

## Las controversias del Derecho Penal

*Por Mariano Cúneo Libarona (h.)*

### Introducción

Cuando nos propusieron examinar este tema, aceptamos de inmediato debido a que sin duda se trata de una problemática de sumo interés sobre la que los penalistas venimos reflexionando hace tiempo. Naturalmente, siempre nos interesó verificar dónde se encuentra el derecho penal, en qué lugar de la evolución de la civilización y del hombre, hacia dónde se dirige, si brinda respuestas socialmente adecuadas y, en especial, centramos nuestro análisis en determinar la relación -muchas veces tensa, en otras traumáticas-, entre el Estado, sus agencias u operadores y el derecho penal y entre el poder y el hombre.

Al respecto puede abordarse el tema sometido estudio desde dos aspectos diferentes:

1) el estado actual en que se encuentra la dogmática penal, la teoría del delito y los problemas y discusiones que se presentan; lo cual examinaremos en el primer capítulo, y

2) la compleja situación que atraviesa el derecho penal en general -tanto en el mundo y, en especial, en Latinoamérica como en nuestro país la

República Argentina-, como un modelo de control social sea que tutele bienes jurídicos o expectativas atinentes a la vigencia de la norma. Este es el tema que veremos con mayor detenimiento y que, en el segundo capítulo, denominamos: “La Crisis del Derecho Penal”.

## **I. PRIMER PARTE**

### **El derecho penal, la dogmática y la teoría del delito del comienzo de siglo**

#### **1. La dogmática penal**

Todos aceptamos que **la dogmática jurídico-penal** contribuye a la seguridad jurídica por cuanto le impone límites al poder punitivo y define conceptos, establece una aplicación segura, previsible y “calculable” del derecho penal, lo sustrae de la irracionalidad, de la arbitrariedad y de la improvisación. La dogmática es sistematización del delito.

Debe garantizar la aplicación de las normas constitucionales asegurando el imperio de la ley fundamental, brindando seguridad y certezas e imponiendo límites al poder sancionatorio del Estado. La dogmática está para realizar el ideal de justicia.

Cuanto menos desarrollada esté la dogmática, más insegura e imprevisible será la decisión de los tribunales y más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución de una persona<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, *Estudios de derecho penal*, 3ra. edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pág. 158 y Jaén Vallejo, Manuel, *Los puntos de partida de la dogmática penal*, ADPCP, fasc. 5, 1995, pág. 57 y sigtes.

De esta manera, la seguridad jurídica necesita de la integración de diversos conceptos jurídico-penales en un sistema (Kant), característica de los estudios dogmáticos<sup>2</sup>.

La dogmática penal es una ciencia práctica que tiene la finalidad de servir a la realización racional de una determinada actividad del Estado regulada institucionalmente por el principio según el cual el órgano que aplica la ley no es competente para crearla. De esta manera, se le reconoce la función de determinar específicamente la base legal con la que es posible resolver legítimamente un caso concreto juzgado ante los tribunales<sup>3</sup>.

## **2. La teoría del delito**

Por su parte, **el sistema de la teoría del delito** es un instrumento dogmático conceptual que tiene el propósito de asegurar la vigencia de las garantías y principios fundamentales y de permitir una aplicación racional de la ley al caso en análisis. A través de ella se establece un orden para el planteamiento y la resolución que implica la aplicación de la ley penal, valiéndose de un método analítico. Consecuentemente, la teoría del delito es parte de la Constitución Nacional misma, sirve de respaldo al Código Penal, representa los derechos humanos esenciales y los principios más trascendentes que constituyen un valladar contra todas las arbitrariedades y es una guía de procedimiento y actuación para los legisladores, jueces y fiscales y abogados.

---

<sup>2</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, pág. 43.

<sup>3</sup> Bacigalupo, Enrique, *Delito y punibilidad*, Ed. Civitas, Madrid, 1983, pág. 17.

### 3. Situación actual

Veamos, pues, qué ocurre en nuestros días con la dogmática penal y la teoría del delito.

Pues bien, desde mi óptica, el primer dilema que se presenta es el siguiente: luego de la etapa inicial en la **Argentina**, con influencia en distintos países de Latinoamérica, del sistema dogmático penal alemán que impuso Don Luis Jiménez de Asúa, de la disputa entre el causalismo (Franz Von Liszt, Ernst von Beling, Karl Binding, entre otros), el neocausalismo o sistema neoclásico (Edmund Mezger), el finalismo (Hans Welzel) y el funcionalismo (Claus Roxin, Günther Jakobs y otros), hoy existe una **nueva dogmática penal** que vincula sus conceptos con la función social del derecho penal entendida como un análisis sistémico del delito y de la pena desde la perspectiva de la prevención general positiva o prevención de integración en una determinada sociedad.

Esta última fase ha conducido a una fuerte normativización de las nociones fundamentales del derecho penal (concepción normativa de la teoría del delito), que contrasta con las preocupaciones metodológicas vigentes, en especial, del finalismo<sup>4</sup>.

#### 3.1. La teoría de la imputación objetiva

---

<sup>4</sup> Por ello se considera que el rol trascendental que tuvo el pensamiento de Hans Welzel en el mundo entre los años 1930-1960 y en nuestro ámbito entre 1980-2000 aproximadamente, fue superado y, en verdad, hoy ha quedado como saldo de su obra una relevante modificación sistemática, pero muchas de sus teorías e ideas actualmente han sido superadas, otras directamente no fueron aceptadas (la adecuación social por ejemplo).

**La teoría de la imputación objetiva** es probablemente la mejor evidencia de la orientación del pensamiento jurídico penal de los últimos años y, para algunos, representa el fundamento de la propia teoría del ilícito.

El término ‘imputación’ es uno de los más representativos del lenguaje en que se expresa la actual teoría jurídica del delito. Por ejemplo, en la doctrina penal alemana, autores que presentan una orientación tan distinta como Claus Roxin, Günther Jakobs<sup>5</sup> o Joachim Hruschka examinaron este tema en el centro de sus obras<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Jakobs, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la Imputación*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

<sup>6</sup> Aparte de haber sido Claus Roxin el principal promotor de la teoría de la imputación objetiva desde hace más de cincuenta años (desde 1970 con su trabajo presentado en el libro homenaje de Honig), tanto la acción, como la parte objetiva del tipo y su parte subjetiva, se conciben en su tratado desde la óptica de la imputación (cfr. *Derecho Penal. Parte general*, t. I, traducción y notas de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo, y De Vicente Remesal, 1997, pág. 7, 265, 342 y sigtes., 412 y sigtes. y su trabajo *La problemática de la imputación objetiva* en Cuadernos de Política Criminal, 1989, págs. 749/69). Günther Jakobs subtítulo su *Derecho Penal. Parte General* (traducción de Cuello Contreras y González de Murillo, 1995, *Fundamentos y teoría de la imputación*). Joachim Hruschka, catedrático de derecho penal y filosofía del derecho de la Universidad de Erlangen –Nürnberg-, que ya en 1976 publicó en Berlín su libro *Strukturen der Zurechnung* puede verse en español: *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, traducción del profesor de la Universidad de Barcelona Baldo Lavilla, en ADPCP 1994, pág. 344 y sigtes. e *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la Teoría de la Imputación*, edición a cargo de Pablo Sánchez Ortiz, Ed. Thomson/Aranzadi, de la cátedra Garrigues de la Universidad de Navarra, que reúne distintos trabajos del profesor Hruschka publicados en su lengua entre 1980 y 2004, que nos permiten reconstruir su opinión. Recientemente, se puede compulsar *Repensar el derecho penal. Reflexiones a propósito del libro sobre Derecho Criminal* de George P. Fletcher. Entre otros autores alemanes cabe destacar, por la importancia central que otorgan al concepto de imputación, a Joachim Rudolphi (ya desde la primera edición del *Systematischer Kommentar zum StGB*, antes del § 1; en español puede verse el trabajo de este autor *El fin del derecho penal del estado y las formas de imputación jurídico-penal*, en el libro presentado, traducido y anotado por Jesús María Silva Sánchez y coordinado por Bernd Schünemann, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales* en 1991), Jürgen Wolter (su primera y fundamental obra fue *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten*, 1981; en español ver su trabajo *Imputación objetiva y personal a título de injusto*, en el libro traducido por Silva Sánchez), Wolfgang Frisch (catedrático de derecho penal de la Universidad de Freiburg (Alemania), especialmente en su obra *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1989; en español ver su libro *Tipo penal e imputación objetiva*, Ed. Colex, Madrid, bajo la dirección de Enrique Bacigalupo, reúne varios trabajos traducidos por Cancio Meliá, De la Gándara, Jaén Vallejo y Yesid Reyes Alvarado, 1995) y su trabajo con Ricardo Robles Planas, investigador de la Universidad de Pompeu Fabra, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en derecho penal*, Ed. Atelier, Madrid, 2004 y Achenbach, que ha destacado la conveniencia de sustituir el término ‘culpabilidad’ como categoría del delito por la expresión ‘imputación individual’ (lo sostuvo ya en su obra primera y básica, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974); en español ver su trabajo *Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad*, en el libro coordinado por Bernd Schünemann y traducido por Jesús María Silva Sánchez, pág. 134 y sigtes. y no podemos olvidar a Eberhard Struensee en *Atribución objetiva e*

Hoy no se trata sólo de complementar y corregir la causalidad (la causalidad siempre es necesaria pero no es suficiente) y de verificar cómo se establece la relación entre la acción y el resultado (por lo tanto de una visión crítica de los delitos de resultado de lesión o de una concepción monista del injusto basado exclusivamente en el desvalor subjetivo de la acción) sino de la imputación de la totalidad de lo sucedido, en toda clase de delitos, a partir de criterios jurídicos normativos e institutos correctivos como el riesgo permitido, la prohibición de regreso, el principio de confianza y la competencia de la víctima que, en su expresión más amplia, se emplean tanto para delitos dolosos e imprudentes como para comisivos u omisivos.

---

*Imprudencia*, por ejemplo, en Cuadernos de Política Criminal N° 44, 1991, págs. 449/58. Es notorio que el concepto de imputación también se ha ido extendiendo en la doctrina española y latino-americana. Aparte de la importancia especial que corresponde en este punto a Enrique Gimbernat Ordeig, se destacan los trabajos de Martínez Escamilla, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Ed. Edersa, Madrid, 1992; de Cuesta Aguado, Paz, *Tipicidad e imputación objetiva*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996; Feijóo, Bernardo, *Resultado lesivo e imputación objetiva*, Ed. Bosch, Barcelona, 2001, las obras de Bacigalupo, Enrique; Cancio Meliá, Manuel, como ser *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, *La imputación objetiva en derecho penal*, *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, *La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva*, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal*. *Estudios sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Ed. Bosch, Barcelona, 1998, su obra junto a Ferrante, Marcelo y Sancinetti, Marcelo A., *Estudios sobre la imputación objetiva*, Ed Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998 y su trabajo *Un nuevo sistema de derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva de Günther Jakobs*, elaborado junto a Peñaranda Ramos, Enrique y el profesor de la Universidad vasca Carlos González Suárez, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999 y del profesor colombiano, Reyes Alvarado, Yesid, *Imputación objetiva*, Ed. Temis, Bogotá, 1994 y los distintos trabajos de Marcelo A. Sancinetti, Edgardo Donna, Maximiliano A. Rusconi, Héctor Mario Magariños, Mario Villar, entre tantos otros que abordan el tema con excelencia, inclusive, en los cursos de posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Sobre la recepción de la teoría de la imputación objetiva por la jurisprudencia española a partir de la STS de 20 de mayo 1981 cfr., Luzón Peña, Diego Manuel, *Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto*, Ed. Actualidad Jurídica, 1981, pág. 78 y sigtes., y en el mismo sentido, *Derecho penal de la Circulación*, 2da. edición, 1990, pág. 31 y sigtes. (en este libro Luzón Peña incluye otros trabajos que reflejan su posición sobre la teoría de la imputación objetiva: así, veáse pág. 81 y sigtes. y 105 y sigtes.).

Por ello la imputación de una acción y, evidentemente, toda la tipicidad, debe ser abarcada actualmente por la teoría de imputación objetiva<sup>7</sup>. Este criterio en general lo aceptan nuestra doctrina penal y los tribunales, aunque con diferentes alcances e interpretaciones.

Empero, frente a ello, aún existen fuertes críticas, especialmente en la doctrina italiana, española (como Tomás Salvador Vives Antón, Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo)<sup>8</sup> e inclusive de diferentes autores alemanes<sup>9</sup> como Hans Joachim Hirsch, quien hasta sus últimos días fue el custodio más importante de la herencia de Hans Welzel, o Armin Kaufmann<sup>10</sup>, entre otros y, por supuesto, argentinos como Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Cfr., sobre estos lineamientos, Bacigalupo, Enrique, en el prólogo al libro *Líneas básicas de la teoría de la Imputación Objetiva* de Manuel Cancio Meliá, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2004.

<sup>8</sup> Tomás Salvador Vives Antón entiende que cada conducta típica tiene sus exigencias particulares y es irreducible a un género común de conducta típica (*Fundamentos del Sistema Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Madrid, 1996, págs. 305/9).

<sup>9</sup> Joachim Hruschka, a quien Karl Larenz dedicará su *Metodología de la Ciencia del Derecho*, nos brinda un punto de vista diverso del convencional y considera que tanto la teoría del comportamiento típico como la doctrina sobre el nexo entre conducta y resultado deben excluirse del ámbito de las reglas de imputación, desde que ambas son propias de las reglas de conducta. (Véase *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, en Luzón Peña y Mir Puig, *Causas de Justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 171 y sigtes.). Según su opinión “la imputación” no guarda relación con la “imputación objetiva”, sino que se relaciona exclusivamente con la posibilidad de atribuir un hecho a un sujeto como obra suya en su condición de “causa libre”. Adopta una perspectiva moral sobre la atribución de responsabilidad distante del naturalismo y del modelo finalista y cercana a la tradición del iusnaturalismo racionalista que imperó en los siglos XVII y XVIII. Wolfgang Frisch, por su parte, concibe la teoría del comportamiento típico que distingue entre el juicio objetivo y normativo de desaprobación de la conducta, por un lado, y la imputación del resultado a la conducta desaprobada, por el otro. Sólo en este segundo escalón, sostiene, puede hablarse de imputación objetiva en sentido estricto. El primero, se reserva a la teoría de la conducta típica –desaprobada por desbordar el espacio de la libertad jurídicamente garantizada–, y emerge como una construcción separada de toda consideración sobre imputación objetiva. A su marco de influencia se incorporan los conceptos de adecuación social de Hans Welzel y el riesgo permitido. Cfr. sus obras *Tipo penal e imputación objetiva*, Ed. Colex, Madrid, 1995 y *Comportamiento típico e imputación de resultado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2004, traducido por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, y *Desvalorar e Imputar. Sobre la Imputación Objetiva en Derecho Penal*, escrito junto a Ricardo Robles Planas, ob. cit.

<sup>10</sup> Armin Kaufmann, considera que la teoría de la imputación objetiva “lleva sellado en la frente” el delito imprudente, pero en realidad viene a ocupar el espacio correspondiente al dolo –ver su obra *El delito culposos*, trad. de Moisés Moreno H., Nuevo Pensamiento Penal, Buenos Aires, 1976, pág. 468.



### **3.2. Diferentes dilemas. Temas controvertidos.**

Sin perjuicio de ello, en la actualidad, el derecho penal presenta **diferentes controversias** (dilemas y discusiones) en distintos ámbitos:

En el campo dogmático existe un fuerte debate en punto a cuáles son los principios de la imputación dolosa y culposa sin responsabilidad objetiva<sup>12</sup>, dolo y culpa, en especial, en orden al concepto mismo del dolo, sus elementos (conocimiento y voluntad), el límite preciso entre el peligroso dolo eventual<sup>13</sup> y la culpa

---

<sup>11</sup> Para Eugenio Raúl Zaffaroni los casos que se pretenden resolver con esta teoría son sólo problemas de “tipicidad conglobante”. Inclusive considera que los supuestos de riesgo excluido son hipótesis de atipicidad por inadecuación social del medio. Recordemos que Zaffaroni distingue entre tipicidad legal, conformada por la tipicidad objetiva y subjetiva de la conducta, y tipicidad conglobante. Por lo tanto, los supuestos de riesgo excluido, como se dijo, constituyen casos de atipicidad o “extratipicidad”. Además, entiende que con la teoría de la imputación objetiva se está considerando en el nivel del aspecto objetivo del tipo, una cuestión que es meramente normativa y que nada tiene que hacer con la causalidad ni con su relevancia típica. Afirma, entonces, que “Roxin está planteando en el tipo objetivo el problema de la antinormatividad de la conducta” y añade que “para Roxin es un problema de tipicidad objetiva. Para nosotros de tipicidad conglobante, que debe resolverse una vez comprobada la tipicidad legal”. Por ello considera que “la circunstancia de que una conducta descrita en un tipo legal y adecuada al mismo esté o no efectivamente prohibida, es un problema de alcance de la norma interpretada dentro del total contexto del orden normativo (conglobada), y que nada tiene que ver con la tipicidad legal objetiva”. Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. III, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1981, pág. 280 y Magariños, Héctor Mario, *Teoría de la Imputación Objetiva*, Doctrina Penal, año 12; 1989, pág. 665.

<sup>12</sup> Con respecto del principio de culpabilidad (con y sin imputación por el rol o por el cargo) ver Cúneo Libarona, Mariano, *Garantías Constitucionales en un Estado de Derecho*, La Ley, Buenos Aires, 2012, págs. 141 y ss.

<sup>13</sup> 1. Desde las fórmulas de Frank se han enarbolado las teorías de la aprobación, de la indiferencia, de la probabilidad, del riesgo (Frisch), asentimiento y mucho más.

2. Cfr. en Alemania, Puppe, Ingeborg, *La distinción entre dolo e imprudencia*, traducción de Marcelo A. Sancinetti, Ed. Hammurabi, José Luis Depalma editor, Bs. As., 2010 y en España, Díaz Pita, María del Mar, Tirant Monografías, Valencia, 1994.

consciente o con representación<sup>14</sup>, la necesidad de sancionar la culpa inconsciente<sup>15</sup> y la imprudencia insignificante<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Para evitar tanta confusión e injusticia nuestra postura consiste en establecer el dolo directo (querer y voluntad determinada) y el dolo indirecto (de consecuencias necesarias) por un lado y el dolo eventual y la culpa con representación juntos, por otro, en cuyo caso los jueces podrán imponer una mayor pena a los casos de dolo eventual (que es más grave porque se representó el resultado y prosiguió su accionar y aceptó su final lesivo) que a los de culpa con representación (no hubiese actuado, se hubiese abstenido en su proceder). Y no abarcar la culpa sin representación (el proceder torpe y absurdo) en el ámbito del derecho penal (de ultima ratio y subsidiario) y que lo examine la justicia civil a través de la vía resarcitoria. Aunque se presente entonces el problema de determinar qué casos abarca un (culpa con representación) y otro (culpa sin representación) porque no reviste tanta trascendencia, especialmente por la pena, como la que presenta hoy el dolo eventual y la culpa con representación. Será cuestión entonces de examinar sus diferencias, límites y casuística.

<sup>15</sup> Ciertos autores, como Paul Bockelman, exponen serios cuestionamientos al dolo eventual, al punto que se proponen agruparlo con la imprudencia consciente, y suprimir la culpa inconsciente por falta absoluta de previsibilidad, trasladando su punición a otros ámbitos del derecho, lo cual no me parece incorrecto, pero no es posible examinar ampliamente aquí. Sólo diremos que, ya en el siglo XX, autores como Arthur Baumgarten (en “Die Verbrechensformel”, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, Bd. 34, 1921, págs. 66 y 68; *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 1913, págs. 116/20 y sigtes.); Oscar Adolf Germann (en *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, 1942, págs. 88 y sigtes.) y Eduard Köhlrausch (*Die Schuld*, en Aschrott/Litszt –Hrsg.–, *Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches*, Berlín, 1910, págs. 194 y 208), consideraban que la “imprudencia inconsciente no podría representar una acción culpable”, que la imprudencia sería sólo un “cuasidelito”, que no podría tener como consecuencia una pena pura, sino sólo una aparente “lección” educativa. En caso de no tener sentido una educación para la observancia, el autor debería ser absuelto. Eduard Köhlrausch directamente negó el carácter delictivo de la culpa inconsciente por cuanto, a su entender, no existe representación del resultado y es imposible encontrar una relación de voluntad con el hecho. En consecuencia, propuso su exclusión del derecho penal por falta de culpabilidad. En el mismo sentido, Franz Exner, en *Fahrlässiges Zusammen Wirken*, Ed. August Hegler, Festgabe für Reinhard von Frank sum 70 –libro homenaje a Frank –Gelurts tag, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, t. I, Tübingen, 1930 y, más recientemente, Jürgen Wölter, el profesor de la Universidad de Mannheim, en *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatensystem*, Berlín, 1981 y en sus trabajos posteriores sobre Imputación objetiva en derecho penal, en especial, en la omisión, realizados con Enrique Gimbernat Ordeig y Bernd Schünemann, traducidos por Silvina Bacigalupo en 1994 y 1995, aunque merece destacarse, sin abordar concretamente el tema, su análisis formulado en *Problemas jurídicos político-criminales y jurídico-constitucionales de un sistema de Derecho Penal*, publicado en Política Criminal y Nuevo Derecho Penal, el libro homenaje a Claus Roxin, realizado en Barcelona, coordinado por Jesús María Silva Sánchez, Ed. Bosch, Madrid, 1997, págs. 101/112, fundado en un estudio anterior realizado con Santiago Mir Puig en el homenaje a Roxin realizado por la Universidad de Coimbra en 1995, que fue coordinado en ese entonces por los profesores Bernd Schünemann y Figueiro Días. Por lo demás, John Lekschas, el más importante penalista germano oriental, en 1958, propuso restringir la punición de la imprudencia y limitarla sólo a aquellos casos en que “el autor infringe dolosamente determinados deberes jurídicos” (cfr. sus trabajos *Über die Strafwürdigkeit des Fahrlässigkeitsverbrechens*, es decir *Sobre el castigo de los delitos de imprudencia*, 1958, págs. 20 y sigtes.; junto a Wolfgang Loose y a Joachim Renneberg en *Verantwortung und Schuld im neuen Strafgesetzbuch*, 1964, pág. 119 y en su *Zu einigen Fragen der Neuregelung der Schuld*, en la revista Neue Justiz, 1960, pág. 505, entre otros), lo cual importó distintos cambios legislativos en el Código Penal de la entonces República Democrática de Alemania que, finalmente, adoptó un criterio sancionatorio sobre la base de la existencia de “una indiferencia irresponsable” o que “mediante una conducta indisciplinada se haya acostumbrado al comportamiento contrario al deber”. De otro lado, en la República Federal Alemana fueron Paul Bockelmann (*Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1967, pág. 213), en especial, en 1976, Arthur Kaufmann (en *Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, 1949, págs. 98 y sigtes., ídem. *Das Schuldprinzip*, 2. Aufl., 1976, págs. 162 y sigtes.; *Schuld und Prävention*, Festschrift für Wassermann, 1985, pág. 895; *Unzellige mäßige Gedanken zum Schuldgrundsatz im Strafrecht*, en la revista Juristis de Ausbildung, 1986, págs. 231 y sigtes.) y, finalmente,

De inicio, en nuestros días se presentan discusiones respecto a si existen diferencias entre acción y omisión<sup>17</sup>, si existe libertad de actuar y si la responsabilidad individual requiere la existencia de una acción voluntaria.

Veremos si los descubrimientos actuales de la neurología y las investigaciones acerca del funcionamiento del cerebro con leyes bioquímicas que rigen el desarrollo ontogenético del ser humano resultan de aplicación en el derecho penal, en especial, respecto a la libertad de actuar con voluntad y ser responsable<sup>18</sup>.

---

Michael Köhler (*Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 1997, pág. 178); quienes, fundados en que el reproche de la culpabilidad exige una relación positiva entre el autor y el resultado, propiciaron la inconstitucionalidad de la aplicación de una pena sin culpabilidad y, en consecuencia, la imposibilidad de castigar la imprudencia inconsciente. En ese orden, Michael Köhler niega la punibilidad de la imprudencia inconsciente por cuanto con el concepto de imputación subjetiva se trata de salvaguardar el derecho de la subjetividad. Entiende que el Derecho Penal, basado en la libertad, debe limitarse a aquella negación de la validez del derecho que radica en la consciente contradicción del sujeto constituido por las normas. De lo contrario, afirma, que el derecho penal pierde su identidad y su propio nombre. Respecto a su crítica (sobre la base del merecimiento de la pena), la evolución y el desarrollo de la discusión, ampliamente, ver Günter Jerouschek y Jena Arnd Koch en *Sobre la punición de la imprudencia inconsciente* (traducción de Gustavo Eduardo Aboso, en la Revista de Derecho Penal, 2002-2, “Delitos Culposos II”, de Rubinzal-Culzoni Editores) y las obras de Hans Heinrich Jescheck, Friederich Christian Schoeder y Maurach/Gössel. En lo demás, véase el interesante trabajo de Horacio Leonardo Dias, *Cuatro Cuestiones Capitales de la Imprudencia Penal*, publicado en la revista de Derecho Penal anteriormente citada, págs. 303/61.

<sup>16</sup> La imprudencia insignificante sólo presenta un escaso contenido de desvalor ético y representa un menoscabo menor al bien jurídico. El comportamiento mínimamente imprudente carece de culpabilidad criminal. Se postula limitar la responsabilidad a la imprudencia grave y prescindir los resultados insignificantes (cfr. desde 1966 Bockelman-, *Verkehrserhrliche Auffsätze*, págs.- 216 y ss., Stratenwerth, *Basler Juristische Miheilungen*, 1966, 72 y ss; el mismo *Allg. Teil I*, n° 1135 y ss; *Arzt, Schröder Gedachmiss Chirift*, pág. 130; *Cramer Dar* 1974 322; *Volk GA* 1976, pág. 179 y ss. y otros). Estos casos serán juzgados, en su caso, por la justicia civil.

<sup>17</sup> Desde la postura de Roxin a la de Jakobs y su acción y omisión equiparables.

<sup>18</sup> Cfr. la obra *El problema de la libertad de acción en el Derecho Penal*, con trabajos de Björn Burkhardt, Klaus Günther y Günther Jakobs, compilador Rafael Alcácer Guirao, estudio introductorio de Daniel R. Pastor, Ed. Ad Hoc, Bs As, 2007.

Veremos la validez de la aplicación de la teoría de la ignorancia deliberada en el delito penal<sup>19</sup>.

En el ámbito del tipo penal o de la antijuridicidad debe determinarse la aceptación y ubicación del consentimiento del ofendido.

Deben profundizar el estudio del error, su imputación subjetiva y su carácter de “invencible”<sup>20</sup> un concepto que no resulta del todo definido. Es necesario estudiar la teoría del error, tan rechazada en la jurisprudencia, en especial sobre las circunstancias objetivas de una situación de inexigibilidad y sobre las excusas absolutorias.

Por otra parte se encuentra en pleno debate el contenido y alcance de la culpabilidad (que antes, en otras épocas, era tan clara y no presentaba discusión alguna –pasamos del concepto psicológico al normativo<sup>21</sup> y hoy a un concepto funcional fundado en la necesidad preventiva de sanción que hay que deducir de la ley<sup>22-</sup>)<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> Ragués i Vallès, Ramón, *La ignorancia deliberada en Derecho Penal*, Ed. Atelier, Barcelona, año 2008.

<sup>20</sup> Melendo Pardos, Mariano, *Imputación Subjetiva y error en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Desafíos para la dogmática penal continental*, Ed. Atelier, año 2008.

<sup>21</sup> Brevemente, la culpabilidad apareció en el sistema tripartito de Liszt y Beling como una relación subjetiva (psicológica) del autor con su hecho (dolo o imprudencia). Se presentaron posteriormente (1907) ciertas objeciones y aclaraciones de Binding y Frank y surgió el concepto normativo en el sentido de reprochabilidad del hecho al autor por no haberse comportado de otra manera pudiendo hacerlo (la culpabilidad es reprochabilidad, se le reprocha al sujeto que no se hubiese comportado conforme a derecho pudiendo haberse decidido por el derecho).

<sup>22</sup> Postura criticada especialmente porque no fundamentan las exigencias de los límites para aplicar penas por razones preventivas y por falta de una justificación empírica que demuestre los efectos preventivos. Cfr. acerca del problema culpabilidad – prevención y fines del derecho de penal, Alcácer Guirao, Rafael, *Prevención y garantías. Conflictos y síntesis*, Doxa n° 25, p. 139 y sgtes.

<sup>23</sup> Tenemos la culpabilidad como “poder actuar de otro modo” (Welzel; Arthur Kauffmann); como deber de responder por el carácter propio (Graf Zu Dohna); como “actitud interna jurídicamente desaprobada” (Gallas;

y se discuten los elementos de los que depende el merecimiento de pena de una acción (la necesidad preventiva de punición de Roxin y Jakobs) y la distinción entre el tipo del injusto (que abarca aquellos elementos de la figura delictiva en los que se expresa el sentido de la prohibición de la correspondiente norma jurídica) y el tipo de culpabilidad (que comprende, por el contrario, aquellos factores que caracterizan la actitud subjetiva o interna frente al derecho)<sup>24</sup>.

Por lo demás, en nuestro ámbito debe estudiarse y resolverse con claridad la legitimidad de los delitos de comisión por omisión<sup>25</sup>.

Y deben profundizarse los estudios de la omisión punible y sus temas controvertidos (posición de garante, dolo, tentativa, participación, etc.). Pese a

---

Jescheck; Wessels); actitud interna antijurídica del hecho (Schmidhauser); como atribución según las necesidades preventivo generales o concepto funcional de la culpabilidad (Jakobs y su concepción de que la culpabilidad es la estabilización de la confianza en el derecho perturbada por la conducta delictiva), entre otras posturas (véase Roxin, C., *Tratado*, ob. cit., p. 791 y s) y quienes directamente la rechazan como elemento del delito y la consideran inútil (Baurmann y Seelmann), quienes proponen la reducción de su contenido (Gibernet Ordeig) o quienes postulan una nueva visión con un concepto social de culpabilidad sobre la base de reglas prepositivas de la imputación moral sometida a ciertas concesiones referidas a necesidades de política criminal (Stratenwerth).

<sup>24</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cuarta ed., Ed. Comares, Granada, p. 424.

<sup>25</sup> Ampliamente, Armin Kaufmann (*Dogmática de los delitos de omisión*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006) y Jesús María Silva Sánchez (*El delito de omisión*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006) quienes proponen la aplicación de la comisión por omisión a los distintos tipos penales. Por nuestra parte, no aceptamos la extensión de responsabilidad a conductas activas aplicando la posición de garante y los conceptos de comisión por omisión. En estos delitos se imputa al omitente la comisión de un resultado de un tipo que no establece ni menciona expresamente su “comisión por omisión”, lo cual resulta inconstitucional (altera el principio de legalidad y la taxatividad de la ley penal). La madre que deja morir a su hijo por inanición, al menos con las previsiones que presenta nuestro Código Penal, no comete homicidio (art. 80, inc. 1º del Código Penal) sino abandono de persona agravado (art. 107 ibídem). El comportamiento que describe la norma es “matar”, es decir causar la muerte de la víctima, y la madre, por más reprochable que resulte su omisión, no mató al bebé (véase Bacigalupo Enrique, *Delitos impropios de omisión*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, pág. 22; del mismo autor, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 389; Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Manual de derecho Penal. Parte general*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1999, pág. 456; entre otros). En nuestro país ninguna norma acepta o prevé ese modelo, a diferencia de Alemania o España cuyos ordenamientos legales contienen una norma expresa de equivalencia especialmente contemplada en la parte general del Código Penal.

los profundos estudios de Armin Kaufmann, Bernd Schunemann y Jesús María Silva Sánchez<sup>26</sup>, la omisión es un tema que representa una deuda de los penalistas.

Asimismo, en cierto sector de la doctrina se propone castigar con igual pena la tentativa acabada que al delito consumado<sup>27</sup> y sólo disminuir la punibilidad para la tentativa inacabada<sup>28</sup> y suprimir por completo la punibilidad del delito imposible<sup>29</sup> o de las tentativas inidóneas<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Kaufmann, Armin, *Dogmática de los delitos de omisión*, Ed. Marcial Pons, Madrid, año 2006; Schünemann, Bernd, *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009 y Silva Sánchez, Jesús María, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Ed B de F, 2ª ed. actualizada, Montevideo Buenos Aires, 2006.

<sup>27</sup> Una tentativa es inacabada cuando el agente ha comenzado la ejecución de un plan delictivo, cuyo resultado se obtendrá en etapas sucesivas y falta aún la realización de un acto necesario para consumir el delito (el clásico ejemplo de quien ya colocó una bomba que tiene un dispositivo que debe ser accionado una hora después). Y es acabada cuando el agente ya hizo todos los actos necesarios para consumir el hecho y está solo pendiente la producción del resultado lesivo (colocó la bomba que explotará en una hora). La discusión se presenta porque cierto sector de la doctrina alemana propone que el autor del acto de tentativa sea penado igual al del hecho consumado (así el art. 23.2 del Código Alemán). Se sigue la teoría de la impresión del hecho (el efecto psicológico-social y la conmoción de la confianza generalidad en el orden jurídico), sin interesar la inexistencia de un resultado lesivo (contradice las teorías objetivas y subjetivas), y los postulados de la fundamentación del injusto en el disvalor de la acción (Diethart Zielinski, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Bs. As., 1990 y, entre nosotros, Marcelo A. Sancinetti en sus numerosos trabajos).

<sup>28</sup> En palabras textuales de Marcelo A. Sancinetti, una vez que se sabe que el hecho es cometido con dolo, la norma ya está quebrantada. A este respecto hay, ante todo, una gradación por el desarrollo del hecho. Cuando el autor ha dejado atrás el comienzo de ejecución, pero no ha dado aún un paso de acción con el cual admita que puede perder el control sobre el hecho, es decir, que el hecho podrá ya consumarse o fracasar, estará todavía en el marco de la tentativa inacabada, un ilícito de menor gravedad. Recién cuando dé aquel paso de acción que pueda ser suficiente para la consumación infringirá la norma de la tentativa acabada, que es la misma norma que la del delito consumado porque –como diría Diethart Zielinski (*Disvalor de acción*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1990, pág. 163)-, una norma que no puede prohibir una conducta diferente que la que prohíbe otra norma, no es una norma distinta junto a esta norma, sino que se trata de la misma norma. La tentativa inacabada, en cambio, infringe una norma distinta, el autor no tiene aún un dolo suficientemente desarrollado como para admitir la producción del resultado. Él actúa, más bien, con una voluntad que en un aspecto que se realiza ya, y en otro deberá realizarse en el futuro, en el paso de acción siguiente. Si el resultado se produce, por tanto, en contra de las expectativas, durante la ejecución, no será imputable como hecho doloso, porque el autor no conoce todas las condiciones del resultado, justamente cree que todavía no puede producirse. En consecuencia todos los casos de anticipación del resultado a una etapa de ejecución anterior a la tentativa acabada son casos de error relevante sobre el curso causal: a lo sumo, habrá responsabilidad por imprudencia. La diferencia de punibilidad que todo el mundo ve como razonable entre tentativa y consumación sólo tiene fundamento entre la tentativa inacabada y la tentativa acabada (Marcelo A. Sancinetti en *Subjetivismo e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, págs. 73/4, *Teoría del delito*, págs. 409 y sigtes., con detalle, en *Fundamentación subjetiva del ilícito* y, resumidamente, en *¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados?*, capítulo I, punto VII, B, en *Ilícito personal y participación*). Diethart Zieleski sostiene que sólo el acto acabado es el ilícito (de acción)

En nuestros días no existe un criterio uniforme respecto a la concepción de autor<sup>31</sup>, la coautoría<sup>32</sup>, la coautoría funcional<sup>33</sup> y la autoría mediata<sup>34</sup>. Ingresamos en lo que algunos denominan “el ocaso del dominio de hecho”<sup>35</sup>, se presentan

---

completamente realizado; la tentativa inacabada contiene, necesariamente y siempre, un disvalor de acción no realizado completamente. Una línea de distinción cualitativa en el plano del ilícito no corre, por tanto, entre el delito tentado y el consumado, sino entre la tentativa inacabada y la acabada (Zieleinski, Diethart, *Disvalor de acción*, ob. cit., pág. 163, cfr. también Eberhard Struensee en su obra junto a Günther Jakobs, *Problemas capitales del Derecho Penal Moderno*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998).

<sup>29</sup> El delito imposible no puede merecer pena cuando la acción del sujeto no ha llegado a crear siquiera un peligro abstracto para el bien jurídico (rige el principio de lesividad, por el cual toda conducta, para ser punible, debe revelar un mínimo de peligrosidad para el bien jurídico).

<sup>30</sup> Bohlke, “Tentativa inidónea y desistimiento voluntario” en Roxin, C., *50 años del Tribunal Superior*, T. 4, Ed. Widmaier, 2000, p. 135 y ss., quien sostiene su inconstitucionalidad sobre la base que la tentativa inidónea infringe solo un bien jurídico en la forma de “la paz del derecho y la fidelidad general al derecho”, lo que indudablemente afectaría el principio de lesividad. En el mismo sentido se cuenta con la opinión de Zaczyk, Rainer, *La antijuridicidad del hecho tentado*, 1989 y el mismo NK2, 2006, nota 12, 37 y 48. En Alemania Hirsch y en España Santiago Mir Puig se inclinan por sancionar solo algunas formas de la tentativa inidónea.

<sup>31</sup> 1. Se presentan distintas posturas: 1) teoría del dominio del hecho (Hans Welzel, 1930); 2) delitos de dominio y delitos de infracción de deber (Claus Roxin, 1963) y 3) delitos por competencia en virtud de organización y por competencia institucional (Günther Jakobs, 1983).

2. Por lo demás, otros institutos han sido controvertidos. Por ejemplo, la autoría paralela (autonomía accesoria, concomitante, colateral) que se presenta con una pluralidad activa sin determinación de la causalidad individual (ver el homicidio en riña, art. 95 del Código Penal argentino) es hoy duramente cuestionada desde el punto de vista constitucional (principio de culpabilidad, cfr. del voto del juez Carlos Fayt en el caso “Antiñir, Omar M.”, del 4/7/2006).

<sup>32</sup> En cuanto a la delimitación de la coautoría, la doctrina alemana aplica en los delitos dolosos la teoría del dominio del hecho. En cambio, por ejemplo, la doctrina española emplea la teoría objetiva formal (doctrina del acuerdo previo). Y en Alemania no se admite la coautoría en los delitos imprudentes por falta de acuerdo previo (por ejemplo, se afirma que no puede haber acuerdo para matar por imprudencia), pero, en España, se admite la participación en esos delitos y se reconoce la coautoría. En la Argentina en la doctrina es un tema que no se encuentra del todo definido por cuanto existen diferentes posturas, aunque los tribunales en general se inclinan por su aceptación (casos “Cromagnon”, “la tragedia de Once”, etc).

<sup>33</sup> El concepto de coautoría funcional da para todo.

<sup>34</sup> El concepto tradicional de autoría mediata ha sido en parte reformulado con las elaboraciones efectuadas por Claus Roxin (1963) en punto al dominio de organización (cfr. Ambos, Kai, en *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*).

<sup>35</sup> Jakobs, Günther, *El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*. Título original: *Tatherrschaftsdämmerung. Ein Beitrag zur Normativierung Rechtlicher Begriffe* (manuscrito). Traducción de Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid), publicado en Conferencias sobre temas penales. Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2000, pág. 87 y sigtes.

distintas visiones con relación a la participación en los delitos imprudentes<sup>36</sup> y garantes y cómplices y su intervención por omisión y en delitos especiales<sup>37</sup>. Existen aún discusiones sobre las reglas que se deben aplicar en distintos ámbitos como el delito cometido en esferas del Estado y el empresas, en el delito tributario por brindar ciertos ejemplos<sup>38</sup>.

Inclusive se discute la equiparación de pena establecida entre el autor y el partícipe necesario<sup>39</sup>.

Existen instituciones que presentan un alcance no determinado, como el delito continuado, que no tiene una base dogmática fija e inamovible y en el cual aún falta determinar en forma precisa los elementos que lo integran<sup>40</sup>.

Por lo demás, se presenta una importante indefinición en algunos bienes jurídicos protegidos (orden económico y financiero, etc.) y cierta

---

<sup>36</sup> La doctrina alemana admite el concepto unitario de autor en los delitos imprudentes, no distingue entre autoría y participación, sino que todo sujeto que interviene en un hecho debe ser considerado autor de lo que discrepa un importante sector doctrinal y jurisprudencial español (por ejemplo Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Ed Reppertor, Barcelona, 2002, lección N° 14, pág. 361).

<sup>37</sup> Robes Planas, Ricardo, *Garantes y Cómplices*, Ed. Atelier, Barcelona, 2006.

<sup>38</sup> Entre muchos trabajos, cfr. los cuestionamientos que presenta y las soluciones que propone Meini, Iván, *Responsabilidad Penal del Empresario por los hechos cometidos por sus subordinados*, Tirant Monografías, Valencia, 2003.

<sup>39</sup> La conducta del partícipe es accesoria de la acción ejecutiva del autor. En consecuencia, su gravedad no debe ser equiparada a la de los autores que realizan la acción típica y dominan el hecho o infringen el deber a su cargo. La escala de punibilidad del autor debería ser siempre más severa que la del partícipe, lo que no sucede en la Argentina (donde rige el art. 45 del Código Penal que establece igual pena al autor que al partícipe necesario, sin perjuicio de las facultades del tribunal de imponer en el veredicto una pena diferente teniendo en cuenta los marcos punitivos –mínimo y máximo- y las pautas mensurativas especialmente contempladas –arts. 40 y 41 del Código Penal-).

