

Hostigar, intimidar y maltratar -No siempre es delito!-

Delimitación entre los delitos de amenazas y coacciones y la contravención del art. 52 del Cód. Contravencional CABA

Carlos M. González Guerra*

I. Introducción [\[arriba\]](#)

1. El Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sancionado en el año 2004 regula, en el Capítulo de Integridad Física en el contexto del Título de Protección Integral de las Personas la contravención de hostigamiento, maltrato e intimidación.

Artículo 52.- Hostigar. Maltratar. Intimidar. Quien intimida u hostiga de modo amenazante o maltrata físicamente a otro, siempre que el hecho no constituya delito, es sancionado con uno (1) a cinco (5) días de trabajo de utilidad pública, multa de doscientos (\$ 200) a un mil (\$ 1.000) pesos o uno (1) a cinco (5) días de arresto.

Artículo 53.- Agravantes. 1. Para el jefe, promotor u organizador; 2. Cuando exista previa organización; 3. Cuando la víctima es persona menor de dieciocho años, mayor de setenta o con necesidades especiales; 4. Cuando la contravención se cometa con el concurso de dos o más personas.

2. La redacción del artículo describiendo las conductas típicas con un cierto grado de indeterminación, la propia sistemática de las Contravenciones en la regulación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la relación entre éstas y algunos delitos del Código penal generan un interesante ámbito para un análisis de dogmática jurídico-penal que exceda la mera interpretación literal de los tipos.

El presente trabajo pretende realizar un estudio crítico de las figuras contravencionales tipificadas en el art. 52 Cód. Contravencional, formular algunas propuestas de reforma y buscar, dada la vigencia de las conductas, criterios que -parafraseando a Gimbernat- hagan posible una aplicación segura y calculable del Derecho penal, y lo sustraigan a la irracionalidad, a la arbitrariedad y la improvisación[1].

Para ello se parte de la idea, que ha merecido consenso en el ámbito penal, de que los principios, las garantías y las reglas de imputación del Derecho penal clásico gozan de plena vigencia en el ámbito de las Contravenciones.

II. Antecedentes legislativos [\[arriba\]](#)

1. La mención a los antecedentes legislativos suele ser vista en los contextos académicos como mero complemento de la descripción típica de las figuras. Sin embargo, en el caso de los antecedentes parlamentarios de la contravención de intimidación, hostigamiento y maltrato físico es especialmente interesante, al menos, en alguno de sus aspectos. Ello se

debe a la movilidad que ha tenido la tipificación de esta conducta en un lapso muy breve de tiempo.

La regulación del primer Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires, sancionado el 9 de marzo de 1998, regulaba el “hostigamiento” en su art. 38. Allí, en el libro II referente a las contravenciones, y en particular en el capítulo I, titulado Integridad física se tipificaba como contravención la figura que llevaba por nombre Patoterismo y que es el primer precedente de la actual contravención de “intimidación, hostigamiento y maltrato físico”.

2. La particularidad de aquella regulación estaba dada en el hecho de exigir el concurso de tres o más personas para la configuración del tipo básico de la contravención. Sin embargo, esa regulación generaba una importante «laguna de punibilidad»[2] toda vez que la conducta de hostigamiento realizada por una o dos personas, por más grave que ella fuese, si no llegaba a poder ser encuadrada en el delito de amenaza, debía necesariamente quedar impune.

Dicho motivo, llevo al legislador a realizar una reforma casi inmediata de la regulación. Pues en julio de 1998, tres meses después de sancionado el Código, se modificó el art. 38 mediante la Ley N° 42 estableciendo que la figura básica se podía concretar mediante el accionar, incluso, de una sola persona como sujeto activo.

Consecuentemente, pasó a ser tipo agravado la ejecución realizada por dos o más sujetos activos. Es decir, si la contravención era realizada por una persona se daba el tipo básico, mientras que si se realizaba con el concurso de dos o más personas se daba el tipo agravado.

