

## Anteproyecto del Código Penal Argentino del 2013: Reducción y renuncia a la pena

Alejandro Freeland

Percibo poca o ninguna discusión o atención a las propuestas, ya muy avanzadas, que está haciendo la Comisión redactora de un nuevo Código Penal para el país[1]. Vaya aquí una pequeña contribución a la discusión, que limito sólo a un aspecto de los muchos de interés, con la finalidad de abrir el juego y de invitar a sumar aportes más relevantes.

El art. 19 del Anteproyecto nos trae una novedad con la regulación general de casos en los que el Estado renuncia a la pena y otros en los que permite disminuirla aún por debajo de los mínimos legales y hasta prescindir de ella.

En efecto, legisla un supuesto de exención de pena (insignificancia), tres en los que el Juez puede reducir la pena por debajo del mínimo o hasta eximir de ella al autor (poena naturalis en delitos culposos; delito cometido por un miembro de un pueblo originario contra otro miembro de ese pueblo originario y ya sancionado según sus propias costumbres; y conductas que son delito -para los demás- pero que resultan conformes a la cultura originaria salvo que se den dos condiciones: a) que se trate de delitos contra la vida, contra la integridad física o la integridad y libertad sexual y (además) b) cuya impunidad importare una grave lesión a la dignidad humana.

Finalmente regula supuestos en los que no cabe eximir de pena, pero sí aplicarla por debajo del mínimo de la escala conminada (sin límites a la baja). Agrupa allí casos de menor significación (que no llegan a ser de insignificancia y en los que el juez puede, -además- sustituir la pena por la multa reparatoria); supuestos de pena natural en hechos dolosos y finalmente, casos en los que al autor sufrió, luego del hecho, torturas o vejámenes de parte de los funcionarios encargados de su traslado o custodia.

Evidentemente el proyectista no concibe al injusto sólo como afectación de un bien jurídico ni como una comprobación “a todo o nada”, sino como una estructura de contenido graduable. En esa gradualidad, existe un supuesto (insignificancia) en el que ni siquiera se alcanza un mínimo de lesividad como para considerar típica a la acción. Otros, en los que existe injusto pero que aparece dotado de un contenido de gravedad menor (aún menor que el previsto por el legislador con el mínimo de la pena conminada en el tipo) y, por ende, de un merecimiento de pena menor. Por último, casos en los que el merecimiento de pena subsiste, en mayor o menor grado, pero desaparece o queda muy debilitada la necesidad de pena: se reconoce la existencia de un injusto y hasta acaso de culpabilidad pero se renuncia a la pena -a la punibilidad o a la sancionabilidad penal- sobre la base a criterios estrictamente normativos y por motivos eminentemente preventivos.

Se propone un sistema abierto, funcionalista, en el que la punición o sancionabilidad del injusto (la mayoría de las veces, culpable) aparece fuertemente condicionada (a veces directamente desaconsejada) a la luz de principios constitucionales o garantías individuales (proporcionalidad, humanidad)[2] y por criterios orientados por la lesividad, el merecimiento y la necesidad de pena.

Todo esto tiene, me parece, sentido. Ya la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, 1789, decía en su art. 8 “la ley no debe establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias”. Y, en total sintonía, algunos de los más reconocidos autores de la actualidad (Jesús Silva Sánchez) postulan que “sólo son legítimas las penas necesarias”. La pregunta que surge imperiosa es, ¿necesarias para qué? Y contesta el

castellano: “Para evitar la violencia social informal, esa es su meta” (Silva, Aproximación, 1ra. ed. p. 38 y 2da., pgs. 43/45).

Sigamos examinando (brevemente) la propuesta de este autor, que entiendo casa bien -a lo menos en este aspecto- con la propuesta en análisis. Se pregunta Silva: “¿Cómo se hace para articular un sistema que haga compatible la máxima eficacia preventiva con la mínima intervención posible o necesaria de las garantías individuales? Si la teoría del delito debe orientarse a los fines del derecho penal y las normas penales constituyen el mecanismo fundamental de cumplimiento de los fines del derecho penal, la orientación de la teoría del delito a los fines del derecho penal pasa por su configuración sobre la base de la diferenciación de las misiones propias de las normas primarias y secundarias. Concretamente tomando como punto de partida la teoría de las normas (primaria y secundaria) construida desde la perspectiva de la teoría de los fines del derecho penal (reducción de la violencia estatal, desde la perspectiva utilitarista y garantístico individual - legalidad, proporcionalidad, humanidad e igualdad)”.