<sup>40</sup> Cfr. Choclán Montalvo, José Antonio, *El delito continuado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, capítulo I, págs. 15 y sigtes., en especial pág. 24.



indeterminación en la tipificación de conductas (por ejemplo: el delito de lavado de dinero previsto en el art. 278 del Código Penal Argentino<sup>41</sup>).

Se cuestiona la legitimidad y el alcance de los delitos calificados por el resultado<sup>42</sup> con una pena aplicada por resultados no queridos (*versari*<sup>43</sup>), de mera actividad (el delito de asociación ilícita del art. 210 del Código Penal Argentino es un ejemplo)<sup>44</sup>, de peligro abstracto (tenencia de droga o correr carreras)<sup>45</sup>, con un

---

<sup>41</sup> Cúneo Libarona, Mariano, *El delito de lavado de dinero. La existencia de un delito previo y su prueba. Garantías constitucionales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009. Ya en el año 2009 advertimos, “Los valores en conflicto están claros: la tensión, siempre presente, entre efectividad de la persecución penal y garantías del imputado. Entonces, en este escenario, es probable que en las investigaciones emprendidas en orden al delito de lavado de dinero se vulneren garantías constitucionales y, en definitiva, bajo la etiqueta o el ropaje de prevención y represión de estas conductas, se promuevan procesos penales en los que no exista un hecho punible preciso, determinado, que no presente una base fáctica cierta; se pretenda controlar flujos monetarios; penar simples incrementos patrimoniales no justificados de las personas u operaciones financieras sospechosas o inusuales; crear una especie de enriquecimiento ilícito de particulares o, simplemente, como hemos visto, se persigan hechos que no reúnan los requisitos típicos exigidos por la figura legal en análisis, todo lo cual, en definitiva, transgrede los principios de legalidad, inocencia, culpabilidad, las reglas del *in dubio pro reo* e imponen una ilegítima inversión de la carga de la prueba” (págs. 75 y 76).

<sup>42</sup> En los delitos calificados por el resultado determinadas acciones, ya punibles en sí mismas atendiendo a su peligrosidad, son merecedoras de una pena superior a la prevista para el hecho si se materializa el riesgo típico conectado con aquél (resultado). Por ejemplo, las lesiones corporales con graves consecuencias o con resultado muerte; el robo con resultado muerte; el estrago imprudente con resultado muerte. Estos casos suponen una responsabilidad penal con una especial combinación del dolo y culpa en los que la producción del resultado no querido (imprevisto), eleva la penalidad. En consecuencia, se rechaza la mera responsabilidad por el resultado, en ocasiones producto del azar (o la mala suerte), por el principio de culpabilidad (se descarta toda responsabilidad objetiva). El principio de dolo culpa, sin duda la expresión más clara del principio de culpabilidad, considera insuficiente la producción de un resultado lesivo para fundar la responsabilidad penal. Estos delitos tienen su fundamento en el resultado lesivo producido por azar (pegó una trompada y causó una lesión gravísima, grave o leve), lo cual no es legítimo. No puede admitirse una pena más grave por el simple resultado, en muchas ocasiones no siendo ni previsible. Se trasgrede el principio de culpabilidad y se establece una responsabilidad objetiva reprobada por el derecho penal de un Estado de Derecho. Por lo demás, Cúneo Libarona, Mariano, *Garantías Constitucionales en un Estado de Derecho*, ob. cit., pág. 696.

<sup>43</sup> Los delitos cualificados por el resultado se remontan a la teoría del *versari in re illicita* del derecho canónico que permitía atribuir penalmente las consecuencias fortuitas de un acto inicial ilícito.

<sup>44</sup> La asociación ilícita es un delito de preparación que criminaliza conductas previas a las que constituyen el derecho penal nuclear y a la comisión de los hechos punibles concretos, con fundamento político criminal en la peligrosidad que conllevan las asociaciones criminales dedicadas a cometer delitos indeterminados en forma permanente.

<sup>45</sup> “La doctrina penal acepta la clasificación entre delitos de resultado o lesión (daño) y delitos de peligro. En palabras simples, si el resultado produce la lesión total o parcial de un bien es un delito de resultado, y si sólo alcanza la posibilidad de producirlo es un delito de peligro.

---

Cristián Cúneo Libarona afirma que en los delitos de lesión se exige una modificación lesiva sobre el bien jurídico en el mundo exterior, en cambio en los delitos de peligro no se produce una efectiva destrucción o disminución del bien jurídico. “Así, la verificación del daño no modifica el título del delito, ni desplaza su momento consumativo, el que se produce cuando se verifica el peligro lesivo, más allá de que luego se produzca un resultado lesivo, es decir, se consuma con la exposición al peligro del bien jurídico tutelado”. Los delitos de peligro son: (1) De peligro abstracto, en los que el peligro es únicamente la *ratio legis*, es decir el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva. Se castigan entonces ciertas conductas porque generalmente importan un peligro (riesgo virtual, no se exige un peligro efectivo) a un bien jurídico. El peligro no es aquí un elemento del tipo y el delito queda consumado aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido. En los delitos de peligro abstracto no es preciso que en el caso concreto la acción cree un peligro efectivo: sólo serían delitos de peligro en el sentido de que la razón de su castigo es que normalmente suponen un peligro. En estos delitos basta sólo con comprobar *ex ante* la peligrosidad de la conducta y no es necesario el riesgo real de lesión. Por ello, ya Carrara aludía a “daño potencial”. La causación del peligro es constatada con la tipicidad del hecho. (2) De peligro concreto, en los que, en cambio, el peligro del bien jurídico es un elemento del tipo, de modo que el delito queda sólo consumado cuando se ha producido realmente una situación de peligro del bien jurídico (riesgo real de lesión al bien jurídico). Desde el punto de vista dogmático, los delitos de peligro concreto son delitos de resultado. En estos delitos se exige una verdadera situación de peligro (resultado de peligro). (3) Existen también delitos calificados por un resultado de peligro concreto. Éste es el caso, en nuestro Código Penal, del delito de abandono de un menor de edad o de un incapaz. Los delitos de peligro abstracto permiten una mayor anticipación y ampliación de la intervención del Derecho Penal, pues al no formar parte del tipo ni la lesión ni el peligro concreto de un bien jurídico no es necesaria la prueba en el proceso de la producción del resultado, peligro para el bien jurídico, ni que la acción resulte en sí misma peligrosa, ni la relación de causalidad entre la acción y el resultado. Esta reducción de los presupuestos de la punibilidad supone una disminución de las posibilidades de defensa y otorga una mayor libertad de acción, elección y poder al juez porque, como dijimos, el peligro del bien jurídico es sólo la *ratio legis* de la creación de las figuras delictivas y el juez no tiene que probar la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante* (por lo que podrían denominarse delitos de “peligro presunto”). En los delitos de peligro abstracto se observa, además, una fuerte flexibilización de las categorías dogmáticas tradicionales del Derecho Penal liberal tradicional, de los criterios aceptados de la relación de causalidad, de la imputación objetiva y sus correctivos, de la imputación subjetiva y de las distinciones entre consumación y formas imperfectas de ejecución, entre autoría y participación (especialmente en el delito de tráfico de drogas). Por lo demás, en esta postura se extiende la intervención del Derecho Penal a nuevos sectores de la actividad social y amplían el ámbito de protección más allá del círculo de los bienes jurídicos individuales. El Derecho Penal se convierte en un instrumento de política social por lo que deja de ser la última *ratio* para convertirse en la primera o única *ratio* en la protección de los nuevos bienes jurídicos, con olvido del principio de subsidiariedad y el carácter fragmentario del Derecho Penal. Todo esto es muy riesgoso para las garantías constitucionales. Es evidente entonces que en los delitos de peligro existen serios riesgos de que se ataquen las garantías propias del Estado de Derecho, en especial al principio de inocencia porque se castiga la conducta sin el resultado de peligro del bien jurídico (se pena el riesgo remoto), sin examinar la causalidad, la imputación objetiva y sus correctivos, la imputación subjetiva y la peligrosidad de la acción desde un punto de vista *ex ante* y sin exigir la prueba del dolo. En cuanto a esto último (la prueba del dolo, lo cual como venimos diciendo, es indispensable en todo proceso penal legítimo), en los delitos de peligro abstracto existe el riesgo permanente de que se presuma el dolo, lo cual afecta el principio de inocencia porque el dolo no puede presumirse, sino que es necesario probarlo. Las conductas de peligro no pueden alterar el esquema general del Derecho Penal liberal tradicional establecido. No puede admitirse la inversión de la carga de la prueba. Por todo ello, los delitos de peligro abstracto resultan ilegítimos y deben ser rechazados. Sólo se debe aceptar el peligro concreto a través de cláusulas típicas que eliminen ficciones o presunciones jurídicas. El Derecho Penal sólo debe admitir una situación de peligro en la que exista una probabilidad objetiva, cierta y determinada de lesión al bien jurídico y no una sola apreciación abstracta y general del legislador o del intérprete externo, ajeno a los hechos concretos del caso. Vale decir, las figuras penales deben castigar sólo hechos de los que derive un peligro inmediato y concreto. Lo demás representa algo así como una manifestación de “los peligros del peligro penal”. Máxime que los delitos de peligro abstracto constituyen la conversión de un acto preparatorio de delitos futuros en un delito autónomo, lo cual importa un adelanto de la barrera de la punibilidad. Se pena un hecho anterior al hecho, por si acaso se va a cometer un delito, porque puede resultar peligroso o puede lesionar un bien jurídico, lo cual no resulta dogmáticamente aceptable. Por todo ello, en nuestra opinión, para considerar su legitimidad se debe admitir siempre la prueba de que en el caso concreto no se dio el peligro al bien jurídico, es decir se debe aceptar una

adelantamiento de la punibilidad o de la barrera de punición (punibilidad anterior al campo de las acciones concretas), delitos de manifestación (así denominados, especialmente, en Austria).

---

presunción *ius tantum* y no *iure et de iure* de la existencia del peligro. El peligro presunto no puede ser admitido. Y en estos casos necesariamente se debe probar el dolo y debe regir con energía el principio del *in dubio pro reo* (si median dudas sobre la existencia del peligro) y no debe cargar el imputado con la carga de la prueba. Las críticas lanzadas contra los delitos de peligro abstracto son enormes. Véase, por ejemplo, en Alemania, Jakobs en sus diferentes trabajos y, en España, Mir Puig. En este sentido, el juez Santiago Petracchi de la Corte Suprema, en su voto particular en el caso “Bazterrica”, sostuvo: “no es posible castigar la mera creación hipotética de un riesgo, fundándose en la simple alusión a perjuicios potenciales y peligros abstractos y no a daños concretos a terceros y a la comunidad”.

Y el juez Ricardo Lorenzetti, en “Arriola”, resultó terminante. Señaló: “A) El artículo 19 de la Constitución Nacional constituye una frontera que protege la libertad personal frente a cualquier intervención ajena, incluida la estatal. No se trata sólo del respeto de las acciones realizadas en privado, sino del reconocimiento de un ámbito en el que cada individuo adulto es soberano para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea. B) Este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional. C) No cabe penalizar conductas realizadas en privado que no ocasionan peligro o daño para terceros. Los argumentos basados en la mera peligrosidad abstracta, la conveniencia o la moralidad pública no superan el test de constitucionalidad. D) La conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceros”. Y, en consecuencia, afirmó: “El ejercicio de la libertad tiene límites y puede dar lugar a la punición, pero un Estado de Derecho debe construirse sobre una cuidadosa delimitación de esa frontera. Por ello es posible señalar que: a) no es posible que el legislador presuma que se da un cierto daño o peligro para terceros como ocurre en los delitos llamados ‘de peligro abstracto’...”. Añadió a su vez que “en el Derecho Penal no se admiten presunciones *ius et de jure* que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. En cuanto al peligro de peligro se trataría de claros supuestos de tipicidad sin lesividad. Por consiguiente, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real que se deberá establecer en cada situación concreta siendo inadmisibles, en caso negativo, la tipicidad objetiva”. Y concluyó en que “de conformidad con los argumentos desarrollados... se sigue que debe respetarse el ámbito de ejercicio de la libertad personal cuando no hay daño o peligro concreto para terceros, y que no son admisibles los delitos de peligro abstracto”. Eugenio R. Zaffaroni, en su obra de *Derecho Penal*, considera que “sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real”<sup>45</sup>. No hay delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, sino sólo tipos en los que se exige la prueba efectiva del peligro corrido por el bien jurídico, en tanto que en otros hay una inversión de la carga de la prueba, pues realizada la conducta se presume el peligro hasta tanto no se pruebe lo contrario, circunstancia que corresponderá probar al acusado. En los delitos de peligro, principalmente abstracto, el concepto de bien jurídico ha sufrido una crisis que torna oscura la función delimitadora o reductora, ya que no se lo define a partir del individuo considerado como persona a la que debe respetarse por encima de cualquier interés colectivo o función del sistema, sino por el contrario, se da prioridad a una tutela fuertemente anticipada que se materializa en la incriminación de conductas notablemente distantes a la realización efectiva de una agresión, esto en clara contradicción con principios constitucionales vigentes en un Estado democrático y de Derecho. Como se ve, al menos una buena parte de los jueces de la Corte nos respaldan, porque lo que aquí se trata es la impugnación de conductas específicas y de un sistema normativo que criminaliza hechos que no deben ser previstos ni penados porque no importan lesividad, no afectan a un tercero y, por lo tanto, están a resguardo del artículo 19 de la Constitución Nacional y, especialmente, en lo que aquí nos interesa, vulneran el principio de inocencia (artículo 18 de la Constitución Nacional y Pactos Internacionales)”. En Cúneo Libarona, Mariano, *Garantías Constitucionales en un Estado de Derecho*, ob. cit., págs. 697-703.

Se debe definir el destino de “peligrosidad”<sup>46</sup>, aún vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

---

<sup>46</sup> Cúneo Libarona, Mariano, *Garantías Constitucionales en un Estado de Derecho*, ob. cit., pág. 148-155. “Nuestro Derecho Penal está fundado en la culpabilidad por el hecho realizado; por eso, nuestro Código Penal y las leyes complementarias establecen tipos penales que describen conductas (actos típicos) que se consideran punibles. En consecuencia, no se admiten delitos que castiguen pensamientos, actos internos, formas de ser o de conducirse en la vida o características personales del autor. Se descarta entonces un Derecho Penal de autor o peligrosista, el tipo de autor o la culpabilidad por el carácter de la persona o por la conducción o forma de vida. El Derecho Penal de hecho, que nos rige por obra del principio de culpabilidad, castiga a quien realice una acción concreta descrita típicamente en la parte especial del Código Penal o en las leyes especiales, y la sanción representa sólo la respuesta al hecho preciso y determinado individual cometido. No se persigue ni pena la conducción, modo o forma de vida del autor. Sólo se penan hechos realizados, no una supuesta peligrosidad del autor. Se descarta, en consecuencia, el Derecho Penal de autor que castiga sólo lo que el autor es, su personalidad y su carácter de asocial sin que se considere si cometió un hecho o una acción individual punible. El Derecho Penal de autor se observa en algunas propuestas formuladas por Franz V. Liszt quien sostenía que se debía atender sólo a la actitud interna del agente; así, se debía castigar a la persona sin tener que aguardar la comisión de un hecho; esto se percibe en su postulado respecto a las sentencias penales indeterminadas en las que su duración depende del fin de la pena y de la personalidad del autor. También está presente el Derecho Penal de autor en la concepción sintomática del delito (formulada por Tesar –1907– y Kollmann –1908–), que entendía que no se debía enjuiciar el hecho sino el interior del autor; en la concepción caracterológica de la culpabilidad (Radbruch y su proyecto de 1922, Eberhardt Schmidt y otros discípulos de Liszt), que consideraba que debía existir responsabilidad por el carácter, como expresión de la personalidad del autor; en Erik Wolf (1932), quien propuso sancionar “la actitud interna corrompida”; en Edmund Mezger (1938) y su teoría de “la culpabilidad por la conducción de vida” (*Lebensführungsschuld*); en Bockelmann (1940) y su propuesta de “la culpabilidad por la decisión incorrecta sobre la vida”. A su vez, está presente en Dahm, Schaffstein y otros autores nacionalsocialistas de la escuela de Kiel (1940), cuyas ideas propiciaban que debía castigarse “el ser”; en el desvalor de la disposición interna sea como violación a un deber frente al orden ético nacionalsocialista (teoría de la violación del deber) o como valoración total de la personalidad del autor (teoría del tipo de autor); en “el sujeto nocivo para el pueblo”, “el delincuente habitual”, la maldad del sujeto por haberse formado libremente una personalidad psíquica diferente, que tuvo recepción en ese entonces en Alemania con la ley de delincuentes habituales (1933), las regulaciones de Derecho Penal de Guerra del régimen nazi y las ordenanzas contra sujetos nocivos para el pueblo (1939) y contra delincuentes violentos (1939), pero todas estas ideas ya han sido felizmente superadas. Cabe señalar que en nuestro país existieron manifestaciones de Derecho Penal de autor, por ejemplo, en los proyectos peligrosistas de 1924, 1926 y 1928; en los edictos de vagancia, embriaguez, etcétera, o en las medidas de seguridad que parten de la teoría de la prevención especial de Liszt, pero estos lineamientos hoy se rechazan. Entonces, por todo lo dicho, que no queden dudas, por el principio de culpabilidad nuestro Derecho Penal castiga hechos y no autores. Afirma Roxin que el principio constitucional de *nullum crimen, nulla pena sine lege* favorece más el desarrollo de un Derecho Penal de hecho que el de un Derecho Penal de autor, pues las descripciones de acciones y las penas por el hecho se acomodan más al principio de precisión o determinación que unos preceptos penales que atiendan a un elemento criminógeno permanente en la persona del autor o al ser-así humano de la persona que hay que castigar y que midan por ese baremo la clase y la cuantía de la sanción. Así, pues, un ordenamiento jurídico que se base en principios propios de un Estado de Derecho liberal se inclinará siempre hacia un Derecho Penal de hecho. Los criterios enarbolados por Garófalo (1880) para sancionar la peligrosidad sin delito, por el simple “estado peligroso” y su “temibilidad”, que apuntó a “la perversidad constante y activa del delincuente”<sup>46</sup>; por Ferri (1884), que centró sus ideas en la personalidad del autor<sup>46</sup>; por Grispigni (1920), cuyo juicio de peligrosidad fue fundado en “la muy relevante probabilidad de la persona de convertirse en autor de un delito”<sup>46</sup>; por Florián (1929), quien sostuvo que la peligrosidad es el título mediante el cual se perfecciona la responsabilidad criminal<sup>46</sup> y, entre nosotros otros, por Jiménez de Asúa (1922) y su “estado peligroso”<sup>46</sup>, han sido hoy descartados, en especial, porque representan un castigo sin acto, sin delito, por el simple modo de ser de una persona. Estas definiciones sobre peligrosidad carecen de base científica, conforman un juicio de valor subjetivo de carácter arbitrario, no tienen precisión ni límites y, en especial, constituyen un grave riesgo para las garantías individuales que el Derecho Penal tiene precisamente la función de tutelar.

---

Cabe destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Fermín Ramírez”, siguiendo la línea argumental aquí expuesta, consideró que la invocación a la peligrosidad “constituye claramente una expresión del ejercicio del ius puniendi estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho Penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho Penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo precisamente en una materia en la que se hallan en juego los bienes jurídico de mayor jerarquía [...]. En consecuencia, la introducción en el texto legal de la peligrosidad del agente como criterio para la calificación típica de los hechos y la aplicación de ciertas sanciones compatibles con el principio de legalidad criminal y, por ende, contrario a la Convención”. Nuestra Corte, en cuanto a la peligrosidad, afirmó en el caso “Maldonado” que “la única vía para determinar la pena correspondiente a un hecho cometido por un niño siguiendo idénticos criterios que los que se utilizan respecto de un adulto sería prescindiendo del principio de culpabilidad, y apelando a la vieja peligrosidad. La concepción del ser humano que subyace en nuestra Constitución, tal como se ha señalado, repudia este concepto, de cuño claramente positivista, francamente enfrentado a la concepción de toda la ética tradicional, enraizado en las peores teorías racistas del siglo XIX, producto de un materialismo rudimentario y grosero, asentado sobre el determinismo mecanicista de la época y, por ende, totalmente incompatible con el concepto de persona, base de nuestra Constitución de 1853-1860, en perfecta armonía con el artículo 1º de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948”. El Alto Tribunal considera entonces que “la peligrosidad como fundamento de la pena sólo es admisible cuando se concibe al ser humano como una cosa más entre todas las cosas, movido mecánicamente al igual que el resto de los entes y, por ende, susceptible de ser calificado según reales o supuestas fallas mecánicas que colocan al Estado en la disyuntiva de corregirlas y, en caso de imposibilidad, de eliminar al sujeto. En este sentido, el mensaje que llega del siglo XIX suena brutal a los oídos de quienes lo leemos después de las tristes experiencias del siglo XX y nos percatamos de que, en definitiva, se trata de las ideas que prepararon el camino al genocidio”. Por lo dicho, debe quedar en claro que en un Estado de Derecho el Estado sólo puede actuar frente a un delito y una condena debe necesariamente reposar en el hecho cometido. Sin la comisión de un delito no puede ser investigada la personalidad o la supuesta peligrosidad del delincuente. No puede nadie involucrarse en su vida, irrumpir en la personalidad humana, en sus pensamientos, en sus actos internos, en sus costumbres o en su forma de ser. Mientras el individuo no ha delinquido, su yo íntimo le pertenece por entero y el Estado no debe entrometerse en él. En definitiva, la ley penal exige necesariamente que se cometan acciones punibles, sin la comisión de esos actos típicos el Estado no puede proceder sobre la libertad de la persona. No puede pensarse lo que la persona es; sino únicamente lo que haya hecho. Sólo puede pensarse la conducta lesiva, no la personalidad o la supuesta peligrosidad de una persona. No debemos olvidar nunca que el principio de responsabilidad por el hecho propio, como corolario de la legalidad, y el de presunción de inocencia, consagrados en la Constitución Nacional, se erige como una garantía básica –sustancial e instrumental– del individuo frente al poder penal del Estado. Al respecto, el Tribunal Constitucional español reconoció que “la Constitución española consagra sin duda el principio de la culpabilidad como principio estructural básico... rechazando la legitimidad constitucional de un Derecho Penal de autor, que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de hechos”. Frente a las dos principales posiciones que sobre el fundamento del concepto de culpabilidad se han sostenido en doctrina (culpabilidad por la comisión de un hecho o por la personalidad del autor), el Tribunal Constitucional sostuvo la necesidad de partir de un concepto de culpabilidad por el hecho y señaló que este punto de partida “niega la posibilidad de un juicio sobre toda la vida anterior del autor, para juzgarlo por lo que es, y no por lo que hizo, que es lo que verdaderamente interesa a aquel concepto de culpabilidad, que basa ésta, no en un juicio sobre la personalidad del autor, sino en el juicio sobre un hecho ilícito concreto decidido por el autor”. Desde esta perspectiva, el juez Enrique Petracchi, de nuestro Alto Tribunal, rechaza los tipos penales fundados en la mera peligrosidad o características del autor y señala que “un Derecho Penal, centrado exclusivamente en las características del sujeto y desinteresado de sus conductas abriría el camino de la arbitrariedad estatal al punir categorías de personas por el solo hecho de pertenecer a ellas”. La Corte ha establecido que lo único sancionable son las conductas de los individuos, no la forma de vida o el carácter de las personas. En este sentido, en el caso “Antúñez García” (1986), en el que se cuestionó la legitimidad de la policía para aplicar penas y los edictos de ebriedad y otras intoxicaciones, desórdenes y escándalo, el Tribunal Superior advirtió que “los edictos policiales en vigencia contienen fórmulas extremadamente vagas, y prohibiciones que se refieren a formas de vida o al carácter de las personas, con olvido de la obligación de sancionar conductas (artículo 19 de la Constitución Nacional)” (considerando 17). Y años después, en “Gramajo” (2006), afirmó que la Constitución de un Estado de Derecho no puede admitir que el Estado se arrogue la facultad de juzgar la existencia de una persona, su proyecto de vida y su realización. Semejante proceder le está vedado a un Estado democrático que parte del principio republicano de gobierno. Sin embargo, en nuestros días, el riesgo

Se debe establecer el verdadero alcance del denominado “derecho penal del riesgo” tan debatido<sup>47</sup>.

Distintos conceptos se encuentran en desarrollo como ser: aún hoy, adecuación social (las posturas de **Hans Welzel** y **Claus Roxin**), riesgo permitido (alcanzado por la teoría de la imputación objetiva, no causal, sino normativa), riesgos,

---

de aplicar los lineamientos del estado peligroso y la consecuente pena sin delito está siempre vigente. En este sentido, es evidente la política criminal que aplica el gobierno de los Estados Unidos de América sobre las personas que se consideran peligrosas (por ejemplo, con detenciones preventivas; cabe señalar asimismo que ocho estados, incluidos California y Texas, en caso de delitos sexuales, ante la sola posibilidad de que se incurra en nuevos delitos de esa naturaleza, permiten el uso de castración química para violadores y pedófilos reincidentes que egresan de la prisión). Incluso, cierta legislación alemana (*Sicherungsverwahrung*) establece detenciones de la libertad más allá del vencimiento de la pena basada en la peligrosidad del autor, lo cual fue declarado contrario a los artículos 5.1 y 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por la Corte Europea de Derechos Humanos, y, en consecuencia, ilegal en los casos “Kallweit vs. Alemania” (17.792/07), “Mautes vs. Alemania” (20.008/07) y “Schummer vs. Alemania” (27.360/04 y 42.225/07).

En la actualidad, en España, se debate la aplicación de prisión por tiempo indeterminado a violadores y se proponen diversas medidas como seguimiento psicológico y policial a agresores sexuales excarcelados, penas de “prisión permanente revisable” (similar a la cadena perpetua, pero reversible) para terroristas, y “custodia de seguridad”, que permite prolongar la estancia en prisión del detenido hasta diez años más una vez concluida la condena, sobre agresores sexuales, pederastas y otros delincuentes especialmente peligrosos como narcotraficantes; algo similar a lo establecido en países como el Reino Unido, Francia y Dinamarca, donde se imponen penas en función de “la peligrosidad” o “potencial riesgo” de reincidencia del detenido”.

<sup>47</sup> 1. Concepción de los delitos de peligro se originó en Alemania, porque en la moderna ciencia del Derecho Penal ha tenido gran aceptación la concepción del sociólogo Beck de que la sociedad industrial está siendo sustituida por otro modelo, la sociedad de riesgo. Esta evolución repercutió en el Derecho Penal, en el que se aprecia un cambio en los principios básicos del Derecho Penal liberal tradicional, en aras de una función preventiva frente a los nuevos riesgos de la actualidad (por ejemplo, en el empleo de la energía nuclear, en la industria química, en el medio ambiente, en la utilización de las técnicas derivadas de los progresos de la genética). Se habla, en este sentido, de un Derecho Penal del riesgo (términos que emplea la escuela de Frankfurt encabezada por Hassemer). Las características de este Derecho Penal del riesgo son la protección de bienes jurídicos colectivos, supraindividuales, de contornos imprecisos (la salud pública, la tranquilidad pública, el medio ambiente, determinadas conductas del llamado Derecho Penal Económico, etc.) y la proliferación de los delitos de peligro abstracto.

2. La ampliación del derecho penal al terreno de la puesta en peligro, que representa una característica de la sociedad de riesgo, puede conducir a incriminaciones cada vez más amplias en el campo previo y con bienes jurídicos cada vez más inaprehensibles. Por ello Felix Herzog refiere que existe una “puesta en peligro del derecho penal mediante el derecho penal de la puesta en peligro” (*Gesellschaftliche Unsicherheit und Strafrechtliche Daseinsvorsorge*, bajo el subtítulo *Estudios sobre el adelantamiento del Derecho Penal al terreno de la puesta en peligro*; 1991, pág. 70, citado, aunque con otra postura, por Claus Roxin en su tratado *-Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, t. I, Ed. Civitas, Madrid, 1997, pág. 60-). A nuestro juicio castigar las conductas previas a la lesión o puesta en peligro cierto y concreto de un bien jurídico o las intenciones no es compatible con una concepción de derecho penal propia de un Estado de Derecho, orientada a la protección de bienes jurídicos, y se aproxima peligrosamente a un derecho penal de actitud interna.

ámbito de protección de la norma y comportamiento alternativo conforme a derecho, prohibición de regreso, la aplicación precisa del principio de confianza, el alcance de la competencia de la víctima, elementos normativos del tipo<sup>48</sup> (cfr. los trabajos de **Max Ernst Mayer**).

Deben precisarse la función preventivo-general de la reacción estatal y los contornos de las teorías absolutorias. Y deben examinarse y profundizarse las ideas introducidas en estos últimos tiempos (2015) por Michael Pawlik<sup>49</sup>.

En nuestro ámbito se presentan otros temas controvertidos en orden a la parte general del derecho penal. Veamos brevemente por qué siguen las controversias.

---

<sup>48</sup> Fue Max Ernst Mayer quien concibió los elementos normativos del tipo. Los consideró elementos valorativos, que en parte prejuzgaban respecto de la antijuricidad. Se apartó así del concepto de tipo objetivo no valorativo de Ernst von Beling. Hoy Claus Roxin los denomina elementos de valoración global del hecho y considera que es un método de interpretación de los tipos penales y Günther Jakobs elementos completados normativamente por cuanto tienen por contenido una asignación jurídica. El dilema actualmente planteado estriba en dónde se debe examinar el conocimiento de los elementos de valoración global: ¿en el tipo? ¿en la antijuricidad? ¿en ambos? Esa es la discusión, aunque, siguiendo a Claus Roxin, lo que acepta Hans Heinrich Jescheck, nos inclinamos por su descomposición en dos: todos los presupuestos de valoración global (tanto positivos como negativos) pertenecen al tipo, mientras que la propia valoración de conjunto corresponde a la antijuricidad.

<sup>49</sup> Pawlik, Michael, *Ciudadanía y Derecho Penal. Fundamentos de la teoría de la pena y el delito en un Estado de libertades*, Ed. Atelier, Barcelona, 2016, quien, expuesto brevemente, sostiene que la pena no es un medio de protección preventiva de bienes jurídicos, sino que sirve a la retribución de una agresión contra el Estado de libertades preexistente y jurídicamente configurado. El derecho penal no crea libertad, sino que se encuentra con un mundo ya configurado jurídicamente. Su papel es estabilizador, o es decir un derecho accesorio de protección. Así el delito es la infracción del deber cívico de cooperar al mantenimiento de ese estado de libertades. Los bienes jurídicos, por su parte, constituyen corporeizaciones concretas de libertad ajena. Así en cuanto a la teoría de la pena rechaza la prevención general de intimación y especial porque no fundamentan la pena.

Es necesario brindar cierto orden y coherencia en las penas vigentes tan desajustadas e injustas que se establecen sin armonía en los tipos penales de la parte especial del Código Penal<sup>50</sup>.

Se deben establecer ciertas reglas de mensuración de la pena con criterios generales (por ejemplo, Código Penal Argentino, artículos 40 y 41), que no se han determinado<sup>51</sup> y definir el alcance de la pena natural<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Se critican sus topes máximos y mínimos porque no existe armonía en las penas considerando la lesión que producen. En ese sentido son bajas las establecidas para ciertos delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios público (dádiva, cohecho) y notoriamente elevadas otras (contrabando).

<sup>51</sup> No cabe duda que deben establecerse expresamente ciertas pautas de atenuación; el perjuicio padecido por el imputado por la difusión del caso en la prensa que implicó una ofensa a su honor (una verdadera condena social); la intervención de la propia víctima en el suceso (la concurrencia de culpas debe atenuar la responsabilidad del acusado porque limita la responsabilidad del autor respecto del resultado lesivo causado, criterio que comienza a aplicarse. Así Cámara del Crimen, Sala IV, causa n° 17.988, “Salomón” del 29/04/19) que, en determinados casos, disminuye la responsabilidad, sin suprimir la imputación del denominado autor o la dilación indebida del proceso, máxime cuando la persona permaneció privada de su libertad. Se propone que las dilaciones indebidas deben ser reparadas en la sentencia mediante una compensación de la lesión sufrida “en cantidad de pena aplicada”. Esta postura, en su medida, es asumida sin ambages por la jurisprudencia alemana y española y debe aplicarse siempre en nuestro ámbito en donde se establece que la culpabilidad actúa como presupuesto de la punibilidad y como límite de la pena. Según lo establecido en el sistema jurídico español, el art. 21 del Cód. Penal menciona las circunstancias atenuantes de la responsabilidad y, entre ellas, incluye a “Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores” (punto 6). Las anteriores a que se hace referencia, lo aclaramos, son las exenciones de responsabilidad incompletas (por ejemplo, la legítima defensa, el estado de necesidad, anomalías o alteraciones psíquicas, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad (art. 21.1); la de la actuación a causa de grave adicción (de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos (art. 21.2); la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante (art. 21.3); la de confesar el delito a las autoridades (antes de conocer el procedimiento judicial que se dirige contra él, art. 21.4 y la de reparación de daño o la disminución de sus efectos (art. 21.5). La jurisprudencia del Tribunal Supremo Español introdujo una interpretación del alcance del art. 21.6 del Cód. Penal que incluye, entre las circunstancias atenuantes analógicas, a las dilaciones indebidas. En efecto, el acuerdo pleno de la sala segunda del Tribunal Supremo, del 21 de mayo de 1999, estableció que “La solución jurisdiccional a la lesión producida por la existencia de un proceso con dilaciones indebidas, es la de compensarla con la penalidad procedente al delito a través de la circunstancia de análoga significación del art. 21.6 del Cód. Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777, véase también la sentencia del Tribunal Constitucional 153/2005, del 6 de junio –fundamento de derecho 6º- y las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 15 de julio de 1982 –“caso Eckle”- y 23 de abril de 1987 –“caso Lechner y Hess”-). Ampliamente, Villar, Mario A., *La duración excesiva...*, LA LEY, 2004-D, 517, comentando el fallo del Tribunal Supremo de España, sala 2da. en lo Penal, 30/9/2003, “Andrés Ignacio y otros”, en los que, precisamente, se aplicó la circunstancia de atenuación de análoga significación por las dilaciones indebidas ocurridas en el trámite de la causa –en el caso, más de siete años desde la comisión de los hechos por los que se condenó al acusado–. La jurisprudencia tanto nacional como extranjera consideran que la excesiva duración del proceso penal es un mal que va más allá de lo que el imputado debe soportar normalmente, en cuanto a proceso, por el hecho cometido. Este mal sufrido después del hecho debe ser considerado, sin



Todos deben aceptar que la condena de cumplimiento efectivo es la excepción y la condicional es la regla<sup>53</sup>, aunque importe una facultad para el tribunal (la ley establecía que “será facultad de los tribunales”, el término “podrá”). El instituto de la condenación condicional (Código Penal art. 26) tiene por finalidad evitar la imposición de condenas de efectivo cumplimiento en caso de delincuentes primarios u ocasionales imputados de la comisión de conductas ilícitas que permiten la aplicación de penas de hasta tres años de prisión<sup>54</sup>.

Y aún siguen en discusión el alcance de la probation y el juicio abreviado, cuya legitimidad aún se discute.

---

embargo, como abono de la sanción, pues la sanción resultaría desproporcionada si no se tuviera en cuenta, en la individualización de la pena, que el autor ya ha tenido que soportar la lesión de un derecho fundamental”. Este criterio, en especial en cuanto a la inutilidad de la pena luego de transcurrido un prolongado lapso desde la comisión del hecho, lo propiciaron el TOral Crim. Nro. 9 en la causa N° 1300, fallo inéd., autos “M., Jorge Alberto”, del 2/3/2007 y la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Paraná (autos “Lasso, Ricardo y otros s/ falsificación de documento público”, 1996-I-318 y “Baguet, Claudio y otros s/ uso de documento falso”, 1999-I-246) que directamente consideró innecesaria aplicar una pena atento el tiempo transcurrido entre el hecho y la sanción. En lo demás, Cúneo Libarona, Mariano y Augusto Nicolás Garrido, “Derechos y Garantías Procesales en el Código Procesal Penal de la Nación”, en *Tratado de Derecho Procesal Penal*, dirigida por el Dr. Miguel A. Almeyra y el Dr. Julio C. Báez, bajo la coordinación del Dr. Adrián R. Tellas, Ed. La Ley, 2015.

<sup>52</sup> Se trata de aquellos casos en que el imputado sufrió como consecuencia del hecho un perjuicio o dolor considerable. Expuesto en ejemplo, al huir del lugar cae y queda parálítico o el conductor del vehículo que choca por su negligencia con otro automotor y produce daños entre ellas, por ejemplo, la muerte de su esposa e hijo menor.

<sup>53</sup> CS, Fallos S.579.XXXIX, “Schilario, Adrián” del 08/08/06 en el que presentamos esta postura que la corte acepta. En contra distintos tribunales Sup. Corte Justicia de Mendoza, Sala II, “Fiscal v. Ávila” del 23/04/71; Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala I, 25/09/97; STJ de Río Negro, “Vertiz, Carlos A.” del 19/08/98 y otros.

<sup>54</sup> El fundamento es la imposibilidad de alcanzar en tan breve lapso de prisión el fin de la prevención especial positiva que informa el art. 18 de la Constitución Nacional. Nuestra Corte (Fallos 327:3816) ha sostenido que la condena de ejecución condicional procura evitar la pena corta de prisión para quien pueda ser un “autor ocasional” y que “la razón por la cual la condena condicional se limita a la pena corta de prisión es porque el hecho no reviste mayor gravedad, lo que sucede cuando la pena no excede de cierto límite o cuando no provoca mayor peligro de alarma social, es decir cuando el sujeto no es reincidente”.

Se cuestiona seriamente la implementación del régimen del arrepentido pero existe un punto sobre el cual nadie puede tener dudas: debe garantizarse la declaración libre y voluntaria del imputado, sin que se presionase con restricciones físicas o morales para obtener su declaración.

Veremos qué utilidad y capacidad de rendimiento brinda la ley 27.401 de responsabilidad penal empresaria, una herramienta necesaria, pero cuya aplicación efectiva aún no hemos percibido<sup>55</sup>.

Recibimos con satisfacción la puesta en vigencia de los acuerdos conciliatorios entre la víctima y el imputado (artículo 34 del Código Procesal Penal Federal que se viene), los institutos de la conciliación y la reparación integral de perjuicio producido por el delito (causa de extinción de la acción penal prevista en el artículo 59 inc. 6 del Código Penal de la Nación)<sup>56</sup> y la regulación de criterios de oportunidad (artículo 31 del Código Procesal Penal Federal contemplado como causa de extinción de la acción penal en el 59 inc. 5 del ordenamiento sustantivo en materia penal). Veremos sus resultados en la práctica forense, pero son herramientas muy útiles que finalmente, con mucha demora, establecieron en nuestro sistema<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Sobre sus aciertos y problemas, entre muchos, cfr. Orce, Guillermo y Trovato, Gustavo F., “El compliance como fidelidad al derecho”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año VIII, n° 4, Mayo 2018, págs. 332 y sgtes.

<sup>56</sup> No hemos inventado una cura para el delito. Ninguna sanción ha probado un mínimo de eficiencia. Pues que resuelvan el conflicto las partes con control de jueces y fiscales.

<sup>57</sup> Cfr. distintos autores como Claus Roxin y Julio B. J. Maier en la obra colectiva *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 1992 y Neuman, Elias, *Mediación y Conciliación Penal*, De Palma, Bs. As., 1997.

Por lo demás, en general, se percibe la relajación de garantías (principios de inocencia, libertad durante el curso del proceso, aplicación del in dubio pro reo, plazo razonable, etc.) y la intromisión del poder en ámbitos privados (injerencias arbitrarias)<sup>58</sup> en busca de una presunta eficacia dirigida a la seguridad general.

Y existen temas generales muy importantes aún no resueltos y sobre los que existe una asignatura pendiente (eutanasia, aborto, etc.).

Muchos delitos previstos en la parte especial se discuten en orden a su legitimidad (aborto, enriquecimiento ilícito de funcionario público, asociación ilícita)<sup>59</sup>, su necesidad y el fundamento de su tipicidad (incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cheques sin fondo) a la luz del principio de última ratio y subsidiariedad.

En otro sendero se debe establecer una política criminal coherente y sostenida en el tiempo vinculada al derecho penal.

En fin, pretendemos destacar en este primer punto la enunciación y nuestro breve examen de algunos temas controvertidos en la dogmática

---

<sup>58</sup> En especial, en interrogatorios policiales, requisas a la persona, allanamientos de domicilios, interceptaciones telefónicas y en la apertura de teléfonos celulares y computadoras para lo cual se pide ilegítimamente la colaboración del imputado o directamente se recurre a la fuerza.

<sup>59</sup> Cfr. al respecto, en la jurisprudencia, el voto del juez Edgardo A. Donna en CNCrim y Correc., sala I, “Vallone, José A.”, del 11/6/1998, y en la doctrina, D’Albora, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación...*, ob. cit., p. 25; Sancinetti, Marcelo A., quien desarrolla ampliamente estos conceptos en *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994; Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 838, entre otros.

penal, la teoría del delito y la parte general del derecho penal. La filosofía del nuevo derecho penal se encuentra en examen, sujetos a una constante revisión y en plena evolución, enfrentando a distintas posiciones aún no del todo definidas.

Nos preguntamos:

¿Cuál es el sistema postfinalista?

¿Cuál es, en definitiva, el sistema normativista del delito?

Esperemos. El tiempo nos dará la respuesta<sup>60</sup>.