3. La falta de previsión del legislador de aquel entonces resultaba casi asombrosa e hizo necesaria una segunda e inmediata modificación. A saber, se había cambiado el tipo básico y la contravención de hostigamiento se cumplía con la intervención de una sola persona. Sin embargo, no se había modificado la denominación de la contravención y ello generaba una importante inconsistencia.

El tipo continuaba llamándose patoterismo y, en todo caso, esa denominación correspondía tan sólo al tipo agravado ejecutado por dos o más personas. Ello llevo a que en la ley inmediatamente siguiente en numeración, es decir en la ley 43 de 1998, que se dedicaba fundamentalmente a establecer ciertas modificaciones en cuanto a la regulación de la oferta de sexo en la vía pública, cambiara el epígrafe patoterismo por hostigamiento y maltrato, denominación actualmente vigente en el Código Contravencional.

4. La regulación actual de la figura corresponde a la Ley N° 1.472 de 2004 que derogó la totalidad de la ley 10 de 1998 y sancionó un Código Contravencional totalmente nuevo para la Ciudad de Buenos Aires.

III. Técnica legislativa o interpretación judicial “correctora” [\[arriba\]](#)

1. «El Derecho como arte, con una precisa función social, no se comprende desligado de la comprensión de la justicia, tesis que pone en jaque desde el comienzo

toda concepción de la ciencia del Derecho como aséptica o no valorativa», sostiene Orrego Sánchez[3]. El conocimiento científico del Derecho, como nivel intermedio del conocimiento jurídico, desarrolla los conceptos y aborda la realidad jurídica «con miras a la acción» no siendo su objeto la solución de un caso individual y concreto, sino que por el contrario pretende el desarrollo de criterios o directrices para la solución de diversos casos típicos[4].

Cuando un jurista se enfrenta a la difícil tarea de interpretar y procurar soluciones útiles a los prácticos del Derecho penal debe alzar velas desde una posición clara que permita al lector descubrir, desde el primer momento, cuáles son los criterios de los que parte y que impregnan inevitablemente todo su desarrollo posterior[5].

2. En no pocos casos el Derecho penal coloca al intérprete en la obligación de adoptar una postura restrictiva de determinado concepto basada en una interpretación teleológica; o una posición extensiva basada en una interpretación literal y descriptiva de los institutos.

La primera opción se juzgará como una tendencia hacia la reducción del Derecho penal y hacia la descriminalización de determinadas conductas que, seguramente, podrá suscitar infinidad de críticas. Mientras que la elección por una interpretación literal que amplíe el ámbito de aplicación del tipo podría llevar a cierto grado de limitación en la libertad de acción de las personas, dando relevancia penal a conductas que, en principio, deberían estar fuera del marco de intervención jurídico-penal[6].

Desde el punto de vista metodológico la propuesta de delimitación aquí desarrollada, sin dejar de considerar importante el “sistema”, desplaza el punto de análisis o considera especialmente el “problema”, al modo de la sistemática neokantiana y el pos finalismo[7].

3. La dogmática tiene como fin fundamental realizar una interpretación restrictiva del Derecho penal que permita aclarar los espacios de libertad en los que los ciudadanos pueden organizarse libremente sin incurrir en negaciones del ordenamiento jurídico y en consecuencia de la propia sociedad. Incluso en el llamado Derecho penal nuclear o en este caso en el ámbito contravencional, en contraposición con los nuevos ámbitos de expansión del Derecho penal[8], es necesario realizar interpretaciones en favor de la libertad.

El Derecho penal, como *ius puniendi*, es monopolio exclusivo del Estado y la dogmática jurídico-penal es una herramienta idónea y necesaria para evitar que sea utilizado como instrumento para la consecución de fines políticos o intereses alejados de su función original[9].

4. La arbitrariedad judicial siempre ha sido y continua siendo uno de los temas centrales de la Filosofía del Derecho y la arbitrariedad judicial en materia penal constituye sin lugar a dudas una de sus facetas más sensibles.

«Hay momentos en que es mejor tener malas reglas antes que no tener ninguna regla»[10].