Un poco, bastante, de lo que leemos en esta propuesta.

En efecto, sigue Silva “de los enunciados legales se puede obtener tanto una norma primaria dirigida al ciudadano (“no debes matar”) cuanto una secundaria dirigida a los jueces, “si A, entonces debes aplicar la pena”.

Las normas expresan las dos decisiones político criminales básicas. La primaria, la de prohibir un comportamiento, es decir de algo que pretende ser evitado por el derecho penal de modo que “tiene sentido”, (es necesario, es posible, es lícito) dirigir la conminación penal y limitar el ámbito de actuación de los ciudadanos mediante la amenaza de pena y a fin de disuadirles de la realización de tal conducta (“Aproximación ...”, 1ra. ed., 1992, p. 377, 2da. ed., 2012, p. 611/12). Su ámbito de expresión o de juego es el del primer elemento: la antijuricidad o antinormatividad”. Asimismo el autor propone una subdiferenciación en este nivel de la antijuricidad o antinormatividad penal. La calificación de un hecho como infractor de normas primarias penales requiere, en primer lugar, que revista carácter de acción. En segundo lugar, es preciso que el hecho reúna los caracteres específicos de un injusto penalmente típico, esto es que constituya una conducta que contenga un peligro penalmente relevante para un bien jurídico penal. En tercer lugar, el hecho no debe estar amparado por causas de justificación o, mejor, por causas de exclusión del injusto penal. En efecto en la medida en que el hecho no sólo constituya un riesgo penalmente relevante para un bien jurídico penal sino que además conlleve una posibilidad de salvaguarda para otros bienes, dadas determinadas condiciones, puede producirse una compensación total o parcial entre lo uno y lo otro y, en fin, decaer los presupuestos legitimantes de una limitación en el ámbito individual de conductas a través de la prohibición bajo pena. En la decisión adoptada en este primer nivel (la antijuricidad penal) inciden consideraciones de merecimiento y de necesidad o no de pena en abstracto, junto a consideraciones de garantía individual.

Si trasladamos ello a la propuesta en examen, los supuestos de insignificancia no reúnen los caracteres específicos de un injusto penalmente típico, esto es no constituyen una conducta que contiene un peligro penalmente relevante para un bien jurídico penal. La pena así, no resulta merecida pues no tiene sentido, no es lícito castigar comportamientos que no reúnen el mínimo peligro necesario para considerarlos (siquiera) penalmente relevantes.

Por otro lado, sigue este autor, la norma secundaria expresa la segunda decisión político criminal fundamental, la que lleva no ya a limitar la esfera individual de libertad a través

de la amenaza de pena, sino incluso a incidir directamente en términos limitadores sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos mediante el castigo. Su ámbito de juego es el de la segunda categoría, la de la sancionabilidad penal. Asimismo, propone Silva una subdiferenciación, también en el seno de esta categoría. Y aparecen entonces los subniveles. La sancionabilidad penal del hecho, requiere, por un lado, la culpabilidad o atribuibilidad individual del hecho a un determinado sujeto. Por otro lado la lesividad (en el sentido dogmático de resultado de lesión (o peligro) para el bien jurídico no compensada de modo suficiente por un resultado de salvaguarda para otro u otros bienes jurídicos del hecho realizado. El resultado, es en realidad un mero presupuesto de la sanción penal. En el ámbito de la sancionabilidad penal están ausentes consideraciones de merecimiento o no de pena, de modo que las decisiones dependen de la necesidad o no de pena, atendiéndose por supuesto también a las garantías individuales[3].

Veamos cómo funciona esto en otros dos supuestos propuestos por el Proyectista. En el caso de la rebaja y hasta exención de pena prevista para el delito cometido por y entre miembros de un pueblo originario, el injusto está completo, por lo que, a la hora de rebajar o eximir de pena, no estamos frente a consideraciones de merecimiento de pena. Sí frente a criterios de proporcionalidad en la pena que se le vaya a imponer (estricta culpabilidad por el hecho, ya sancionado en el seno de la comunidad originaria) y, por ende, de necesidad de pena (menor a la prevista para “todo el injusto” como no sancionado, o hasta exención de la pena cuando se valora suficiente esa sanción impuesta por la comunidad originaria).