Sin duda contamos con un sistema, entendido como un instrumento idóneo para la aplicación ordenada del derecho penal y de la teoría del delito, que conforma una estructura compuesta por los diferentes elementos que integran el delito (a diferencia del intuitivo régimen anglosajón por ejemplo). Sobre eso estamos todos de acuerdo. Pero aún no existe un criterio uniforme, reconocido, aceptado, que pueda llevarse a la práctica general y que genera la seguridad necesaria. No olvidemos que el sistema neoclásico empezó con Franz Von Liszt (en su Programa de Marburgo –1882-), se

---

<sup>60</sup> Así el tiempo en nuestro país nos dio la respuesta respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas, un tema que se discutió mucho. En nuestro sistema penal, como en casi todos los provenientes del derecho continental europeo, regía el principio por el cual las personas jurídicas no pueden delinquir (sólo se puede aplicar sanciones administrativas o civiles). En cambio, para la cultura jurídica anglosajona y para la legislación francesa, por ejemplo, es admisible la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En ese sentido se expidió nuestra Corte Federal en el caso “Fly Machine S.R.L. s/ recurso extraordinario”, del 30 de mayo de 2006, publicado en Diario Judicial, del 27 de junio de 2006. Cfr. Cúneo Libarona, Mariano, “Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”, publicado en La Ley, 30/10/2014, 1 - LA LEY2014-F, 723, cita online: AR/DOC/3340/2014

perfeccionó con Ernest Von Beling<sup>61</sup> (1906) y Karl Binding (1916) y tuvo un tiempo de maduración en el período comprendido entre 1890 y 1930 con el gran aporte de Reinhard Von Frank (especialmente en orden a la culpabilidad). Por ese entonces llegó la teoría final de la acción de Hans Welzel (a quien siguieron posteriormente, aunque con distintas variantes, sus discípulos: en Alemania Günther Stratenwerth, Armin Kaufmann, Hans Joachim Hirsch y en España: José Cerezo Mir, Enrique Bacigalupo, sólo por citar a algunos), los lineamientos del sistema neoclásico que expuso Edmund Mezger (1931) y, finalmente, desde 1970 aproximadamente, emergieron con fuerza las ideas de Claus Roxin y Günther Jakobs<sup>62</sup>, por lo cual el postfinalismo lleva tan sólo, como mucho, un poco más de cincuenta años de análisis y estudio profundo.

Pues bien, concluyendo, en nuestra opinión, estos temas serán el centro de estudio en el ámbito de la dogmática penal en los próximos años y deben develarse.

---

<sup>61</sup> En 1906 Ernest Von Beling creó el concepto del tipo que presentó en su monografía *La teoría del delito*.

<sup>62</sup> El sistema racional-final (o teleológico) o “funcional” del derecho penal, fundado en conceptos neokantianos y neohegelianos, rechaza el punto de partida del finalismo y considera que “el sistema jurídico-penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.), sino que única y exclusivamente puede guiarse en finalidades del derecho penal.

## II.

### El Derecho Penal hoy. Demanda de solución de problemas versus mantenimiento de los principios constitucionales<sup>63</sup>

#### 1. El punto de partida

Aclaro que este tema tan interesante vinculado al estado en que se encuentra la dogmática penal y la teoría del delito en la actualidad, no será el motivo central de mis reflexiones. Antes bien, me dedicaré a examinar cuál es la situación que se atraviesa en general.

¿Para qué está el Derecho Penal?

Pues bien, brevemente, desde el punto de vista aquí adoptado la misión del derecho penal es la de todo derecho, porque el derecho penal es sólo una parte del derecho en su totalidad que, dicho sintéticamente, es la regulación de la convivencia

---

<sup>63</sup> Sobre el tema en general puede consultarse, Hassemer, Winfried, *Crítica al Derecho Penal de Hoy*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998; Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, ob. cit.; del mismo autor *La expansión del Derecho Penal - Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, 2da. edición, Editorial BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2006; Crespo, Eduardo Demetrio, *Acerca de la contraposición y seguridad en el Derecho Penal*, texto de la conferencia pronunciada en el Coloquio Internacional celebrado en la Universidad Nacional Autónoma de México (19/4/2005). Entre nosotros, Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989 y *El Enemigo en el Derecho Penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006; Yacobucci, Guillermo, *La deslegitimación de la potestad penal*, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 349; Pastor, Daniel R., *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa de desprestigio actual de los derechos humanos*, Nueva Doctrina Penal, 2005-A, Editores del Puerto; Rusconi, Maximiliano A., *Las Fronteras del Poder Penal*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2005.

humana<sup>64</sup> (orden, paz y armonía), la protección de determinados bienes jurídicos<sup>65</sup> y, en especial, el establecimiento de límites al poder del Estado.

## **2. La opinión general**

En efecto, la convivencia en sociedad requiere de un orden, regulado a través de disposiciones jurídicas, en el que el individuo pueda vivir y desarrollarse libremente, en paz y armonía sin ser lesionado por otros<sup>66</sup>.

Empero, frente a esa directiva, se entiende que algo anda mal y el sistema penal no funciona. No cabe duda que en los países latinoamericanos la sociedad, en general, considera que es ineficiente, inoperante, contradictorio, poco creíble, nada confiable y no responde a ninguno de sus fines primarios. Se piensa, con mayor o menor fundamento, que está sometido en una profunda crisis y que no tiene solución<sup>67</sup>, por más reformas, totales o parciales, que se implementen.

---

<sup>64</sup> Por ello, el derecho penal se compone de todos los preceptos que regulan las consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad.

<sup>65</sup> Durante mucho tiempo, el concepto de bien jurídico ocupó un lugar fundamental dentro de los criterios de legitimación de la potestad penal del Estado. Este concepto opera como límite del ejercicio sancionador de esa potestad. No obstante ello, como sostiene el profesor Guillermo Yacobucci, en nuestro tiempo, para algunos, por el contrario, la noción de bien jurídico, no parece igualmente útil como instancia de evaluación legitimante de la potestad penal. La norma ha venido a desplazar este concepto del centro de la escena penal y con ello la obediencia y fidelidad al derecho han reemplazado a la idea de ofensividad tradicional (postura del profesor Günther Jakobs). Por eso el modelo de delito de lesión ha perdido espacio progresivamente frente a las formas legislativas de los delitos de peligro abstracto (cfr., ampliamente, Yacobucci, Guillermo, *La deslegitimación de la potestad penal*, ob. cit., pág. 349).

<sup>66</sup> Para ello existen el derecho penal y el derecho procesal que son, precisamente, dos ramas del derecho público. El derecho penal material regula la formación de la pretensión penal estatal y el derecho procesal penal el procedimiento necesario para su comprobación e imposición, su finalidad es la realización de las diligencias probatorias conducentes al descubrimiento de la verdad real.

<sup>67</sup> Una encuesta publicada en la República Argentina informó: (1) que el 77% de los argentinos conoce poco o nada la Constitución Nacional, (2) que el 85% opina que no se respeta su texto ni las leyes, (3) que los más

Existe una considerable insatisfacción social respecto al ejercicio del poder punitivo frente a las exigencias públicas<sup>68</sup>. Inclusive ya algunos se refieren al fracaso, que califican de rotundo, de los fines del discurso penal.

Y debemos tener presente que en un Estado de Derecho<sup>69</sup> el derecho penal sólo resulta legítimo, útil y necesario si cumple sus objetivos.

---

bajos niveles de confianza recaen en el Poder Judicial y (4) el 51 % de los ciudadanos piensan que la Corte Suprema de Justicia y los jueces son poco o nada independientes.

<sup>68</sup> En ese sentido, entre muchos, Alessandro Baratta, en *Criminología Crítica y Crítica al Derecho Penal*, Siglo XXI editores, México, 1986, pág. 218; Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, ob. cit., págs. 131/6 y, sinceramente, creo que así opina toda la sociedad.

<sup>69</sup> El Estado de Derecho, expresión adjudicada a Robert R. Von Mole en 1832, es una creación cultural necesaria para proteger al individuo de las arbitrariedades del poder (Marsh, Norman S., *El imperio de la ley en las sociedades libres* en Congreso Internacional de Juristas, Nueva Delhi, 1959, pág. 219, Ed. Comisión Internacional de Juristas de Ginebra, 1959), por la cual toda la actividad estatal se debe adecuar a las normas jurídicas dictadas por el propio Estado. En este ámbito todos, hombres y Estado, están obligados a desenvolverse dentro del marco de la ley. El Estado de Derecho es lo contrario a la arbitrariedad, la desproporción, el proceder irracional y abusivo. En oposición, encontramos el Estado policía y la concepción totalitaria, como ser el modelo de Estado que Radbruch denominó “Derecho penal terrorista del fascismo” o, dicho en forma más concreta, sistemas ilegítimos como los regímenes autocráticos de Rusia (1918, el comunismo), Italia (1922, el fascismo) y Alemania (1933, el nacionalsocialismo). La idea del Estado de Derecho se encuentra estrechamente vinculada con el movimiento constitucionalista, que lo respalda y complementa, que surgió, en especial, de forma manifiesta y visible, con las experiencias históricas de las repúblicas democráticas y liberales desarrolladas en Estados Unidos de Norteamérica y en Francia en el siglo XVIII. En la primera, el sistema estuvo, en sus orígenes, ligado primordialmente al principio de legalidad constitucional, es decir, al de supremacía constitucional (ya en 1803 la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos efectuó el control de constitucionalidad de una ley del Congreso de la Unión en el caso “Marbury vs. Madison”). En cambio, en el modelo francés, al principio de legalidad y al sometimiento a los derechos naturales, inalienables e imprescriptibles del hombre y el ciudadano como entonces los proclamaron (cfr. Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano dictada en Francia en 1789, en especial su art. 16). Pero, después de la Segunda Guerra Mundial, se difundió en Europa el modelo de constituciones rígidas y de control de constitucionalidad de las leyes ordinarias dando paso a lo que allí se denominó “Estado Constitucional de Derecho”. Debe recordarse que ese control se ejerció en los países europeos a través de los Tribunales Constitucionales, de perfil diferente al de las Cortes Supremas creadas según el diseño norteamericano. Esa concepción jurídica hizo pie en el reconocimiento de los derechos fundamentales de todas las personas -luego de la violación sistemática de tales derechos, antes y durante la Segunda Guerra Mundial- y en las garantías jurisdiccionales que debía brindar el Estado para asegurarlos. Según se ha señalado, este fenómeno produjo cambios notables: en las condiciones de validez de las normas -éstas dependerían, en adelante, de su concordancia sustantiva con la Constitución-; en el “estatuto epistemológico de la ciencia jurídica”, pues la discordancia entre ley y Constitución requeriría, a la vez, de una explicación y de una “crítica”; y en el papel asignado a la jurisdicción que podría invalidar la ley contraria a la Constitución aunque, con ello, se pusiera en entredicho la “naturaleza de la democracia” pues aquel paradigma le imponía límites. A esa transformación en los alcances del Estado de Derecho en su paso hacia lo que se denomina el Estado Constitucional de Derecho, debe agregarse el impulso otorgado a la protección internacional de los



Y no cabe duda, aunque el sistema penal no es el culpable, que algo anda mal cuando muchas leyes son transgredidas por muchos tan a menudo, cuando la sociedad no cree en las leyes, cuando muchos ni siquiera saben que ciertas leyes existen, cuando se tiene temor en las calles, cuando la violencia aumenta, cuando las estadísticas de la comisión de delitos alarman, cuando las cárceles están plagadas de seres humanos (muchos a quienes aún se considera inocentes, esperando que tal vez en el futuro un veredicto firme demuestre lo contrario), cuando se absuelve a tantas personas que estuvieron presas en forma provisional –como “cautela” o “por peligro”-. En fin, cuando no se confía en el modelo jurídico adoptado y el tiempo nos pasa.

Es evidente, entonces, en ese marco general, que se cuestiona seriamente la capacidad del sistema penal para cumplir con sus objetivos básicos y más elementales.

---

derechos humanos al finalizar la Segunda Guerra Mundial, primero con declaraciones en las que los Estados parte reconocían derechos y garantías universales; luego con los deberes que los mismos Estados asumían, muy concretamente, en orden a proteger los derechos, prevenir sus eventuales violaciones o reparar las consecuencias de estas últimas. A partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y hasta la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) en el orden regional -ambas con jerarquía constitucional en la República Argentina desde 1994- puede observarse una evaluación notoria en orden a la mayor precisión en los deberes que asumen los Estados en materia de derechos humanos. Sobre todo, cuando los Estados reconocen expresamente la jurisdicción de organismos y tribunales internacionales en lo relativo a la interpretación y aplicación de los Tratados que declaran y protegen aquellos derechos. En esta línea puede señalarse la enumeración de deberes de los Estados parte, establecida en varias convenciones. Por ejemplo, los Estados se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidos en el Tratado; a *garantizar* su pleno ejercicio sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social; a *adoptar* las medidas legislativas, o de otro carácter de derecho interno, si éstas no estuvieran vigentes, a fin de poner en ejercicio los derechos reconocidos por el Pacto; a *adoptar* las providencias necesarias para el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales, en la medida de los recursos disponibles (cfr., en un todo, Gelli, María Angélica, *Consideraciones simbólicas por violación estatal de los Derechos Humanos*, examinando el caso “Castro Castro vs. Perú” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos publicado en LA LEY Sup. Constitucional (2007) febrero, 69 y Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 32).

Y cuando una sociedad no cree en el derecho penal, uno de los dos está equivocado: o la sociedad o el derecho penal o acaso ¿estarán los dos? o ¿ninguno? Ya veremos, pero lo cierto es que la cárcel no es sinónimo de justicia, como creen muchos sin formación ni información. La pena de prisión es el último recurso y solo para ciertos y limitados casos (graves y necesarios). Justicia es otra cosa. En ese orden es aplicar una pena efectiva o condicional justa y proporcional al delito cometido y, en muchos casos, lo es arribar a una probation o a un método alternativo de solución de conflictos, un fallo absolutorio o un sobreseimiento no es necesariamente impunidad (es el resultado de la prueba colectada en el proceso verificada por el fiscal, las querellas en su caso, e instancias superiores de control).

### **3. La situación en la Argentina y en América Latina en general**<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> Y detengámonos por un instante y veamos qué sucede en el mundo en cuanto al respeto por los derechos humanos (2005/2008). En el orden internacional la situación no es ideal. Frente al choque de civilizaciones, culturas o ideologías, tan sólo en el marco de las Naciones Unidas se acusó a Rusia por abusar de su población y cometer crímenes de guerra contra Chechenia; a China por las múltiples violaciones perpetradas a los derechos humanos; a Estados Unidos por los bombardeos efectuados en 1999 contra Serbia, censurando el término “daño colateral” empleado al referirse a las muertes civiles provocadas. ...Vietnam, Bosnia, Bagdad... Y recordemos que el gobierno norteamericano decidió no ratificar el tratado constitutivo de la Corte Penal Internacional. Y no hablemos de la cárcel de Guantánamo, del alcance del acta patriótica o de la cárcel de Abu Ghraib tan criticadas por el Parlamento Europeo, Amnistía Internacional y por los relatores de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En Rusia, no hace mucho, la vida valía bien poco merced de las prácticas ilegales llevadas a cabo por la policía rusa (en Moscú hubo más de 200 personas que fallecieron o quedaron inválidas a causa de las torturas y las palizas que sufrieron en manos de la policía). En los primeros 10 años de la Federación de Rusia, 132 banqueros y 261 periodistas murieron asesinados por sicarios. En el mes de octubre de 2006 fueron abatidos por asesinos a sueldo Andréi Kozlov, vicegobernador del Banco Central, responsable de las investigaciones por lavado de dinero dirigidas contra entidades bancarias y la periodista de investigación Anna Politkóvskaya. Y tengamos en claro lo que sucede en ciertos países de Latinoamérica Guatemala, Honduras y El Salvador que presenta características de “la guerra fría”, con torturas, secuestros y asesinatos. Una campaña de limpieza social clandestina. O, si me equivoco, que le pregunten a los serbios, a los bosnios, a los croatas, a los kosovares. En Cuba no cesan los atropellos a la libertad. En Brasil el ejército combate el delito en las favelas de Río de Janeiro mientras desde Brasilia se dispuso la libertad de 4.113 “esclavos” sometidos a trabajos forzados en la frontera agrícola ubicada sobre la selva amazónica (Mato Grosso y Pará). Birmania, Corea del Norte, Irán, Turquía y Zimbabwe son considerados asentamientos de la tiranía. Belarús, la última dictadura de Europa, bajo el régimen de Lukas Henko, tuvo el peor récord de violación a los derechos humanos (según la Federación Internacional de Derechos Humanos de Helsinki). Y pensemos en lo que ocurre en los países africanos. Sobran los ejemplos. Tenemos un planeta globalizado, pero sin rumbo: se podría afirmar que ya estamos en la tercer guerra mundial y no nos damos cuenta, el caos sangriento de Irak; disturbios en las grandes ciudades francesas por la revuelta de los banlieues magrebíes (jóvenes hijos de inmigrantes, pero que, en definitiva, son ciudadanos

En la Argentina y en muchos países de América Latina, en los últimos años, la ola de inseguridad, marcada por un significativo aumento en la comisión de delitos<sup>71</sup>, algunos con amplia repercusión pública, ha monopolizado la atención de la sociedad y ocupa uno de los primeros lugares entre los temas que movilizan la demanda social<sup>72</sup>.

Es indudable que hoy existe una situación de transculturación, cambios sustanciales en la forma de vida y de clase social, una mutación en nuestras pautas de valoración general y, particularmente, variaciones en nuestras normas de procedimiento comunitario con una manifiesta tendencia transgresora. Pensamos que no exageramos si sostenemos que existe un culto a la transgresión. La palabra y la confianza no son ni valen

---

franceses, que se sienten marginados y discriminados) o por las manifestaciones llevadas a cabo, en marzo de 2006, por profesores, trabajadores, sindicalistas, desempleados e incluso jubilados para abolir la ley del contrato del primer empleo (dirigida, según se dice, a aumentar las contrataciones al permitir que los empleadores despidan a los nuevos trabajadores sin causa alguna en sus primeros años de labor); quejas en España por la paz o por la guerra con la ETA; el terrorismo de radicales islamitas con atentados sangrientos en distintos países; invasiones de la superpotencia; enfrentamientos en Venezuela; Israel y Palestina, India-Paquistán- Chechenia, Siria el sunnita contra las comunidades chiítas en Irak y Paquistán; Inglaterra, Irlanda y en su momento el Ira, etc., etc., etc.. Europa es invadida por África, los Estados Unidos por México y se levantan muros, como en la época feudal, para impedirlo. La Unión Europea no tiene Constitución. Y veamos, nuevamente, en China, por un lado, los juegos olímpicos y su reconocido desarrollo económico, pero, por otro, ahora ampliará la inyección letal para ejecutar a los condenados a muerte en detrimento del disparo en la nuca. “La inyección es más humana”, dijo, en enero de 2008, Jiang Xingchang, vicepresidente del Tribunal Popular Supremo. En fin, esta es la realidad de hoy, en cualquier ámbito global y se verifica en lo que atañe a la paz, la pobreza, la seguridad, la corrupción, los derechos humanos –sus logros y sus fracasos-. A todos, aunque en diferentes medidas, nos afectan esos males, por lo cual se requieren enérgicas respuestas globales, es decir “mundiales”. Vuelvo sobre ese término dada su importancia. En efecto, sólo con la adopción de mecanismos multilaterales adecuados y firmes será posible acceder a las aspiraciones de prosperidad, solidaridad y justicia que necesita la humanidad.

<sup>71</sup> En la República Argentina una estadística realizada por la Policía Federal informa que en la Capital Federal las denuncias se incrementaron durante el 2006 en un 11%. Se destacó que la sustracción de vehículos creció el 15,31% y se registra un llamativo aumento en los homicidios.

<sup>72</sup> En el ámbito de la ciudad de Buenos Aires una encuesta realizada por la “Fundación Grupo Sophia”, en enero de 2006, da cuenta que del total de los entrevistados el 26,5% coincidió en señalar a “la inseguridad” como el principal problema que aflige a los argentinos, luego se ubican el desempleo (16,2%), la pobreza (15%) y la corrupción en los funcionarios del gobierno (12,7%). (del Diario “La Nación”, del 19 de febrero de 2006, sección Información General, pág. 27).

lo que eran en otros tiempos<sup>73</sup>. La moral no es la misma. El incumplimiento y la infracción a las normas están a la orden del día. No hay respeto, educación ni diálogo.

La pérdida de valores es una característica de nuestros tiempos. La familia y el colegio o la escuela no son lo que eran en otra época. La calle ya no es la misma. Hoy existen muchos peligros (violencia, droga, tráfico de rodados, etc.). El ciudadano argentino se ha convertido en alguien naturalmente transgresor de la ley. La cuestión ha llegado a un punto en que, en ocasiones, la costumbre y el hábito llevan a no advertir que con una determinada acción u omisión se está vulnerando la ley.

Somos un país económica, moral y socialmente en crisis en el que impera un clima de desorientación y desilusión general.

En este análisis, cabe tener en cuenta que en estos últimos años atravesamos una guerra externa y otra interna, dictaduras, democracias poco sólidas, crisis políticas, económicas y sociales. De todo. Tuvimos muchos muertos y muchos vivos.

No obstante ello, nadie puede dudar que tenemos un Estado ineficiente, que no cumple sus funciones esenciales, que no crea trabajo, industrias,

---

<sup>73</sup> En el mundo actual, la mentira parece ser una característica (o requisito) de algunos políticos, ciertos periodistas o de no pocos abogados, etc., pero hoy se amplió hasta “los científicos” sobre quienes siempre se tuvo respeto. El reciente caso del doctor Hwang y sus logros en la obtención de células madre es un buen ejemplo. Y existieron otras grandes mentiras descubiertas, en estos últimos tiempos, en el mismo campo: el doctor Raen B. Singh, experto en alimentación y sus estudios sobre la comida y el riesgo de ataques al corazón en personas con dolencias cardíacas; Hendrix Schön, joven prodigio alemán de la Física y sus trabajos de electrónica molecular. En fin, lamentablemente, el embuste parece una constante de nuestros días.

producción, escuelas. No brinda educación<sup>74</sup>, cultura, salud, vivienda<sup>75</sup> y seguridad<sup>76</sup>, en la medida en que la población lo requiere. No se fomenta la inversión<sup>77</sup>. No se ataca la corrupción, con el enorme daño que provoca.

No existe un plan serio orientado a suministrar igualdad de oportunidades, a generar más empleos y a reducir los altos índices de pobreza. Y al respecto sostenemos con énfasis que el mejor remedio contra la delincuencia es el empleo<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> Cesare Beccaria, en el capítulo 45 de su obra *De los delitos y de las penas*, expresaba: “Educación. Finalmente, el más seguro, pero más difícil medio de evitar los delitos es perfeccionar la educación, objeto muy vasto, y que excede los límites que me he señalado; objeto (me atrevo a decirlo) que tiene vínculos demasiado estrechos con la naturaleza del gobierno para permitir que sea un campo estéril, y solamente cultivado por un corto número de sabios. Un grande hombre, que ilumina la misma humanidad, que lo persigue, ha hecho ver por menor cuáles son las principales máximas de educación verdaderamente útiles a los hombres, esto es, basarse menos en una estéril muchedumbre de objetos, que en la elección y brevedad de ellos; en sustituir las copias por originales en los fenómenos así morales como físicos que el accidente o la industria ofrece a los tiernos ánimos de los jóvenes; en guiar a la virtud por el camino fácil del sentimiento, y en separar del mal por el infalible de la necesidad y del inconveniente, en vez de hacerlo por el incierto del mando y de la fuerza, por cuyo medio se obtiene sólo una ficticia y momentánea obediencia” (p. 120/1).

<sup>75</sup> En junio de 2012 se informó algo alarmante: tres millones de familias residen en lugares precarios y se presupuestan gastos que luego no se hacen (diario La Nación p. 1 y 2 del 17/6/2012, sección economía). Unas 4000 familias viven en casas usurpadas. Es indudable que existe una inquietante expansión de villas miserias, lo que representa “una bomba de tiempo” por la criminalidad que genera.

<sup>76</sup> En el presupuesto de 2012 se contempla solo en millones de pesos 10.120 en justicia, 16.295 en seguridad interior, 24.983 en salud, 281.887 en educación y cultura, pero se destinan 30.939 en administración gubernamental, 34.903 en servicios de defensa y 102.572 en servicios económicos (?).

<sup>77</sup> La República Argentina es uno de los países con menos inversión extranjera. En efecto, durante el transcurso del año 2005, por ejemplo, prácticamente no figuró en el ranking de mercados emergentes que recibieron más Inversión Extranjera Directa (IED). Con tres mil doscientos millones de dólares ingresados, el país consiguió ubicarse sólo arriba de naciones mucho más pequeñas como Eslovaquia o Chipre, pero por debajo de todo el resto. Así lo reveló un informe de la calificadora Standard & Poor’s, en el que se revela que Latinoamérica recibió 20% de la IED dirigida a mercados emergentes, totalizando setenta y dos mil millones de dólares. Los inversores eligieron como destino preferentemente a México (u\$s 17.200 millones), Brasil (u\$s 15.600 millones) y Chile (u\$s 7.000 millones). La Argentina no sólo se ubicó entre los países menos receptivos de inversiones del exterior, sino que, además, fue uno de los pocos que sufrieron una caída respecto del nivel de 2004, que llegó nada menos que al 22%. Al contrario, la IED para mercados emergentes creció 17,7% que, de todas maneras, resultó un ritmo inferior al aumento de 47,1% registrado en 2004. En 2012 la Argentina quedó en lista de espera tras Brasil (67.690 millones) y Perú (8.119 millones) sólo con 5.755 millones, seguramente por la excesiva intervención del gobierno, que en ocasiones da miedo, el autoritarismo económico existente, falta de seguridad jurídica (la nacionalización de YPF es un ejemplo), el control de cambios y el cepo a toda transferencia al exterior. La falta de inversión extranjera atenta contra la educación, la cultura y el empleo y permite pensar que ya fracasó la continuidad de la alegada expansión económica o, simplemente, “el modelo” económico. Y sin inversión no hay trabajo, hay más delitos. La cuestión es simple.

En nuestros días, se atiende sólo el presente sin pensar en el futuro. Nada se planifica pensando en el tiempo que vendrá y en nuestros hijos.

No se presta atención a la miseria, a los débiles y a “los vulnerables”<sup>79</sup>. No se crea una cultura ética, no se predica a través de la honestidad y del ejemplo. No se ataca a fondo la corrupción pública y la privada.

Solo se crean más y más delitos, se aumentan en forma desproporcionada las penas de los ya existentes, se concede más poder a las fuerzas de seguridad y se recurre a prácticas de investigación ilegítimas. Se actúa luego del hecho, nunca antes. Se atacan los efectos, no las causas del delito y se desatiende a las personas encarceladas, los que, en numerosas ocasiones, vuelven a incurrir en nuevos delitos<sup>80</sup>.

Y, no debemos olvidarlo, el desempleo<sup>81</sup>, la falta de educación, la insalubridad, la posibilidad de acceso a una vivienda, a servicios básicos

---

<sup>78</sup> Uno de los mayores problemas actuales en el mundo es el aumento de la brecha entre ricos y pobres. Esta distancia sigue aumentando. Los ricos construyen barreras en todas partes para dejar fuera a los pobres. Los alejan, los separan, les disgustan. Esas barreras pueden ser de cemento, legales o ilegales, físicas o virtuales; pueden ser mecanismos de control. De todo.

<sup>79</sup> Lo expuesto no es ajeno al Derecho Penal, a la Criminología y a la política criminal. No debemos perderlo de vista para comprender el alcance de la cuestión examinada. Y por ese motivo los ejemplos actuales y los que ocurrieron a lo largo de la historia abundan.

<sup>80</sup> En nuestros días, pese a las nuevas disposiciones legales, no se enfrenta con seriedad “la crisis” o “el problema carcelario”. En la cárcel la persona detenida solo aprende a sobrevivir, a ser oportunista, a explotar a otros, a preocuparse nada más que por sí mismo y, en general, no existe la solidaridad (cfr. la entrevista al sociólogo francés Loic Wacquant publicada en el diario La Nación del 14/5/2000, sección 7, “Enfoques”, p. 3).

<sup>81</sup> El desempleo genera frustración, desaliento, imposibilita la inserción laboral y estudiantil, deteriora todas las relaciones incluyendo la familiar, potencia todos los conflictos sociales, desbarata la cultura del trabajo y del esfuerzo y determina los peores errores de conducta. Lo señala la experiencia de nuestro país y en el mundo. En la Argentina (2005) se calculó que 380.000 jóvenes entre 4 y 21 años de edad no asisten al jardín

dignos y a iguales oportunidades de estudio y trabajo<sup>82</sup>, el hambre y la pobreza<sup>83</sup>, que es un arma de destrucción masiva y debe ser la mayor causa motivadora de la comisión de delitos<sup>84</sup>, parecen no ser del todo consideradas<sup>85</sup>.

Lamentablemente y por culpa nuestra, los jóvenes no tienen el sacrificio, la responsabilidad ni el nivel cultural que se presentaba hace años.

---

de infantes o la escuela y no trabajan o estudian. En la provincia de Buenos Aires hay 12.000 que no saben leer ni escribir. En septiembre de 2012 advertimos que el problema se ha incrementado. El índice de desocupación es de 7,2% y corresponde a 1,12 millones de personas. En la juventud eso que debería ser un divino tesoro, en el 2012, la situación es la siguiente: un 13.2 % de los chicos entre 12 y 17 años no va al colegio, el 35% entre 15 y 24 no estudia ni trabaja, la tasa de desempleo de los menores de 30 años es del 20% en los varones y el 25% en las mujeres y esto es increíble, se afirma que el 54% de los jóvenes vive en la pobreza. Este es nuestro panorama actual, el futuro es aterrador.

<sup>82</sup> La desigualdad mundial es pavorosa: apenas el 10% de los países más ricos del mundo controlan el 70% de las riquezas del mundo disponibles y un puñado de multinacionales tienen ingresos anuales que exceden el producto bruto interno de la mitad de los países. En el mundo actual, existe gente obesa por comer de más y gente que muere de hambre por no comer nada, gente sedienta y gente que derrocha el agua (más de mil millones de personas en el mundo carecen de agua potable según lo postula un informe de las Naciones Unidas; por ejemplo, en Malawi, África, el agua está completamente contaminada). En fin, sobran los ejemplos.

<sup>83</sup> La pobreza alimenta y motiva la delincuencia y la prostitución de mayores y menores (un millón de personas que pasan por las redes de tráfico de personas son mujeres necesitadas).

<sup>84</sup> Aunque la criminalización de los estratos sociales carenciados es solo una parte porque indudablemente existen muchos delitos cometidos por personas sin necesidades, muchos simplemente por codicia, llevados a cabo con mayor eficiencia y refinamiento (actos de corrupción, grandes fraudes y evasiones fiscales) que permanecen absolutamente impunes.

<sup>85</sup> La Revolución Francesa, que fue una revolución mundial, incorporó a la historia a un sector marginal que quería participar del curso de la historia: el de la clase media, la burguesía. Con el tiempo, se incorporó el proletariado. Lo mismo sucedió luego en Rusia y se repitió siempre. Sin embargo, los excluidos de la historia son siempre los mismos: los pobres, que constituyen un elemento explosivo e inestable en el mundo actual. Y debemos tener presente que al hambriento hay que dotarlo de cultura, porque las necesidades culturales son las únicas que lo harán evolucionar. Pero volviendo a nuestra realidad: la riqueza en la Argentina se ha concentrado en unos pocos. El 10% de la población recibe el 35,8% del ingreso. En el caso de la desnutrición, un programa de las Naciones Unidas indica que sólo el 2% de la población argentina se encuentra desnutrida, datos que se contraponen con estudios locales privados que, según cifras de 2003, dan un 16% de desnutridos, entre casos crónicos y agudos.

La pobreza alarma (pasamos de un 4% de la población (1980) a un 50% en 2020, en solo unas décadas). El desempleo es evidente. La distribución de la riqueza es injusta. Resulta muy difícil progresar<sup>86</sup>.

Enfrentamos numerosos problemas sociales, odios y resentimientos (de políticos por ejemplo) y culturales. Las instituciones tradicionales (gobierno, iglesia, justicia y otras) presentan en enorme desprestigio.

Desde hace décadas las políticas de economía, salud, educación, seguridad, de atención a la pobreza, no han podido detener la decadencia en la que nos encontramos.

Y llegó el coronavirus. La evolución de la pandemia provocó estragos en la salud pública y en la economía mundial. La falta de vacunas o remedios nos llevó a recurrir al confinamiento obligatorio como único mecanismo eficaz para evitar la enfermedad. Y ello indudablemente provocó la imposibilidad de intercambiar bienes y servicios, la paralización absoluta o parcial de numerosos sectores, la consecuente pérdida de ingresos, desempleo y aún mayor pobreza y hambre.

Estos son precisamente los momentos en que los gobiernos deber unirse y actuar (con solidaridad y sin egoísmo) para proteger a sus habitantes y sus economías. Veremos cómo se comportan cuando la enfermedad se extinga.

---

<sup>86</sup> Nunca vamos a poder progresar sin gobernantes honestas que centren sus esfuerzos en el bien común y sin educación, oportunidades, inversión y ciencia y tecnología (nuestro país solo invierte el 0,6% de su PBI. Otros mucho más, por ejemplo, Corea del Sur el 4,3%, Israel 4,1%, Australia 2,2%).



Existe una elocuente ceguera de los gobernantes y de los políticos.

Sin desarrollo económico un Estado de Derecho es débil, no es estable.

Y nuestro país se inspira en una estrategia de confrontación y enfrentamiento y, como otros de América latina, no ha logrado aún encontrar su identidad y tomar una posición firme ante el mundo. La desintegración es la nota que nos caracteriza<sup>87</sup>.

Nadie reacciona o propone soluciones a estos problemas. Los aceptamos; ya se nos hizo costumbre y algo natural o, sencillamente, permanecemos callados o mirando para otro lado.

Es imprescindible entonces comprender que así como no hay democracia donde prosperan el hambre, la desocupación y la ignorancia, tampoco la hay donde el homicidio, el secuestro o la violación se multiplican y sus autores obtienen impunidad.

Sólo trabajando de modo efectivo contra todos estos factores podrían sentarse las bases sólidas de la seguridad colectiva. Pero, en nuestros días, no se

---

<sup>87</sup> Antes fracasó el ALCA, el Área de Libre Comercio de las Américas, ahora el Mercosur.

apunta a ello. Antes bien, el Estado establece un sistema penal que opera sobre una peligrosidad presunta y se extiende y agranda más y más el poder punitivo.

Las leyes sobre seguridad ciudadana son eficaces distractores de la opinión pública sobre los problemas de fondo que enfrenta un país.

En la República Argentina en treinta años atravesamos una guerra externa y otra interna, dictaduras, democracias poco sólidas (con muchos gobernantes ineficientes y corruptos), crisis políticas, económicas y sociales. De todo. Tuvimos muchos muertos y muchos vivos.

Y frente a este fenómeno social, cultural y económico, lógica y naturalmente, se exige al Estado que establezca seguridad y concluya con la impunidad. Y, entonces, ese Estado, frágil, asustado y exigido, recurre con suma urgencia a la actuación de la justicia y del derecho penal y, en consecuencia, a la aplicación de un sistema represivo.

#### **4. Un derecho penal simbólico y de emergencia**

Pero existe un problema para satisfacer estos reclamos, el derecho penal no brinda respuestas a las expectativas comunitarias (los reclamos sociales y las demandas del ciudadano común) y se evidencia, especialmente, en América Latina, como **un sistema desigual, selectivo y simplemente simbólico**, es decir, sólo apuntando a este último aspecto, dictado para tranquilizar a la opinión pública frente a fenómenos que le causan alarma y que aparenta tutelar con eficiencia bienes jurídicos y a la comunidad en

general, pero que, en verdad, en un plano estrictamente ajustado a la verdad y la realidad, no puede alcanzar ese propósito y, en consecuencia, desvía sus fines y prescinde de los principios básicos y elementales de un Estado de Derecho.

**Claus Roxin** afirma que los límites de un Derecho Penal orientado a la protección de bienes jurídicos se ven afectados por los casos de “legislación simbólica”. Aquí se trata de preceptos penales que no despliegan en primera línea efectos protectores concretos, sino que, confesándose partidarios de determinados valores o condenando conductas consideradas reprobables, pretenden servir para la autoafirmación de grupos políticos e ideológicos. A menudo también sucede que sólo se persigue apaciguar al elector porque se puede suscitar la impresión de que “se hace algo” para combatir acciones y situaciones indeseables<sup>88</sup>.

Entonces la situación es la siguiente: se percibe un enorme reclamo social de que el Estado actúe y una creencia -falsa- de que los instrumentos jurídico-penales resultan eficaces para solucionar los problemas existentes, pero, la experiencia nos demuestra que son impotentes para alcanzar esos objetivos -que no les corresponden-, como vimos, y en consecuencia, nuestros representantes engañan a la sociedad con un discurso -de emergencia- y un plan de acción que es completamente falso<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, ob. cit., pág. 59, quien cita las consideraciones formuladas por Knut Amelung, 25 ZStW, 92, 1980 y Winfried Hassemer, NSStZ, 1989, 553, entre otros autores alemanes.

<sup>89</sup> Francis Fukuyama, autor de obras como *El fin de la historia y el último hombre* y *construcción del estado: gobierno y orden mundial en el siglo XXI*, profesor de la Universidad Johns Hopkins, sostuvo que en la República Argentina “falla el Estado de Derecho. Se trata básicamente de un problema institucional: los políticos cambian las leyes cuando no les convienen y usan su poder arbitrariamente...” (del diario La Nación, 13 de noviembre de 2005, sección 7°, pág. 3).

Tenemos un Estado que nos engaña, con gratificaciones y soluciones legislativas inmediatas, pero no mide sus consecuencias ni asume cabalmente sus responsabilidades.

El derecho penal simbólico que emplea es, a corto plazo, tranquilizador y, a largo plazo, simplemente, destructivo<sup>90</sup>.

Como afirma el profesor **Zaffaroni**, el discurso de derecho penal de emergencia es un elemento estructural y sistemático legitimante del derecho penal autoritario<sup>91</sup>.

El catálogo de emergencias es amplio. En derecho penal, vemos, por ejemplo, la legislación de emergencia italiana ante el terrorismo, el acta patriótica de los Estados Unidos, normas de tolerancia cero, “lucha contra el crimen organizado”, “lucha contra la droga”, siempre inspiradas en ideologías de seguridad con características autoritarias.

## **5. El neopunitivismo<sup>92</sup>. Un derecho penal inflacionario**

---

En consecuencia, a mi juicio, es urgente que las ideas de transparencia, compromiso moral, democratización interna y participación tomen fuerza. Se deben conseguir respuestas eficaces para el hambre, la desocupación, la seguridad, la proliferación de las armas, las amenazas para la paz, por brindar ciertos ejemplos, se requiere que la autoridad de organización sea una realidad palpable y no sólo una simple proclama, una ficción o, en definitiva, un cuento más.

<sup>90</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, en *Ensayos Penales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.

<sup>91</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La creciente legislación penal y los discursos de emergencia*, en <http://www.neopanopticum.com.ar/1/zaffaroni.htm>, quien refiere que, en la Argentina, estas prácticas se remontan a la sanción de la ley 49 de 1852, pionera en los delitos federales, dictada ante las guerras civiles en las provincias (Peñaloza en La Rioja) y 7029 de 1910 llamada de “Defensa Social” sancionada en 1910 ante los atentados anarquistas (concretamente, al día siguiente de la explosión de una bomba en el teatro Colón).

**Daniel R. Pastor** sostiene con su habitual claridad que el neopunitivismo es la corriente político-criminal que se caracteriza por la renovación de la creencia mesiánica de que el poder punitivo puede y debe llegar a todos los rincones de la vida social. “...El neopunitivismo, que se manifiesta en la llamada expansión penal, es la cuestión central de las reflexiones político-criminales de los últimos años... el rasgo distintivo de este estilo de derecho penal, que engloba sus componentes, es su marcada deshumanización y un recrudecimiento sancionador creciente...” con “una legislación y una ampliación judicial del Derecho que tiende al intervencionismo y a la restricción de no pocas de las garantías político-criminales clásicas...”.

Se considera que establecer incriminaciones masivas no es sino desnaturalizar la misión del derecho penal, dejándolo en ridículo al imponerle objetivos que no son realistas ni alcanzables. Un derecho penal así entendido vive de la ilusión de solucionar realmente sus problemas a través de la tipificación como prohibición penal de una mayor cantidad de conductas que, de un modo flexible y omnicompreensivo, pretenden evitar todo daño social; algo que si bien puede ser ingenuamente gratificante en el momento de expresarlo es destructivo a largo plazo<sup>93</sup>.

Así el neopunitivismo como corriente Político-Criminal sencillamente responde a un drástico acrecentamiento desmesurado de leyes penales que, a

---

<sup>92</sup> Sobre el neopunitivismo y las reformas penales, Cesano, José Daniel, *La política criminal y la emergencia (entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)*, Ed. Mediterránea, Argentina, 2004; Elbert, Carlos A., obra colectiva, *Inseguridad, víctimas y victimarios, Argentina, 2001/2007*, Ed. B de F, Buenos Aires, 2007.

<sup>93</sup> En ese sentido, ver Daniel R. Pastor en *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa de desprestigio actual de los derechos humanos*, ob. cit., pág. 74.

criterio de diversos autores, puede denominarse como “*hipertrofia del derecho penal*”<sup>94</sup>, “*Expansión del Derecho Penal o Derecho Penal Expansivo*”<sup>95</sup>, “*Conformación paquidérmica de las incriminaciones punitivas*”<sup>96</sup>, “*Panpenalismo*”<sup>97</sup>, “*Derecho Penal de Emergencia*”<sup>98</sup>, “*Derecho Penal de Tercera Velocidad*”<sup>99</sup> y “*Derecho Penal del Enemigo*”<sup>100</sup>.

