 52 y 53 del Código Penal argentino*, 1944, págs. 45-46; LEDESMA, *Las reformas...*, cit., pág. 65; Cám. Crim. Corr. Fed., Sala 2ª, causa 3417, 8-V-1984).

Con el transcurso del término indicado desaparece la reincidencia y todos sus efectos. Inclusive la posibilidad de aplicar el artículo 52 del Código Penal. Esto último, que había dado lugar a opiniones contrarias (Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. IV, págs. 735 y 785; fallo plenario, *L.L.*, 10-VIII-1965), fue expresamente resuelto por la redacción que al artículo 52 dio la ley 23.057: *Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado, como accesoria de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores...*

En consecuencia, el condenado puede obtener la libertad condicional (arts. 13 y 14, Cód. Pen.), no se computa a los fines de individualizar la sanción (art. 41, *ibid*), etcétera.

7 — EFECTOS DE LA REINCIDENCIA. Se trata de establecer cuáles son las consecuencias de la reincidencia en el ordenamiento penal argentino

El derogado artículo 51 (ley 21.338) determinaba: "En caso de reincidencia, la escala penal se agravará en un tercio del mínimo y del máximo. A partir de la tercera reincidencia, la escala penal se compondrá del doble del mínimo, que en ningún caso será inferior a un año, y de la mitad más del máximo. Éste no podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate y se impondrá sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 52": "La pena de privación de libertad que el procesado sufrió por delito cometido antes de haber cumplido 21 años, no podrá computársele para la agravación de la pena".

Ello implicaba que el juez, imperativamente, *debía reprimir más severamente al reincidente*, pero no tomando la reincidencia como dato para graduar la pena ni para tornar más rigurosa la forma de cumplimiento, sino aumentando la escala penal correspondiente a cada delito.

a. Podría decirse que ella es de apreciación relativa en el artículo 41 del Código Penal, pues en dicha disposición es evaluada por el juzgador, juntamente con otras pautas objetivas y subjetivas que dicha regla establece, para individualizar la pena a aplicar, la que siempre tendrá lugar *dentro de los márgenes de la escala penal* prevista para el delito cometido.

b. Es de aplicación estricta, en cambio, en el supuesto de la medida de seguridad del artículo 52 del Código Penal. En ese supuesto, al comprobar la reincidencia múltiple, el juez *debe* imponer la medida de seguridad. Sin embargo, la norma le deja un margen de arbitrio al tribunal: por una única vez pueden dejar en suspenso la aplicación de la medida (art. 52, *in fine*).

c. Por último, es imperativa la consideración del instituto, en el artículo 14 del Código Penal: la libertad condicional no se concede a los reincidentes.

II. Caducidad registral. El artículo 51 del Código Penal

El nuevo artículo 51 (ley 23.057) derogó por completo al anterior, que, como se dijo, contenía una agravante para los casos de reincidencia. La regla derogada seguía el camino trazado por el Código que entró a regir en 1922 (ley 11.179), con las correcciones efectuadas por la ley 11.221 (Fe de Erratas).

La disposición vigente, que parece dirigida a las autoridades policiales o registrales, tiene mucha mayor virtualidad, porque, por vía indirecta, modifica otras instituciones de la ley penal, como la condena de ejecución condicional, o sirve de guía interpretativa de otros preceptos, como el artículo 50.

1. En su primer párrafo, se expresa que *todo ente oficial que lleve registros penales se abstendrá de informar sobre datos de un proceso terminado por sobreseimiento o sentencia absolutoria*. Ello implica que ni la policía, ni el Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria, ni el Servicio Penitenciario Nacional, ni ningún otro organismo, sea nacional o provincial, pueden proporcionar esos informes. De esta manera se modifican las disposiciones en contrario de la ley 22.117, que organiza el mentado Registro.

La disposición es correcta. Si en el proceso registral campea el principio de inocencia, la mejor forma de hacerlo realidad es reputar inexistentes aquellas causas penales en las que el imputado fue sobreseído provisional o definitivamente o resultó absuelto, pues, en estos casos, aquel principio se vio confirmado y no tienen por qué ser tenidos a la vista los informes sobre su existencia. Ni siquiera para graduar la sanción.

Es por ese motivo que *los demás antecedentes y condiciones personales* a los que se refiere el artículo 41 del Código Penal no deben ser entendidos sino como atribuyendo a las demás enunciaciones de la disposición un carácter ejemplificativo y no taxativo, y nunca a los antecedentes judiciales que no constituyan condenas. En todo caso, si alguien pudo haberlos tenido en cuenta, a partir de la sanción de la ley 23.057 no puede hacerlo.

2. Estrechamente vinculado con lo expuesto se encuentra la segunda parte del primer párrafo del artículo 51. Según ella, *en ningún caso se informará la existencia de detenciones que no provengan de la formación de causa, salvo que los informes se requieran para resolver un hábeas corpus o en causas por delito de que haya sido víctima el detenido.*

Por los motivos expresados más arriba, si un sobreseimiento provisional o una absolución por duda (art. 13, Cód. Proc. Mat. Pen.) no deben ser informados al tribunal que procesa al imputado de un presunto nuevo delito, con mayor razón no habrá de comunicarse la preexistencia de detenciones que no provengan de la formación de causa, las que en modo alguno pueden ser computadas en contra del procesado por respeto a aquel principio liminar del derecho procesal que es el de presunción de inocencia.

No emanan de la formación de causa las detenciones por averiguación de antecedentes o cualesquiera otras realizadas sin intervención judicial. Aunque actúe la justicia no debe reputarse que hay formación de causa si la detención tiene por objeto una declaración testifical o una informativa para la que se dispuso la comparecencia del imputado, pues por tal concepto debe entenderse aquella en la que, cuanto menos, se llamó a indagatoria al acusado.

Tampoco son susceptibles de información, aunque provengan de la formación de causa, las detenciones dispuestas en procesos que con-

cluyeron con sobreseimiento o absolución, en virtud de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 51.

En cambio, son pasibles de comunicación al tribunal que pesquisa un eventual delito las detenciones que provienen de la sustanciación de un proceso que se halla en trámite, se encuentre el inculpado sometido al proceso o prófugo.

3. La salvedad final del apartado no requiere mayores precisiones. Es lógico que si los informes *se requieren para resolver un hábeas corpus, o en causas por delitos de que haya sido víctima el detenido*, la información que se proporcione sobre las detenciones llevadas a cabo o capturas dispuestas pueden resultar de utilidad para la resolución de la causa en favor del propio interesado. Tales serían, por caso, los supuestos de reiterada e injusta persecución policial materializada en demoras o detenciones improcedentes. Ello podría dar lugar a la promoción de un recurso de hábeas corpus o a la formación de un sumario por privación ilegal de la libertad o abuso de autoridad.

La última parte de la regla no debe ser entendida en el sentido de autorizar la incorporación de esos antecedentes en una causa en la que fue víctima el detenido en todos los casos, sino solamente en cuanto la información pudiera beneficiarlo. Es por eso que la defensa del imputado, en el proceso formado por el presunto delito en perjuicio del detenido, no podrá pretender acreditar detenciones previas de éste con miras a enervar su denuncia.

4. El segundo párrafo del artículo, que contiene tres ítems, determina que *el registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos*. El párrafo debe ser entendido, en su parte final, como *efectos perjudiciales*, porque para los fines que no desmedren los derechos del interesado hay excepciones en el tercer apartado de la norma.

Caducar está empleado como *extinguirse*.

Si el registro se extingue, se extingue su información. Si se extingue su información, ella no puede ser usada respecto del procesado. Luego, los imputados que por obra de las circunstancias de su proceso particular tienen una información que si estuviera registrada habría caducado, se hallan en las mismas condiciones que los anteriores, y los informes que obren respecto de ellos en la causa deberán considerarse inexistentes.

De lo contrario se afectaría el principio de igualdad, constitucionalmente establecido, para quienes se encuentran en identidad de condiciones —sometidos a proceso—.

La caducidad no conlleva la destrucción, no solamente porque pueden darse las excepciones de la tercera parte de la disposición, sino también porque los registros pueden emplearse a otros fines, tal como se desprende del Mensaje del Poder Ejecutivo que acompañó a la ley 23.057, que alude al *modus operandi* delincencial. En definitiva, lo que caduca es la posibilidad de informar. Lo expuesto pone de relieve que la expresión *a todos sus efectos* empleada por la ley no es feliz, porque alude con énfasis a una extinción *total*, a la que en el párrafo siguiente deja sin efecto, poniendo de relieve que era *parcial*. Debió haber dicho: “no se informará sobre las sentencias condenatorias registradas, en los siguientes casos”.

En tren de mejorarlo, el artículo debería haber previsto que los informes existentes en los procesos en trámite que no se hubieren proporcionado bajo la vigencia de la ley 23.057 deberían tenerse por no escritos.

5. El primer supuesto de caducidad registral a todos sus efectos de la segunda parte del artículo 51 dice: *después de transcurridos diez años desde la sentencia (art. 27) para las condenas condicionales*.

Desde que luego de pasados diez años desde la sentencia firme es posible una segunda condena de ejecución condicional, en el caso más grave, que es el de dos delitos dolosos, la ley entiende que no interesa legalmente el informe.

Esta presunción es *iure et de iure*. Sin embargo, podría señalarse cuando menos un caso en que se mantiene la necesidad legal de la comunicación al tribunal. Nos referimos a la imposibilidad judicial de establecer si hubo una o más condenas de ejecución condicional anteriores para pronunciarse sobre la procedencia de otra. Ello así, porque de la armónica interpretación de los artículos 26 y 27 del Código Penal, sólo puede entenderse que hay dos condenaciones condicionales posibles. No obstante, ante la imposibilidad de informarse sobre la primera, por el transcurso de diez años desde su extinción, a partir de los cuales está vedada la comunicación, solamente se contará con el informe de la segunda o de ninguna, si transcurrió dicho lapso desde la última. Ello implica, lisa y llanamente, que como efecto indirecto, la ley ha venido

a admitir la posibilidad de una tercera o cuarta condenación condicional, bien que más por imposibilidad probatoria de la condenación o condenaciones anteriores que por expresa decisión.

Ello así, porque si la condena anterior se probara por otros medios, como podría ser el reconocimiento del imputado debidamente corroborado o teniendo a la vista el proceso anterior en donde recayó la condena —siempre y cuando su conocimiento no se hubiere obtenido a través de los informes que estaba prohibido producir—, o por otras piezas de convicción legalmente admitidas, la condena en suspenso sería improcedente.

He aquí otra falencia legal que debe ser subsanada y aclarada. Hasta que ello ocurra, reiteramos que no puede vedarse una condenación condicional sobre la base de la existencia de una o más condenas previas probadas por medio de los informes que la ley considera extinguidos.

El plazo se cuenta a partir de la fecha de la sentencia firme, o desde el fallo originario luego confirmado.

6. La segunda hipótesis del segundo apartado del artículo 51 reza: *después de transcurridos diez años desde su extinción para las demás condenas a penas privativas de la libertad.*

El párrafo se refiere a las penas privativas de la libertad de cumplimiento efectivo, perpetuas o temporales.

Respecto de ellas, la caducidad informativa se opera luego de transcurridos diez años desde la extinción de la pena.

La pena se extingue por la muerte del condenado (arg. art. 59, inc. 1º, Cód. Pen.); por la amnistía (art. 61); por la prescripción (art. 65); por el indulto (art. 68) y por el perdón de la parte ofendida en los delitos de acción privada enumerados en el artículo 73 (art. 69).

Directamente vinculado con esta disposición está el cuarto apartado del artículo, en cuanto dispone que *los tribunales deberán comunicar a los organismos de registro la fecha de caducidad: 1º. Cuando se extingan las penas perpetuas. 2º. Cuando se lleve a cabo el cómputo de las penas temporales, sean condicionales o de cumplimiento efectivo. 3º. Cuando se cumpla totalmente la pena de multa o, en caso de su sustitución por prisión (art. 21, segundo párrafo) al efectuar el cómputo de la prisión impuesta. 4º. Cuando declaren la extinción de las penas en los casos previstos por los artículos 65, 68 y 69.*

Si bien los tres incisos del segundo apartado del artículo 51 del Código Penal (ley 23.057) tienden a evitar el “etiquetamiento” a que alude el Mensaje del Poder Ejecutivo, el “estigma” del que habla el diputado CORTESE en su informe a la Cámara y el acompañamiento personal de la pena durante toda la vida que menciona el senador CELLI en el debate parlamentario de la ley, el que más revela la tendencia legislativa es el segundo que estamos examinando. Es en los artículos 50 y 52 del Código Penal donde se hará sentir, en mayor grado, la influencia de esta disposición, sin perjuicio de que también la tendrá sobre el artículo 27 y con relación a otras instituciones del Derecho Penal.

a. En punto al artículo 50, debe decirse que, la restricción informativa, con base temporal, reducirá el campo retrospectivo, evitando considerar reincidente a quien resultaba tal por sucesión de condenas efectivas sin que transcurrieran entre ellas los plazos determinados en la última parte del artículo 50, cuando dichas condenas sólo podrían ser apreciadas a través de información que no puede ser suministrada por los registros respectivos conforme al apartado que comentamos. Ello evitará, en buena medida, el estigma consistente en la adquisición de la calidad de reincidente de una vez y para siempre con el siguiente perjuicio frente a instituciones como la libertad condicional, vedada a los reincidentes por el artículo 14 del Código represivo. El mentado campo retrospectivo dependerá temporalmente del *quantum* de la condena y de la fecha de su extinción. Así, por ejemplo, una hipotética condena a cumplir dos años de prisión dictada en setiembre de 1983 a un primario y que se extingue de acuerdo al cómputo en mayo de 1985, podrá ser comunicada a los jueces por los organismos registrales hasta mayo de 1995. En consecuencia, el lapso que podrá abarcar la “historia criminal” será el comprendido entre setiembre de 1983 y mayo de 1995. Dentro de esas fechas habrán de estudiarse los antecedentes del sujeto para determinar si es o no reincidente. Claro que, si en el decurso de ese período el delincuente cometiera otro delito, ese lapso habrá de extenderse a los diez años desde la extinción de la nueva condena (cfr. Cám. Crim. Capital, Sala 3ª, causa 17.826, 4-IX-1984).

b. La misma limitación temporal se extiende el artículo 52, ya que para apreciar la multirreincidencia no puede irse más allá de los límites que se pusieron de manifiesto en el párrafo anterior para establecer

los antecedentes del imputado. De manera que no habrán de tenerse en cuenta las condenas dictadas con anterioridad.

7. De similar modo que lo manifestado al tratar sobre la primera hipótesis del artículo 51, segunda parte, por obra de esa regla sustantiva se opera una indirecta reforma al artículo 27 del Código Penal, pues podría darse el caso de que se haga posible una condenación condicional sin que haya habido *primera* condenación condicional. En otras palabras, podría ocurrir que, una persona a quien se condenó por primera vez *a cumplir* pena de prisión, fuera con posterioridad condenada *en suspenso*, por imposibilidad legal de obtener información sobre la primera condenación por obra de la disposición que examinamos. Ello no obstante que la correcta inteligencia de los artículos 26 y 27 del Código Penal, tanto en su redacción anterior como en la actual, requieren una primera condena condicional (art. 26), para que pueda haber otra que merezca el mismo beneficio (art. 27).

Lo que se expresa, que resalta la necesidad de precisar, en una reforma, los alcances del artículo, lo es sin perjuicio de señalar que, no obstante lo expuesto, es posible probar por otros medios, que nunca pueden tener por fuente un informe indebido, que hubo una sanción de cumplimiento efectivo.

8. La última de las caducidades registrales que contempla la norma se refiere a las penas de multa o inhabilitación. Dice el número 3, del segundo párrafo del artículo 51 (ley 23.057): *después de transcurridos cinco años desde su extinción para las condenas a pena de muerte o inhabilitación. Éste tiene estrecha relación con el mismo número del cuarto apartado de la regla, según la cual, los tribunales deberán comunicar a los organismos de registro la fecha de caducidad... 3. Cuando se cumpla totalmente la pena de multa o, en caso de su sustitución por prisión (art. 21, segundo párrafo), al efectuar el cómputo de la prisión impuesta.*

Las penas de multa e inhabilitación se extinguen por las mismas causas que el resto de las penas: con la salvedad de que la prescripción no se aplica a la inhabilitación.

Por lo demás, como esos antecedentes no se toman en cuenta a los fines de la reincidencia los efectos del precepto son de menor relevancia que los analizados precedentemente.

Sin embargo, los tendrá limitando en el tiempo la imprescriptibilidad de la inhabilitación o, en algún caso, evitando la absorción a que se refiere la última parte del primer párrafo del artículo 56 del Código Penal, cuando concurra realmente (art. 55, Cód. Pen.) un grave delito reprimido con reclusión o prisión, con otro castigado con multa.

9. El tercer apartado del reformado artículo 51 establece: *En todos los casos se deberá brindar la información cuando mediare expreso consentimiento del interesado. Asimismo, los jueces podrán requerir la información, excepcionalmente, por resolución que sólo podrá fundarse en la necesidad concreta del antecedente como elemento de prueba de los hechos en un proceso judicial.*

Este párrafo, que excepciona a la caducidad que emana de la primera parte del anterior, debe ser entendido restrictivamente. Una interpretación que atienda a la finalidad de la ley, a la de la exención y al contexto en que la regla examinada se halla inserta, debe llevarnos a estimar que las excepciones establecidas sólo operan en favor del imputado y que el consentimiento de éste o la decisión del juez no deben ser entendidos como derogatorios de la caducidad registral en desmedro de los intereses de aquel sujeto procesal. En este sentido es interesante destacar lo expresado por el diputado CORTESE en su dictamen sobre el proyecto de ley: “además, la pena podrá ser informada cuando medie expreso consentimiento del interesado, por entenderse que en este caso juega en su propio beneficio”.

Es cierto que la ley podría haber sido más clara. Sin embargo, no cabe dar otra inteligencia al texto sin alterar el sistema y el espíritu de la reforma. En efecto, si bien es difícil imaginarse que el imputado, con asistencia técnica, pueda solicitar la comprobación de un antecedente que tenga entidad perjudicial en su contra —lo que de todas maneras puede ocurrir—, no lo es en el segundo supuesto, en el que son los jueces quienes disponen la aplicación de la excepción.

No obstante lo recién expuesto, pensamos que la última parte del párrafo que estudiamos no puede entenderse sino como que el requerimiento de antecedentes por cualquier autoridad judicial —penal o no— debe fundarse en la necesidad concreta de aquéllos como prueba de algún aspecto del objeto procesal de la causa en la que se materializa el pedido y nunca tomando los informes procesales como *hechos* en sí mismos.

10. La última parte del artículo contiene una interpretación auténtica de la ley penal: *la violación de la prohibición de informar será considerada como violación de secreto en los términos del artículo 157, si el hecho no constituyere un delito más severamente penado.*

La disposición es subsidiaria. Como está relacionada con el artículo 157, que es doloso, debe interpretarse que también lo es. En consecuencia, la información suministrada por imprudencia o negligencia queda fuera de la sanción penal.

En el Senado se encuadró bien a la conducta punible en la figura especial de la violación de secretos en vez de hacerlo en la genérica del abuso de autoridad del artículo 248, como lo hacía el Proyecto del Poder Ejecutivo.

11. Las faltas se hallaban en el Proyecto citado y fueron extraídas de él por el Congreso de la Nación con el fin de estudiar el tema con más detenimiento.

Sin embargo, salvo disposición de una ley en contrario, que tendría el mismo rango legislativo que el Código Penal para disponer sobre el punto, creemos que por obra del artículo 51 de dicho cuerpo legal, aplicable a disposiciones penales especiales por su artículo 4° y porque las fallas son cuantitativamente menores que los delitos, no puede informarse sobre ellas a partir de los cinco años de su extinción. Ello así sobre la base de tomar en cuenta la hipótesis correspondiente a la pena menos grave (art. 51. 3°).

A su vez, tampoco se puede informar sobre su existencia una vez concluidas —en cualquier forma procesal— por una resolución favorable al imputado.

a. Es de aplicación absoluta, en cambio, y debe ser aplicada automáticamente por el juez, la disposición que veda la libertad condicional a los reincidentes (art. 14, Cód. Pen.).

b. También es de efectiva imposición, como dijimos, sin sujeción a apreciación judicial, la norma del artículo 52, que exige además de cuatro a cinco condenas a penas privativas de libertad, que medie entre ellas reincidencia múltiple.

III. *Los habituales*

1. La ley argentina no sigue, para la habitualidad, el mismo sistema que para la reincidencia. En primer lugar, no la define en ninguna parte; en segundo lugar, se limita a exponer todo su régimen a través de la medida de seguridad prevista en el artículo 52, que toma en consideración la existencia de reincidencia múltiple y la cantidad y monto o montos de las condenaciones previstas. El concurso de delitos ya no da lugar a habitualidad.

Puede decirse que, en doctrina, el carácter de delincuente habitual resulta de la inclinación al delito; es una costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos. La habitualidad es, por una parte, más que la reincidencia, en razón de que no basta con la repetición de infracciones, pues es preciso que esa insistencia constituya costumbre y se incorpore al modo de ser o de obrar del sujeto. Es, por otra parte, menos que la reincidencia, porque no hace falta para reconocer la habitualidad que se haya dado la hipótesis de reincidencia, es decir, el pronunciamiento de la o las condenas anteriores, pudiendo resultar de la reiteración (JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, pág. 542).

El criterio doctrinal expuesto no aparece muy claramente manifiesto en la previsión del artículo 52 del Código Penal argentino.

En efecto, éste exige reincidencia múltiple para que tenga lugar la aplicación de la medida de seguridad eliminadora del artículo 52, que no tiene aplicación en caso de reiteración delictiva.

2. Entre la reincidencia y la habitualidad pueden señalarse, en la ley nacional, puntos de contacto y algunas diferencias.

Para ser habitual hay que ser reincidente. En cambio, se puede tener la calidad de reincidente sin ser habitual.

Es reincidente sin ser habitual, quien ha sido condenado más de una vez por sentencia firme a penas privativas de la libertad que, en conjunto, no reúnen las características de número, monto y especie determinados por cualquiera de los incisos del artículo 52, en el que se prevé la habitualidad.

En cambio, con el nuevo texto del artículo 52 (ley 23.057), no se puede ser habitual sin ser reincidente.

El artículo 52 reza: *Se impondrá reclusión por tiempo indeterminado, como accesorio de la última condena, cuando la reincidencia fuere múltiple en forma tal que mediaren las siguientes penas anteriores: 1°. Cuatro (4) penas privativas de la liber-*

tad, siendo una de ellas mayor de tres (3) años; 2°. Cinco (5) penas privativas de libertad, de tres (3) años o menores. Los tribunales podrán, por una única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesoria, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el artículo 26.

Dentro de este criterio, si no hay reincidencia múltiple entre las condenaciones que exige el artículo 52 por haber transcurrido entre alguna de ellas el plazo de prescripción de la reincidencia (art. 50, últ. párr.) o por darse el plazo de caducidad registral a que se refiere el artículo 51 del Código Penal, no es posible imponer la medida.

Para la procedencia de la accesoria es necesario, pues, que se den los siguientes requisitos:

a. Que el *habitual* haya sido condenado a cuatro penas privativas de la libertad, siendo una de ellas mayor de tres años o a cinco penas privativas de la libertad (art. 52, incs. 1° y 2°).

Cuando la ley se refiere al monto de las penas privativas de la libertad, lo hace con relación a la pena concretamente impuesta y no con respecto a la penalidad abstracta fijada por la ley (Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. V, pág. 517).

b. Que esas condenas sean *anteriores* a la que motiva la accesoria. Ello quiere decir que recién en la quinta (art. 52, inc. 1°) o sexta (art. 52, inc. 2°) condena es aplicable la medida de seguridad.

c. Que haya reincidencia múltiple entre todas las condenas (más precisiones, LEDESMA, G.A.C., *Las reformas...*, cit., págs. 91 y sigs.).

La medida no es obligatoria en todos los casos. Ella puede ser dejada en suspenso por una única vez, por resolución que debe ser fundada por el juez, bajo pena de nulidad (arts. 52, *in fine*, y 26, Cód. Pen.). No se refiere la ley, como lo hacía la derogada, a la *menor peligrosidad del reo* como fundamento para la obtención de ese beneficio; pero, no obstante, ello podrá ser tenido en cuenta por el magistrado al resolver.

El artículo 53, por su parte, autoriza a que, luego de transcurridos cinco años de cumplimiento de la accesoria puede obtenerse la libertad condicional respecto de ella en las condiciones compromisorias establecidas en el artículo 13 del Código Penal. Dicho plazo de cinco años se cuenta a partir del cumplimiento de la pena.

3. La habitualidad se rige, pues, por lo dispuesto en el artículo 52 para aplicar la reclusión accesoria por tiempo indeterminado:

a. A los efectos de la medida de seguridad prevista en el artículo 52, la ley, en su redacción original, sólo tomaba en cuenta la cantidad y el monto de las condenas dictadas o el número de delitos cometidos y el monto de la pena fijada —en la ley— para dos de ellos.

No obstante que el Código, en el último apartado del artículo 52, al referirse al concurso de delitos, habla de que dos de ellos *tuviesen fijada* pena mayor de tres años de prisión, la Cámara del Crimen de la Capital ha entendido que, en tal caso, la pena a tomar en cuenta no es la fijada en la ley para cada uno de los delitos, sino la que hubiere debido fijarse en el caso concreto para cada uno de ellos aisladamente considerados (*Fallos*, t. V, pág. 517). Se persiguió con ello atenuar el rigor de la norma original.

b. Por la ley 12.997, la medida ha dejado de ser obligatoria en todos los casos, pudiendo suspenderse su aplicación por una sola vez, *en los casos de menor peligrosidad* en el condenado (art. 1º, ley 12.997); y debe cumplirse en un establecimiento adecuado y especial de la Nación (art. 115, Ley Penitenciaria Nacional).

La misma ley 12.997 reformó la disposición que comentamos, fijando las condiciones para solicitar la libertad condicional, con arreglo al artículo 13 del Código Penal, a los diez años, a los condenados a quienes se ha impuesto la medida por aplicación de los incisos 1º y 2º del artículo 52, y a los cinco años, cuando se trate de las hipótesis contenidas en los incisos 3º y 4º. Los cinco o los diez años comienzan a contarse a partir del cumplimiento de la pena (art. 53).

La resolución que conceda la libertad se basará en que el condenado hubiere dado prueba de buena conducta y de aptitud y hábito para el trabajo, y en que verosímilmente *no constituye un peligro para la sociedad*. Sobre las diferencias entre el régimen de la libertad condicional que consideramos y la regulada en el artículo 13 del Código Penal para quienes están cumpliendo una pena, véase lo que decimos al tratar la libertad condicional.

PARTE CUARTA
LA REACCIÓN PENAL

PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

§ 35

NOCIONES GENERALES

Hoy no se puede decir que todos los delitos tengan como consecuencia una pena, ni que sea la pena la única consecuencia del delito. La reacción penal ha experimentado una evolución en el sentido de admitir que también los *inimputables* son susceptibles y están necesitados de resocialización, en la medida en que ejecuten acciones delictuosas y resulten sujetos peligrosos. Se vio, también, la necesidad de disponer de otros medios de reacción penal para aquellos sujetos sobre los que la pena no ha ejercido los efectos que eran de esperar.

Esos medios, distintos de la pena de que dispone el Derecho Penal moderno, reciben la denominación genérica de *medidas de seguridad*, están previstas también en la ley penal y cumplen función de prevención especial.

I. *La pena*

1 — CONCEPTO DE LA PENA. Comúnmente se ha concebido la pena como un mal que se impone a quienes han cometido un delito. Desde este punto de vista, se la considera como una reacción contra quienes atacan a la sociedad. Este concepto era ya conocido en la época de *ULPIANO*, para quien “la pena es la venganza de un delito”; *VON LISZT* define la pena como el mal que el juez inflige al delincuente, a causa del delito, para expresar la reprochabilidad social con respecto al acto y al autor (*Tratado*, T. III, § 58, I). Por su parte, *MAGGIORE*, des-

pués de decir que el principio de *retribución* es el que mejor refleja el contenido y la naturaleza de la pena, la define como “un mal conminado e infligido al reo dentro de las formas legales, como retribución del mal del delito para reintegrar el orden jurídico injuriado” (*Derecho Penal*, Vol. II, pág. 263).

2 — NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LA PENA. En este aspecto, se acostumbra distinguir dos grandes etapas o grupos. Una, la de la *pena fin*, porque se la considera como teniendo *un fin en sí misma*, que se cumple con una sola aplicación. Otra, la de la *pena medio*, en la que se le da ese carácter con el objeto de intimidar o de colocar al delincuente en situación de que no pueda volver a delinquir.

Los fines que se asignan a la pena, presuponen que ésta sea un mal para quien la sufre, como lo es en todos los ordenamientos jurídicos positivos, pues toda pena significa una supresión o restricción de los bienes jurídicos de que goza el condenado, ya sea que recaiga sobre la vida, la libertad, el patrimonio o el honor del penado (CHICHIZOLA, M. I., *La regulación jurídica de la ejecución penal*, Buenos Aires, 1962, pág. 6).

El modo tradicional de agrupar las teorías que se refieren a la función de la pena ha sido objetado como ilegítimo, ya que puede afirmarse que ninguna de ellas ha dejado de reconocerle un fin. Puede decirse, como lo hace ANTOLISEI, que todas las teorías, no obstante la aparente gran variedad, se mueven alrededor de tres ideas fundamentales: la “retribución”, la “intimidación” y la “enmienda” (*Manuale*, pág. 356). Veamos el contenido de esas ideas.

1. *Retribución*. Para las teorías comprendidas en esta tendencia, al delincuente que ha transgredido una norma jurídica se le aplica el castigo que merece. La pena es, por consiguiente, *la retribución que sigue al delito*, según la conocida definición que de ella da Hugo GROCIO, y que reproduce luego PUFFENDORF: *malum passionis quod infligibitur ob malum actionis* (GROCIO, *De iure belli ac pacis*, T. I, Lib. II, Cap. XX, I, 1; PUFFENDORF, *De iure naturae et gentium*, T. II, Lib. VIII, Cap. III, § VII).

Dentro de este grupo existen dos enfoques que pueden considerarse los principales: la *retribución moral* y la *retribución jurídica*, cu-

yos más clásicos representantes fueron KANT y HEGEL, respectivamente.

a. *Retribución moral.* Para quienes ven en la pena una retribución moral, así como el bien debe premiarse, el mal merece su castigo. Es un imperativo categórico, un mandato derivado de la ley. La pena debe existir, independientemente de su utilidad, por cuanto así lo exige la razón, y ser aplicada al individuo solamente porque ha cometido un delito (KANT, *Crítica de la razón práctica*, Cap. II, § 7).

b. *Retribución jurídica.* Los partidarios de la retribución jurídica sostienen que, al cometerse un delito, el individuo se rebela contra el Derecho, necesiéndose, en consecuencia, una reparación —la pena— para refirmar de manera indubitable la autoridad del Estado. HEGEL dio a esta doctrina una forma dialéctica. Según este autor, dos negaciones están en pugna. El delito, negación del Derecho, y la pena, negación del delito. La pena es, pues, la negación de una negación y el mal de ella debe ser igual, en valor, al mal del hecho cometido (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 100).

Señala WELZEL que la significación de la teoría de la *retribución jurídica* radica en haber indicado, con la justificación de la pena, también su principio de medida: sólo dentro del margen de una retribución justa —dice— está justificada la pena, proporcionalmente a la gravedad de la culpa, que va de los delitos más graves a los más leves. La apreciación del merecimiento de pena de un hecho está sujeta a la corriente histórica, en relación con el cambio de valor de *oèdis.tas épocas*, y sin perjuicio de la identidad del principio mismo de medida. Como se trata de medir, no magnitudes del ser, sino relaciones de valor, el principio de medida puede dar, también dentro de la misma época, solamente valores límites, por encima o por debajo de los cuales la pena resultaría injustamente grave o injustamente leve (*Derecho Penal*, § 28, II, I, b).

2. *Intimidación.* Según estas doctrinas, la pena, que implica un sufrimiento, tiene por finalidad evitar los delitos por medio del temor que inspira.

FEUERBACH y ROMAGNOSI, con sus teorías de la *coacción psíquica* y del *contraimpulso*, respectivamente, pueden considerarse como los más caracterizados representantes de estas tendencias.

El primero afirma que el fin principal del Estado es mantener inalterable el Derecho. Como según este autor la fuerza que obliga a los hombres a incurrir en delitos es de naturaleza psicológica, es decir, sus pasiones y sus apetitos, que los impulsan a procurarse un placer, es necesario, a fin de eliminar ese impulso psicológico, que todos sepan que a su hecho le seguirá, sin duda alguna, un mal mayor que el derivado de la no

satisfacción de su deseo. Esa amenaza de pena, esgrimida por el Estado, tiende a demostrar a los individuos la desventaja de violar la ley (*Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1847, págs. 8 y sigs. y 153 y sigs.).

ROMAGNOSI estima que el Derecho Penal tiende a evitar delitos futuros que ponen en peligro las condiciones de existencia de la vida social, y ello se logra por medio de la amenaza de una pena. Así, a las fuerzas que impulsan al delito, se opone la pena que disuade al individuo de transgredir la ley, representando una fuerza repelente o *contraimpulso* (*Genesi del Diritto Penale*, Firenze, 1834, págs. 76 y sigs. y 158).

Estas teorías, que señalan la importancia de la pena como amenaza dirigida a la colectividad, sólo tienen en cuenta el aspecto preventivo con respecto al posible autor del delito (prevención general), prescindiendo del momento de la retribución jurídica y de la prevención especial. Además, *se confunde lo que la pena es con el objeto o fin que con ella se persigue*: en este caso, intimidar.

3. *Enmienda*. Las teorías de la enmienda, llamadas también *correccionalistas*, tienden a evitar que el delincuente reincida procurando su reeducación. La función de la pena es, entonces, mejorar al reo, consiguiendo su enmienda. La pena deja así de ser un mal.

Definido representante de esta tendencia fue ROEDER, quien afirma que el delito cometido demuestra que la persona está necesitada de un mejoramiento moral y una severa disciplina que la encauce para volver a ser útil a la sociedad (*Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, Madrid, 1876, págs. 29 y sigs.).

Siguen a ROEDER, especialmente, AHRENS (*Corso di diritto naturale*, págs. 321 y sigs.) y KRAUSE (*System des Rechtsphilosophie*, 1874). Pero la teoría *correccionalista*, como también se la denominó, alcanza su mayor esplendor en España, a través de la obra de Pedro DORADO MONTERO.

Para DORADO MONTERO, el delito es una creación humana. Es el Estado, supremo ordenador jurídico, quien determina cuáles son los hechos ilícitos, según las necesidades y los fines por él perseguidos. Partiendo de ese concepto, hace notar cómo la distinta valoración de las acciones varía según el ordenamiento en que se las haga encajar y "según el criterio y las ideas del ordenador".

Siendo así, la voluntad del delincuente, que DORADO MONTERO reconoce como causa del delito, es la consecuencia de una serie de circunstancias que hacen que, en cierto modo, ignore esas reglas convencionales de convivencia. Y la pena no puede perseguir, castigar, ni retribuir, sino educar al criminal para evitar la comisión de nuevos delitos.

Crítica. Se critica a la teoría de la enmienda que es generalizadora. Se dice que es innecesaria para quienes han cometido delitos culpables o políticos; se señala, también, que prescinde de los criterios de retribución e intimidación. Lo mismo que las teorías de la intimidación, ésta de la enmienda *confunde el concepto de lo que la pena es con el fin que ella debe proponerse.*

3 — LA PENA EN SÍ Y SUS FINES. De lo dicho se echa de ver la confusión o identificación de los conceptos de la naturaleza y el o los fines de la pena. Desde el punto de vista ontológico, es decir, de lo que la pena es *en sí*, como objeto jurídico, tiene *naturaleza retributiva* (MEZGER, CUELLO CALÓN, NÚÑEZ, VASALLI).

Esta esencia retributiva de la pena no obsta a que tenga diversos fines, que deben fijarse separando previamente las etapas por las que se atraviesa. Mientras está en la ley, es una amenaza o si se quiere una advertencia del Estado para quienes la violen; en una segunda etapa, el magistrado la aplica a quienes se han hecho merecedores de ella, y, finalmente, se la ejecuta. Pasa, pues, por tres fases: legal, judicial y ejecutiva.

a. La pena, en su *finalidad*, en cuanto es *amenaza* contenida en la ley, no hay duda de que tiende a ejercer *coacción psíquica* o *psicológica* sobre los componentes del grupo, con el propósito de mantener el orden jurídico establecido por el Estado. La función de la pena en esta fase es de *prevención general*.

b. La pena, al ser aplicada por el juez, es específicamente *retribución*, o *compensación jurídica*, pues es el momento en que, para el Derecho, se restablece el orden jurídico. No debe entenderse por restablecimiento del orden jurídico la vuelta de las cosas a su estado anterior al delito, sino el restablecimiento del imperio del Derecho.

c. En la tercera etapa, cuando la pena se cumple, el fin que se persigue es la *enmienda* o *reeducación*, con miras a la *prevención especial*.

4 — MEDIOS ADECUADOS PARA LA REALIZACIÓN DE LOS FINES ASOCIADOS AL DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO. Ya se dijo que para la llamada Escuela Clásica, la pena es *retribución* y un medio de *tutela jurídica* que la sociedad ejerce de sus intereses, y el *único medio*

de realizarla (CARRARA, *Opuscoli*, Vol. I, Estudios V y VI, págs. 191 y 221; *Programa*, Parte General, § § 622-623).

La Escuela Positiva sustituye el concepto de *retribución y tutela* por el de *defensa social* y reemplaza el término *pena* por el de *sanciones*, comprendiendo dentro de éstas las *penas y las medidas de seguridad*.

No se habla ya de mal ni de retribución, sino de *readaptación*; se trata de convertir a quien ha delinquido en una persona capaz de convivir en sociedad, debiendo ser adecuada la sanción a la personalidad del delincuente y no proporcionada al delito. Se llega así a una escala de sanciones que va desde el perdón y la simple reprimenda judicial, hasta la reclusión por tiempo indeterminado, según lo requiera la *peligrosidad* del delincuente.

II. *Las medidas de seguridad*

I — NATURALEZA Y FUNDAMENTACIÓN. Con los conceptos de *peligrosidad y defensa social*, resultó posible y lógica la aplicación de sanciones a los alienados y la reeducación de los menores mediante medidas tutelares.

Surgieron así las llamadas *medidas de seguridad*, que según el criterio que se tenga de la pena, se distinguen o no de ella, en cuanto a su naturaleza.

Las medidas de seguridad pueden agruparse en doctrina en tres categorías principales: *eliminatorias*, como la reclusión de los habituales; *educativas*, concernientes a los menores, que modernamente se las independiza con el carácter de medidas tutelares; *curativas*, relativas a los alcoholistas, alienados, etcétera.

Las medidas de seguridad que se aplican a los inimputables se fundamentan no sólo en el peligro individual revelado a través de una acción típica y antijurídica, sino también en un *juicio de atribución* (atribuibilidad) del acto al autor. En cambio, para las medidas de seguridad destinadas a los imputables, su fundamento y medida estriba en la *peligrosidad* que, sumada a la culpabilidad, determina para estos sujetos una responsabilidad asegurativo-social (MAURACH, *Tratado*, T. II, § 31, II, A; JIMÉNEZ DE ASÚA, “Las penas y las medidas de seguridad”, en *El Criminalista*, t. II, 2ª serie, pág. 175. Ponencia al tercer tema del

VI Congreso Internacional de Derecho Penal). El fin de las medidas de seguridad es siempre la *prevención especial*.