En los casos de pena por delitos que han producido un daño de menor significación, tampoco parece discutible que existe un injusto (un injusto menor, pero injusto al fin) y que el llamado de la norma primaria no ha sido atendido por el autor. Pero los jueces al atender la norma secundaria “si A, entonces debes aplicar pena”, se encuentran con un supuesto “A” que no revela o, mejor, no alcanza a expresar todo el resultado lesivo que la conminación penal está destinada a cautelar (prevención general negativa) o a comunicar (prevención general positiva) aún en su mínimo. El autor ha causado un daño de escasa significación. Escasa, no insignificante y, por tanto, un daño injusto, culpable y punible, aunque por debajo del mínimo previsto para un hecho “común”.

No creo que se trate, en su mayoría, de supuestos de “perdón” de la pena. Perdonar es remitir la deuda, ofensa, falta delito u otra cosa, el perjudicado por ello (DRAE 1ra.). Y perdón “remisión de la pena merecida, de la ofensa recibida o de alguna deuda u obligación pendiente” (DRAE 2da.). Y es el Estado quien dispensa o disminuye la pena, nada está llamado a decir el ofendido por el delito. Si hubiera en ello coincidencia (el ofendido por el delito, es el Estado o la comunidad toda -bienes jurídicos supraindividuales) de todos modos no me parece que la propuesta tenga el sentido de un perdón.

Lo que la propuesta muestra son supuestos en que la pena no es merecida porque no existe siquiera injusto (insignificancia). Otros en los que la pena merecida no es necesaria (compensación o respuesta completa al injusto por la pena impuesta por la comunidad originaria); otros en los que la pena merecida no aparece necesaria ya no por consideraciones atinentes al mismo autor o a su hecho (desgracia sufrida en el iter, mayor o menor daño o peligro que le hizo correr el autor al bien jurídico) sino por cuestiones absolutamente ajenas y hasta posteriores al hecho (actos ilícitos de los funcionarios encargados de la guarda o del traslado del preso)

Acaso sólo en la pena natural pueda hablarse de remisión de la pena y perdón. En los casos de poena naturalis lo que parece ausente es la necesidad de pena pero más por

consideraciones pietistas que por otra cosa. “¿qué sentido tiene aplicar una pena a quien la ha sufrido ya?”.

Se trata, en rigor, en su gran mayoría, de supuestos de renuncia a la pena o de atenuación extraordinaria de la pena. Renuncia a la pena, o atenuación en casos extraordinarios y afirmando, casi siempre (salvo el supuesto de insignificancia), la existencia de un injusto, culpable y que no sancionamos.

Jescheck afirma que “una regulación general de la renuncia a la pena es necesaria, o al menos es siempre político criminalmente recomendable, para los casos excepcionales”. Pero advierte sobre los supuestos de disminución de pena por debajo de los mínimos: “Sin embargo, la previsión de una atenuación penal extraordinaria, no incluida en la renuncia a la pena tendría como consecuencia que los tribunales podrían descender a su arbitrio por debajo del límite penal mínimo, con lo que se procedería conforme a criterios diversos y se obtendrían así resultados desiguales” (Jescheck, TDP, PG 4ta. Ed. Comares, Granada, 1993, p. 780/1).

Al fin podemos decir: “si la ley penal se aplicara de un modo formalista, es decir sin atender a los efectos que produce la sanción en los destinatarios, se convertiría en un fin en sí” (Sánchez Ostiz, Pablo, Fundamentos de Política Criminal, un retorno a los principios, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 195).

Analicemos ahora los supuestos previstos en el Anteproyecto.