---

<sup>94</sup> Carbonner, Jean, *Ensayo sobre las leyes*, traducido por Luis Diez Picazo, Madrid, 1988, pág. 237, citado por Pastor, Daniel R., *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*, ob. cit., pág. 75.

<sup>95</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *La aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, ob. cit., y *La expansión del Derecho Penal - Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, ob. cit.

<sup>96</sup> Maiello, Vincenzo, *Riserva di codice e decreto-legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice*, en AA.VV., *La riforma della parte generale del Codice Penale*, Napoli, 2003, pág. 160, citado por Pastor, Daniel R., *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*, ob. cit., pág. 75.

<sup>97</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, traducido por Andrés Ibáñez, Ed. Trotta, Buenos Aires 1995, pág. 702.

<sup>98</sup> Guillamondegui Luis, R, *Los discursos de emergencia y la tendencia hacia el derecho penal del enemigo*, Ed. La Ley, Suplemento Act del 21/07/2005; Cesano, José Daniel, *La Política Criminal y la Emergencia - (Entre el simbolismo y el resurgimiento punitivo)*, ob. cit.

<sup>99</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal - Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, ob. cit.

<sup>100</sup> Ver Riquert Fabián, L.; Palacios, P. Leonardo, *El Derecho Penal del Enemigo o las excepciones permanentes*, publicado en La Ley Revista Universitaria, Año V, nro 3, Buenos Aires, 2003; Aguirre, Eduardo, *Consideraciones Criminológicas sobre el Derecho Penal del Enemigo*, publicado por Ed. Fabián Di Placido, 10/12/2004; Gracia, Martín Luis, *Consideraciones críticas sobre actualmente denominado derecho penal del enemigo*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 07/02/2005, ISSN 1695-0194; Jakobs, Günther, Cancio Meliá, Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005; Muñoz Conde, Francisco, *De nuevo sobre el Derecho Penal del Enemigo*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005; Marín Fraga, Facundo J., *Derecho Penal del Enemigo*, Ed. La Ley, Suplemento Actualidad del 15 de febrero de 2005; Zaffaroni, Eugenio Raúl, *En torno de la cuestión penal*, Ed. Bdf, Buenos Aires, 2005 y *El enemigo en el derecho penal*, ob. cit.; Polaino-Orts, Miguel, *Derecho penal del enemigo - desmistificación de un concepto*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2006; Iturbide, Alejandro R., *Derecho penal del enemigo. Cíclico retorno al Derecho penal de Autor*, Ed. La Ley Gran Cuyo, julio de 2006; Cancio Meliá - Gómez - Jara Diez Coordinadores, *Derecho Penal del Enemigo - El discurso penal de la exclusión*, Ed. Edisofer S.L. & BdeF, Montevideo - Buenos Aires 2006; Sack, Fritz, *El derecho penal del enemigo, ¿un camino hacia una política criminal diferente?*, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal - Criminología, Teoría y Praxis - N° 4, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, entre muchos otros.

En consecuencia, este principio queda reducido a “propuestas programáticas”, a “una formulación recogida de meros juicios empíricos”<sup>101</sup> o, mejor dicho, en nuestros términos, a simples expresiones de deseo o consideraciones teóricas.

En efecto, en nuestro país, desde la recuperación del sistema democrático en diciembre de 1983, es decir, en los últimos 29 años, tenemos lo que se ha denominado una evidente “hipertrofia del Derecho Penal” (Reinhart Maurach)<sup>102</sup>; “expansión del Derecho Penal” (Jesús María Silva Sánchez)<sup>103</sup>; “inflación de las leyes” (Jean Carbonnier)<sup>104</sup>; “conformación paquidérmica de las incriminaciones punitivas” (Vicenzo Maiello)<sup>105</sup>; “inflación penal” o “panpenalismo” (Luigi Ferrajoli)<sup>106</sup>; “Derecho Penal de emergencia” (Eugenio Raúl Zaffaroni)<sup>107</sup>, una corriente política criminal “neopunitivista” (Daniel R. Pastor)<sup>108</sup>, entre otros conceptos y calificaciones semejantes.

---

<sup>101</sup> Prittwitz, Cornelius, representante de la Escuela de Frankfurt, en “El Derecho Penal alemán ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho Penal” publicado en el libro *La insostenible situación del Derecho Penal*, traducido por María Teresa Castiñeira Palou, p. 427 y sigtes., Ed. Comares, Granada, 2000.

<sup>102</sup> Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, *Strafrecht AT*, Heilderberg, 8va. edición, 1992, t. I, p. 25; Palazzo, Francesco, *Principio de ultima ratio e hipertrofia del Derecho Penal*, traducción de García Rivas, N., en Arroyo Zapatero, Luis, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In memoriam*, p. 433 y sigtes., Cuenca, 2001.

<sup>103</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal*, 2da. edición, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

<sup>104</sup> Carbonnier, Jean, *Ensayo sobre las leyes*, traducción de Díez-Picazo, L., p. 237, Madrid, 1998.

<sup>105</sup> Maiello, Vincenzo, “Riserva di codice e decreto-legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della contraltà del codice”, en AA. VV., *La riforma della parte generale del Codice Penale*, p. 160, Napoli, 2003.

<sup>106</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, ob. cit. p. 700 y sigtes.

<sup>107</sup> Zaffaroni, Eugenio R., “La creciente legislación penal y los discursos de emergencia” en *Teorías actuales en el Derecho Penal*, ob. cit.

<sup>108</sup> Pastor, Daniel, R. *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa de desprestigio actual de los derechos humanos*, ob. cit., p. 77 y *Recodificación penal y principio de reserva de Código*, p. 15 y sigtes., Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, con una propuesta de orden y legitimidad del sistema punitivo.

Estamos, pues, frente a **un derecho penal de emergencia, inflacionario**, que postula la expansión punitiva con fines simbólicos, respuestas meramente efectivistas, que produce la flexibilización del derecho penal material y procesal. Luego volveremos sobre el tema.

## **6. Un derecho penal de dos velocidades**

Se ha propuesto un derecho penal de dos velocidades<sup>109</sup>.

El derecho penal de primera velocidad estaría integrado por los delitos pertenecientes al derecho penal clásico, castigados con penas privativas de libertad, para cuya imposición se exigirían las más rigurosas reglas de imputación y el respeto absoluto a todos los derechos individuales y garantías procesales y sustantivas que se han ido consolidando en el Estado de Derecho.

El derecho penal de segunda velocidad estaría conformado por los delitos que se han ido introduciendo durante el proceso de modernización, que responden a la aparición de nuevos riesgos en la sociedad globalizada, que no deberían sancionarse con penas privativas de libertad sino con otro tipo de sanciones penales<sup>110</sup>, como multas o

---

<sup>109</sup> Vid. Jesús María Silva Sánchez, en su obra *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2da. edición, Ed. Civitas, Madrid, 2001. Criticando la evolución del moderno derecho penal, vid. también Antonio García-Pablos De Molina en *Derecho penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, pág. 106/115, 317/318, 373/377. Patricia Faraldo Cabana, profesora titular de la cátedra de derecho penal, de la Universidad de La Coruña en su artículo *Un derecho penal de enemigos*, trabajo expuesto en el XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano, I Nacional de Derecho Penal y Criminología, celebrado en Guayaquil, Ecuador.

<sup>110</sup> Se aclara que no se trata del derecho de intervención a medio camino entre el derecho penal y el contravencional, entre el derecho privado y el público, que para los delitos económicos, contra el medio



inhabilitaciones, para cuya imposición se permitiría un menor rigor de los presupuestos clásicos de imputación de responsabilidad y una relajación de esos derechos y garantías propios del derecho penal liberal.

## **7. Un derecho penal de enemigos**<sup>111</sup>

---

ambiente, de tráfico de drogas, etc., propone Winfried Hassemer, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, pág. 378 y sigtes. y pág. 383; del mismo autor, *Crisis y características del moderno derecho penal*, Actualidad Penal, 1993, pág. 635 y sigtes.

<sup>111</sup> 1. Jakobs, Günther, en "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico" en su trabajo *Bases para una teoría funcional del derecho penal*, Ed. Palestra, Lima, 2000, pág. 215. El mismo autor junto a Manuel Cancio Meliá en "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo" en su obra *Derecho penal del enemigo*, Ed. Civitas, Madrid, 2003, págs. 21/22, puntualizan que no se trata de dos modelos ideales que se lleven a la realidad de modo puro, sino que se trata de mostrar "dos polos de un solo mundo o de mostrar dos tendencias opuestas en un solo contexto jurídico-penal". El concepto fue introducido en la versión original alemana de este artículo, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1985, págs. 753 y ss; del mismo autor, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Aufl. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1993, págs. 2/25; del mismo autor, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995. Vid. la caracterización del Derecho penal de ciudadanos y del Derecho penal de enemigos que realiza Friedrich Dencker, en *Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld? -Tendenzen der neueren Strafrechtsentwicklung-*, *Strafverteidiger*, 6/1988, págs. 263-264, quien en las páginas siguientes ejemplifica en la historia del derecho penal alemán los avances y retrocesos del derecho penal de enemigo. Manuel Cancio Meliá refiere en ese sentido que el diseño del derecho penal del enemigo aparece frente a conductas especialmente peligrosas y ante los grandes riesgos para combatir fuentes de peligro y al delincuente peligroso, y restringe o anula –de hecho o de derecho- las garantías constitucionales. El Estado combate al enemigo. Es una cruzada contra malhechores ultra malvados. Presenta estas características: 1) adelanta las barreras de punición (en el régimen legal español: integrar una banda armada o conducir un vehículo en estado de ebriedad). No se pena el resultado dañoso sino el accionar futuro. 2) establece penas desproporcionadas y elevadas; 3) restringe las garantías constitucionales. En fin, el Estado de Derecho sucumbe o se convierte en nada.

2. Como señala Cancio Meliá, Manuel, *¿"Derecho penal" de enemigos?*, en Jakobs, Günther/ Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, ob. cit., pág. 95, "al menos entre los "candidatos" a "enemigos" de las sociedades occidentales, no parece que pueda apreciarse que haya alguno -ni la "criminalidad organizada", ni las "mafias de las drogas", ni tampoco ETA- que realmente pueda poner en cuestión -en los términos "militares" que se afirman- los parámetros fundamentales de las sociedades correspondientes en un futuro previsible", como son los crímenes de Estado (por ejemplo, Naucke, Wolfgang, *Normales Strafrecht und die Bestrafung staatsverstärkter Kriminalität*, en Schulz, Joachim/ Vormbaum, Thomas. (Hrsg.), *Festschrift für Günter Bemmman*, pág. 82 y sigtes, Nomos, Baden-Baden, 1997, defiende la necesidad de la existencia de un Derecho penal de enemigos para la criminalidad de Estado, en el que no rijan los principios de legalidad e irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables que, a su juicio, tienen aquí únicamente el efecto de limitar las posibilidades de éxito en la lucha contra estos delitos) y los cometidos en el ámbito de organizaciones criminales, incluyendo el terrorismo (en Alemania preocupa bastante más la delincuencia organizada que el terrorismo, pues, en la actualidad, no existe un movimiento terrorista radicado en el territorio nacional que atente contra objetivos alemanes). Estos delitos presentan importantes dificultades de persecución y prueba, de modo que para su represión se haría necesario relativizar las garantías sustantivas y procesales que han convertido a los Códigos penales europeos en la Carta Magna del delincuente para que pasen a ser la Carta Magna de las víctimas (en una muestra de solidaridad con ella, como señala Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal - Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, ob. cit., pág. 53). Se añaden los delitos sexuales violentos cometidos por sujetos irrecuperables, en este caso no porque existan problemas en la fase de

Pero más allá de la propuesta de un derecho penal con esas dos velocidades, se ha cuestionado "si puede admitirse una "tercera velocidad" del derecho penal, en la que el derecho penal de la cárcel concorra con una amplia relativización de garantías político-criminales, de las reglas de imputación y de los criterios procesales", llegándose a la conclusión de que "la existencia de un espacio de derecho penal de privación de libertad con reglas de imputación y procesales menos estrictas que las del derecho penal de la primera velocidad es, seguramente, en algunos ámbitos excepcionales y por tiempo limitado, inevitable<sup>112</sup>". Se quiere restringir este derecho penal de tercera velocidad a la consideración de un "instrumento de abordaje de hechos "de emergencia", siendo expresión de una especie de "derecho de guerra" o de "excepción" en el que la sociedad, ante la gravedad de la situación excepcional de conflicto, renuncia de modo cualificado a soportar los costes de la libertad de acción". Constatada la existencia real de un derecho penal de tales características en el momento actual, se trata de esta forma de darle una legitimidad basada "en consideraciones de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia, en un marco de emergencia<sup>113</sup>".

Esta propuesta supone el debate que se desarrolla en Alemania en torno a la legitimidad de un derecho penal de enemigos ("Feindstrafrecht"), expresión con la que **Günther Jakobs**, su creador, alude "a un derecho penal de índole peculiar que se

---

investigación, sino porque el Derecho penal actual no estaría preparado para enfrentarse a delincuentes muy peligrosos, pues, al estar las penas sujetas al principio de culpabilidad por el hecho y no poder superar la medida de seguridad la duración de la pena que se hubiera impuesto, no es posible mantenerlos en prisión indefinidamente.

<sup>112</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal - Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, ob. cit., págs. 163/164.

<sup>113</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal - Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, ob. cit., pág. 166.

diferencia nítidamente del derecho penal de ciudadanos: el derecho penal de enemigos optimiza la protección de bienes jurídicos, el derecho penal de ciudadanos optimiza las esferas de libertad”.

Esa optimización de la protección de bienes jurídicos se consigue a través del adelanto de la punibilidad que se opera cambiando la perspectiva del derecho penal de los hechos pasados a los hechos futuros<sup>114</sup>, lo que supone en ocasiones incriminar no tanto hechos propiamente dichos cuanto conductas cuya relevancia penal se manifiesta particularmente en un contenido simbólico, pero sin que se produzca la rebaja de pena que en principio debería acompañar a la anticipación de la tutela, lo que da lugar a penas desproporcionadas; prescindiendo de ciertas garantías procesales<sup>115</sup>; y soslayando las garantías derivadas del principio de legalidad, ya que el legislador utiliza términos tan abiertos, confusos y ambiguos que permiten hablar de un intento consciente de eludir el mandato de determinación que se desprende del mencionado principio<sup>116</sup>. De centrar la atención en los aspectos objetivos se pasa a desvalorar fundamentalmente lo subjetivo, mientras que "la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos<sup>117</sup>".

---

<sup>114</sup> Afirma Jakobs que “en el Derecho penal de enemigos... se trata de la defensa también frente a agresiones futuras” en su trabajo *La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente*, en AA. VV., Escuela de verano del Poder judicial. Galicia, 1999; Estudios de Derecho Judicial 20, Madrid, 2000, pág. 138.

<sup>115</sup> Por ejemplo, la incomunicación del procesado en situación de prisión provisional se convierte en la regla general en este tipo de delincuencia. Cfr. Jakobs, Günther, *La Ciencia del Derecho penal*, ob. cit., pág. 139.

<sup>116</sup> Cfr. Jakobs, Günther, *La Ciencia del Derecho penal*, ob. cit., pág. 137 y sigtes. Vid. la descripción y las observaciones críticas que frente a esta posición realiza Lorenz Schulz, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum "Feindstrafrecht"*, ZStW, 2000, pág. 659 y sigtes.

<sup>117</sup> Jakobs, Günther, *Derecho penal del enemigo*, ob. cit., pág. 40.

En el ámbito del derecho penal de enemigos se incluyen delitos que, se afirma, niegan frontalmente los principios básicos del modelo de convivencia en las sociedades occidentales<sup>118</sup>, como son los crímenes de Estado<sup>119</sup> y los cometidos en el ámbito de organizaciones criminales, incluyendo el terrorismo<sup>120</sup>. Estos delitos presentan importantes dificultades de persecución y prueba, por lo cual para su represión es necesario relativizar las garantías sustantivas y procesales que han convertido a los códigos penales europeos en la Carta Magna del delincuente para que pasen a ser la Carta Magna de las víctimas<sup>121</sup>. Se añaden los delitos sexuales violentos cometidos por sujetos irrecuperables, en este caso no porque existan problemas en la fase de investigación, sino porque el derecho penal actual no estaría preparado para enfrentarse a delincuentes muy peligrosos, porque al estar las penas sujetas al principio de culpabilidad por el hecho y no poder superar la medida de seguridad la duración de la pena que se hubiera impuesto no es posible retenerlos en custodia indefinidamente.

El destinatario de este nuevo derecho penal no es el ciudadano, sino el "enemigo", por lo que se hace necesario delimitar quién ha de recibir dicho calificativo.

---

<sup>118</sup> Obsérvese que se magnifica la amenaza que suponen los fenómenos criminales que se incluyen en el ámbito del derecho penal de enemigos. Como señala Manuel Cancio Meliá en su obra realizada junto a Günther Jakobs, *Derecho penal del enemigo*, ob. cit., pág. 95, "al menos entre los "candidatos" a "enemigos" de las sociedades occidentales, no parece que pueda apreciarse que haya alguno -ni la "criminalidad organizada", ni las "mafias de las drogas", ni tampoco ETA- que realmente pueda poner en cuestión -en los términos "militares" que se afirman- los parámetros fundamentales de las sociedades correspondientes en un futuro previsible".

<sup>119</sup> Por ejemplo, Wolfgang Naucke, *Normales Strafrecht und die Bestrafung staatsverstärkter Kriminalität*, en Schulz, / Vormbaum (Hrsg.), *Festschrift für Günter Bemann*, Nomos, Baden-Baden, 1997, págs. 82 y sigtes, defiende la necesidad de la existencia de un derecho penal de enemigos para la criminalidad de Estado, en el que no rijan los principios de legalidad e irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables, que a su juicio tienen aquí únicamente el efecto de limitar las posibilidades de éxito en la lucha contra estos delitos.

<sup>120</sup> En Alemania preocupa bastante más la delincuencia organizada que el terrorismo, pues, en la actualidad, no existe un movimiento terrorista radicado en el territorio nacional que atente contra objetivos alemanes.

<sup>121</sup> En una muestra de solidaridad con ellas, como señala Jesús María Silva Sánchez en *La expansión del Derecho Penal - Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*, ob. cit., pág. 53.

El "enemigo", frente al "ciudadano" que delinque ocasionalmente, se caracteriza por haber abandonado de forma duradera y permanente el derecho, sea a través de su comportamiento (delincuentes sexuales peligrosos), sea a través de su vinculación no pasajera a una organización delictiva (terrorismo, delincuencia organizada), o bien a través de su ocupación profesional (delincuencia económica, delincuencia organizada). Esta clase de delincuente no puede pretender ser tratado como persona<sup>122</sup>, puesto que no ofrece a cambio una cierta garantía cognitiva de que se va a comportar como persona, esto es, no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal, como manifiesta a través de su conducta<sup>123</sup>. Es una no-persona. No es un ciudadano. Aprovecha la desestructuración de una sociedad occidental "que ha perdido el respaldo tanto de una religión conforme al Estado como de la familia, y en la cual la nacionalidad es entendida como una característica incidental", para construir su identidad al margen del derecho. Frente a él la única reacción posible es la inocuización o neutralización<sup>124</sup>, medidas con las que se pretende procurar una especial seguridad cognitiva. En efecto, uno de los efectos producidos por la introducción de este nuevo derecho penal es el regreso a nociones que, aunque ni mucho menos desconocidas<sup>125</sup>, sí habían quedado abandonadas en el discurso penal continental, como la de inocuización<sup>126</sup>.

---

<sup>122</sup> Recordemos que para Jakobs "la norma originaria es la siguiente: sé persona, lo que significa: cumple el deber frente al grupo... el rango de una persona viene determinado por los deberes que le competen o que cumple... sacrificando sus derechos" (Günther Jakobs en *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, pág. 41). En el pensamiento de Jakobs la persona desempeña un rol, que es el papel que ha de representar y comunicar con sentido, garantizando a los otros un comportamiento conforme las expectativas, permitiendo que se genere una expectativa social de armonía con la norma.

<sup>123</sup> Cfr. Jakobs, Günther, *La Ciencia del Derecho penal*, ob. cit., pág. 139.

<sup>124</sup> Cfr. Jakobs, Günther, *La Ciencia del Derecho penal*, ob. cit., pág. 140.

<sup>125</sup> Cfr. Muñoz Conde, Francisco en *Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar*, DOXA 15-16, 1994, págs. 1031y sigtes.

<sup>126</sup> Cfr., entre otros, Silva Sánchez, Jesús María en "El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos", en *Estudios de Derecho penal*, Ed. Grijley, Lima, 2000, pág. 233 y sigtes. Como advierte Alessandro Baratta en *Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, Cuadernos de política criminal, n° 24, 1984, pág. 533 y

En nuestra opinión, lo que llaman “Derecho Penal del enemigo”, es un no derecho penal. Es combatir el delito con el delito. Y eso no es derecho. En nuestro tiempo se presentó con claridad en los procedimientos aplicados contra terroristas por parte de militares en Latinoamérica; luego de los ataques del 11 de septiembre de 2001 en Guantánamo; en la cárcel de Abu Ghraib o se percibe en casos de “lucha” contra las drogas y otros delitos de moda en los que se procede alterando el principio de inocencia, el derecho a que se hagan medidas, invirtiendo la carga de la prueba, vulnerando los principios de reserva y culpabilidad, aplicando criterios de responsabilidad objetiva, ingresando a domicilios sin una orden de allanamiento y sin autorización o consentimiento válido o sometiendo a personas “sospechosas” a vómitos obligatorios para encontrar droga transportada en el interior de su cuerpo, etc., etc., etc.

El derecho penal del enemigo no es algo nuevo. Nació con Adán, Eva y el pecado original, a quienes podemos sostener que se los castigó trasgrediendo el principio de proporcionalidad y sin diferenciar sus roles individuales (principio de culpabilidad y responsabilidad por el acto). Ya existía, en Roma, en la inquisición con Tomás de Torquemada (1478); en Liepzig, Alemania, con el juez de la corte alemana Benedicto Carpoziovio (1595/1666), que pasó a la historia por la crueldad de las penas que aplicó a las personas; en Inglaterra con los Tudor; en Francia con los reyes y con Alfred Dreyfuss (1894); en los Estados Unidos con “Nicola Sacco y Bartolomeo Vanzetti” (1929), en la Alemania de

---

sigtes, el delincuente pasa a ser "portador de una respuesta simbólica... que se realiza a su costa".

Hitler, la Italia del fascismo, Rusia por años, en la lucha contra el terrorismo local o internacional<sup>127</sup> y en las múltiples luchas que emprendió el “mundo civilizado”.

El derecho penal del enemigo es un derecho penal ilegítimo, injusto, arbitrario y despótico que tuvo diferentes manifestaciones a lo largo de la historia. El derecho penal del enemigo es un “no hay derecho”, pero no digo nada novedoso. Es un tema agotado que ha transitado durante toda la historia y se seguirá repitiendo. Es un mal propio del hombre.

## **8. La ficción que se instala en la sociedad**

Pues bien, en la República Argentina y en muchos países de Latinoamérica el Estado instala la esperanza de que se van a controlar los delitos y solucionar los problemas de seguridad, creando nuevos delitos y estableciendo duras penas, pero esas expectativas no son ulteriormente satisfechas.

Se instala un sistema penal que pretende imponer objetivos preventivos (propios de un derecho penal de autor<sup>128</sup> –escuela positiva<sup>129</sup>–, represión de

---

<sup>127</sup> En Alemania la banda Bader-Mainhof; en Italia, las brigadas rojas; en el Reino Unido, el Ira; en España, Eta; en Israel, por ejemplo, con el operativo octubre negro, los Estados Unidos y su permanente “lucha” contra los enemigos, etc.

<sup>128</sup> El Derecho Penal de autor se observa en algunas propuestas formuladas por Franz V. Liszt. Él sostenía que se debía atender sólo a la actitud interna del agente; así, se debía castigar a la persona sin tener que aguardar la comisión de un hecho; esto se percibe en su postulado respecto a las sentencias penales indeterminadas en las que su duración depende del fin de la pena y de la personalidad del autor. También está presente el Derecho Penal de autor en la concepción sintomática del delito (formulada por Tesar –1907– y Kollmann –1908–), que entendía que no se debía enjuiciar el hecho sino el interior del autor; en la concepción caracterológica de la culpabilidad (Radbruch y su proyecto de 1922, Eberhardt Schmidt y otros discípulos de Liszt), que consideraba que debía existir responsabilidad por el carácter, como expresión de la personalidad del autor; en

estado peligrosos, responsabilidad objetiva contraria al principio de culpabilidad), se acude a injerencias arbitrarias (como ser allanamientos ilegales, requisas indebidas, interceptaciones telefónicas infundadas, etc.), se aumenta las facultades de las fuerzas de seguridad, se conciben institutos de dudosa legalidad (arrepentidos, agentes encubiertos<sup>130</sup>,

---

Erik Wolf (1932), quien propuso sancionar “la actitud interna corrompida”; en Edmund Mezger (1938) y su teoría de “la culpabilidad por la conducción de vida” (*Lebensführungsschuld*); en Bockelmann (1940) y su propuesta de “la culpabilidad por la decisión incorrecta sobre la vida”. A su vez, está presente en Dahm, Schaffstein y otros autores nacionalsocialistas de la escuela de Kiel (1940), cuyas ideas propiciaban que debía castigarse “el ser”; en el desvalor de la disposición interna sea como violación a un deber frente al orden ético nacionalsocialista (teoría de la violación del deber) o como valoración total de la personalidad del autor (teoría del tipo de autor); en “el sujeto nocivo para el pueblo”, “el delincuente habitual”, la maldad del sujeto por haberse formado libremente una personalidad psíquica diferente, que tuvo recepción en ese entonces en Alemania con la ley de delincuentes habituales (1933), las regulaciones de Derecho Penal de Guerra del régimen nazi y las ordenanzas contra sujetos nocivos para el pueblo (1939) y contra delincuentes violentos (1939), pero todas estas ideas ya han sido felizmente superadas.

Cabe señalar que en nuestro país existieron manifestaciones de Derecho Penal de autor, por ejemplo, en los proyectos peligrosistas de 1924, 1926 y 1928; en los edictos de vagancia, embriaguez, etcétera, o en las medidas de seguridad que parten de la teoría de la prevención especial de Liszt, pero estos lineamientos hoy se rechazan.

<sup>129</sup> Los criterios enarbolados por Garófalo (1880) para sancionar la peligrosidad sin delito, por el simple “estado peligroso” y su “temibilidad”, que apuntó a “la perversidad constante y activa del delincuente”; por Ferri (1884), que centró sus ideas en la personalidad del autor; por Grispigni (1920), cuyo juicio de peligrosidad fue fundado en “la muy relevante probabilidad de la persona de convertirse en autor de un delito”; por Florián (1929), quien sostuvo que la peligrosidad es el título mediante el cual se perfecciona la responsabilidad criminal y, entre nosotros otros, por Jiménez de Asúa (1922) y su “estado peligroso”, han sido hoy descartados, en especial, porque representan un castigo sin acto, sin delito, por el simple modo de ser de una persona. Estas definiciones sobre peligrosidad carecen de base científica, conforman un juicio de valor subjetivo de carácter arbitrario, no tienen precisión ni límites y, en especial, constituyen un grave riesgo para las garantías individuales que el Derecho Penal tiene precisamente la función de tutelar.

<sup>130</sup> Aunque cabe aclarar que en la causa “Fiscal c/ Fernández, Víctor Hugo s/ Av. Infracción Ley 20.771” (fallo en extenso: el Dial – AA9AF), del 11 de diciembre de 1990, Fallos 313:1305, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó: “Que es criterio de esta Corte que el empleo de un agente encubierto para la averiguación de los delitos no es por sí mismo contrario a garantías constitucionales. Una cuidadosa comprensión de la realidad de nuestra vida social común, y en especial el hecho comprobado de que ciertos delitos de gravedad se preparan e incluso ejecutan en la esfera de intimidad de los involucrados en ellos, como sucede particularmente con el tráfico de estupefacientes, impone reconocer que esos delitos sólo son susceptibles de ser descubiertos y probados si los órganos encargados de la prevención logran ser admitidos en el círculo de intimidad en el que ellos tienen lugar”. Sin embargo, el máximo tribunal aclaró: “Que la conformidad en el orden jurídico del empleo de agentes encubiertos requiere que el comportamiento de ese agente se mantenga dentro de los principios del Estado de derecho..., lo que no sucede cuando el agente encubierto se involucra de tal manera que hubiese creado o instigado la ofensa criminal en la cabeza del delincuente, pues la función de quienes ejecutan la ley es la prevención del crimen y la aprehensión de los criminales, pero esa función no incluye la de producir el crimen tentado a personas inocentes a cometer esas violaciones (cfr. “Sorrels v. U.S.”, 287 US 435). De tal modo, cabe distinguir los casos en que los agentes del gobierno simplemente aprovechan las oportunidades o facilidades que otorga el acusado predispuerto a cometer el delito, de los que son “producto de la actividad creativa” de los oficiales que ejecutan la ley (cfr. además del caso citado de 287 US 435, “Sherman v. U.S.”, 356 US 369 y “Hampton v. U.S.”, 425, Us 484) en los que procede desechar las pruebas obtenidas por la actividad “criminógena de la policía bajo lo que en el derecho americano se conoce como defensa de entrapment (cfr. “Woo Wai v. U.S.”, 223 US 412 y “US Russell”, 411 US 423, además del ya citado caso de 287 US 435).



testigos de identidad reservada, beneficios –inclusive económicos- para informantes, etc.), se restringe ilegítimamente la libertad durante el curso del proceso, en muchas ocasiones sin fundamento legal alguno y por un prolongado lapso. En definitiva, se intenta obtener beneficios mediante golpes de efecto que se exhibe a los afectados y a la opinión pública en general.

Nos encontramos en un momento en el que la política legislativa penal sólo aparece inspirada por dos ideas: la creación de nuevos delitos y la imposición de penas cada vez más severas<sup>131</sup>.

La disminución de las garantías del acusado en el proceso penal, la creación de nuevas figuras delictivas de márgenes poco precisos, la previsión de delitos de peligro abstracto y la exasperación de los marcos punitivos de las infracciones ya presentes en el código penal parecen ser notas distintivas del moderno derecho penal y procesal penal en “la lucha” emprendida contra la delincuencia.

Simplificando una rica y matizada discusión, puede decirse que actualmente se utiliza el concepto de "moderno" derecho penal en dos sentidos bien diversos. Por un lado, la Escuela de Frankfurt lo empleó en contraposición al concepto de derecho penal "liberal" o "clásico", para referirse críticamente al reciente fenómeno de expansión del objeto

---

<sup>131</sup> Como un simple ejemplo, en la República Argentina, hemos observado que el Poder Ejecutivo Nacional y Provincial de turno promió “cárcel para los evasores” a fin de solucionar los problemas de recaudación. Un interesante debate se puede leer en los diarios del mes de enero de 2006. El Gobierno de la Provincia de Buenos Aires postula “prisión al evasor” y el Colegio de Abogados de la gran provincia le pide a su Gobernador, quien precisamente concibió esas normas, que vete las leyes propiciadas en ese sentido por sus representantes en el Congreso.

del derecho penal más allá de los límites que tradicionalmente han acompañado a la protección de los bienes jurídicos clásicos, y que lleva a la perversión del concepto de bien jurídico, que de ser un límite de los procesos de criminalización se habría convertido en su justificación, a la exacerbación de la idea de prevención, con el consiguiente adelantamiento en la intervención penal, y a la absolutización de la orientación a las consecuencias, que convierte al derecho penal en mero instrumento de pedagogía social con el fin de sensibilizar a la ciudadanía respecto de ciertos temas<sup>132</sup>.

Por otro lado, diversos autores reivindican el adjetivo "moderno" para un derecho penal que, en consonancia con la evolución del Estado Liberal de Derecho al Estado Social y Democrático de Derecho, ha cambiado su objeto de referencia, pues de prestar atención casi exclusiva a la delincuencia patrimonial de las clases bajas se ha pasado a la criminalización de las actividades ilícitas de las clases media y alta, interviniendo en sectores que tradicionalmente permanecieron al margen del derecho penal liberal, además de hacer frente a nuevos riesgos que amenazan a bienes jurídicos supraindividuales o con nuevas formas de ataque a los tradicionales bienes jurídicos individuales. Estos autores critican con contundencia, la identificación del modelo del derecho penal liberal propio de la

---

<sup>132</sup> Cfr. Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco en "Viejo y nuevo derecho penal", en su trabajo *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 22 y sigtes. Sobre la dialéctica de lo moderno, vid. Winfried Hassemer en *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, págs. 378/379; del mismo autor, *Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno*, Anuario de Derecho penal y ciencias penales, 1992, págs. 235 y sigtes; del mismo autor, *Strafgerechtigkeit-Versuch über das wissenschaftliche Werk Arthur Kaufmanns*, en Haft y otros (Hrsg.), *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller, Heidelberg, 1993, págs. 85 y sigtes. Vid. un análisis crítico de la posición de Hassemer en Bernd Müssig, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*, Revista de Derecho penal y Criminología, nº 9, 2002, págs. 169 y sigtes. En la doctrina española asumen esta terminología, entre otros, Mendoza Buergo, Blanca, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pág. 67; Sánchez García De Paz, Isabel, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, 1999, pág. 11, nota número 1; de la misma autora, *La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea*, en Gonzalo Quintero Olivares/ Fermín Morales Prats (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 709 y sigtes.

Ilustración con el sistema clásico en el sentido definido y pretendido por **Hassemer**, y en su discurso defienden la legitimidad de la expansión del derecho penal sin flexibilización de ningún tipo de las reglas penales de imputación ni relativización de los principios político-criminales de garantía<sup>133</sup>.

Se concibe una política criminal que se funda en un criterio de urgencia frente a un problema determinado, pero desconoce un fundamento y andamiaje normativo serio y profundo.

Y recordemos que todas las leyes totalitarias siempre han invocado en su título la defensa, la protección o la tutela. La propia expresión “defensa social” no hace otra cosa que encubrir la vieja razón de Estado.

Ante las ocurrencias de algunos improvisados, que han tomado estado público, el legislador intenta tranquilizar a la sociedad con este tipo de medidas que no son la solución.

El profesor español Manuel Cancio Meliá señala que es evidente que un elemento esencial de la motivación del legislador a la hora de aprobar una norma punitiva está en los efectos simbólicos obtenidos mediante su mera promulgación.

---

<sup>133</sup> Cfr. Gracia Martín, Luís, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 48 y sigtes; Martínez-Buján Pérez, Carlos, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico penales (especial referencia al ámbito económico)”, en José Luís Díez Ripollés y otros (eds.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pág. 395 y sigtes; Schünemann, Bernd, “Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta” en su obra *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, pág. 53 y sigtes.

Lo que sucede es que la denominación de este “derecho penal simbólico” tan sólo identifica la especial importancia otorgada por el legislador a los aspectos de comunicación política a corto plazo en la aprobación de las correspondientes normas. Y esos efectos incluso pueden llegar a estar integrados en estrategias mercadotécnicas de conservación del poder político, llegando hasta la génesis consciente en la población de determinadas actitudes en relación con los fenómenos penales que después son satisfechas por las fuerzas políticas.

El jurista italiano Luigi Ferrajoli declara que la alteración de las fuentes de legitimación ha consistido precisamente en la asunción de la excepción o de la emergencia (antiterrorista, antimafia o anticamorra) como justificación política de la ruptura o, si se prefiere, del cambio de las reglas del juego que en el Estado de Derecho disciplinan la función penal. Esta concepción de la emergencia no es otra cosa que la idea de la primacía de la razón de Estado sobre la razón jurídica como criterio informador del derecho y del proceso penal, aunque sea en situaciones excepcionales como la creada por el terrorismo político o por otras formas de delincuencia organizada. Y equivale a un principio normativo de legitimación de la intervención punitiva no ya jurídico sino político y no ya subordinado a la ley como sistema de vínculos y de garantías, sino supraordenado a ella<sup>134</sup>.

## **9. La verdadera importancia del derecho penal. Pongamos las cosas en su lugar**

---

<sup>134</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, traducido por Perfecto Andrés Ibáñez y otros, pág. 807.

El derecho penal, basta con leer a **Michel Foucault**<sup>135</sup>, es la herramienta más poderosa y cruel con que cuenta el Estado, pero, al mismo tiempo, representa el instrumento de protección de bienes vitales del individuo y de la comunidad<sup>136</sup> –mediante mandatos y prohibiciones- y establece los límites a ese poder de violencia Estatal a través de lo que, en el mundo moderno y del Estado de Derecho, se denomina garantías. El derecho penal en nuestra concepción es, precisamente, establecer límites al poder punitivo del Estado.

En efecto, el derecho penal, entre otras cosas<sup>137</sup>, establece formas de conducta, impone límites al poder penal Estatal, precisa qué es lo que el hombre puede hacer y hasta dónde puede hacerlo para desarrollarse en un ámbito de convivencia social.

Empero, no perdemos de vista que, la convivencia es la cosa más frágil del mundo y la historia nos demuestra que se ha matado en nombre de Dios; en nombre de la sociedad cristiana y occidental –como se hizo en numerosos países de

---

<sup>135</sup> Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar*, Ed. Siglo XXI, México, 1987 (ver la descripción de la pág. 111 de esta obra). Recordemos la escena del condenado molido a golpes a quien pasean por las calles de París.

<sup>136</sup> La doctrina en general siempre postuló que estos bienes son elevados a la categoría de bienes jurídicos por la tutela que establece la ley y que el derecho penal los protege frente a determinadas formas de agresión. Aunque aclaro que, como sostiene Marcelo A. Sancinetti, la idea de que la misión del derecho penal es la de proteger bienes jurídicos “da para todo”, lo cual se demuestra con el hecho de que hayan partido de ella autores con posiciones totalmente contrapuestas. Para nombrar sólo algunos casos desde un extremo objetivista a uno subjetivista: Nino, Roxin, Stratenwerth, Mir Puig, Kaufmann, Zielinski, todos ellos han partido de la idea inicial de que el derecho penal debe proteger bienes jurídicos (*Subjetivismo e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, pág. 60). Por ello, se ha dicho que la misión fundamental del derecho penal, para cierta parte de la doctrina, en especial desde la obra de Jakobs, es la de asegurar las condiciones fundamentales de la convivencia humana en la comunidad o asegurar la vigencia de la norma y las expectativas del ciudadano. Luego volveré sobre el tema.

<sup>137</sup> Aclaro que, como se ha dicho, aludimos a “otras cosas” por cuanto es sabido que, para algunos, el derecho penal tiene el fin de proteger bienes jurídicos (Claus Roxin y muchos otros, antes y después) mientras que, para otros, su objetivo primordial es asegurar las expectativas normativas y ratificar la vigencia de la norma contra el quebrantamiento llevado a cabo por el infractor (Günther Jakobs).

Latinoamérica-, en nombre de la paz internacional o nacional; en nombre de la Justicia Social –como lo hicieron en Rusia-. En fin, se mata por muchas razones y no hay nada peor que el poder de la impunidad. Las personas suelen cometer horrores cuando tienen poder e impunidad.

## **10. La contraposición entre libertad y seguridad en el derecho penal**

Los que vamos teniendo cierta edad advertimos que es un fenómeno nuevo asistir a la insensata rapidez con que nuestro presente se va convirtiendo en historia. Y hoy, en el mundo, existe más que nunca un antiguo pero vigente controversia que se debe resolver sobre la antinomia o “tensión” que se presenta entre la libertad y la seguridad, prevención y garantías, legalidad y política criminal<sup>138 139</sup>.

Se entiende que una mayor prevención produce un mayor detrimento de las garantías y una mayor maximización de las garantías presenta una menor función preventiva. Dicho de otro modo, la postura antiliberal pretende ceder garantías para

---

<sup>138</sup> En este sentido, resultan sumamente ilustrativos: Claus Roxin, Hans Heinrich Jescheck, Winfried Hassemer, en diferentes trabajos que examinaremos, Santiago Mir Puig en su Tratado de Derecho Penal, Francisco Muñoz Conde, en distintas obras, Jesús M. Silva Sánchez en *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, ob. cit., pág. 13 y en *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, ob. cit. y, entre nosotros, Eugenio Raúl Zaffaroni, en sus diferentes obras, Guillermo Yacobucci en *La deslegitimación de la potestad penal*, ob. cit.; Maximiliano A. Rusconi en *Las Fronteras del Poder Penal*, concretamente en el capítulo “Principios fundamentales del derecho penal”, págs. 8 y sigtes., ob. cit., págs. 7 a 17; Daniel R. Pastor, *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa de desprestigio actual de los derechos humanos*, ob. cit.

<sup>139</sup> La contraposición entre seguridad-libertad encuentra respaldo en diferentes tradiciones filosóficas-políticas: el liberalismo y el comunitarismo. El liberalismo, con énfasis en la razón y en los derechos individuales básicos, cuenta con autores clásicos como Hobbes, Locke, Adam Smith, Voltaire, Kant, Bentham y J.S. Mill y en el siglo XX versiones como las de Popper, Hayek, Nozick y Dworkin y, con un enfoque brindado desde la filosofía política, Rawls (1995) y Habermas (1998). El comunitarismo, que infravalora la importancia de la comunidad como una condición necesaria para crear un marco social coherente y justo, parte de autores como Marx, Nietzsche, Weber, Simmel, Adorno, Heidegger, Arendt, y, más recientemente, Alasdair MacIntyre y Charles Taylor.

obtener una mayor seguridad y, a la inversa, se piensa que una mayor tutela de las garantías importa una menor seguridad.