Sin embargo, aclara Robert Alexy que:

«... a veces es mejor tener reglas y aspiramos a tener reglas. Pero esto no es el único punto. Gustav Radbruch ha señalado que el Derecho está conectado con tres ideas que conforman la idea de Derecho. En primer lugar la certeza, respecto de la cual necesitamos las reglas.

Pero también están la justicia y la eficacia. Y sería un modelo demasiado simple si dijéramos que únicamente la certeza conforma la idea de Derecho. Esto no es suficiente, y si Scalia sugiere esto, yo estoy en desacuerdo con él. Pero sería igualmente errado afirmar que el Derecho es solo justicia. En tal caso no tendríamos un sistema legal, sino un sistema moral y esto no sería suficiente. La justicia precisa reglas, y mucha gente se olvida de la eficacia. La economía debe funcionar. El Derecho es un instrumento técnico para hacer efectiva a la economía, para proteger el medio ambiente, para organizar la ayuda social, y demás. Por lo tanto, el Derecho es un sistema más complejo (...) y un buen abogado es un abogado que es capaz de combinar las exigencias de la certeza legal, la justicia y la eficacia»[11].

La facultad del juez penal de imponer penas restrictivas de la libertad, por pequeñas que ellas puedan parecer en el caso de los arrestos en las Contravenciones, convierte su ámbito de intervención en el más sensible del mundo jurídico.

La dogmática jurídico-penal trabaja en este sentido para proponer teorías que clarifiquen y estabilicen la aplicación del Derecho material y fundamentalmente para limitar la arbitrariedad judicial[12]. Normalmente se piensa que la pretensión de limitar la arbitrariedad judicial conlleva la reivindicación de restringir el ámbito de intervención del Derecho penal, pero ello no es estrictamente de ese modo. Arbitrariedad judicial en Derecho penal puede existir tanto en sentido ampliatorio del tipo penal como restrictivo del mismo.

La posición de la víctima y la generalidad de circunstancias del hecho en determinados delitos o contravenciones son, en algunos casos, puntos imprescindibles en la interpretación del tipo. Llegan incluso a determinar la existencia de alguno de los elementos del tipo objetivo. Mientras que en otros casos se considera que esas mismas circunstancias no pueden ampliar la discrecionalidad judicial si la pretensión es atenuar la pena.

Por ello, la limitación del arbitrio judicial resulta vital en sentido general, es decir, es fundamental delimitar el arbitrio judicial mediante construcciones dogmáticas que permitan al juez un ámbito concreto de decisión sin excederse tanto en sentido ampliatorio como restrictivo del tipo.

El juez tiene límites que le impone el concepto formal de delito, tanto como el legislador tiene fronteras que surgen del concepto material de delito. Esto último se debe, como muy claramente sostiene Robles Planas, a que «el legislador penal no puede “crear” injustos culpables, sino sólo decidir sancionar penalmente algunos de ellos. Sus prerrogativas de actuación están limitadas por razón de la definición de sus propias competencias. No está ahí para definir las esferas jurídicas de los ciudadanos, sino para protegerlas»[13].

5. La doctrina penal viene sosteniendo, y muy especialmente en los últimos años, una creciente polémica sobre el rol de los jueces y su vinculación con la ley. Por ello no sorprenden, incluso en materia penal, expresiones como la de Silva Sánchez sobre la «interpretación judicial correctora» con la que se titulaba este epígrafe. En esos casos nos encontramos, según él mismo afirma, en el límite entre lo que podría entenderse como interpretación en sentido estricto y el desarrollo continuador del Derecho[14].

Ello se explica, hasta donde alcanzo a ver, en la necesidad o conveniencia de intervención judicial para interpretar, respetando los principios constitucionales en un caso o buscando la mejor de entre varias interpretaciones posibles. Esta situación se ve claramente en el contexto de la llamada «interpretación conforme a la constitución». En un sistema constitucional como el argentino, basado en un control de constitucionalidad difuso, incluso más claramente que en otros, la interpretación de las leyes penales a la luz de la Constitución adquiere un papel primordial.

Sin embargo, este análisis no se limita a las situaciones extremas donde los preceptos penales navegan entre las aguas de la constitucionalidad o la inconstitucionalidad. Por el contrario, aparecen, al menos, tres niveles de interpretación judicial que gozan de cierto grado de legitimación en el sistema jurídico.