Artículo 19.-

Exención y reducción de la pena

*1. Exención de pena. Insignificancia. No se impondrá pena alguna cuando el daño o el peligro para el bien jurídico fueren insignificantes.*

i) La insignificancia tiene que ver con criterios de lesividad y de merecimiento de pena. Existe daño o peligro para el bien jurídico pero resulta tan menor (insignificante, baladí, despreciable) que hace que la pena -cualquier pena- resulte injusta, por desproporcionada. Como dije, se maneja un concepto de injusto distinto al de daño o afectación del bien jurídico. Determinadas afectaciones a un bien jurídico no reúnen la entidad suficiente como para considerarse penalmente relevantes, no alcanzan un mínimo sentido penal. Por ello, el principio de insignificancia parece ser un principio de delimitación del alcance del injusto, o, más precisamente, del alcance de los tipos, de la dimensión de la tipicidad. La conducta en tanto que generadora de daño o peligro (insignificante) para el bien jurídico resulta ser una conducta que no es lo suficientemente expresiva de necesidad de intervención penal.

ii) La fórmula resulta, por cierto, muy abierta. Y el mandato de la norma primaria (dirigida al ciudadano) se pone en crisis o resulta un tanto equívoco o ambiguo “no dañes el cuerpo o la salud de otros (salvo que sea un muy pequeño magullón. En ese caso, no lo consideraremos un daño con sentido penal, una lesión”).

iii) Debe necesariamente referirse a bienes jurídicos que permitan una afectación graduable en los que no toda afectación del bien tiene un contenido suficiente como para ser penalmente relevante (v.gr. delitos contra la propiedad, delitos contra la libertad ambulatoria, delitos contra el honor, delitos contra la integridad física).

iv) Se piensa en el hurto de un peso. O imagino el caso de un pequeño magullón, de un pellizco o de un raspón que daña levemente el cuerpo. Un pellizco es antijurídico, pero no

reviste significado penal... no es un injusto penal. O acaso en delitos contra el honor, alguna palabra o un gesto acaso descortés en un contexto que no nos convenza de la existencia de una acción dirigida a la mortificación del otro. O también, recuerdo, el caso del colectivero que no permite el descenso del pasajero en la parada solicitada y lo transporta una cuadra más allá, hasta, digamos, la próxima.

Veamos ahora los casos previstos en el inciso 2do. Aquellos en los que cabe prescindir o atenuar la pena.

*2. Exención de pena y aplicación de la pena por debajo del mínimo. El juez podrá imponer la pena por debajo del mínimo previsto, o incluso prescindir de ésta, en los siguientes casos:*

a) Pena natural en hechos culposos. En los hechos cometidos por imprudencia o negligencia, cuando las consecuencias hubieren afectado gravemente al autor o partícipe.

La dispensa o rebaja de pena por la desgracia sufrida en delitos culposos, parece ser doctrina dominante[4].

El parágrafo 60 del Código Penal Alemán prevé la renuncia a la pena “si las consecuencias del delito son tan graves que la imposición de la sanción resultaría notoriamente errónea”. La misma ley establece un mínimo para la dispensa de pena: no rige cuando por el hecho cometido por el autor deba imponérsele una pena privativa de libertad superior a un año.

Se han criticado en la regulación alemana, básicamente, dos cosas. La fórmula “notoriamente errónea” por amplia o vaga (Hassemer) y que se ha interpretado concurre “cuando la ponderación de todas las circunstancias relevantes para su medición judicial haga evidente para el observador versado que el castigo no puede cumplir ninguna función con sentido (BGH 27, 298 cita de Maurach, Gossel Zipf,... 856). Y, de otro lado, el “principio de todo o nada” que domina la fórmula (el juez deberá), sin dejarlo abierto a la posibilidad ya no de dispensa sino de atenuación.

El proyecto se hace cargo, y supera, esas dos objeciones.

En lo que acaso la regla propuesta sea novedosa es en que no tiene límite alguno y podría aplicarse para cualquier hecho y cualquiera fuere la conminación legal.

La pena natural lo que plantea es un interrogante acerca de la necesidad de pena. El castigo por su injusto es merecido, pero “pobre hombre, en el pecado lleva la penitencia... ¿Hace falta que se imponga una pena si el hijo murió en el accidente de circulación...?” En términos de estricta proporción, “parece mucho” (desproporcionado) sumar al mal natural que recibió el agente por su acción, el mal de la pena. En términos de utilidad (prevención) la pena no comunica nada (o nada bueno). En estos casos, acaso en TODOS, la afirmación del injusto culpable es importante. Resulta una cuestión de estricta sancionabilidad.