Y, entonces, en ese escenario, los principios de inocencia, legalidad, culpabilidad, ofensividad, taxatividad e incluso de ultima ratio resultan seriamente cuestionados por las nuevas modalidades legislativas en materia penal. Se puede decir que hay un nuevo derecho penal en el inicio de este milenio, donde los conceptos fundamentales del derecho iluminista clásico han sido remplazados por otros más acordes con la complejidad social de nuestro tiempo. Si el iluminismo imaginó una sociedad fundada en el contrato social, en nuestros días, por el contrario, se piensa en una sociedad de riesgos, altamente compleja y dentro de la cual la persona es vista según roles y competencias organizativas<sup>140</sup>.

## **11. El principio de mínima intervención**<sup>141</sup>

### **1. Los principios rectores. La doctrina.**

---

<sup>140</sup> 1. Así, por ejemplo, véase, Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona*, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

2. Mientras el derecho penal que fue objeto de reflexión en Feuerbach o Von Liszt tenía por base fundamental al delito doloso de comisión, en nuestros días las exigencias de garantías y asunción de riesgos han derivado el debate hacia las formas del delito imprudente y la omisión. Hasta hace unas décadas el sujeto en que pensaba el derecho penal era una persona, a la que, lógicamente, podía dirigirse un reproche de tipo ético-jurídico por su comportamiento. En estos días es difícil, frente a la normativización de la teoría del delito, encontrar rasgos “personales” o “humanos” en el orden de la conducta, el dolo y la culpabilidad. Entre otros, Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal*, 2da. edición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999 y Yacobucci, Guillermo, ob. cit., *La deslegitimación de la potestad penal*, pág. 348.

<sup>141</sup> Ampliamente, Cúneo Libarona, Mariano, *Garantías Constitucionales en un Estado de Derecho*, ob. cit., Capítulo V, “El principio de un derecho penal limitado”, págs. 185/244.

Empero, ante el panorama que acabamos de describir, no debemos perder de vista que el derecho penal, en la corriente de opinión que seguimos, es la última herramienta a la cual debe acudir el Estado.

En efecto, el empleo del derecho penal es la forma más grave de intervención del Estado frente al individuo, con consecuencias estigmatizadoras y una enorme dosis de violencia y por ese sencillo motivo se debe tender a su menor utilización<sup>142</sup>. En un sistema respetuoso del Estado de Derecho, sólo se debe recurrir al derecho penal para proteger bienes jurídicos de real importancia y cuando los restantes mecanismos de control social no punitivos han fracasado.

En efecto, la intervención penal supone una intromisión del Estado en la esfera del ciudadano, que sólo resulta tolerable cuando es estrictamente justificada, razonable, necesaria e inevitable para proteger al mismo ciudadano.

En consecuencia, el Derecho Penal debe intervenir en los casos de ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes y, en consecuencia, debe reducir y limitar su intervención sólo a aquello que sea estrictamente imprescindible en términos de utilidad social general. Las lesiones más leves deben ser examinadas y juzgadas en otros ámbitos del Derecho<sup>143</sup>.

---

<sup>142</sup> Se han formulado distintas propuestas. Algunas extremos que resultan directamente abolicionistas y otras reduccionistas en el sentido que sostienen que deben buscarse alternativas a la pena privativa de la libertad.

<sup>143</sup> En Alemania, Roxin, Claus, *Problemas básicos del Derecho Penal*, p. 22, Ed. Reus, Madrid, 1976 y Hassemer, Winfried, *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Ed. Bosch, Barcelona, 1984 y, en España, cfr., Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, p. 59 y sigtes., Ed. Bosch, Barcelona, 1975; *De Toledo* y Ubieto, Emilio Octavio, *Sobre el concepto del Derecho Penal*, Ed. Universidad Complutense de Madrid, 1981; Pérez Manzano, Mercedes, *Culpabilidad y prevención*, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, 1986; Arroyo Zapatero, Luis, *Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución*, Revista Jurídica de Castilla-La Mancha 1, p. 104 y 105, 1987; Gimbernat Ordeig, Enrique, *Estudios de Derecho Penal*, 3ra. edición, p. 150 y sigtes., Ed. Tecnos, Madrid, 1990; Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, p. 246,



Como hemos afirmado, el Derecho Penal es la forma más grave de intervención del Estado frente al individuo, con consecuencias estigmatizadoras y una enorme dosis de violencia, por lo que se debe tender a su menor utilización. Por ello, como hemos dicho, en un sistema respetuoso del Estado de Derecho, sólo se debe recurrir al Derecho Penal para proteger bienes jurídicos de real importancia, imprescindibles para la vida en comunidad, y cuando los restantes mecanismos de control social han fracasado.

Sólo las prohibiciones y mandatos fundamentales para la vida social merecen adoptar el carácter de normas penales. Sólo las infracciones de tales normas merecen la consideración de “delitos”. Las normas penales más indiscutibles, las que integran el núcleo del Derecho Penal, cuentan con una tradición inmemorial y han conseguido un profundo arraigo en la conciencia social<sup>144</sup>. Lo demás, en muchos casos, resulta inútil.

Somos partidarios de que aquellas conductas que no afectan de un modo serio y grave ciertos bienes jurídicos o que lo hacen sin provocar una gran alarma social, deben quedar fuera del Derecho Penal o libradas al juzgamiento o tratamiento de órganos de control intermedios, sin tanto poder traumatizante y hasta estigmatizante como lo es el del ámbito penal, es decir dentro del ámbito mucho más costumbrista (común, diario) del régimen contravencional de las legislaturas y judicaturas locales o municipales o vecinales.

---

Ed. Bosch, Barcelona, 1992 y Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, 6ta. edición, p. 77, Ed. Reppertor, Madrid, 2002.

<sup>144</sup> Mir Puig, Santiago, *Estado, pena y delito*, ob. cit., p. 82.

El principio de mínima intervención sólo es posible concebirlo dentro del sistema penal de un Estado de Derecho de absoluto respeto por las garantías individuales y la dignidad de la persona. Su antítesis es el Derecho Penal autoritario, el cual utilizado abusivamente, con fines políticos u otros fines subalternos, deriva en lo que algunos autores han denominado el “terror penal”.

Así, la concepción de un Derecho Penal como *ultima ratio* aleja toda posibilidad de autoritarismo y consolida las bases para un *ius puniendi* sustentado en la libertad y en la dignidad de la persona<sup>145</sup>.

Ya en nuestro país, hace más de cuarenta años, concretamente en 1971, se afirmaba que “el Derecho Penal es una disciplina integrada por amenazas y advertencias...; que no es nada más que esa porción del Derecho compuesta por el conjunto de disposiciones dotadas de sanción retributiva...; que el Derecho Penal es un Derecho simple y lisamente sancionador porque funciona sobre la base de principios jurídicos que le son anteriores...; que cuando un hecho es ilícito no es porque sea contrario al Derecho Penal sino al sistema jurídico todo...; que, consecuentemente, resulta necesario colocarlo en su preciso y adecuado lugar y que se ocupe exclusivamente de la ‘ilicitudes picos (las más groseras, las más llamativas, las de mayor entidad)’, dejando el resto de las conductas

---

<sup>145</sup> Cfr. Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, ob. cit., p. 81; Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal y control social*, p. 72, Ed. Temis, Bogotá, 1999 y, entre nosotros, Buompadre, Jorge E., *Derecho Penal y Procesal Penal*, ob. cit., p. 27.

que puedan considerarse antijurídicas para el derecho civil, comercial, administrativo o impositivo...; que en homenaje a la libertad, se deben restringir sus límites...”<sup>146</sup>.

La importancia de estos lineamientos resulta evidente: reducir (no suprimir) el castigo penal para conductas irrelevantes. Consecuentemente, se impone un límite infranqueable a la actividad del legislador que, como se expresó, debe sancionar penalmente sólo los hechos necesarios, trascendentes, indispensables y exclusivamente cuando otros medios de control social y otras áreas del Derecho resulten insuficientes.

Por todo lo dicho, no es aceptable una excesiva intervención del derecho punitivo y una fácil “huída al Derecho Penal”.

Estas ideas son presupuestos democráticos insoslayables en una concepción liberal del Derecho Penal acorde con un modelo de Estado de Derecho. Surge del pensamiento de la democracia, de una concepción liberal del Estado; para algunos del principio de culpabilidad con su juicio ético social de desvalor<sup>147</sup> y para otros

---

<sup>146</sup> De Mariano Cúneo Libarona (padre) en el acto de apertura del “Curso Especial de Derecho Penal: el Escribano Público y la Ciencias Penales” llevado a cabo en la Universidad Notarial Argentina, a partir del 13 de abril de 1971, con intervención de los doctores Sebastián Soler, Carlos Fontán Balestra, Enrique Aftalión, Bernardo Beiderman, Roberto Durrieu (p), Jorge Frías Caballero, Carlos Giuliani Fonrouge, Julio C. Ledesma, Ricardo Levene, Héctor Rojas Pellerano, Alberto Millán y otros. En la ocasión, con respaldo de estas ideas, brindó un ejemplo sencillo y gráfico: “ante un alcohólico o toxicómano crónico, capaz de dañarse a sí mismo o a los demás, pero que no cometió un delito, nunca debe intervenir ‘la filosofía penal oficial’. Es, para nosotros, un problema de derecho civil o de derecho administrativo. Pero de ninguna manera de derecho penal” (textual).

<sup>147</sup> Pritwitz, Cornelius, representante de la Escuela de Frankfurt, en “El Derecho Penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho Penal” publicado en el libro *La insostenible situación del Derecho Penal*, traducido por María Teresa Castiñeira Palou, p. 427 y sigtes., Ed. Comares, Granada, 2000, y, entre nosotros, Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Penal*, p. 39, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

del principio de proporcionalidad según el cual no es lícita una intervención punitiva cuando el mismo efecto puede lograrse con medidas menos graves<sup>148</sup>.

Como consecuencia de todo ello, el Estado debe acudir al Derecho Penal sólo cuando sea necesario e inevitable y, en consecuencia, el legislador penal no debe tutelar intereses morales que sólo afectan al fuero interno de la conciencia individual; costumbres sociales (conductas extravagantes o que se desvían de los parámetros de los comportamientos medios); no puede establecer mandatos para imponer determinada moral o ideología, debe evitar la incriminación de conductas por meras razones de oportunidad; no debe castigar como delitos hechos cuya relevancia ético-social o cultural (política o económica) sea escasa<sup>149</sup> (no protege ningún valor digno de protección), el daño del ilícito es mínimo o la conducta es socialmente aceptada.

Asimismo, no debe aplicar sanciones penales si pueden lograrse iguales efectos preventivos con la imposición de otra sanción o consecuencia jurídica no sancionatoria menos grave. Incluso debe concebir mecanismos político-criminales de renuncia a la pena, aunque se hubiese reconocido la culpabilidad del agente (instituciones alternativas de las penas; en especial, de la cárcel)<sup>150</sup>.

---

<sup>148</sup> Jakobs, Günther, *Derecho Penal*, ob. cit., p. 48.

<sup>149</sup> Véanse, en este sentido, Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán*, p. 6 y 278, Ed. Jurídica de Chile, 1987; Roxin, Claus, "Sentido y límites de la pena estatal" en *Problemas básicos del Derecho Penal*, p. 21 y 33, Ed. Reus, Madrid, 1976; ¿*La protección de bienes jurídicos como misión del Derecho Penal?*, Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N° 5, p. 287-305, 2004; Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte general*, p. 64, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993; Mir Puig, Santiago, *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit., p. 98 y sigtes.; Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, capítulo IV. 4, ps. 241, 246 y sigtes., Zugaldía Espinar, José Miguel, *Fundamentos*, ob. cit., p. 44, y, en la doctrina penal argentina moderna, por ejemplo, enfáticamente, Rusconi, Maximiliano, *Derecho Penal. Parte general*, p. 105, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.

<sup>150</sup> Sobre esto último, véase Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, ob. cit., p. 247.

En esta inteligencia, el contenido más esencial del principio de mínima intervención obliga a detener la intromisión de la protección penal a través de la definición como ilícito de una conducta en los casos en los cuales existen buenas posibilidades de que se cuente con estrategias de solución del conflicto menos violentas que la utilización del sistema penal o en los casos en los cuales el ingreso del Derecho no se encuentra legitimado desde el punto de vista de ciertos presupuestos sociales como, por ejemplo, cuando la víctima no desea, no merece, o no necesita protección alguna<sup>151</sup>.

Desde esta perspectiva, Alessandro Baratta desarrolla un denominado Derecho Penal mínimo, porque considera que “el sistema punitivo produce más problemas de los que pretende resolver, que en lugar de componer conflictos, los reprime y, a menudo, éstos adquieren un carácter más grave... y que es absolutamente inadecuado para desenvolver las funciones socialmente útiles declaradas en el discurso oficial”. Propugna entonces distintos principios de la mínima intervención penal<sup>152</sup> y desincriminar numerosos delitos, llevar al mínimo la intervención estatal en el Derecho

---

<sup>151</sup> Rusconi, Maximiliano, *Derecho Penal. Parte general*, ob. cit., p. 105.

<sup>152</sup> Son reglas que las clasifica en: 1) los principios de limitación formal que se integran con el principio de reserva de la ley o principio de legalidad en sentido estricto; principio de taxatividad; principio de irretroactividad; principio del primado de la ley penal sustancial y el principio de representación popular; 2) los principios de limitación funcional compuestos por el principio de reserva no contingente; el principio de proporcionalidad abstracta; el principio de idoneidad; el principio de subsidiariedad; el principio de proporcionalidad concreta o principio de adecuación del costo social; el principio de implementabilidad administrativa de la ley; el principio de respeto por las autonomías culturales y el principio del primado de la víctima y 3) los principios de la imputación personal o principios limitativos de la responsabilidad penal que son los siguientes: principio de la imputación personal o principio de personalidad; principio de responsabilidad por el hecho y el principio de exigencia social del comportamiento conforme a la ley. Estas reglas, aclaramos, las hemos desarrollado a lo largo de esta investigación al examinar, en su lugar, cada principio constitucional.

Penal mediante la “privatización de los conflictos”. Es decir, entregar a víctima y victimario, o sus representantes, el arreglo del delito cometido<sup>153</sup>.

Por todo ello, el principio de intervención mínima es un principio fundamental del Derecho Penal moderno. Lo proponen Francesco Carrara<sup>154</sup>, Karl Binding<sup>155</sup>, Hans Welzel<sup>156</sup>, Hans Mayer<sup>157</sup>, Wilhelm Sauer<sup>158</sup>, Zygmunt Bauman<sup>159</sup>, Reinhart Maurach<sup>160</sup>, Claus Roxin<sup>161</sup>, Günther Jakobs<sup>162</sup>, Hans Heinrich Jescheck<sup>163</sup>,

---

<sup>153</sup> Baratta, Alessandro, *Principios del Derecho Penal mínimo para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal*, Doctrina Penal, p. 623, año 10, N° 37 a 40, 1987 y que conforma el capítulo V, “Derechos humanos”, de *Criminología y sistema penal*, p. 299, Ed. IB de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004.

<sup>154</sup> Carrara tuvo severas palabras para los legisladores del Código Penal francés que actuaron en la reforma dictada en 1873, alertando sobre las facilidades que se otorgaba a “los esbirros policiales” para entrometerse en cuestiones de escasa trascendencia penal y señaló que “se había desoido la vieja máxima romana *el pretor no se preocupa por cuestiones mínimas*” (cfr. “Un nuevo delito” en *Opúsculos*, trad. de José J. Ortega Torres y José Guerrero, 2da. edición, tomo IV, p. 397, Ed. Temis, Bogotá, 1978).

<sup>155</sup> Binding, Karl, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafenchts*, Bendoderer Teil, 1961, t. I, p. 20, quien señaló que el Derecho Penal debe ser un sistema de protección accesoria para bienes jurídicos que ya se encuentran tutelados en otras ramas del Derecho.

<sup>156</sup> Welzel, Hans, *Derecho Penal alemán*, ob. cit., p. 6 y 278.

<sup>157</sup> Mayer, Hans, en *Strafrecht*, Allgemeiner, Teil, p. 54, 1967.

<sup>158</sup> Sauer, Wilhelm, *Grundlagen des Strafrech*, p. 20, 1920, citado por Cornelius Prittwitz, quien en 1920, en sus *Fundamentos de Derecho Penal*, afirmó que “deben castigarse sustracciones insignificantes en las que quizás fuera suficiente la reparación de daños; pero en este género de casos la pretensión de reparación carece de valor para el perjudicado, ya que el autor en la práctica resulta ser insolvente y ha perdido lo sustraído. Se piensa más adelante... en el gran grupo de infracciones leves por las cuales el Estado no está obligado a sentirse lesionado de forma relevante. En todos estos casos falta en realidad un daño relevante y la peligrosidad del ataque; se mantiene sin embargo el criterio del Derecho Penal en la medida en que el Estado no tiene a su disposición otros medios de retribución, especialmente cuando no esté ordenada una composición de Derecho privado... El medio de la pena viene exigido como subsidiario por intereses públicos”.

<sup>159</sup> Bauman, Sygmunt, *Strafrech*, Aligemeiner Teil, 3. III.2.

<sup>160</sup> Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit., p. 25.

<sup>161</sup> Roxin, Claus, *Sentido y límites de la pena estatal*, ob. cit., p. 21 y sigtes. Incluso en su obra elaborada con Günther Artz y Klaus Tiedemann señala que “resulta evidente que el incumplimiento de contratos es socialmente dañoso, pues el comercio sólo puede funcionar y progresar si los contratos se cumplen, pero la punición genérica de los incumplimientos contractuales resultaría inadecuada, ya que el conflicto que representan puede solucionarse mediante una demanda ante los tribunales civiles. Sólo ante los ladrones y los estafadores, en tanto suelen sustraerse a la justicia civil, resulta imprescindible el recurso a instrumentos

Winfried Hassemer<sup>164</sup>, Johannes Wessels<sup>165</sup>, Wolfgang Naucke<sup>166</sup>, Luigi Ferrajoli<sup>167</sup>, Alessandro Baratta<sup>168</sup>, Santiago Mir Puig<sup>169</sup>, Jesús María Silva Sánchez<sup>170</sup>, Francisco Muñoz Conde<sup>171</sup>, y, entre nosotros, Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>172</sup>, Julio B. J. Maier<sup>173</sup>, Guillermo J. Yacobucci<sup>174</sup>, Daniel R. Pastor<sup>175</sup> y muchos otros.

Hasta aquí la teoría aceptada por todos pero veamos qué sucede en la realidad.

---

penales...” (Claus Roxin, Günther Artz, Klaus Tiedemann en *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, p. 22 y 23, Ed. Ariel, Barcelona, 1989).

<sup>162</sup> Jakobs, Günther, *Tratado de Derecho Penal*, ob. cit., p. 49.

<sup>163</sup> Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado del Derecho Penal. Parte general*, p. 8 y sigtes., Ed. Comares, Granada, 1993, quien considera que el Derecho Penal debe emplearse sólo cuando ello resulta indispensable para proteger a la sociedad.

<sup>164</sup> Hassemer, Winfried, *Fundamentos de Derecho Penal*, ob. cit., p. 376 y *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en el Derecho Penal*, p. 6, 15 y 43, Ed. Temis, Bogotá, 1999.

<sup>165</sup> Wessels, Johannes, *Derecho Penal. Parte general*, p. 3, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, quien sostiene que las disposiciones penales sólo se justifican cuando no bastan medios terminantes, como ser del derecho privado o público, en el interés de una protección eficaz de bienes jurídicos.

<sup>166</sup> Naucke, Wolfgang, *Strafrecht, Eine Einführung*, p. 78, 6ta. edición, 1991.

<sup>167</sup> Ferrajoli, Luigi, *Garantismo y Derecho Penal*, ob. cit., p. 62, entre otros trabajos ya citados.

<sup>168</sup> Baratta, Alessandro, *Principios de Derecho Penal mínimo*, ob. cit., p. 623.

<sup>169</sup> Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, p. 125 y sigtes., Ed. Bosch, Barcelona, 1976 y en *Derecho Penal. Parte general*, ob. cit., p. 98 y sigtes.

<sup>170</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, ob. cit., ps. 13 y 247.

<sup>171</sup> Muñoz Conde, Francisco, en todas sus obras, por ejemplo, *Introducción al Derecho Penal*, p. 71 y sigtes., Ed. Bosch, Barcelona, 1975, y *Derecho Penal y control social*, Ed. Temis, Bogotá, 2004.

<sup>172</sup> Zaffaroni, Eugenio R., “La creciente legislación penal y los discursos de emergencia”, *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

<sup>173</sup> Maier, Julio B. J., *¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?*, ob. cit., p. 272.

<sup>174</sup> Yacobucci, Guillermo J., *¿Cómo interpretar la política criminal de nuestros días?*, ED, 27/9/2004.

<sup>175</sup> Pastor, Daniel, R. *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa de desprestigio actual de los derechos humanos*, incluido en la separata de *Nueva Doctrina Penal*, 2005-A, p. 77, entre otras obras.

En este sentido, Roxin sostiene que “...la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el Derecho Penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho Penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema –como la acción civil...”<sup>176</sup>.

Dentro de todo el ámbito del derecho, al derecho penal le asiste la relevante misión de proteger con suma energía esferas importantes de la convivencia social o los intereses más trascendentes de la comunidad y, como vimos, sólo debe sancionar las conductas que en mayor medida afectan a los ciudadanos.

Desde esa perspectiva, no cabe duda que en el campo del derecho penal debe existir un “modelo penal garantista” –en términos de **Luigi Ferrajoli**<sup>177</sup> - en el cual se minimice el poder del Estado<sup>178</sup> y se maximice el saber judicial.

---

<sup>176</sup> Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, ob. cit., pág. 65.

<sup>177</sup> Ferrajoli, Luigi, en *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, ob. cit., págs. 338/40.

<sup>178</sup> En España la doctrina moderna postula que se debe buscar el mayor bien social con el menor costo social. El “principio de la máxima utilidad posible” para las posibles víctimas debe combinarse con el de “mínimo sufrimiento necesario” para los delincuentes. Ello conduce a una fundamentación utilitarista del derecho penal no tendente a la mayor prevención posible, sino al mínimo de prevención imprescindible (cfr. Santiago Mir Puig, en la lección 4 de su Tratado, págs. 123 y 151 y sigtes. y Francisco Muñoz Conde en sus diferentes trabajos que ya fueron mencionados).



Y uno de esos instrumentos de garantía es, precisamente, aplicar el **principio de mínima intervención**. Como afirman, por ejemplo, **Claus Roxin**<sup>179</sup> y **Hans Heinrich Jescheck**<sup>180</sup>, el derecho penal es “**subsidiario**” respecto de los restantes instrumentos del orden jurídico, cuya eficacia pretende “subsidiariamente” asegurar.

**Francisco Muñoz Conde**<sup>181</sup> sostiene que el derecho penal tiene “**carácter fragmentario**”<sup>182</sup> por cuanto el derecho penal sólo interviene frente a los ataques concretos a los bienes jurídicos que resulten más graves y peligrosos<sup>183</sup>, y la pena, simplemente, es la “**ultima ratio**” en la defensa del orden social, es decir, “el último recurso” que debe emplear el Estado y sólo a falta de otros resortes menos lesivos<sup>184</sup>. Luego, por su importancia, insistiremos en estos conceptos.

---

<sup>179</sup> Roxin, Claus, “Sentido y límites de la pena estatal” en su libro *Problemas básicos del derecho penal*, Ed. Reus, Madrid, 1976, págs. 21 y 38, quien sostiene que el derecho penal es “subsidiario” por cuanto la tutela de los bienes jurídicos se lleva a cabo a través de “todo el ordenamiento jurídico” y el derecho punitivo tiene tan solo “una misión subsidiaria en su protección”.

<sup>180</sup> Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1976, quien añade que el Derecho Penal debe emplearse sólo cuando ello resulta indispensable para la protección de la sociedad (pág. 5).

<sup>181</sup> Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal y Control Social*, Ed. Temis, Bogotá, 1999.

<sup>182</sup> Aunque el término pertenece, en verdad, al creador de estas ideas, hace ya más de un siglo, Karl Binding (1902) en *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, Bensoderer Teil, 1961, T I, págs. 20 y sigtes., quien propició que el derecho penal debía ser un sistema de protección accesoria para bienes jurídicos que ya se encuentran tutelados en otras ramas del derecho.

<sup>183</sup> Por ello el derecho penal no se ocupa de toda conducta antijurídica antes bien sólo se acota a “un fragmento”: esas conductas más graves, peligrosas y, como veremos, lesivas teniendo en cuenta sus elementos objetivos y subjetivos y sus resultados, si es un hecho que importa una lesión o una puesta en peligro del bien jurídico; si la conducta es dolosa o imprudente; la penalidad establecida por el legislador como pauta objetiva de ponderación; etc.

<sup>184</sup> Así, en la República Argentina, se han dictado pronunciamientos de la Cámara Nacional de Casación Penal y de la Cámara del Crimen de la Capital Federal. Aunque en el análisis de otro contexto, sostuvo el recordado doctor Campos, prestigioso integrante de la Cámara del Crimen de la década del 80, que: “El análisis del ponderable fallo del sentenciante, pone más que en evidencia el peligro de convertir cuestiones que deben ser debatidas en la sede ajena a la criminal y correccional, so color de que “prima facie” podrían encuadrar en algunas de las descripciones de los tipos legales previstos en nuestro Código Penal, propiciando de este modo una forzada aplicación de una rama del ordenamiento jurídico que, si bien es único, debe ser tenido por tal para el juicio de valor a emitir sobre el problema de la antijuridicidad, pero nunca, del ineludible compromiso de tratar todo ello, sea en la tipicidad sea en la culpabilidad, el dolo, que nada tiene que ver en

En el mismo sentido, **Winfried Hassemer**<sup>185</sup>, con cierta ironía, aduce que en el actual discurso político el derecho penal, no es válido como “última”, sino como “prima” o “sola ratio”.

Entonces “el derecho penal desarrolla como principio fundante aquel que señala que el uso de la violencia debe ser siempre el último recurso del

---

este terreno con el tratamiento del mismo en materia civil o comercial. Creo con absoluta sinceridad que ampliar el espectro fáctico de la intrincada maraña de los negocios humanos, de evidentes connotaciones económicas, haciéndolos caer dentro de la esfera del derecho penal, va contra la naturaleza realmente excepcional de este derecho, y genera la proliferación indiscriminada e intimidatoria del remedio más sencillo pero también más encubiertamente amenazante para lograr una solución favorable a ciertos más que respetables intereses particulares, pero que deben ser dilucidados, hasta por razones de especialización, por quienes en ello se han capacitado y poseen mayor experiencia y por ende, conocimientos más profundos, o sea, los jueces civiles y no los que integramos este fuero. A salvo, claro está, cierto bagaje de aprendida normativa básica del derecho en su totalidad, todo aquello que requiera una específica interpretación de normas y cuyos efectos del decisorio puedan incidir en la soluciones de conflictos, donde la voluntad de las partes debe ser desentrañada, pienso que los jueces penales debemos abstenernos de emitir fallos que acuerden derechos que son ajenos a nuestra competencia, aunque ello sea a través de una vía indirecta, porque constriñe en alguna medida al juez natural del evento bien para no contradecirnos sufriendo la influencia de nuestro decisorio, bien resolviendo en contrario, lo cual implica un conflicto jurisdiccional que debe evitarse” (Fallo “Martí, Raúl E.” de la Sala IV de la Cámara del Crimen de la Capital Federal del 11 de abril de 1989). En el mismo sentido en el caso de “Wade, Diego Eric”, la Sala V de la Cámara del Crimen sostuvo que “el derecho privado acuerda a las minorías societarias, sin necesidad de recurrir al Derecho Penal –que es la última ratio–, todos los medios necesarios para defender sus derechos en efectiva forma” (causa N° 19.642, pronunciamiento dictado el 8 de octubre de 2002). Asimismo, como otro ejemplo, destaco el fallo dictado por la Cámara del Crimen, Sala V, en el caso “Guebel”, del 30 de abril de 2003 (causa N° 21.335), en el cual, los jueces sostuvieron que resultaría desacertado entender como prohibido todo lo que cabe en el sentido literal de los tipos penales, que por las restricciones del lenguaje no tienen precisión limitativa de las conductas que el legislador aprecia como disvaliosas. Una interpretación distinta extendería el poder punitivo de manera arbitraria, en clara oposición al principio de “última ratio” del derecho penal. Una posición muy clara es la que adoptaron los integrantes de la Sala V de la Cámara del Crimen, quienes señalaron que “... el Derecho Penal es una última ratio a disposición del Estado, es decir, somete a sus disposiciones únicamente a las formas más graves e inadmisibles de las conductas antijurídicas... razonamiento portador de la restricción al mínimo indispensable de su actuación dejando de lado aquellos conflictos susceptibles de ser solucionados por otras ramas del derecho e incluso por otras vertientes científicas, tales como la psicología o la psiquiatría...” (Fallo “Faraj, Elías”, causa N° 13.780 del 16 de junio del 2000 y “Andrade”, causa N° 15.845, del 24 de abril de 2001). En esta línea de pensamiento los integrantes de la Cámara del Crimen han dicho que “la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el Derecho Penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El derecho penal sólo es la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir, que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema” (Cámara del Crimen, sala V, causa N° 28.049, “Tellería, Luis A. y otros”, del 14/02/2006).

<sup>185</sup> Winfried Hassemer, prestigioso catedrático de derecho penal de la Universidad J. W. Goethe de Frankfurt y Magistrado del Tribunal Constitucional Alemán, en su obra *Crítica al Derecho Penal de Hoy*, ob. cit.

Estado. Este principio, conocido como ultima ratio, surge de las características propias del Estado de derecho, que constituye un programa no violento de organización de la sociedad”<sup>186</sup>.

Y ello es así, en razón de que el derecho penal no es un mero instrumento más de control sino que, debido a sus consecuencias, resulta problemático y drástico para la sociedad y los particulares.

Por esta razón, sólo es legítimo utilizar el derecho penal ante infracciones graves y dañosas y como recurso extremo<sup>187</sup>.

La actualmente denominada **“inflación del derecho penal”** se ha transformado en “ineficacia del procedimiento penal”. Sería importante reconocer que el derecho penal no puede representar un sistema normativo ampliable in infinitum. Antes bien, si apelamos al principio de subsidiariedad y a la característica fragmentaria del derecho penal, que en un Estado de Derecho limitan sus fines al marco de la protección de ciertos bienes jurídicos, se debe recomendar, también en nombre de la eficiencia o efectividad, procurar una reducción del derecho penal<sup>188</sup>.

---

<sup>186</sup> Binder, Alberto M., *Introducción al Derecho Penal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pág. 39.

<sup>187</sup> 1. Prittwitz, Cornelius: *El derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal*, traducción de María Teresa Castiñeira Palou, en *La insostenible situación del derecho penal*, Ed. Comares, Granada, 2000, págs. 433 y sigtes, con cita de Lüderssen.

2. Este criterio es empleado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, vid. en el caso “Kimel vs. Argentina”, del 02/05/2008 (parágrafo N° 76).

<sup>188</sup> Maier, Julio B. J., en *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más derecho?*, Buenos Aires, pág. 272, quien cita a Helmut Frister y Claus Roxin.

Esta concepción no es un capricho exegético, sino que es acorde con un derecho penal de carácter fragmentario y subsidiario propio de nuestro esquema normativo. El derecho penal desarrolla, como principio fundante de un Estado de Derecho, la exigencia de que el empleo de la violencia sea siempre el último recurso al que debe apelar el Estado en la organización de la sociedad<sup>189</sup>.

En definitiva, debemos tener en cuenta que la protección de los bienes jurídicos no sólo se realiza a través del derecho punitivo sino también a través de todo el ordenamiento jurídico en su conjunto, por ello su misión es subsidiaria en la protección de aquellos<sup>190</sup>.

Ya **Hans Welzel**<sup>191</sup> sostenía que el derecho penal debía castigar como delito “las infracciones más graves de las normas de la Ética Social”.

Es que el Derecho Penal protege sólo determinados intereses sociales y exclusivamente contra ciertas formas de agresión. No tutela toda conducta antijurídica (un simple choque vehicular, un inquilino que no abandona el inmueble que ocupa una vez vencido el contrato de locación, una demanda temeraria, un cobro indebido de cheques, etc.).

---

<sup>189</sup> En el exterior, Cornelius Prittwitz de la escuela de Frankfurt en *El Derecho Penal Alemán ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última Ratio? Reflexiones sobre la Razón y Límites de los Principios Limitadores del Derecho Penal* en su artículo publicado en el libro *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, traducción de María Teresa Castiñeira Palou, ob. cit., págs. 428 y sigtes. y, entre nosotros, por ejemplo, Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Penal*, ob. cit., pág. 39; Pastor, Daniel R., *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa de desprestigio actual de los derechos humanos*, ob. cit.; Rusconi, Maximiliano A., *Las Fronteras del Poder Penal*, ob. cit.; entre otros.

<sup>190</sup> En este sentido, cfr. Roxin, Claus, *Problemas básicos del derecho penal*, ob. cit.

<sup>191</sup> Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1987.

Dicho de otro modo, el Derecho Penal de un Estado de Derecho ha de justificarse siempre como sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del Derecho se denominan “bienes sociales”. Se dice, entonces, que el Derecho Penal sólo puede proteger “bienes jurídicos”. La expresión “bien jurídico” se utiliza en este contexto en su “sentido político-criminal” de objeto que puede reclamar protección jurídico-penal, en contraposición a su “sentido dogmático”, que alude a los objetos que de hecho protege el Derecho Penal vigente. Que el Derecho Penal sólo deba proteger “bienes jurídicos” no significa que todo “bien jurídico” haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del Derecho Penal. Ambas cosas se opondrán respectivamente, a los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho Penal. El concepto de “bien jurídico” es, pues, más amplio que el de “bien jurídico penal”<sup>192</sup>.

Así las cosas, son demasiadas las conductas que quiebran el principio de intervención mínima y el carácter de última ratio del Derecho Penal. En nuestro tiempo ya no resulta aplicable que se ocupe mediante sanción de actor como impedir el contacto con los hijos, que debe ser debatido en la sede civil especializada, o de quien libra un cheque sin fondos, con un fuero especial dedicado a ella, que puede resolverse en sede comercial, solo por brindar ciertos ejemplos.

---

<sup>192</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 5ta. edición, Barcelona, 1998, pág. 91 y sigtes.

La evidente tendencia expansiva que manifiesta el Derecho Penal a costa de otras ramas del ordenamiento –a la que, en sus variantes más extremas, cabría calificar de verdadera “huida hacia el Derecho Penal” y frente a la que un número creciente de autores contraponen la necesidad de una cierta “retirada” del mismo<sup>193</sup> parece haber olvidado que, por más que no resulte discutible que tales intereses son merecedores de protección y están necesitados de ella, la importante limitación de derechos fundamentales que representa la imposición de un castigo de naturaleza penal o, en su caso, de una pena privativa de libertad, no está justificada más que en aquellos supuestos en que se esté en presencia de un comportamiento que, como mínimo, signifique para ellos un peligro grave de deterioro o destrucción.

Exigencia que no parece compatible con la técnica de incriminación, traducida en la configuración de tipos de peligro abstracto<sup>194</sup> -o incriminación de conductas notablemente distantes de la producción efectiva de un daño real al objeto jurídico de protección-, en los que se sanciona penalmente es la inobservancia de normas meramente organizativas y no la realización de hechos socialmente dañosos, sirviendo de esta manera los medios propios del Derecho Penal tan sólo para reforzar, con

---

<sup>193</sup> Hassemer, Winfried, (*Perspectivas del Derecho Penal futuro*, Revista Penal Nº 1, 1998, pág. 37) expuso: “La moderna política criminal se aparta de las formas de tipificación de conductas y determinación de bienes jurídicos propias del Derecho tradicional. Su forma delictiva característica es el delito de peligro abstracto... y el bien jurídico normalmente objeto de protección es un bien jurídico vagamente configurado... De este modo, la determinación del injusto en la ley penal se diluye, aumentando y flexibilizando sus potencialidades de aplicación. Por el contrario, disminuyen las posibilidades de defensa y también de crítica de los excesos del legislador”. Se refieren también a la confrontación entre el “Derecho Penal moderno” y el “Derecho Penal clásico”, entre otros: Portilla Contreras, Guillermo, *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*, CPCr. Nº 39, pág. 723 y sigtes; Paredes Castañón, José Manuel, *Responsabilidad penal y nuevos riesgos: el caso de los delitos contra el medio ambiente*, en AP, 1997, pág. 217 y sigtes; Sánchez García de Paz, María Isabel, *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*, Universidad de Valladolid, 1999, entre otros.

<sup>194</sup> Cfr. Moccia, Sergio, *De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflejos liberales*, en Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin, editado por Jesús María Silva Sánchez, Barcelona, 1997, pág. 113 y sigtes., véase también Baratta, Alessandro, *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión desde la perspectiva de la criminología crítica*, en Pena y Estado, Nº 1, 1991, pág. 37 y sigtes.

su carácter intimidatorio, una disciplina preventiva ya estructurada por el Derecho civil comercial o por el Derecho administrativo. Se incurre así en el dislate de acudir en primera instancia al Derecho Penal para garantizar, con ayuda del miedo que produce el proceso penal y la pena, la tutela de ciertos intereses complejos que caracterizan a nuestra moderna sociedad (salud pública, medio ambiente, etc.). Con lo cual el instrumento penal pierde buena parte de sus contenidos de garantías transformándose en un elemento de organización social de marcado carácter simbólico.

En consecuencia, frente a esta situación, en la postura que aquí se sigue, el Derecho Penal necesariamente debe ser una herramienta excepcional sólo destinada a la protección de los derechos fundamentales más importantes. Si por el contrario, todo derecho establecido en la Constitución Nacional estuviera tutelado penalmente, las disposiciones del Código Penal serían interminables, puesto que todo el orden jurídico es protección de derechos fundamentales.

El derecho a reclamar ante la Justicia asiste siempre a quien entiende que ha sido damnificado por un hecho. Los derechos de las víctimas deben ser siempre respetados y tutelados. Los amparan las normas consagradas en la Constitución Nacional, los Pactos Internacionales y la ley general y leyes especiales. Pero sólo se debe recurrir al derecho penal teniendo en cuenta su preciso y limitado campo de actuación, considerando que es la última ratio del orden jurídico<sup>195</sup>.

---

<sup>195</sup> En la República Argentina, en esa inteligencia, aunque con otros términos, el voto de los integrantes de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, Dres. Gustavo W. Mitchell, Juan E. Fégoli y Pedro R. David en el expediente "Lamarque S.A.", N° 6106, del 13 de octubre de 2005.

Por lo tanto, sólo se debe emplear el derecho penal cuando sea absolutamente imprescindible por resultar insuficientes otras formas de reacción jurídica (las resoluciones civiles o comerciales, sanciones administrativas –sanciones disciplinarias u otras sanciones no penales, rescisión de concesiones, multas-, civiles –impugnación y nulidad de actos jurídicos, reparación patrimonial del daño-, comerciales –remoción de directores, nulidad de asambleas y actos de comercio, acciones de responsabilidad-, laborales, contravencionales, etc).

Volvemos sobre el tema, sólo cuando ningún medio de protección o de solución social del problema u otro campo del derecho pueda aplicarse o estos resulten insatisfactorios, incapaces o fallen, resulta legítimo acudir al derecho penal. Este es un postulado del Estado liberal clásico que hoy parece un tanto olvidado.

Por todo ello, no debemos soslayar que el goce y ejercicio de los derechos no sólo encuentra protección en el derecho penal, sino también en el derecho civil, comercial, laboral, etc. La intervención del derecho criminal solamente debe ocurrir en aquellos casos en que la lesión rebase el margen de los intereses particulares de los individuos e invada la zona de los grandes intereses generales de la sociedad<sup>196</sup>.

Por ello, como hemos dicho, **el principio de intervención mínima**<sup>197</sup> es un principio fundamental del derecho penal moderno (**Karl Binding, Hans**

---

<sup>196</sup> Molinario, Alfredo, *Los delitos*, t. II, Ed. Tea, Buenos Aires, 1996, pág. 197.

<sup>197</sup> La necesidad de intervención mínima del Derecho Penal lleva al principio de la insignificancia lesiva, conforme el cual deben excluirse de la reacción penal las injerencias mínimas en el bien jurídico protegido penalmente. Así determinadas acciones, aunque puedan subsumirse formalmente en un tipo penal, deben considerarse atípicas cuando sean materialmente insignificantes (sustraer una moneda de una máquina). Todo



Welzel<sup>198</sup>, Hans Mayer<sup>199</sup>, Claus Roxin<sup>200</sup>, Günther Jakobs, Hans Heinrich Jescheck, Winfried Hassemer<sup>201</sup>, Johannes Wessels<sup>202</sup>, Francisco Muñoz Conde<sup>203</sup>, Santiago Mir Puig<sup>204</sup> y muchos otros<sup>205</sup>).

Como postula **José Luis Díez Ripollés**, el principio de subsidiariedad, como derivación del principio de intervención mínima, entiende el derecho penal como último recurso frente a la desorganización social, una vez que han fracasado o

---

ello lleva a sostener la necesidad de una interpretación restrictiva del tipo penal orientada a un bien jurídico protegido.

<sup>198</sup> Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, ob. cit., págs. 6 y 278.

<sup>199</sup> Meyer, Hans, *Strafrecht*, Ed. Allgemeiner, Teil, 1967, pág. 54.