A saber, por una parte la declaración de inconstitucionalidad de un precepto, cuando claramente su letra y espíritu se apartan de las raíces constitucionales. Por otra, la interpretación orientada a la constitución -*verfassungorientierte Auslegung*-, donde con la interpretación se procura la aplicación de los resultados “preferibles” desde el punto de vista constitucional. Y finalmente, como intermedia entre las dos anteriores, la interpretación conforme a la constitución -*verfassungskonforme Auslegung*- donde entre varios resultados interpretativos se descartan aquellos que resultan contrarios o incompatibles con la constitución[15].

6. Hasta donde alcanzo a ver, la situación anteriormente descrita surge, en buena medida, por problemas de técnica legislativa a la hora de describir las conductas típicas por parte del legislador penal. En algunos casos, los más extremos, la técnica es tan desafortunada que convierte las redacciones típicas en inconstitucionales, en general por clara violación al principio de legalidad; mientras que en otros supuestos obliga a los jueces a realizar interpretaciones “correctoras” del Derecho penal.

En definitiva, los problemas de redacción de los tipos -falencias de técnica legislativa o conceptos indeterminados- llevan necesariamente a intentos de solución que crean situaciones límite. Dicho límite claramente se sobrepasa cuando se produce una usurpación del poder judicial de funciones legislativas que deben ser ajenas a los tribunales. En esa zona adyacente navega riesgosamente la interpretación judicial “correctora” o la “corrección creativa de las leyes”[16].

Por lo expuesto, se parte aquí de la premisa, más allá de las propuestas de *lege ferenda* que puedan hacerse, de la existencia de un trabajo conjunto entre legislador y los tribunales penales. En ese sentido resultan más que gráficas las palabras de Kuhlen al sostener que «cuando la legislación penal no puede renunciar a conceptos jurídicos indeterminados y, por ello, necesitados de concreción, a fin de cuentas “el legislador y la jurisprudencia, en una colaboración en la que se reparten el trabajo” determinan “lo que es punible”»[17].

Expresiones como esta seguramente hubiesen resultado reaccionarias en un pasado no muy lejano de la historia de la dogmática jurídico-penal. Sin embargo, ya no resultan tan extrañas en un contexto de permanente desarrollo y movilidad de la Ciencia penal donde pasan a tenerse en cuenta determinados elementos como la insignificancia, la autoprotección de la víctima, la tolerancia, la dispersión de responsabilidad y la complejidad del contexto social, entre otros. Todos ellos han sido agrupados por la doctrina

penal moderna bajo el nombre de mediating principles, Begrenzungsprinzipien o «principios limitadores», no quedando de momento muy claro si están dirigidos al legislador penal, al juez que aplica la norma o a ambos[18].

IV. “Colaborando” desde la doctrina [\[arriba\]](#)

1. La determinación del injusto punible, como se ponía claramente de manifiesto en el apartado anterior, se edifica a partir del trabajo conjunto entre el legislador penal, limitado por el concepto material de delito, y el juez, circunscripto, aunque al parecer cada vez menos, al concepto formal de delito. Pero en definitiva se trata aquí de interpretar, entendiendo dicha acción como «paso ineludible en la aplicación del Derecho, tanto cuando el juez se encuentra ante un caso claro y fácil, como cuando está frente a un caso de la zona de penumbra o difícil»[19].

2. En el contexto concreto de las Contravenciones y en particular en la figura del hostigamiento el primer punto que resulta llamativo y que genera importantes dudas a la hora de interpretar la figura es el hecho de estar incluido en un capítulo que lleva por nombre Integridad física[20].

Si bien es cierto que la regulación actual de la Ley N° 1472 de 2004 con la inclusión de la figura en un título general que lleva por nombre Protección integral de la persona ha colaborado para una mejor determinación de bien jurídico protegido[21], el hecho de mantener limitada la denominación del capítulo a la integridad física continua generando importantes problemas de interpretación.