Aunque la propuesta pareciera relevar sólo los daños sufridos por el autor (también el texto alemán) o por el partícipe, la doctrina acepta que las graves consecuencias del hecho puedan haber afectado al autor o bien a una persona cercana a él (Maurach, cit. ... p. 855).

b) Pueblos originarios: sanciones. Cuando el agente fuere parte de un pueblo originario, el delito se hubiere cometido entre sus miembros y hubiere sufrido una sanción conforme a sus costumbres. Se atenderá a la magnitud de la sanción sufrida y a la gravedad del hecho.

i) Para Jakobs resultaría pena natural, aplicable a entorno no a sistema. Pero el redactor no piensa en Jakobs. Está pensando en términos de proporcionalidad. La pena impuesta al

autor, según sus costumbres, puede ser “completada” por la pena del Estado. Ahora bien, como el autor ya ha sufrido pena (la de “su sistema”), la conminada para el delito (aún en su límite mínimo) puede resultar desproporcionada. Supongamos que el castigo indígena para la lesión es un latigazo... Pues bien, puede que para el Estado no resulte suficiente o acaso resulte demasiado fuerte.

ii) Si todo discurre dentro del pueblo indígena YA NO HAY NECESIDAD DE PENA. Ya no hace falta la “comunicación del Estado” porque todo queda allí dentro (ver la redacción). Porque no ha trascendido, es un problema de necesidad de pena. La pena cultural ha comunicado lo que era necesario en ese contexto.

iii) Pero me parece advertir otros problemas. Uno, relativo a la potestad del Estado como único agente del poder de castigar. Existe un reconocimiento básico de la justicia indígena como portadora del ius puniendi. Si lo reconozco, luego no puedo agregar (sumar) otra pena, o, a lo menos debo considerar la cuestión de la proporcionalidad. Está claro que desde el punto de vista del contexto indígena YA NO HAY NECESIDAD de pena. Pero desde el punto de vista del Estado pareciera que sí.

Ahora bien, si esto es así, ¿no debería primero el legislador (más bien el constituyente) pronunciarse sobre la legitimidad de los sistemas jurídicos de los pueblos originarios? ¡Me parece advertir en ello un prius necesario!

iv) El otro problema, relacionado con lo anterior, es el bis in ídem. Los miembros de los pueblos originarios, en tanto personas (portadores de rol/sujetos pasivos de la llamada de la norma) han sido ya castigados conforme sus normas internas. Por eso, también, es que se atiende a la sanción sufrida y a la magnitud del daño. Pero, pregunto ¿si reconozco la potestad punitiva en manos de otro, puedo hacerlo de forma “incompleta” (reservándome potestades que de algún modo he delegado o aceptado)?

c) Hechos conforme a la cultura originaria. Cuando la conducta fuere conforme a la respectiva cultura originaria, salvo que se tratase de delitos contra la vida, la integridad física o la integridad y libertad sexual, cuya impunidad importare una grave lesión a la dignidad humana.

La actuación conforme a cultura merece, para el proyectista, disminución y hasta exención de pena. Son supuestos difíciles de encuadrar. Puede que se trate o bien de un error (de prohibición directo), o de una cuestión de adecuación social o cultural (que puede afectar la tipicidad o la antijuricidad) o hasta puede tratarse como un supuesto de anormalidad motivacional, de sujetos que no reconocen (o reconocen y atienden menos), las normas generales que las propias y, por tanto, la llamada de la norma y el consecuente castigo por su infracción no debería ser tan severo (para él, ¿pero para los demás sujetos integrados al Estado y ajenos a esa cultura?).

Supongamos el caso de una persona sabe que el orden del Estado prohíbe el hurto. No está en error de prohibición, no tiene error alguno, pero desde tiempo inmemorial nos llevamos los frutos del campo (el hurto de leña de Marx), y, nos contesta ¡siempre se hizo así!. Si lo consideramos un caso de adecuación social, podría ser causa de atipicidad o de justificación por legítimo ejercicio de un derecho.