2 — RELACIÓN CON LAS PENAS. ASIMILACIÓN O DISTINCIÓN. Frente a la realidad y a las exigencias de la lucha contra el crimen, nadie niega hoy, en el orden práctico, la necesidad de las medidas de seguridad.

La divergencia surge cuando se trata de determinar su naturaleza y su relación con las penas, y aun su inclusión o exclusión de la ley penal. Esta disidencia ha agrupado a los autores en dos bandos: los que sostienen la distinción y los que asimilan la pena a la medida de seguridad:

a. *Tesis de la diferenciación*. BIRKMEYER afirma que la pena es siempre retribución, mientras que la medida de seguridad es prevención (*Srafe und sichernde Massnahmen*, München, 1906, págs. 15 y 22). Igual temperamento sustenta GARRAUD, para quien son diferentes en su carácter, ya que la primera se aplica como compensación del mal de que se es autor, y la segunda se emplea contra individuos peligrosos con propósito de educación o seguridad (*Traité*, T. I, pág. 612).

b. *Tesis de la asimilación*. GRISPIGNI encuentra una similitud completa entre *penas y medidas de seguridad*, ya que ambas tienen un carácter preventivo (*Derecho Penal italiano*, T. I, págs. 30 y sigs.). Para VON LISZT, la profunda oposición entre ambos conceptos está en contradicción con las relaciones efectivas (*Tratado*, T. III, § 58, I, 3). Eusebio GÓMEZ dice que tanto las penas como las medidas de seguridad son medidas de prevención contra el delito. Ambas constituyen una entidad única, y las diferencias que pueden existir entre ellas no son sustanciales sino de simple régimen (*Tratado*, T. I, págs. 576 a 578). Vuelve a confundirse el objeto con su fin.

c. *Conclusión*. La circunstancia de que se englobe bajo un solo rubro de *sanciones* a las penas y a las medidas de seguridad, de ninguna manera significa desconocer las sustanciales diferencias cualitativas entre ambas instituciones. Ese agrupamiento tiene su razón de ser en el Derecho actual porque ambas son formas de *reacción penal* (MAURACH, *Tratado*, T. II, § 57, I, págs. 489 y sigs.; MEZGER, *Derecho Pe-*

nal, Libro de estudio, § 109; CHICHIZOLA, *La regulación jurídica de la ejecución penal*, pág. 6).

La pena y la medida de seguridad son instituciones cualitativamente distintas. Son también otros su fundamento y su fin. Por otra parte, las medidas de seguridad *debe aplicarlas siempre el órgano jurisdiccional*.

Para pensar así, tomamos en cuenta las siguientes razones:

a) La pena es *retribución*, esencia que no es posible admitir en las medidas de seguridad.

b) La pena se fundamenta en la imputabilidad y la culpabilidad; las medidas de seguridad que se aplican a los inimputables, desde el punto de vista jurídico, encuentran su fundamento en la atribución de una acción típicamente antijurídica no culpable y, en general, en la peligrosidad del individuo.

c) Las medidas de seguridad se fundan en una condición o conjunto de condiciones personales del individuo, por lo que han de ser *indeterminadas*, puesto que mientras la peligrosidad exista, la medida sigue siendo necesaria. La pena, en cambio, debe ser *determinada de antemano*. Indeterminado no significa perpetuo, sino sin tiempo fijo de duración.

d) En el ordenamiento legal argentino, las penas y las medidas de seguridad tienen en común proponerse ambas, como fin último, la readaptación o resocialización del individuo, procedimiento racional para dar cumplimiento a la *prevención especial* (art. 1º, decreto-ley 412/58).

Por último, por razones de garantía, consideramos necesario que las medidas de seguridad sean impuestas por el juez, como consecuencia de la ejecución de un hecho punible.

3 — REMISIÓN. Las medidas de seguridad contempladas en el Código argentino las hemos considerado de acuerdo con su función específica, al ocuparnos de los autores a quienes les son aplicables: las cu rativas al tratar la imputabilidad, las tutelares con el estudio de los menores, y las que son de aplicación a los inimputables conjuntamente con las penas, con el estudio de los habituales.

EL SISTEMA Y LA INDIVIDUALIZACIÓN PENAL

1 — UNIDAD Y PLURALIDAD DE PENAS. Mucho se ha discutido en doctrina sobre la conveniencia de la unidad o la pluralidad de las penas.

a. A favor de la unidad de penas se alega especialmente: 1° siendo el fin de la pena en todos los casos resocializar al condenado, la pluralidad no se justifica; 2° razones de economía para el Estado, ya que se evitan cuantiosos gastos por la organización de diversos regímenes en la ejecución, lo que, por lo común, los hace impracticables.

b. En defensa del sistema de la pluralidad se dice: 1° la variedad de penas favorece su adaptación a las múltiples categorías de delincuentes; 2° no se puede someter a la misma clase de pena a los culpables de delitos graves y a los de infracciones de carácter leve; 3° contraría el principio de legalidad de las penas, fijar en la sentencia su duración, y dejar al arbitrio de la autoridad penitenciaria su forma de ejecución.

El Código argentino, en su artículo 5°, adopta cuatro penas: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

Para permitir la individualización de la pena, las leyes contienen instituciones y sistemas de previsión de las amenazas penales, que se traducen en márgenes bastante amplios dentro de los cuales puede quedar comprendida la forma de reacción que el juez elija. Y no solamente en el momento de la sentencia sino, también, durante la ejecución de la pena, como ocurre con la libertad condicional.

Es útil considerar los medios legales más frecuentemente utilizados para la individualización penal.

2 — PENAS ALTERNATIVAS Y PARALELAS. Los Códigos establecen penas que se encuentran equiparadas respecto a la *actividad selectiva* del juez. Son las denominadas penas *alternativas* y *paralelas*.

a. Las penas son *alternativas* cuando el Código deja al arbitrio del juez la elección entre dos o más que pueden ser de la misma naturaleza (por ej., reclusión o prisión), y que no coinciden en su duración (art. 81, inc. 1º, Cód. Pen., que reprime con prisión de tres a seis años o prisión de uno a tres, al homicidio emocional o al preterintencional), o de distinta naturaleza, como la multa y la prisión, como ocurre, por ejemplo, en el artículo 110 del Código Penal, que castiga la injuria con multa o prisión.

b. En las denominadas penas *paralelas*, los límites coinciden, existiendo una diferencia *puramente cualitativa*. Así, por ejemplo, el artículo 79 del Código Penal establece reclusión o prisión de ocho a veinticinco años. Ambas penas, la reclusión y la prisión, legalmente diferentes, coinciden en su magnitud.

La diferencia con el sistema de penas alternativas radica en que, mientras en éstas el juez tiene facultad de elección con alcance cualitativo y cuantitativo, en el de penas paralelas la elección se limita a la calidad de la pena a imponer.

3 — PENAS PRINCIPALES, CONJUNTAS Y ACCESORIAS. Entiéndese por penas principales aquellas que pueden imponerse solas y en forma autónoma, denominándose accesorias las que únicamente pueden ser aplicadas, complementariamente, junto con una principal.

El Código argentino enumera las penas principales en el artículo 5º: reclusión, prisión, multa e inhabilitación.

1. La *inhabilitación* puede funcionar como *pena principal* para determinados delitos, o bien como *accesoria* de la principal.

El artículo 12 del Código Penal, primera parte, la establece como accesoria al disponer: *La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito.*

2. Existen en el Código y en las leyes complementarias, otras consecuencias inherentes a las penas principales. Ellas son:

a. *Pérdida de la carta de ciudadanía y expulsión del país* (art. 17, ley 12.331, y art. 13, párr. 3º, ley 13.985).

b. *Decomiso de los instrumentos y efectos del delito*. Son instrumentos del delito (*instrumenta sceleris*) los objetos que intencionalmente han sido utilizados para consumir o intentar el delito.

Un presupuesto del comiso es que, en el momento de la sentencia, los objetos pertenezcan exclusivamente a un autor o a un partícipe. La exclusión la prevé expresamente el artículo 23, primera parte, al decir *a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable*.

Finalmente, conforme con el texto legal, los instrumentos decomisados quedan fuera del comercio; es decir, *no podrán venderse, debiendo destruirse, salvo el caso en que puedan ser aprovechados por los gobiernos de la Nación o de las provincias*.

Al suspenderse el juicio a prueba (art. 76 bis, Cód. Pen., ley 24.316) el imputado debe abandonar los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso de condena.

c. *Incapacidad civil accesoria*. En su segunda parte, el ya citado artículo 12 declara: *Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces*. Establece, pues, lo que se ha dado en llamar *incapacidad civil de los penados*, institución acerca de cuyo alcance no han logrado unificar criterio las diversas legislaciones.

Esta privación de derechos civiles rige únicamente mientras dura el encierro, y nunca es pena principal, caracteres estos que la diferencian de la inhabilitación. Es decir, el término de esta incapacidad comienza cuando empieza a cumplirse efectivamente la pena privativa de la libertad, cesando cuando concluye legalmente el encierro. No rige, por tanto, durante el período de libertad condicional (SOLER, *Derecho Penal*, T. II, § 96; NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. II, págs. 447 y sigs.; Cám. Fed. Bahía Blanca, J.A., t. 67, pág. 712).

El penado conserva su capacidad para todos los actos que la ley no enumera expresamente como prohibidos.

3. En algunas circunstancias la ley pone, para un mismo hecho, dos sanciones *que deben aplicarse conjuntamente y como penas princi-*

pales ambas. Tales penas pueden ser de prisión e inhabilitación especial, como en los casos del artículo 84, referido al homicidio por imprudencia, o el del artículo 86, al aborto causado por un médico; o bien multa e inhabilitación como en el segundo párrafo del artículo 136, que sanciona al oficial público que por no haber llenado los requisitos que la ley prescribe, autorice un matrimonio ilegal; o, por último, inhabilitación especial y multa, como en el artículo 260, que castiga al funcionario que da a los caudales públicos una aplicación diferente de aquélla a que estuvieren destinados con daño o entorpecimiento del servicio.

4 — PENAS RÍGIDAS Y ELÁSTICAS. Entiéndese por pena rígida,¹ también llamada fija, aquella cuya duración está determinada de antemano en la ley. Así sucedía en las viejas legislaciones, que para cada delito establecían la calidad y cantidad de pena que correspondía aplicar, sin consideración a la persona del autor ni a las circunstancias particulares de cada caso. Mediante ellas no es posible adecuar la sanción a la personalidad del delincuente.

Se adoptan entonces las sanciones conocidas con el nombre de *flexibles* o *elásticas*; la ley determina un máximo y un mínimo, limitando con ello el ámbito penal dentro del cual el juez debe fijar el *quantum* adecuado a la naturaleza del hecho y a la personalidad del delincuente.

Se siguen dos sistemas para determinar la pena que corresponde al caso: el sistema del *libre arbitrio judicial* y el de las *circunstancias agravantes y atenuantes genéricas*.

El primero es el adoptado por el Código argentino y consiste, como su nombre lo indica, en dejar librada a la potestad judicial la adaptación cuantitativa de la pena a la personalidad del delincuente. Para la elección cualitativa, el juez dispone de penas paralelas y alternativas.

El segundo sistema procede a determinar las circunstancias atenuantes y agravantes, debiendo el juez inclinarse hacia uno u otro extremo según el predominio de éstas o aquéllas, respectivamente.

Este segundo sistema, en realidad, no individualiza la pena con referencia al delincuente, sino que más bien se propone adecuarla con respecto al hecho.

5 — ASPECTOS DE LA INDIVIDUALIZACIÓN PENAL. La selección individualizadora y la medición de la pena, frente a un determinado au-

tor, por su concreto delito, representa el término y remate de la teoría de la pena. Es, al decir de MAURACH, el cierre y coronación de dicha teoría, ya que comprende tanto la indagación tradicionalmente llamada de la proporción entre *delito* y *pena*, como el método moderno de adaptación de la sanción al delincuente, que ha tomado el nombre de *individualización de la pena*. Aun para las concepciones que rechazan en la pena todo sentido retributivo y de prevención general, este problema constituye la proyección de las normas abstractas sobre el tipo vivido, y con ello la concreción de la idea del Derecho Penal (*Tratado*, T. II, § 62, A).

La adecuación o medición judicial de la pena, que durante mucho tiempo fue la hijastra del Derecho Penal, es la actividad más importante y difícil del juez penal. Las leyes le dejan, casi por completo, la elección en el caso concreto dentro de un amplio marco o también entre varias clases de penas para fijar la cantidad apropiada, junto con las consecuencias accesorias y otras medidas. La adecuación debe referirse a la peculiaridad individual *del hecho y del autor*, sobre la base de los principios elaborados por la ciencia y la experiencia judicial.

La individualización de la pena, la medida de la misma, está representada también por la magnitud del hecho y la naturaleza de la culpa, y no tan sólo por una medida finalista-preventiva según la duración de la peligrosidad del autor.

En la etapa de ejecución de la pena, ésta, ya proyectada definitivamente sobre el delito y el delincuente *in concreto*, tiende a lograr *la readaptación social del condenado*, como expresa el artículo 1º del decreto-ley 412 del año 1958.

a. Señala SALEILLES que en realidad no hay o no existe propiamente *individualización legal*. La ley no puede prever más que especies, ya que no conoce a los individuos, y por lo tanto, es una fase poco propicia para la labor individualizadora (*La individualización de la pena*, pág. 269).

b. La *individualización o medición de la pena por el juez*, está signada por la combinación del *dogma del acto* y el *dogma del autor*. Tiene razón MEZGER al afirmar que si bien el Derecho vigente, por razones jurídico-políticas, impide al juez una determinación *inmediata* de la pena según el carácter del autor, no es menos cierto que toda graduación a fondo de la pena conduce necesariamente de modo *mediato* a to-

mar en cuenta *la personalidad del sujeto*. Es decir, se tiende así “el puente desde la teoría general del delito a la teoría general del delincuente” (*Tratado*, T. II, § 74, pág. 409).

En efecto, la individualización judicial de la pena es, en parte, una *medida del injusto* dentro de los límites que están ya contemplados en las escalas penales de los tipos. La lesión de los intereses jurídicamente protegidos es graduable, como por ejemplo, según la gravedad de las lesiones, la exposición y daño ocasionados en el abandono de personas, el peligro corrido en los delitos contra la seguridad pública, etcétera. Es así como los tipos legales se presentan como portadores de *las valoraciones jurídico-penales*, señalando al juez *los límites* de la medida de protección de los intereses protegidos.

Esa parte objetiva del hecho ofrece únicamente *la materia bruta* de la determinación de la pena. Al considerarse que su graduación es *medida para cada autor*, comienza la segunda parte de la individualización judicial, o sea la expresión de la realización entre *acto y autor*, adecuándose la pena a las múltiples facetas *de la personalidad* de este último.

c. Finalmente, el último término de la individualización está dado por el aspecto penitenciario, que en forma directa y específica se conecta con la readaptación del condenado. Desde este punto de vista, esta tercera etapa se vincula única y exclusivamente al llamado “dogma del autor”, ya que persigue exclusivamente un fin de reeducación y resocialización del penado. Cabe señalar que a partir de la vigencia de la ley 24.660 de ejecución de la pena privativa de la libertad, dicha sanción está sometida al *permanente control judicial* (art. 3°).

6 — MEDIOS LEGALES ADECUADOS PARA LA INDIVIDUALIZACIÓN. De nada valdría la clara conciencia judicial sobre la necesidad de individualizar la pena, si la ley no diera al juez los medios de entre los cuales puede hacer la selección que crea adecuada. Y no se suponga que individualizar la pena significa siempre hacer efectiva una pena; a veces también se procede a determinar la reacción penal prescindiendo de la pena o de su ejecución. Así, al lado de las penas elásticas, paralelas y alternativas y de las medidas eliminatorias, dispone el juez de la condena condicional, de la libertad condicional, de la facultad de prescindir de la pena en los casos de tentativa de delito imposible y cuando el au-

tor es un menor, medios todos ellos apropiados para adecuar la medida penal a la naturaleza y gravedad del delito, a los móviles inspiradores y a la personalidad que el delincuente revele.

7 — EL PERDÓN JUDICIAL. Un instituto que da aún mayor libertad al que juzga, en la tarea de la elección penal, es el perdón judicial. El interés que suscita esta institución como un medio más de individualizar la pena y de evitar la aplicación de las de corto término, justifica que le dediquemos alguna atención a su aspecto doctrinal.

1. *Antecedentes.* Si bien su organización legislativa como potestad del órgano jurisdiccional del Estado es reciente, sus orígenes son remotos y se encontraban ya en las Leyes de Manú, que aconsejaban al rey reemplazar, en determinados casos, la multa por la reprensión. También en Egipto era posible que en lugar de penas leves se reprendiera al delincuente.

El derecho canónico acogió ampliamente este principio, que fue seguido por el derecho laico francés, y en España por Las Siete Partidas, y el Código de 1822. Este último aceptó el apercibimiento y la reprensión judicial que, aunque con caracteres de pena, pueden ser considerados como antecedentes del perdón judicial.

En la Francia del siglo XIX se hallan seguramente los más decididos partidarios del perdón judicial. Recordemos entre ellos a BONNEVILLE DE MARSAGNY, quien publicó una obra sobre el tema en 1864; René LAJOYE (*La loi du pardon*, 1881); DESPORTES NICHANX, que presenta el primer proyecto de ley sobre el perdón judicial; REYBERT, etcétera. También el *Proyecto de Código Penal* de 1892 contiene el perdón judicial en su artículo 66, y MAGNAUD presentó un proyecto en la Cámara de Diputados para que acordara la facultad de perdonar a los tribunales correccionales, iniciativa que luego fue imitada por el diputado MORLOT y repetida por el mismo en 1903. Similares tentativas se repiten por parte del senador BERENGER, el diputado Paul ESCUDIER en 1911, los diputados Henri CHÉRON y Ernest CAUVIN en 1917 y el diputado Paul MEUNIER en 1918. Ninguno de estos proyectos llegó a sancionarse.

2. *Fundamentos doctrinarios de la institución.* Según ANTÓN ONECA, el perdón judicial reconoce un triple fundamento: ético, técnico y práctico.

a. *El fundamento ético* radica en la piedad, pues la historia del Derecho Penal nos muestra que la reacción punitiva originada por el deseo de venganza fue evolucionando hacia el principio razonado de la de-

fensa social, siendo los sentimientos de justicia y piedad los que posteriormente demostraron el progreso del Derecho Penal, ya que hoy se trata también de reeducar y readaptar al delincuente para que pueda ser de utilidad a la sociedad.

b. *El fundamento técnico* reside en la individualización de la pena.

Nadie piensa ya en hacer abstracción del individuo y aplicar penas iguales a quienes cometan delitos iguales. Distinta ha de ser la sanción para un delincuente pasional que para uno habitual. El perdón permitirá que cuando un juez suponga que el delito constituyó un episodio aislado en la vida del delincuente, que seguramente no volverá a repetirse, pueda eximirlo de la pena, pues la influencia psicológica que ejercerá sobre el individuo acaso sea mucho más efectiva que un encierro temporario.

c. *El fundamento práctico* reside en la necesidad de suprimir la ficción, ya que bien sabemos que a ella recurren los tribunales o jueces para no condenar a individuos que no merecen sanción, simulando una inexistencia de culpabilidad, absolviendo injustamente o aplicando al caso por analogía alguna eximente contenida en la ley. Esto se observa con mayor frecuencia en los juicios por jurado, en los que muchas veces se deja de lado la ley en mérito a la equidad y se declara inocentes a personas a quienes se considera culpables, para evitarles una pena excesiva (*El perdón judicial*, Madrid, 1922, págs. 6 y sigs.; puede verse RAPPAPORT, Estanislao, *La loi du pardon*, Paris, 1911, págs. 25 y sigs.).

3. *El Código Penal argentino no contempla el perdón judicial*. La institución fue adoptada por el Código de Faltas de la Municipalidad de la Capital, en su artículo 5º: “Cuando mediaren circunstancias que hicieran excesiva la pena mínima aplicable y el imputado fuera primario, podrá imponerse una sanción menor o perdonarse la falta”.

El Digesto Marítimo y Fluvial permite perdonar las faltas perpetradas en algunos de los ríos y canales navegables, en ciertos casos, aun cuando autoriza la reprimenda personal y la advertencia de que la reincidencia será penada.

El *Proyecto* de 1941 (PECO) dispone en el artículo 80 que: “el tribunal podrá conceder, excepcionalmente, el perdón judicial al autor de un primer delito, cuando por la levedad especial del hecho y los motivos determinantes o por la concurrencia de cir-

cunstances extraordinarias de mínima peligrosidad existen muchas posibilidades de que no volverá a delinquir”.

El *Proyecto* de 1941 establece en su artículo 62: “cuando el imputado no registre ninguna condena anterior por delito o contravención penal y presentase mínima peligrosidad con concurrencia, por lo menos, de la circunstancia enunciada en el artículo 55, inciso 1º, se le podrá conceder perdón judicial siempre que la sanción prevista en la ley para el delito no excediera de cuatro años de prisión o fuera una pena de naturaleza menos grave”. El inciso 1º del artículo 55, al que se refiere, considera circunstancia de menor peligrosidad el “haber vivido en forma correcta”.

8 — LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN EL DERECHO ARGENTINO. Luego de lo expuesto, podemos señalar sintéticamente los medios que el Código argentino ofrece al juzgador para individualizar la pena.

A. INDIVIDUALIZACIÓN LEGAL. En el derecho positivo argentino la *individualización legal de la pena* se logra mediante los siguientes elementos:

a. *Por medio de magnitudes de penas, en general, delimitadas por un máximo y un mínimo.*

Si bien en los casos de homicidio cualificado (art. 80, Cód. Pen.) el legislador ha reducido el marco legal, no obstante ello el juez, al individualizar la pena, puede elegir entre la prisión o la reclusión, y entre aplicar o no la medida de seguridad prevista en el artículo 52. En la traición del artículo 215, la elección queda reducida a la especie de pena perpetua.

Las amenazas penales absolutamente indeterminadas son extrañas al derecho positivo argentino. Son absolutamente indeterminadas aquellas que sin contener especie ni magnitud penal alguna, se limitan a la declaración de que una determinada acción debe ser “castigada”. Un precepto de tal naturaleza sería violatorio del artículo 18 de la Constitución Nacional, ya que el principio *nulla poena sine praevia lege poenale* debe entenderse también en el sentido de *ninguna pena sin anterior amenaza penal determinada por la ley*.

b. El Código argentino no establece *causas genéricas de agravación o atenuación de la pena*. Existen tan sólo *circunstancias específicas* que modifican la escala penal o *figuras* agravadas o atenuadas.

c. Favorece el legislador la difícil tarea de individualizar la pena con el distinto trato legal que da a los *delincuentes primarios* y a los *reincidentes*, diferenciando estos últimos de los *habituales*. La conse-

cuencia de este tipo de individualización legislativa adquiere importancia frente a institutos como la condena condicional, la libertad condicional y la reclusión por tiempo indeterminado para el habitual.

B. INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL. En el Código Penal argentino, *la medición judicial de la pena*, dentro de los límites de la escala penal amenazada, se logra principalmente por medio de las normas generales consagradas en los artículos 40 y 41.

A poco que se examine el artículo 41, se distinguen circunstancias objetivas que toman en cuenta el *dogma del acto*, tales como la naturaleza de la acción, la extensión del daño y el peligro causado, y circunstancias subjetivas, como la edad, la educación, la calidad de los motivos, que se fundamentan en el *dogma del autor*.

Todas esas circunstancias son elementos para determinar *la peligrosidad* y con ella la medida de la pena (NÚÑEZ, *Manual*, pág. 330).

La aplicabilidad de las circunstancias enumeradas no tiene un carácter limitado. Se halla regida por el principio *non bis in idem*. Cuando dichas circunstancias han sido valoradas previamente por la ley para estructurar la figura delictiva básica o la forma cualificada, su nuevo cómputo por el juez en la individualización de la pena importaría la violación de aquel principio (NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. II, págs. 464/465).

C. INDIVIDUALIZACIÓN PENITENCIARIA. La individualización penitenciaria se cumple conforme con lo que dispone la ley 24.660 sobre ejecución de la pena privativa de la libertad, que proclama un amplio fin de educación y reinserción social del penado. Tal fin surge con absoluta claridad del artículo 1º de aquélla: *La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas su modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad*.

La ley, que tiene como antecedentes a la Ley Penitenciaria Argentina y la Ley Penitenciaria Nacional (dec.-ley 412/58, ratificado por la ley 14.467), mantiene la *progresividad del régimen*, constituido por *períodos de observación, tratamiento, prueba*, este último con salidas transitorias y semilibertad, como pasos para llegar al *período de libertad condicional* (arts. 12 y sigs.). Con razón, el nuevo régimen abandonó las calificaciones del encarcelado que contenía la ley derogada (fá-

ilmente adaptable, adaptable, difícilmente adaptable), determinando (art. 6º) que la progresividad procuraba limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados, *promoviendo en lo posible su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina* (véase el comentario de la ley al tratar el régimen carcelario).

Cabe señalar que la ley 24.050 de Organización de la Justicia Penal Nacional, creó los juzgados nacionales de ejecución penal, que ya funcionan, con la competencia que les asigna el artículo 493 del Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984). Son sus funciones: controlar que se respeten las garantías constitucionales y los tratados internacionales con relación al trato de las personas privadas de su libertad; vigilar el cumplimiento por parte del imputado de las reglas relativas a la suspensión del juicio a prueba; controlar el efectivo cumplimiento de las sentencias de condena y colaborar en la reinserción social de los liberados condicionalmente.

9 — CÓMPUTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA. El Código contiene, en el capítulo destinado a las penas, una disposición referida al modo cómo debe ser computado el tiempo de prisión preventiva cumplida durante el proceso. Con este cómputo se establece, en definitiva, la pena que el condenado debe cumplir *a partir del momento en que la sentencia queda firme*. Tal cómputo es obligatorio para el juez, cualquiera sea la especie de pena que se aplique. El procedimiento responde a la necesidad de que se dicte la pena justa. Pero también tiene importancia para la fijación del máximo de pena a cumplir en los casos de concurso de delitos y aplicación de pena única.

1. *Modo de hacerlo*. El artículo 24 del Código Penal establece: *la prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva, uno de reclusión; por un día de prisión preventiva, uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa que el tribunal fijase entre treinta y cinco y ciento sesenta y cinco pesos* (ley 24.286).

La prisión preventiva debe computarse hasta la sentencia definitiva, refiriéndose la regla del artículo 24 a la sufrida en el proceso mismo en que ha sido dictada condena por sentencia firme. Así lo resolvió la Cámara Federal de la Capital en un fallo dictado el 20-XII-1940, en el que expresó que la prisión preventiva sufrida por el procesado en una causa por violación terminada con sentencia absolutoria no puede computarse en el proceso en que se lo condenó por robo cometido con anterioridad, que no tuvo influen-

cia alguna en aquella detención, pues lo contrario importaría una compensación impropia no autorizada por la ley (en el mismo sentido S.C.B.A., *E.D.*, t. 10, 1965, pág. 387).

2. *La ley más favorable.* El artículo 3° del Código Penal establece que en el cómputo de la prisión preventiva se considerará *separadamente* la ley más favorable al procesado.

El artículo contiene una excepción a los principios generales que rigen la aplicación de la *ley penal en el tiempo*, según los cuales está vedada la aplicación simultánea de dos leyes seleccionando separadamente las disposiciones más favorables de cada una de ellas.

El precepto del citado artículo 3° tiene origen en el *Proyecto* de 1891 (art. 7°), estando redactado en el de 1906 en términos análogos a los del Código. La Comisión Redactora del mencionado *Proyecto* decía: "Se hace notar que de las dos leyes una puede ser favorable al procesado en un punto, en la benignidad de la pena, pero desfavorable en el cómputo de la detención preventiva, y que en estas condiciones hay que aplicar las dos leyes, cada una en la parte favorable".

El mismo criterio es seguido por el *Proyecto* de 1937 (COLL y GÓMEZ), artículo 2°, tercer párrafo, y por el de 1941 (PECO), artículo 3°, cuarto párrafo.

Lo expresado se hace particularmente notorio con la sanción de la ley 23.070, que estableció un cómputo preferencial para los detenidos o condenados en el período comprendido entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983.

En dicha norma, por cada dos días de reclusión, prisión o prisión preventiva se cuentan tres de reclusión, prisión o prisión preventiva para los condenados, con sentencia firme o no, o detenidos en dicho período. A su vez, a los condenados con sentencia firme o no que hubieran estado sometidos a un régimen carcelario más severo (decretos 1209/76, 780/79 y 929/80) la privación de la libertad se les computa a razón de dos días por cada día de reclusión, prisión o prisión preventiva.

Similar es lo que ocurre con la ley 24.390, que receptando lo dispuesto por el artículo 7°, apartado 5, del Pacto de San José de Costa Rica (art. 75, inc. 22, Const. Nac.) en cuanto a que *toda persona detenida tendría derecho a ser juzgada en un plazo razonable*, determinó que la prisión preventiva no puede ser superior a dos años (art. 1°), razón por la cual, transcurrido dicho lapso se computará, por cada día de prisión preventiva, dos de prisión o uno de reclusión (art. 7°).

DE LAS PENAS EN PARTICULAR

§ 37

LA PENA DE MUERTE Y LAS PENAS CORPORALES

I. *La pena de muerte*

1 — GENERALIDADES. El debate sobre la pena de muerte puede decirse que se halla agotado. La cuestión sobre si deben o no adoptarla las legislaciones ha sido exhaustivamente tratada por filósofos, escritores y penalistas, manteniéndose una enconada controversia entre sus defensores y los abolicionistas, que pese a su duración secular, no ha podido ser resuelta favorablemente en uno u otro sentido.

Se considera a BECCARIA como el promotor del *abolicionismo* en forma manifiesta y franca, quien en su libro *De los delitos y de las penas* sostuvo la mayoría de los argumentos sobre los cuales se han apoyado quienes siguen esta tendencia.

Sólo en dos casos admite la última pena: cuando una nación recupera o pierde su libertad, o en épocas de anarquía.

Numerosos son los argumentos que se han arrimado en favor y en contra de la pena de muerte, los que siguiendo a LAURENT, podemos sintetizar así:

a. *Argumentos contrarios:*

- 1° La irreparabilidad de la pena de muerte;
- 2° la inviolabilidad de la vida humana;
- 3° la irresponsabilidad de los criminales;
- 4° la falibilidad de los jueces;
- 5° la pena de muerte impide toda enmienda al condenado;

6° las penas de sangre llegan a ensangrentar las costumbres (“la sangre llama a la sangre”);

7° la pena de muerte atenta contra la dignidad humana;

8° la pena de muerte sirve de reclame al criminal y excita al espíritu de imitación de los candidatos al crimen;

9° esta pena es contraria al progreso de las costumbres;

10 esta pena es inútil, porque:

a) no es ejemplar (ningún asesino ha sido detenido en el camino del crimen por el pensamiento del castigo supremo);

b) no es bastante severa (el gran criminal no carece de valentía y teme menos la muerte que la certeza de un castigo largo y penoso).

b. *Argumentos favorables:*

1° La pena de muerte es un instrumento de defensa social, al mismo tiempo que un instrumento de sanción moral;

2° la crueldad o la insignificancia de toda pena propuesta para reemplazar a la pena de muerte hacen que esta última sea indispensable;

3° es justa, es decir, proporcionada al delito;

4° es necesaria, porque:

a) es temida por los malhechores;

b) es temida por el público en general;

c) todo proyecto de supresión aumenta la audacia de los malhechores;

d) contradicción entre los actos y las teorías de ciertos abolicionistas, por ejemplo MARAT y ROBESPIERRE;

5° existencia inmemorial de la pena de muerte;

6° argumento lombrosiano sacado de la idea de la eliminación forzada de todo elemento peligroso para la seguridad social (LAURENT, *Les châtiments corporales*, pág. 193).

2 — ABOLICIÓN EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA PARA LOS AUTORES DE DELITOS POLÍTICOS (1853) Y COMUNES (1921). LA SITUACIÓN ACTUAL

1. La Constitución Nacional de 1853 declara en su artículo 18, parte final: *quedan abolidas para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormentos y los azotes.*

2. En lo que respecta a la abolición de la pena de muerte para los delitos comunes, se había logrado en 1921 con la sanción del Código Penal. Siempre hemos sido contrarios a la pena de muerte. El sentimiento nacional argentino se mostró en todo tiempo adverso a esta pena y aun cuando se la mantuviera en la letra de la ley, pocas veces fue ejecutada, ya sea por restricciones que la misma ley imponía, ya por la conmutación que, haciendo uso de la facultad constitucional, otorgaba el primer magistrado.

3. El Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por la ley 23.054, que tiene jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22) expresa en su artículo 4º, apartados 2 y siguientes, que en los países que no han abolido la pena de muerte ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley previa que establezca esa pena. Asimismo, que tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se los sancione actualmente con ella.

Señala, también, que no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido, que ésta no se puede aplicar por delitos comunes o conexos con tales delitos ni se impondrá a personas que en el momento de la comisión del delito tuvieren menos de 18 años de edad o más de 70, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

En 1916, Rodolfo MORENO presentó el *Proyecto de Código Penal* de 1906 con diversas modificaciones, eliminando de él la pena de muerte.

En los fundamentos expresaba:

“Autores, juristas, sociólogos, poetas, discuten la pena de muerte. Repetir argumentos sería hasta de mal gusto, porque ellos se encuentran en todos los tratados. Bastaría, si se quieren autores argentinos, mencionar a los doctores RIVAROLA y HERREIRA.

”En el seno de la Comisión que redactó el *Proyecto* de 1906, las opiniones se dividieron en este punto, sosteniendo el criterio abolicionista el doctor Rodolfo RIVAROLA, que era, en mi manera de ser, el más eminente en esta materia de todos los miembros que la formaban.

”Al doctor RIVAROLA acompañó el doctor BEAZLEY, pero siendo adversa la mayoría se convino en dejar la pena, pero con tal número de restricciones que su aplicación era prácticamente difícil.

”La pena de muerte entre nosotros ha sido un enunciado de la ley. Los tribunales la aplican poco, a pesar de que la reforma la prodigó y los poderes ejecutivos cuando se pronuncian, la conmutan, no dando curso a las ejecuciones.

"Mantenerla es, como antes decía, conservar un enunciado que no tiene objeto y que contraría el sentimiento nacional. Por eso, con lo que he sostenido en diversas publicaciones, elimino del proyecto los artículos que la instituyen y reglamentan su aplicación, y modifíco, suprimiendo las palabras necesarias, los artículos que la mencionan" (Exposición de Motivos de 1917, págs. 33 a 36).

Este temperamento fue aceptado por la Comisión Federal de Legislación Penal y Carcelaria de la Cámara de Diputados, expresando que la abolición de la pena de muerte era más doctrinal que práctica, pues en la realidad muy pocas veces se aplicaba entre nosotros.

Menciona la opinión de LOMBROSO, GARÓFALO y FERRI y también los argumentos de BECCARIA, basados en el contrato social, que ya hemos examinado.

Recuerda que todos los códigos admiten la posibilidad del error en los fallos judiciales, reglamentando el derecho de revisión a fin de subsanarlo, y que ello sería absurdo frente a la irreparabilidad de la pena de muerte.

Cita la imposibilidad de que en estos casos el reo pueda reparar el perjuicio causado por el delito mediante su trabajo y la dificultad de poder afirmar con exactitud quiénes son incorregibles y quiénes no, como asimismo el ambiente nacional que la repudia y las enseñanzas de la legislación comparada, puesto que Grecia, Uruguay, Noruega, Holanda, Rumania, Venezuela, Portugal, Italia, Brasil, algunos cantones suizos y varios Estados de Norteamérica ya la habían abolido.

La Comisión de Códigos de la Cámara de Senadores mantuvo el criterio, luego de repetir los argumentos citados en la Cámara joven, mencionando la opinión de Octavio GONZÁLEZ ROURA de que no era útil y sólo servía para espantajo de supuestos timoratos, y a Rodolfo RIVAROLA, prestigioso abolicionista. Este despacho estaba firmado por los senadores J. V. GONZÁLEZ, E. DEL VALLE IBERLUCEA y P. A. GARRO.

Sin embargo, al discutirse el *Proyecto*, el senador Leopoldo MELO propuso que al artículo 5º, que enumeraba las penas, se le agregara la de muerte y se modificase el artículo 80 en el sentido de que en los casos en él enunciados se podrían aplicar las penas de muerte, reclusión o prisión perpetua.

Citaba el ejemplo de Inglaterra, Alemania y algunos Estados de Norteamérica, como asimismo la opinión de Norberto PIÑERO, Cornelio MOYANO GACITÚA, José María RAMOS MEJÍA y Diego SAAVEDRA, que integraban la Comisión que redactó el *Proyecto* de 1906.

El Senado aceptó la propuesta, incorporando la pena de muerte al *Proyecto*. La Cámara de Diputados insistió y la de Senadores se mantuvo en su posición, triunfando luego la tesis de Diputados en razón de ser la Cámara iniciadora, quedando así suprimida la pena de muerte de la legislación argentina.

El gobierno de facto de ONGANÍA, el 2-VI-1970, dictó la ley 18.701, donde se prevenía la aplicación de la pena de muerte. Si bien ésta fue una ley especial, con posterioridad se dictó otra, la 18.953, del 17-III-1971, la que incorporó la pena de muerte al Código y dispuso la posibilidad de su aplicación para varios delitos.

La ley 20.509 derogó esas disposiciones y al restablecer la vigencia de la ley 11.179 (Código de 1921) suprimió la pena de muerte de la legislación argentina.

Dicha pena fue establecida en el Código Penal argentino por la ley de facto 21.338, para diversos delitos (arts. 80 bis; 142 ter; 186, inc. d; 186 bis, inc. d; 187; 190, 4to. párr.; 190 bis, 4to párr.; 199, *in fine*; 200, 3er. párr.; 210 ter y 225 ter). Ella aparecía alternativamente fijada con la reclusión o con la reclusión y la prisión perpetuas.

La modalidad ejecutiva de la pena capital estaba determinada por el artículo 5° bis en estos términos: *la pena de muerte será cumplida por fusilamiento y se ejecutará en el lugar y por las fuerzas que el Poder Ejecutivo designe, dentro de las cuarenta y ocho horas de encontrarse firme la sentencia, salvo aplazamiento que éste podrá disponer, por un plazo que no exceda de diez días*. Durante su vigencia, entre 1976 y 1984, nunca tuvo aplicación.

II. Las penas corporales

1 — NATURALEZA. Denomínase *penas corporales* a aquellas que tienden a causar un sufrimiento o dolor físico al condenado. De ellas no solamente se hizo uso, sino también abuso, en los tiempos primitivos del Derecho Penal.

Hoy, y ya desde BECCARIA, han sido abolidas de las legislaciones de casi todos los países cultos del mundo, aun cuando una nación en la que se respeta tanto la libertad individual como Inglaterra, mantiene la Ley de Azotes —Whipping— (ley del 13-XII-1912, *Criminal Law Amendment Act*, referente a rufianes y dueños de burdeles).