<sup>200</sup> Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., págs. 13 y sigtes., 65, del mismo autor, “Sentido y límites de la pena estatal” en su libro *Problemas básicos del derecho penal*, pág. 21 y sigtes. quien, en su obra elaborada con Günter Artz y Klaus Tiedemann, señala que “... resulta evidente que el incumplimiento de contratos es socialmente dañoso, pues el comercio sólo puede funcionar y progresar si los contratos se cumplen, pero la punición genérica de los incumplimientos contractuales resultaría inadecuada, ya que el conflicto que representan puede solucionarse mediante una demanda ante los tribunales civiles. Sólo ante los ladrones y los estafadores, en tanto suelen sustraerse a la justicia civil, resulta imprescindible el recurso a instrumentos penales...” (Roxin, Claus; Artz, Günther; Tiedemann, Klaus, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, págs. 22 y 23).

<sup>201</sup> Hassemer, Winfried, *Crítica al Derecho Penal de Hoy*, ob. cit., del mismo autor *Viejo y nuevo Derecho Penal*; ob. cit., *Perspectivas del Derecho Penal futuro, Persona, mundo y responsabilidad. Bases para la teoría de la imputación en derecho penal*, Ed. Temis, Bogotá, 1999, pág. 29.

<sup>202</sup> Wessels, Johannes, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 3, quien sostiene que las disposiciones penales sólo se justifican cuando no bastan medios terminantes, como ser del derecho privado o público, en el interés de una protección eficaz de bienes jurídicos.

<sup>203</sup> Muñoz Conde, Francisco, en sus obras *Función de la norma penal y reforma de Derecho Penal e Introducción al Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1975, págs. 71 y sigtes.

<sup>204</sup> Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1976, págs. 125 y sigtes. y en *Derecho Penal, Parte General*, ob. cit., págs. 98 y sigtes.

<sup>205</sup> De Miranda Coutinho, Jacinto Nelson, profesor de derecho procesal penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Paraná, Brasil, en *Un poco de la ideología de las reformas y de la crisis del Derecho Criminal en Brasil*, publicado en la Revista N° 26 del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, págs. 55 y sigtes., en especial pág. 57, punto 4.1.

no están disponibles otras medidas de política social, el control social no jurídico, u otros subsistemas de control social jurídicos<sup>206</sup>.

Y entonces el derecho penal tiene su misión como protección de bienes jurídicos y la pena es la última ratio de la política social.

En tal sentido la teoría del derecho penal mínimo (minimalismo o reduccionismo penal que no es abolicismo o supresión) propone que "...la pena debiera intervenir sólo en conflictos muy graves, que comprometen intereses generales, y en los que, de no hacerlo, se correría el riesgo de una venganza privada ilimitada. De este modo el poder punitivo estaría siempre junto al más débil: a la víctima en el momento del hecho y al autor en el de la pena...<sup>207</sup>".

Y, como lo expresamos antes, el derecho penal tiene carácter fragmentario desde que sólo interviene frente a los ataques concretos a los bienes jurídicos que resulten más graves y peligrosos.

## **2. El derecho penal de riesgo es un verdadero riesgo**

---

<sup>206</sup> Cfr. Diez Ripollés, José Luis, "Garantías y Bien Jurídico" en *Teorías Actuales en el Derecho Penal*, 75 Aniversario del Código Penal, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pág. 437.

<sup>207</sup> Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2da. edición, junio 2002, pág. 64, VI-1.

En nuestros días, con la tercera revolución industrial y los avances tecnológicos, se ha impuesto la sociedad de riesgo<sup>208</sup> y consecuentemente que se ha establecido un **“Derecho Penal del riesgo”** o “de la puesta en peligro” con nuevos objetivos, novedosas conductas punibles y reglas de atribución de la responsabilidad diferentes de las tradicionales.

Concretamente, en el Derecho Penal actual estamos frente a “riesgos” y “peligros” (ya no se apunta al delito de resultado). Se presentan entonces estas características: 1) la creación legislativa de delitos de peligro, en especial abstracto, sin esperar la producción del resultado, con un consecuente adelantamiento de la barrera de protección penal, con normas cada vez más abstractas en términos de peligro presunto (armas, drogas, medio ambiente, economía, etc.) ; 2) la aparición de bienes jurídicos colectivos, supraindividuales, de contenido difuso, reunidos en torno a la idea de seguridad (la protección de la hacienda pública, la preservación del medio ambiente, la valorización del producto y del mercado de capitales, la seguridad en el tráfico, la seguridad en el trabajo); 3) reducción a las exigencias para la reprochabilidad, lo que se evidencia en el cambio de paradigma que va de la hostilidad hacia el bien jurídico a su peligrosidad con un fuerte componente de responsabilidad objetiva y con delitos sancionados por el solo resultado; 4) leyes con un fuerte contenido preventivo general negativo (leyes penal tributaria y de orden económico y financiero, etc.); 5) leyes con carácter simbólico, propias de la política criminal que impera en nuestro tiempo (de lavado de dinero, de orden económico y financiero, etc.); 6) la modernización de los presupuestos materiales y subjetivos de la responsabilidad, es decir, imputación objetiva con reglas sobre riesgo

---

<sup>208</sup> Beck, Ulrich, *La sociedad de riesgo*, Ed. Paidós, Barcelona, 1998 con previsiones catastróficas, más políticas que sociológicas. Con sentido sociológico preciso puede consultarse Luhmann, Niklas, *Sociología y riesgo* (1986 y 1991), Heft 229, p. 18 y sigtes.

permitido y un mayor desarrollo dogmático jurídico de la responsabilidad por el delito imprudente, de acción y omisión y de comisión por omisión<sup>209</sup>; 7) relajamiento de las bases de la imputación subjetiva y confusión entre autoría y participación y entre conductas preparatorias, intentadas o consumadas del delito; 8) recorte de las exigencias de prueba o la elusión de sus dificultades; 9) responsabilidad penal de las personas jurídicas (leyes de lavado de dinero, de orden económico y financiero); 10) nuevas penas (decomiso, congelamiento de activos).

Todo lo anterior se da con una fuerte flexibilización y desformalización del Derecho Penal material y procesal, con la consecuente afectación de los principios limitadores y de las garantías constitucionales, de estructuras y reglas dogmáticas y, por ende, de las barreras o límites que exige un Derecho Penal respetuoso del Estado de Derecho.

El Derecho Penal no es ya la reacción ético-jurídica a una lesión culpable a bienes jurídicos o intereses ajenos. Hoy se dirige a la gestión, organización y administración de contextos sociales de riesgo y conductas de peligro.

Así las cosas, el “Derecho Penal del riesgo” lejos de proponer un Derecho Penal limitado se ha convertido en Derecho Penal expansivo y por ello, con razón, se ha dicho que existen “algunos riesgos del Derecho Penal de riesgo”<sup>210</sup>.

---

<sup>209</sup> En el Derecho Penal de nuestros días existe una enorme exasperación de los delitos de comisión por omisión. La comisión por omisión imprudente es el nuevo paradigma del concepto de delito, lo cual, a nuestro juicio, como dijimos, resulta ilegítimo.

<sup>210</sup> Herzog, Félix, *Algunos riesgos del Derecho Penal del riesgo*, ponencia presentada en el IV Congreso de Justicia Penal celebrado en julio de 1999 en la Universidad de Huelva, España.

En este marco nadie puede ignorar que existe una nueva criminalidad, nuevos delitos que traspasan las fronteras (drogas, lavado de dinero, organización criminal, delitos informáticos, etc.) y que se presenta una nueva criminalidad económica (los casos internacionales como el de Chernobyl de la ex Unión Soviética, Sandoz en Suiza, Contergan, Lederspray y HolzMittel en Alemania, Colza, Doñana, una catástrofe medioambiental, y el desastre del *Prestige* en España, Parmalat y Volare en Italia, Enron y Arthur Andersen en los Estados Unidos, entre otros muchos, o en nuestro ámbito vernáculo con caídas de banco y entidades financieras, novedosas maniobras de corrupción pública y privada, etc.) con graves casos de terrorismo.

Tampoco se puede desconocer que en las sociedades democráticas postindustrializadas en que vivimos en nuestro tiempo, el fenómeno del delito está determinado por el papel que juegan los intereses, la opinión pública, los medios de comunicación, los colectivos organizados y una serie de factores sociales como el desencanto social, la falta de referentes ideológicos, morales y religiosos de hoy en día<sup>211</sup>.

El mundo ha cambiado, es cierto y lo admitimos, pero nada justifica extender indebidamente el Derecho Penal y pedirle que supere sus funciones, que vaya más allá de su esfera de competencia, en definitiva, que haga lo que no puede hacer.

En consecuencia, no es necesario establecer un Derecho Penal distinto, un acta patriótica (Estados Unidos) o leyes especiales (Inglaterra 2006 o

---

<sup>211</sup> Especialmente en este último sentido, Diez Ripollés, José Luis, “Exigencias sociales y política criminal”, en *Claves de Razón Práctica*, Nº 85, 1998, p. 48-53, para quien el Derecho Penal se está consolidando como “el sector del ordenamiento jurídico que pretende identificar y garantizar los presupuestos auténticamente esenciales para la convivencia” (ver concretamente p. 41).

España), o recurrir a Guantánamo<sup>212</sup> o Abu Ghraib. Con el Derecho Penal clásico es suficiente.

Es verdad que el mundo evoluciona. Que estamos frente a una nueva delincuencia, más violenta, cruel, que no respeta ni los códigos criminales, una delincuencia de cuello blanco más efectiva y transaccional, una corrupción oficial desmedida (lo que ocurrió en el Perú y en el Brasil a fines de 2005 principios de 2006 y lo que sucede diariamente en nuestro país es paradigmático), terrorismo, mafias, narcotráfico, pero ese enfrentamiento entre seguridad vs. libertad no debe alterar las fuentes de legitimación del Derecho Penal y modificar las reglas de juego vigentes en un Estado de Derecho.

Pero esos nuevos postulados del Derecho Penal de riesgo no solucionan problema alguno y no crean paz social. Tan sólo alimentan ilusiones sobre las funciones sociales del Derecho Penal que pronto desaparecen.

Los riesgos del Derecho Penal de riesgo para la función de garantía del Derecho Penal son enormes. Existe cierta tendencia al totalitarismo y a la vulneración de garantías constitucionales.

Por ello no pueden alterarse los postulados de un Derecho Penal liberal propio de un Estado de Derecho.

---

<sup>212</sup> Sobre estas normas especiales ver, por ejemplo, artículos publicados en el diario *El País* de España con fechas 31/12/2005 y 8/1/2006, sección internacional, p. 4, 5 y 16.

No puede privilegiarse una razón de Estado sobre una razón jurídica, aunque sea en situaciones excepcionales como el terrorismo político o la delincuencia organizada.

No podemos acatar un discurso de riesgo, de excepción o de emergencia como fuente de legitimación de prácticas legislativas o judiciales irrespetuosas del Estado de Derecho.

No es posible buscar efectividad afectando los principios y límites que rigen en un Derecho Penal legítimo.

No podemos obtener justicia a cualquier precio.

Existen límites, garantías y principios precisos que se deben respetar.

Sólo existe libertad cuando no se abusa del poder, declaraba Charles Montesquieu.

Precisamente, por todo ello, concebimos al Derecho Penal como un límite infranqueable para el poder del Estado, que establece y otorga un sistema de libertades e impone un marco de respeto del Estado frente al ciudadano que no puede quebrantar, so pena de incurrir en transgresiones normativas. El Derecho Penal es la

herramienta más poderosa y cruel con que cuenta el Estado<sup>213</sup>, pero, al mismo tiempo, representa el instrumento de protección de bienes vitales del individuo y de la comunidad<sup>214</sup> –mediante mandatos y prohibiciones– y establece los límites a ese poder de violencia estatal a través de lo que, en el mundo moderno y en un Estado de Derecho, se denomina garantías.

El Derecho Penal es, precisamente, el derecho de los límites al poder. Es el que establece formas de conducta y de vida, impone límites al poder penal estatal. Precisa qué es lo que el hombre puede hacer y hasta dónde puede hacerlo para desarrollarse en un ámbito de convivencia social.

Ya Franz von Liszt<sup>215</sup> decía que “el Código Penal es la Carta Magna del delincuente”, aludiendo al límite que la ley penal impone al poder del Estado; aunque en nuestros días se aluda no sin razón a la Carta Magna de la víctima<sup>216</sup>.

---

<sup>213</sup> Sobre ello véase Foucault, Michel en *Vigilar y castigar*, Ed. Siglo XXI, México, 1987 (ver la descripción de la p. 111 de esta obra). Recordemos la escena del condenado molido a golpes a quien pasean por las calles de París.

<sup>214</sup> La doctrina en general, como hemos visto, siempre postuló que estos bienes son elevados a la categoría de bienes jurídicos por la tutela que establece la ley teniendo en cuenta su importancia y que el Derecho Penal los protege frente a determinadas formas de agresión. Aunque aclaremos al respecto que, como sostiene Marcelo A. Sancinetti, la idea de que la misión del Derecho Penal es la de proteger bienes jurídicos “da para todo”, lo cual se demuestra con el hecho de que hayan partido de ella autores con posiciones totalmente contrapuestas. Para nombrar sólo algunos casos desde un extremo objetivista a uno subjetivista: Nino, Roxin, Stratenwerth, Mir Puig, Armin Kaufmann, Zielinski, todos ellos han partido de la idea inicial de que el Derecho Penal debe proteger bienes jurídicos (*Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho Penal*, p. 60, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997). Por ello, se ha dicho que la misión fundamental del Derecho Penal, para cierta parte de la doctrina, en especial desde la obra de Jakobs, es la de asegurar las condiciones fundamentales de la convivencia humana en la comunidad o asegurar la vigencia de la norma y las expectativas del ciudadano.

<sup>215</sup> Franz von Liszt (Viena, 1851- Seheim 1919), docente de Derecho Penal en las Universidades de Gratz, Giessen, Marburgo, Halle y Berlín, seguidor de la filosofía positivista, entre otras obras, fue autor del *Tratado de Derecho Penal* (Ediciones de Quintiliano Saldaña-Reus, Madrid, 1914), que tuvo amplia repercusión. Aclaro que, en verdad, Von Liszt dijo mucho más que eso. Aferrado a las ideas de la ilustración, consideraba que el Derecho Penal protege no a la colectividad, sino al individuo que se rebelaba y le garantiza el derecho de ser castigado sólo si se dan los presupuestos legales y sólo dentro de los límites legales. “El Derecho Penal es la infranqueable barrera de la política criminal. No en vano, el titular del delito es el titular del bien jurídico



Francisco Muñoz Conde<sup>217</sup> sostiene que el Derecho Procesal Penal tiene su corazón dividido en dos grandes amores. Por un lado, la misión de investigar los delitos y castigar a los culpables y, por otro, la de respetar en esa tarea determinados principios y garantías que se han convertido en el moderno Estado Democrático de Derecho en derechos y garantías fundamentales del acusado, que representan un límite a la búsqueda de la verdad e impone que no pueda obtenerse la verdad a toda costa.

En consecuencia, el poder punitivo del Estado no debe utilizarse de cualquier modo y en cualquier medida para proteger la convivencia humana.

Paul Bockelmann<sup>218</sup> ha dicho que el Derecho Penal debe contribuir a vencer el caos en el mundo y a contener la arbitrariedad de las personas mediante la adecuada limitación de su libertad y restricción de sus derechos, pero sólo puede hacerlo en una forma que sea compatible con el nivel cultural global de la Nación.

No podemos, en consecuencia, adoptar políticas de “ley y orden” que enfrenten a la criminalidad a cualquier costo, anulando garantías constitucionales, que son sagradas, o estableciendo penas que afecten los derechos y la dignidad del hombre.

---

anulado o limitado por la pena” (cfr. sus conceptos en “La idea del fin en el Derecho Penal”, programa que presentó en la Universidad de Marburgo en 1882).

<sup>216</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión*, ob. cit., p. 55 (nota 11).

<sup>217</sup> Muñoz Conde, Francisco, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Colección Claves del Derecho Penal, Volumen 1, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1996.

<sup>218</sup> Bockelmann, Paul, *ZUR Kritik der Strafrecht Skritik*, Festschrift fur R. Lange, 1976, p. 1.

Puede resultar petulante, sorprendente o un tanto ambicioso decirlo, pero el futuro del mundo –civilizado– y del hombre –o al menos una parte sustancial de él–, depende en gran medida de que se implementen y respeten estos conceptos.

Luigi Ferrajoli reflexiona señalando que es posible reducir los delitos mediante una limitación preventiva de la libertad, mediante técnicas de vigilancia total, colocando tanques en la calle y policías detrás de cada ciudadano, con cámaras de televisión en viviendas o en los lugares de trabajo, interceptando comunicaciones telefónicas, pero ello importa el establecimiento de un sistema no deseado: el gobierno político de la sociedad.

De lo contrario, aceptemos la tortura, los apremios ilegales, los allanamientos indebidos de morada, las requisas y detenciones policiales indiscriminadas y otros métodos coactivos que, tal vez, en ciertos casos, resulten efectivos, pero que representan combatir a quien cometió un delito mediante la comisión de otro delito, multiplicar la violencia social y debilitar la conciencia ética del ciudadano.

O, simplemente, aceptemos que los juicios se sustancien por lo que proclama la sociedad o afirman quienes se lanzan a opinar y juzgar en los diarios, los canales de televisión y en la prensa en general, en lugar de imponer los instrumentos legales que expresamente consagra la Constitución Nacional; lo primero, por cierto, no puede ser de ninguna forma aceptado.

Pues bien, esta legislación indiscriminada de leyes penales, como se ha dicho, es sólo una respuesta simbólica frente a los reclamos sociales dado que no resulta un medio idóneo para hacer frente al problema al tal punto que la experiencia y las estadísticas nos demuestran que con todas estas nuevas leyes no se ha logrado una reducción significativa del delito o de la violencia.

Considerar que el poder punitivo soluciona todo o, al menos, estos problemas, resulta un desatino enorme.

El sistema penal no puede erradicar el delito. Francesco Carrara ya lo puso de manifiesto magistralmente en su *Programa de Derecho Criminal*, al decir que la misión del Derecho Penal es lograr tranquilidad en una comunidad, hasta para demostrar que el mal no triunfa frente al ordenamiento jurídico. No obstante lo cual, señala, afirmar o creer que estas normas van a impedir totalmente el delito es de una hipocresía o, al menos, de tanta ingenuidad como lo es la idea que invoca de la mujer sencilla que piensa que la medicina va a erradicar a la enfermedad. No se puede, pues, exigir tales resultados ni la medicina ni al sistema penal.

Y Hans Welzel indicó correctamente que el Derecho Penal siempre llega tarde para proteger bienes jurídicos.

Así las cosas, el Derecho Penal está siempre expuesto al peligro de abandonar su misión como protector de los valores de nuestra cultura de vida en manos de un detentador arbitrario de la fuerza, con la posibilidad de verse degradado a

mero instrumento de represión. Es entonces cuando su aplicación pasa a ser el peor de los delitos imaginables.

Sabido es que el empleo irracional del *ius puniendi* sólo agudiza el conflicto social<sup>219</sup>.

Y aparecen entonces otros modelos y propuestas. Por un lado, un Derecho Penal con garantías y velocidades diferenciadas, con la flexibilización de los principios y derechos constitucionales frente a determinados fenómenos, en los que lo relevante es la neutralización del peligro o riesgo (Jesús María Silva Sánchez<sup>220</sup>) y, por otro lado, un Derecho Penal del enemigo, con un sistema jurídico y trato diferente al imputado (Günther Jakobs), los cuales fueron analizados en el capítulo anterior, pero adelantamos que afectan los postulados clásicos del Derecho Penal tradicional y las garantías constitucionales consagradas en nuestra legislación, en especial, el principio de inocencia.

En definitiva, concebimos al Derecho Penal como un instrumento jurídico necesario e irremplazable<sup>221</sup> que, debido a que contiene una enorme

---

<sup>219</sup> En España, Zúñiga Rodríguez, Laura en *La ley de seguridad ciudadana es un síntoma de la crisis del Poder Ejecutivo. Especial consideración del sistema penal*, Revista D, N° 32, p. 150, Ed. Temis, Bogotá, 1995. En Perú, García Caveró, Percy en *Análisis dogmático y político criminal de los denominados delitos agravados y de los delitos de terrorismo especial*, p. 130, Cathedra, Revista de los Estudiantes de Derecho del Universidad Mayor de San Marcos, Año IV, n° 6, Lima, Perú, 2000.

<sup>220</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal*, p. 166, 2da. edición, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

<sup>221</sup> En verdad, si nos detenemos un instante y reflexionamos sobre este tema, verificaremos que, a lo largo de toda la historia, el hombre no inventó algo mejor o que pueda reemplazarlo con alguna posibilidad de éxito.

dosis de violencia, debe ser limitado, restringido y empleado sólo en ciertos y determinados casos<sup>222</sup>.

### **3. La realidad. La postura que adopta el legislador penal de nuestro tiempo**

Como vemos la doctrina penal dispone una cosa, pero el legislador hace otra.

Este principio no es aplicado en nuestro ámbito en el que se crean cada vez más y más leyes penales y el Derecho Penal se “entromete” en toda actividad y comportamiento humano; lo cual obedece a que el Estado busca en sus políticas permanente apoyo en su arma más poderosa y lesiva: el Derecho Penal<sup>223</sup>.

El Código Penal y sus leyes complementarias configuran un enorme catálogo de normas y la política criminal se orienta, para resolver las crisis del mundo moderno, en más y nuevas formas de criminalización.

---

<sup>222</sup> Por lo demás, concluyendo un proceso penal con la imposición de la pena privativa de la libertad en la cárcel, lo cual, como muchos sostienen, no representa solución alguna, antes bien, empeora al detenido, lo contagia y perjudica a su familia, o con una condena en suspenso, que no es más que una advertencia, comprobaremos que no reparó en nada el mal provocado, no solucionó el problema y la crisis general que se atraviesa.

<sup>223</sup> Por ejemplo, se introduce en la economía, en el mercado económico y financiero y en demasiados aspectos de la vida social; en muchas ocasiones sin que existan motivos legítimos de punición penal.

En consecuencia, este principio queda reducido a “propuestas programáticas”, a “una formulación recogida de meros juicios empíricos”<sup>224</sup> o, mejor dicho, en nuestros términos, a simples expresiones de deseo o consideraciones teóricas.

Es sencillo comprobar que dictan y dictan leyes penales, tantas que el Código Penal ya parece “Frankenstein”<sup>225</sup>. Representa, pues, un cuerpo al que se le va agregando cada día más cosas novedosas y desconocidas<sup>226</sup>, lo cual representa una estructura normativa expansiva caótica, desordenada, imprecisa, irracional, desproporcionada y, en definitiva, defectuosa, ineficiente y, en especial, ilegítima.

El legislador pretende obtener a todo trance el cumplimiento de los preceptos sociales y jurídicos que impone con la creación de más delitos y la amenaza de aplicar penas a quien transgreda sus disposiciones imperativas.

Es un grosero error conceptual creer que cuanto más se regule la actividad humana, que cuanto más se discipline el quehacer de los ciudadanos para obligarlos a que hagan o dejen de hacer acciones contrarias a su propia voluntad, que

---

<sup>224</sup> Prittwitz, Cornelius, representante de la Escuela de Frankfurt, en “El Derecho Penal alemán ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho Penal” publicado en el libro *La insostenible situación del Derecho Penal*, traducido por María Teresa Castiñeira Palou, p. 427 y sigtes., Ed. Comares, Granada, 2000.

<sup>225</sup> De esta forma, asistimos a un fenómeno por el cual se “descuartizó” al derecho penal y se lo dividió en diferentes partes como ser: derecho penal económico, empresario, derecho penal de las sociedades comerciales, derecho penal administrativo, tributario, aduanero, cambiario, contravencional, sobre el medio ambiente, las industrias, la droga, etc. Hemos llegado inclusive a escuchar hablar de “derecho penal de la policía” que, en verdad, no sabemos bien qué es, pero nos pareció que aludía a imputaciones o defensas de policías. En fin, mucho derecho penal pero, en definitiva, el buen y viejo derecho penal es siempre uno solo y el mismo, con sus reglas constitucionales y su parte general y especial correctamente definidas.

<sup>226</sup> Como ejemplo, véase Cúneo Libarona, Mariano, en su comentario a la ley de orden económico y financiero (*Ley de orden económico y financiero*, Suplemento Especial - Nuevo Régimen Penal Tributario /2012 –enero, 10–).

cuanto más se restrinja y coarte su desenvolvimiento espontáneo, mejores resultados se obtendrán en orden a lograr una adecuada convivencia social. Pero ese proceso regulativo creciente bien pronto le mostrará al legislador impaciente y apurado, una comprobación que lo sorprenderá, esto es, cuáles son las limitaciones propias que tiene el Derecho y, en definitiva, cuál es la magnitud de la impotencia legislativa.

Nuestro legislador procura y considera torpemente que lo que no consiguió por las buenas lo ha de lograr por las malas y he aquí cómo se ingresa a ese nefasto pensamiento por el cual se cree que con el Código Penal en la mano se ha de solucionar cualquier problema social, fuere de la naturaleza que fuere. Es así como se recurre a las medidas extremas de que el Derecho dispone y se llega al tope último de todo orden normativo. La multiplicación legislativa, por una lógica interna del sistema, nos conduce necesariamente a una penalización de grandes áreas del mundo jurídico.

La creciente legislación penal encuentra su causa profunda en el desconocimiento que generalmente padece el legislador acerca de las limitaciones que tiene el Derecho Penal y en virtud de ello es que se generan las expectativas infundadas que se depositan en ellos. La multiplicación legislativa y su correlativa penalización reducen un sistema jurídico al absurdo, porque exigir de él lo que no puede dar nos dirige a un camino equivocado que concluye en una impotente crueldad y en su desprestigio como instrumento insustituible de la convivencia humana<sup>227</sup>.

---

<sup>227</sup> Fierro, Guillermo J., "La creciente legislación penal y los discursos de emergencia" en *Teorías actuales de Derecho Penal*, ob. cit., p. 625.

Ya en su tiempo, Francesco Carrara nos advirtió: “el principio de la tutela jurídica no debe entenderse a la letra y materialmente, como si la misión del Derecho Penal fuera la de obtener de un modo efectivo que el Derecho ‘nunca’ sea violado sobre la Tierra; éstos son sueños del vulgo, que busca en el juez el hombre destinado, según él, a asegurarle perpetuamente su persona y sus bienes, a la manera de la mujer sencilla que busca en el médico al hombre destinado, según ella, a liberarla en un instante de todos los males del cuerpo. Sueños son éstos, que producen en la vida práctica desengaños y dolores, y en la ciencia aberraciones funestas. La estafalaria idea de que la medicina debe extirpar todas las enfermedades, conduciría a la ciencia de la salud al empirismo, así como conduce al pueblo a tener fe en los curanderos. Y la insensata idea de que el derecho punitivo debe extirpar de la Tierra todos los delitos, lleva a la ciencia penal a la idolatría del terror, y al pueblo a la fe en el verdugo, que es el verdadero curandero del Derecho Penal”<sup>228</sup>.

En nuestro ámbito, ya José Peco (1936) señaló que “las rebeldías humanas no se aplacan con leyes duras... A la ley penal se la debe suplantar por la mejor estructuración social o la mejor gobernación política... No se abriga el designio de atacar las causas del delito... Se persigue reprimir los resultados. La reforma penal se convierte en contrarreforma penal...”<sup>229</sup>.

Sebastián Soler (1966) indicó que “las nuevas tendencias ideológicas, al repercutir en nuestra legislación penal, comportarán una orientación diferente en el sentido de lo que podríamos llamar su estatización y crecimiento. Claro está

---

<sup>228</sup> Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal. Parte especial*, vol. I, t. III, p. 14, Ed. Temis, Bogotá, 1957.

<sup>229</sup> Peco, José, *El Derecho Penal y el Estado*, LA LEY 1, 92 año 1936, reproducido en Revista de Derecho Penal y Criminología de La Ley, sección “Páginas clásicas”, p. 325, año 1, N° 1, septiembre, 2011.



que todo Derecho Penal es Derecho público, del Estado, pero llamamos estatización a cierta tendencia que lleva a un desarrollo excesivo, a una especie de materialización de todo el sistema como consecuencia de hacer prevalecer la idea común y niveladora de obediencia sobre la idea del valor objetivo y relativo de los diversos bienes jurídicos”<sup>230</sup>.

Conforme a lo expuesto, Zaffaroni señala que “existe un fenómeno relativamente reciente que es la llamada administrativización del Derecho Penal, caracterizado por la pretensión de un uso indiscriminado del poder punitivo para reforzar el cumplimiento de ciertas obligaciones públicas (especialmente en el ámbito impositivo, societario, previsional, etc.) que banaliza el contenido de la legislación penal, destruye el concepto limitativo del bien jurídico, profundiza la ficción de conocimiento de la ley, pone en crisis la concepción del dolo, cae en la responsabilidad objetiva y, en general, privilegia al Estado en relación con el patrimonio de los habitantes. En esta modalidad, el poder punitivo se reparte más por azar que en las áreas tradicionales de los delitos contra la propiedad... Existen sospechas de que recientes teorizaciones del Derecho Penal se orientan a explicar esta modalidad en detrimento del derecho penal tradicional”<sup>231</sup>.

Y esta práctica representa una realidad incuestionable que no es tolerable, máxime si reconoce la escasa capacidad del Derecho Penal para solucionar problemas.

---

<sup>230</sup> Soler, Sebastián, *Bases ideológicas de la reforma penal*, p. 41, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1966.

<sup>231</sup> Zaffaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte general*, p. 12, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000.

Sabido es que una sociedad que presenta un sistema penal exagerado, desmedido, contemplando previsiones punitivas de conductas de toda índole, necesariamente ve afectada su libertad. Se prioriza la regulación normativa sobre la libertad. Se establece, bajo amenaza de castigo, la imperatividad y la prevención general absoluta, lo cual no debemos convalidar.

El Estado cree que procediendo de esta forma obtendrá resultados inmediatos y una victoria fácil que le reportará popularidad pero, de esta manera, evita concentrarse en las tareas que son su deber primordial y que deberían convocar su especial atención. En verdad, así nos engañan por cuanto no se soluciona absolutamente nada y no se tiene idea de la “caja de Pandora” que se está abriendo. Existe, pues, una enorme disonancia entre las conciencias y las necesidades políticas y no se puede obrar en función de esta última.

Así el Estado podrá ganar una guerra, pero nunca ganará la paz.

En la República Argentina, el Estado pretende solucionar ciertos problemas que le preocupan (seguridad<sup>232</sup>, corrupción<sup>233</sup>, etc.), ocultando su

---

<sup>232</sup> En general, más delitos, más penas, más cárcel.

<sup>233</sup> Expuesto en un ejemplo, el problema de la corrupción no se soluciona creando más delitos, elevando las escalas penales o con cárcel a los acusados. Con los tipos penales que ya existen alcanza y sobra. El núcleo del asunto está, entre otras cosas, en que el proceso penal sea efectivo y las penas concretas y proporcionales, en suprimir un “sistema general corrupto” y en algo muy simple: no designar funcionarios públicos a personas corruptas o de fácil conversión. Debe nombrarse a gente de bien, dispuesta a servir (no a servirse) al Estado. Y en nuestros países existen muchas personas así. La corrupción es grave, afecta la calidad de vida de todos y provoca daños enormes, irreparables. Sólo fortaleciendo la sociedad civil –mediante los derechos jurídicos y el desarrollo económico a largo plazo– e instituyendo normas claras para garantizar la responsabilidad, se controlarán el despotismo y la corrupción.

ineficiencia, recurriendo, con una celeridad que alarma, al Derecho Penal, como si fuese un remedio apto para solucionar los grandes problemas comunitarios, pero, en verdad, lo que está haciendo es simular que brinda inmediatas respuestas políticas a los reclamos populares, a los miedos sociales y a los angustiantes padecimientos de la ciudadanía echando mano a los recursos más drásticos y violentos con que cuenta, que son, precisamente, los jurídicos penales<sup>234</sup>.

Como vemos, en lugar de concebirse una política criminal coherente y confiable, tendente a prevenir y a evitar el delito o, en su caso, combatir sus causas motivadoras, se expande más y más el poder punitivo.

En este sentido, Winfried Hassemer considera que la política criminal del Derecho Penal material de nuestros días presenta los mismos elementos desde hace siglos. Que en la parte especial del Derecho Penal se agravan las prescripciones y amenazas penales existentes, prolongando el Derecho Penal a otros espacios, que de este modo se extiende a otros ámbitos tradicionales y a otros nuevos<sup>235</sup>.

---

<sup>234</sup> Las reformas penales, inmersas en la emergencia, van acompañadas de debates legislativos exageradamente breves y que resultan meramente formales, en los que no se cuenta con opiniones de expertos. Se advierte una alarmante ausencia de argumentos serios que permitan avalar la adopción de tipos penales, que avanzan irremediabilmente sobre las garantías de los ciudadanos en tanto límites frente a la actividad estatal. Se sancionan leyes de manera espasmódica, frente al problema concreto, desoyendo las voces de los especialistas y, en muchos casos, sin que se verifique la real necesidad de incrementar la legislación penal. O lo que es peor aún, no planteándose la posibilidad de otras alternativas, obviamente menos gravosas, para los derechos individuales, como posible solución al problema. No debemos olvidar que legislar en este contexto, suele traer consigo el potencial peligro de dictar normas coyunturales, de escasa profundidad científica y de difícil compatibilidad con las normas constitucionales.

<sup>235</sup> Cfr. Hassemer, Winfried, *Perspectivas del Derecho Penal futuro*, publicado en 1998, en la Revista penal N° 1 de la Universidad de Huelva y de Castilla La Mancha, traducción de Enrique Anarte Borrillo.

Si el Estado no brinda respuestas a los conflictos o soluciones a los problemas existentes, nadie puede creer y confiar en el sistema, en la justicia y en el Derecho Penal.

#### **4. ¿Y entonces?**

Entonces nos preguntamos:

¿Si todos los científicos, especialistas y destacados estudiosos del derecho penal del mundo y de la República proponen, con importantes fundamentos, la aplicación de estos principios, por qué motivo el legislador procede en forma inversa, soslayando su propuesta?

No cabe duda que se debe evitar la incriminación de conductas por meras razones de oportunidad, es decir, el castigo como delito de hechos cuya respuesta no la brindará nunca el derecho penal y cuya relevancia ética-social, cultural, política o económica sea escasa o irrelevante.

Ya lo decía Charles Montesquieu en su libro “El Espíritu de las Leyes”, el Congreso es el poder más peligroso por carencia de conocimientos, improvisación o simple decisión política<sup>236</sup>.

---

<sup>236</sup> Montesquieu, Charles en *El Espíritu de las Leyes*, biblioteca “Los Grandes Pensadores”, t. II, libro XXIX, capítulo IV, Ed. Sarpe, Madrid, 1984, pág. 245.

Y esto es todo lo contrario a lo que vemos en la **Argentina** actual y en muchos países de América Latina, en la cual se tiende a **expandir al derecho penal**<sup>237</sup>, creando más y más figuras penales, aumentando las penas, reduciendo las garantías constitucionales básicas y elementales y creando institutos, que califican de eficientes, pero sólo alteran la esencia del derecho penal liberal, reconocido y aceptado, como si ello fuera el método y antídoto de solución a todos los males y conflictos existentes en el país<sup>238</sup>.

El legislador pretender obtener a todo trance el cumplimiento de los preceptos sociales o jurídicos que impone con la creación de más delitos y la amenaza de aplicar penas a quien transgrede sus disposiciones imperativas.

Con arreglo a los principios apuntados, **Zaffaroni** señala que: “Existe un fenómeno relativamente reciente que es la llamada administrativización del derecho penal, caracterizado por la pretensión de un uso indiscriminado del poder punitivo para reforzar el cumplimiento de ciertas obligaciones públicas (especialmente en el ámbito impositivo, societario, previsional, etc.) que banaliza el contenido de la legislación penal,

---

<sup>237</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, prefiere emplear el término “poder punitivo” en lugar de derecho penal. Considera que se extendió el poder punitivo y disminuyó el derecho penal y lo que debemos hacer es restringir el poder y ampliar el derecho penal. Una cuestión de conceptos que puede estimarse relevante.

<sup>238</sup> Y en homenaje a los Jueces y Fiscales que deben emplear estas leyes recordemos que, en la República Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que por amplias que sean las facultades judiciales en orden a la aplicación e interpretación del derecho, el principio de separación de los poderes, fundamental en el sistema republicano de gobierno adoptado por la Constitución Nacional, no concede a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto expresamente por la ley respecto del caso, so color de su posible injusticia o desacierto (CS, Fallos: 249:425; 250:17; 263:460). Sin perjuicio de ello, creo que, en verdad, en su loable labor, lo que el juez hace es política criminal, con un límite fundamental que es actuar dentro de la ley, la cual no se puede franquear. Es ese ámbito tiene un margen de interpretación, que puede ser más restringido o más extensivo (siempre que no incurra en la analogía), pero no puede jamás hacerle decir a las normas lo que estas no dicen. Por eso el problema está dado en la ley penal. De todas formas, en cuanto a la teoría de la interpretación de la ley mucho no se ha expuesto. Más allá de los viejos trabajos de Karl Larenz o Karl Engisch o, en el ámbito latinoamericano, de Jiménez de Asúa o Sebastián Soler, poco y nada se avanzó en el tema. En especial, en la parte general del derecho penal.

destruye el concepto limitativo del bien jurídico, profundiza la ficción de conocimiento de la ley, pone en crisis la concepción del dolo, cae en la responsabilidad objetiva y, en general, privilegia al estado en relación con el patrimonio de los habitantes. En esta modalidad, el poder punitivo se reparte más por azar que en las áreas tradicionales de los delitos contra la propiedad, dado que la situación de vulnerabilidad al mismo depende del mero hecho de participar en emprendimientos lícitos. Existen sospechas de que recientes teorizaciones del derecho penal se orientan a explicar esta modalidad en detrimento del derecho penal tradicional”.

Y, sabido es que una sociedad que presenta un sistema penal exagerado, desmedido, contemplando previsiones punitivas de conductas de toda índole, necesariamente afecta la libertad<sup>239</sup>. Se prioriza la regulación normativa sobre la libertad. Se establece, bajo amenaza de castigo, la imperatividad y la prevención general absoluta, lo cual no debemos convalidar.

El Estado cree que procediendo de esta forma obtendrá resultados inmediatos y una victoria fácil que le reportará popularidad. De esta manera evita centrarse en las difíciles y complejas cuestiones domésticas. Pero, en verdad, nos engaña por cuanto no soluciona absolutamente nada y no tiene idea de la caja de Pandora que está abriendo. Existe una palpable disonancia entre las conciencias y las necesidades políticas y no se puede obrar en función de esta última.

---

<sup>239</sup> De esta forma, asistimos a un fenómeno por el cual se “descuartizó” al derecho penal y se lo dividió en diferentes partes como ser: derecho penal económico o empresario, derecho penal de las sociedades comerciales, derecho penal administrativo, tributario, aduanero, cambiario, contravencional, sobre el medio ambiente, las industrias, la droga, etc. He llegado inclusive a escuchar “derecho penal de la policía” que, en verdad, no sé bien qué es, pero me pareció que aludía a querellas o defensas de policías. En fin, mucho derecho penal pero, en definitiva, el buen y viejo derecho penal es siempre uno solo y el mismo, con sus reglas constitucionales y su parte general.

Así el Estado podrá ganar una guerra, pero nunca ganará la paz.

Vale la pena recordar que la República Argentina, el Estado pretende solucionar ciertos problemas que le preocupan (seguridad, corrupción<sup>240</sup>, etc), ocultando su ineficiencia, recurriendo, con una celeridad que alarma, al derecho penal, como si fuese un remedio apto para solucionar los grandes problemas comunitarios, pero, en verdad, lo que está haciendo es simular que brinda inmediatas respuestas políticas a los reclamos populares, a los miedos sociales y a los angustiantes padecimientos de la ciudadanía echando mano a los recursos más drásticos y violentos con que cuenta que son, precisamente, los jurídicos penales<sup>241</sup>.

---

<sup>240</sup> El problema de la corrupción no se soluciona creando más delitos, elevando las escalas penales o imprimiendo cárcel a los acusados. Con los tipos penales que ya existen alcanza y sobra. El núcleo del asunto está, entre otras cosas, en suprimir un “sistema corrupto” y en algo muy simple: no designar funcionarios públicos a personas corruptas o de fácil conversión. Debe nombrarse a gente de bien, dispuesta a servir (no a servirse) al Estado. Y en nuestros países existen muchas personas así. La corrupción es grave, afecta la calidad de vida de todos y provoca daños enormes, irreparables. Jeffrey Sachs, catedrático de Economía y director del Instituto de la Tierra de la Universidad de Columbia, señala que fortaleciendo la sociedad civil – mediante los derechos jurídicos y el desarrollo económico a largo plazo- e instituyendo normas claras para garantizar la responsabilidad, se controlarán el despotismo y la corrupción. Por consiguiente, deberíamos ser tajantes a la hora de defender las libertades civiles. El mundo rico debería aumentar el nivel de vida de los países pobres otorgando de esta manera la posibilidad, tanto a la sociedad civil como a los gobiernos de éstos países, la capacidad para defender el sistema de derecho. Es una idea, pero añado que, para ello, se necesita un sistema y hombres dignos y honorables. De lo contrario, como sucede en ciertos países latinoamericanos y africanos, el dinero irá a parar a fines privados no deseados.