El riesgo no sería jurídicamente desaprobado por conformidad a la cultura (o a la cultura de una minoría que integra el todo social). Es, como en el caso de la circuncisión de los judíos... (¿lesiones?), acaso una cuestión de imputación objetiva...

Supongamos ahora que un indio tiene relaciones sexuales con tu hija menor, también india... En la tribu esa conducta está prohibida y se prevé una paliza (infligida por padre y hermano de la víctima) como sanción. Aquí no hay problema de correspondencia entre lo que el sujeto conoce prohibido o permitido (en ambos sistemas la prohibición existe) pero sí de respuesta (distinta en cada uno de ellos). La atenuación o hasta la dispensa parecen atender a razones de proporcionalidad.

Desacertada parece la última frase de este inciso del anteproyecto. Adviértase que las condiciones a las que se somete la punición o la dispensa para delitos graves (contra la vida, la integridad física o sexual, la libertad sexual) no es que se lesione la dignidad (que parece siempre lesionada en esos casos), sino la impunidad. En rigor lo que afecta la dignidad humana es el delito, no la impunidad, o no sólo la impunidad, o no “antes” la impunidad. Es un giro extraño. ¡Ante lesiones graves de los bienes jurídicos fundamentales no hay impunidad que valga!.

Analicemos finalmente los supuestos de pena por debajo del mínimo (casos en los que ya no hay dispensa de pena).

*3. Aplicación de la pena por debajo del mínimo. El juez podrá determinar la pena por debajo del mínimo previsto en la escala conminada, en los siguientes casos:*

a) Menor significación. Cuando el daño o el peligro para el bien jurídico fueren de escasa significación. El juez podrá imponer la pena de multa reparatoria.

El legislador distingue entre insignificancia y menor significación. Sigue, por cierto, la misma lógica. Hay afectación pero, de menor entidad. Resulta, a mi ver, algo realmente nuevo, que plantea casos de difícil discernimiento entre insignificancia y escasa significación y, por lo demás, no le encuentro sentido.

¿Para qué está el mínimo de la pena? ¿O por qué “por debajo del mínimo...” Parece que el legislador pretende corregir (o que el juez corrija caso a caso) casos en los que el mínimo sigue siendo muy alto. Pero entonces el legislador debería ajustar bien los marcos al momento de legislar, que es, precisamente, lo que está haciendo.

De lo contrario nos está diciendo que habrá penas cuya levedad será injusta para ese caso concreto y habrá que ajustarla. Pero entonces, de nuevo, lo que debería hacer es ajustar los marcos mínimos.

Creo que como construcción jurisprudencial tendría sentido. De lege ferenda. “hasta tanto no se reforme la ley...” y como consecuencia del principio de proporcionalidad. Pero planteado en un Proyecto integral lo debería corregir el legislador mismo.

b) Pena natural en hechos dolosos. En las circunstancias del apartado a) del inciso 2º, y tratándose de hechos dolosos, cuando mediare una significativa desproporción entre la lesión sufrida por el agente y la causada por éste al bien jurídico.

Como vimos, lo que en principio nos parece una curiosa novedad, en rigor está en los casos de dispensa o renuncia a la pena del parágrafo 60 del Código Penal Alemán, que no distingue las consecuencias graves para el agente derivadas de su acción emprendida con dolo o con imprudencia. Pero lo novedoso parece ser la falta de límite en la propuesta en análisis.

Además, en Alemania no se renuncia a la declaración de culpabilidad, sólo a la imposición de la pena (sería deseable que aquí también fuera así, para no renunciar a la función de llamada de la norma primaria).

El precepto alemán tiene alcance general y no se circunscribe a los casos de bagatela, es aplicable a aquellos casos en los que el contenido de injusto y de culpabilidad es grande (pero el mínimo aplicable en la escala lo permite). La renuncia no se justifica por la falta de merecimiento de pena (como en la bagatela) sino por la falta de necesidad de pena (Jescheck, cit. p. 780). En cierto modo, el reo se ha castigado a sí mismo al sufrir las graves consecuencias del delito (poena naturalis) y ya no resulta necesario, por ninguna de las razones que se reconocen como fundamento de la pena, acudir a una sanción que vaya más allá de lo padecido (Jescheck, op. y loc. cit.). El daño debe ser de tal gravedad que no sea necesaria una reacción ulterior con el objeto de hacer comprensible la dispensa de pena para la colectividad (Maurach, Gossel, Zipf, cit. p. 855).