En Roma era usual la flagelación (*flagella*) y la Ley de las XII Tablas establecía la rotura de miembros (*membri ruptio*). El derecho canónico utilizó la fustigación y los azotes, ya como pena, ya como penitencia.

Actualmente, en algunos países se utilizan —casi exclusivamente los azotes— como pena disciplinaria para mantener el orden en las prisiones.

La opinión dominante las repudia, pues repugnan a la conciencia pública. Están en contraposición con los sentimientos humanitarios de los países cultos, siendo el residuo de tendencias de otras épocas. Constituyen, asimismo, una sevicia inútil, produciendo un *efecto desmoralizador sobre las personas honradas y resultando inocuas para los depravados*. No llenan los fines de la pena, pues no son útiles para la seguridad material ni para la readaptación o reeducación de los delincuentes.

En esta época, en que se proclama con firme convicción el respeto a la persona del condenado y a su dignidad humana, no es posible aceptar una pena que la ofenda con la mayor violencia. Los países que forman parte de las Naciones Unidas infringirían el artículo 5° de su Declaración de los Derechos del Hombre, que proclama: “nadie será sometido a torturas, ni a penas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes”, pues el castigo corporal está entre las penas más crueles, inhumanas y degradantes.

El artículo 5º del Pacto de San José de Costa Rica, al que adhirió la República Argentina por la ley 23.054 y, según se dijo, tiene jerarquía constitucional, determina que nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, y que toda persona privada de su libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2 — ABOLICIÓN EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA. Un precepto constitucional impide la adopción de las penas corporales a las que, por otra parte, se oponen los sentimientos del pueblo argentino. La Constitución Nacional declara, en su artículo 18, que quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes.

Ya el 21 de mayo de 1813 la Asamblea dictó una ley, por imperio de la cual fueron destruidos en la Plaza de la Victoria los instrumentos de tortura.

El Congreso, el 20-VIII-1864, dictó la ley 94, que establece en su artículo 1º: “todo el que ejerciendo autoridad civil o militar hiciere azotar algún individuo, de cualquier clase o condición que fuere, será declarado inhábil para ejercer ningún empleo nacional durante diez años, sin perjuicio de las acciones a que diere lugar la gravedad del hecho”, y faculta, en el artículo 2º, a cualquier habitante de la República para acusar ante los tribunales de la Nación por la comisión de tal delito.

Otro precepto constitucional, acorde con el grado de civilización alcanzado y los sentimientos humanitarios de los argentinos, es el que establece la última parte del artículo 18 de la Constitución Nacional al determinar que “las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice”.

Por su parte, la Ley Penitenciaria Nacional dispone, en concordancia con la disposición constitucional citada, que “la ejecución de las penas estará exenta de torturas o maltratos, así como de actos o procedimientos vejatorios o humillantes para la persona del condenado. El personal penitenciario que ordene, realice o tolere tales excesos se hará pasible de las sanciones previstas en el Código Penal, sin perjuicio de las disciplinarias que correspondan” (art. 3º).

LAS PENAS QUE AFECTAN A LA LIBERTAD

I. *Naturaleza y concepto*

1 — CONCEPTO. Las llamadas *penas privativas de la libertad* consisten “en la reclusión del condenado en un establecimiento penal (prisión, penitenciaría, reformatorio, etc.), en el que permanece, en mayor o menor grado, privado de su libertad, y sometido a un determinado régimen de vida y, por lo común, sujeto a la obligación de trabajar” (CUELLO CALÓN, *La moderna penología*, T. I, Cap. IX, págs. 258 y sigs.).

a. En la época actual, las penas restrictivas de la libertad (encarcelación) ocupan el primer lugar en importancia en el ordenamiento jurídico, y han sido adoptadas por las legislaciones de casi todos los países.

La evolución experimentada por estas penas en algo más de los últimos dos siglos, la atribuye MERKEL, por una parte, al empleo cada vez menor de la pena de muerte y a la proscripción de otros medios penales que habían llegado a hacerse inaplicables, y en segundo lugar, a la propiedad que estas penas tienen de poderse acomodar a los más diferentes grados de culpabilidad y a los más diferentes fines penales (*Derecho Penal*, § 75, 2). Permiten, al decir de SAUER, la más fina individualización según la peculiaridad del autor y del hecho, así como la mejor graduación según la clase, gravedad y duración, con acomodación al grado de injusto y culpabilidad. El tratamiento hace posible la resocialización; aquí está en definitiva el porvenir del Derecho Penal (*Derecho Penal*, § 35, 2., pág. 392). No debe olvidarse, sin embargo,

que su eficacia depende en gran parte del modo cómo son reguladas y ejecutadas (MANZINI, *Tratado*, Vol. IV, nro. 531).

Las penas breves de privación de libertad, según una buena parte de los autores modernos, deben suprimirse de las legislaciones penales. Se dice que resultan a veces innecesarias, generalmente insuficientes para lograr la reeducación del condenado por el trabajo y la disciplina, y siempre perniciosas por el efecto moral y el peligro del contacto.

Tampoco cumplen función adecuada las penas de muy larga duración. Si se asigna a la pena el fin de recuperar al condenado para la sociedad, sus términos de duración deberán guardar armonía con el logro del propósito perseguido. Y así, no se concilian las penas perpetuas ni las de muy larga duración con la idea de restituir al individuo a la comunidad.

A fin de subsanar los inconvenientes señalados a las penas cortas privativas de libertad, las legislaciones han incorporado una serie de instituciones, tales como la condena condicional, el perdón judicial, el arresto domiciliario, la caución de buena conducta, la reprensión judicial, etcétera.

Sin perjuicio de ello, se ha pensado, también, en prever para los casos en que correspondería pena privativa de libertad de corta duración, la pena de multa, particularmente sobre la base del sistema de los días-multa, que permite una mejor individualización de esta pena. Esta sustitución legal de penas resulta especialmente apropiada para los delitos de lucro.

b. *Son penas limitativas de la libertad: la deportación*, consistente en fijar la residencia del delincuente en lugares lejos de la patria. Puede ser principal o complementaria. Fue utilizada por Inglaterra, Rusia y Francia, país este último que la adoptó para los reincidentes. El *destierro local*, que consiste en la interdicción de habitar durante un tiempo en un lugar determinado; el *destierro general*, ostracismo del territorio del Estado, y el *confinamiento*, consistente en la obligación de residir durante un tiempo en un lugar. El destierro, pena muy usada en el pasado, fue común para los delincuentes políticos.

2 — SUS DIFERENCIAS EN EL DERECHO PENAL ANTIGUO Y MODERNO. Las penas privativas de la libertad, consideradas en tal carácter, son relativamente modernas. No significa esto que antes no se encerra-

se al reo, sino que la prisión se consideraba como un medio de custodia que tendía a evitar la fuga del delincuente para posibilitar, en su oportunidad, la aplicación del castigo a que se había hecho acreedor por su delito.

Hoy es otro el criterio que rige su imposición. El objeto de estas penas es alejar al individuo de la sociedad y tender, mientras ellas duran, a su readaptación y reeducación, haciéndolo así apto para la vida social; vale decir, lograr los fines de *prevención especial*.

3 — LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN EL CÓDIGO. El Código Penal prescribe en el artículo 5º: “las penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación”. Las penas que tienen más extensa zona de aplicación son las privativas de libertad: reclusión y prisión. La ley 24.660 no establece distinción alguna, en cuanto a su forma de ejecución, entre esas penas. Ambas están sometidas al mismo régimen de progresividad. El trabajo, que constituye un derecho y un deber del interno (art. 106), aunque se lo califica de obligatorio, no se impone coercitivamente, sino que la negativa a prestarlo se considera *falta media* (art. 110).

A. SUS DIFERENCIAS LEGALES. De la lectura de los artículos 6º y 9º del Código Penal resulta que estas penas se diferencian en el hecho de que los condenados a reclusión pueden ser empleados en obras públicas (disposición que ha caído en desuso), siempre que no sean contratados por particulares —restricción impuesta para evitar las prácticas de arrendar a particulares el trabajo de los reclusos—, mientras que los sometidos a prisión sólo pueden ser obligados a trabajar en el mismo establecimiento en que están internados. Otra diferencia que resulta de las mismas disposiciones es la relativa a la necesidad de que los establecimientos o cárceles sean distintos para los condenados a reclusión y los sometidos a prisión.

Recorriendo otras disposiciones del Código, puede verse que ambas penas difieren en otros aspectos, reveladores de mayor severidad en la reclusión:

a. El artículo 7º, al establecer que *los hombres débiles o enfermos y los mayores de sesenta años que merecieren reclusión, sufrirán la condena en prisión, no debiendo ser sometidos sino a la clase de trabajo especial que determine la dirección del establecimiento*, tuvo en

cuenta la severidad del régimen a que se sometía a los condenados a reclusión, que en algunos casos no podría ser soportado por las personas indicadas en el artículo.

b. El artículo 10 establece que las mujeres honestas o las personas mayores de sesenta años o valetudinarias pueden ser detenidas en sus propias casas cuando la *prisión* no exceda de seis meses. La *reclusión*, según dicha norma, no puede cumplirse en tales condiciones.

c. El artículo 13 permite conceder la libertad condicional al condenado a tres años o menos que hubiere cumplido *un año de reclusión* u *ocho meses de prisión*.

d. El artículo 24 prescribe que por dos días de prisión preventiva se computará uno de reclusión, y por un día de prisión preventiva, uno de prisión.

e. La ley 24.930, al limitar a dos años la prisión preventiva, modificó el artículo 24 del Código Penal, estableciendo un cómputo en el que un día de prisión preventiva equivale a *dos de prisión* y *uno de reclusión*.

f. Otra diferencia externa de ambas penas surge del artículo 26 del Código Penal, que al legislar sobre la condena de ejecución condicional sólo la admite para la pena de *prisión*. Queda excluida así la condenación condicional para la pena de *reclusión*.

g. Se establece diferencia para el caso de tentativa (art. 44), lo mismo que para el cómplice secundario (art. 46), pues si la pena es de *reclusión perpetua*, la escala penal aplicable es de quince a veinte años; en cambio, si la pena es de *prisión perpetua*, la escala penal es de diez a quince años.

B. DURACIÓN. En el sistema penal del Código argentino, las penas privativas de la libertad pueden ser perpetuas o temporales, mas en la parte general del Código no se encuentra ningún precepto que indique cuál es el límite máximo o mínimo de las penas temporales.

Examinando la parte especial del Código, encontramos que el límite máximo para la prisión o reclusión *temporal* es el de veinticinco años, fijado para el homicidio simple, para el robo con homicidio y para otras figuras delictivas (arts. 79, 165, 214, etc.). El mínimo, de quince

días para la prisión, se encuentra en los artículos 104, *in fine*, y 243 del Código Penal, y el de seis meses para la reclusión, en el artículo 141 del mismo cuerpo legal.

Tales mínimos no son infranqueables, pues el Código prevé la reducción por tentativa, por tentativa de delito imposible y por participación secundaria y coincidiendo dos de ellas la reducción se efectúa dos veces (arts. 42, 44 y 46, Cód. Pen.; SOLER, *Derecho Penal*, T. II, § 66, IV).

C. EL CÓMPUTO. El artículo 77, colocado en el Título XII, llamado "Significación de conceptos empleados en el Código", establece que los plazos se contarán con arreglo a las disposiciones del Código Civil.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el Título II de los títulos preliminares de dicho cuerpo legal, denominados "Del modo de contar los intervalos del Derecho", los plazos de días no se cuentan de momento a momento, sino de medianoche a medianoche; los plazos de meses o años, de conformidad con el calendario gregoriano, terminan el día que los respectivos meses tengan el mismo número de días de su fecha, es decir, que si se comienza una pena en un mes que tenga más días que aquél en que debe terminar y el plazo se cumple en algunos de los días en que el primero excede al segundo, el término de la pena será el último día de este segundo mes.

El artículo 24, al referirse a la prisión preventiva, establece que dos días de ella equivalen a uno de reclusión y uno de prisión preventiva a uno de prisión.

La ley 21.931 determinó una excepción al principio establecido en el artículo 77 con relación a la liberación de los condenados a penas privativas de la libertad, que se efectuará el *mediodía* del día correspondiente. Con ello se quiere evitar los inconvenientes prácticos que acarrea su liberación nocturna a los condenados ante la falta de documentos, medios para el traslado, etcétera. (Sobre las leyes 23.070 y 24.390, que tienen un régimen especial de cómputos, véase *supra*, § 35, 9-).

D. LA LOCURA DEL CONDENADO. En este aspecto el Código contempla dos situaciones:

a. La locura es anterior al hecho, caso en que rige el artículo 34, referido a la imputabilidad.

b. La locura sobreviene después de la condena; entonces se aplica el artículo 25, según el cual, si durante la condena el penado se volviere loco, el tiempo de la locura se computará para el cumplimiento de la pena. Queda librado a las respectivas leyes de procedimiento el supuesto de que la locura ocurriese durante el juicio. A tal efecto el artículo 77 del Código Procesal Penal (ley 23.984) para la Capital Federal dispone que si durante el proceso sobreviniere la incapacidad mental del imputado, el tribunal suspenderá la tramitación de la causa, que proseguirá en caso de que curare.

La resolución de computar para el tiempo de la condena la duración de la locura es equitativa. En efecto, nada se ganaría con suspender la pena durante dicho lapso para hacerla revivir una vez que el delincuente hubiera recobrado la razón. Es también defensiva, porque aun cuando hubiera transcurrido el tiempo establecido para la pena, el reo no será puesto en libertad hasta que haya desaparecido el peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás (art. 34).

Para estos casos la ley 24.660 prevé el traslado a un establecimiento especializado de carácter asistencial médico o psiquiátrico (art. 147).

E. LA DETENCIÓN DOMICILIARIA. El artículo 10 del Código establece que cuando la prisión no excediera de seis meses podrán ser detenidas en sus propias casas las mujeres honestas y las personas mayores de sesenta años o valetudinarias.

Ya los proyectos de TEJEDOR y de VILLEGAS, UGARRIGA y GARCÍA tenían este precepto, que también consignaba el Código de 1886 en su artículo 70.

La expresión “valetudinario” significa enfermizo, delicado o de salud quebrantada, y la inclusión de estas personas entre las comprendidas en el artículo se debe a un principio de humanidad, unido al hecho de la poca peligrosidad que representa quien merece una pena de prisión tan corta.

El artículo 33 de la ley de ejecución de penas 24.660 amplía los supuestos de detención domiciliaria: *el condenado mayor de 70 años o el que padezca una enfermedad incurable en período terminal, podrá cumplir la pena impuesta en detención domiciliaria, por resolución del*

juez de ejecución o juez competente, cuando mediare pedido de un familiar, persona o institución responsable que asuma su cuidado, previo informes médico, psicológico y social que fundadamente lo justifique.

4 — SISTEMAS PENITENCIARIOS. Estimamos de importancia diferenciar el sentido conceptual de los términos *sistema penitenciario*, *régimen penitenciario* y *tratamiento penitenciario*, delimitación fundamental desde el punto de vista terminológico, y que ha sido establecida en la doctrina por numerosos penalistas que se han referido al tema (NEUMAN, Elías, *Prisión abierta*, págs. 85 y sigs.; GARCÍA BASALO, J., “En torno al concepto de régimen penitenciario”, *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, julio-agosto 1955, Madrid, págs. 28 y sigs.; CUELLO CALÓN, *La moderna penología*, cit., págs. 266 y sigs.).

Para CUELLO CALÓN, *sistema penitenciario* indica “las directrices y elementos esenciales de la ejecución de las penas privativas de libertad”, hablándose así de sistema de aislamiento celular, de sistema progresivo, etcétera. En cuanto al concepto de *régimen penitenciario*, lo define como “el conjunto de normas que regulan la vida de los reclusos en el establecimiento penal” (*La moderna penología*, pág. 266). Sin duda, las normas del *régimen* penitenciario podrán depender, en parte, del *sistema* penitenciario adoptado; pero no es lo mismo.

Cabe agregar, para destacar la concepción del *tratamiento penitenciario*, los conceptos vertidos por Denis CAROL, presidente de la Sociedad Internacional de Criminología, al inaugurar el III Congreso Internacional de Criminología (Londres, 1955): “en la hora actual —es necesario subrayarlo— el término *tratamiento* incluye el empleo de todos los medios terapéuticos o correctivos que puedan ser aplicados al delincuente. El tratamiento únicamente médico, únicamente psicológico, únicamente social o únicamente penal, pertenecen al pasado. Hoy importa la utilización simultánea de todos los métodos terapéuticos o de rehabilitación”.

A. SISTEMA CELULAR O FILADÉLFICO. Este sistema, llamado así por haberse puesto en práctica en Filadelfia hacia el año 1970, consiste en la reclusión celular diurna y nocturna, con trabajo en la celda, y sin comunicación con otros reclusos. El sistema se originó como una reducción contra el más grave mal que HOWARD había comprobado: el hacinamiento y el contacto permanente de los prisioneros, que no sólo

contribuía a la propagación de epidemias, sino también a la perversión moral.

La separación de los condenados, en el sistema celular puro, es absoluta, pues aun durante el tiempo en que diariamente deben practicar paseos o dedicarlo a servicios religiosos, se les impide la comunicación entre sí por medio de dispositivos creados especialmente a ese efecto.

El aspecto educativo está contemplado, así como el moral, mediante la institución de los visitadores, quienes, como su nombre lo indica, visitan a los reos en sus celdas, tratando de ejercer influencia moralizadora y educativa sobre ellos.

Al sistema celular puro se le han atribuido diversas ventajas e inconvenientes, pero en definitiva nunca dio los resultados que sus defensores le atribuyeron.

Entre sus beneficios se aduce que tiene un gran efecto intimidatorio; facilita la vigilancia, impide la corrupción y las asociaciones delictivas posteriores a la condena; contribuye a que los penados aprendan algún trabajo en su celda y, al mismo tiempo, ese aislamiento absoluto permite que el recluso, al reflexionar sobre el mal causado, se encamine por la senda del bien, mediante propósitos de enmienda.

Por su parte, PECO enuncia los siguientes defectos: a) es incompatible con la naturaleza social del hombre; b) traba la readaptación social del delincuente; c) importa un sufrimiento cruel; d) expone al abatimiento; e) requiere un personal con aptitudes varias y complejas: exige frecuente comunicación con el preso. Es menester además que tenga ascendiente, esmerada educación, habilidad, sin faltarle el don de la persuasión; f) dificulta, así, tanto la instrucción como el trabajo; g) origina gastos costosos; h) del cambio brusco del ambiente nacen serios peligros; i) no se aviene con la distinta idiosincrasia de los delincuentes; j) desconoce la naturaleza humana; k) las legislaciones tienden paulatinamente a limitar su duración (PECO, *La reforma penal argentina de 1917-20*, págs. 184 y 187).

B. SISTEMA AUBURNIANO. La experiencia demostró la ineficacia del sistema celular absoluto. Esta comprobación y las críticas formuladas, determinaron un cambio en el sistema que, por haber sido introducido por vez primera en Auburn, en 1816, recibió el nombre de auburniano.

Consiste esta modificación en la implantación del trabajo en común, en talleres, en los cuales los reclusos realizan los diversos trabajos propios de la industria libre.

Se siguió creyendo, sin embargo, que la comunicación entre los condenados no debía permitirse por los inconvenientes que ella trae

aparejados, razón por la cual el trabajo diurno debía hacerse en silencio, siendo los reos recluidos durante la noche en celdas individuales.

La regla del silencio, para que fuera rigurosamente observada, originó la aplicación de castigos severísimos, que en algunos casos llegaron a ser brutales.

Las bases del régimen de Auburn, creado por Elam LYNS, son las siguientes: a) aislamiento celular nocturno; b) trabajo en común; c) sujeción a la regla del silencio absoluto.

Entre las ventajas atribuidas al sistema se ha señalado que desde el punto de vista de la enmienda, el régimen de Auburn es más eficaz que el filadelfiano, ya que permite organizar el trabajo de acuerdo con la industria libre y la instrucción con la asidua acción del personal. Además, figura la de ser varias veces menos costoso que el filadelfico, por cuanto en éste la instalación de un taller, por pequeño que sea, en cada celda, resulta mucho más onerosa que la construcción de talleres para el trabajo en común; que el recluso, al ver diariamente a otros individuos, no pierde su sociabilidad y su sentido gregario.

Los inconvenientes que se le señalan son: la casi imposibilidad de hacer cumplir la regla del silencio, aunque se impongan castigos verdaderamente inhumanos, regla que, por otra parte, somete a los reclusos a un verdadero suplicio; y que el trabajo en común facilita la comunicación entre los penados y posibilita las combinaciones delictuosas.

C. SISTEMA PROGRESIVO. A este sistema también se lo conoce con la denominación de *irlandés*, por haber sido en Irlanda donde se le dio forma legal, por obra de Sir Walter CROFTON, aunque su iniciador fue el capitán MACONCHIE, quien lo implantó en la isla de Norfolk.

A esta isla se remitían los peores delincuentes de Inglaterra y en ella se producían constantes disturbios y sublevaciones entre la población carcelaria, como consecuencia del excesivo rigor con que se la trataba.

MACONCHIE pensó que quizás ese rigor era el causante directo de la indisciplina, y ensayó un sistema más benigno, en el cual el condenado, mediante buena conducta y la eficacia del trabajo que desarrollaba, conseguía su liberación antes del tiempo que le hubiera correspondido. Los méritos de cada uno eran recompensados con vales y, al llegar a cierto número, se le concedía la libertad condicional.

Como consecuencia del buen resultado obtenido por MACONCHIE con su sistema, CROFTON, en Irlanda, también lo puso en práctica, pero perfeccionándolo.

El sistema constaba en su origen de tres períodos. Por obra de CROFTON se agregó uno más entre el segundo y la libertad condicional, constando, entonces, de cuatro períodos o etapas:

1° En la primera etapa se aplica el sistema filadélfico, es decir, reclusión diurna y nocturna, la que dura, aproximadamente, unos nueve meses, durante los cuales se observa al reo.

2° Durante la segunda etapa se aplica el sistema auburniano, con reclusión celular nocturna y trabajo diurno en común, en silencio, en casas de trabajo denominadas *public workhouses*. En esta segunda etapa, los presos están divididos en cuatro clases, pasando gradualmente de una a otra al obtener determinado número de vales, con los que se premia su conducta y su laboriosidad.

Al pasar de una clase a otra, siempre dentro de este segundo período, los reclusos obtienen una mayor remuneración por su trabajo, como también más comodidades, etcétera.

3° La tercera etapa, introducida por CROFTON, tiene por finalidad ir preparando al condenado, que ha llegado a la primera clase en la etapa anterior, para cuando obtenga la liberación, para lo cual se lo hace trabajar durante unos seis meses, aproximadamente, al aire libre, especialmente en establecimientos agrícolas.

4° Al cuarto período, o sea a la libertad condicional, se llega cuando el penado, según los méritos evidenciados por su trabajo y comportamiento, obtiene un *ticket of leave*.

Al sistema se le han formulado objeciones diciendo que acumulaba las desventajas del celular al aplicárselo durante el primer período, lo suficientemente extenso como para que el penado sufra física y moralmente, con las del auburniano al establecer el trabajo en común, pues durante él es fácil la comunicación entre los reclusos; se agrega que estimula la simulación, pues los elementos más temibles son los que mejor se comportan en la cárcel.

En cambio, sus defensores le atribuyen diversas ventajas: su economía, pues los trabajos realizados por los presos compensan en parte las erogaciones que éstos originan; desarrolla el hábito del trabajo por la mayor remuneración que obtienen al ir pasando de clase, al par que fomenta la buena conducta para lograr el mayor número de vales que facilitan la obtención de la libertad condicional; no es tan malsana como el celular y va preparando gradualmente al condenado para cuando salga en libertad.

II. *El régimen carcelario*

1 — **CONCEPTO.** No existe, en realidad, un régimen carcelario que pueda tomarse como tipo, pues puede decirse que cada sistema y aun cada establecimiento tiene el suyo propio, orientado hacia la consecución del fin que la pena se propone. Cierta número de exigencias mínimas, las más de carácter humano, encontramos en la mayoría de ellos: a) una clasificación de los penados encaminada a facilitar el tratamiento adecuado; b) un régimen de asistencia moral, religiosa, social y de educación apropiado; c) un régimen de trabajo encaminado a la formación profesional del penado, como medio de subvenir a sus necesidades en la vida libre; d) un régimen sanitario, higiénico y alimenticio; e) un régimen disciplinario firme pero humano (CUELLO CALÓN, *La moderna penología*, págs. 267 y sigs.). Estas exigencias mínimas pueden resumirse en tres aspectos: *trabajo, instrucción y disciplina*, complementándose con la institución de los *patronatos*.

2 — **EL TRABAJO CARCELARIO.** El derecho del Estado a hacer trabajar a los penados no ha sido admitido siempre sin discusión, aunque en la época moderna son cada vez menos los autores que lo cuestionan, y puede considerarse como constitutivo de cualquier régimen carcelario.

1. *Beneficios.* Son varias las ventajas que se le atribuyen al trabajo carcelario: la enseñanza de un oficio al recluso, que lo coloca en condiciones de promover a su sustento cuando recupere la libertad; el mantenimiento de la disciplina, pues la ociosidad fomenta los malos hábitos; es uno de los elementos esenciales para la reforma del penado, porque le inculca inclinación al trabajo y educa la voluntad.

2. *Características.* Con respecto a las condiciones que debe reunir el trabajo carcelario debe ser *útil, productivo y de técnica moderna*.

a. *Útil para el recluso*, es decir educativo, que no adolezca del defecto de una excesiva especialización o, por el contrario, de una extrema amplitud, pues en ambos supuestos resultará poco práctico para el penado cuando recupere su libertad, por la dificultad de encontrar el mismo trabajo, en el primer caso, y por la orientación de la industria moderna hacia la especialización, en el segundo.

b. *Productivo* —aun cuando algunos autores hayan sostenido que sólo debe tener por objeto entretener al penado— para permitir que con él puedan sufragarse, aunque sólo sea en parte, los gastos que ocasione el recluso en el establecimiento, formar un peculio, indemnizar el daño causado y atender las necesidades de la familia del condenado.

c. Por último, debe ser de *técnica moderna*, en el sentido de que configure un oficio concordante con las exigencias de orden económico del medio social, a fin de que el recluso, al recobrar la libertad, no se encuentre con que el oficio aprendido es anticuado, resultándole, por lo tanto, ineficaz para ganarse la vida.

3. *Lugar del trabajo*. Una cuestión que se ha debatido es la relativa al lugar del trabajo. Mientras algunos afirman que debe realizarse en la cárcel, otros piensan que es mucho más conveniente que sea cumplido fuera de ella, al aire libre, porque las posibilidades son mayores, el trabajo es más sano y se permite a los condenados que conocen oficios rurales que los practiquen.

3 — SISTEMAS. Los sistemas seguidos para la explotación del sistema carcelario pueden agruparse en tres principales: *el sistema de monopolio*, también llamado *de administración*; *el de empresa*, y un sistema ecléctico, conocido como *intermedio o mixto*, que procura armonizar los dos primeros.

a. En el *sistema de monopolio*, el Estado suministra los elementos necesarios para el trabajo, tales como la materia prima, herramientas, etcétera, paga un salario al recluso y dispone de la producción.

b. En el *sistema de empresa*, el Estado da en locación la mano de obra de los reclusos a un particular, el que se encarga de suministrar la materia prima, las herramientas, la alimentación y el vestuario de aquéllos; paga los salarios pertinentes y es dueño de la producción, que luego puede disponer a su arbitrio.

A este sistema se le han atribuido diversas ventajas, entre ellas la de ser muy productivo y económico para el Estado. En cambio, dice Paul CUCHE que en él la disciplina y el tratamiento se hallan subordinados al interés del contratista, quien movido tan sólo por preocupaciones económicas e indiferentes a la formación profesional del recluso, organizará el trabajo como convenga a sus intereses, sin preocuparse del carácter moral

y social del trabajo penitenciario (*Traité de science et de législation pénitentiaire*, Paris, 1905, pág. 381).

c. En el tercer sistema —*el intermedio o mixto*— el contratista entrega al Estado la materia prima, éste se encarga de su elaboración por los métodos y bajo la reglamentación que cree conveniente, devolviendo al contratista el producto manufacturado, el que se paga por pieza, pudiendo rechazarse los productos de deficiente fabricación. El Estado debe cargar con el costo de la materia prima inutilizada por la ineptitud de los operarios.

La ley 24.660 de ejecución de penas privativas de la libertad sigue un criterio amplio, que permite la aplicación de los tres sistemas, pues contempla la posibilidad de que el trabajo esté a cargo del Estado, de entidades de bien público, de empresa mixta o privada, se realice por cuenta propia del interno o se lleve a cabo mediante el sistema cooperativo (arts. 119 y 120).

4 — INDEMNIZACIÓN DE ACCIDENTES. El penado, durante el trabajo, puede sufrir accidentes. Surge así el problema largamente debatido en Francia, de si el Estado debe indemnizar los accidentes de trabajo, contemplando la situación del penado y la de su familia, o si debe desentenderse de lo sucedido.

Se ha impuesto la tesis humanitaria, que es también la jurídica, ya que la indemnización por accidentes de trabajo constituye un esencial derecho subjetivo del recluso: 1° el accidente causa al penado un perjuicio, que puede ser gravísimo y definitivo; 2° sobreviene como consecuencia de la obligación de trabajar que el Estado le impone; 3° si el accidentado y su familia están en difícil situación económica, será muy difícil obtener su reincorporación social, puesto que la incapacidad actuará como un factor más en contra de una vida honesta.

La experiencia demostró la manifiesta insuficiencia reparadora de las disposiciones que tomaban como base para calcular la indemnización, el monto de la remuneración efectivamente devengada. Fue preciso un proceso bastante largo de tentativas y de sucesión de normas para que la indemnización por accidente o muerte de los penados tuviera un sentido social compensatorio y acorde con la función reeducadora de la pena, el que sólo se logró cuando se tomaron como base para fijar su monto los salarios que se pagan en la industria libre.

La última etapa en esta prolongada elaboración normativa está fijada por las disposiciones de la ley de ejecución de penas privativas de la libertad 24.660 (arts. 130, 131 y 132).

5 — DESTINO DE LA REMUNERACIÓN. En los viejos sistemas penales, la totalidad del producto del trabajo del penado, o su mayor parte, se destinaba al Estado en concepto de indemnización de los gastos originados por el preso.

El Código Penal argentino dispone a este respecto en el artículo 11:

El producto del trabajo del condenado a reclusión o prisión se aplicará simultáneamente:

1° A indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito que no satisficiera con otros recursos;

2° A la prestación de alimentos según el Código Civil;

3° A costear los gastos que causare en el establecimiento;

4° A formar un fondo propio, que se le entregará a su salida.

El artículo 120 de la ley 24.660 de ejecución de penas privativas de la libertad, luego de expresar que *el trabajo del interno será remunerado*, determina que *si los bienes o servicios producidos se destinaren al Estado o a entidades de bien público, el salario del interno no será inferior a las tres cuartas partes del salario mínimo vital móvil. En los demás casos o cuando la organización del trabajo esté a cargo de una empresa mixta o privada, la remuneración será igual al salario de la vida libre correspondiente a la categoría profesional de que se trate.*

Esa misma ley, en su artículo 121, establece la forma y proporción en que ha de distribuirse el producto del trabajo del interno: a) 10% para indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito, conforme lo disponga la sentencia; b) 35% para la prestación de alimentos, según el Código Civil; c) 25% para costear los gastos que causare en el establecimiento; d) 30% para formar un fondo propio que se le entregará a la salida.

Cuando no hubiere indemnización que satisfacer, la parte correspondiente a la misma acrecerá el porcentaje destinado a la prestación de alimentos (art. 123). En caso de que no hubiere indemnización que

satisfacer ni lugar a la prestación de alimentos, los porcentajes respectivos acrecerán el fondo propio (art. 124). Si el interno tuviere que satisfacer indemnización, pero no hubiere lugar a la prestación alimentaria, la parte correspondiente a esta última acrecerá el fondo propio (art. 125).

6 — EL PECULIO. Hemos visto ya que el trabajo del condenado debe ser remunerado, destinándose una parte de lo que se le asigna a formar un fondo propio que se le entrega a su salida, fondo al que se denomina *peculio*, mientras otra parte se le entrega para subvenir sus pequeñas necesidades en el establecimiento. El producto del trabajo que corresponda al penado, se divide así en dos partes: disponible y de reserva.

a. El primero es el que se le entrega para que satisfaga las pequeñas necesidades. La ley de ejecución penal 24.660, en su artículo 127, reglamenta el destino del llamado *fondo disponible*, estableciendo que *la administración penitenciaria podrá autorizar que se destine como fondo disponible hasta un máximo del 30% del fondo propio mensual, siempre que el interno haya alcanzado como mínimo la calificación de conducta buena. El fondo disponible se depositará en el establecimiento a la orden del interno para adquisición de los artículos de uso y consumo personal que autoricen los reglamentos.*

b. El *fondo de reserva* es el que, como su nombre lo indica, se guarda para entregárselo al recluso a su salida, con el fin de que satisfaga sus primeras necesidades.

La misma ley de ejecución dispone que *el fondo propio, deducida en su caso la parte disponible que autoriza el artículo anterior, constituirá un fondo de reserva, que deberá ser depositado a interés en una institución bancaria oficial, en las mejores condiciones de plaza* (art. 128).

En caso de fallecimiento del interno durante el cumplimiento de la condena, el fondo de reserva se trasmite a sus herederos.

El fondo no resulta *embargable* ni objeto de *cesión* (art. 128). Sin embargo, puede verse menguado en cuanto el artículo 129 de la ley 24.660 establece que de la remuneración del trabajo del interno *podrá descontarse, en hasta un 20% los cargos por concepto de reparación*

de daños intencionales o culposos causados en las cosas muebles o inmuebles del Estado o de terceros.

7 — PRINCIPALES DISPOSICIONES DE LA LEY DE EJECUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD. La ley 24.660, que derogó a la Ley Penitenciaria Nacional (dec.-ley 412/58, ratificado por la ley 14.467), rige en todo el país. Bajo el título de *Principios básicos de la ejecución*, define, en su artículo 1º, que la finalidad de la ejecución de la pena privativa de la libertad es *lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social.*

1. La ley adopta una *progresividad* en el régimen penal que consta de cuatro períodos: observación, tratamiento, prueba y libertad condicional. El período de prueba comprende la incorporación del condenado a establecimientos abiertos, al régimen de salidas transitorias y al de la semilibertad

2. Bajo el título *Normas de trato* (Cap. III) se han incorporado a la ley una serie de disposiciones que se refieren a la denominación, higiene, alojamiento, vestimenta y ropa, alimentación, información, peticiones, tenencia y depósito de objetos o valores, traslados, medidas de sujeción para el empleo de la fuerza en el supuesto del extremo de ser necesaria la reducción de la rebeldía o resistencia de los internos. Se considera que de este modo se concreta la vigencia del precepto constitucional “cárceles sanas y limpias”, para “seguridad y no para castigo”, de cuya efectividad dependen incuestionablemente las condiciones modernas de la ejecución de la pena.

3. De importancia fundamental es el Capítulo IV —*Disciplina*— por constituir el aspecto disciplinario, en su correcta aplicación, uno de los principales resortes del tratamiento. Se valora de tal manera la necesidad intrínseca de absoluta legalidad que reclama la aplicación de las correcciones, para evitar los efectos funestos del discrecionalismo y la arbitrariedad.

4. El Capítulo V se refiere a *Conducta y concepto*. Por *conducta* se entiende *la observancia de las normas reglamentarias que rigen el orden, la disciplina y la convivencia dentro del establecimiento* (art. 100). A su vez, se califica a los internos según su *concepto*, que consiste en la

ponderación de su evolución personal de la que sea deducible su mayor o menor posibilidad de adecuada reinserción social (art. 101). En tanto que la calificación de la conducta (ejemplar, muy buena, regular, mala y pésima) tiene valor y efecto para determinar la frecuencia de las visitas, la participación en actividades recreativas y otras que los reglamentos establecen (art. 103), la calificación de concepto sirve de base para la aplicación de la progresividad del régimen, otorgamiento de salidas transitorias, semilibertad, libertad condicional, libertad asistida, conmutación de pena e indulto (art. 104).

5. Se ha prestado particular atención al *trabajo* (Cap. VII), como elemento constitutivo del tratamiento. Ya nos hemos referido a este tema, al tratar el trabajo carcelario, por lo que nos remitimos a lo dicho (*supra*, 2-).

6. En el Capítulo VIII —*educación*— se ratifica la tradicional política penitenciaria argentina, que se propone cooperar en la lucha contra el analfabetismo, como aporte a la profilaxis del delito, consagrándose el derecho del interno a aprender (art. 133).

7. En el Capítulo X se reúnen las disposiciones relacionadas con la *asistencia espiritual* de los internos, considerada tanto una posible exigencia de su vida espiritual, como, en ciertos casos, un medio más de acceso a la finalidad que se asigna toda la ejecución penal: la readaptación social.

8. El Capítulo XI, sobre *relaciones familiares y sociales*, trata de la comunicación del interno con el mundo exterior, y se refiere, por una parte, a las formas clásicas prescriptas en los reglamentos de los establecimientos penales, como la visita y la correspondencia (negando legalidad a su censura, véase C.S.J.N., 19-X-1995 causa “Dessy, Gustavo G. s/hábeas corpus”, *D.J.*, 1997-1, pág. 119), y por otra, a prácticas y autorizaciones adoptadas al influjo de las modernas concepciones penitenciarias.

Cabe mencionar, como un importante adelanto en esta materia, el derecho que se acuerda a los internos que no gocen de permiso de salida a recibir *visitas íntimas* de sus cónyuges o, a falta de éstos, de las personas con las que mantienen vida marital permanente.

9. Las normas relativas a *patronatos* (Cap. XII) siguen las líneas tradicionales trazadas por la legislación nacional y provincial en la materia, consultando la realidad y necesidades actuales, que aconsejan no innovar en este sentido el sistema de asociaciones privadas con subvención estatal, aparte de que la moderna orientación doctrinaria señala la conveniencia de incorporar y alentar la participación de la comunidad merced al esfuerzo privado idóneo, en la obra de readaptación de delinquentes.

10. El Capítulo XVII, al referirse al *contralor judicial y administrativo de la ejecución*, adopta el sistema de la intervención judicial en el proceso ejecutivo de la pena privativa de la libertad. En efecto, dispone en tal sentido del artículo 208 que *el juez de ejecución o juez competente verificará, por lo menos semestralmente, si el tratamiento de los condenados y la organización de los establecimientos de ejecución se ajusta a las prescripciones de esta ley y de los reglamentos que en su consecuencia dicte el Poder Ejecutivo*. A su vez, el artículo 209, determina que el Poder Ejecutivo dispondrá que se efectúen verificaciones dentro del mismo período y con los mismos fines, por parte de inspectores calificados por su formación y experiencia, designados por una autoridad superior a la administración penitenciaria.