<sup>241</sup> En este mismo sentido, Hernán De Llano, en su buen trabajo en orden al delito de asociación ilícita fiscal sostiene que esas reformas, inmersas en una lógica emergencial, van acompañadas de debates legislativos meramente formales, donde se advierte una alarmante ausencia de argumentos que permitan avalar la adopción de tipos penales, que avanzan irremediabilmente sobre las garantías de los ciudadanos en tanto límites frente a la actividad estatal. Se sancionan leyes de manera espasmódica, frente al problema concreto, desoyendo las voces de los especialistas y, en muchos casos, sin que se verifique la real necesidad de incrementar la legislación penal. O lo que es peor, no planteándose la posibilidad de otras alternativas, obviamente menos gravosas para los derechos individuales, como posible solución al problema. No debemos olvidar que legislar en este contexto, suele traer consigo el potencial peligro de dictar normas coyunturales, de escasa profundidad científica y de difícil compatibilidad con las normas constitucionales.

Como vemos, en lugar de concebirse una política criminal coherente y confiable, tendente a prevenir y evitar el delito o, en su caso, combatir sus causas motivadoras, se expande más y más el poder punitivo<sup>242</sup>.

Si el Estado no brinda respuestas o soluciones, nadie puede creer y confiar en el sistema, en la justicia y en el derecho penal. Y ese Estado no apunta al fondo del problema por cuanto no crea trabajo, industrias, producción, escuelas. No se brinda educación<sup>243</sup>, cultura, salud, seguridad social. No se fomenta la inversión<sup>244</sup>. No existe un plan serio orientado a suministrar igualdad de oportunidades, generar más empleos y sacar a la gente de la pobreza. No se presta atención a la miseria y a los

---

<sup>242</sup> Así, Winfried Hassemer considera que la política criminal del derecho penal material presenta los mismos elementos desde hace siglos. Que en la parte especial del derecho penal se agravan las prescripciones y amenazas penales existentes, prolongando el derecho penal a otros espacios, que de este modo se extiende a otros ámbitos tradicionales y a otros nuevos (cfr. su trabajo *Perspectivas del Derecho Penal Futuro*, publicado en 1998, en la Revista penal N° 1 de la Universidad de Huelva y de Castilla La Mancha, traducción de Enrique Anarte Borralló).

<sup>243</sup> Cesare Beccaria en el capítulo 45 de su obra *De los Delitos y de las Penas*, expresaba: “Educación. Finalmente, el más seguro, pero más difícil medio de evitar los delitos es perfeccionar la educación, objeto muy vasto, y que excede los límites que me he señalado; objeto (me atrevo a decirlo) que tiene vínculos demasiado estrechos con la naturaleza del gobierno para permitir que sea un campo estéril, y solamente cultivado por un corto número de sabios. Un grande hombre, que ilumina la misma humanidad, que lo persigue, ha hecho ver por menor cuáles son las principales máximas de educación verdaderamente útiles a los hombres, esto es, basarse menos en una estéril muchedumbre de objetos, que en la elección y brevedad de ellos; en sustituir las copias por originales en los fenómenos así morales como físicos que el accidente o la industria ofrece a los tiernos ánimos de los jóvenes; en guiar a la virtud por el camino fácil del sentimiento, y en separar del mal por el infalible de la necesidad y del inconveniente, en vez de hacerlo por el incierto del mando y de la fuerza, por cuyo medio se obtiene sólo una ficticia y momentánea obediencia” (págs. 120/1).

<sup>244</sup> La República Argentina es uno de los países con menos inversión extranjera. En efecto, durante el transcurso del año 2005, por ejemplo, prácticamente no figuró en el ranking de mercados emergentes que recibieron más Inversión Extranjera Directa (IED). Con tres mil doscientos millones de dólares ingresados, el país consiguió ubicarse sólo arriba de naciones mucho más pequeñas como Eslovaquia o Chipre, pero por debajo de todo el resto. Así lo reveló un informe de la calificadora Standard & Poor’s, en el que se revela que Latinoamérica recibió 20% de la IED dirigida a mercados emergentes, totalizando setenta y dos mil millones de dólares. Los inversores eligieron como destino preferentemente a México (u\$s 17.200 millones), Brasil (u\$s 15.600 millones) y Chile (u\$s 7.000 millones). La Argentina no sólo se ubicó entre los países menos receptivos de inversiones del exterior, sino que, además, fue uno de los pocos que sufrieron una caída respecto del nivel de 2004, que llegó nada menos que al 22%. Al contrario, la IED para mercados emergentes creció 17,7% que, de todas maneras, resultó un ritmo inferior al aumento de 47,1% registrado en 2004. Esta falta de inversión extranjera permite pensar que, de mantenerse esta situación en los próximos años, estaría en riesgo la continuidad de la alegada expansión económica.



vulnerables<sup>245</sup>. No se crea una cultura ética, no se predica a través de la honestidad y del ejemplo. No se ataca a fondo la corrupción pública y privada. Antes bien, se crean más y más delitos, se aumentan en forma desproporcionada las penas de los ya existentes, se concede más poder a las fuerzas de seguridad y se recurre a prácticas de investigación ilegítimas. Se actúa luego del hecho, nunca antes. Se atacan los efectos, no las causas del delito.

Y, no debemos olvidarlo, la insalubridad, la posibilidad de acceso a una vivienda, a servicios básicos dignos y a iguales oportunidades de estudio y trabajo<sup>246</sup>, el hambre y la pobreza, que es un arma de destrucción masiva y debe ser la mayor causa motivadora de la comisión de delitos, parecen no ser del todo consideradas<sup>247</sup>.

Es imprescindible comprender que así como no hay democracia donde prosperan el hambre, la desocupación y la ignorancia, tampoco la hay donde el homicidio, el secuestro o la violación se multiplican y obtienen impunidad.

---

<sup>245</sup> Lo expuesto podría considerarse ajeno al derecho penal, pero no debemos perderlo de vista para comprender el alcance de la cuestión examinada. Y por ese motivo los ejemplos actuales y los que ocurrieron a lo largo de la historia abundan.

<sup>246</sup> La desigualdad mundial es pavorosa: apenas el 10% de los países más ricos del mundo controlan el 70% de las riquezas del mundo disponibles y un puñado de multinacionales tienen ingresos anuales que exceden el producto bruto interno de la mitad de los países. En el mundo actual, existe gente obesa por comer de más y gente que muere de hambre por no comer nada, gente sedienta y gente que derrocha el agua (más de mil millones de personas en el mundo carecen de agua potable según lo postula un informe de las Naciones Unidas; por ejemplo, en Malawi, África, el agua está completamente contaminada). En fin, sobran los ejemplos.

<sup>247</sup> Sin desarrollo económico un Estado Democrático de Derecho es débil, no es estable. Es difícil mantener la democracia (Fukuyama, Francis, *El fin de la historia y el último hombre y construcción del estado: gobierno y orden mundial en el siglo XXI*, ob. cit.).

Sólo luchando de modo efectivo contra todos estos factores podrían sentarse las bases sólidas de la seguridad colectiva. Pero no se apunta a ello. Antes bien, el Estado establece un sistema penal que opera sobre una peligrosidad presunta y se extiende y agranda más y más el poder punitivo.

Las leyes sobre seguridad ciudadana son eficaces distractores de la opinión pública sobre los problemas de fondo que enfrenta un país.

En el contexto de una depresión colectiva, es sencillo seducir a la población con promesas de Paraíso<sup>248</sup>. En ese contexto -y para mucha gente, en cualquier otro también-, estas promesas del “Paraíso en la tierra” son “la metáfora fundante del totalitarismo”<sup>249</sup>.

Esta legislación indiscriminada de leyes penales, insisto, es sólo una respuesta simbólica frente a la criminalidad dado que no resultan un medio idóneo para hacer frente a la delincuencia al punto que la experiencia y las estadísticas nos demuestran que no se ha logrado una reducción significativa del delito o de la violencia.

En palabras de **Alexandros Mangakis**<sup>250</sup> el derecho penal está siempre expuesto al peligro de abandonar su misión como protector de los valores de

---

<sup>248</sup> Y sólo de esta forma, con las “promesas de Paraíso”, puede explicarse que, sólo por citar un ejemplos, hace años, Alemania, uno de los países más civilizados de la tierra, aceptara ser gobernado por una pandilla de oligofrénicos sin escrúpulos que instauró un régimen político de barbarie y lo llevó a una guerra incomparablemente devastadora y al cruel exterminio de millones de personas.

<sup>249</sup> Mina, Javier, *El ojo del cíclope*, Editora Regional de Murcia, 2005.

<sup>250</sup> Citado por Hassemer, Winfried en su obra *Crítica al Derecho Penal de Hoy*, ob. cit.

nuestra cultura de vida en manos de un detentador arbitrario de la fuerza, con la posibilidad de verse degradado a mero instrumento de represión. Es entonces cuando su aplicación en algunos casos pasa a ser el peor de los delitos imaginables...

Y sabido es que el empleo irracional del “ius puniendi” sólo agudiza el conflicto social<sup>251</sup>.

No obstante ello, no podemos negar que existe una fuerte tendencia social, al menos en las proclamas, a aceptar la pérdida de la libertad a cambio de seguridad. En las calles de Madrid, por ejemplo, se escucha cada vez con más fuerza una muletilla que resulta sumamente gráfica: “libertad sin seguridad de poco vale”, o gente que cuestiona “la democracia” y añora otros tiempos. Lo entiendo, pero considerar que el poder punitivo soluciona todo o, al menos, estos problemas, resulta un enorme desatino. Ya **Hans Welzel** afirmaba correctamente que el derecho penal siempre llega tarde para proteger bienes jurídicos<sup>252</sup>.

---

<sup>251</sup> Sólo por citar algunas opiniones de antiguos conocidos: en España brinda su criterio en ese sentido, Zuñiga Rodríguez, Laura en *La ley de seguridad ciudadana es un síntoma de la crisis del Poder Ejecutivo. Especial consideración del sistema penal*, Ed. Temis, Revista D, N° 32, Bogotá, 1995, pág. 150. En Perú lo hace García Cavero, Percy en *Análisis dogmático y político criminal de los denominados delitos agravados y de los delitos de terrorismo especial*, Cathedra Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Mayor de San Marcos, Año IV, N° 6, Lima, 2000, pág. 130.

<sup>252</sup> Por ello Marcelo A. Sancinetti, en línea con sus ideas, propugna que “si el derecho penal puede cumplir una función de protección física, es decir, si es que se disuade a alguien en un sentido de prevención general negativa, sólo será para las futuras violaciones a la norma, no para el hecho pasado, en que la norma ya fue quebrantada y no logró ninguna disuasión. Y sucede que en el futuro se hallan por igual tanto los hechos que serán consumados, como aquellos que quedarán frustrados en tentativa: al momento de la motivación defectuosa el autor no tiene cómo saber si su hecho integrará un grupo o el otro, sólo sabe que se motiva en contra de la expectativa de conducta y presupone la posibilidad de consumación. El principio de lesividad, pues, correctamente entendido, no debe mirar a la lesión ocurrida, sino a la lesión que podría producir un comportamiento de la clase a la que pertenece la conducta del autor, es decir, la tendencia a la creación de un riesgo reprobado, no la producción del resultado en sí” (cfr. su trabajo “Por qué un concepto de ilícito penal sin disvalor de resultado permite una dogmática más racional”, conferencia brindada en Buenos Aires y México D.F. en el año 2003, publicada en *El Funcionalismo en Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 133/186).

En definitiva, reiteramos que concebimos al derecho penal como un resorte necesario e irremplazable<sup>253</sup> que, debido a que contiene una enorme dosis de violencia y dolor y no importa soluciones efectivas y reales, debe ser limitado, restringido y empleado sólo en ciertos y determinados casos<sup>254</sup>.

La delincuencia es un problema social que el Estado debe enfrentar y solucionar. La inseguridad es un problema que nos afecta a todos. No conozco a nadie en la Argentina que no haya sido víctima de un delito. En especial, de delitos contra la propiedad. Pero esa tarea la puede llevar a cabo sólo el Estado quien, en el desarrollo de dicha misión tan relevante, no debe olvidar cuáles son los alcances, los límites y los fines primarios del derecho penal.

El Estado, entonces, que quede en claro, debe proteger mucho y con suma energía a la sociedad. Cuenta con el poder y los medios necesarios para ello. Pero no debe equivocarse, desnaturalizar su propósito e ir más allá de lo que legalmente le corresponde.

Dicho de otro modo, no cabe duda que la idea de Justicia impone el derecho de la sociedad a defenderse del delito, como lo ha sostenido desde siempre la Corte Suprema. La libertad del hombre se encuentra, por ende, limitada,

---

<sup>253</sup> En verdad, si nos detenemos un instante y reflexionamos sobre este tema, verificaremos que, a lo largo de toda la historia, el hombre no inventó algo mejor o que pueda reemplazarlo con alguna posibilidad de éxito.

<sup>254</sup> Por lo demás, concluyendo un proceso penal con la imposición de la cárcel -lo cual, como muchos sostienen no representa solución alguna. Antes bien, empeora al detenido, lo contagia y perjudica a su familia- o con una condena en suspenso -no es más que una advertencia-, comprobaremos que no se solucionó en nada el mal provocado, la crisis y la enfermedad general que se atraviesa.

lógicamente, por el interés común de la sociedad y la paz comunitaria y, en consecuencia, está sometida a control y a un sistema de intervención, con reglas que deben ser claras y precisas, para que no exista un caos o un desorden generalizado.

Quien vive en sociedad no puede actuar como le plazca, a costa de los intereses del Estado o de otros integrantes de esa comunidad. Por ello, precisamente, existe la ley, como modelo de conducta y sistema de control social, que establece límites en la actuación comunitaria y otorga garantías frente al poder que ejerce el Estado.

Empero, en el camino que venimos desbrozando, en un marco respetuoso del Estado de Derecho, sólo se debe acudir a la intervención del derecho penal cuando, para la protección de determinados bienes jurídicos de enorme trascendencia, los demás mecanismos de control social -formales o informales- no punitivos (como ser soluciones conciliatorias, reclamos civiles, comerciales, laborales, sanciones administrativas) han fracasado<sup>255</sup>.

Y este es el criterio adoptado en el mundo moderno. Se siguió en la reforma al Código Penal Alemán de 1979, en las reformas implementadas en la década del 80 en España –que fueron varias-, Italia y Portugal por ejemplo.

Debe quedar en claro que no pretendemos exportar modelos extranjeros que son aptos para sociedades que tienen otra forma o estilo de vida, otra

---

<sup>255</sup> Rusconi, Maximiliano A., *Las Fronteras del Poder Penal*, ob. cit.

economía u otros problemas o retos distintos (terrorismo<sup>256</sup>, medio ambiente<sup>257</sup>, inmigración ilegal, drogadicción<sup>258</sup>, etc.)<sup>259</sup>, pero comparto la postura que alienta la

---

<sup>256</sup> El 11S cambió nuestra forma de vida. Veamos una breve cronología de los principales atentados terroristas islamitas en el mundo:

- 1) El 12 de octubre de 2002 en Bali (Indonesia), 202 muertos y 352 heridos. Un coche bomba atentó contra la discoteca Sari. Las autoridades indonesias lo atribuyeron a la Yemah Islamiya (grupo vinculado a Al Qaeda).
  - 2) El 12 de mayo de 2003 en Riad (Arabia Saudita), 35 muertos y 200 heridos. Atentado perpetrado por terroristas suicidas contra tres urbanizaciones habitadas por occidentales.
  - 3) El 16 de mayo de 2003 en Casablanca (Marruecos), 45 muertos. Atentados suicidas en el hotel Farra, la Casa de España, un restaurante italiano colindante con el Consulado de Bélgica, la Alianza Israelí y un antiguo cementerio judío.
  - 4) El 19 de agosto de 2003 en Bagdad (Irak), 24 muertos y más de 100 heridos. Atentado suicida contra la sede de la ONU en Bagdad. Entre los muertos estaba el enviado especial del Secretario General de la ONU, el coordinador de UNICEF en Irak y el adjunto del embajador español en Misión Especial en el Consejo de Cooperación Internacional.
  - 5) El 12 de noviembre de 2003 en Nasiriya (Irak), 32 muertos. Al Qaeda se responsabilizó del atentado contra un cuartel italiano cinco días después.
  - 6) El 20 de noviembre de 2003 en Estambul (Turquía), 27 muertos y 450 heridos. Atentado contra el Consulado General Británico y las oficinas del banco británico HSBC.
  - 7) El 29 de noviembre de 2003 en Lutaifiya (Irak), 7 muertos. Agentes españoles del CNI fallecieron en un ataque de la resistencia iraquí contra los dos vehículos en los que se desplazaban.
  - 8) El 2 de marzo de 2004 en Kerbala (Irak) y Quetta (Pakistán), 311 muertos. Atentados durante la festividad chii de la "Ashura".
  - 9) El 11 de marzo de 2004 en Madrid (España), 192 muertos y 1600 heridos. Atentados en cadena con mochilas bombas que estallaron dentro de trenes de cercanías. Un supuesto "portavoz militar" de Al Qaeda reivindicó la matanza mediante un video.
  - 10) El 1 de septiembre de 2004 en Beslán (Osetia del Norte, Rusia), 31 terroristas y 350 rehenes muertos. Asalto de un comando checheno a una escuela.
  - 11) El 2 de noviembre de 2004 en Amsterdam (Holanda), 1 muerto. El cineasta Theo Van Gogh fue asesinado por un marroquí. El holandés había realizado un documental en el que criticaba la posición de la mujer musulmana.
  - 12) El 19 de junio de 2005 en Bagdad (Irak), 23 muertos. Atentado suicida en un restaurante.
  - 13) El 7 de julio de 2005 en Londres (Reino Unido), 56 muertos y 700 heridos. Cuatro explosiones suicidas, tres en el metro y una en un autobús, en Londres. Al Qaeda reivindicó el atentado.
  - 14) El 23 de julio de 2005 en Sharm el Sheij (Egipto), 88 muertos y 200 heridos. Atentados simultáneos en una ciudad turística egipcia. Varias organizaciones reivindicaron los ataques.
  - 15) El 9 de noviembre de 2005 en Amán (Jordania), 60 muertos. Tres terroristas suicidas atentaron contra tres hoteles de lujo. Reivindicado por la "organización Al Qaeda en Mesopotamia".
  - 16) El 11 de julio de 2006 en Bombay (India), 200 muertos y 714 heridos. Siete bombas en trenes de cercanías en un atentado similar al del 11-M.
- Y siguen los casos.

<sup>257</sup> En ese sentido lo informado en el artículo del diario "EL PAIS" de España del domingo 5 de febrero de 2006 es alarmante: "Doce millones de personas respiran aire sucio". Más de ochenta ciudades superan los límites establecidos por las disposiciones de Bruselas. La contaminación causa dieciséis mil muertes (sección "Sociedad", págs. 26/7).

<sup>258</sup> Para ser bien claro se ha sostenido que: un 2,6% de la población española consume cocaína (informe del 9/05 de las Naciones Unidas) y más de trece millones de personas consumen habitualmente cocaína en todo el mundo y la cifra tiende a subir año tras año. Y me refiero sólo a un tipo de droga.

<sup>259</sup> En una ocasión, en Bogotá, Colombia, el profesor Bernd Schünemann señaló que en la República Federal Alemana están muy preocupados sólo por los delitos vinculados al tráfico automotor y a la droga (nada de delitos contra la propiedad, corrupción o secuestros).

despenalización en general, mediante la eliminación de tipos penales innecesarios, la sanción de conductas reprochables a través de otros mecanismos jurídicos, la supresión de los delitos de bagatela, la implementación del principio de oportunidad, de insignificancia, entre otras ideas semejantes.

En consecuencia, basta de tanto echar mano al derecho penal y recurramos a otros resortes jurídicos diferentes establecidos en el ordenamiento legal<sup>260</sup>.

## **5. Conclusiones**

La cuestión planteada puede resumirse en estos términos:

¿Es necesario en nuestros días un nuevo Derecho Penal, expansivo, sin límites, con nuevas reglas, para contemplar la moderna criminalidad o las nuevas fuentes de peligro o preservar el futuro frente a los grandes riesgos?

La respuesta, a nuestro juicio, es negativa. Expuesto brevemente:

1) El Derecho Penal tiene una misión limitada (tutelar bienes jurídicos) y no es un instrumento que brinde solución a problemas políticos o conflictos o reclamos sociales.

---

<sup>260</sup> Winfried Hassemer propugna la creación de un “Derecho de Intervención”, que es una mezcla de derecho administrativo y civil, que ejerce una política preventiva e impone una indemnización por el daño ocasionado, sin tener que recurrir al derecho penal que, como afirma, tiene una función más simbólica que efectiva (*Crítica al Derecho Penal de Hoy*, ob. cit., pág. 192).

2) Su expansión ilimitada no asegura un mejor Derecho Penal ni una adecuada convivencia social.

3) Debe aplicarse el principio de intervención mínima. El Derecho Penal es la *ultima ratio* dentro del instrumental que dispone el legislador. El Derecho Penal tiene carácter fragmentario. Rige el principio de subsidiariedad. La pena es la última respuesta en la defensa del orden social. Por lo que no cabe duda que el poder punitivo de un Estado de Derecho debe ser limitado.

4) El Derecho Penal puede cumplir eficazmente su misión con un número restringido y preciso de figuras penales. Se demostró durante el reinado del “buen y viejo Derecho Penal” y con numerosas experiencias recientes<sup>261</sup>.

En resumen, no debemos entonces perder de vista que, como hemos dicho reiteradamente, el Derecho Penal es la última herramienta a la cual debe acudir el Estado.

En efecto, el empleo del Derecho Penal importa una enorme dosis de violencia y por ese sencillo motivo se debe tender a su menor utilización. En un sistema respetuoso del Estado de Derecho, sólo se debe recurrir al Derecho Penal para proteger bienes jurídicos de real importancia y cuando los restantes mecanismos de control no punitivos han fracasado.

---

<sup>261</sup> Por ejemplo, la experiencia de la “lucha” contra la corrupción político-económica en Italia (*mani pulite*) se llevó a cabo con un catálogo penal limitado.



Dentro de todo el ámbito del Derecho, al Derecho Penal le asiste la relevante misión de proteger con suma energía esferas importantes de la convivencia social o los intereses más trascendentes de la comunidad y sólo debe sancionar las conductas que en mayor medida afectan a los ciudadanos.

Desde esa perspectiva, no cabe duda de que en el campo del Derecho Penal debe existir un “modelo penal garantista” –en términos de Luigi Ferrajoli– en el cual se minimice el poder del Estado y se maximice el saber judicial. Y el Derecho Penal debe ser racional, previsible, humanitario y respetar la dignidad del hombre.

5) En consecuencia, el Derecho Penal “clásico” o “tradicional”, con fundamento iushumanista, debe ser completamente recreado para que pueda cumplir en la materia su función específica y necesaria, con una capacidad de rendimiento de acuerdo a los cometidos que tradicionalmente se le han asignado.

Se debe asumir que los derechos fundamentales sólo pueden cumplir, respecto del sistema punitivo, una función de control y límite del poder y no de aprobación acrítica y amplificación de ese poder. La indispensable promoción de los derechos fundamentales y la prevención y reparación de sus violaciones debe provenir ante todo de ámbitos no penales, del derecho civil, del amparo constitucional, de la protección de la democracia, de las políticas sociales de prevención (no por vía de represión oficial),

del sistema jurídico del trabajo y de la seguridad social y de los regímenes indemnizatorios, no de la pena<sup>262</sup>.

Entonces, frente a la crisis actual del modelo existente se debe regresar al Derecho Penal liberal clásico, con pleno respeto de las garantías constitucionales y con un poder punitivo limitado, restringido a su verdadera misión de ser la *ultima ratio* del sistema social. Esto es lo que necesita y pretende un Estado de Derecho legítimo.

No debe perderse de vista que en un Estado de Derecho el Estado se encuentra al servicio de los ciudadanos y está sometido al Derecho. El Estado no está sobre el Derecho sino que el Derecho se encuentra sobre el Estado. El Derecho está sobre el poder. La ley impera sobre el poder. La autoridad se somete a la ley. El Derecho es soberanía, voluntad y expresión popular y la ley es todo, por lo que necesariamente se debe limitar el poder y el alcance del castigo.

Un Estado de Derecho se caracteriza, entre otras cosas por la rigurosa protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas, por lo que en la denominada “lucha contra la delincuencia” no se puede autorizar ni convalidar una “lucha” o ataque a esos derechos porque ello supone una pérdida de garantías para todas las personas.

Entonces, como sostenemos, el Estado de Derecho es un logro, una conquista, a la cual nunca, bajo ningún pretexto, se debe renunciar. Y no puede

---

<sup>262</sup> Pastor, Daniel, *La deriva neopunitivista*, ob. cit., p. 108.

afectárselo con sistemas, paradigmas o postulados contrarios al Derecho Penal o extendiéndolo, bajo pena de sanción penal, a distintas actividades del hombre que no lo necesitan.

El Derecho Penal del nuevo milenio debe hacer frente a las nuevas formas de criminalidad organizada y a los riesgos, pero en ningún caso el Estado debe contrariar los principios y garantías del Estado de Derecho.

Así, la respuesta penal debe circunscribirse a los lineamientos que el Estado de Derecho establezca sin soslayar que el Estado de Derecho es aquel que, en un proceso constante de apertura, va reduciendo la coerción al mínimo indispensable, lo que genera la aspiración y concreta directiva política de que en tal contexto el recurso penal será siempre la “*ultima ratio*”.

Teniendo esto en claro, a la luz de múltiples experiencias históricas que hemos atravesado y considerando que el diseño democrático ha estado siempre amenazado por fuerzas considerables y de diverso signo dirigidas a limitarlo, estancarlo o, cuando no, directamente a destruirlo, resulta evidente que, por propias razones de supervivencia, el sistema debe contar con suficiente motivación y cuidado político para mantener y acrecentar la democracia. Y en lo que hace a aquellas conductas intolerables, las que amenazan la existencia misma del Estado de Derecho y afectan los intereses de la comunidad, sólo como *ultima ratio*, aparece la respuesta penal<sup>263</sup>.

---

<sup>263</sup> Esto ya fue visto con claridad desde tiempo atrás por la doctrina tradicional que opina que las elaboraciones teóricas han sido hechas, de modo opuesto pero recurrente, desde “los puntos de vista del tirano y del oprimido”, correspondiendo a la elaboración iluminista la construcción de mecanismos limitadores del

Por ello, no puede aceptarse la instrumentalización del Derecho Penal con fines de pedagogía popular y es necesario llevar a cabo un proceso de descontaminación simbólica<sup>264</sup> en el que se refuercen los valores del imperio de la ley y el respeto por los derechos humanos.

6) No puede negarse entonces la intervención penal donde existe un problema particularmente importante o vital. Su punto de arranque se encuentra en una concepción muy determinada fundada en los perfiles del principio de *ultima ratio* (“en los casos más graves, el último remedio”), es decir, sólo cuando existe un problema importante aparece la legítima utilización del Derecho Penal.

Pero nuestra realidad, como vimos, es diferente, por lo que nos preguntamos:

Si todos los científicos, especialistas y destacados estudiosos del Derecho Penal del mundo y de nuestro país proponen, con importantes fundamentos, la aplicación de estos principios, ¿por qué motivo se procede en forma inversa soslayando su propuesta?

---

poder, lo que, al mismo tiempo, resulta coherente con el aseguramiento de los más amplios márgenes del libertad política y de vida.

<sup>264</sup> Si lo anterior es correcto y no conocemos a nadie que lo discuta con fundamentos, resulta evidente que desde el punto de vista de un espectador objetivo estas convicciones sin duda resultarán válidas. Incluso para un espectador subjetivo, con experiencia personal en el conflicto, resultarán jurídicamente atendibles y razonables.

No tenemos la respuesta, aunque por lo dicho un poco la imaginamos, pero estamos convencidos que la enorme extensión de la intervención punitiva constituye una forma permanente de afectación de los principios referidos y, por ende, del modelo de Derecho Penal propio de un Estado de Derecho.

En esta inteligencia, para solucionar esta grave situación, el legislador debe seguir estos principios y criterios y, en especial, debe evitar la incriminación de conductas por meras razones de oportunidad, es decir, el castigo como delito de hechos cuya respuesta no la brindará nunca el Derecho Penal y cuya relevancia ética-social, cultural, política o económica sea escasa.

Y los jueces, por su parte, en su noble tarea, indudablemente deben respetar y aplicar estos lineamientos como una regla de interpretación para examinar la punibilidad de un comportamiento. Deben considerar siempre que “la interpretación de la ley consiste en la búsqueda de la voluntad objetiva de la ley, no de la del legislador”<sup>265</sup>.

Y debe tenerse en cuenta que la función de los jueces en un Estado de Derecho no puede limitarse a ratificar lo actuado por otros Poderes, sino que constituye su deber controlar la razonabilidad de sus actos.

Sin duda todo ello contribuirá a lo que pretendemos: un Derecho Penal limitado.

---

<sup>265</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, p. 413, 5ta. edición, Ed. Losada, Buenos Aires, 1992.

Para enfrentar todo este fenómeno que pone en riesgo al Estado de Derecho.

Enrique Gimbernat Ordeig destaca la importancia de la racionalidad de las normas y de la dogmática penal como un límite infranqueable al proceder de la administración de la Justicia Penal. Hace ya unos cuarenta años advirtió que la dogmática penal “hace posible... al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho Penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerá del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución”<sup>266</sup>.

Francisco Muñoz Conde afirmó que “mientras haya Derecho Penal, y en las actuales circunstancias parece que habrá *Derecho Penal para rato*, es necesario que haya alguien que se encargue de estudiarlo y analizarlo racionalmente para convertirlo en un instrumento de cambio y progreso hacia una sociedad más justa e igualitaria, denunciando además sus contradicciones y las del sistema económico que lo condiciona... Más no se puede pedir del Derecho Penal ni de la ciencia o actividad intelectual que de su estudio se ocupa. Pero tampoco menos”<sup>267</sup>.

---

<sup>266</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?” en *Problemas Actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho en Homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa*, p. 518/9, Ed. Panedille, Buenos Aires, 1970.

<sup>267</sup> Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal y control social*, p. 47, Ed. Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985.

Zaffaroni afirma que “los operadores del segmento académico o ideológico del sistema penal no tenemos otro recurso ni otro poder que el de discurso. Esto nos impone una reconstrucción doctrinaria del Derecho Penal partiendo del privilegio indiscutido y progresivo de las normas internacionales y constitucionales, en los cauces del más puro Derecho Penal liberal. Frente al fenómeno que abre una brecha enorme entre estas disposiciones y las leyes penales posmodernas, tenemos una opción: tratar de racionalizar las últimas y acortar la brecha; o destacar la misma y postular su inconstitucionalidad. La decisión es una cuestión política, pero también jurídica y, en último análisis, de conciencia”<sup>268</sup>.

Y Fierro sostiene: “es nuestra tarea hacer docencia, enraizando la firme creencia en la sociedad de que la ley penal no tiene por fin eliminar los delitos y que la pena más eficaz no es aquella más grave, sino la que mejor guarda relación y proporción con el valor de los bienes e intereses jurídicos tutelados por ella. También habrá que enseñar en un claro mensaje, que las regulaciones de orden penal requieren para ser impuestas de un aparato coactivo que vigile la conducta humana, y esos vigilantes son también hombres y, con suma frecuencia, no precisamente los mejores”<sup>269</sup>.

Daniel R. Pastor propone reconocer y aplicar los valores de la codificación, un instrumento de extraordinario refinamiento técnico puesto al servicio del régimen punitivo del Estado de Derecho, de modo que su función primordial es garantizar la supremacía de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales por encima de

---

<sup>268</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. Teorías actuales en el Derecho Penal*, ob. cit., p. 620.

<sup>269</sup> Fierro, Guillermo J., *La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. Teorías actuales del Derecho Penal*, ob. cit., p. 628.

los intereses individuales y colectivos de la persecución y castigo de los delitos. La recodificación, sostiene, es la base para alcanzar un modelo que pretende acercarse al ideal, es reducir ordenada y sistemáticamente el Derecho a arte, lo cual debería desembocar en un nuevo orden de Derecho Penal<sup>270</sup>.

Estas son, pues, algunas de las propuestas formuladas.

Cabe aquí recordar la Declaración de la Independencia (Filadelfia, 1776), que es la “partida de nacimiento” de la epopeya de los Estados Unidos de América y que una década más tarde, James Madison, el mejor discípulo de Thomas Jefferson, tradujo en la Constitución, que ha sido el otro pilar estable y fundamental de la exitosa experiencia de ese país.

El concepto clave que afirma la Declaración es que los hombres son libres, y que constituyen gobiernos entre ellos sólo para proteger mejor sus derechos a “la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”.

Entonces, indudablemente cuánto mejoraría el mundo si cada vez que una autoridad política pretendiera aprobar una ley o emitir un decreto, se preguntara “¿es esta acción realmente necesaria para proteger alguno de esos derechos? ¿no existe acaso otra solución menos violenta?”.

---

<sup>270</sup> Pastor, Daniel, *Recodificación Penal y principio de reserva de Código*, ob. cit., ps. 249, 250 y 280.



Si cada ciudadano examinara la cuestión con esta perspectiva, se daría cuenta de que la mayoría de las propuestas que se hacen sobre políticas públicas no superan este “filtro de la libertad” y de consecuente legitimidad.

## **12. ¿El abolicionismo del derecho penal?**

Y queremos dejar en claro que de ninguna manera estamos en contra del derecho penal o proponemos su abolición<sup>271</sup> (como, en su medida, sin una base sólida, lo hacen **Thomas Mathiesen**<sup>272</sup>, **Louk Hulsman**<sup>273</sup>, **Nils Christie**<sup>274</sup>, **Heinz Steinert**<sup>275</sup> o ciertos filósofos y analíticos norteamericanos<sup>276</sup>). Antes bien, considero que en una sociedad constituida en un Estado de Derecho, sólo la pena garantiza la defensa de la paz jurídica dado que impone disciplina apelando a un sentido de la responsabilidad.

---

<sup>271</sup> El abolicionismo penal es una corriente de la criminología crítica que surgió en los años 60 y se presentó como “movimiento académico” en 1983 en el Congreso Mundial de Criminología de Viena, Austria. Pregona no sólo la abolición de la cárcel sino del derecho penal cfr. Martínez Sánchez, Mauricio, *La abolición del sistema penal*, Ed. Temis, Bogotá, 1955, pág. 13; Hormazabal Malarée, Hernán, *Los problemas de legitimación del derecho penal y criminología*, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Ed. Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pág. 200; Larrauri, Elena, *Criminología crítica: Abolicionismo y garantismo*, Nueva Doctrina Penal, 1988/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1988, pág. 719; Roldán, Ricardo León y Restrepo, Gonzalo Augusto, *Recopilación Bibliográfica sobre abolicionismo*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Antioquia, Medellín, 1999, pág. 111.

<sup>272</sup> Mathiesen, Thomas, *The politics of abolition*, London, 1971.

<sup>273</sup> Hulsman, Louk, *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: hacia una alternativa*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984; *Abolicionismo Penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989 y en el *Enfoque abolicionista en el Poder Punitivo del Estado*, Ed. Juris, Santa Fe, 1993.

<sup>274</sup> Christie, Nils, *Los límites del dolor*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1984 y en *La Industria del Control del Delito*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

<sup>275</sup> Steinert, Heinz, *Kleine Ermutigung für den kritischen Strafrechtler, sich vom 'Strafbedürfnis der Bevölkerung' (und seinen Produzenten) nicht einschüchtern zu lassen* en LÜDERSSEN, K.- SACK, F. (Hsg.) *Seminar: Abweichendes Verhalten IV. Kriminalpolitik und Strafrecht*. Frankfurt, Suhrkamp, 1980.

<sup>276</sup> Aclaremos que en los Estados Unidos de Norteamérica quienes, en la actualidad, están trabajando mejor los problemas de derecho penal, algunos inclinados en esta corriente de opinión, no son precisamente los penalistas, que tienen básicamente una inclinación procesal, sino los filósofos y, muy especialmente, los analíticos.

Debemos dejar en claro que de ninguna manera estamos en contra del Derecho Penal o proponemos **la abolición total o parcial del Derecho Penal** (Louk Hulsman<sup>277</sup>, Nils Christie<sup>278</sup>, Thomas Mathiessen<sup>279</sup> y criminólogos escandinavos o ciertos filósofos y analíticos estadounidenses<sup>280</sup>). Sólo postulamos su reducción y su aplicación a hechos necesarios y que lo demás se examine en otros ámbitos del derecho.

Consideramos que en una sociedad constituida en un Estado de Derecho, sólo el Derecho Penal y la pena garantiza la defensa de la paz jurídica dado que impone disciplina apelando a un sentido de la responsabilidad. Representa, pues, algo insustituible.

El Derecho Penal es una “amarga realidad” necesaria para la convivencia pacífica, ordenada y organizada.

Es indudable que la sociedad y la libertad requieren de límites por cuanto la falta de leyes y el desorden se convierte en el mayor obstáculo para el ejercicio de los derechos.

---

<sup>277</sup> Hulsman, Louk, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984; *Abolicionismo penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989 y en el *Enfoque abolicionista en el poder punitivo del Estado*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Santa Fe, 1993.

<sup>278</sup> Christie, Nils, *Los límites del dolor*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1984 y en *La industria del control del delito*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

<sup>279</sup> Mathiessen, Thomas, *Comentario sobre el poder y el abolicionismo* en *Abolicionismo penal*, p. 143, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989.

<sup>280</sup> En los Estados Unidos de América quienes, en la actualidad, están trabajando mejor los problemas de Derecho Penal, algunos inclinados en esta corriente de opinión, no son los penalistas, que tienen básicamente una inclinación procesal, sino los filósofos y, muy especialmente, los analíticos.

A quien desea vivir en sociedad no le es permitido actuar, simplemente como lo desea. Aparece así, la vigilancia legislativa como tope constitucional. La salvaguarda restrictiva es, paralelamente receptada por la Constitución Nacional en la medida que no puede existir convivencia donde aparecen conductas incontrolables.

El ciudadano se debe sujetar a las restricciones del procedimiento, ya que la ley es, al mismo tiempo, límite y garantía de la libertad, tiende a cumplimentar el articulado constitucional y su Preámbulo: “asegurar los beneficios de la libertad...”.

Sin Estado y Derecho Penal no hay orden público y reinará la violencia y la justicia por mano propia.

Los delitos (asesinatos, violaciones, corrupción, tráfico de drogas, robos, etc.), consisten en comportamientos que atacan bienes jurídicos del máximo rango y representan el conflicto más grave que puede presentarse dentro de una sociedad. En una sociedad moderna y democrática el enjuiciamiento de tales hechos no se deja al arbitrio de la venganza privada, sino que, mediante una sublimación desapasionada, se encarga a un poder independiente –al judicial- para que, con el instrumental del Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, decida qué es lo que realmente ha sucedido, esto es: si una persona es inocente o culpable de haber cometido un delito, y si se da este último caso, entonces, con el instrumento de un Derecho Penal claro e inequívoco, subsuma en un tipo penal concreto el supuesto de hecho demostrado e imponga la pena justa correspondiente.

Las posturas abolicionistas pertenecen, hoy por hoy, al mundo de las utopías<sup>281</sup>.

No se puede suprimir el Derecho Penal y sustituirlo por el vacío o la nada. Es muy simple afirmar que algo anda mal y se debe extirpar, pero sin brindar alguna propuesta o solución seria que resuelva el conflicto.

No se puede suprimir o abolir el derecho penal y sustituirlo por el vacío o la nada. Es muy simple afirmar que algo anda mal y se debe extirpar, pero sin brindar ninguna solución que resuelva el conflicto.

Por lo demás, la experiencia nos demuestra que aumenta la delincuencia cuando disminuye la intervención efectiva y razonable del derecho penal. Lo hemos comprobado en situaciones de caos político o falta de control del orden público por parte del Estado; en casos de guerras o revoluciones, por mencionar sólo ciertas manifestaciones.

Como se ha dicho, suprimir el derecho penal no es una opción aceptable para los seres humanos y mucho menos para los derechos humanos de las personas. Tan sólo se lograría, toda vez que el control social seguiría rigiendo nuestras vidas, eliminar los límites de las injerencias e intromisiones, dejando vía libre a poderosos intereses sociales para imponer sus sanciones. Y eso sí que sería un caos y una verdadera miseria.

---

<sup>281</sup> Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal. Parte general*, p. 63, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

En esa inteligencia consideramos que si el derecho penal deja de poder garantizar la seguridad y el orden, aparecería la venganza privada, lo cual es muy peligroso y se debe evitar a toda costa. Ya **Gandhi** decía que si se aplica “el ojo por ojo” el mundo quedará ciego.

Por lo demás, como dirían los psicoanalistas, el hombre, por su naturaleza, exige la existencia de la ley, a nivel de reacción, mediante la seguridad del castigo.

No debe perderse de vista que en la República Argentina la seguridad de las personas tiene protección no sólo interna sino internacional y se encuentra en los tratados y convenciones que con jerarquía constitucional se incorporaron en la reforma constitucional de 1994 (artículo 75, inciso 22), por lo que cualquier disposición o pretensión en contrario, aún desprendida de textos legales, cedería ante ellas. Así, por ejemplo, la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” dispone que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona” (artículo 3°); la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” establece que “todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona (artículo 1°); la “Convención Americana sobre los Derechos Humanos” (Pacto de San José de Costa Rica) prescribe que “toda persona tiene el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral” (artículo 5°); etc...

Así las cosas, la seguridad de las personas es una cuestión de orden público que el Estado debe garantizar plenamente. Su ineficiencia no implica

trasladar ese deber al ciudadano, “privatizarlo”, desde que la prevención y represión de los delitos, lo reitero, es una función necesaria e intransferible del Estado.