La pena natural sería todo daño recibido por el imputado que no es pena legislada o que no deriva de la respuesta que el Estado prevé para el delito (-la pena o la reacción policial...-).

Acaso sea necesario distinguir -el Anteproyecto no lo hace y tampoco estoy sugiriendo que lo haga, pero sí que el Juez las tome en cuenta para valorar la reducción- las desgracias sufridas por el autor por la naturaleza (el azar, el destino) de aquellas derivadas del propio plan que el autor no previó (perjuicios posibles que el autor no tuvo en cuenta), de aquellos que el autor previó o pudo prever como posibles conforme su propio plan.

En efecto, “la desgracia” (“su desgracia”) puede originarse o provenir:

- a) De la actuación de la policía
- b) Del azar, del destino o de la mala suerte.
- c) De la propia torpeza
- d) De los riesgos ASUMIDOS y que la acción emprendida implicaban.
- e) De varios de los anteriores combinados.

Casos:

- a) Hurto con escalamiento... la escalera se desestabiliza, el ladrón cae y sufre severas contusiones/fracturas/ lesión permanente en la columna vertebral que lo inmoviliza de por vida.
- b) robo con armas: el daño sufrido por el autor deriva de
  - el mal uso del arma empleada en el robo (se disparó en el estómago)
  - de la acción defensiva del sujeto pasivo
  - de la acción de la policía.
- c) secuestro extorsivo: durante la privación de la libertad el autor quema su propia casa en la que estaba alojada la víctima cuando le prepara algo para comer.
- d) tentativa de homicidio/lesiones: A quiere matar a B con su auto, termina él mismo gravemente herido como producto de la colisión contra un poste (advírtase que sigue



habiendo significativa desproporción porque la relación es entre la lesión sufrida por el agente y la CAUSADA por éste al B.J. -y el b.j. en tentativa sólo corrió peligro).

Con lo último se advierte que parece un supuesto aplicable (en principio) a todas las tentativas que redunden en una autolesión o en una lesión sufrida por el agente (habrá siempre una significativa desproporción entre la lesión sufrida por el agente y el (solo) peligro causado por éste al bien jurídico

Por último el disparo del policía que te persigue para detenerte, cualquiera sea el daño producido al autor, no cabe en el supuesto b) ni en el c). No es pena natural ni una reacción ilegítima del Estado en la prevención o respuesta.

c) Penas o lesiones ilícitas infligidas por funcionarios. Cuando el agente hubiere sido objeto de tortura, tormento o vejaciones por acciones u omisiones de funcionarios encargados de su detención, cuidado o transporte, o hubiere sufrido un grave daño en su salud por la inseguridad de los lugares de detención o los medios de transporte.

Lo que el Proyecto pretende aquí es que la intervención ilícita en el cuerpo o en la persona del agente (males) sea tomada en cuenta a la hora de la aplicación de la pena (o de su reducción). Se trata de manifestaciones ilícitas del mismo sistema llamado a devolver el mal del autor con la pena. Pues entonces, parece decir el legislador, resulta justo que las desviaciones o males que el propio sistema “ha cargado ya en su cuenta” se ponderen y hagan valer (más allá, claro, del castigo que los autores de las vejaciones merezcan).

Casos entonces de anticipo de pena (privación, dolor) derivados del mismo “sistema” pero por fuera de él (actos dolosos de los funcionarios) y que deben computarse como “pena” y restarse de la imputada al delincuente.

Zaffaroni (en Zaffaroni, Alagia Slokar, DPPG, 997) se refiere expresamente a lo que denomina “las penas ilícitas”. En primer lugar las considera penas. Es sujeto es victimizado por los propios agentes del Estado -o por su omisión- en razón del delito cometido como sujeto pasivo de torturas o malos tratos prohibidos por el art. 18 de la CN y el 5.2. de la CADH. Pena, sostiene, “es toda inflicción de dolor o privación de derechos estatalmente impuesta como castigo a una persona como agente de un delito... es claro que en todos los casos de penas ilícitas ejecutadas, se trata de penas sufridas por el agente que deben descontarse de las penas legales que pudieren corresponderle por el delito cometido. Debido a que se trata de descontar una pena ya ejecutada en razón del imperativo constitucional de evitar la doble punición, lo que reste cumplir de la pena ilícita puede ser inferior al mínimo de la escala penal o bien puede llegar a dar por cumplida la pena lícita”.