Cabe señalar que el Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984) estableció las facultades y competencia del *juez de ejecución* (arts. 30, 490 y 493), el que fue creado para la Capital Federal por la ley de organización y competencia de la justicia penal nacional (art. 29, ley 24.050). A su vez la ley 24.121 establece que las funciones de dicho juez las desempeñará, en el interior del país, un juez del tribunal oral respectivo (art. 75). El artículo 493, segunda parte del Código Procesal citado, determina que el juez de ejecución tendrá competencia para: 1º) *Controlar que se respeten todas las garantías constitucionales y tratados internacionales ratificados por la República Argentina, en el trato otorgado a los condenados, presos y personas sometidas a medidas de seguridad*; 2º) *Controlar el cumplimiento por parte del imputado de las instrucciones e imposiciones establecidas en los casos de suspensión del procedimiento a prueba* (art. 293); 3º) *Controlar el cumplimiento efectivo de las sentencias de condena dictadas por el Poder Judicial de la Nación*; 4º) *Resolver todos los incidentes que se susciten en dicho*

período; 5º) Colaborar en la reinserción social de los liberados condicionalmente.

11. El capítulo de la ley que se titula *Integración del sistema penitenciario nacional*, se inspira en el respeto por los principios del federalismo, estableciendo relaciones de coordinación entre la Nación y las provincias y de éstas entre sí. En ningún caso se atribuye a la Nación posibilidad alguna que pueda interpretarse como intromisión en las jurisdicciones provinciales. A su vez, el artículo 221 promueve la colaboración internacional al establecer, de acuerdo con los tratados y convenios, que los extranjeros condenados por los tribunales de la República podrán cumplir la pena impuesta en su país de origen y viceversa.

III. *La libertad condicional*

1 — CONCEPTO. Puesto que el fin esencial de la pena es la readaptación social del condenado, resulta inútil mantenerlo encerrado cuando el propósito ya se ha conseguido. Tal es la razón de ser de la libertad condicional, consistente en autorizar la salida del penado del establecimiento en que está recluido cumpliendo pena privativa de libertad, luego del cumplimiento parcial de su condena, siempre que se den ciertas condiciones y se someta a otras por un determinado período de tiempo.

2 — CARÁCTER Y NATURALEZA JURÍDICA. No existe completo acuerdo en lo relativo a si la libertad condicional debe significar un derecho, es decir, si cumplidas las condiciones requeridas, y solicitada por el penado, debe concederse, o si es una gracia, o una medida de excepción cuya procedencia compete a la autoridad judicial. Esta última (medida de excepción que puede o no otorgarse) es la opinión predominante en la doctrina y hacia ella se ha volcado la jurisprudencia nacional.

En lo que se refiere a su *naturaleza jurídica*, la libertad condicional es *una forma de cumplimiento de las penas privativas de la libertad*. Tal es la opinión prevalente en doctrina, ya que la libertad condicional no es un acto de gracia, porque la sentencia queda firme y el condenado cumple la pena, sea de una manera, sea de otra (GARRAUD, R., *Traité*, T. II, 1913-24, pág. 161; DAIEN, Samuel, *Régimen jurídico y social de la libertad condicional*, Buenos Aires, 1947, pág. 101).

3 — LA LIBERTAD CONDICIONAL EN EL CÓDIGO ARGENTINO. El Código, luego de la reforma introducida por la ley 11.121, establece en el artículo 13:

El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido veinte años de condena, el condenado a reclusión temporal o a prisión por más de tres años que hubiere cumplido los dos tercios de su condena y el condenado a reclusión o prisión por tres años, o menos, que por lo menos hubiese cumplido un año de reclusión u ocho meses de prisión, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial previo informe de la dirección del establecimiento bajo las siguientes condiciones:

1° Residir en el lugar que determine el acto de soltura;

2° Observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de bebidas alcohólicas;

3° Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia;

4° No cometer nuevos delitos;

5° Someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes.

Estas condiciones regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y en las perpetuas hasta cinco años más, a contar desde el día de la libertad condicional.

Fija aquí la ley el régimen de la libertad condicional para las penas, en tanto que en el artículo 53, reformado por la ley 23.057, se regula la institución para quienes están sometidos a la medida accesoria de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el artículo 52:

En los casos del artículo anterior, transcurridos cinco años del cumplimiento de la reclusión accesoria, el tribunal que hubiera dictado la última condena o impuesto la pena única estará facultado para otorgarle la libertad condicional, previo informe de la autoridad penitenciaria, en las condiciones compromisorias previstas en el artículo 13, y siempre que el condenado hubiera mantenido buena conducta, demostrando aptitud y hábito para el trabajo, y demás actitudes que permitan suponer verosímilmente que no constituirá un peligro para la sociedad. Transcurridos cinco años de obtenida la libertad condicio-

nal el condenado podrá solicitar su libertad definitiva al tribunal que la concedió, el que decidirá según sea el resultado obtenido en el período de prueba y previo informe del patronato, institución o persona digna de confianza, a cuyo cargo haya estado el control de la actividad del liberado. Los condenados con la reclusión accesoria por tiempo indeterminado deberán cumplirla en establecimientos federales.

La violación por parte del liberado de cualquiera de las condiciones establecidas en el artículo 13 podrá determinar la revocatoria del beneficio acordado y su reintegro al régimen carcelario anterior. Después de transcurridos cinco años de su reintegro al régimen carcelario podrá en los casos de los incisos 1º, 2º, 3º y 5º del artículo 13, solicitar nuevamente su libertad condicional.

En los artículos 14 a 17 se dan otras normas que completan el régimen de la libertad condicional.

4 — REQUISITOS PARA OBTENER LA LIBERTAD CONDICIONAL. Los requisitos exigidos por el Código en el artículo 13, para poder obtener los beneficios de la libertad condicional, son:

1º *Cumplimiento parcial de la pena.* El lapso después del cual el condenado puede obtener la libertad condicional, varía según la pena impuesta:

- a) Veinte años, en caso de reclusión o prisión perpetua;
- b) Los dos tercios de la condena, cuando la pena fuese de reclusión o prisión por más de tres años;
- c) Un año de reclusión u ocho meses de prisión, los condenados a tres años o menos.

1. *Se computa la prisión preventiva*, de acuerdo con la regla del artículo 24 del Código Penal, dentro de los términos que establece el artículo 13 para la concesión de la libertad condicional (Cám. Crim. Capital, *Revista Penal y Penitenciaria*, t. XX, Buenos Aires, 1955-57, pág. 313). Por otra parte, el mismo tribunal ha establecido que procede la libertad condicional, aun cuando el condenado no haya sido sometido a régimen carcelario, si la ejecución penal se ha visto impedida o demorada por causa no imputable al reo (Plenario, *L.L.*, t. 80, pág. 433).

2. Una cuestión interesante, que ha sido objeto de largo debate en la jurisprudencia de nuestros tribunales, es la relativa a si, en caso de *conmutación de la pena*, debe descontarse el tiempo conmutado a los efectos de hacer el cómputo de los dos tercios que exige el artículo 13 para cumplir la libertad condicional. Es decir, si el tiempo de

cumplimiento parcial de la pena se decide en relación con la pena original o con la que quedó luego de ser conmutada. Esta última es la tesis correcta y la que ha prevalecido en la jurisprudencia y en la doctrina.

En un principio, la jurisprudencia se negó a tener en cuenta las rebajas de pena efectuadas por las conmutaciones, alegando que el artículo 13 del Código Penal se refiere a la condena judicial y, por lo tanto, la misma es la que debe servir de base para el cómputo de los plazos exigidos (Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. II, pág. 128 y t. IV, pág. 476).

Esta orientación jurisprudencial se modificó posteriormente, admitiéndose que deducida una parte de la pena por efectos de la conmutación, queda como única condena la determinada por la actividad concurrentes de los poderes Judicial y Ejecutivo, sobre la cual deben computarse los términos fijados por el artículo 13 del Código Penal (Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. V, pág. 376; *id.*, *L.L.*, 5-IV-1966).

2º Haber observado con regularidad los reglamentos carcelarios. La ley entiende que con el cumplimiento de los reglamentos carcelarios el condenado se ha sometido a un régimen con el que se ha logrado su readaptación. Este requisito ha sido objeto de justas críticas, en razón de que se afirma que los delincuentes más avezados son quienes mejor se comportan en prisión. Según el Código, el informe del penal sobre la conducta del recluso es el que se toma como base para decidir si corresponde o no otorgar la libertad condicional, debiéndose entender por conducta el comportamiento observado en el trabajo, su sometimiento a la disciplina y el resultado de la instrucción.

El decreto ley 20.942/44, ratificado por la ley 12.997, que instituyó la libertad condicional para los condenados a reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena (art. 52, Cód. Pen.), adoptó un criterio más racional y acorde con el propósito de reeducación social del delincuente, al disponer, en el artículo 53 del Código Penal, que el tribunal podrá otorgarle la libertad condicional en las condiciones compromisorias establecidas en el artículo 13, siempre que el condenado hubiere dado prueba de buena conducta y de aptitud para el trabajo y que verosímilmente no constituirá un peligro para la sociedad (véase *infra*, 7). La ley 23.057 le introdujo modificaciones que no alteraron su espíritu.

El medio con que se cuenta para estimar la readaptación social del recluso es el estudio de su personalidad por organismos de carácter técnico. Tal función, en el orden nacional, está a cargo del Instituto de Clasificación, dependiente de la Dirección Nacional de Institutos Penales, que debe producir informes en los pedidos de libertad condicional, y que fuera creado por la ley 11.833.

3° *No ser reincidente*. Este requisito es impuesto por el artículo 14 del Código Penal, según el cual el beneficio no se concederá a los reincidentes. Esta disposición debe interpretarse en consonancia con el concepto legal de reincidencia, fijado por el artículo 50 del mismo cuerpo de leyes. En consecuencia, si se ha operado la prescripción de las condenas anteriores a los efectos de la reincidencia no hay obstáculo para el otorgamiento de la libertad condicional.

4° *Que no haya sido revocada la libertad condicional ya concedida*. Este cuarto requisito está determinado por el artículo 17 del Código Penal, según el cual no podrá obtener la libertad condicional ningún penado al que le haya sido *concedida y revocada anteriormente* (cfr. Cám. Fed. Capital, L.L., 25-IV-1966).

Si la presunción de reforma del condenado es lo que permite conceder la libertad condicional, cuando éste demuestra no merecerla y por ello se la revoca, se dice que es lógico no otorgársela nuevamente. La rigidez de esta disposición impide dar a la institución el mínimo de elasticidad que requiere una buena administración de justicia. Sin embargo, los tribunales han atemperado la señalada rigidez de la norma, ya que la prohibición, en forma absoluta, de conceder nuevamente la libertad condicional a los condenados a quienes se les ha revocado con anterioridad dicho beneficio, puede resultar injusta, si se toma en cuenta que una norma posterior, referida a los habituales, autoriza a solicitar por segunda vez la libertad vigilada luego de transcurridos cinco años de su reintegro al régimen carcelario (art. 53, 2do. párr., véase *infra*, 7).

5° *Fijación previa, en caso de insolvencia, de la parte del salario que debe ser aplicada a la reparación civil*. El inciso 4° del artículo 29 del Código Penal dispone que cuando la reparación civil no se hubiese cumplido durante la condena o cuando se hubiese establecido en favor del ofendido o de su familia una pena de indemnización, el juez, en caso de insolvencia, señalará la parte de los salarios del responsable que debe ser aplicada a esas obligaciones, *antes de proceder a concederle la libertad condicional*. La ley se refiere únicamente a las indemnizaciones, de modo que el pago de costas no es alcanzado por la disposición.

5 — CONDICIONES A LAS QUE SE SUBORDINA LA LIBERTAD CONDICIONAL. El artículo 13 enumera en cinco incisos las condiciones bajo las cuales se concede la libertad condicional:

1. *La obligación de residencia* permite comprobar realmente cuál es la conducta que observa el penado, el que debe comunicar su domicilio, estableciéndose vigilancia sobre él, la que en un principio efectuaba la Policía, disponiendo luego la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital que debía realizarse por intermedio del Patronato de Liberados.

Los jueces, con buen criterio, no han dado sentido estricto a la exigencia de residir en el lugar fijado en el auto de soltura, sino que han autorizado al liberado a cambiar de domicilio cuando así lo exigieron sus necesidades, dando aviso previo al Patronato.

2. *El sometimiento a las reglas de inspección* que se fijan en el auto de soltura, especialmente la obligación de abstenerse de bebidas alcohólicas, exigido al liberado por el inciso 2º del artículo 13 del Código Penal, es una condición que, por su amplitud y elasticidad, permite al juez someter a aquél al cumplimiento de las obligaciones especiales, que las circunstancias del caso aconsejan imponerle (CHICHIZOLA, Miguel I., "Libertad condicional", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. XVIII, págs. 433 y sigs.).

3. *Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia.* Esta condición es considerada como de las más importantes. Sin embargo, a veces resulta difícil borrar la desconfianza que la condición de ex penado despierta entre quienes pueden dar trabajo.

En ese sentido, la acción de los patronatos de liberados ha conseguido que algunos establecimientos empleen a los condenados que se hallan en libertad condicional, y cabe señalar que en pocos casos ha sido necesario revocar la libertad concedida. Esta condición, a la inversa de la anterior, es de muy fácil comprobación.

4. *No cometer nuevos delitos.* Una nueva transgresión a la ley penal indicaría que la presunción de reforma que decidió a conceder la libertad condicional era equivocada, y que el condenado no se halla en condiciones de convivir nuevamente en sociedad.

El liberado condicionalmente no ha cumplido todavía su pena, de modo que al cometer un nuevo delito será privado nuevamente de su libertad (art. 15, Cód. Pen.) y resultarán de aplicación las reglas para la unificación de pena contenidas en el artículo 58 del Código Penal.

5. *Someterse al cuidado de un patronato indicado por las autoridades competentes.* Es indudable que este precepto es elogiable. Así tiene el penado quien lo oriente a su salida de la cárcel, le procure trabajo, y también lo vigile, para observar si cumple con las condiciones exigidas y si en realidad fue exacta la presunción sobre su reforma.

6 — CONSECUENCIAS DE LA VIOLACIÓN DE LAS CONDICIONES COMPROMISORIAS. Así como las condenas se extinguen al ser cumplidas, la libertad condicional debe también tener un límite y llegar el momento en que el penado quede reintegrado, sin trabas, a la vida social.

En la ley argentina las condiciones a que está sometido el liberado subsisten, como lo determina el artículo 13 *in fine*, hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales, y en las perpetuas hasta cinco años más, a contar desde el día de la libertad condicional.

Si la infracción a cualquiera de dichas obligaciones autoriza o no al juez a revocar la libertad condicional, divide las opiniones en doctrina. GÓMEZ, MALARRIGA, NÚÑEZ y SOLER estiman que no es factible la revocación en los casos de los incisos 2º, 3º y 5º del artículo 13, en razón de que la ley no lo autoriza expresamente. Por su parte, DAIEN y GONZÁLEZ ROURA consideran que la revocación de la libertad condicional en los casos de infracción a los incisos citados tiene un carácter facultativo para el juez.

El primer criterio es el correcto, porque la violación de los requisitos de la libertad condicional, por indicación de la ley, no ocasiona en todos los casos las mismas consecuencias:

a. Se *revoca* la libertad condicional cuando el liberado comete un *nuevo delito* o viola la *obligación de residencia* (art. 13, incs. 1º y 4º). En estos casos *no se computa* para el término de la pena el tiempo de libertad, conforme con lo establecido en el artículo 15, ni puede obtenerse nuevamente la libertad condicional. *Esto es imperativo.*

b. En los demás casos, el tribunal, sin revocar la libertad, *puede disponer que no se compute* en el término de la condena todo o parte del

tiempo que hubiese durado la libertad, hasta que el condenado cumpla con la condición infringida, es decir, cuando no se abstuviere de bebidas alcohólicas o no observare alguna otra de las reglas de inspección que fije el auto de soltura; no adoptare en el plazo que el auto determina, arte, oficio, industria o profesión, o no se sometiere al cuidado del patronato indicado por las autoridades (art. 15, 2do. párr., e incs. 2º, 3º y 5º del art. 13). Esto es facultativo para el juez.

7 — LIBERTAD CONDICIONAL DE QUIENES CUMPLEN RECLUSIÓN POR TIEMPO INDETERMINADO. Por decreto-ley 20.942/44, ratificado por ley 12.997, se incorporó como último apartado del artículo 50 lo que era el texto del artículo 53, y en lugar de éste, se situó la norma que permite, reunidas ciertas circunstancias, conceder la libertad condicional a quienes estén sometidos a *reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena*. Esa arquitectura, con algunas modificaciones que no la alteran en lo sustancial, se mantiene en la ley vigente (23.057).

1. El artículo 53 establece que cuando la accesoria se dictare como consecuencia de lo prescripto en el artículo 52, el tribunal que hubiere condenado al penado en última instancia o impuesto pena única, previo informe de la autoridad administrativa a cuyo cargo se halla el cumplimiento de la sanción y bajo las condiciones compromisorias establecidas en el artículo 13 del Código, y siempre que el penado hubiera demostrado buena conducta, aptitud y hábito para el trabajo, como así también que verosímilmente no será un peligro para la sociedad, *podrá concederle la libertad condicional una vez transcurridos cinco años del cumplimiento con reclusión de la accesoria*. Dicho plazo se cuenta a partir del vencimiento de la sentencia condenatoria que motivó la aplicación de la accesoria.

2. El liberado condicionalmente por aplicación del artículo 53 puede solicitar *su liberación definitiva una vez transcurridos cinco años desde que obtuvo la libertad, pudiéndosele otorgar o no, según cuál sea el resultado del período de prueba y teniendo en cuenta el informe de quien ha tenido a su cargo la vigilancia de la actividad del liberado*.

Si el liberado viola algunas de las condiciones establecidas en el artículo 13, puede dictarse *la revocatoria del beneficio y su reintegro al*

régimen carcelario, pudiendo solicitar nuevamente la libertad condicional una vez transcurridos cinco años desde ese reintegro, siempre que la revocación no hubiese sido por haber cometido nuevos delitos.

He aquí las diferencias esenciales entre el régimen de la libertad condicional regulada por el artículo 13 y la que disciplina el artículo 53:

a. El artículo 13 sólo requiere que durante el tiempo de internación el condenado haya observado con regularidad los reglamentos carcelarios. En el artículo 53 la resolución que concede la libertad condicional se debe basar en que el condenado haya dado prueba de buena conducta y de aptitud y hábito para el trabajo y que verosímelmente no constituirá un peligro para la sociedad.

b. En los casos del artículo 13 el incumplimiento de las condiciones compromisorias puede tener como efecto, según cuál sea, la revocación de la libertad condicional, o que no se compute en el término de la pena, todo o parte del tiempo que haya durado la libertad (art. 15). En los del artículo 53, la violación por parte del liberado de cualquiera de las condiciones establecidas puede determinar la revocatoria del beneficio.

c. En los casos del artículo 13, ningún penado cuya libertad condicional haya sido revocada, podrá obtenerla nuevamente. En los del artículo 53, después de transcurridos cinco años de reintegro al régimen carcelario, el condenado podrá, en los casos de los incisos 1º, 2º, 3º y 5º del artículo 13, solicitar nuevamente su libertad vigilada. No procede el beneficio en el supuesto de cometer un nuevo delito (inc. 4º).

d. Transcurrido el término de la condena, o el plazo de cinco años para las penas perpetuas, sin que sea revocada la libertad condicional, la pena queda de hecho extinguida en los casos del artículo 13. Los liberados del artículo 53, transcurridos cinco años de obtenida la libertad vigilada, *podrán solicitar* su libertad definitiva al tribunal que la concedió, el que decidirá según sea el resultado obtenido en el período de prueba y previo el informe del patronato, institución o persona digna de confianza a cuyo cargo haya estado el control de la actividad del liberado.

e. La libertad condicional regulada por el artículo 13, no se concede a los reincidentes (art. 14, Cód. Pen.), en tanto que la condicionada por el artículo 53 puede otorgarse con prescindencia de que quien esté cumpliendo la medida accesoria sea reincidente o no.

8 — SITUACIÓN JURÍDICA DEL LIBERADO CONDICIONALMENTE. Dado que la libertad condicional no es otra cosa que una forma especial de cumplir la pena privativa de la libertad, el liberado condicionalmente sigue siendo un penado. La condena no queda extinguida por la concesión de la libertad condicional. Precisamente por esa circunstancia es que se le puede exigir el cumplimiento de diversas obligaciones que sin lugar a dudas implican restricciones a la libertad individual.

El penado que ha obtenido la libertad condicional goza de capacidad civil, pero sigue pesando sobre él —cuando la condena ha sido por más de tres años— la inhabilitación absoluta cuyo alcance explica el artículo 19, que se prolonga hasta el vencimiento de las penas temporales, o por cinco años, contados desde el día de la liberación, en las perpetuas.

La privación de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos, a que queda sometido el condenado a pena privativa de la libertad por más de tres años (art. 12, Cód. Pen.), constituyen una *incapacidad de hecho*, incapacidad cuya cesación se produce de pleno derecho desde el momento en que desaparecen la causa y el fundamento que le dieron origen, que es, precisamente, el encarcelamiento (DÍAZ DE GUIJARRO, E., “Capacidad civil del liberado condicionalmente”, *J.A.*, t. 67, pág. 712).

LA PENA DE MULTA

1 — NATURALEZA Y OBJECIONES. La pena de multa, aunque de muy antigua data, no ha logrado que todos los autores le presten adhesión, pese a lo cual la encontramos en la gran mayoría de los códigos penales para determinados delitos, generalmente leves o impulsados por un móvil de lucro.

La multa, como pena, consiste en la obligación impuesta por el juez de pagar una suma de dinero por la violación de una ley represiva, y tiene el efecto de afectar al delincuente en su patrimonio.

Como pena pecuniaria, nos ocupamos únicamente de la multa, porque la *confiscación general de bienes* está expresamente prohibida por la Constitución Nacional, cuyo artículo 17 dispone que la confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Lo que caracteriza a la pena de confiscación es su carácter general; de suerte que la prohibición no alcanza a las confiscaciones parciales, tales como el decomiso de los instrumentos del delito previsto en el artículo 23 del Código Penal.

1. La pena de multa ha adquirido, en los últimos tiempos, nuevo auge, como sustitutivo de las penas privativas de libertad de corta duración, a las que se considera inconvenientes, al mismo tiempo que se la ve como un castigo apropiado para algunos delitos de lucro. Lo mismo que la condena de ejecución condicional, se juzga que la multa es apta para reemplazar con beneficio a las penas privativas de libertad en los delincuentes primarios, evitando así su contacto con otros delincuentes avezados, disponiéndose con ella de un elemento más en el proceso de individualización de la pena.

Sin embargo, la multa extendida en demasía en reemplazo de las penas privativas de libertad pugna un tanto con la idea de que el Derecho Penal debe tomar en cuenta también el problema ético y de la personalidad. Es decir, la extensión de la multa ha de

hacerse con suma prudencia, ya que en la escala ética de valores humanos de que el Derecho Penal se erige en salvaguardia, ha menester conservar una cierta correspondencia cuantitativa, ya que no cualitativa, entre la entidad de los vulnerados o arriesgados por el delito y los que la pena conmina con privar (QUINTANO RIPOLLÉS, JIMÉNEZ DE ASÚA).

2. El mayor reparo que se le ha formulado a la pena de multa, tal como se la aplicó por mucho tiempo, se basa en la desigualdad de su eficacia, y en cierta medida, la injusticia que ella encierra:

a. Se dice que, según la fortuna del condenado, la multa puede significar para él un desembolso sin importancia alguna o bien una erogación que afecte sensiblemente su patrimonio. Y con ello, la posibilidad por parte del segundo de no poder pagar la multa, y deber sufrir por ello pena de encierro. Es, pues, una pena que concede privilegios a los pudientes.

En realidad, el argumento —cierto— no se dirige a la pena en sí, sino al sistema de aplicación. La solución consiste en encontrar y aplicar un buen sistema, que permita proporcionar la pena a las posibilidades económicas de quien debe sufrirla, de modo que todos la sientan por igual.

b. Se hace notar, además, que la multa no tiene carácter personal, pues afecta a la familia del condenado por la disminución de sus bienes. Se responde a esta objeción diciendo que la multa es un mal que debe sufrirse por el delincuente y no por otra persona, porque sólo aquél responde por el delito que fundamenta la retribución punitiva pecuniaria (NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. II, pág. 420). Esta respuesta no deja de ser teórica, pues si bien es cierto que jurídicamente sólo el condenado responde por la pena, de hecho la disminución del patrimonio de una persona disminuye, también, el del grupo familiar. Pero lo real es que todas las penas alcanzan a la familia, pues también la inhabilitación y aun las privativas de libertad redundan en todo sentido en la familia, sin descartar, por cierto, el aspecto económico.

c. Por último, se dice que la multa no es moralizadora o reformadora, como las penas de encierro, sino de intimidación, ya que no consiste en un tratamiento del condenado, sino en la simple privación de un bien (HERRERA, Julio, *La reforma penal*, nro. 99).

3. *Las ventajas* que se le asignan consisten: en su divisibilidad, que permite proporcionarla al delito y a los recursos de los delincuentes, y su reparabilidad, pues en caso de haber sido injusta la sentencia, se soluciona el error mediante la devolución del importe y pago de la indemnización.

2 — SISTEMAS PROPUESTOS PARA SU FIJACIÓN. El sistema que generalmente se ha adoptado para establecer el monto de la multa es el de determinar topes máximos y mínimos dentro de los cuales debe jugar el árbitro judicial, escalas que se fijan en la parte general o en las penas correspondientes a cada delito en particular. Este último es el sistema adoptado por el Código Penal argentino.

Dentro de este orden de ideas se ha perseguido ir aún más allá, propiciando la supresión del límite máximo, de tal modo que el logro de la proporción a las peculiaridades de fortuna del sujeto activo alcance el máximo de flexibilidad. Tal la solución del Código danés de 1930, cuyo artículo 31 fija un mínimo, pero no prevé máximo alguno. Otros códigos, como el italiano de 1930, conceden al juez la facultad de elevar el máximo al triple de lo establecido en la ley.

Se han ideado otros sistemas, de entre los cuales el que ha tenido mayor aceptación en la doctrina y en algunas legislaciones modernas es el llamado sistema de *días-multa*, propuesto por THIREN en el *Proyecto preliminar sueco* de 1916, y consagrado por diversos códigos.

Este sistema consiste en la fijación de la multa con arreglo a un doble criterio. Supone, por una parte, la determinación abstracta de un número de unidades expresadas en *días-multa*, unidades que dependen estrictamente del delito de que se trata —entre un máximo y un mínimo de días— y que deben fijarse por el juez en cada caso, con arreglo a los criterios comunes de la pena; por otra parte, la evaluación *en concreto de contenido de cada unidad* —*día-multa*— *depende exclusivamente de la situación económica del condenado*. El *día-multa* es, en consecuencia, la unidad en dinero de la cual deberá privarse al condenado por cada día a que lo condene la sentencia.

3 — LA MULTA EN EL CÓDIGO. El artículo 21 del Código Penal establece:

La multa obligará al reo a pagar la cantidad de dinero que determinare la sentencia, teniendo en cuenta además de las causas generales del artículo 40, la situación económica del penado.

Si el reo no pagare la multa en el término que fije la sentencia, sufrirá prisión que no excederá del año y medio.

El tribunal, antes de transformar la multa en la prisión correspondiente, procurará la satisfacción de la primera, haciéndola efectiva sobre los bienes, sueldos y otras entradas del condenado. Podrá autorizarse al condenado a amortizar la pena pecuniaria, mediante el trabajo libre, siempre que se presente ocasión para ello.

También se podrá autorizar al condenado a pagar la multa por cuotas. El tribunal fijará el monto y la fecha de los pagos, según la condición económica del condenado.

Como se ve, el Código argentino, siguiendo la orientación general de la doctrina, tiende a que se haga efectiva la multa, y sólo como último extremo permite que ella se convierta en prisión.

La ley quiere que cuando se fije la pena de multa, la multa se pague, es decir, que no renuncia a ejecutar la pena pecuniaria, por cuanto la prisión subsidiaria sólo se establece para su falta de cumplimiento y no como opción para que el reo elija entre la multa o la prisión, según su conveniencia.

Refirma este criterio lo dispuesto por el artículo 64 del Código Penal establecido por la ley 24.316, de 1994, en cuanto se extingue la acción penal por delitos reprimidos con multa por el pago de su mínimo durante la instrucción del sumario o de su máximo una vez iniciado el juicio.

Para el que quiere pagar, pero no lo puede hacer dentro del término fijado por la sentencia, el tribunal dispone del recurso de autorizarlo a *amortizar la multa mediante el trabajo libre o a pagarla en cuotas*. Como resulta de las palabras *podrá autorizar* utilizadas por la ley, se trata de una facultad del juez que la ejercerá como un modo más de individualización de la pena, para evitar la conversión de la multa en pena de libertad, cuando se ha comprobado que el condenado carece de toda clase de bienes para satisfacer la sanción pecuniaria (cfr. Cám. Corr. de Córdoba, *L.L.*, t. 28, pág. 105; Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. II, pág. 156).

4 — CONVERSIÓN DE LA MULTA EN PRISIÓN. Frente al incumplimiento del pago de la multa, vencidos los eventuales plazos y facilidades concedidas para ello, no queda otro remedio que ejecutarla en los bienes del procesado. Mas, como esto mismo puede resultar inútil, se

hace imprescindible arbitrar otros medios para obtener la ejecución de la pena impuesta.

Entre ellos se pueden señalar, como de mayor interés: a) la llamada en Francia *contrainte par corps*, establecida por una ley del año 1867; b) la creación de un delito independiente para el supuesto de incumplimiento culpable y malicioso; c) el trabajo forzado en beneficio del Estado; d) finalmente, la conversión, dentro de ciertos límites, de la multa impuesta en una pena privativa de la libertad.

La ley argentina se afilia al sistema por el que la pena pecuniaria impaga debe trocarse en pena de prisión, la que no podrá exceder de un año y medio (art. 21, 2do. párr., Cód. Pen.).

Los plazos se cuentan con arreglo a las disposiciones del Código Civil (art. 77, Cód. Pen.); véase *supra*, § 37, I, 3-, C.

Por cierto que, como antes se dijo, el objetivo de la ley es que el condenado abone la multa, ya que para ello se deben arbitrar, antes de transformar la multa en pena privativa de la libertad, los medios señalados en los párrafos tercero y cuarto del artículo 21 del Código Penal. Así lo exige la jurisprudencia, habiéndose establecido que en ningún caso puede prescindirse de este procedimiento previo (Cám. Crim. Capital, *L.L.*, t. 16, pág. 557), cuya regulación está dispuesta en el pertinente Código de forma (art. 501, Cód. Proc. Pen., ley 23.984).

En el caso de convertirse la multa en prisión, su duración la fija el juez, computando entre treinta y cinco y ciento setenta y cinco pesos por día de prisión.

La suma fijada para ser convertida, determina la parte de la multa que el condenado paga por cada día de prisión que cumple. De modo que si ha comenzado a cumplir la pena privativa de la libertad y puede o quiere pagar la multa, la detención cesa, y le debe ser descontada de la multa impuesta la suma que ha compurgado con el arresto. Ello resulta del juego de los artículos 22 y 24 del Código Penal, que establecen:

Artículo 22: *En cualquier tiempo que se satisficiera la multa, el reo quedará en libertad.*

Del importe se descontará, de acuerdo con las reglas establecidas para el cómputo de la prisión preventiva, la parte proporcional al tiempo de detención que hubiere sufrido.

Artículo 24. *La prisión preventiva se computará así: por dos días de prisión preventiva uno de reclusión; por un día de prisión preventi-*

va, uno de prisión o dos de inhabilitación o la cantidad de multa que el tribunal fijase entre treinta y cinco pesos y ciento setenta y cinco (ley 24.286).

Como la prisión no es un castigo que se impone al condenado por no pagar la multa, sino un equivalente de ella como modo de cumplir la pena, la ley permite que en cualquier momento, aun cuando se hubiere comenzado a cumplir la pena de encierro subsidiaria, pueda el penado recuperar su libertad mediante el pago de la multa, descontándosele del importe, como es justo, la parte proporcional que corresponde a la prisión cumplida.

Por otra parte, el cumplimiento de parte de la pena privativa de la libertad por conversión de la multa, no obsta para que se autorice después el pago de ésta en cuotas (Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. II, pág. 160).

5 — LA MULTA COMO AGRAVANTE GENÉRICA EN CASO DE ÁNIMO DE LUCRO. *Si el hecho ha sido cometido con ánimo de lucro, podrá agregarse a la pena privativa de libertad una multa, aun cuando no esté especialmente prevista o lo esté sólo en forma alternativa con aquélla. Cuando no esté prevista, la multa no podrá exceder de noventa mil pesos, legisla el artículo 22 bis del Código Penal.*

Es una agravante genérica que comprende todos los delitos en cuya comisión haya intervenido el *ánimo de lucro*. Por este último se entiende el propósito de obtener un beneficio económico, es decir, *cualquier ventaja de orden patrimonial*, sin que sea necesario que el beneficio se obtenga. La mayor parte de los delitos contra la propiedad se cometen con ese ánimo, pero ello no implica que no esté presente en otros, en los que el bien jurídico tutelado prevalentemente no sea el patrimonio. El homicidio por precio o promesa remuneratoria (art. 80, inc. 3º, Cód. Pen.), el perpetrado por codicia (*id.*, inc. 4º), el cohecho (arts. 256 y sigs.), la malversación (arts. 262 y 263), son algunas de las hipótesis que pueden presentarse en abstracto.

En todos los casos el juez queda autorizado a agregar una pena pecuniaria, *aunque no esté expresamente prevista* en la norma legal violada. Cuando la multa esté prevista en forma *alternativa*, el efecto del artículo 22 bis es su posible aplicación en forma conjunta.

LA INHABILITACIÓN

1 — CONCEPTO. En las antiguas legislaciones eran sumamente usuales las penas conocidas bajo la denominación de “infamantes”, que llegaban hasta la “muerte civil”, consistente en la privación total de los derechos civiles de un hombre, por efecto de una pena. En la legislación española —que lo había tomado del Derecho de JUSTINIANO—, según lo establecido por Las Siete Partidas, se aplicaba en caso de deportación con confiscación de bienes, o de condena en juicio a trabajos perpetuos en las obras públicas o minas (Ley 1, título 18, Partida 4 y Ley 15, título 1, Partida 6). El que estaba “muerto civilmente”, perdía la honra, la nobleza, la capacidad de ser heredero, tutor o curador, la patria potestad, etcétera. Es decir, la muerte civil afectaba todo el haz de derechos que confluyen a la persona humana como sujeto del orden jurídico.

El Derecho Penal contemporáneo rechaza esas penas infamantes, que están en abierta contradicción con el espíritu que guía las modernas leyes represivas, manteniéndose únicamente las que sólo *restringen* la capacidad jurídica, importando la privación de algunos derechos, ya sean civiles, honoríficos o profesionales.

Hoy se admite la conveniencia y eficacia de estas inhabilitaciones o privaciones de derechos, cuando se trata de prohibir el goce de algunas actividades a quien ha demostrado, por su conducta criminal, la falta de capacidad para el ejercicio de las funciones más importantes de la vida civil, como también cuando se lo priva de funciones y derechos específicos que, utilizados abusivamente, permitieron la ejecución de un hecho punible.

Las inhabilitaciones todas, aun las más benignas, constituyen en cierto modo penas limitadoras de la libertad, si no de la locomoción —por no entrañar encierro— sí de la libertad de elegir y ejercer las propias actividades.

La naturaleza de las penas de inhabilitación es predominantemente circunstancial y oportunista. Si la finalidad lógica de la inhabilitación no es tanto privar al reo de un medio de vida, sino evitar que ponga su profesión al servicio de ulteriores actividades criminales, se impone que la sanción tome más en cuenta la *conducta del futuro* que la pretérita. De ahí que la inhabilitación recaiga comúnmente en cargos profesionales susceptibles de un riesgo general, como los de carácter público, sanitario o de transportes, careciendo de todo sentido prohibir, por ejemplo, según lo ha resuelto la jurisprudencia, el oficio de sastre o de zapatero o el uso de bicicleta. De ello resulta clara la función de *prevención especial* de esta pena.

2 — CLASES DE INHABILITACIÓN

1. Atendiendo a su *duración*, esta pena, al igual que las de encierro, puede ser *perpetua* o *temporal*. Tanto la inhabilitación absoluta como la especial pueden ser perpetuas.

2. En cuanto a su alcance o *extensión*, se distingue en *absoluta* y *especial*, según la cantidad de derechos que afecte, debiendo observarse que la primera de ellas, aun cuando su denominación pareciera indicar lo contrario, no supone la pérdida de todos los derechos, sino sólo de los que taxativamente determina la ley. En efecto, todo lo que se refiere al ejercicio profesional o de derechos, queda al margen de esta especie de interdicción y constituye el objeto de la inhabilitación especial (NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. II, pág. 433).

El *Proyecto* de 1881 (art. 54), la denominó *inhabilitación general*, pero a partir del *Proyecto* de 1891, se volvió a la fórmula de TEJEDOR, que es la de la ley vigente.

a. El artículo 19 del Código Penal establece que la *inhabilitación absoluta importa*:

1º *La privación del empleo o cargo público que ejercía el penado, aunque provenga de elección popular;*

2° *La privación del derecho electoral;*

3° *La incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas;*

4° *La suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, civil o militar, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión. El tribunal podrá disponer, por razones de carácter asistencial, que la víctima o los deudos que estaban a su cargo concurren hasta la mitad de dicho importe, o que lo perciban en su totalidad, cuando el penado no tuviere parientes con derecho a pensión, en ambos casos hasta integrar el monto de las indemnizaciones fijadas.*

Los tres primeros incisos son claros y no requieren explicación. El último, que fue modificado por la ley 21.338 —reforma mantenida por la ley 23.077 de 1984— daba, en cambio, lugar a distintas interpretaciones que fueron superadas con la mentada modificación.

En tanto el Código originario aludía a la *pérdida* de los derechos previsionales, la reforma de 1976 se refiere a la *suspensión* de esos derechos. Ello consulta mejor a los fines de la pena que, como puede ser temporal, no debía acarrear la *pérdida* definitiva de la jubilación, pensión o retiro. La suspensión dura por el *término de la inhabilitación*.

El importe correspondiente al derecho previsional, durante el término de la suspensión, será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión. Esto último con la excepción de que, por razones asistenciales, el tribunal podrá ordenar que los derechohabientes concurren con la víctima o con los deudos a su cargo hasta en un cincuenta por ciento del importe del beneficio. Si el penado no tiene parientes con derecho a pensión, el importe puede ser percibido *en su totalidad* por la víctima o sus deudos, según el caso. Los deudos a los que alcanza el beneficio son únicamente los que estaban efectivamente a cargo de la víctima, porque este derecho no nace de la vocación hereditaria, sino de razones de carácter asistencial.

El importe de las sumas destinadas a la víctima o a sus deudos, no puede exceder el monto de las indemnizaciones fijadas en la sentencia condenatoria (art. 29, Cód. Pen.). Habida cuenta de que la jubilación, pensión o retiro no se pierden, sino que se suspenden, una vez pagadas las indemnizaciones en su totalidad, se procede de acuerdo con la primera parte del artículo 19, según la cual el importe será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión, mientras dure la inhabilita-

ción absoluta del condenado (FONTÁN BALESTRA – MILLÁN, *La reforma penal, ley 21.338*, pág. 17).

b. *La inhabilitación especial* está prescripta en el artículo 20 del Código Penal, que establece:

La inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena.

La inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena, aquéllos sobre que recayere.

Esta clase de inhabilitación, en su esencia, tiene el carácter de una sanción de seguridad preventiva, pues se aplica para limitar la actividad del sujeto en el terreno en que cometió el delito (NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. II, pág. 437).

Puede consistir en la privación de un empleo o en impedir el ejercicio de determinada profesión, como la de médico, por ejemplo; pero para que la inhabilitación especial proceda como pena principal, si bien no es requisito indispensable que se trate de una profesión reglamentada, es esencial que el delito se haya cometido en el ejercicio de un cargo, arte o profesión (Cám. Crim. Capital, *L.L.*, t. 9, pág. 571; del mismo tribunal en pleno, *J.A.*, t. 16, pág. 304; *id.*, Sala 4^a, en un caso en que se inhabilitó a un agente de policía para usar armas de fuego, *in re* “Maestre, J.”, 16-III-1979).

3 — LA INHABILITACIÓN COMO PENA ÚNICA, CONJUNTA O ACCESORIA. En lo que respecta a su relación con otras penas, la inhabilitación, dada su naturaleza y el modo de estar regulada por la ley, puede aplicarse como *pena única, conjunta o accesoria*.

1. *Como pena principal* puede ser aplicada sola o conjuntamente con otra:

a. *Es pena única*, por ejemplo, en el caso del segundo párrafo del artículo 235 del Código Penal, que impone inhabilitación especial de uno a seis años para los funcionarios que no hubieren resistido una rebelión o sedición por todos los medios a su alcance; también se amenaza como pena única en los artículos 260 y 264

b. *Es pena conjunta* —también llamada *complementaria*— en el caso del artículo 207 del Código Penal, por ejemplo, que establece que

en tales supuestos, *además* de la pena prescrita en los artículos respectivos, se aplicará inhabilitación especial por doble tiempo del de la condena, inhabilitación que durará de un mes a un año cuando la pena impuesta fuese de multa.

2. *La inhabilitación accesoria*, como su nombre lo indica, se establece como consecuencia de la aplicación de otra pena. Las penas de encierro por más de tres años llevan como accesoria la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más si así lo resuelve el tribunal conforme con la índole del delito, según lo prescribe el artículo 12 del Código Penal.

La jurisprudencia ha distinguido claramente la inhabilitación absoluta que se impone como accesoria, de conformidad al artículo 12 del Código Penal, de aquellas otras inhabilitaciones que constituyen la denominada *incapacidad civil* de los condenados y que se relacionan únicamente con el encierro. Así se ha establecido que el penado que se halla en libertad condicional, no sufre las restricciones que establece el artículo 12, en cuanto a la privación de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos (*J.A.*, t. 43, pág. 1168; t. 67, pág. 712; *L.L.*, t. 22, pág. 29).

4 — LA INHABILITACIÓN ESPECIAL COMO PENA GENÉRICA. El artículo 20 bis, introducido por la ley 21.338, y mantenido por la ley 23.077, dispone:

Podrá imponerse inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe:

1° *Incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público;*

2° *Abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela;*

3° *Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público.*

1. Es la creación de la inhabilitación especial como pena optativa para cualquier delito cuya comisión importe ejercicio incompetente o abusivo. La disposición proviene de la ley 17.567, en cuya Exposición de Motivos se dan como referencias los proyectos argentinos de 1941,

artículo 53 y de 1960, artículo 65; el Código brasileño, artículo 69, IV; el italiano, artículo 31 y el suizo, artículo 54. La norma remedia una seria incongruencia del Código, ya que numerosas figuras dolosas no contenían la pena de inhabilitación. Así, por ejemplo, el homicidio y las lesiones culposas (arts. 84 y 94) prevén la inhabilitación especial, en tanto que esa pena no estaba prevista para el que obró dolosamente, deficiencia que resulta inadmisibles, por ejemplo, en el profesional que obra abusivamente (cfr. Cám. Crim. Capital, *J.A.*, t. 1966-IV, pág. 546).

Se trata de una *pena móvil*, una previsión genérica, que permite su aplicación conjunta a cualquier delito, aunque no esté prevista expresamente en el tipo correspondiente, cuando la acción importe incompetencia o abuso de un empleo, profesión o actividad. Esta medida tiene el carácter de una sanción de seguridad preventiva, pues se aplica para limitar la actividad del sujeto en el terreno en que cometió el delito (NÚÑEZ, R. C., *Derecho Penal argentino*, T. II, pág. 437).

La previsión comprende formas dolosas (ejercicio abusivo) y culposas (incompetencia). Abarca autoría, coautoría, instigación y complicidad en cualquiera de sus grados. La ley habla de *delito cometido*.

2. El artículo 20 bis se descompone en tres incisos. El primero y el tercero contemplan la *incompetencia* y el *abuso*, en tanto que en el segundo, referido al ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela, sólo se prevé el *abuso*.

Abuso es cualquier manera de desplegar la actividad específica de modo que importe apartarse de las reglas del cargo, función, actividad o profesión para cometer el hecho delictuoso. Abusa quien, a sabiendas, usa ilegítimamente las facultades, la capacidad, los conocimientos o los medios propios de la actividad que ejerce. Una actitud culposa sólo puede dar lugar a *incompetencia*, irrelevante en los casos del inciso 2º del artículo 20 bis.

La incompetencia supone ignorancia de los conocimientos propios de un empleo, cargo, profesión o actividad.

El deslinde entre la *incompetencia* y el *caso fortuito* es bastante sencillo cuando se transitan regiones de conocimientos exactos, como ingeniería, mecánica, electricidad; pero a medida que se penetra más profundamente en el conocimiento ontológico cultural, por ejemplo, el hombre, sea en su fisiología o en su psiquismo (nada en el hombre es puramente naturalístico), las dificultades crecerán. La pauta mensuradora debe ser considerar punible en la impericia solamente el error craso, la imprudencia o negligencia que no puede permitirse el que tiene título profesional o habilitación que

signifique la posesión de conocimientos básicos de la actividad en la medida en que deben tenerse, según se trate de título universitario, intermedio o simple aptitud técnico-práctica.

3. En cada uno de los incisos del artículo 20 bis se contemplan casos distintos según cuáles sean las funciones del autor y el modo de comisión.

a. *El inciso 1º apunta al empleo o cargo público*, y comprende tanto la *incompetencia* como el *abuso*. Para la inteligencia de los términos *empleado* o *funcionario público*, hemos de atenernos a lo indicado en el artículo 77 del Código Penal. En el supuesto del ejercicio de un empleo o cargo público, la ley no contiene limitación alguna.

b. *El inciso 2º se refiere al ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela y prevé únicamente la forma abusiva*. Ello así, porque es difícil de imaginar en tales casos incompetencia delictuosa, dada la naturaleza y el origen de los institutos abarcados.

La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones de los padres en la persona y los bienes de sus hijos (art. 264, Cód. Civ. y ley 23.515). *La adopción plena* crea un vínculo legal de familia (art. 323, Cód. Civ., incorporado por ley 24.779). *La tutela* es el derecho que la ley confiere para el gobierno de la persona y los bienes de los menores de edad, no sujetos a la patria potestad (art. 377, Cód. Civ.). *La curatela*, en fin, se rige por las mismas reglas que la tutela y se acuerda para los incapaces mayores de edad (arts. 468, 475 y 54, Cód. Civ.).

c. *El inciso 3º contempla la incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público*. Con esta última exigencia quedó zanjada la cuestión referida a la necesidad de que se tratara de una profesión reglamentada, aspecto que había dividido a la jurisprudencia. Haya o no una reglamentación especial, lo que se requiere es que la actividad se ejerza a través de una intervención o manifestación del poder público, entendiéndose por tal el Estado en sentido lato, Nación, provincias, municipios, en la esfera de sus respectivas atribuciones.

a' *Autorización* es el *permiso legal* para ejercer determinada profesión, arte, oficio o labor. *Su concesión* debe depender del poder público.

b' *La licencia* se refiere tanto al documento en el que consta la facultad o permiso, como a una autorización que pueda ser denominada de ese modo.

c' *La habilitación* consiste generalmente en el cumplimiento de ciertos requisitos para el ejercicio de una actividad en el territorio del país o en determinada provincia o municipio. Así, por ejemplo, la inscripción del título de abogado en los tribunales o colegios correspondientes y el de procurador en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Bajo el concepto de *licencia o habilitación* quedan comprendidas otras actividades que no requieren título profesional, como el registro de conductor de automóviles o el *brevet* de aviador. Dentro de los términos *autorización, licencia y habilitación*, se comprenden todas las formas a través de las cuales el Estado interviene en el ejercicio de una actividad. La inhabilitación del artículo 20 bis no alcanza a las profesiones o actividades que no requieran autorización, licencia o habilitación del poder público. Pero quien tiene título o actividad para cuyo ejercicio sea necesario ese requisito, que aún no lo ha llenado, no queda por ello al margen de la previsión legal, porque la referencia a la autorización, licencia o habilitación sólo tiene por objeto caracterizar las actividades susceptibles de inhabilitación (FONTÁN BALESTRA – MILLÁN, *La reforma penal, ley 21.338*, págs. 18 a 21).

5 — IMPROCEDENCIA DE SUSPENDER CONDICIONALMENTE LA INHABILITACIÓN. El artículo 26 del Código Penal veda la imposición de la condena de inhabilitación en forma condicional. Su último párrafo expresa: *No procederá la condenación condicional para las penas de multa o inhabilitación.*

6 — LA REHABILITACIÓN DEL INHABILITADO. A diferencia del Código de 1921, que no preveía la rehabilitación del condenado, el vigente (ley 23.077) dispone en su artículo 20 ter:

El condenado a inhabilitación absoluta puede ser restituido al uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado, si se ha comportado correctamente durante la mitad del plazo de aquélla, o durante diez años cuando la pena fuera perpetua y ha reparado los daños en la medida de lo posible.

El condenado a inhabilitación especial puede ser rehabilitado, transcurrida la mitad del plazo de ella, o cinco años cuando la pena fuere perpetua, si se ha comportado correctamente, ha remediado su incompetencia o no es de temer que incurra en nuevos abusos y, además, ha reparado los daños en la medida de lo posible.

Cuando la inhabilitación importó la pérdida de un cargo público o de una tutela o curatela, la rehabilitación no comportará la reposición en los mismos cargos.

Para todos los efectos, en los plazos de inhabilitación no se computará el tiempo en que el inhabilitado haya estado prófugo, internado o privado de su libertad.

El instituto de la rehabilitación fue adoptado por muchos códigos y proyectos. En la Exposición de Motivos de la ley 17.567 se citan el artículo 109 del *Proyecto* de 1941 (PECO), el artículo 66 del *Proyecto* de 1960 (SOLER) y los artículos 119 del Código brasileño, 178 y 179 del Código italiano y 76, 77 y 79 del suizo.

1. El dispositivo adoptado establece claramente la potestad de aplicación para las distintas clases de inhabilitación y las condiciones requeridas para que sea posible en cada una de ellas.

a. *La inhabilitación absoluta perpetua.* Si la inhabilitación es absoluta, la restitución al uso y goce de los derechos y capacidades de que el autor fue privado está sometida a tres condiciones: correcto comportamiento; que perdure durante un plazo cuyo mínimo es de diez años, y reparación de los daños en la medida de lo posible.

1° *Correcto comportamiento.* Consiste, no solamente en no cometer nuevos delitos, sino en la buena conducta general, revelada por la dedicación a un trabajo lícito, que no sea aquel para el que fuera inhabilitado, abstención de bebidas alcohólicas (a la manera del art. 13, Cód. Pen.), así como de cualquier droga o práctica viciosa; en fin, vivir correctamente en los ámbitos familiar y social, de manera que traduzca su redención moral, como dice PECO (*Proyecto de Código Penal*, pág. 202).

2° *Plazo.* El plazo de diez años se cuenta desde el día en que la sentencia condenatoria que impuso la pena perpetua queda consentida o ejecutoriada (sentencia firme, cualquiera sea su instancia). En este plazo, *no se computa* el tiempo en que el sujeto haya estado prófugo, internado o privado de su libertad (art. 20 ter, últ. párr.). La aclaración no

obsta al cómputo de la prisión preventiva previsto en el artículo 24 del Código Penal, para determinar la duración de la pena que la sentencia fije en definitiva.

El estado de *prófugo* no ofrece inconvenientes para su determinación: se trata del fugitivo de la justicia. Mientras el condenado esté prófugo, no habrá posibilidad alguna de que se extinga la inhabilitación. La situación de prófugo de los procesados no entra aquí en cuestión, puesto que la sentencia firme, que fija el punto de partida para contar el plazo, no ha sido dictada aún.

La *internación y privación de libertad* deben ser legales, sea en detención preventiva, cumplimiento de pena por delito o contravención, en el país o fuera de él, sin restricciones, porque no se trata de la reincidencia, para la que debe serlo por delito que pueda dar lugar a extradición según la ley argentina (art. 50, Cód. Pen.).

Si la privación de libertad o internación han sido ilegales, constituya o no un delito contra la libertad de los previstos en el Título V, Libro Segundo del Código Penal, ese tiempo *se computa* en el plazo legal.

La suspensión del plazo para acordar la rehabilitación persigue que el cumplimiento de la pena haya tenido lugar estando el autor en libertad, puesto que es el único modo de que la inhabilitación cumpla el fin perseguido y sea realmente ejecutada como pena principal, ya que durante la detención el individuo, en mayor o menor medida, se encuentra de hecho privado del ejercicio de buena parte de sus derechos. La detención ilegal ni es una pena, ni puede ser atribuida a la culpa del autor.

3° *Reparación de los daños*. Los daños que deben ser reparados son los derivados del delito y enunciados en el artículo 29, incisos 1° y 2°, a saber: indemnización del daño *material y moral* causado a la víctima, a su familia o a un tercero y la restitución de la cosa obtenida por el delito o en su defecto el pago del precio corriente, más el de estimación, si lo tuviere.

La reparación debe ser hecha *en la medida de lo posible*. Si el inhabilitado es solvente, en la medida de tal solvencia. Si no lo es, el juez establecerá la forma de cumplimiento, sirviéndose de la regla que proporciona el artículo 29, inciso 4°, es decir, señalando la parte de los salarios del responsable que debe ser aplicada a esas obligaciones.

b. *La inhabilitación absoluta temporal.* La rehabilitación de la inhabilitación absoluta temporal está sometida a las mismas condiciones anteriores, con la lógica diferencia del plazo, que en este caso se fija en *la mitad del tiempo de la condena.*

c. *Inhabilitación especial perpetua.* El plazo para la rehabilitación es de *cinco años*, si el condenado se ha comportado correctamente, *ha remediado su incompetencia o no es de temer que incurra en nuevos abusos.* La diferencia con la inhabilitación absoluta estriba en que aquélla comprende todas las inhabilidades del artículo 19, mientras que la especial comporta la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena (otro empleo o cargo, porque la profesión o derecho específico no pueden ejercerse en modo alguno, por efecto, precisamente, de la inhabilitación [art. 20, Cód. Pen.]).

El inhabilitado especialmente debe haber *remediado su incompetencia.* Esta exigencia rige solamente para los casos en que la sanción se haya pronunciado por delito en que el déficit de capacidad revelado a través del hecho cometido haya sido la causa del delito, lo que quiere decir que no puede referirse sino a delitos *culposos.* La prueba de haber remediado la incompetencia no significa la necesidad de la obtención de un nuevo título igual, especialmente los profesionales, porque tienen validez permanente, sino que se debe admitir toda clase de prueba. No debe excluirse la obtención de un título, autorización, licencia o habilitación, que revelen que el interesado ha logrado intensificar sus conocimientos y aptitudes.

Cuando la condena se ha originado en *abuso*, es necesario *que no sea de temer que incurra en nuevos abusos.* El motivo de la condena no ha sido incompetencia, sino mal uso de la que se posee, de manera que no se requiere la prueba de haberla remediado. La buena conducta, el arrepentimiento activo, el empeño en remediar el mal producido, la rendición moral, se podrán probar por todos los medios.

d. *Inhabilitación especial temporal.* La rehabilitación de la inhabilitación temporal se puede obtener transcurrida *la mitad del plazo de la condena*, rigiendo en lo demás las *otras condiciones* que antes se señalaron.

2. La rehabilitación *no importa la reposición* en el cargo público o en la tutela o curatela que el autor perdió al ser inhabilitado, cualquiera haya sido la especie y la duración de la pena.

3. *La rehabilitación tiene carácter definitivo*. A diferencia de algunos de los textos legales tomados como antecedentes, la rehabilitación tiene carácter definitivo. Si el individuo comete otro delito por el que se le aplica inhabilitación, ésta es una pena nueva; otra pena, que queda sometida a las normas generales.

LA CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL Y LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA

1 — INTRODUCCIÓN. Hasta la sanción de la ley 24.316, publicada en el *Boletín Oficial* el 19-V-1994, el Código Penal argentino sólo reconocía un instituto en virtud del cual el autor de un delito podía resultar eximido de alguna de sus consecuencias jurídicas. Dicho instituto era la condena de ejecución condicional legislada en los artículos 26 a 28 de dicho cuerpo de leyes. A partir de la vigencia de aquélla, también rige la suspensión del juicio a prueba.

Antes del análisis de esas instituciones, veamos los sistemas que procuraban evitar el cumplimiento de condenaciones provenientes de delitos de escasa gravedad.

2 — SISTEMAS. Con variantes, peculiares a cada legislación, se adoptaron en el derecho comparado distintos sistemas. Ellos pueden agruparse como sigue:

a. *Sistema continental europeo*, llamado también *franco-belga*, en el cual se sigue el juicio en la forma ordinaria y se dicta la sentencia condenatoria. Cuando se encuentran reunidos ciertos requisitos, que consisten generalmente en que se trate de un delincuente primario, que la pena impuesta sea leve, que tenga otros antecedentes favorables, etcétera, el tribunal *suspende el cumplimiento de la pena*. Si durante determinado lapso el reo no comete otro delito, la condena se considera no pronunciada. Se aplicó en Bélgica por ley del año 1888 y en Francia por la Ley Berenguer de 1891. Es el que adoptó el Código argentino de 1921, y que subsistió sin modificaciones de importancia hasta la san-

ción, en 1994, de la ley 24.316, que lo mantuvo, pero adicionando a la ejecución condicional de la pena un período de prueba en el que el reo queda sujeto a ciertas normas de conducta (*infra*, d.).

b. *Sistema angloamericano*. En este sistema se suspende la prosecución del juicio, quedando el liberado sujeto a vigilancia (*probation*) por determinado espacio de tiempo. Si durante ese lapso el condenado comete un nuevo delito o, simplemente, incurre en mala conducta, se prosigue el juicio suspendido. En caso contrario, queda en libertad definitiva, sin vigilancia. Se aplicó por primera vez en Massachusetts en 1869, difundiéndose luego en Estados Unidos y en Inglaterra, donde en 1887 se dictó la *First Offender Act*. Sin derogar el régimen anterior que, según dijimos (*supra*, a.) se mantuvo con ciertas modificaciones, este sistema se incorporó al Código Penal a través de la ley 24.316.

c. *Estimación crítica*. Ambos sistemas presentan ventajas e inconvenientes. Al sistema franco-belga, que hasta hace un tiempo no muy lejano preveía en las legislaciones, se le reprochaba: que para llegar a la condenación condicional el beneficiario debía sufrir un largo proceso; que no demostraba interés por el condenado, al que no sometía a reglas de vigilancia. Esta última crítica se soslaya, en el Código Penal argentino, con la última reforma, que adoptó un régimen mixto, en virtud del cual se imponen al condenado condicionalmente ciertas normas de conducta (art. 27 bis), lo que genera otra crítica, consistente en que el país no cuenta con estructuras adecuadas para efectuar un eficaz seguimiento de los condenados, desde que no se concibe un régimen de *probation* sin *probation officer* con la preparación técnica y medios adecuados (cfr. DEVOTO, Eleonora A., “Los métodos sustitutivos de las penas cortas de prisión”, *Revista del Colegio de Abogados*, t. 50, nro. 3, diciembre 1990, págs. 84 y sigs., y “La *probation*”, *L.L.*, 23-VIII-1994).

En cambio, al angloamericano se le objeta que se aplica a individuos que acaso sean inocentes, pues al quedar suspendido el juicio no se comprueba la responsabilidad o irresponsabilidad del procesado; y además, que llegado el caso de que el juicio deba proseguirse, quizá no pueda dictarse una sentencia justa, ya que, a causa del tiempo transcurrido, pueden haber desaparecido importantes elementos de prueba. Se añade, en nuestro país, que el sistema de la *probation* contribuye a la desprotección social frente a la delincuencia al hacer más permisivo el

sistema penal, creando una sensación de impunidad al acordarse el beneficio sin previa realización del juicio (“Una ley que el presidente debe vetar”, *La Nación*, 17-V-1994, pág. 6).

d. *Sistemas mixtos*. Los proyectos de 1937 (COLL y GÓMEZ), de 1941 (PECO) y de 1960 (SOLER), adoptan sistemas que podemos considerar mixtos, acercando la institución de la condena de ejecución condicional a la *probation* angloamericana, al preverse la imposición por el tribunal de normas de conducta a las que el condenado condicionalmente deberá someterse por determinado tiempo y con distintos efectos por su incumplimiento. Este sistema fue adoptado al incorporarse el artículo 27 bis al Código Penal (ley 24.316), que sumó reglas de conducta a las disposiciones que establecían la condena de ejecución condicional del sistema franco-belga.

Analicemos ambos institutos.

A. LA CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL

1 — NATURALEZA Y FINALIDAD. La condena de ejecución condicional consiste en dejar en suspenso el cumplimiento de la pena impuesta al autor de un delito leve, cuando sus condiciones personales autorizan a presumir que hacer efectiva esa pena carece de objeto práctico. Si la conducta ulterior del condenado, durante un tiempo, es conforme a la ley, la pena no se cumple.

1. El Código argentino la titula *condenación condicional*, pero su denominación más correcta, y de acuerdo a su naturaleza, es *condena de ejecución condicional*, tal como la llamó GARRAUD, y entre nosotros MOLINARIO (GARRAUD, *Précis de Droit Pénal*, Paris, 1912, pág. 515, nota 1; MOLINARIO, *Revista Penal Argentina*, t. V, págs. 5 y sigs.).

La institución tiene por fin evitar las penas de encierro de corta duración, que no solamente son inútiles para reeducar al delincuente, sino que, en general, son perniciosas y corruptoras por el contacto con otros reos avezados en el delito. La condena de ejecución condicional significa una advertencia a quien delinque por primera vez o, eventualmente, en una segunda oportunidad, al tiempo que se evitan los riesgos señalados con el cumplimiento efectivo de esa pena.

La Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelería de la Cámara de Diputados, sintetizando los fines de la institución que nos ocupa, decía: “ello tiende a que se descongestionen las cárceles, a que no se impongan encierros inútiles y que se detenga con una simple amenaza a los autores ocasionales de hechos delictuosos” (Código Penal, edición oficial, pág. 129).

2. No existe uniformidad de criterio con respecto al *carácter jurídico* de la condena de ejecución condicional. Para algunos es un acto de indulto; para otros, un modo de extinción de la pena, o una pena moral o, también, un modo de absolución. FLORIÁN entiende que su carácter jurídico debe estudiarse en cada una de las legislaciones que la adoptaron, pero que, en general, y considerándola en relación con sus fines, es un sustitutivo de la pena, destinado a ejercer una acción preventiva y moral sobre el condenado (*Parte General del Derecho Penal*, La Habana, 1929, págs. 144 y sigs.). Es éste el carácter que mejor explica la institución, tal como hoy se la concibe, con la aclaración de que *no es un sustitutivo de la pena, sino una pena*.

2 — LA CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL EN EL CÓDIGO. El primer antecedente que encontramos sobre la condena condicional en la legislación argentina aparece en el Proyecto de 1906, que contenía la institución en sus artículos 32, 33 y 34, directamente inspirados en la Ley Berenguer (VERA BARROS, “Condenación condicional. Significado doctrinario y jurisprudencial actual”, *Cuadernos de los Institutos*, nro. 39, del Instituto de Derecho Penal, Córdoba, 1960, pág. 20). El artículo 32 del Proyecto, con algunas modificaciones, pasó a ser el artículo 26 del Código de 1921.

La ley vigente regula la condena condicional en los artículos 26, 27, 27 bis y 28, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 26. *En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo procedimiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto.*

Igual facultad tendrán los tribunales en los casos de concurso de delitos si la pena impuesta al reo no excediere los tres años de prisión.

No procederá la condenación condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación.

Artículo 27. *La condenación se tendrá como no pronunciada si dentro del término de cuatro años, contados a partir de la fecha de la sentencia firme, el condenado no cometiere un nuevo delito. Si cometiere un nuevo delito, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le correspondiere por el segundo delito, conforme con lo dispuesto sobre acumulación de penas.*

La suspensión podrá ser acordada por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de la primera condena firme. Este plazo se elevará a diez años, si ambos delitos fueran dolosos.

En los casos de sentencias recurridas y confirmadas, en cuanto al carácter condicional de la condena, los plazos se computarán desde la fecha del pronunciamiento originario.

Artículo 27 bis. *Al suspender condicionalmente la ejecución de la pena, el tribunal deberá disponer que, durante un plazo que fijará entre dos y cuatro años según la gravedad del delito, el condenado cumpla todas o alguna de las siguientes reglas de conducta, en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos:*

1° Fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato.

2° Abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas.

3° Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas.

4° Asistir a la escolaridad primaria, si no la tuviere cumplida.

5° Realizar estudios o prácticas necesarios para su capacitación laboral o profesional.

6° Someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia.

7° Adoptar oficio, arte, industria o profesión, adecuado a su capacidad.

8° Realizar trabajos no remunerados en favor del Estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo.

Las reglas podrán ser modificadas por el tribunal según resulte conveniente al caso.

Si el condenado no cumpliere con alguna regla, el tribunal podrá disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento. Si el condenado persistiere o reiterare el incumplimiento, el tribunal podrá revocar la condicionalidad de la condena. El condenado deberá entonces cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en la sentencia.

Artículo 28. *La suspensión de la pena no comprenderá la reparación de los daños causados por el delito y el pago de los gastos del juicio.*

3 — CONDICIONES PARA CONCEDERLA. Del sistema normativo transcripto, se desprende cuáles son las condiciones exigidas para que pueda aplicarse una condena en forma condicional:

1° Que se trate de la primera condena o, transcurridos ciertos plazos, de la segunda; 2° Condena a pena de prisión a tres años o menos; 3° Que la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza de los hechos y otras circunstancias *demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad*; 4° Que la decisión judicial *sea fundada*.

1. La ley dice “en los casos de primera condena”, y deben entenderse estos términos como refiriéndose a un delincuente que no ha sido condenado antes por otro *delito*. En tal sentido, se señala que lo de *primera condena* debe ser tomado en su sentido literal, indicando la frase la situación de aquel que no ha sido condenado otra vez por un delito.

a. Sin embargo, si la condena anterior fue pronunciada *por un hecho cometido con posterioridad al que se juzga o que pudo haber sido juzgado conjuntamente*, es decir, que no es un *nuevo delito* con respecto a la condenación condicional, la pena única por ambos hechos puede ser suspendida en su ejecución. La Cámara del Crimen de la Capital declaró que procede la suspensión del cumplimiento de la pena, si la anterior condena impuesta por el juez federal, lo fue por delito que hubiera sido juzgado conjuntamente, de no mediar la necesaria subordinación de la unidad de procesos al principio del ordenamiento de las competencias (*Fallos*, t. V, págs. 100 y 101; con respecto al hecho anterior, véase *Fallos*, t. VII, pág. 138).

b. La condena anterior, para obstar al beneficio de la de ejecución condicional, debe haber sido impuesta por *un delito*. Las condenas por faltas no empecen a la suspensión del cumplimiento de la pena (cfr. Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. VII, pág. 138).

La Cámara del Crimen de la Capital declaró que la condena por infracción al artículo 2° de la ley 11.386 —Ley de Enrolamiento— no es obstáculo para acordar la condena condicional (causa “González, O.”, resuelta el 12-IV-1946; *id.*, *Fallos*, t. VII, pág. 61), como tampoco la anterior condena a pena de multa por infracción a la ley 12.331 —de profilaxis de las enfermedades venéreas—, si el inculpado merece buen concepto (*L.L.*, 30-XII-1965).

c. Establece el artículo 27, segundo párrafo, que la condenación podrá suspenderse por segunda vez *si el nuevo delito* ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de la primera condena firme. Y añade: este plazo se elevará a diez años, si ambos delitos fueran dolosos.

Debe entenderse que es procedente la condena de ejecución condicional, a quien cometió un delito habiendo cometido otro antes por el que fue *también* condenado condicionalmente.

Los requisitos para que sea posible esta segunda condicionalidad son, además de que se trate de condena a pena de prisión por tres años o menos, que hayan transcurrido ocho años desde la primera condena firme en caso de delitos doloso y culposo o viceversa, o siendo ambos culposos, o diez años para el caso de ser los dos delitos dolosos.

2. El segundo requisito: condena a pena de *prisión que no exceda de tres años*. El monto que originariamente era de dos años, como en la mayoría de las legislaciones, fue elevado a tres por la ley 23.057.

a. Apenas sancionado el Código, se suscitaron dificultades en lo que respecta a las penas privativas de libertad: se sostuvo que la ley se refería a la pena prevista por ella para la especie de delito que motiva la condena, y no a la pena que correspondiere particularmente al caso, para lo cual se hacía hincapié en los términos “por delito al que correspondía”, contenidos en el artículo en su texto original.

La cuestión perdió vigencia, a partir de la reforma operada por la Ley de Fe de Erratas del Código Penal 11.221, la que estableció que en el artículo 26 debían suprimirse las palabras “por delito al que correspondía”, intercalando en reemplazo la preposición “a” y sustituirse la palabra “aplicable” por “impuesta”, con lo que quedó claramente determinado que lo que debe tenerse en cuenta es la pena aplicada al reo en el caso concreto.

b. Expresamente establece el artículo 26 que no se aplican condicionalmente ni la multa ni la inhabilitación. Con ello desaparecen las discusiones que existían con relación a esta última bajo la vigencia de la ley 11.179.

c. Es viable la condenación condicional en caso de concurso de delitos. Sólo se exige que la pena impuesta no supere los tres años de prisión.

3. La ley fija, además, ciertas normas que han de ser tomadas en cuenta para apreciar si en el caso concreto y para determinado autor es o no apropiado otorgar el beneficio, ya que, como se dijo, el Código no estatuye la condenación como un derecho del delincuente, sino como una facultad judicial.

El juez debe fundar su decisión en *la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de la libertad*. Al efecto valorará la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza de los hechos y otras circunstancias. La enumeración es ejemplificativa (más detalles: LEDEMA, *Las reformas...*, cit., pág. 36).

4. A partir de la vigencia de la ley 23.057 se exige que la resolución sea fundada, *bajo pena de nulidad*, en los elementos mencionados más arriba. Se sigue, de esta manera, el criterio jurisprudencial de que la condena condicional no es de aplicación mecánica al delincuente primario, sino que debe fundarse en la personalidad moral del condenado (*L.L.*, t. 21, pág. 914; *J.A.*, t. 56, pág. 610; *L.L.*, 17-VI-1966; *J.A.*, 1947-III, pág. 198), criterio que debe prevalecer, por ser el que mejor responde a los fines del instituto.

El artículo 26 determina que *el tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto*.

4 — CUMPLIMIENTO DE REGLAS DE CONDUCTA. Tal como estaba reglado el instituto hasta la sanción de la ley 24.316 que introdujo el artículo 27 bis, que transcribimos más arriba, el único requisito *posterior* al otorgamiento de la condena condicional era *no cometer nuevos delitos* durante cuatro años contados a partir de la sentencia firme.

En la actualidad es necesario, además, que el condenado cumpla, por un plazo que se fijará entre dos y cuatro años según la gravedad del delito, *todas o algunas* de las reglas de conducta que *deberá imponer* el tribunal de entre las enumeradas en los ocho incisos que contiene el artículo, las que podrán ser modificadas a criterio de aquél, tales como fijar residencia, someterse al cuidado de un patronato, abstenerse de frecuentar ciertos lugares o a determinadas personas o de consumir estupefacientes o abusar de bebidas alcohólicas, realizar estudios o práctica de capacitación laboral o profesional, adoptar oficio o profesión, reali-

zar trabajos no remunerados a favor del Estado, etcétera. En cumplimiento de esta disposición un tribunal de Mar del Plata dispuso, en un caso, que tres gremialistas asistieran como oyentes durante dos años a la Facultad de Derecho, en tanto que en otro se ordenó que el condenado condicionalmente asistiera durante el mismo lapso a una escuela de Bellas Artes por haber cometido un fraude a la propiedad intelectual (*La Nación*, 2-VII-1994, pág. 14).

La imposición de dichas reglas es obligatoria para el tribunal, no sólo porque así surge del imperativo *deberá* que usa la ley, sino también porque ellas hacen a la esencia de la nueva institución, ya que tienen un fin resocializador que se encontraba ausente en la anterior disposición (en contra, TAMINI, Adolfo y FREELAND LÓPEZ LECUBE, Alejandro, "La *probation* y la suspensión del juicio penal a prueba", *L.L.*, 30-VIII-1994).

5 — REVOCACIÓN DEL BENEFICIO. La ley actual tiene dos motivos para revocar el beneficio de la condena de ejecución condicional, que emanan del incumplimiento de las reglas fijadas por el artículo 27 bis o de la comisión de un nuevo delito.

1. Si el condenado no observara las reglas de conducta fijadas por el tribunal, éste *podrá disponer que no se compute como plazo de cumplimiento de la condena todo o parte del tiempo transcurrido hasta ese momento*, pudiendo, si persistiere o se reiterare el incumplimiento, *revocar la condicionalidad de la condena*, en cuyo caso el condenado *deberá cumplir la totalidad de la pena de prisión impuesta en la sentencia* (art. 27 bis, *in fine*).

2. La comisión de un nuevo delito, cualquiera sea la pena con que esté castigado, da lugar a la revocación de la libertad condicional. Así lo establece el artículo 27 al determinar que *la condenación se tendrá como no pronunciada si dentro del término de cuatro años, contados a partir de la fecha de la sentencia firme, el condenado no cometiere un nuevo delito. Si cometiere un nuevo delito, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le correspondiere por el segundo delito, conforme a lo dispuesto sobre acumulación de penas*.

Debe tratarse de un delito cometido con posterioridad al pronunciamiento de la condena condicional; de otro modo, no puede decirse que el condenado haya cometido un *nuevo* delito. La existencia de un

delito anterior por el que no ha mediado condena, no obsta a la ejecución condicional de la pena única que debe dictarse (véase *supra*, 4-, 1. a.).

La Corte Suprema resolvió que la revocación corresponde al juez de la última condena en el momento de dictarse sentencia única (*L.L.*, t. 59, pág. 180). Sobre los problemas jurisdiccionales que suscita la aplicación de la norma, véase lo que decimos al hablar de la unificación de penas (§ 28, IV, 5-2 y 3).

6 — EFECTOS DE LA CONDENACIÓN CONDICIONAL. Teniendo en cuenta las observaciones formuladas por GONZÁLEZ ROURA en el Congreso Penitenciario reunido en Buenos Aires en 1914 y aceptadas por éste, como también las críticas que Julio HERRERA dirigiera al *Proyecto* de 1917, se relacionaron los preceptos de la condena de ejecución condicional con los de la prescripción, razón por la cual el artículo 27 estableció que si dentro de los cuatro años, contados a partir de la fecha de la sentencia firme, el condenado no cometiere un nuevo delito, *la condenación se tendrá como no pronunciada*. Esta última declaración sólo significa que *la pena cuya ejecución fue suspendida no podrá ya ser ejecutada*. En lo demás, la condena tiene los mismos efectos que cualquier otra, y se computa para la reincidencia y la habitualidad.

El artículo 28 establece que *la suspensión de la pena no comprenderá la reparación de los daños causados por el delito y el pago de los gastos del juicio*.

El sistema adoptado por el Código argentino es a la vez que el más justo, el más lógico, dado los fines de la institución.

En efecto; el hecho ha sido cometido y ha originado perjuicios. Nada más equitativo, entonces, que la reparación y el resarcimiento de los daños, ya que en esa forma se contemplan los intereses del perjudicado por el delito, juntamente con las exigencias del Derecho Penal.

B. LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA

1 — INTRODUCCIÓN. Después de la sanción de la ley 24.316, en el Código Penal argentino coexisten la condena de ejecución condicional y la suspensión del juicio a prueba. En virtud de este último instituto se suspende la realización del juicio por un lapso, transcurrido el cual, si se cumplieron las condiciones impuestas, se extingue la acción penal;

en caso contrario, se lleva a cabo el juicio, que concluye, como cualquier otro, con la absolución o condena del imputado o imputados sometidos al régimen de la suspensión.

2 — NATURALEZA Y FINALIDAD. Lo precedentemente expuesto revela que la suspensión del juicio a prueba, a diferencia de la condena condicional, no tiene carácter punitivo porque no se llega al dictado de una pena. Tampoco importa una medida de seguridad, porque no se arriba a un estadio en el que se ha comprobado la existencia de un delito. Asimismo no configura una excusa absolutoria, debido a que la posibilidad de que se aplique una pena se mantiene para el caso de cumplimiento de las reglas de conducta. Es, en consecuencia, por los efectos que acarrea, una causal de extinción de la acción penal similar a las que contempla el artículo 59 del Código (cfr. DE OLAZÁBAL, Julio, *Suspensión del proceso a prueba*, Astrea, Buenos Aires, 1994, § 9).

En este capítulo se ha hablado reiteradamente de la finalidad de estos institutos. Cabe agregar que en el Mensaje del Poder Ejecutivo del 12-VIII-1992, citando a JESCHECK, se alude a que “no se deja sin respuesta el delito, sino que se trata de evitar el mal de la aplicación de la pena o reducirlo lo más posible” y a la necesidad de concentrar los esfuerzos de la justicia penal llevando a juicio los hechos graves y sometiendo a prueba a las personas imputadas de delitos castigados con pena menor y susceptibles de ejecución condicional. Un fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal puso de relieve que la suspensión del proceso a prueba tiene como objetivo principal reintegrar a la sociedad a aquellos imputados que cumplen con determinados requisitos, evitándoles el estigma de la condena o la declaración de culpabilidad y que constituye una medida racional de política criminal para descongestionar los tribunales, pues su aplicación permite obviar la celebración del juicio en los casos de menor cuantía (Sala II, causa “Monti, Bernardo J.”, 30-VIII-1994, *L.L.*, 14-XII-1994).

3 — LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA EN EL CÓDIGO. Sólo en tiempo cercano pueden encontrarse antecedentes nacionales sobre el instituto de la suspensión del juicio a prueba. Aparecía en el Proyecto de Código Procesal Penal de 1985 y está tratado en diversos proyectos posteriores (véase DE OLAZÁBAL, *op. cit.*, págs. 133 y sigs.).

El Título XII del Código Penal establecido por la ley 24.316, denominado *De la suspensión del juicio a prueba*, legisla en los artículos 76 bis, 76 ter y 76 quater el nuevo instituto. Lo hace en los términos que siguen:

Artículo 76 bis: *El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.*

En los casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años.

Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio.

Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente.

El imputado deberá abandonar en favor del Estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.

No procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.

Artículo 76 ter: *El tiempo de la suspensión del juicio será fijado por el tribunal entre uno y tres años, según la gravedad del delito. El tribunal establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado, conforme las previsiones del artículo 27 bis.*

Durante ese tiempo se suspenderá la prescripción de la acción penal.

La suspensión del juicio será dejada sin efecto si con posterioridad se conocieran circunstancias que modifiquen el máximo de la pena aplicable o la estimación acerca de la condicionalidad de la ejecución de la posible condena.

Si durante el tiempo fijado por el tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal. En caso contrario, se llevará a cabo el juicio y si el imputado fuere absuelto se le devolverán los bienes abandonados en favor del Estado y la multa pagada, pero no podrá pretender el reintegro de las reparaciones cumplidas.

Cuando la realización del juicio fuese determinada por la comisión de un nuevo delito, la pena que se imponga no podrá ser dejada en suspenso.

La suspensión de un juicio a prueba podrá ser concedida por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el proceso anterior.

No se admitirá una nueva suspensión de juicio respecto de quien hubiese incumplido las reglas impuestas en una suspensión anterior.

Artículo 76 quater. *La suspensión del juicio a prueba hará inaplicables al caso las reglas de prejudicialidad de los artículos 1101 y 1102 del Código Civil, y no obstará a la aplicación de las sanciones contravencionales, disciplinarias o administrativas que pudieran corresponder.*

4 — CONDICIONES PARA CONCEDERLA. De las disposiciones transcriptas se desprende cuáles son las condiciones exigidas para que pueda aplicarse el régimen de la suspensión del juicio a prueba: 1° que el delito imputado tenga pena de reclusión o prisión cuyo máximo no excederá de tres años y, si hubiere concurso de delitos, que la pena aplicable de acuerdo a las reglas de los artículos 54 y 55 del Código Penal, no superen dicho tope; 2° que la solicitud la formule el imputado; 3° que le sea aplicable, en el caso concreto, la condena de ejecución condicional; 4° que ofrezca hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible; 5° que el fiscal preste conformidad para la aplicación del instituto; 6° que el acusado abandone en favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso de que recayera condena; 7° que abone el mínimo de la multa conminada en forma conjunta o alternativa para el delito o concurso de delitos atribuido; 8° que el delito no esté castigado con pena de inhabilitación; 9° que en la causa no hubiere participado un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

1. La ley exige que se trate de un delito o concurso de delitos amenazado con *pena privativa de la libertad cuyo máximo no supere los tres años*. El Código se refiere a “reclusión o prisión”, en lugar de aludir, exclusivamente, a prisión, como lo hace en el artículo 26 para la condenación condicional. El tratamiento diferente que reciben los institutos es incorrecto, desde que se exige menos (sólo prisión) para el instituto más gravoso, como es la condena de ejecución condicional, que importa la aplicación de una pena. Además, es contradictorio que luego se exija la posibilidad de que recaiga condena de ejecución con-

dicional, que no es procedente, según se dijo, en caso de pena de reclusión.

En caso de concurso real de delitos, la pena máxima aplicable en abstracto, de acuerdo con el artículo 55 del Código, no debe ser mayor de tres años. Esto último significa que puede ser de tres años o menor que ese término.

2. *La solicitud*, dados los importantes efectos que la aplicación del juicio a prueba acarrea, *debe hacerla el propio imputado*, razón por la cual no puede aplicarse de oficio por el tribunal o a pedido del fiscal, del defensor del imputado o de terceros. La petición, *que no implica confesión ni reconocimiento de la responsabilidad*, puede hacerse desde la sujeción procesal del imputado a la causa a través de su declaración indagatoria hasta el momento de la iniciación de la audiencia del juicio. Entendemos que con posterioridad lo único que se suspendería es la sentencia, con lo que se desatenderían los fines del instituto que son, precisamente, la evitación del dispendio jurisdiccional que la realización de un juicio supone.

Si el pedido tiene lugar durante la instrucción, no interrumpe su curso, que debe continuar, porque lo que se suspende, de acuerdo con la ley, es *el juicio*.

3. Las circunstancias del caso, tanto las relativas al hecho como las referentes al autor, debe permitir la *eventual aplicación de la condena de ejecución condicional* (arts. 26 y 27, Cód. Pen.).

La doctrina se divide al interpretar este requisito. Algunos sostienen, como lo hacemos en el texto, que él se suma a la exigencia de que el delito o delitos imputados no superen los tres años de reclusión o prisión (DE OLAZÁBAL, *op. cit.*, págs. 33, 43 y sigs.; DEVOTO, Eleonora, "La probation", *L.L.*, 23-VIII-1994; TAMINI, Adolfo L. y FREELAND LÓPEZ LECUBE, Alejandro, *L.L.*, 30-VIII-1994; Cám. Nac. Cas. Pen., Sala II, *L.L.*, 14-XII-1994, con nota de Jorge KENT y Tristán GARCÍA TORRES; Tribunales Orales en lo Criminal nros. 2, causa 370, 19-VIII-1994 y 24, causas nros. 5 y 22, resueltas el 17-VIII-1994 y el 16-VI-1994, respectivamente; Cám. Crim. Capital, Sala I, 11-VII-1995, causa "Uset, Aníbal"; Sala VI, 20-XII-1996, causa "Loiácono, Rubén A.", *D.J.*, 24-XII-1997, pág. 286), en tanto que otros entienden que la aplicación del instituto también cuadra en los casos en que la pena de reclusión o prisión con que el delito aparece conminado en abstracto por la

ley tiene un *maximum* superior a los tres años, siempre que, de acuerdo con las reglas de los artículos 26 y siguientes del Código Penal sea aplicable la condenación condicional (SOLIMINI, Marcelo A., *D.J.*, 3-VIII-1994; SÁENZ, Ricardo O., *L.L.*, 15-VII-1994; Tribunales Orales en lo Criminal nros. 2, causa 370 del 19-VIII-1994; 17, causa 31 del 8-IX-1994; 15, causa 134 del 3-XI-1994 y 123 del 4-XI-1994, y Tribunal Oral Fedederal nro. 1, causas 40 del 20-X-1994 y 35 del 27-IX-1994).

Entendemos, al compartir el criterio de los primeros que, más allá de las opiniones parlamentarias o de la finalidad del instituto, las palabras de la ley son lo suficientemente claras como para hacer innecesario recurrir a otros métodos interpretativos, como el teleológico, dejando de lado el gramatical.

4. El ofrecimiento por parte del imputado de la *reparación del daño causado* en la medida de lo posible, lo que no supone reconocimiento de la culpabilidad, según se dijo, no está condicionado por la *aceptación por la parte damnificada* (cfr. Tribunal Oral Criminal nro. 9, causa 138 del 8-XI-1994; Cám. Crim. Capital, Sala VI, *D.J.*, 24-IX-1997, pág. 286). Si ésta no consintiera en lo ofrecido, en caso de suspensión del juicio a prueba, *tendrá habilitada la acción civil correspondiente* (art. 76 bis, 2do. párr., *in fine*).

5. El *consentimiento del fiscal* resulta condición necesaria para la viabilidad del instituto (cfr. Tribunal Oral Criminal Federal nro. 1, causa 35 del 27-IX-1994; en contra, Cám. Crim. Capital, Sala VI, 20-XII-1996, causa "Loiácono, Rubén A.", *D.J.*, 24-IX-1997, pág. 286). No así la del damnificado (cfr. Tribunal Oral Criminal nro. 9, causa 138 del 8-XI-1994).

6. El *abandono* en favor del Estado de los *instrumentos* que presumiblemente serían decomisados es otra de las exigencias legales. El decomiso está determinado para los casos de condena en el artículo 23 del Código Penal (véase § 35, 3- 2., b.).

7. Si el delito está amenazado con *pena de multa* en forma conjunta o alternativa con la de prisión, es necesario que el imputado *satisfaga el mínimo* de dicha penalidad. El tribunal podrá admitir, de acuerdo a las particularidades del caso y las condiciones personales del imputado, el pago de la multa mediante el trabajo libre o en cuotas conforme lo determina el artículo 21 del Código Penal (véase *supra*, § 38, 3-).

8. Si el *delito* está *reprimido con inhabilitación* como pena principal, sea ésta única, alternativa o conjunta, la aplicación del instituto *no es procedente*. Ello así porque surge con claridad del artículo 79 bis; porque es el mismo criterio que rige para la condenación condicional (art. 26, *in fine*, Cód. Pen.), y porque no podría suspenderse el juicio a prueba solamente por una de las penas aplicables a un mismo hecho.

9. El penúltimo apartado del artículo 76 bis determina que *no procederá la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito*. Esta regla debe interpretarse como dirigida a todos los imputados en un hecho en el que participó un funcionario público en el ejercicio de sus funciones y no exclusivamente al autor que es funcionario. La redacción del artículo, así como también razones de política criminal vinculadas al repudio social de los hechos que se atribuyen a funcionarios públicos, llevan a la interpretación que efectuamos (cfr. DE OLAZÁBAL, *op. cit.*, § 15, f]; en contra, sosteniendo, además, la inconstitucionalidad de la disposición por discriminar a los funcionarios públicos, FIGUEROA, Federico G. y RABINOVICH, Oscar, *L.L.*, 19-IX-1994).

5 — CUMPLIMIENTO DE REGLAS DE CONDUCTA. Al acordar la suspensión del juicio a prueba, el tribunal establece *las reglas de conducta* a cumplir por el imputado y *el término de ésta*, que oscilará entre uno y tres años, *según la gravedad del delito*. Durante ese lapso se suspenderá la prescripción de la acción penal (art. 76 ter).

Las reglas de conducta se fijan de acuerdo con el artículo 27 bis del Código Penal, razón por la cual vale lo expresado al tratar sobre aquéllas en la condenación condicional (*supra*, A-, 5-).

6 — EFECTOS DE LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA

a. Establece el artículo 76 ter que *si durante el tiempo fijado por el tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal*.

En caso contrario, *se llevará a cabo el juicio*, en el cual el procesado puede resultar absuelto o condenado. En el primer caso, *se le devolverán los bienes abandonados en favor del Estado y la multa pagada, pero no podrá pretender el reintegro de las reparaciones cumplidas*. En

el segundo, *si la realización del juicio fuese determinada por la comisión de un nuevo delito, la pena que se imponga no podrá ser dejada en suspenso.*

b. La suspensión del juicio a prueba puede ser *acordada por segunda vez* si el nuevo delito ha sido cometido *después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el proceso anterior.*

El párrafo final de artículo 76 ter establece que *no se admitirá una nueva suspensión del juicio respecto de quien hubiese incumplido las reglas impuestas en una suspensión anterior.*

c. El artículo 76 quater determina que la suspensión del juicio a prueba *hará inaplicables al caso las reglas de prejudicialidad de los artículos 1101 y 1102 del Código Civil, y no obstará a la aplicación de las sanciones contravencionales, disciplinarias o administrativas que pudieren corresponder.*

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

I. *Naturaleza y especies*

1 — FUNCIÓN. Oportunamente hemos visto que entre los medios adecuados para la realización de los fines asignados al Derecho Penal, figuran las llamadas medidas de seguridad. Vimos, también, que ellas surgieron frente al vacío que dejaba la estricta aplicación de los postulados de la llamada Escuela Clásica, al advertirse la necesidad de tomar providencias de *prevención especial* con respecto a quienes carecían de la llamada *responsabilidad moral*, aplicándose así las medidas de seguridad a los menores y a los anormales. Puede decirse que nadie niega hoy la necesidad de estas medidas.

2 — CLASIFICACIÓN. Atendiendo a su fin específico, las medidas de seguridad se distinguen en curativas, educativas y eliminatorias.

a) *Curativas* son aquellas que, como su nombre lo indica, se proponen curar, destinándose a los delincuentes inimputables en razón de anomalías de sus facultades, a los toxicómanos, a los bebedores, etcétera, a quienes se somete a tratamiento en establecimientos adecuados.

b) *Eliminatorias* son las que se aplican a los delincuentes habituales o por tendencia, en función de prevención especial.

c) *Educativas* son las que tienden a reformar al delincuente, aplicándose especialmente a los menores. Consisten, generalmente, en la internación del menor en establecimientos de corrección. El derecho

moderno habla hoy de medidas tutelares. De ellas nos hemos ocupado ya, al tratar de los menores ante el Derecho Penal.

II. Medidas de seguridad curativas

1 — EL ARTÍCULO 34, INCISO 1º, DEL CÓDIGO

1. *Fundamento.* Al hacer referencia a las dos medidas de seguridad curativas contenidas en el inciso 1º del artículo 34 del Código Penal argentino, se hace necesario determinar cuál es el fundamento jurídico de su imposición.

Para ello recordemos la esencia de la *atribuibilidad*, que “pone de relieve que el acto concreto debe ser atribuido a su artífice como propio, y que el juicio de disvalor que por la tipicidad y antijuridicidad daba su cuño al *acto*, alcanza ahora también al *autor*. No desaparecerá, pues, la atribuibilidad, aun cuando el sujeto esté sustraído, por falta de madurez o por insuficiencia o alteración de sus facultades, a un juicio de reproche. Se concibe la atribuibilidad como “aquella relación jurídicamente desaprobada del autor con su acto típico y antijurídico, que ofrece la base de las distintas posibilidades de reacción del juez penal” (MAURACH, *Tratado*, T. II, § 31, II, A, pág. 34).

Para que pueda imponerse una medida de seguridad de este tipo (curativa), es necesario que el hecho sea antijurídico y típico, y que proceda del agente, que *le pertenezca*. Es así, en consecuencia, como podemos atribuir a ciertos sujetos *inimputables*, y por lo tanto *no culpables*, su *infracción dañosa*, constituyendo la reacción penal correspondiente, una medida de seguridad (JIMÉNEZ DE ASÚA, “Penas y medidas de seguridad”, *Jornadas de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1962, pág. 101; del mismo autor, *El Criminalista*, 2ª Serie, T. II, pág. 175). Se cumple así con el principio de legalidad, para el cual la ley es el origen de toda medida que en aras de la seguridad social restrinja o anule valores y derechos individuales (véase OLESA MUÑOZ, F.F., *Las medidas de seguridad*, Barcelona, 1951, págs. 127 y sigs.).

Por lo demás, la ley indica como fundamentos, en la internación manicomial, *el peligro* de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás, y en la internación en un establecimiento adecuado, que el autor revele condiciones que *lo hagan peligroso*.

2. *La internación manicomial.* El artículo 34 del Código Penal establece que no es punible el que no haya podido, en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades o por alteraciones morbosas de las mismas, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, agregando que, en caso de enajenación, el tribunal *podrá ordenar* la reclusión del agente en un manicomio, de 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.

Al tratar la imputabilidad, nos hemos ocupado de la interpretación que debe darse a las palabras *insuficiencia de las facultades y alteraciones morbosas de las mismas*, por lo que pasamos directamente a considerar el carácter, oportunidad y forma como ha de disponerse la internación:

a. Algunos autores atribuyen a este tipo de medida de seguridad un carácter estrictamente administrativo, como SOLER entre nosotros, y BETTIOL en Italia, y en algunas sentencias judiciales puede notarse la influencia de esta doctrina (SOLER, *Derecho Penal*, T. II, § 70; BETTIOL, *Derecho Penal, Parte General*, Bogotá, 1965, pág. 770; Cám. Crim. Capital, voto del doctor BLACK, *L.L.*, t. 101, pág. 535).

Por nuestra parte, consideramos que el carácter, aplicación y ejecución de esta especie de medida de seguridad constituye ejercicio del poder jurisdiccional. Esto se desprende no sólo del órgano que la aplica —juez penal— sino del concepto mismo de jurisdicción, que es la actividad del Estado en la cual el órgano actúa como tutor de derecho objetivo.

b. El juez no tiene la obligación de disponer siempre que el no punible sea internado. Esta medida es facultativa, pues la ley dice “podrá ordenar” y no “ordenará”, como lo establecía el proyecto original aceptado por la Cámara de Diputados, pero que fue objeto de esa modificación en el Senado.

Ello es así, por cuanto no siempre es indispensable la internación del alienado en un manicomio; no lo es cuando no significa un peligro para sí mismo o para los demás, peligro personal que constituye el fundamento de la medida (*J.A.*, 1960-IV, pág. 339; *L.L.*, t. 44, pág. 58).

c. Se ha debatido por la doctrina en qué manicomios ha de internarse y a qué régimen debe someterse a los alienados.

Tres sistemas se han propuesto: unos sostienen que la asistencia debe hacerse en *manicomios criminales*; otros estiman que debe somérselos al mismo régimen que a los *alienados comunes*; mientras que el tercer sistema entiende que la internación de esta clase de alienados debe hacerse en *secciones especiales de manicomios comunes*. Este último es el método adoptado entre nosotros.

d. En lo que respecta al *cese de la medida*, el referido artículo 34 prescribe que el agente no podrá salir del manicomio 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. Por lo tanto la medida tiene una duración indeterminada de antemano.

3. *Internación en un establecimiento adecuado*. El mismo artículo 34 prescribe que *en los demás casos* en que se absuelva a un procesado por las causales del inciso 1º, el tribunal ordenará su reclusión en un establecimiento adecuado hasta que se compruebe *la desaparición de las condiciones que lo hicieron peligroso*. Los *demás casos* contemplados en el inciso 1º son: los estados de inconsciencia y el error o ignorancia de hecho. No parece dudoso que la inclusión aparente de estos dos últimos se debe a una mala redacción del artículo, por lo que la medida sólo procede cuando se ha cometido un delito en estado de inconsciencia.

La medida de la internación, que hemos visto es facultativa en los casos de alienación mental, se convierte aquí en *obligatoria* para el juez, quien debe necesariamente imponerla, y mantenerla hasta tanto *se comprobare la desaparición de las condiciones que lo hicieron peligroso*. Es decir, que la ley presupone o más bien tiene por cierto, que se trata siempre de individuos peligrosos.

Aun cuando no esté expresamente establecido en el referido inciso cómo debe determinarse la cesación del peligro, resulta lógico que deba verificarse por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos, como en el caso de la internación manicomial.

La jurisprudencia ha declarado que la inexistencia de establecimientos adecuados no es motivo suficiente para justificar la libertad de

un preso inimputable por la causa que comentamos (*L.L.*, t. 98, pág. 50 y t. 99, pág. 11).

4. *Las medidas para quienes dependen de estupefacientes.* La ley 23.737 estableció medidas de seguridad para quienes dependen psíquica o físicamente de estupefacientes. En algún caso lo hace en forma conjunta con la pena y en otros en lugar de ésta.

a. El artículo 16 de dicha ley determina que *cuando el condenado por cualquier delito dependiera física o psíquicamente de estupefacientes, el juez impondrá, además de la pena, una medida de seguridad curativa que consistirá en un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación.* El tiempo de duración es *el necesario* a los fines de la medida, que cesará por resolución judicial, previo dictamen de peritos que así lo aconsejen. La ejecución de esa medida será previa al cumplimiento de la condena, computándose su tiempo de duración como parte de ésta (art. 19).

b. Dispone el artículo 17 que para caso de *tenencia de estupefacientes*, si se acredita que es para *uso personal* y que existe dependencia física o psíquica, declarada la culpabilidad del autor, el juez puede prescindir de la aplicación de la pena y *someterlo a una medida de seguridad curativa* por el tiempo necesario para su *desintoxicación y rehabilitación.*

Si la medida diere *resultado satisfactorio* se lo eximirá de la aplicación de la pena.

En el supuesto de que, al cabo de dos años de tratamiento, *no se hubiere obtenido un grado aceptable de recuperación* por su falta de colaboración, el juez tiene dos posibilidades: a) aplicar la pena y, *además*, continuar con la medida de seguridad por el tiempo necesario; b) disponer, exclusivamente, la continuidad del tratamiento curativo.

c. El artículo 18 contiene un tratamiento curativo que, con consentimiento del imputado, puede aplicarse durante el sumario, razón por la cual no tiene el carácter de una medida de seguridad del Derecho Penal, desde que tiene lugar sin que, previamente, exista la comprobación *cierta* de la existencia de un delito. De acuerdo con esta regla procesal, si el tratamiento diere *resultado positivo* en el caso de *tenencia para uso personal* y dependencia física o psíquica, se dicta sobreseimiento al imputado.

El tratamiento puede *imponerse* al procesado si existiere peligro de que se dañe a sí mismo o a los demás.

d. El artículo 20 de la ley determina que para la aplicación de las medidas el juez, previo dictamen de peritos, *deberá distinguir entre el delincuente que hace uso indebido de estupefacientes y el adicto a dichas drogas que ingresa al delito*, para que el tratamiento sea establecido *en función del nivel de patología y del delito cometido*, a los efectos de la orientación terapéutica más adecuada. A su vez, en cuanto a la forma del tratamiento, se indica que *estará dirigido por un equipo de técnicos y comprenderá los aspectos médicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos, criminológicos y de asistencia social, pudiendo ejecutarse en forma ambulatoria, con internación o alternativamente, según el caso*.

De acuerdo con el artículo 19 de la ley 23.737, ellas se llevan a cabo en establecimientos adecuados, que elige el juez de una lista de instituciones bajo conducción profesional, registradas oficialmente y con habilitación de la autoridad sanitaria nacional o provincial. Al efecto, la Secretaría de Estado de Programación para la Prevención de la Drogadicción y Lucha contra el Narcotráfico publicó una lista de instituciones oficiales y organismos no gubernamentales prestadores de servicios en prevención y asistencia del uso indebido de drogas.

III. Medidas de seguridad para imputables (art. 52)

1 — LA RECLUSIÓN DE LOS HABITUALES. Cuando la pena ha resultado ineficaz para ejercer su misión resocializadora sobre cierta clase de individuos con plena capacidad, debe adoptarse un procedimiento distinto, una medida diferente, que teniendo en consideración al delincuente más que al hecho cometido, permita a la sociedad defenderse de *la habitualidad*. Son las medidas de seguridad eliminatorias que se imponen a los habituales, y cuyo fundamento es la *peligrosidad* que sobrepuja a la culpabilidad (JIMÉNEZ DE ASÚA, “Las penas y las medidas de seguridad”, en *El Criminalista*, 2ª serie, T. II, Buenos Aires, 1958, págs. 176 y sigs.). Es *habitual* el que hace su profesión del delito, habiéndose definido el *hábito criminal* como “costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos, y la facilidad para realizarlos, como consecuencia en este ejercicio, implica ordinariamente la comisión de plu-

ralidad de infracciones...” (JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, Buenos Aires, 1959, págs. 542 y sigs.).

1. Existe para la consideración de la habitualidad, un *criterio subjetivo* que tiene en cuenta la vida anterior del individuo, la naturaleza de las infracciones, la personalidad del autor, y en ciertos casos, la cantidad de delitos cometidos; y un *criterio objetivo* que se atiende únicamente al número de condenas o de delitos y a su gravedad. La ley argentina, en su redacción original, adoptó el segundo. Después de la reforma introducida en los artículos 52 y 53 por el decreto-ley 20.942/44, hace innegables concesiones en favor del criterio subjetivo. Esa reforma mantiene sus lineamientos no obstante las alteraciones que a los artículos 52 y 53 efectuó la ley 23.057 del año 1984.

El artículo 52 establece que la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado se aplica cuando median las siguientes circunstancias:

1° Cuatro (4) penas privativas de libertad, siendo una de ellas mayor de tres (3) años;

2° Cinco (5) penas privativas de libertad, de tres (3) años o menores.

2. Se ha entendido que aun cuando el Código no la designa con esa denominación, el artículo 52 establece una medida de seguridad para los delincuentes habituales, y que ella tiene su antecedente en la ley francesa de 1885, de la que tomó en su texto original el criterio objetivo, al considerar únicamente el número y duración de las condenas o el número y la pena fijada para los delitos, en los casos de concurso material.

No creemos que pueda haber dudas sobre la naturaleza de la medida prevista en el artículo 52, pues la indeterminación es una de las características diferenciales, acaso la más nítida, de las medidas o sanciones de seguridad (cfr. Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. II, pág. 336; *L.L.*, t. 10, pág. 829).

2 — REFORMAS INTRODUCIDAS EN LOS ARTÍCULOS 52 Y 53 DEL CÓDIGO PENAL. Entre las críticas que se formularon al modo de estar legislada en el Código argentino la sanción accesoria de reclusión por tiempo indeterminado, figuraba la omisión de establecer en qué forma se extinguía esa medida, por lo cual sólo el indulto podía reintegrar al

condenado a la sociedad. Esto, por lo demás, era bastante discutible, tratándose de una medida de seguridad.

1. La Dirección Nacional de Institutos Penales propuso, reiteradamente, la reforma del régimen establecido en el artículo 52 y el 3-VIII-1944 se dictó el decreto ley 20.942, ratificado con posterioridad, juntamente con otros, por la ley 12.997 del 23-VIII-1947.

La reforma agregó, como último párrafo del artículo 52, el siguiente: *Los tribunales podrán, por única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesorio, en los casos de menor peligrosidad en el condenado.*

Muy semejante es el párrafo final del artículo 52 (ley 23.057):

Los tribunales podrán, por única vez, dejar en suspenso la aplicación de esta medida accesorio, fundando expresamente su decisión en la forma prevista en el artículo 26. La reforma, en su artículo 2º, determinó que el entonces artículo 53 se incorporase como último párrafo del artículo 50 y estableció, para aquél, un texto semejante al actual.

El artículo 53, en su redacción actual (ley 23.057) dice: *En los casos del artículo anterior, transcurridos cinco años del cumplimiento de la reclusión accesorio, el tribunal que hubiera dictado la última condena o impuesto la pena única estará facultado para otorgarle la libertad condicional, previo informe de la autoridad penitenciaria, en las condiciones compromisorias establecidas en el artículo 13 y siempre que el condenado hubiera mantenido buena conducta, demostrado aptitud y hábito para el trabajo, y demás actitudes que permitan suponer verosímilmente que no constituirá un peligro para la sociedad. Transcurridos cinco años de obtenida la libertad condicional el condenado podrá solicitar su libertad definitiva al tribunal que la concedió, el que decidirá según sea el resultado obtenido en el período de prueba y previo informe del patronato, institución o persona digna de confianza, a cuyo cargo haya estado el control de la actividad del liberado. Los condenados con la reclusión accesorio por tiempo indeterminado deberán cumplirla en establecimientos federales.*

La violación por parte del liberado de cualquiera de las condiciones establecidas en el artículo 13 podrá determinar la revocatoria del beneficio acordado y su reintegro al régimen carcelario anterior. Después de transcurridos cinco años de su reintegro al régimen carcelario podrá en los casos de los incisos 1º, 2º, 3º y 5º del artículo 13, solicitar nuevamente su libertad condicional.

2. Las consecuencias de la reforma fueron:

a. Según lo prescrito en el párrafo final del nuevo artículo 52, la imposición de la medida de seguridad no es siempre obligatoria para el

juzgador; por una única vez puede no aplicarse, debiendo fundarse la decisión en la forma prevista en el artículo 26.

b. La reclusión por tiempo indeterminado y como accesoria de la última condena *no debe necesariamente cumplirse en un paraje de los territorios del sur, pues el artículo 53 dispone ahora su cumplimiento en establecimientos federales.*

c. El tribunal que hubiere condenado al penado en última instancia o impuesto pena única, podrá concederle la libertad condicional, previo informe de la autoridad administrativa a cuyo cargo esté el cumplimiento de la sanción y bajo las condiciones establecidas en el artículo 13 del Código Penal (residencia, abstención de bebidas alcohólicas, trabajo, no comisión de nuevos delitos y sometimiento al cuidado de un patronato). Véase lo que decimos al tratar la libertad condicional: § 37, III, 7-.

IV. *Medidas de seguridad educativas*

1 — LA LEY DE ESTUPEFACIENTES. El artículo 21 de la ley 23.737 determina que en caso de tenencia de estupefacientes para uso personal (art. 14, 2do. párr.), *si el procesado no dependiere física o psíquicamente de estupefacientes por tratarse de un principiante o experimentador, el juez de la causa podrá, por única vez, sustituir la pena por una medida de seguridad educativa en la forma y modo que judicialmente se determine.*

2 — CONTENIDO. La medida debe comprender *el cumplimiento obligatorio de un programa especializado, relativo al comportamiento responsable frente al uso y tenencia indebida de estupefacientes*, el que tendrá una duración mínima de tres meses y será implementado por la autoridad educativa nacional y provincial.

Si concluido el tiempo de tratamiento éste no hubiese dado resultado satisfactorio por la falta de colaboración del condenado, el tribunal hará cumplir la pena en la forma fijada en la sentencia (art. 21).

CAUSAS QUE IMPIDEN LA APLICACIÓN DE LA PENA

Cometido un hecho con todas las características subjetivas y objetivas de un delito, la ley contiene aun disposiciones por las cuales la pena amenazada para el hecho no resulta aplicable. Estas previsiones son de distinta naturaleza, según que impidan que la sentencia condenatoria pueda dictarse o bien que se cumpla la pena aplicada al reo por sentencia firme.

Se distinguen las causas que extinguen la pena, caracterizadas porque destruyen una pretensión punitiva preexistente, de aquellas otras, como las excusas absolutorias, que afectan a la existencia misma de la punibilidad. Cuando media una excusa, el sujeto no fue nunca punible; cuando media, en cambio, una causa de extinción de la acción o de la pena, el sujeto *pudo* ser punible (SOLER, *Derecho Penal*, T. II, § 74, pág. 451).

Nos ocupamos aquí de las excusas absolutorias y de las causas de extinción de la pena, tratando las que extinguen la acción luego de exponer el distinto régimen al que puede estar sometido el ejercicio de las acciones que nacen del delito.

I. *Las excusas absolutorias*

1 — FUNCIÓN. Se ha dicho con razón que los hechos amparados por una excusa absolutoria son verdaderos delitos sin pena. Se trata de situaciones en las que la ley, generalmente por motivos de utilidad y política criminal, considera preferible prescindir de la pena por razones especialísimas (JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, pág. 433; *Tratado*,

T. III, 2da. ed., 1958, nro. 1045; MAYER, M. E., *Der allgemeine Teil*, pág. 334). Por tal razón, estas excusas tienen *carácter individual* y sólo excluyen *los efectos estrictamente penales del delito*, dejando subsistentes las demás consecuencias resultantes del hecho típicamente anti-jurídico y culpable. Esta consecuencia específicamente penal aparece, a veces, expresamente consignada en la ley. Así, por ejemplo, el artículo 185 del Código Penal, referido a algunos delitos contra la propiedad, declara la exención de responsabilidad criminal, *sin perjuicio de la civil*.

Las excusas absolutorias no son ni elementos ni circunstancias del delito. No pertenecen al tipo penal, por cuyo motivo no benefician a los partícipes. Precisamente la posibilidad de que el mismo hecho conduzca a una pena para los no alcanzados por el beneficio de la excusa, es prueba cabal de que el hecho reúne todas las características del delito (conforme con el texto de la Corte Sup. Tucumán, *L.L.*, 20-V-1952; en el mismo sentido, CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, T. I, pág. 580).

2 — SISTEMA LEGISLATIVO. Salvo algunas excepciones, como la del Código Penal uruguayo, que agrupa las excusas absolutorias en el Capítulo III del Título II de su Primer Libro (arts. 36 al 45), la generalidad de los códigos sitúan estas causas de exención de pena en la parte especial, refiriéndolas a determinado delito o grupo de ellos.

Éste es el sistema adoptado por el Código Penal argentino, en cuya Parte Especial encontramos genuinas excusas absolutorias, ya que en ellas hay una clara causa utilitaria de impunidad, tales como la exención de pena de los partícipes comunes en una sedición disuelta, prevista en el artículo 232, y la impunidad de ciertos parientes por su participación en algunos delitos contra la propiedad, consignada en el artículo 185 (JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, pág. 437; SOLER, *Derecho Penal*, T. II, pág. 204).

El fundamento y la naturaleza misma de estas eximentes hacen que resulte muy difícil dar una noción de su contenido que tenga validez general para una sistematización. En la práctica, todos los supuestos legales de exención de pena en los que no puede verse una causa de exclusión de la antijuridicidad, suelen situarse en este verdadero “cajón de sastre”, como denominó Alfredo J. MOLINARIO al área de las excusas absolutorias.

II. *Causas de extinción de la pena*

I — LA PRESCRIPCIÓN. La prescripción fue conocida desde antiguo, si bien referida a la acción penal. Como causa extintiva de la pena, su adopción por las legislaciones solamente tiene lugar a fines del siglo XVIII en Francia. El fundamento de este instituto es el mismo, tanto para la no aplicación de la pena como para impedir que el delito sea perseguido: el olvido y la presunción de enmienda, y con ello la inutilidad de la pena. Mediante la prescripción, el Estado renuncia al castigo del culpable, autolimitando su soberano poder de castigar (MANZINI, *Tratado*, Vol. V, nro. 601). La diferencia entre la prescripción de la acción y la de la pena reside en que en la primera la renuncia estatal opera sobre el derecho de perseguir la imposición de una pena, en tanto que en la segunda recae sobre el derecho de ejecutar las penas ya impuestas por los organismos oficiales (cfr. VALOTTA, Marcelo R., "Prescripción de la pena", *L.L.*, t. 117, nota al fallo 53.271).

En la ley argentina prescriben las penas privativas de la libertad y la multa. El Código no se refiere a la inhabilitación, lo que ha llevado a la doctrina dominante a sostener que esa pena no prescribe, y no parece que pueda hallarse otra solución sin decir algo que la ley no dice (en contra, MALAGARRIGA, *Código Penal Argentino*, T. I, pág. 415, sosteniendo que la inhabilitación prescribe al año). Es un tema a no descuidar en una reforma de la legislación penal.

Tampoco prescriben las *medidas de seguridad*. Con criterio dogmático, porque la ley no las menciona. Tomando en cuenta la naturaleza de esas medidas, porque ellas se fundamentan en determinadas condiciones personales y su aplicación interesa mientras persistan tales condiciones; inversamente, desaparecidas las causas que motivaron la medida no se aplicarán, pero por esa razón, y no porque hayan prescrito.

1. *El término de la prescripción*. El artículo 65 del Código Penal argentino enumera en sus cuatro incisos los plazos de *prescripción* de las penas: la de reclusión perpetua y la de prisión perpetua a los veinte años; la de reclusión o prisión temporal, en un tiempo igual al de la condena y la de multa, a los dos años.

La prescripción de la pena comienza a correr desde la medianoche del día en que se notificare al reo la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena.

tamiento de la condena si ésta hubiera empezado a cumplirse. El primer día computable es el siguiente a la notificación. También en los casos de quebrantamiento de la condena el primer día computable para la prescripción es el siguiente al del quebrantamiento.

Las penas privativas de la libertad se quebrantan cuando el condenado se sustrae a la detención; la multa, cuando se omite pagarla en la fecha que la condena fija para hacerlo. Ello es así, porque la prescripción comienza al notificarse la sentencia, y la condena se quebranta cuando la pena de multa es exigible (C.S.J.N., *Fallos*, t. 137, pág. 20; t. 191, pág. 400; t. 194, pág. 40). Si el condenado fue autorizado a pagar la multa en cuotas, de acuerdo con la facultad que la ley confiere al juez, la pena se está ejecutando mientras las cuotas son pagadas en los plazos estipulados, de suerte que se quebranta la condena cuando no se efectúa alguno de esos pagos, y la prescripción comienza a correr desde el día siguiente al de la fecha fijada para el pago de la cuota no cumplida (Cám. Crim. Capital, *J.A.*, 1942-IV, pág. 901; *L.L.*, t. 24, pág. 920).

La exigencia legal de que la condena sea notificada al reo, torna poco menos que imposible la prescripción de la pena por incumplimiento en las penas privativas de libertad, puesto que, notificado el reo, es aprehendido y comienza a cumplir la pena. Esta situación ha decidido a algunos de nuestros tribunales a tener por válida para el comienzo del término de la prescripción la notificación al defensor del condenado (en contra, Cám. Crim. Capital en pleno, causa "BARBAS, Horacio D.", 23-III-1979, *L.L.*, 9-IV-1979).

2. *Suspensión e interrupción de la prescripción.* La ley argentina no prevé causales de *suspensión de la prescripción de la pena*; sin embargo, la solución no puede ser otra cuando el condenado no puede comenzar a cumplirla por tener pendiente otro hecho delictuoso en distinta jurisdicción, por el que debe ser juzgado antes (cfr. NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. II, pág. 545; VERA BARROS, O. N., *Prescripción penal*, cit., pág. 181; Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. IV, pág. 656).

La prescripción de la pena sólo se *interrumpe* por la *comisión de otro delito* (art. 67, Cód. Pen.; *J.A.*, 1958-IV, pág. 18).

Cuando la prescripción ha comenzado a correr porque la pena privativa de la libertad no ha sido ejecutada en ningún momento, la detención del condenado interrumpe la prescripción, borrando el tiempo transcurrido. La prescripción sólo es entonces posible por quebranta-

miento de la condena, y este hecho fija el punto de partida *para comenzar a contar nuevamente el término total de prescripción*. Lo mismo ocurre cuando la prescripción ha comenzado a correr por quebrantamiento de la condena y el autor es nuevamente detenido; sólo un segundo quebrantamiento puede abrir el cómputo de una nueva prescripción, que comienza a correr *desde ese momento y por un nuevo plazo total*.

3. *Otros problemas*. La práctica ha presentado algunas otras dudas en la aplicación de las normas que prevén la extinción de las penas por prescripción:

a. En las penas conjuntas, el plazo de la prescripción es el que corresponde a la pena mayor. La inhabilitación, cuando es accesoria, prescribe en el término de la pena principal. La jurisprudencia ha resuelto que la prescripción de la pena de multa prevista en el artículo 94 del Código Penal para las lesiones culposas comprende también la inhabilitación especial conjunta establecida para el caso (Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. 4, pág. 654; *L.L.*, t. 57, pág. 413).

b. Cuando la pena ha sido disminuida por conmutación, el cómputo de la prescripción se hace sobre el tiempo fijado en definitiva; es decir, sobre la pena que real y efectivamente debe sufrir el condenado, ya que la parte reducida por la conmutación es pena extinguida (*L.L.*, t. 24, pág. 295).

c. En los casos de concurso de delitos, el término de prescripción es el que corresponde a la pena aplicada en la sentencia, lo mismo que en todos los casos de pena única, previstos en el artículo 58 del Código Penal. Ello así, porque lo que aquí se toma en cuenta para efectuar el cómputo es la pena efectivamente aplicada. La ley dice que la reclusión o prisión temporal se prescribe en un tiempo igual *al de la condena* (art. 65, inc. 3°, Cód. Pen.).

2 — EL INDULTO. Otra de las causas extintivas de la pena es el indulto, previsto en el artículo 99, inciso 5°, de la Constitución Nacional, como una atribución del Poder Ejecutivo: “Puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados”.

Sus efectos están consignados en el artículo 68 del Código Penal, según el cual el indulto del reo extingue la pena y sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares.

1. En virtud del indulto —dice Eusebio GÓMEZ— el jefe del Estado remite, en todo o en parte, la pena impuesta a un condenado, y siempre con espíritu de gracia, el mismo jefe del Estado dispone que el condenado cumpla una pena distinta de la que le fue impuesta y, desde luego, menos grave (*Tratado*, T. I, pág. 687, nro. 353). Cuando la remisión que se hace de la pena es total, se denomina *indulto*. Cuando es parcial, su nombre técnico y gramatical es el de *conmutación*.