### **13. El derecho penal en su justa medida**

El derecho penal debe, pues, imperar efectivamente, con todo lo que ello implica en cuanto a la seguridad de los ciudadanos y del Estado mismo. Pero debe aplicarse con estricto apego a la ley, con un sentido de justicia racional y en su precisa medida por cuanto las infracciones graves no pueden minimizarse por una benevolencia infundada, ni dramatizarse en nombre de un rigor excesivo, debiendo imponerse a su autor la restricción de los bienes jurídicos que merezca, en forma efectiva, con el dictado de una sentencia, luego de sustanciado un proceso justo y equitativo, que establezca el carácter ilícito de su conducta e impida su legitimación<sup>282</sup> y la impunidad.

La pena es un instrumento del que se vale la sociedad para preservar el orden jurídico y precaverse de la conducta antisocial que se considera delito. Por eso es que **Jescheck** sostiene que delito, pena y medida son los conceptos básicos del derecho penal moderno<sup>283</sup>.

El Derecho Penal no es el derecho del combate a la delincuencia (como proclaman los políticos e incluso algunos penalistas), sino el derecho de los límites del combate a la delincuencia.

---

<sup>282</sup> Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, t. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, pág. 4.

<sup>283</sup> Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., pág. 16.

Nosotros necesitamos al Derecho Penal, al Derecho Procesal Penal y a las penas toda vez que restringen los procedimientos de control social, los hacen evaluables, previsibles, razonables y controlables y los ligan a principios fundamentales que sirvan a la protección de todos los seres humanos vinculados a este difícil conflicto que tiene que ver con el delito y la infracción de la norma: los probables responsables, los condenados, las víctimas, los testigos, los que imparten justicia y, finalmente, la sociedad. Formalizar el control social no es otra cosa más que limitar las facultades de injerencia penal.

Lo que en verdad se regula en el control social de la vida cotidiana, aunque en algunos casos sucede que no es perceptible, previsible, razonable, ni controlable, se traslada al Derecho Penal, se escribe en papel y se publica en una ley, tiene que estar precisado de la mejor forma posible, no puede ser utilizado de forma retroactiva en perjuicio de persona alguna ni se puede extender mediante la analogía. Uno se puede defender y dejar que los demás se defiendan y en casos necesarios tener la ayuda del Estado; las sanciones no pueden ser desproporcionadas al hecho ni a la peligrosidad; se debe tener la posibilidad de que la sentencia recaída sea revisada en otra instancia y defenderse de un juez al que, con fundamento, se lo considera parcial.

Pero no sólo el juez sino también quienes legislan en materia penal están sujetos a los límites de un Derecho Penal formalizado. Así, y en el marco de las reacciones en contra de la criminalidad, el legislador está sometido al principio de proporcionalidad de tal forma que únicamente puede establecer tipos penales y penas en el marco de los límites fijados por la idoneidad, necesidad y moderación. Ante todo, está

sujeto al principio de protección de bienes jurídicos así como también debe estar dedicado a la tarea de reducir, hasta donde sea posible, al Derecho Penal en su carácter de *ultima ratio*, del último medio.

Sólo cuando el legislador verifique que existe un bien jurídico y además pueda acreditar que el Derecho Penal es el instrumento idóneo y necesario para protegerlo, es que puede criminalizar. El principio de protección de bienes jurídicos puede falsear la amenaza penal y, de otro lado, el principio de *ultima ratio* obliga al legislador a ser cauto y precavido: de existir un medicamento fuera del ámbito jurídico penal que sea igual de eficaz, que sea menos gravoso para el sujeto al que se le aplica, entonces el legislador habrá de quitar el dedo del Derecho Penal.

Dicho de forma sencilla: el Derecho Penal tiene –en las normas, sanciones y procedimiento– la misma estructura que el control social; es un producto más refinado. Su refinamiento consiste en la precisión, control y corrección de las injerencias, tiene su origen en el establecimiento de límites. El refinamiento alcanza a la ley y a su aplicación en la *praxis*<sup>284</sup>.

La pena es un instrumento del que se vale la sociedad para preservar el orden jurídico y precaverse de la conducta antisocial que se considera delito. Por eso es que Jescheck sostiene que delito, pena y medida son los conceptos básicos del Derecho Penal moderno<sup>285</sup>.

---

<sup>284</sup> Ver Hassemer, Winfried, *Contra el abolicionismo*, ob. cit., p. 40 (textual).

<sup>285</sup> Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, ob. cit., p. 16.



Empero, hay algo más. La convivencia es la cosa más frágil del mundo y la historia nos demuestra que se ha matado –y se sigue matando– en nombre de Dios; se mata en nombre de la sociedad cristiana y occidental –como se hizo en numerosos países de Latinoamérica–, se mata en nombre de la paz internacional o nacional; se mata en nombre de la justicia social –como lo hicieron en Rusia–. En fin, se mata por muchas razones y no hay nada peor que el poder de la impunidad. Las personas suelen cometer horrores cuando tienen poder e impunidad.

Para los que vamos teniendo cierta edad, es un fenómeno nuevo asistir a la insensata rapidez con que nuestro presente se va convirtiendo en historia. Y hoy, en el mundo, existe más que nunca un antiguo pero vigente dilema que se debe resolver sobre la antinomia que se presenta entre la libertad y la seguridad, prevención y garantías, legalidad y política criminal.

Éste es, a nuestro juicio, el debate que se mantiene y presenta en nuestros días y, por esos motivos, los postulados señalados deben prevalecer e imponerse a rajatablas.

No tenemos duda que los valores fundamentales en un Estado de Derecho y en un país libre son libertad, responsabilidad y justicia. En consecuencia, el lema que debe adoptarse es libertad para todos, responsabilidad de todos y justicia para todos.

En las democracias liberales, en general, aceptamos menos seguridad a cambio de más libertad. Ningún arma conocida por el hombre es más poderosa que la libertad dentro de la ley<sup>286</sup>.

Por esos motivos, deben imponerse a rajatablas los postulados antes señalados. Como vimos, es evidente que el Estado tiene el derecho y el deber de investigar y reprimir los delitos<sup>287</sup>, resguardar la convivencia pacífica, el funcionamiento normal de las instituciones y brindar seguridad a la comunidad. Es decir, que no medien dudas, debe imponerse una pena justa y proporcional, a la persona declarada culpable de la comisión de un delito.

#### **14. El Poder Judicial concebido como garante supremo del Estado de Derecho**

Empero, teniendo en cuenta lo ya dicho, es tarea del Poder Judicial el control de la razonabilidad de los actos de gobierno y, en especial, de la Corte Suprema de Justicia como Máximo Tribunal de garantías constitucionales.

---

<sup>286</sup> En las tres últimas décadas del siglo pasado presenciamos una extraordinaria expansión de las libertades. Desde Grecia, Portugal y España, que se deshicieron de sus juntas y dictadores, hasta la conversión de Latinoamérica (con Argentina) a la democracia, pasando por los cambios operados en Europa central, Sudáfrica, Filipinas y el derrocamiento de dictaduras como la de Slobodan Milosevic. Para los amantes de la libertad la historia parecía ir en buen camino. Pero existieron retrocesos en temas básicos de la libertad occidental: Estados Unidos (sus nuevas leyes, la invasión a Irak, Abu Ghraib, Guantánamo y otras), Gran Bretaña (invasiones, leyes que restringen derechos, tarjetas de identidad) y Francia (estado de emergencia con limitación de derechos).

<sup>287</sup> Lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Velázquez Rodríguez” del 29 de julio de 1988.

En un sistema democrático, el Poder Judicial es el garante Supremo del Estado de Derecho.

Y, en ese ámbito, no debe perderse de vista que un Estado serio y, en especial, una Justicia verdadera e independiente no le puede temer o preocupar lo que piense la política, clame o pretenda la sociedad o diga la prensa (en juicios paralelos). Los jóvenes deben actuar y decidir sus casos con libertad; sin presiones, no deben verse perturbados o influenciados.

Es más, los jueces no son los encargados de dirimir cuestiones políticas. Ellos, simplemente, son los responsables de dar a cada uno lo suyo y son los árbitros entre conflictos públicos o privados, que se deben ocupar de hacer justicia con apego a la Constitución, los Pactos Internacionales y la ley.

Su principal función es velar por los derechos y las libertades de los ciudadanos y ser servidores inteligentes y esclavos de la ley, para lo cual son los depositarios de los principios de la democracia.

La independencia judicial, como forma ideal y razonable de la justicia en un Estado de Derecho, no consiste tan sólo en sustraerse de la presión de los demás poderes del Estado, sino, además, de la presión de las demás fuerzas sociales y la prensa (en juicios paralelos). Por ello, los jueces deben permanecer ajenos a las voces de la calle y los reclamos populares, sin perjuicio de la dimensión social de la labor que desempeñan y que no pueden llevar a cabo su tarea soslayando la realidad social imperante.

Las soluciones de compromiso nunca han sido modelo de una justicia democrática e independiente.

Insistimos, estamos convencidos que la vigencia real de las instituciones depende de la actuación firme de un Poder Judicial que emita sus fallos en forma libre, imparcial e independiente cada vez que sea requerido por la violación de un derecho o de una garantía constitucional, sin dar muestras de obrar condicionado desde el poder, por el clamor social o por la opinión de los medios de comunicación.

### **III.**

#### **Los principios básicos del derecho penal. Garantías**

##### **Constitucionales en peligro**

###### **1. Postulados**

El sistema penal, ya en el siglo XXI, ha experimentado una importantísima evolución (tratados, pactos, reformas de la constitución), pero no consigue aún superar buena parte de los problemas que se le presentan. Y es que resulta difícil conseguir un equilibrio entre la necesidad de seguridad y protección que reclama la sociedad y las garantías que, como necesaria contrapartida, debe generar el propio sistema.

No cabe duda que debe existir ese deseado equilibrio, pero, por encima de todo, la práctica penal debe funcionar como un auténtico sistema de garantías para la víctima y el imputado.

Como hemos visto, en un sistema en el que existe un Derecho de la intervención, y el derecho penal lo es, las garantías del Estado de Derecho han desempeñado la función de controlar, condicionar y minimizar las intromisiones del Estado –y su intensidad- a la existencia de determinados presupuestos que establecen expresamente la Constitución Nacional, los Pactos Internacionales y la ley.

Los principios penales del Estado de Derecho tienen por objeto el establecimiento de límites al empleo de la potestad punitiva, protegiendo al ciudadano de una intervención arbitraria o excesiva del Estado.

En consecuencia, no es posible concebir un sistema de derecho penal que no respete los principios básicos y elementales del Estado de Derecho como ser: legalidad<sup>288</sup>, exclusiva protección de bienes jurídicos penales (lesividad)<sup>289</sup>,

---

<sup>288</sup> Que se expresa a través de la tipicidad, concebida por Ernst von Beling a principios del siglo XX. Cfr. su obra *Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944. El origen del principio de legalidad se remonta al pensamiento y la filosofía de la Ilustración. Su punto de partida fue la lucha política emprendida, por ese entonces, por el liberalismo contra el absolutismo, que se evidenció con la supresión del castigo arbitrario y despótico que ejercía el monarca, que fue reemplazado por el imperio de la ley. La teoría del contrato social de Jean Jacques Rousseau y la división de poderes de Charles Louis de Secondat Montesquieu constituyen su base ideológica. Asimismo, lo formuló Cesare Beccaria, en su obra *De los delitos y de las penas* y Paul Johann Anselm Ritter Feuerbach, lo desarrolló en función de su concepción sobre la teoría de la pena. Este principio se fue asentando con el pensamiento liberal que surgió de las Constituciones americanas de Filadelfia (1774), Virginia y Maryland (1776) y del espíritu de la Revolución Francesa (art. 8° de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 y de la Constitución de 1791). Los antiguos derechos penales no contenían una descripción precisa, exacta y determinada de la conducta fundamentadora de la pena. Por ejemplo, en el Espejo de Sajonia de 1225 se establecía que “al ladrón hay que ahorcarlo”, pero no se definía en qué consistía el hurto. El primer Código Penal del Reich, que fue La Carolina de 1532, diferenciaba distintas formas o modalidades del hurto, pero no brindaba precisiones en orden a la acción y sus elementos típicos. Recién en los siglos XVII y XVIII, en los cuales se buscó obtener una mayor seguridad jurídica, se intentó describir al delito con precisión y se comenzó a redactar legalmente el Derecho Penal estableciendo con exactitud qué actos del hombre eran considerados delito. Así llegamos al Código Bávaro de 1813, elaborado por Paul Johann Anselm Ritter Feuerbach, en el que se impuso este principio mediante la fórmula latina *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*. Como podemos advertir, es una garantía que representa un modelo de responsabilidad penal que debe ser aplicado en la cultura jurídica de todo país civilizado.

<sup>289</sup> En el discurso criminal actual, se olvida el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos penales, que exige que todo tipo penal refleje de modo claro y definido la lesión de un bien digno de protección jurídico penal y nos encontramos con los delitos de mera desobediencia o con la punición de lesiones insignificantes, de la tentativa absolutamente inidónea o de delitos de peligro abstracto (como ocurre con la tenencia de drogas para uso personal o conspiración, arts. 14 y 29 bis de las leyes 23.737 y 24.424). Desde siempre, aunque hoy se discuta, se sostuvo que la razón fundamental y primera por la cual se tipifica un hecho como delito es, precisamente, que la acción punible supone la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Estos supuestos, brindados como simples ejemplos, presentan reparos en tanto conllevan el riesgo de perseguir conductas relacionadas con peligros “presuntos” que atentan contra el derecho penal de protección de bienes jurídicos penales. Es decir, se trata de una nueva estrategia de la política legislativa criminal de la emergencia (como la sanción de delitos de mera tenencia o la punición de actos preparatorios) que pretende un permanente adelantamiento de la protección del derecho penal, ubicándose en un lugar cada vez más lejano del núcleo de protección del bien jurídico-penal. Y así se ha dicho que el derecho penal de la sociedad industrial o el nuevo derecho penal de gran manipulación de la sociedad de riesgo (...) protege más y de distinta manera a los bienes jurídicos, buscando que esa protección sea antes de la propia lesión (...). Marcelo A. Sancinetti, en línea con sus ideas, propugna que “si el derecho penal puede cumplir una función de protección física, es decir, si es que se disuade a alguien en un sentido de prevención general negativa, sólo

culpabilidad<sup>290</sup>, responsabilidad penal de acto<sup>291</sup>, proporcionalidad o prohibición de exceso<sup>292</sup>, humanidad<sup>293</sup>, igualdad de trato, defensa en juicio<sup>294</sup>, debido proceso<sup>295</sup>,

---

será para las futuras violaciones a la norma, no para el hecho pasado, en que la norma ya fue quebrantada y no logró ninguna disuasión. Y sucede que en el futuro se hallan por igual tanto los hechos que serán consumados, como aquellos que quedarán frustrados en tentativa: al momento de la motivación defectuosa el autor no tiene cómo saber si su hecho integrará un grupo o el otro, sólo sabe que se motiva en contra de la expectativa de conducta y presupone la posibilidad de consumación. El principio de lesividad, pues, correctamente entendido, no debe mirar a la lesión ocurrida, sino a la lesión que podría producir un comportamiento de la clase a la que pertenece la conducta del autor, es decir, la tendencia a la creación de un riesgo reprobado, no la producción del resultado en sí” (confr. su trabajo *Por qué un concepto de ilícito penal sin disvalor de resultado permite una dogmática más racional*, conferencia brindada en Buenos Aires y México D.F. en el año 2003, publicada en *El Funcionalismo en Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 133/186).

<sup>290</sup> El principio de culpabilidad exige como primer elemento “la personalidad o suidada de la acción, que designa la susceptibilidad de adscripción material del delito a la persona de su autor, esto es, la relación de causalidad que vincula recíprocamente decisión del reo, acción y resultado del delito” (Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 490). Desde esta concepción, queda excluida del nexo causal toda forma de responsabilidad objetiva por hechos de otro. Es el Estado el encargado de comprobar la concurrencia de tal presupuesto. Se ha dicho que “si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena”. De este modo, se asegura el principio de inocencia. Formularemos ciertas consideraciones adicionales. En el sistema de imputación que nos rige no es posible atribuir responsabilidad penal a una persona sin que exista imputación objetiva y subjetiva. Esta exigencia deriva del principio de culpabilidad por el cual una pena no puede imponerse al autor por la sola aparición de un resultado lesivo, sino únicamente en tanto pueda atribuirse el hecho al autor como hecho suyo. El principio de culpabilidad significa que la pena criminal únicamente puede basarse en la constatación de que al autor cabe reprocharle personalmente su hecho (CS, Fallos: 315:632; 321:2558; 324:3940, entre otros).

<sup>291</sup> Como dijimos, este principio exige que exista un “derecho penal de hecho”, por lo cual no se puede castigar el carácter, la peligrosidad, el modo de ser o la conducción por la vida de una persona. Este concepto se relaciona con el principio de legalidad, con la exigencia de la tipicidad de los delitos y con el mandato de determinación de la ley penal por el cual, debe existir una descripción precisa y concreta de cada conducta punible y una persona será castigada en función del suceso antijurídico llevado a cabo teniendo en cuenta para la punibilidad el reproche que quepa dirigírle por “el hecho” desarrollado. Lo contrario al derecho penal de hecho es el derecho penal de autor y los tipos penales de autor por los cuales se castiga a una persona-autor sin considerar la conducta externa realizada y se lo pena sólo por su personalidad, su carácter, su peligrosidad, su modo de ser o de conducirse por la vida. Es, precisamente, una culpabilidad por el modo de vida. Nuestro sistema penal actual rechazó las propuestas peligrosistas y adopta el modelo de derecho penal de hecho, aunque se puede considerar que la personalidad del autor es un elemento que un tribunal puede ponderar para establecer el monto de la pena.

<sup>292</sup> Autores como Claus Roxin o Hans Heinrich Jescheck, por ejemplo, emplean el principio de proporcionalidad como límite de las medidas de seguridad (muy empleadas en Alemania) y como contrapartida del principio de culpabilidad que limita las penas. Así Hans Heinrich Jescheck, lo denomina “principio de proporcionalidad de los medios” o “prohibición de exceso” y lo analiza en su obra dentro del principio de culpabilidad, como principio de política criminal, y considera que debe ser asumido por el legislador como presupuesto de la imposición de medidas en el Derecho Penal. Empero, entendemos que el principio de proporcionalidad va más allá de la culpabilidad y establece un límite a toda intervención estatal que afecta en forma desmedida los derechos del ciudadano, por lo cual se exige que la gravedad de la pena resulte proporcionada a la del delito cometido. Santiago Mir Puig le otorga un alcance aún mayor y refiere que el principio de proporcionalidad exige que se tenga en cuenta la importancia social del hecho (“nocividad social”) y se funda en consideraciones de prevención general (intimidatorio) y de prevención general positiva

---

(que, en breve, tiene el propósito de afirmar positivamente la vigencia de las normas en la conciencia colectiva). Por ello señala que un derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de la “nocividad social” del ataque al bien jurídico. Luis Arroyo Zapatero (*Derecho Penal Económico y Constitución*, publicado en la “Revista Penal N° 1, año 1, Editor Praxis, España, realizado con la colaboración de la Universidad de Huelva, Salamanca y Castilla- La Mancha, págs. 1/15) alega que el principio de proporcionalidad requiere que cualquier intervención del legislador o de la Administración (los jueces, por ejemplo) sobre los derechos del ciudadano debe tener por finalidad aumentar el bienestar común. Lo divide en tres subprincipios: 1) Idoneidad, esto es la capacidad de protección penal del bien jurídico; 2) Necesidad, que importa que el legislador, para el logro de sus fines, debe escoger la medida menos gravosa para el ciudadano; 3) principio de proporcionalidad en sentido estricto, por el cual los medios empleados deben guardar relación con el fin perseguido, aunque se trate de un medio idóneo y necesario. Se refiere al merecimiento de pena de un comportamiento. En fin, en nuestro sistema ha sido aceptado por diferentes tribunales, pero siempre atendiendo a la necesaria proporcionalidad que debe existir entre la pena establecida en el tipo penal (creación del legislador) o las impuestas en un caso concreto por la jurisdicción (obra del juez) y la del delito que se trate.

<sup>293</sup> El principio de humanidad es otro de los límites al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, consistente en que al penado se le debe preservar no sólo su autonomía ética sino su indemnidad personal, cuando se cumple con la tarea de determinar la pena imponible; por ello, a ninguna persona se le puede someter a penas o medidas de seguridad perpetuas, imprescriptibles, crueles, inhumanas, o degradantes. No obstante, algún sector doctrinario al aludir al tema distingue tres axiomas distintos. En efecto, en primer lugar, se habla del principio de humanidad, para designar un postulado vigente en el ámbito de la ejecución penal según el cual al condenado se le deben respetar unas condiciones mínimas de reclusión, que no le desconozcan su dignidad de persona; en segundo lugar, se alude al principio de respeto de la dignidad humana, pues la persona siendo un valor en sí mismo y portadora de una autonomía propia de su condición de ser racional y libre, no debe, en consecuencia, ser un instrumento del Estado o de la sociedad al prever, imponer o ejecutar penas. Y, además, en tercer lugar, se hace referencia al principio de la prohibición de someter al individuo a actos violentos, torturas o a tratos inhumanos o humillantes. Sabido es que después de la reforma constitucional de 1994 han logrado consagrarse en el derecho interno diversos principios que deben regir la actividad del interprete. En este sentido, y directamente vinculado al principio de racionalidad republicana (art. 1° CN), se encuentra la regla “de humanidad” o “de proscripción de la crueldad” (art. 18 y 75 inc. 22 de la CN; art. 5° de la DUDH, art. 7° del PIDCP y art. 5° inc. 2° de la CADH). En función del principio de humanidad, es cruel toda pena que resulte brutal en sus consecuencias.

<sup>294</sup> El derecho a la defensa en juicio comprende, en toda su dimensión, y con todo su alcance y contenido, al imputado y su abogado defensor y a las partes acusadoras, sea ésta pública (fiscal) o privada (querellante), y a quienes se introducen en el proceso penal en relación a cuestiones civiles (actor civil, civilmente responsable) y aún de simples interesados. Con respecto al proceso penal, Valiente Noailles, señala “para que no exista privación o restricción sustancial de la defensa –mínimo de agravio requerido para hacer valer la garantía- se requiere en el juicio criminal el respeto de sus formas sustanciales, que son: la acusación, la defensa –que se haya dado noticia al acusado de la instauración de los procedimientos en juicio y razonable oportunidad para que pueda exponer y defender sus derechos-, la prueba y la sentencia, dictada por jueces naturales. Además, la garantía de la defensa en juicio exige que quien sufre proceso criminal grave sea provisto de adecuado asesoramiento legal”, y que “la negligencia del acusado debe suplirse con la provisión de defensor”. La defensa en juicio significa dar oportunidad de que la persona sea oída, es decir, de dar sus razones, y de que pueda producir prueba en apoyo de sus afirmaciones. Esta cuestión ha sido receptada en el inciso 1° del artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica, cuyo título es “Garantías Judiciales”, en el que se establece que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por el juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

<sup>295</sup> El debido proceso es el juicio respetuoso de las garantías constitucionales. Ni más ni menos. En esta garantía, quedan plasmadas, segura e inamoviblemente, las garantías de defensa en juicio e igualdad de las partes (Gustavo Calvino en *Derecho Procesal y Seguridad Jurídica*, Revista Jurídica “La Ley” del viernes 30 de diciembre de 2005). El debido proceso adjetivo se formuló en la carta Magna de 1215 y se plasmó en la



inocencia<sup>296</sup>, entre otros, que emergen de la Constitución Nacional, los Pactos Internacionales<sup>297</sup> y la ley.

Empero, en la actualidad, como lo explicamos, existe un modelo de emergencia, que tiende a aparentar (porque es sólo apariencia) que el legislador

---

V Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. Se encuentra consagrado en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional y en el artículo 8, inciso 2, del Pacto de San José de Costa Rica.

<sup>296</sup> El origen del principio de inocencia es remoto. La Carta Magna inglesa de 1215, en su art. 39, disponía que nadie podía ser apresado ni despojado de sus derechos hasta tanto se acreditara su culpabilidad en un juicio. En el mismo sentido, lo siguió con el mismo alcance el Estatuto de Eduardo III de 1315. El art. 9° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, dictada en Francia en 1789, establecía que todo hombre se presumía inocente hasta que hubiera sido declarado culpable. La Declaración de Derechos del Estado de Virginia de 1776, sección VIII, prescribía que ningún hombre podía ser justamente privado de su libertad sino por la ley de la tierra o el juicio de sus pares. También está prevista en las enmiendas V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos de América como derivación del debido proceso legal. Esta garantía, propia de la esencia de un sistema político personalista, surge de una interpretación sistemática de la Constitución federal y, particularmente, de sus arts. 18 y 19. Es uno de los pilares básicos que rige el debido proceso penal y representa una de las características más significativas del modelo liberal, es aquel por el cual toda persona se reputa inocente, hasta tanto una sentencia firme declare su responsabilidad. Pero no todo el alcance de esta garantía constitucional queda allí por cuanto de este principio surge que le incumbe a la parte acusadora demostrar la actuación punible del imputado y no a éste acreditar su inocencia. Nuestra Constitución Nacional al establecer que "ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso" (art. 18), determina que para que el Estado pueda imponer una pena será necesaria la tramitación previa de un juicio en el cual se declare, mediante el dictado de una sentencia firme, la responsabilidad penal del imputado. Esto significa que durante el desarrollo del proceso se está frente a una persona que por disposición constitucional debe ser tratada como un inocente, y que su responsabilidad por el hecho imputado sólo se determinará en el juicio, constituyendo la sentencia -como último acto del proceso- el único título válido para declarar a alguien culpable y, en su caso, privarlo de su libertad personal. Por eso una de las consecuencias más importantes que se deriva de este principio es la limitación que se impone al poder estatal de ejercer coerción personal respecto del imputado. Ello es así pues, al deber ser el imputado considerado y tratado como inocente, la regla es su libertad durante la tramitación del juicio penal. Es que "ciertamente resultaría contradictorio con ese estado de inocencia, privar de su libertad a quien no ha sido hallado culpable del delito por el cual se lo acusa" y, por lo demás, "repugna al Estado de Derecho, previsto en nuestro estatuto fundamental, anticipar una pena al imputado durante el procedimiento de persecución penal". Julio B. J. Maier entiende que "la ley fundamental impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible... hasta tanto el Estado... no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad y la someta a una pena". En esta misma línea argumental, Francisco D'Albora explica que, conforme al principio de inocencia, "la persona sometida a proceso disfruta de un estado o situación jurídica que no requiere construir sino que incumbe hacer caer el acusador". Esta garantía surge de la garantía del juicio previo (art. 18 de la Constitución Nacional) y se encuentra previsto en el art. XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el art. 8°, párr. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el art. 14, párr. 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 11.1. de la Declaración Universal de Derechos Humanos integrados por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

<sup>297</sup> Como vimos al principio, la teoría del delito, creada como se la concibió en el siglo XX por Franz Von Liszt, establece el conjunto de requisitos técnicos que traduce estos principios políticos, referidos a un modelo de Estado. (Franz Von Liszt en su *Tratado de Derecho Penal*, Ediciones de Quintiliano Saldaña, Reus, Madrid, 1914).

brinda inmediatas respuestas legales a los reclamos comunitarios, pero, en verdad, lo que hace es acatar las directivas de ciertos sectores interesados o de la prensa que opina de todo (y mucho de derecho penal), guiados –tal vez- en actitudes electoralistas o demagógicas que pretenden demostrar que el Estado hace y reacciona rápida y enérgicamente frente a los postulados sociales, pero olvida el modelo del Estado de Derecho que tanto esfuerzo y sacrificio debió realizar hasta llegar a su definitiva consagración<sup>298</sup>.

El camino en el que se encuentra el legislador actual, cuando amplía el derecho penal especial, es en verdad, un camino equivocado.

En palabras de Julio B. J. Maier<sup>299</sup> el derecho penal implica la facultad más importante del legislador, o del ordenamiento jurídico, para ejercer el poder, por cuanto, la pena estatal y su realización a través del derecho procesal penal representan el medio de coerción más riguroso y drástico, esto es, la mayor injerencia en los derechos fundamentales que legitima el ordenamiento jurídico como reacción en cadena del Estado contra la lesión de sus normas básicas<sup>300</sup>. Por esta razón principal surgió la máxima de subsidiariedad y la concepción de la pena como “ultima ratio de la política social<sup>301</sup>”.

---

<sup>298</sup> El modelo de Estado de Derecho, vale la pena recordarlo, nació con la ilustración (sus exponentes fueron, entre otros, Voltaire, Rousseau, Montesquieu), creció con Beccaria, siguió con la escuela clásica y se impuso a mitad del siglo XX. Se enfrentó a los sistemas totalitarios (el estado comunista, fascista y nacional-socialista), pero, en su medida, aunque con lapsos en los cuales se impusieron dictaduras en ciertos países, resultó triunfador y se expandió por todo el mundo.

<sup>299</sup> Julio B. J. Maier, en *Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más derecho?*, ob. cit., págs. 272/3.

<sup>300</sup> Refiere Maier: acertadamente señala Binding: “La pena pretende provocar una herida, la reparación curar otra, en lo posible, sin provocar una segunda”. Es evidente que para las personas no siempre es posible la reparación natural; pero siempre se puede intentar “curar una herida o remediarla”. Prescindiendo de ello también es posible sumar una reparación en esa dirección para satisfacer al todo social (cfr. StGB, 56b, II, N° 3).

<sup>301</sup> Cfr., entre otros, Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., págs. 25 y sigtes.

Santiago Mir Puig, sostiene con claridad que, desde su óptica, el Estado de Derecho es el Estado al Servicio de los ciudadanos. El Estado sometido al Derecho. El Estado que no está sobre el Derecho sino en donde el Derecho se encuentra sobre el Estado. El Derecho sobre el poder. La ley impera sobre el poder. El Derecho es soberanía, voluntad y expresión popular. Y agregó que necesariamente se debe limitar el poder y el alcance del castigo<sup>302</sup>.

Entonces, como sostenemos, el Estado de Derecho<sup>303</sup> es un logro, una conquista, a la cual nunca, bajo ningún pretexto, se debe renunciar.

La disminución o la relajación de las garantías constitucionales en busca de una presunta eficacia no es más que una simple proclama que no conducirá a ningún resultado satisfactorio.

La tesis fundamental aquí sostenida es que el denominado “discurso de las garantías” no es algo a lo que se pueda abdicar, aún en tiempos de crisis.

Muchos son los extremos, los rostros que puede presentar el derecho penal, pero existe un punto que no puede discutirse: es protector y garantista<sup>304</sup> de la víctima y del imputado.

---

<sup>302</sup> En ese sentido la Constitución Española –artículo 1- establece un modelo de Estado social y democrático de Derecho.

<sup>303</sup> Concebido como un modelo de Derecho Penal estrictamente vinculado a las garantías del Estado de Derecho que deben regir para todas las personas.

Dentro de esta estructura la respuesta penal debe circunscribirse a los lineamientos que establezca el Estado de Derecho, toda vez que es éste el que, en un proceso constante de apertura, va reduciendo la coerción al mínimo indispensable, lo que genera la aspiración y concreta directiva política de que en tal contexto el recurso penal será siempre la “última ratio”.

Teniendo esto en claro, a la luz de múltiples experiencias históricas que hemos atravesado y teniendo especialmente en cuenta que el diseño democrático ha estado siempre amenazado por fuerzas considerables y de diverso signo dirigidas a limitarlo, estancarlo o, cuando no, directamente, a destruirlo, va de suyo que, por propias razones de supervivencia, el sistema penal debe contar con suficiente motivación y cuidado político para mantener y acrecentar la democracia. Y en lo que hace a aquellas conductas intolerables, las que amenazan la existencia misma del Estado de Derecho y afectan los intereses de la comunidad, como “última ratio”, aparece la respuesta penal<sup>305</sup>.

Es verdad que el mundo evoluciona. Que estamos frente a una nueva delincuencia, más violenta, cruel, que no respeta ni los códigos criminales, una delincuencia de cuello blanco más activa y trasnacional, una corrupción oficial desmedida

---

<sup>304</sup> La construcción de la Ciencia Penal, se inició con el pensamiento de la Ilustración, con la famosa obra de Beccaria (1738-1794) *De los delitos y de las penas* (1764), en la que el autor planteó la “humanización” del Derecho Penal que todavía hoy no han perdido en absoluto su vigencia. Por otro lado, desde Von Liszt (1851-1919), el Derecho Penal es considerado la “Carta Magna del delincuente” y “la barrera infranqueable de la política criminal”, como informó en su famoso *Programa de la Universidad de Marburgo de 1882*, y sus principios se mantienen inalterables.

<sup>305</sup> Esto ya fue visto con claridad desde tiempo atrás por la doctrina tradicional que opina que las elaboraciones teóricas han sido hechas, de modo opuesto pero recurrente, desde “los puntos de vista del tirano y del oprimido”, correspondiendo a la elaboración iluminista la construcción de mecanismos limitadores del poder, lo que, al mismo tiempo, resulta coherente con el aseguramiento de los más amplios márgenes de libertad política y de vida.

(lo que ocurrió en el Perú y en Brasil a de fines de 2005 principios de 2006 es paradigmático), terrorismo, criminalidad organizada (mafias), narcotráfico, nuevos delitos: lavado de dinero, cibernéticos, etc., pero ese enfrentamiento entre seguridad vs. libertad, no debe alterar las fuentes de legitimación del derecho penal y modificar las reglas de juego vigentes en un Estado de Derecho.

No puede privilegiarse una razón de Estado sobre una razón jurídica, aunque sea en situaciones excepcionales como el terrorismo político o la delincuencia organizada.

No podemos tolerar un discurso de excepción o de emergencia como fuente de legitimación de prácticas legislativas o judiciales irrespetuosas del Estado de Derecho.

La defensa de los derechos humanos no debe ser conseguida a toda costa y mucho menos con el sacrificio de otros<sup>306</sup>.

No podemos obtener justicia a cualquier precio.

Existen límites y garantías precisas que se deben respetar.

---

<sup>306</sup> Esto sucede, por ejemplo, respecto de los violadores de derechos humanos que son dejados al margen de la protección estricta de los derechos humanos (Pastor, Daniel R., *El poder penal internacional, una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Ed. Atelier, Barcelona, 2006, pág. 79).

Sólo existe libertad cuando no se abusa del poder declaraba Charles Montesquieu<sup>307</sup>.

Precisamente, por todo ello, concibo al derecho penal como un límite infranqueable para el poder del Estado, que establece y otorga un sistema de libertades e impone un marco de respeto del Estado frente al ciudadano que no puede quebrantar, so pena de incurrir en transgresiones normativas.

Ya Franz Von Liszt<sup>308</sup>, como vimos, decía que “el código penal es la carta magna del delincuente”, aludiendo al límite que la ley penal impone al poder del Estado. Y tenemos el rol trascendental de la víctima que se debe respetar y nunca debemos olvidar.

Francisco Muñoz Conde<sup>309</sup> sostiene que el derecho procesal penal tiene su corazón dividido en dos grandes amores. Por un lado, la misión de investigar los delitos y castigar a los culpables y, por otro, la de respetar en esa tarea determinados principios y garantías que se han convertido en el moderno Estado de Derecho en derechos

---

<sup>307</sup> Charles Montesquieu; en *El Espíritu de las Leyes*, ob. cit.

<sup>308</sup> Franz Von Liszt (Viena, 1851- Seheim 1919), docente de Derecho Penal en las Universidades de Gratz, Giessen, Marburgo, Halle y Berlín, seguidor de la filosofía positivista, entre otras obras, fue autor del *Tratado de Derecho Penal*, (Ediciones de Quintiliano Saldaña; Reus; Madrid; 1914) que tuvo amplia repercusión. Aclaro que, en verdad, Von Liszt dijo mucho más que eso. Aferrado a las ideas de la ilustración, consideraba que el derecho penal protege no a la colectividad, sino al individuo que se rebelaba y le garantiza el derecho de ser castigado sólo si se dan los presupuestos legales y sólo dentro de los límites legales. “El derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal. No en vano, el titular del delito es el titular del bien jurídico anulado o limitado por la pena” (cfr. sus conceptos en *La idea del fin en el Derecho Penal*, Programa que presentó en la Universidad de Marburgo en 1882).

<sup>309</sup> Muñoz Conde, Francisco en *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Colección Claves del Derecho Penal, Volumen 1, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

y garantías fundamentales del acusado, que representan un límite a la búsqueda de la verdad e impone que no pueda obtenerse la verdad a toda costa.

Paul Bockelmann<sup>310</sup> ha dicho que el derecho penal debe contribuir a vencer el caos en el mundo y a contener la arbitrariedad de las personas mediante la adecuada limitación de su libertad y restricción de sus derechos, pero sólo puede hacerlo en una forma que sea compatible con el nivel cultural global de la Nación.

En consecuencia, el poder punitivo del Estado no debe utilizarse de cualquier modo y en cualquier medida para proteger la convivencia humana. Puede resultar petulante decirlo, pero el futuro del mundo –civilizado- y del hombre, depende en gran medida de que se implementen y respeten estos conceptos.

No podemos, en consecuencia, adoptar políticas de “ley y orden” que enfrenten a la criminalidad a cualquier costo, anulando garantías constitucionales que son sagradas, o estableciendo penas que afecten los derecho y la dignidad del hombre.

Tenemos muy claro que detestamos el autoritarismo, el no derecho, y que aspiramos a un sistema democrático en el que rija el respeto y el cumplimiento de las normas.

---

<sup>310</sup> Bockelmann, Paul en *ZUR Kritik der Strafrecht Skritik*, Festschrift fur R. Lange, 1976, pág. 1.

Ya lo dijimos, pero reiteramos por su importancia, Luigi Ferrajoli reflexiona señalando que es posible reducir los delitos mediante una limitación preventiva de la libertad, mediante técnicas de vigilancia total, colocando tanques en la calle y policías detrás de cada ciudadano, con cámaras de televisión en viviendas o en los lugares de trabajo<sup>311</sup>, interceptando comunicaciones telefónicas (o espiando con drones las viviendas), pero ello importa el establecimiento de un sistema no deseado: el gobierno político de la sociedad.

Y, como dijo Benjamín Franklin, “los que renuncian a la libertad para comprar la seguridad, no merecen ninguna de las dos cosas”<sup>312</sup>.

De lo contrario, aceptemos la tortura, los apremios ilegales, los allanamientos indebidos de morada, la restricción de derechos fundamentales y otros métodos coactivos que, tal vez, en ciertos casos, resulten efectivos, pero que representan combatir a quien cometió un delito mediante la comisión de otro delito, lo cual nunca, bajo ningún aspecto, es aceptable, multiplica la violencia social y debilita la conciencia ética del ciudadano.

O, simplemente, aceptemos que los juicios se sustancien por lo que proclama la sociedad (juicios públicos) o afirman quienes se lanzan a opinar y juzgar en los diarios, los canales de televisión y en la prensa en general (juicios paralelos), en

---

<sup>311</sup> Por cierto, no alude a subtes o lugares públicos como existen en Londres y resultaron de suma utilidad para esclarecer el feroz atentado de 2005.

<sup>312</sup> Reparemos que en los Estados Unidos, ante el ataque terrorista, se cedieron derechos bajo la proclama de obtener una mayor seguridad (acta patriótica del 2001 que restringe los derechos del ciudadano y faculta al Poder Ejecutivo a intervenir teléfonos, mails, cuentas, etc.).



lugar de imponer los resortes legales que expresamente consagra la Constitución Nacional, lo cual, por cierto, no puede ser de ninguna forma tolerado.

## **2. Conclusiones finales**

Concluimos: tenemos un sueño, una ilusión, una esperanza, que es una Argentina y una América Latina con (1) un Derecho Penal justo, equitativo e igualitario y proporcional; (2) garante de la Constitución y de los principios rectores de los Derechos Humanos; (3) que cumpla a rajatabla con los principios consagrados en la Declaración Universal de los Derechos humanos y las Convenciones Internacionales; (4) que brinde seguridad y una respuesta efectiva a los ciudadanos; (5) que no resulte desigual, selectivo y simbólico; (6) que no exista un derecho penal de enemigos; (7) un derecho penal que no haga diferencia entre musulmanes, cristianos, judíos y sudamericanos; (8) que no exista un derecho penal para pobres y otro para ricos, uno para los funcionarios públicos y otro para los ciudadanos comunes<sup>313</sup>.

Y creemos que ese sueño puede lograrse y ustedes y nosotros podemos hacerlo porque si bien no conozcamos muchos buenos políticos, sí conocemos grandes penalistas y jueces, a muchos que admiramos, que se esfuerzan día a día por que tengamos una sociedad más justa y solidaria. Y también conozcamos y veo ahora a jóvenes

---

<sup>313</sup> En definitiva, brevemente, la cuestión del Estado consiste en defender valores tan concretos como la solidaridad y la justicia social; en hacer que los países crezcan económicamente, pero también en hacer partícipes de los beneficios de esa riqueza al mayor número posible de habitantes; en hacer que los derechos humanos, cuyo reconocimiento es ya universal, sean una realidad universal; en que las oportunidades al igual que los derechos, sean también universales; en desterrar la idea de que la justicia es una cuestión de mala suerte. Los millones de hombres y mujeres que padecen miseria no tienen mala suerte, son víctimas de una situación injusta, desigualdad y de la falta de oportunidades. Y la justicia es un asunto de hombres y mujeres que creen en la igualdad esencial de todas las personas, que están convencidos de que todos tenemos el mismo derecho a ser dueños de nuestra vida, con independencia de la raza, de la religión, de la ideología, del sexo o del lugar de nacimiento.

como ustedes de nuestro país del Ecuador, de Colombia, de Perú y de otros países hermanos, interesados en el derecho penal y en un mundo y una América Latina mejor, como la que concibieron San Martín y Simón Bolívar.

Y creemos firmemente que mientras existan esos penalistas y estudiantes se puede solucionar estas controversias y esta crisis y obtener un mejor Derecho Penal.

Señores, muchas gracias.