Aunque, por la redacción que se propone, parece que el legislador está pensando fundamentalmente en el contexto de la tortura.

Los casos de una bofetada al agente al momento de la detención; o imputado a quien, en el momento de ponerle las esposas, le fracturan la muñeca o un brazo, también parecen entrar, algo forzados, en este inciso c).

Se está pensando sólo en lo doloso o en un déficit estructural del Estado, o que otro recluso te haya provocado el daño... Pero parecen olvidarse los daños culposos en el contexto de detención, que no parecen entrar y son, por cierto, los más frecuentes.

En la lógica del Proyecto, ¿No debería contar la atenuación cuando le rompieron un brazo (por imprudencia)? Parte “de lo que debía” a la sociedad me lo han dado ya...

Parecen ser casos en medio de la violación de derechos humanos y la pena natural. Pero no es lo uno ni lo otro en el caso de los culpables.

4. Recursos. La exención o reducción de la pena conforme a lo dispuesto en el presente artículo, como también su individualización según las pautas del artículo anterior, serán susceptibles de revisión en todas las instancias ordinarias y extraordinarias habilitadas respecto de la condenación.

Se prevé un amplio sistema de revisión para asegurar, de algún modo, la aplicación de estas reglas. La habilitación legal de la instancia extraordinaria para la discusión de estas cuestiones, señala, de nuevo, su íntima relación con los principios constitucionales que orientan el proyecto.

-----  
[1] Me dicen que el Anteproyecto está terminado tanto en la Parte General, como en la Especial (que agrupa en un mismo texto, a todos los delitos, es decir también a aquellos descritos, hasta ahora, en leyes especiales).

[2] Ver artículo 1 del Anteproyecto:

Principios

1. Constitución y derecho internacional. Las disposiciones del presente Código se interpretarán de conformidad con los principios constitucionales y de derecho internacional consagrados en tratados de igual jerarquía.

2. Se aplicarán con rigurosa observancia los siguientes principios, sin perjuicio de otros derivados de las normas supremas señaladas:

a) Legalidad estricta y responsabilidad. Solo se considerarán delitos las acciones u omisiones expresa y estrictamente previstas como tales en una ley formal previa, realizadas con voluntad directa, salvo que también se prevea pena por imprudencia o negligencia.

No se impondrá pena ni otra consecuencia penal del delito, diferente de las señaladas en ley previa.

b) Culpabilidad. No habrá pena sin culpabilidad ni que exceda su medida. Para establecer el delito y la pena no se tomarán en cuenta el reproche de personalidad, juicios de peligrosidad ni otras circunstancias incompatibles con la dignidad y la autonomía de la persona.

c) Ofensividad. No hay delito sin lesión o peligro efectivo para algún bien jurídico.

d) Humanidad, personalidad y proporcionalidad. Se evitará o atenuará toda pena que por las circunstancias del caso concreto resultare inhumana, trascendiere gravemente a terceros inocentes o fuere notoriamente desproporcionada con la lesión y la culpabilidad por el hecho.

[3] Críticos con las propuestas de incorporar a la necesidad de pena como un cuarto elemento de análisis de un evento como delito (a las tres que propone “tipicidad, antijuricidad y atribuibilidad”, Maurach, Gossel, Zipf, Derecho Penal, Parte General, Astrea, Buenos Aires, 1995, T. 2, p. 128. Pero sin desconocer su importancia (tanto del merecimiento como de la necesidad de pena) “que el hecho sea merecedor de pena o la necesidad de ésta se encuentran incluidas, por lo regular, en la afirmación de la tipicidad, la antijuricidad y la atribuibilidad, de manera que no requiere agregar un nuevo piso a la

teoría del delito”.

[4] Por todos, Jescheck, “Tratado...”, cit. p. 779 y citas.

© Copyright: Universidad Austral