Puesto que el indulto sólo extingue la pena, es de rigor la afirmación de que no puede otorgarse en beneficio de un procesado. La discusión al respecto ha sido amplísima y podría decirse que está agotada. La jurisprudencia se inclinaba en el sentido de negar la posibilidad constitucional del indulto antes de que exista una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, que imponga pena (C.S.J.N., *Fallos*, t. 6, pág. 227; t. 165, pág. 199; Cám. Crim. Capital, *J.A.*, t. 1, pág. 94; t. 7, pág. 538). Sin embargo, esta regla ha sido violada en algunos casos (C.S.J.N., *J.A.*, t. 8, pág. 554 y más recientemente la minoría del tribunal en la causa “Riveros, Santiago Omar”, 11-XII-1990).

La medida de seguridad eliminadora del artículo 52 es susceptible de indulto (conf. Sup. Trib. Just. Entre Ríos, *J.A.*, 3-X-1984).

En cambio, el artículo 61 del Código Penal declara que *la amnistía hace cesar la condena* y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a los particulares.

2. Luego de lo dicho, resultan claras las diferencias entre el indulto y la amnistía:

a. La amnistía es manifestación de una facultad legislativa, a cargo del Congreso de la Nación, y de las Legislaturas de provincias, cada cual dentro de la esfera de sus poderes. El indulto es una facultad del Poder Ejecutivo competente, nacional o provincial.

b. La amnistía tiene carácter *general*, ya que siempre se refiere a *un hecho o grupos de hechos*, y comprende o abarca a todos los que se encuentran en la misma situación por haber participado, de uno u otro modo, sin individualizarlos. El indulto tiene un efecto *particular*, únicamente con relación a *la persona* a cuyo favor se dicta.

c. Los delitos amnistiados no se toman en cuenta, a los efectos de la reincidencia, por imperio del artículo 50 del Código Penal. En cambio, las condenas por delitos cuya pena ha sido indultada, se computan si hubo cumplimiento parcial de la condena.

d. La amnistía es un acto político, que tiende a la concordia social; no así el indulto, que es el ejercicio tradicional de la facultad de *gracia*, que tiende a corregir los rigores de la ley o de su interpretación demasiado rígida y las consecuencias de un posible error de los jueces (GÓMEZ, E., *Tratado*, T. I, pág. 687).

3 — LA MUERTE DEL CONDENADO. La ley penal, en el artículo 59, inciso 1º, se refiere a la muerte del imputado como causa extintiva de la acción penal, pero nada dice sobre la extinción de la pena por la muerte del condenado. Sin embargo, tal efecto resulta de los principios generales de la pena.

En las penas *privativas de libertad* y en la de inhabilitación, nos parece indiscutible que la muerte del condenado extingue la pena, por el carácter de *personalidad* de que ella está investida.

También la multa, que es una pena, si el condenado muere y la multa no ha sido pagada o no lo ha sido totalmente, queda extinguida (ODERIGO, *Código Penal*, nota 264).

4 — EL PERDÓN DE LA PARTE OFENDIDA extingue la pena en los delitos de acción privada (arts. 69 y 73, Cód. Pen.). El perdón tiene efectos extintivos para todos los partícipes condenados por el delito, aun cuando el interesado sólo haya perdonado a uno de ellos. Es un *acto unilateral*, independiente de cualquier voluntad del reo, cuya característica fundamental, como se ha dicho, es el de ser comunicable a todos los partícipes (SOLER, *Derecho Penal*, T. II, pág. 466; NÚÑEZ, *Derecho Penal*, T. II, pág. 547).

EJERCICIO Y EXTINCIÓN DE LAS ACCIONES

I. *Ejercicio de las acciones*

1 — LA PREVISIÓN LEGAL. Aun cuando el tema aparece como de índole procesal, las modalidades de las acciones que nacen del delito están previstas por el Código Penal argentino, en el Título XI, que comprende los artículos 71 al 76. La redacción que a ellos le ha dado la ley 23.077 no alteró las disposiciones originarias, que fueron tomadas, con ligeras variantes, del *Proyecto* de 1906, producto, a su vez, de distintos antecedentes legislativos nacionales. El distinto modo de ser ejercida la acción es, en términos generales, consecuencia de la naturaleza del hecho delictuoso cuya sanción se persigue, siendo ésta la razón por la cual el Código Penal debe contener disposiciones y normas que aparentemente presentan una estructura procesal, pero que, en realidad, son de derecho sustantivo (SOLER, *Derecho Penal*, T. II, § 73; NÚÑEZ, *Derecho Penal*, págs. 127 y sigs.).

El artículo 71 del Código Penal dispone: *Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las siguientes: 1° las que dependieren de instancia privada; 2° las acciones privadas.*

De la disposición legal transcrita se desprende que la regla es la acción pública; en tanto que la acción privada y la dependiente de instancia privada constituyen las excepciones. Prevé, pues, la ley, tres clases de acciones, cuyas modalidades vamos a analizar.

2 — LA ACCIÓN PÚBLICA es la típica acción penal, que debe ser ejercida de oficio por los órganos del Estado, con la intervención del acusador particular o sin ella.

Si bien es cierto que el Código Penal no hace referencia a la denominación de *acción pública*, sino que dice, en el artículo 71, *deberán iniciarse de oficio...*, estimamos preferible, cuando indicamos su *naturaleza*, la denominación *acción pública*, por oposición a la *acción privada* (NÚÑEZ la denomina *acción ejercitable de oficio*, *Derecho Penal*, T. II, pág. 129).

1. El mecanismo judicial se pone en movimiento *de oficio*, es decir, por los órganos del Estado, y prosigue con intervención fiscal, careciendo de todo significado el desistimiento de la parte interesada.

2. De su indicado carácter de *oficialidad*, se desprende el principio de *legalidad*, que requiere el obligatorio ejercicio oficial de la acción penal, siempre que tenga lugar la comisión de un delito de acción pública.

3. El otro principio que se desprende de la oficialidad de la acción, es el de *indivisibilidad*, por el cual la acción debe ejercitarse contra todos los intervinientes en un mismo hecho. No puede ejercerse contra algunos y reservarse respecto de otros.

4. En tanto que la ley no haga una excepción expresa, la acción es pública. Las únicas excepciones que determina el Código argentino son las enumeradas en los artículos 72 (delitos que dan lugar a la acción dependiente de instancia privada) y 73 (delitos de acción privada); este último ampliado por el artículo 4° de la ley 13.944, incluyendo el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima sea el cónyuge.

5. La persona particularmente ofendida puede intervenir en el juicio como acusador particular (querellante); así lo establece el artículo 82 del Código Procesal Penal; pero *no dispone de la acción*, en cuanto su desistimiento o renuncia no la extingue.

3 — LA ACCIÓN PRIVADA se caracteriza porque el interesado dispone de la acción, tanto para iniciarla como para seguirla, y la renuncia del agraviado extingue la acción penal (art. 59, inc. 4°, Cód. Pen.). Es él el único que puede instar el procedimiento, al punto de que, si no lo impulsa luego de interpuesta la acción, puede declararse abandonada la querrela (*L.L.*, 22-IX-1965; *D.J.*, 22-IX-1965). Los artículos

75 y 76 del Código señalan cuáles son las personas facultadas para ejercer la acción, según el delito de que se trate.

1. A diferencia de la acción pública, que se rige por los principios de oficialidad y legalidad, en la acción privada el interés que la incriminación protege tiene un carácter tan señaladamente particular, que podría decirse que cuando éste no se manifiesta como lesionado, de hecho es como si no hubiera existido lesión.

Dentro de nuestro sistema penal rige el principio denominado de la *disponibilidad relativa*, ya que únicamente se permite la *función actora* a personas determinadas, atendiendo a especiales circunstancias suyas, generalmente el carácter de personas particularmente ofendidas por el supuesto delito (ODERIGO, M.A., *Lecciones de derecho procesal*, T. I, Buenos Aires, 1958, pág. 346).

Por disposición del artículo 73 del Código Penal, son acciones privadas las que nacen de los delitos de calumnias e injurias, violación de secretos —salvo en los casos de los artículos 154 y 157—, concurrencia desleal prevista en el artículo 159 e incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cuando la víctima fuese el cónyuge (ley 13.944).

El artículo 154 se refiere al empleado de correos o telégrafos que, abusando de su empleo, se apoderare de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia, se impusiere de su contenido, la entregare o comunicare a otro que no sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare o cambiare su texto. El artículo 157, agregado por el artículo 6° de la ley 16.648, incrimina la conducta del funcionario público que revelare hechos, actuaciones o documentos que por la ley deben quedar secretos.

2. El artículo 75 se refiere a modalidades de la *acción* en la calumnia e injuria. Dicha regla expresa que *la acción por calumnia o injuria* podrá ser ejercida únicamente por el ofendido y después de su muerte, por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes. El principio adoptado importa una excepción a las normas generales que rigen el procedimiento para los casos de acción privada, el de *intransferibilidad*, con respecto a las personas que pueden ejercitar la acción (cfr. ODERIGO, *Lecciones...*, cit., T. I, pág. 348).

Se ha querido ver en esta disposición el castigo de la ofensa en la persona o en la memoria de los muertos. No es así, pues la ley autoriza a ejercitar la acción al cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes después de la muerte *del ofendido*, es decir que la ofensa debe haberse

causado en vida y la acción corresponde a los parientes que sobreviven *al ofendido* (jurisprudencia contradictoria de la Cám. Crim. Capital, *L.L.*, 26-VII-1972, t. 147 y *L.L.*, 20-II-1973, t. 149, fallo plenario).

4 — LA ACCIÓN DEPENDIENTE DE INSTANCIA PRIVADA. Estas acciones participan, en ciertos aspectos, de las características de las otras dos: la acción pública y la acción privada. El mecanismo que pone en marcha la máquina judicial es semejante al de las acciones privadas. Formulada la acusación —en forma de denuncia o de querrela— por la persona damnificada o por sus representantes legales (art. 72), queda vinculado al procedimiento el agente fiscal y la acción no se enerva por desistimiento del ofendido, como ocurre en los delitos de acción privada. La acción *es como si fuera pública* cumplido el requisito inicial.

La instancia privada inicial, requerida por la ley para los delitos enumerados en el artículo 72, importa un límite a la acción pública, que dada la naturaleza de esos delitos, tiende a proteger la intimidad personal y el decoro de la familia, pues el *strepitus fori* ocasionado por el proceso podría significar una mayor lesión. Se establece, pues, en beneficio de la víctima y de su familia. Por esa razón, en los delitos dependientes de acción privada, la ley renuncia en favor de ciertos particulares a la pretensión penal pública (Cám. Crim. Corr. Villa María, *L.L.*, t. 38, pág. 895).

1. No es indispensable en estos casos que la persona que dispone de la acción penal asuma el papel de parte, como en los delitos de acción privada; la ley admite, también, que el proceso pueda ser puesto en marcha por denuncia, pero circunscribe el derecho de formularla al agraviado o a su representante legal. A la ley le resulta suficiente la manifestación de voluntad exteriorizada a través de la denuncia, siguiendo luego el proceso el régimen general de la acción pública.

2. Según el artículo 72 del Código Penal son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los delitos de violación, estupro, raptó, abuso deshonesto y lesiones leves, sean dolosas o culposas (ley 23.487).

Dispone la propia ley que en esos casos no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado o de su tutor, guardador o representantes legales. Este derecho es *intransferible*, ya que sólo puede ejercerlo la persona ofendida por el delito, si fuese capaz; y

si no lo fuese, su representante legal, no pasando a los herederos (cfr. Cám. Crim. Capital, *J.A.*, t. 9, pág. 499 y t. 20, pág. 491).

3. Cuando el agraviado como víctima del delito contra la honestidad es un *menor de edad*, por ser tal carece de capacidad para denunciar. Por esa razón, si el hecho fue denunciado por el menor víctima del delito, en lugar de serlo por sus representantes legales, y se dio curso a la acción, corresponde declarar insubsistente todo lo actuado. La denuncia debe ser formulada en estos casos por los padres, el tutor, guardador o representante legal, siendo éstas las únicas personas que pueden hacerlo (*L.L.*, t. 63, pág. 7; t. 99, pág. 543).

4. El mismo artículo 72 contempla los *casos de excepción*, en los que, aun habiéndose cometido un delito de los previstos en esa norma legal, la acción es pública.

La acción es pública cuando resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las previstas en el artículo 91. En los casos de muerte, y lesiones del artículo 91, la gravedad del delito agregado hace que no pueda quedar librado el ejercicio de la acción al particular damnificado (véase *L.L.*, t. 66, pág. 189).

También se procede de oficio cuando la víctima es un *menor o incapaz* que no tenga representante o se encuentre abandonado o cuando existan intereses contrapuestos entre el menor y su representante.

El fundamento de esta segunda excepción radica en la falta de personas que juzguen por el menor la conveniencia o inconveniencia de promover la acción o la existencia de intereses opuestos entre el incapaz y quien legalmente lo represente. En este sentido la ley es más amplia en su actual redacción que en la norma sustituida, que sólo se refería a que los representantes fueran los autores del hecho en perjuicio del menor.

Una tercera excepción se refiere exclusivamente a las lesiones leves, dolosas o culposas. Cuando median razones de *seguridad o interés público* se procede *de oficio*, esto es que la acción tiene el carácter de pública.

II. Extinción de las acciones

1 — ENUMERACIÓN Y CONCEPTO. El artículo 59 del Código Penal enumera las causas generales de extinción de la acción penal: 1º la muerte del imputado; 2º la amnistía; 3º la prescripción; 4º la renuncia del agraviado en los delitos de acción privada.

El artículo 76 ter del Código Penal (ley 24.316) determina, en los casos de suspensión del juicio a prueba, que si en el término de ésta el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extingue la acción penal.

Extingue, también, la acción penal, el matrimonio subsiguiente, en algunos delitos contra la honestidad (violación, estupro, rapto y abuso deshonesto, art. 132, Cód. Pen.). ODERIGO considera causa extintiva de la acción penal también a la conciliación y la retractación en los delitos de calumnias e injurias (*Derecho Procesal Penal*, T. I, pág. 185).

En relación a la pena de multa la acción penal se extingue por el pago voluntario del mínimo o del máximo, según el caso (art. 64, Cód. Pen.).

Al tratar las causas que extinguen la acción penal, podría parecer sobrado el estudio de algunas de las que extinguen la pena, que antes hemos hecho, tanto porque extinguida la acción, no se llega a una pena, cuanto porque causales como la muerte del culpable y la prescripción se tratan en ambos capítulos. Son, sin embargo, cosas distintas: las causas extintivas de la acción no permiten llegar a una condena; las que extinguen la pena presuponen una sentencia condenatoria firme. Por otra parte, el régimen de cada instituto es distinto, según juegue una u otra función. La diferencia resulta clara cuando se comparan las causas que modifican la prescripción de la pena y la de la acción.

2 — LA MUERTE DEL IMPUTADO extingue la acción en todos los casos. Nada parece necesario decir sobre este punto, ya que el principio de la individualización de la pena, afirmado por el Derecho Penal moderno, hace que ella no llegue más allá de la persona del autor del delito.

Con excepción del *Proyecto* de TEJEDOR, que en el artículo 7º, Título 3º, Libro 2º, Parte 1ª, admitía la transmisibilidad de la pena de multa a los herederos, la regla enunciada no ha sido infringida en nuestro Derecho. Fallecido el acusado, debe declararse extinguida la acción y sobreseer definitivamente a su respecto (Cám. Crim. Capital, *Fa-*

llos, t. II, pág. 408). Para que este efecto se produzca, la muerte debe haber ocurrido antes de la sentencia definitiva, que pone fin a la acción penal (*L.L.*, 26-IV-1966).

3 — LA AMNISTÍA está prevista en el artículo 75, inciso 20, de la Constitución Nacional, como una de las atribuciones legislativas del Congreso Nacional. Se trata de una medida de carácter *impersonal, objetiva*, y que por propio imperio de la Constitución debe ser *general*. Tiene el efecto de hacer cesar también la condena, conforme lo indica expresamente el artículo 61 del Código Penal: *La amnistía extinguirá la acción penal y hará cesar la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones debidas a particulares*.

La amnistía es una medida prevalentemente política y de carácter general, que significa el olvido de un hecho delictivo para restablecer la calma y la concordia sociales (C.S.J.N., *J.A.*, t. 59, pág. 740). Como medida política y de carácter general que es, la voluntad particular no puede oponérsele (*L.L.*, t. 94, pág. 49).

Amnistía e indulto difieren en su naturaleza, objeto y efectos. El indulto es *perdón*, otorgado por el Poder Ejecutivo con el fin de atenuar el rigor de la ley; es *particular*, extingue la pena y se aplica a cualquier crimen. La amnistía es un acto legislativo que extingue la acción y abarca a todos los sujetos comprometidos en una clase de delitos (C.S.J.N., *L.L.*, t. 7, pág. 200). Véase lo que decimos al tratar el indulto como causa de extinción de la pena: § 42, II, 2-2.

4 — LA PRESCRIPCIÓN es la causal de extinción prevista en el inciso 3° del artículo 59 del Código Penal. Mediante ella, el Estado autolimita su soberano poder de castigar (MANZINI, *Tratado*, Vol. V, nro. 601). El artículo 62 determina el término de la prescripción ateniéndose al monto y a la naturaleza de la pena. He aquí su texto:

La acción penal se prescribirá durante el tiempo fijado a continuación: 1° A los quince años, cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua; 2° Después de transcurrido el máximo de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos años; 3° A los cinco años, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua; 4° Al año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal; 5° A los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa.

1. *La prescripción se opera por el solo transcurso del tiempo* y puede ser declarada de oficio (C.S.J.N., 4-XII-1995, causa “J.A. s/querrela por retención y ocultamiento de menor”, sin que sea necesaria la concurrencia de otro requisito, y sólo se *interrumpe* por la comisión de otro delito antes de vencido el término, y por la secuela del juicio (art. 67, Cód. Pen.). La disposición que se refiere a la comisión de un nuevo delito fue agregada por la Ley de Fe de Erratas 11.221, y la que asigna carácter interruptivo a la secuela del juicio por el artículo 1º de la ley 13.569 (véase *infra*, 3 b.).

2. *El término de la prescripción.* El punto de partida para que comience a correr la prescripción es distinto según se trate de delitos instantáneos o de los denominados permanentes o continuos. En el delito instantáneo comienza a correr la prescripción tomando en cuenta el momento en que se consumó. En los continuos, desde el día en que dejó de consumarse. Así reza el artículo 63: *La prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si este fuere continuo, en que cesó de cometerse.* Los delitos denominados permanentes o continuos se caracterizan por crear una situación invariablemente típica y antijurídica, la que cesa cuando un cambio en la acción hace que el hecho deje de cometerse. Por eso, el término de prescripción comienza a correr desde la medianoche del día en que cesa el *estado de consumación*. Tal como ocurre, por ejemplo, en los delitos de raptó (arts. 130 y 131, Cód. Pen.) y privación ilegal de la libertad (art. 141, Cód. Pen.).

El Código Penal no contiene disposiciones expresas sobre la manera de contar el término de la prescripción, por lo que debe estarse a las normas establecidas en el Código Civil (Títulos Preliminares, arts. 23 a 29) con carácter obligatorio para todos los plazos señalados por las leyes, salvo disposición en contrario (art. 29, Cód. Civ.).

Uno de los problemas para el cómputo del término de la prescripción, tiene su origen en el *concurso real*, disputándose en la doctrina y en la jurisprudencia dos tesis contrapuestas: la que sostiene que la prescripción corre separadamente para cada uno de los delitos (*paralelismo*), y la que piensa que para el plazo de prescripción debe tomarse en cuenta la pena que resulta de la suma de las penas correspondientes a los diversos hechos (*acumulación*), siempre que no exceda el máximo legal determinado por el artículo 62.

Según la doctrina del *paralelismo*, no existe suma o unificación de acciones, pues las reglas del concurso real que estatuye el artículo 55 del Código Penal, entran en juego únicamente a los efectos de regular la especie y la medida *de la pena* a aplicar en los casos de pluralidad de delitos (L.L., t. 55, pág. 592; t. 119, fallo nro. 54.169; C.S.J.N., Fallos, t. 212, pág. 324; Cám. Crim. Fed., Sala 2ª, causa “Iníiguez, M.”, 28-III-1985).

La tesis de la *acumulación* sostiene que las acciones podrán ser paralelas en la forma, pero no lo son con respecto a su contenido, desde que la pretensión punitiva de una tiene influencia sobre la pretensión punitiva de la otra, hasta el punto de determinar un nuevo plazo de prescripción, conforme al artículo 67 del Código Penal (J.A., 1948-III, págs. 186 y 287; 1950-I, pág. 50; 1955-II, pág. 361; 1959-V, pág. 156; S.C.B.A., causa “Lauría, J. R.”, 3-V-1988, cit. por CALVETE, Adolfo, *Prescripción de la acción penal*, Buenos Aires, 1989, pág. 76). En doctrina, SOLER y VERA BARROS se inclinan por esta interpretación de la ley (*Derecho Penal*, T. II, págs. 456 y sigs.; *La prescripción penal*, pág. 103, respectivamente).

Están en lo cierto los defensores del paralelismo, porque una cosa es la acumulación de las penas, válida para el concurso material, y otra la acumulación del término de prescripción de las respectivas acciones. La ley asigna al segundo y sucesivos delitos el efecto de *interrumpir* la prescripción de los anteriores, no el de acumular sus tiempos de prescripción. Con el criterio de la *acumulación* se exceden las reglas del concurso, porque se parte del supuesto de que en todos los casos son aplicables las penas máximas, mientras que para la acumulación en el concurso sólo se fijan límites de pena.

En los casos de concurso ideal, tratándose de un hecho único, la prescripción debe calcularse sobre la pena mayor (Cám. Crim. Capital, L.L., 4-IV-1966).

3. *Suspensión e interrupción del término*. Los términos de la prescripción pueden sufrir una prolongación en el tiempo, por circunstancias que producen su *suspensión* o que los *interrumpen*:

a. *Causas de suspensión*. En virtud de la reforma introducida en el artículo 67 del Código Penal por el artículo 1º de la ley 13.569, la prescripción se suspende por las cuestiones previas o prejudiciales, que deben ser resueltas en otro juicio, en los casos de delitos para cuyo juzga-

miento sea preciso resolver esas cuestiones. La ley 16.648, en su artículo 11, introdujo una nueva causal de suspensión: la prescripción. También se suspende en los casos de delitos previstos en los capítulos 6, 7, 8, 9 bis y 10 del Título XI, Libro II del Código Penal, mientras cualquiera de los que hayan participado se encuentren desempeñando un cargo público.

Con respecto a la naturaleza de las causales de suspensión introducidas por la ley 13.569, piensa NÚÑEZ que lo esencial es que el impedimento de la persecución penal derive de una *cuestión jurídica cuyo juez no sea el del proceso*, pudiendo estar representada por situaciones de la más distinta índole, por ejemplo: de derecho civil (nulidad del matrimonio, art. 1104, Cód. Civ.; divorcio, art. 74, Cód. Pen.); de jurisdicción (prelación de la jurisprudencia federal, arts. 38 y 39, Cód. Proc. Crim., ley 2372 y Cód. Proc. Pen., 19 y 20, ley 23.984); de derecho constitucional (juicio político), etcétera, y cuyo fundamento está dado por la disposición legal que explícita o implícitamente sustrae de la competencia del juez en lo penal la decisión de la cuestión a resolver y que impide el proceso penal (*Derecho Penal*, T. II, págs. 183 y sigs.). VERA BARROS sostiene que el artículo 67, al no hacer distinción alguna, debe entenderse que comprende en su expresión a toda clase de juicio, de cualquier naturaleza y alcance que fuere, ya se trate de juicio penal, civil, comercial, administrativo, ordinario o especial (*La prescripción penal*, págs. 120 y sigs.). La jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación ha declarado que no corre la prescripción de la acción penal cuando el procedimiento se ha suspendido en virtud de una disposición legal (*L.L.*, t. 28, pág. 655). Ésta nos parece la tesis exacta (*L.L.*, 14-X-1965).

El artículo 9º de la ley 23.07 de Defensa de la Democracia agregó una nueva causal de suspensión al señalar que *el curso de la prescripción de la acción penal correspondiente a los delitos previstos en los artículos 226 y 227 bis, se suspenderá hasta el restablecimiento del orden constitucional*, y el artículo 76 ter otra, aplicable al término de la *probation* en la suspensión del juicio a prueba.

b. *Causas de interrupción*. La prescripción se interrumpe por la comisión de otro delito o por la secuela del juicio (art. 67, Cód. Pen.).

a) *La comisión de un nuevo delito*. Para que la interrupción se produzca, es preciso que el nuevo delito haya sido motivo de sentencia firme (Cám. Crim. Capital en pleno, *L.L.*, t. 59, pág. 768), pues hasta tanto esto no ocurra, jurídicamente no se puede decir que el delito ha sido cometido. Pero la fecha de la interrupción se retrotrae a la de la comisión del nuevo delito (Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. II, pág. 245).

b) *La secuela del juicio*. Esta expresión no se caracteriza precisamente por la exactitud de su significado. Gramaticalmente, *secuela* quiere decir tanto como consecuencia o resulta de una cosa, pero de prisa se ve que este significado ninguna relación guarda con el que le da la ley en la disposición que nos ocupa. El significado jurídico que aquí ha querido asignársele equivale a trámite, desenvolvimiento o desarrollo del juicio. Se ha criticado, con razón, lo impreciso de este término, pues no siempre resulta fácil afirmar que determinado trámite, diligencia o nota forma parte o no de la secuela del juicio; y, como puede apreciarse, las consecuencias que de ello resulta son graves.

En el transcurso de los años, una laboriosa tarea jurisprudencial ha ido fijando y uniformando criterios, al punto que hoy puede ya considerarse con alguna certeza el concepto —más adjetivo que sustantivo— de esta causa interruptiva de la prescripción. Secuela del juicio es todo acto con suficiente entidad para dar *real dinámica al proceso manteniendo en efectivo movimiento la acción penal* (del voto del Dr. MILLÁN, J.A., 1959-II, pág. 79; Cám. Crim. Capital, *L.L.*, t. 109, pág. 1077; Cám. Crim. Capital en pleno, *Doct. Pen.*, 8-X-1997, pág. 400), siempre que se haya llamado a prestar declaración indagatoria al imputado (Cám. Crim. Capital, en pleno, causa “Czernicer, Sergio A.”, *L.L.*, t. 1992-D, pág. 344; análogo criterio se revela en decisiones de otros tribunales: *L.L.*, t. 100, pág. 311; t. 101, pág. 61; t. 108, pág. 459; 9-XI-1973, t. 152; sin embargo, ha considerado que en el nuevo Código Procesal [ley 23.984] no constituye *secuela del juicio* el llamado a indagatoria, por su carácter de medio de defensa, sino el auto de procesamiento, la Sala 1ª del mismo tribunal, causa “Palomo, Miguel”, del 1-X-1996).

4. Es carácter esencial de la prescripción *ser de orden público*, por lo que puede ser declarada de oficio. Sobre esto son pacíficas la doctrina y la jurisprudencia.

5 — LA RENUNCIA DEL AGRAVIADO EN LOS DELITOS DE ACCIÓN PRIVADA. Ya vimos, al ocuparnos de la acción privada, que el interesado dispone de la acción, por lo que su renuncia tiene el efecto de extinguirla (art. 59, Cód. Pen.). La renuncia tiene que ser expresa y no se presume, de acuerdo a lo establecido por el artículo 874 del Código Civil (en contra, considerando que el abandono de la querrela en los delitos de acción privada importa la renuncia del agraviado prevista en el

art. 59, inc. 4º, Cód. Pen., la mayoría de los integrantes de la Cámara del Crimen de la Capital en el fallo plenario dictado el 12-XI-1993). Ella puede ser opuesta por la persona a cuyo favor se hizo, conclusión que resulta de la misma disponibilidad de la acción por el agraviado. La renuncia sólo perjudica al que renunció y a sus herederos (art. 60, Cód. Pen.), por lo que no puede ser opuesta a la acción de otro agraviado.

6 — EXTINCIÓN DE LA PENA DE MULTA. El artículo 64 del Código Penal, en la redacción que le acordó la ley 24.316, establece el modo en que se extingue la pena de multa. Lo hace en estos términos:

La acción penal por delito reprimido con multa se extinguirá, en cualquier estado de la instrucción y mientras no se haya iniciado el juicio, por el pago voluntario del mínimo de la multa correspondiente y la reparación de los daños causados por el delito.

Si se hubiese iniciado el juicio deberá pagarse el máximo de la multa correspondiente, además de repararse los daños causados por el delito.

En ambos casos el imputado deberá abandonar en favor del Estado, los objetos que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena.

El modo de extinción de la acción penal previsto en este artículo podrá ser admitido por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de la resolución que hubiese declarado la extinción de la acción penal en la causa anterior.

LA ACCIÓN CIVIL

1 — NATURALEZA Y FUNDAMENTACIÓN. El daño causado por el delito puede distinguirse, por lo común, en público y privado. El primero se traduce en la alarma social que el hecho delictuoso provoca; el segundo es el perjuicio o daño causado a los particulares víctimas del delito o a las personas a quienes las leyes reconocen el carácter de damnificados. El daño público o colectivo determina la aplicación de las medidas específicas del Derecho Penal, en primer lugar, la pena; el daño privado motiva también el resarcimiento de ese daño, que se persigue con la acción civil.

1. *Diferente naturaleza de la pena y la indemnización.* Las diferencias que puedan señalarse entre la naturaleza de la pena y la de la indemnización pecuniaria, son varias y de importancia suficiente como para que la opinión dominante sea hoy contraria a su asimilación: las penas son personales y no alcanzan, por tanto, a los herederos; la indemnización puede ser objeto de transacción, las penas no. Dice SOLER, siguiendo a BINDING, que la pena debe consistir en la disminución de un bien jurídico; su fin es retributivo: “debe causar una herida, mientras que la reparación debe curar otra, si es posible, sin causar una segunda” (SOLER, *Derecho Penal*, T. II, § 75, II; BINDING, *Die Normen*, Vol. I, pág. 288). La más clara diferencia resulta, en la práctica, en que la falta de condena penal no supone, sin más, que no haya lugar al resarcimiento del daño.

Por lo demás, la falta de pago de la indemnización no puede transformarse en prisión, como ocurre con la multa (art. 21, Cód. Pen.).

2. *La obligación de resarcir los daños resulta de la ilicitud del hecho que puede ser atribuido a su autor.* Queda, pues, descartado el resarcimiento del daño en los casos de sobreseimiento o absolución por mediar una causa de justificación. Los fundamentos de justificación tienen por efecto restar al acto su condición de antijurídico y siendo la antijuridicidad una sola para todo el ordenamiento legal, el hecho es lícito, no habiendo por tanto posibilidad de daño resarcible. En los demás casos de absolución, es admisible la consideración por la justicia no penal de la procedencia o improcedencia del resarcimiento de los daños.

2 — FORMAS DE REPARACIÓN. En el derecho comparado la reparación ofrece dos modalidades características: en especie y en dinero. La primera consiste en la restitución de las cosas; la segunda, en el pago de una suma de dinero equivalente al daño estimado. En realidad, en materia criminal, la restitución de la cosa obtenida por el delito no puede ser considerada como forma de indemnización, ya que el delincuente tiene la cosa sin título legítimo alguno y su restitución supone volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la ejecución del delito. No obstante, cuando la restitución de la cosa obtenida por el delito no sea posible, por cualquier razón, el perjuicio deberá resolverse también por una indemnización de carácter pecuniario.

El artículo 1083 del Código Civil, luego de la reforma introducida por la ley 17.711, dispone: “El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, excepto si fuera imposible, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado optar por la indemnización en dinero”. El orden de prevalencia de los modos de resarcir es ahora inverso al que disponía el Código con anterioridad a la reforma.

El artículo 29 del Código Penal dispone: *La sentencia condenatoria podrá ordenar: 1° La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba; 2° La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible la restitución, el pago por el reo del precio corriente de la cosa, más el de estimación si lo tuviere.*

3 — CONTENIDO. Se discute en doctrina si la reparación del daño debe limitarse únicamente al material o debe comprender también el daño moral. El problema aparece claramente resuelto en el derecho argentino por el artículo 1078 del Código Civil y el artículo 29, inciso 1° del Código Penal, referidos ambos a la indemnización, no sólo del daño material, sino también del agravio moral. Ambas normas alcanzan también a los cuasidelitos culposos (puede verse COLOMBO, Leonardo A., *Culpa aquiliana [Cuasidelitos]*, T. II, Buenos Aires, 1965, págs. 353 y sigs.).

En el derecho argentino, la reparación civil, cuando se trata de un delito del derecho criminal, comprende la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero; la restitución de la cosa obtenida por el delito y si ello no fuere posible, el pago del precio corriente de la cosa, más el de estimación si lo tuviere; el pago de las costas (art. 29, incs. 1°, 2° y 3°, Cód. Pen.).

4 — EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN CIVIL ofrece particularidades en el derecho argentino que resultan de su regulación legal en la ley civil y en la penal:

El artículo 1096 del Código Civil dispone que *la indemnización del daño causado por delito, sólo puede ser demandada por acción civil independiente de la acción criminal.*

El artículo 29 del Código Penal, en cambio, dice que *la sentencia condenatoria podrá ordenar la indemnización del daño material y moral causado por el delito.*

El artículo 1096 contiene una imposición con su correlativa prohibición: demandar la acción de indemnización sólo por acción civil independiente de la acción criminal; no interponer la acción civil conjuntamente con la criminal. El artículo 29, inciso 1° del Código Penal, autoriza expresamente al juez de lo penal a resolver sobre la indemnización del daño material y moral causado por el delito en la sentencia criminal condenatoria. De suerte que *la imposición de ejercer separadamente ambas acciones y la prohibición de interponerlas juntas* es lo que ha sido derogado.

Por otra parte, el Código Penal sólo *faculta* al juez —no lo obliga— para ordenar en la sentencia condenatoria la indemnización del daño material causado por el delito. Sostener la obligación del juez penal de resolver sobre los daños en todos los casos, es decir algo que la

ley no dice (véase *infra*, 5-). Derogada la prohibición impuesta por el artículo 1096 del Código Civil, nada obsta para que el titular pueda decidir la elección entre ejercer conjunta o separadamente ambas acciones (conf., en lo esencial, ODERIGO, M. A., *Código Penal*, nota 70; DÍAZ DE GUIJARRO, nota en *J.A.*, t. XXVII, pág. 502).

5 — LAS PALABRAS “PODRÁ ORDENAR”. El artículo 29 del Código Penal dice que la sentencia condenatoria *podrá ordenar* los distintos rubros constitutivos de la reparación de perjuicios. Las palabras *podrá ordenar* han dado lugar a opiniones encontradas sobre las facultades del juez en lo penal para pronunciarse.

Es pacífica la doctrina y la jurisprudencia, en punto a que el pronunciamiento corresponde únicamente en los casos de sentencia condenatoria (C.S.J.N., *L.L.*, t. 9, pág. 836; *id.*, *Fallos*, t. 168, pág. 342; Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. II, pág. 15; MORENO, R., *El Código Penal*, T. I, pág. 180; DÍAZ DE GUIJARRO, nota en *J.A.*, cit.). Por lo demás, pensamos que la cuestión aparece meridianamente clara en el texto legal.

Es en lo que se refiere al ejercicio de la facultad del juez en lo penal para pronunciarse sobre el daño físico y moral, que la doctrina y la jurisprudencia se han dividido:

a. Para unos, el pronunciarse o no sobre la reparación del daño es *facultativo* para el juez del crimen, pero se torna *obligatorio cuando media requerimiento de parte* (*L.L.*, t. 9, pág. 525; *J.A.*, t. 62, pág. 824; MORENO, R., *El Código Penal*, T. II, pág. 177; GÓMEZ, E., *Tratado*, T. I, pág. 656).

Para otros, la justicia penal sólo puede pronunciarse sobre la indemnización y fijar su monto *cuando media solicitud de parte* (Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. IV, pág. 394; ODERIGO, M. A., *Código Penal*, nota 70; *L.L.*, t. 79, pág. 448).

La solución correcta es la segunda. Aun cuando la acción por resarcimiento de los daños ejercida en la jurisdicción penal está rodeada de ciertas “facilidades” procesales, tales como la fijación del monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba, las medidas a tomar en caso de insolvencia total o parcial del condenado y la preferencia de la obligación de indemnizar, que resultan de la particular naturaleza de esta acción, no puede negarse que el interesado dispone de

ella como de cualquier otra acción privada (cfr. BUSTOS, César A., "Regulación del ejercicio de la acción civil en sede penal", en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año VI, nro. 12, 1964, págs. 59 y sigs., nros. 16 y 17). Por último, es posible el resarcimiento de daños habiendo recaído absolución en la causa penal, pero quien ha elegido la vía penal no puede luego ejercer la civil.

6 — QUIÉNES PUEDEN RECLAMAR LOS DAÑOS. Nos referimos a quiénes *pueden reclamar* los daños, haciendo con ello una distinción de quiénes son *los titulares* de ese derecho, porque, al optar por la vía criminal, se produce una limitación, como consecuencia del modo cómo ha sido interpretado por algunos tribunales el artículo 29 del Código Penal en concordancia con las disposiciones pertinentes de los códigos de procedimientos. Resulta así que no son siempre las mismas personas las que pueden reclamar los daños ante el juez de lo civil y ante el de lo penal.

1. *En el fuero penal.* La Cámara del Crimen de la Capital había declarado, reiteradamente, que sólo podían intervenir en el juicio criminal como parte civil las personas que, de acuerdo con la ley procesal, *pueden constituirse en querellantes* (*Fallos*, t. I, pág. 24; t. II, pág. 475; t. III, pág. 250, tribunal pleno; t. IV, págs. 615 y 723). Declaró, además, el mismo tribunal que la indemnización ante el juez de lo penal debe ser reclamada *conjuntamente* con la acción criminal (*Fallos*, t. III, pág. 236); y si el damnificado ejerció solamente la acción civil, no procede la condenación al resarcimiento del daño (*Fallos*, t. VI, pág. 276).

A partir de la vigencia del nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), para ejercer la acción civil emergente del delito en el proceso penal, su titular deberá constituirse en actor civil (art. 87), sin necesidad de querellar al mismo tiempo.

El actor civil, que deberá concretar su demanda por escrito (art. 93) en cualquier estado del proceso hasta la clausura de la instrucción (art. 90), tendrá en el proceso la intervención necesaria para acreditar la existencia del hecho delictuoso y los daños y perjuicios que le haya causado, pudiendo reclamar las medidas cautelares, restituciones, reparaciones e indemnizaciones correspondientes (art. 91).

La acción civil puede ser desistida y el desistimiento importa su renuncia. Se lo tendrá por desistido cuando no concrete la demanda

oportunamente o no comparezca al debate o se aleje de la audiencia sin haber formulado conclusiones (arts. 93 y 94).

2. *En el fuero civil*, podemos agrupar los *sujetos de la acción civil* en la siguiente forma:

a. Ante todo, el damnificado mismo, sea directo o indirecto (art. 1079, Cód. Civ.). En el daño de cosas, la acción no se limita al propietario, sino que se extiende también a los que tuvieren la posesión y aun la simple tenencia; y al acreedor hipotecario, aun contra el dueño mismo de la cosa hipotecada, si éste hubiese sido el autor del daño (art. 1095, Cód. Civ.).

Son *damnificados directos* las víctimas del delito, es decir, los entes físicos o colectivos sobre los que recae directamente el delito, sea lesionando su persona, sus cosas o sus derechos, sea atacando directamente su seguridad personal o el goce de sus bienes (art. 1077, Cód. Civ.). Son *damnificados indirectos* los terceros que experimentan algunos de esos daños (art. 1079, Cód. Civ.). Puede verse Alfredo ORGAZ, *El daño resarcible*, cit., nro. 9, y la buena exposición de R. C. NÚÑEZ titulada “Acción civil emergente del delito de derecho criminal”, IV, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. I, pág. 216.

b. Los sucesores universales del damnificado, en todos los casos, con respecto al daño material. Si se trata de delitos que no hubieren causado sino agravio moral, los herederos sólo pueden *proseguir* la acción civil cuando haya sido entablada en vida por el difunto (art. 1099, Cód. Civ.).

c. Los acreedores de la víctima, en ejercicio de la acción oblicua, salvo el caso del daño moral, dado su carácter personalísimo.

d. Los cesionarios de la acción de daños.

7 — CONTRA QUIÉNES PUEDE INTENTARSE LA ACCIÓN DE DAÑOS.
La acción de daños y perjuicios puede intentarse:

a. Contra el autor del hecho (arts. 1109 y 1081, Cód. Civ.), a menos que carezca de discernimiento y sea, por tanto, inimputable.

b. Contra los consejeros (instigadores) o cómplices del autor del delito (art. 1081, Cód. Civ.). Esta obligación es solidaria para todos los responsables del delito, autores y partícipes (véase *infra*, 10-).

c. Contra el que participó por título lucrativo de los efectos de un delito, hasta la concurrencia de lo que hubiere recibido (art. 32, Cód. Pen.).

d. Contra las personas que responden por el hecho de otro (arts. 1113 a 1119, Cód. Civ.).

e. Contra los sucesores universales de las personas enumeradas anteriormente, salvo la limitación resultante de haber aceptado la herencia con beneficio de inventario (art. 1098, Cód. Civ.). Los sucesores singulares no son responsables (BORDA, *Tratado de obligaciones*, T. II, nro. 1599; SALVAT, *Hechos ilícitos*, nro. 2930; CAMMAROTTA, *Responsabilidad extracontractual*, T. II, nro. 525; COLOMBO, *Culpa aquiliana*, nro. 232).

8 — RELACIÓN DE PRIORIDAD. Dispone el artículo 1101 del Código Civil que si la acción criminal hubiere precedido a la acción civil o fuere intentada pendiente ésta, *no habrá condenación* en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal.

El mismo artículo prevé dos excepciones: a) fallecimiento del acusado, antes de ser decidido el juicio criminal, en cuyo caso la acción civil puede ser intentada o continuada contra los herederos; b) que el acusado esté ausente y en virtud de ello la acción criminal no pueda ser intentada o continuada, caso en que también es viable la acción civil.

La acción civil queda detenida antes de la sentencia, al ser interpuesta la acción criminal y hasta tanto se pronuncie sentencia por el juez en lo penal. Es decir que el procedimiento penal no detiene el curso del juicio civil, sino solamente la sentencia, que no puede dictarse estando aquél pendiente (C.S.J.N., *L.L.*, t. 57, pág. 447; S.C.B.A., *J.A.*, 1951-II, pág. 4). La única sentencia que se suspende es la que tiene carácter definitivo, pero no hay obstáculo en fallar los interdictos, porque siempre queda abierta una vía ulterior para discutir los derechos de las partes.

Si *la sentencia* en el juicio civil ha pasado ya en autoridad de cosa juzgada a la fecha de iniciarse la acción criminal, la sentencia civil

conserva todos sus efectos (art. 1106, Cód. Civ.). De modo que la acción criminal detiene *la acción civil*, pero no *los efectos de la sentencia*, si ésta ha sido pronunciada y pasada en autoridad de cosa juzgada *a la fecha de iniciarse la acción penal*.

El artículo 76 quater del Código (ley 24.316) determina que la suspensión del juicio a prueba hará inaplicables al caso las reglas de prejudicialidad de los artículos 1101 y 1102 del Código Civil.

9 — INFLUENCIA DE LA SENTENCIA PENAL SOBRE LA CIVIL. No es uniforme la doctrina entre los tratadistas del derecho civil en lo que se refiere a los efectos de la sentencia criminal con respecto al juicio civil por reparación de daños. Cuando la acción civil ha sido interpuesta conjuntamente con la criminal, optando por la vía que autoriza el artículo 29 del Código Penal, y la sentencia específicamente penal es condenatoria, el problema no existe, puesto que el juez en lo criminal, en una sola y misma decisión, resuelve ambas cosas.

La cuestión aparece cuando la acción civil no ha sido iniciada conjuntamente con la criminal o cuando, habiéndose hecho así, el fallo es absolutorio. En el primer caso, los interesados han optado por la vía independiente del Código Civil. En el segundo, no mediando sentencia condenatoria, el juez de lo penal no puede pronunciarse, puesto que el artículo 29 del Código Penal limita el pronunciamiento sobre la indemnización del daño a los casos de sentencia condenatoria (*supra*, 5-).

Es de toda evidencia que resulta muy distinta, en cuanto a la reparación civil de los daños, la situación de quien ha sido sobreseído o absuelto por haber actuado dentro de los límites de una causa de justificación, de la de quien lo fue, por ejemplo, por ausencia de culpabilidad, por haber prescrito la acción o por haber pagado el máximo de la multa, conforme con el artículo 64 del Código Penal. En el caso de haber existido un fundamento de justificación, el hecho no es antijurídico, y por tanto no cabe un pronunciamiento distinto de la jurisdicción civil (*supra*, 1-, 2.); en los demás casos el hecho puede ser ilícito, sin ser delito; de modo que es posible el resarcimiento de los daños.

10 — SOLIDARIDAD Y PREFERENCIA. La obligación de resarcir el daño es solidaria entre todos los responsables del delito (art. 31, Cód. Pen.). Esta norma confirma la del artículo 1081 del Código Civil, según la cual la obligación de reparar el daño causado por un delito pesa soli-

dariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal. Ambas disposiciones se refieren expresamente a la obligación de reparar el daño, por lo que la solidaridad no comprende las costas (Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. I, pág. 190; DÍAZ, *El Código Penal*, pág. 67; ODERIGO, *Código Penal*, nota 83).

El que paga la totalidad no puede repetir del codeudor. Indemnizando uno de ellos todo el daño, no tendrá derecho para demandar a los otros las partes que les correspondieren (art. 1082, Cód. Civ.).

La solidaridad no alcanza a quienes sólo participan por título lucrativo de los efectos del delito, los que responden únicamente hasta la cuantía en que hubiesen participado (art. 32, Cód. Pen.). La disposición se refiere, naturalmente, a los que no han participado también en el delito como autores, consejeros o cómplices, pues a éstos les alcanza la disposición del artículo 1081 del Código Civil antes citada.

La obligación de indemnizar es preferente a todas las que contraere el responsable después de cometido el delito y al pago de la multa (art. 30, Cód. Pen.). Esta preferencia debe ser entendida como *un privilegio* del derecho civil sobre la generalidad de los bienes del deudor, conforme con lo dispuesto en el artículo 3879 del Código Civil (MALARRIGA, *Código Penal Argentino*, T. I, pág. 187; ODERIGO, *Código Penal*, nota 82).

11 — EFECTOS DE LA RENUNCIA A LA ACCIÓN CIVIL Y DEL PACTO SOBRE EL PAGO DE LOS DAÑOS. El artículo 1097 del Código Civil aclara que no se juzgará renunciada la acción civil por no haber los ofendidos durante su vida intentado la acción criminal o por haber desistido de ella, ni se entenderá que renunciaron a la acción criminal por haber intentado la acción civil o por haber *desistido* de ella.

Pero si *renunciaron* a la acción civil o hicieron *convenios sobre el pago del daño*, se tendrá por renunciada la acción criminal. La renuncia debe ser expresa, puesto que el desistimiento de la acción civil por sí solo no implica para la ley una renuncia (véase *infra*, 13).

El pacto a que se refiere el artículo 1097 debe consistir en un arreglo sobre el pago de los daños causados por el delito (Cám. Crim. Capital, *Fallos*, t. I, págs. 16 y 396; t. VI, pág. 276; *L.L.*, t. 98, pág. 721, 4545 S.).

12 — MUERTE DEL INculpADO O DEL CONDENADO. La muerte del culpable produce una doble consecuencia:

a. Si la muerte se produce durante el proceso, la prioridad de la sentencia criminal sobre la civil, dispuesta por el artículo 1101 del Código Civil, desaparece como una consecuencia natural de la imposibilidad de condenación en el juicio criminal (arts. 1101, inc. 1º, Cód. Civ. y 59, inc. 1º, Cód. Pen.); véase *supra*, 8-.

b. La acción civil por las indemnizaciones emergentes del delito puede ser llevada contra los herederos del acusado o condenado, para hacerse efectivas sobre los bienes del acusado o condenado (arts. 1101, inc. 1º, Cód. Civ. y 70, Cód. Pen.).

13 — EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL. La acción civil por resarcimiento de los daños emergentes del delito, se extingue:

a. *Por la renuncia del damnificado* (art. 1110, Cód. Civ.). Debe tenerse en cuenta que si hay varios damnificados, las acciones son independientes; de modo que ni siquiera la renuncia del damnificado directo priva a los damnificados indirectos de la acción que a ellos les corresponde (BORDA, *Tratado de obligaciones*, T. II, nro. 1598). Cada cual renuncia a su acción.

b. *Por transacción* (art. 842, Cód. Civ.). Se entiende que lo único que puede ser objeto de transacción es la acción civil derivada del delito, pero no la acción penal (art. 842, cit.). Sin embargo, el artículo 1097 del Código Civil declara renunciada la acción criminal cuando se hicieren convenios sobre el pago del daño. ¿Cómo debe ser entendido este precepto? Privando al que pactó de perseguir como parte en el juicio criminal la condenación por el delito perseguible de oficio. Los efectos con respecto a la acción criminal son, en cambio, plenos cuando se trata de delitos sólo perseguibles a instancia de parte, en los que la renuncia del agraviado extingue la acción (art. 59, inc. 4º, Cód. Pen.).

c. *Por prescripción*, la que se opera a los dos años de cometido el hecho ilícito (art. 4037, Cód. Civ.).

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN

§ 1	EL DERECHO PENAL.....	13
	1. Denominaciones.....	13
	2. Contenido.....	13
	3. Naturaleza jurídica.....	14
	4. Derecho Penal subjetivo y objetivo.....	14
	5. Ramas del Derecho Penal objetivo.....	15
	6. Derecho de ejecución penal.....	15
	7. La llamada Enciclopedia Criminológica.....	16
§ 2	EL DERECHO PENAL SUSTANTIVO.....	21
	1. Definiciones.....	21
	2. Caracteres del Derecho Penal sustantivo.....	23
	3. Los destinatarios de las normas penales.....	26
	A. Los destinatarios en general: Estado, juez y pueblo.....	26
	B. Los incapaces.....	27
	4. El método jurídico.....	28
	5. Elementos.....	28
§ 3	RAMAS DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO.....	31
	1. Derecho Penal disciplinario.....	31
	2. Derecho Penal administrativo.....	32
	3. Derecho Penal militar.....	33
	4. Derecho Penal fiscal.....	35
§ 4	RESEÑA HISTÓRICA DEL DERECHO PENAL.....	39
	I. <i>Época primitiva</i>	39
	II. <i>Edad Antigua</i>	42

1. Derecho hebreo	42
2. Derecho Romano.....	43
III. <i>Edad Media</i>	45
1. Derecho germánico	45
2. Derecho canónico.....	46
3. Los glosadores y los prácticos	47
4. Derecho hispánico.....	48
IV. <i>Edad Moderna</i>	50
1. La recepción en Alemania. La Carolina y las Ordenanzas de Policía imperiales	50
2. El Humanismo.....	52
V. <i>Las escuelas penales</i>	54
1. La Escuela clásica	54
2. La Escuela positiva	55
3. El neopositivismo.....	58
4. Las escuelas intermedias	58
5. Escuela correccionalista.....	60
6. El tecnicismo jurídico. La dogmática	61
§ 5 SÍNTESIS DEL DESENVOLVIMIENTO LEGISLATIVO ARGENTINO	65
I. <i>Época de la Colonia</i>	65
II. <i>Época de la Independencia hasta el Proyecto de Tejedor</i>	66
III. <i>La codificación</i>	68
1. El Proyecto Tejedor.....	68
2. El Proyecto Villegas, Ugarriza y García	69
3. El Código de 1886.....	69
4. El Proyecto de 1891	70
5. El Proyecto de 1906	71
IV. <i>El Código de 1921</i>	71
V. <i>Proyectos de reforma</i>	73
1. Proyecto de 1937.....	73
2. Proyecto de 1941.....	73
3. El Proyecto de 1951	75
4. El Proyecto de 1960	75
5. El Proyecto de 1973	76
6. El Proyecto de 1974	76
7. El Proyecto de 1979	77
VI. <i>El Código vigente</i>	77

§ 6 LA RELACIÓN DELITO-PENA. EL <i>IUS PUNIENDI</i>	81
I. <i>Problemas que se plantean</i>	81
II. <i>El ius puniendi</i>	83
1. Naturaleza.....	83
2. Limitación	83
3. Negación y amplitud del <i>ius puniendi</i>	83
4. Conclusiones	84
§ 7 FUNDAMENTO Y ATRIBUCIÓN DEL DERECHO DE REPRIMIR	87
I. <i>Fundamentación</i>	87
1. Teorías retributivas	87
2. Teorías intimidatorias o de previsión.....	88
3. Teoría correccionalista	89
4. Teorías de defensa	90
II. <i>La represión, facultad del Estado</i>	91
1. Teorías contractualistas	91
2. Teorías organicistas	92
3. Teorías jurídicas	93
§ 8 LA RESPONSABILIDAD PENAL: DOCTRINAS	95
1. Imputabilidad moral	95
2. Responsabilidad social	96
3. Teorías intermedias	96
4. Doctrina de la peligrosidad	97

Parte Primera

TEORÍA DE LA LEY PENAL

§ 9 FUENTES DEL DERECHO PENAL.....	101
1. Terminología	101
2. Fuentes de producción	101
3. Limitación: Delitos de imprenta	102
4. Fuente de cognición: La ley.....	102
5. Caracteres de la ley penal.....	103
6. <i>Nullum crimen sine lege</i>	104
7. <i>Nulla poena sine lege</i>	105
8. Leyes penales en blanco.....	105
9. Los decretos-ley	106
10. La costumbre	107

11. La jurisprudencia.....	107
12. La doctrina.....	108
13. La parte general del Código y las leyes penales.....	108
§ 10 INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL.....	109
I. <i>Concepto</i>	109
1. Negación.....	109
2. Naturaleza de la operación.....	110
3. Debe reconocerse a la interpretación una función creadora.....	110
II. <i>Clases de interpretación</i>	111
III. <i>Reglas que rigen la interpretación</i>	114
IV. <i>El llamado concurso de leyes</i>	114
1. Noción.....	114
2. Lugar sistemático.....	115
3. Características.....	115
4. Relación de las figuras entre sí.....	116
5. El concurso aparente de leyes en la legislación.....	117
V. <i>Los llamados actos co-penados y el delito progresivo</i>	118
VI. <i>La analogía</i>	120
§ 11 VALIDEZ ESPACIAL DE LA LEY PENAL.....	123
I. <i>Concepto</i>	123
II. <i>Principios que determinan la validez espacial de la ley penal</i>	124
1. Principio de la territorialidad o territorial.....	124
2. Principio de la personalidad o de la nacionalidad.....	124
3. Principio real o de defensa.....	124
4. Principio de la justicia mundial o de la universalidad.....	124
III. <i>Principios contenidos en la ley argentina</i>	125
1. La extensión de tierra.....	126
2. El mar territorial.....	126
3. El subsuelo.....	126
4. Delitos cometidos en construcciones flotantes.....	126
5. El espacio aéreo.....	127
6. Delitos cometidos en aeronaves.....	128
7. Las sedes de las embajadas o legaciones.....	129
1. Concepto y fundamentación.....	130
2. La legislación argentina.....	130
IV. <i>Lugar del delito</i>	135
1. La doctrina de la iniciación del acto.....	135
2. La doctrina del resultado final.....	135

3. La teoría de la unidad o equivalencia	136
4. La legislación argentina	136
V. <i>Aplicación de la ley penal extranjera. Reconocimiento y eficacia de las sentencias dictadas en el extranjero</i>	137
VI. <i>Asilo</i>	138
§ 12 VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY PENAL	141
1. El principio general: irretroactividad de las leyes	141
2. Retroactividad y ultraactividad de la ley penal más benigna	142
3. El Código Penal argentino	143
4. Determinación de la ley más benigna	144
5. La ley intermedia	145
6. Las leyes interpretativas y de fe de erratas	145
7. Las medidas de seguridad y educativas	145
8. Norma más favorable. Ley no penal	146
9. Ley temporaria y excepcional	146
10. Los decretos-ley	147
11. Tiempo del delito	147
§ 13 APLICACIÓN DE LA LEY PENAL CON RESPECTO A CIERTAS PERSONAS Y A CIERTOS ACTOS	149
1. El principio general	149
2. Casos que deben distinguirse	150
3. Las opiniones parlamentarias	151
4. Los representantes extranjeros	152

Parte Segunda

EL DELITO

§ 14 DEFINICIÓN Y TEORÍA DEL DELITO	157
A. La definición del delito	157
I. <i>Las distintas definiciones</i>	157
II. <i>El delito como ente jurídico</i>	157
III. <i>El delito como fenómeno natural y como hecho social</i>	159
IV. <i>Las definiciones dogmáticas</i>	160
1. Significación	160
2. La definición de Von Liszt	161
3. La primera definición de Beling	161
4. La definición de Mayer	163

5. Segunda definición de Beling	165
6. Definición de Mezger	166
V. <i>La definición en el derecho argentino</i>	167
1. Definición adecuada	167
2. El delito es esencialmente acción	167
3. La tipicidad califica los demás elementos del delito	168
4. La amenaza de pena	171
5. Las condiciones de punibilidad	172
VI. <i>Los delitos políticos y conexos</i>	173
VII. <i>Las contravenciones</i>	174
VIII. <i>La acción atribuible</i>	174
B. La teoría del delito	176
1. Etapa científica	176
2. El positivismo	177
3. Etapa dogmática clásica	178
4. Etapa dogmática neoclásica	179
5. El finalismo	180
6. Balance	181
§ 15 SUJETO PASIVO Y OBJETOS DEL DELITO	185
I. <i>Sujeto pasivo del delito</i>	185
II. <i>Objetos del delito</i>	186

EL DELITO COMO ACCIÓN

§ 16 LA ACCIÓN	189
I. <i>Concepto</i>	189
1. La acción como substrato material del delito	189
2. Las distintas concepciones de la acción	189
3. Limitaciones que resultan de definir el delito como acción	199
4. La acción, en lo material, supone, al menos, una actitud corporal ..	200
5. La acción sólo es humana	200
II. <i>Elementos de la acción. Definición</i>	201
1. Contenido de voluntad	201
2. La acción y el resultado	201
3. Definición de la acción	202
III. <i>Modalidades de la acción</i>	203
1. En relación con la previsión legal	203
2. Tiempo de la acción	207

3. Problemas vinculados al tiempo de la acción	209
4. Por el resultado.....	211
§ 17 LA RELACIÓN CAUSAL (TEORÍAS).....	215
I. <i>Las teorías en la comisión</i>	215
1. Teoría de la equivalencia de las condiciones (<i>aequivalenz theorie</i>).....	215
2. Teoría de la causa eficaz.....	217
3. Teoría de la causalidad adecuada	217
4. Teoría de la relevancia de la acción	218
5. Teoría de Beling o de la causa típica.....	219
6. El criterio preferible	219
7. Las llamadas concausas	220
8. La verdadera “conurrencia causal”	221
II. <i>La causalidad en la omisión</i>	222
1. Teorías de la acción precedente.....	223
2. Teoría de la acción esperada	223
3. La posición de garante	223
4. Fuentes de la relación.....	224
§ 18 LA AUSENCIA DE ACCIÓN.....	227
1. Sistematización	227
2. Situaciones comprendidas.....	227
3. La fuerza física irresistible.....	227
4. El uso de medios hipnóticos o narcóticos.....	228
5. Los movimientos reflejos.....	228
6. Los estados fisiológicos que impiden o anulan la capacidad de movimiento del individuo	229
7. Los estados de inconsciencia	229
8. Los procesos regulados por la parte del sistema nervioso que rige la vida vegetativa	229
9. Cumplimiento de una orden jerárquica.....	229
10. Fundamentación legal	230
11. Importancia de la distinción.....	230

**EL DELITO COMO ACCIÓN CONFORME
A LA PREVISIÓN LEGAL DE UNA CONDUCTA**

§ 19 LA TIPICIDAD	233
I. <i>Concepto y función</i>	233
1. Concepto	233
2. Función de la tipicidad.....	234

II. <i>La tipicidad como función de garantía</i>	234
III. <i>Relaciones de la tipicidad con los demás elementos del delito</i>	235
1. Tipicidad y acción.....	236
2. Tipicidad y culpabilidad.....	236
3. Tipicidad y antijuridicidad.....	238
IV. <i>Los tipos penales</i>	239
1. Función.....	240
2. Los elementos del tipo. Clasificación.....	240
3. Clasificación de los tipos penales.....	243
V. <i>La ausencia de tipicidad</i>	245
1. La ausencia de tipicidad es ausencia de delito.....	245
2. El consentimiento del interesado como excluyente del tipo.....	246

EL DELITO COMO ACCIÓN CONTRARIA AL DERECHO

§ 20 LA ANTIJURIDICIDAD.....	253
1. El delito es acción antijurídica.....	253
2. Antijuridicidad e injusto.....	253
3. Lo contrario a la ley y lo contrario a la norma.....	255
4. Las normas de cultura.....	255
5. Antijuridicidad formal y material.....	256
6. Antijuridicidad material o sustancial.....	257
§ 21 LA JUSTIFICACIÓN.....	259
1. Naturaleza y efectos.....	259
2. Diferencias con otras causas de exención de pena.....	260
3. El sistema de regla-excepción.....	261
4. Principios.....	261
5. Fundamentos de la justificación.....	262
6. La llamada justificación supralegal.....	263
7. El consentimiento del interesado.....	266
8. Las justificaciones específicas.....	266
9. El exceso.....	267
§ 22 LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN PARTICULAR.....	271
I. <i>El cumplimiento de la ley</i>	271
II. <i>El ejercicio legítimo de un derecho</i>	273
III. <i>La defensa legítima</i>	280
1. Concepto y fundamentación.....	280
2. Bienes defendibles.....	281

3. Requisitos	283
4. Agresión ilegítima	283
5. Necesidad racional del medio empleado	287
6. Falta de provocación suficiente.....	290
7. La defensa de terceros	293
8. La presunción legal de defensa legítima	294
IV. <i>El estado de necesidad</i>	297
1. Concepto	297
2. Diferencias con otras eximentes de pena	298
3. Requisitos	299
4. Mal inminente	300
5. Imposibilidad de evitar el mal por otros medios; ánimo de defensa	301
6. Mal menor	302
7. Que el autor sea extraño al mal mayor.....	303
8. El que obra no debe estar jurídicamente obligado a soportar el riesgo.	304
V. <i>El exceso en las distintas justificantes</i>	305
§ 23 EL DELITO COMO ACCIÓN CULPABLE	307
I. <i>Naturaleza y función de la culpabilidad</i>	307
1. Responsabilidad y culpabilidad	307
2. No hay pena sin culpabilidad	307
3. Imputabilidad y culpabilidad	308
4. Noción genérica de la culpabilidad.....	309
5. Naturaleza y alcances	309
6. Límite de la culpabilidad: el caso fortuito	310
II. <i>La culpabilidad en la teoría del delito</i>	311
1. Relaciones entre culpabilidad y tipicidad	311
2. Relaciones entre culpabilidad y antijuridicidad	312
III. <i>La culpabilidad en particular</i>	312
1. No hay pena sin culpa	312
2. Modos de concebir la culpabilidad	313
3. Análisis crítico.....	315
4. La culpabilidad como medida de la pena.....	317
5. Función de la imputabilidad.....	317
§ 24 FORMAS O ESPECIES DE LA CULPABILIDAD	319
I. <i>El dolo</i>	319
1. Concepto	319
2. Doctrinas	320
3. Elementos del dolo	322

4. La comprensión de la criminalidad del acto	323
5. El conocimiento de la relación causal.....	324
6. Concurrencia del dolo con la acción.....	325
7. Clases de dolo	326
8. Definición del dolo. Contenido.....	328
9. El dolo en la tentativa.....	331
II. <i>La culpa</i>	331
1. Noción.....	331
2. Teorías sobre la naturaleza de la culpa.....	331
3. Fundamentación de la responsabilidad por culpa.....	333
4. La negligencia y la imprudencia.....	335
5. Impericia en su arte o profesión.....	336
6. Inobservancia de los reglamentos, ordenanzas o deberes del cargo	337
7. La relación causal.....	338
8. Clases de culpa.....	339
9. Sistemas legislativos	340
10. Estructura del tipo culposo en el finalismo.....	340
III. <i>La preterintención</i>	342
1. Concepto	342
2. El elemento subjetivo.....	343
3. El criterio más aceptable	343
4. Relación causal y culpabilidad preterintencional	344
5. Aspectos subjetivo y objetivo	345
§ 25 CAUSAS QUE ELIMINAN O MODIFICAN LA CULPABILIDAD.....	349
I. <i>El error</i>	349
1. Función de las causas de inculpabilidad.....	349
2. El error y la ignorancia como causas de inculpabilidad	349
3. Error de hecho y error de Derecho.....	350
4. El error de Derecho	351
5. Error de tipo y error sobre la prohibición	353
6. La teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad.....	356
7. Error esencial y accidental	356
8. Otras formas de error que producen efectos jurídicos.....	357
9. Error culpable e inculpable	358
10. El error excluyente de toda culpabilidad	358
11. Las eximentes putativas	359

II. <i>La amenaza de sufrir un mal grave e inminente</i>	360
A. La coacción.....	361
1. Concepto	361
2. Coacción y fuerza física irresistible.....	361
3. Coacción y estado de necesidad.....	361
4. Requisitos de la coacción	361
5. Efectos de la coacción.....	363
B. La amenaza de un mal grave e inminente.....	363
1. Concepto	363
2. Diferencia con el estado de necesidad	363
3. Requisitos	364
III. <i>La ebriedad</i>	364
1. Naturaleza jurídica	364
2. La ebriedad en doctrina.....	365
3. Consecuencias jurídicas	365
4. El Código argentino	366
5. La jurisprudencia.....	367
IV. <i>El cumplimiento de una orden jerárquica</i>	368
1. Naturaleza jurídica	368
2. Límites del problema	370
3. La obediencia debida y el error.....	372
4. La obediencia debida y la coacción	372
§ 26 FIGURAS ACCESORIAS O AMPLIADAS	373
§ 27 LA TENTATIVA	377
I. <i>La tentativa</i>	377
1. Definición.....	377
2. El <i>iter criminis</i>	378
3. La acción de tentativa.....	378
4. Actos preparatorios y de ejecución	380
5. Actos de ejecución y de consumación	384
6. La idoneidad.....	385
7. Tentativa y frustración.....	386
8. La acción de tentativa es una acción dolosa	386
9. La punición de la tentativa	387
10. Criterio seguido por el Código argentino	388
11. Reducción de pena para la tentativa.....	389

II.	<i>La tentativa inidónea. El delito imposible</i>	390
1.	Concepto	390
2.	El delito imposible	391
3.	El criterio del Código argentino	391
4.	El llamado delito putativo	393
5.	Fundamento de la punición de la tentativa inidónea	393
6.	El agente provocador y el delito experimental	395
7.	Grados de la inidoneidad	396
8.	La penalidad de la tentativa inidónea	398
III.	<i>El desistimiento voluntario de la consumación</i>	398
1.	Concepto	398
2.	Naturaleza jurídica y alcances	399
3.	El carácter de voluntario	399
4.	Oportunidad del desistimiento	400
§ 28	LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL (<i>Autores y partícipes</i>)	403
I.	<i>Naturaleza y contenido</i>	403
1.	Concepto	403
2.	Hipótesis excluidas	404
3.	Participación en las formas excluidas	406
4.	Excepción: Delitos cometidos por la imprenta	407
5.	Participación en los delitos de omisión	407
6.	Participación en delitos culposos y participación culposa	408
7.	Participación en delitos preterintencionales	410
II.	<i>Principios comunes a todas las formas de participación</i>	411
1.	Identidad del hecho	411
2.	La accesoriedad	411
3.	Concurrencia al hecho común	418
III.	<i>La instigación</i>	421
1.	Definición	421
2.	El aspecto causal	422
3.	La penalidad	422
A.	La acción del instigador	422
B.	La acción del instigado	427
IV.	<i>La complicidad</i>	430
1.	Concepto	430
2.	Distinciones	430
3.	Distinción del Código Penal argentino: cómplices necesarios y no necesarios	431

A. Cómplices primarios (necesarios).....	431
B. Cómplices secundarios (no necesarios).....	433
4. Culpabilidad y pena individual.....	436
§ 29 UNIDAD Y PLURALIDAD DE HECHOS Y DE DELITOS.....	439
I. <i>Planteo y extensión del problema</i>	439
1. El problema.....	439
2. Principios.....	440
3. Sistemas para determinar la penalidad.....	441
II. <i>El concurso ideal o formal</i>	443
1. Concepto.....	443
2. Diferenciación de otros institutos jurídico-penales.....	443
3. Tesis de la unidad y tesis de la pluralidad de delitos.....	444
4. El concurso ideal en el Código Penal argentino.....	445
5. La penalidad.....	447
6. La jurisprudencia.....	448
III. <i>El delito continuado</i>	449
1. Noción.....	449
2. Origen histórico.....	450
3. Diferencias con otras formas delictuosas semejantes.....	450
4. Ficción o realidad.....	452
5. La doctrina subjetiva clásica.....	453
6. La doctrina objetiva.....	455
7. La doctrina subjetivo-objetiva.....	455
8. La ley argentina: La tesis de los hechos no independientes.....	456
9. Las denominaciones continuado y continuo.....	457
10. Los elementos esenciales.....	458
11. La jurisprudencia.....	462
IV. <i>El concurso real y la unificación de penas</i>	463
1. Concepto y contenido.....	463
2. Significado de la regulación del concurso real en la parte general.....	464
3. Soluciones legales según la especie de pena fijada a los hechos concurrentes.....	465
4. La jurisprudencia.....	468
5. La unificación de penas.....	469

Parte Tercera

EL AUTOR. EL DELINCUENTE

§ 30	EL AUTOR	475
	1. Contenido	475
	2. La responsabilidad penal de las personas colectivas	477
	3. La responsabilidad penal de las multitudes y de los individuos que actúan en ellas	479
	4. Las asociaciones para delinquir	480
§ 31	LA IMPUTABILIDAD	483
	1. El problema de la responsabilidad penal	483
	2. Naturaleza y función de la imputabilidad	483
	3. Momento de apreciación	485
	4. Inimputabilidad legal. Criterios de apreciación	486
	5. Insuficiencia y alteración de las facultades	487
	6. La imputabilidad disminuida	489
	7. Estados que impiden dirigir las acciones	491
	8. Los estados de inconsciencia	491
	9. Efectos de la declaración de inimputabilidad	493
§ 32	LOS MENORES	495
	I. <i>Criterios con que ha sido encarada la delincuencia de menores</i>	495
	1. Imputabilidad o inimputabilidad	495
	2. Criterios más modernos	495
	3. Características de un tribunal de menores	496
	II. <i>La legislación argentina</i>	498
	1. Las disposiciones derogadas del Código	498
	2. La ley 10.903. Menores víctimas de delitos	499
	3. La ley 22.278	499
§ 33	LA PELIGROSIDAD (<i>El estado peligroso</i>)	505
	1. Origen y evolución del concepto	505
	2. El juicio de peligrosidad	507
	3. Función que ha querido asignarse a la peligrosidad	507
	4. Función de la peligrosidad en el derecho argentino	509

§ 34	LOS REINCIDENTES Y LOS HABITUALES	513
I.	<i>Los reincidentes</i>	513
	1. Concepto	513
	2. Significado que se asigna a la condición de reincidente.....	513
	3. Reincidencia y culpabilidad.....	515
	4. Clases de reincidencia.....	516
	5. Requisitos del Código Penal argentino.....	517
	6. La prescripción de las condenas a los efectos de la reincidencia....	520
	7. Efectos de la reincidencia.....	521
II.	<i>Caducidad registral. El artículo 51 del Código Penal</i>	522
III.	<i>Los habituales</i>	531

Parte Cuarta

LA REACCIÓN PENAL

PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

§ 35	NOCIONES GENERALES.....	537
I.	<i>La pena</i>	537
	1. Concepto de la pena	537
	2. Naturaleza y función de la pena.....	538
	3. La pena en sí y sus fines.....	541
	4. Medios adecuados para la realización de los fines asociados al De- recho Penal contemporáneo	541
II.	<i>Las medidas de seguridad</i>	542
	1. Naturaleza y fundamentación	542
	2. Relación con las penas. Asimilación o distinción.....	543
	3. Remisión	544
§ 36	EL SISTEMA Y LA INDIVIDUALIZACIÓN PENAL	545
	1. Unidad y pluralidad de penas.....	545
	2. Penas alternativas y paralelas.....	546
	3. Penas principales, conjuntas y accesorias.....	546
	4. Penas rígidas y elásticas.....	548
	5. Aspectos de la individualización penal.....	548
	6. Medios legales adecuados para la individualización	550
	7. El perdón judicial	551

8. La individualización de la pena en el derecho argentino.....	553
9. Cómputo de la prisión preventiva.....	555

DE LAS PENAS EN PARTICULAR

§ 37 LA PENA DE MUERTE Y LAS PENAS CORPORALES.....	557
I. <i>La pena de muerte</i>	557
1. Generalidades.....	557
2. Abolición en la legislación argentina para los autores de delitos políticos (1853) y comunes (1921).....	558
II. <i>Las penas corporales</i>	561
1. Naturaleza.....	561
2. Abolición en la legislación argentina.....	562
§ 38 LAS PENAS QUE AFECTAN A LA LIBERTAD.....	563
I. <i>Naturaleza y concepto</i>	563
1. Concepto.....	563
2. Sus diferencias en el Derecho Penal antiguo y moderno.....	564
3. Las penas privativas de libertad en el Código.....	565
4. Sistemas penitenciarios.....	569
II. <i>El régimen carcelario</i>	573
1. Concepto.....	573
2. El trabajo carcelario.....	573
3. Sistemas.....	574
4. Indemnización de accidentes.....	575
5. Destino de la remuneración.....	576
6. El peculio.....	577
7. Principales disposiciones de la ley de ejecución de penas privativas de la libertad.....	578
III. <i>La libertad condicional</i>	581
1. Concepto.....	581
2. Carácter y naturaleza jurídica.....	581
3. La libertad condicional en el Código argentino.....	582
4. Requisitos para obtener la libertad condicional.....	583
5. Condiciones a las que se subordina la libertad condicional.....	586
6. Consecuencias de la violación de las condiciones compromisorias.....	587
7. Libertad condicional de quienes cumplen reclusión por tiempo indeterminado.....	588
8. Situación jurídica del liberado condicionalmente.....	589

§ 39	LA PENA DE MULTA	591
	1. Naturaleza y objeciones	591
	2. Sistemas propuestos para su fijación	593
	3. La multa en el Código	593
	4. Conversión de la multa en prisión	594
	5. La multa como agravante genérica en caso de ánimo de lucro	596
§ 40	LA INHABILITACIÓN	597
	1. Concepto	597
	2. Clases de inhabilitación.....	598
	3. La inhabilitación como pena única, conjunta o accesoria	600
	4. La inhabilitación especial como pena genérica	601
	5. Improcedencia de suspender condicionalmente la inhabilitación ...	604
	6. La rehabilitación del inhabilitado	604
§ 41	LA CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL Y LA SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA.....	609
	1. Introducción	609
	2. Sistemas.....	609
A.	La condena de ejecución condicional	611
	1. Naturaleza y finalidad	611
	2. La condena de ejecución condicional en el Código.....	612
	3. Condiciones para concederla	614
	4. Cumplimiento de reglas de conducta.....	616
	5. Revocación del beneficio	617
	6. Efectos de la condenación condicional	618
B.	La suspensión del juicio a prueba	618
	1. Introducción	618
	2. Naturaleza y finalidad	619
	3. La suspensión del juicio a prueba en el Código.....	619
	4. Condiciones para concederla	621
	5. Cumplimiento de reglas de conducta.....	624
	6. Efectos de la suspensión del juicio a prueba.....	624
§ 42	LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.....	627
I.	<i>Naturaleza y especies</i>	627
	1. Función.....	627
	2. Clasificación.....	627
II.	<i>Medidas de seguridad curativas</i>	628
	1. El artículo 34, inciso 1º, del Código	628
III.	<i>Medidas de seguridad para imputables (art. 52)</i>	632

1. La reclusión de los habituales	632
2. Reformas introducidas en los artículos 52 y 53 del Código Penal ..	633
IV. <i>Medidas de seguridad educativas</i>	635
1. La ley de estupefacientes	635
2. Contenido	635
§ 43 CAUSAS QUE IMPIDEN LA APLICACIÓN DE LA PENA	637
I. <i>Las excusas absolutorias</i>	637
1. Función.....	637
2. Sistema legislativo	638
II. <i>Causas de extinción de la pena</i>	639
1. La prescripción.....	639
2. El indulto	641
3. La muerte del condenado	643
4. El perdón de la parte ofendida	643
§ 44 EJERCICIO Y EXTINCIÓN DE LAS ACCIONES	645
I. <i>Ejercicio de las acciones</i>	645
1. La previsión legal	645
2. La acción pública	645
3. La acción privada	646
4. La acción dependiente de instancia privada.....	648
II. <i>Extinción de las acciones</i>	650
1. Enumeración y concepto	650
2. La muerte del imputado	650
3. La amnistía	651
4. La prescripción	651
5. La renuncia del agraviado en los delitos de acción privada	655
6. Extinción de la pena de multa	656
§ 45 LA ACCIÓN CIVIL.....	657
1. Naturaleza y fundamentación	657
2. Formas de reparación	658
3. Contenido	659
4. El ejercicio de la acción civil	659
5. Las palabras “podrá ordenar”	660
6. Quiénes pueden reclamar los daños	661
7. Contra quiénes puede intentarse la acción de daños	662
8. Relación de prioridad	663
9. Influencia de la sentencia penal sobre la civil	664
10. Solidaridad y preferencia	664

ÍNDICE GENERAL

685

11. Efectos de la renuncia a la acción civil y del pacto sobre el pago de los daños	665
12. Muerte del inculgado o del condenado	666
13. Extinción de la acción civil	666