La integridad física, en el mejor de los casos, podría verse afectada por acciones que encuadran tan sólo en uno de los tres tipos contravencionales previstos en el artículo. Es decir, en el maltrato físico. Aunque, como claramente puede vislumbrarse, para que haya afectación a la integridad física propiamente dicha será necesario que exista un cierto grado de lesión física y ello, según los casos, podría tratarse de un delito de lesiones que excluye la aplicación de la contravención[22].

Parte de la doctrina, siguiendo una concepción general de la noción de integridad física desarrollada fundamentalmente en España, ha intentado una vía de solución de este problema recurriendo a un concepto amplio de integridad física, que incluye la integridad psíquica y que se distingue de la integridad moral[23]. Sin embargo, no se tratará esta discusión en este trabajo que pretende centrarse en otros de los aspectos problemáticos de la figura.

3. El segundo punto complejo, que desvirtúa por completo la lógica sistemática de la regulación sancionatoria en nuestro país, es el de las consecuencias jurídicas previstas tanto para los tipos penales de coacciones y amenazas y su relación con la contravención de hostigamiento.

A saber, en la legislación penal argentina los marcos penales con los que se sancionan los delitos de coacciones y amenazas, respectivamente, prisión de dos a cuatro años y prisión de seis meses a dos años demuestran una relación de continuada. Es decir, determinan que el límite entre uno y otro delito, teniendo en cuenta las dificultades de su determinación,

tiene solución de continuidad pues el máximo del delito de amenazas coincide con el mínimo del delito de coacciones[24].

Ahora bien, el legislador de la ciudad de Buenos Aires al regular la intimidación y el hostigamiento y agregar el adjetivo «de modo amenazante» para éste último relacionó directamente la figura a la de amenazas reguladas en el Cód. Penal. Si ello es así, para respetar la sistemática de las consecuencias jurídicas debió haber establecido para el hostigamiento del art. 52 del Cód. Contravencional una pena máxima de 6 meses de arresto de tal modo que al igual que pasaba entre amenazas y coacciones existiera una relación de continuidad entre un tipo y otro en cuanto a la sanción prevista. De lo contrario, una conducta realizada en la Ciudad de Buenos Aires que supere con lo mínimo «el modo amenazante» del hostigamiento daría un salto inexplicable, en cuanto a su consecuencia jurídica, de los cinco días de arresto como máximo a los seis meses de prisión como mínimo.

Consecuentemente, lo que se quiere poner de manifiesto aquí es que las conductas disvaliosas en las que se pone en perspectiva de una persona un mal determinado son graduables en cuanto a su gravedad. Las menos graves no tendrán relevancia jurídico-penal ni contravencional, otras serán contravencionalmente relevantes y finalmente las más graves serán penalmente relevantes. Ahora bien, si ello es de ese modo, para que tenga coherencia sistemática necesitaría del mismo nivel de graduación en el orden de las consecuencias jurídicas, manteniendo un hilo de continuidad en cuanto a los márgenes de pena previstos.

a. Excurso. Amenazas de tres velocidades

1. La relación de continuidad con respecto a la gravedad de las consecuencias jurídicas a las que se hacía referencia en los párrafos precedentes abre el debate sobre una primera propuesta de lege ferenda con punto de partida, como es habitual, en la interpretación de los tipos penales y en este caso también Contravencionales y las inconsistencia que de ella surgen.

2. La expresión amenazas -en algunos casos intimidación- aparece en distintos ámbitos y con diferentes fines en la estructura de la parte especial del Derecho penal[25].

El repaso, por rápido que sea, del Código penal muestra la utilización de la expresión amenaza o intimidación como medio coactivo en algunos delitos, como por ejemplo en los delitos contra la integridad sexual en el art. 119 o en el delito de extorsión del art. 168 del Cód. Penal. Por su parte, en el contexto de los delitos contra la libertad se tipifica la amenaza como acción en sí misma o nuevamente como medio coactivo en el caso de las amenazas coactivas o como normalmente se las llama en la doctrina internacional, las coacciones -artículo 149 bis-. Y finalmente, en el caso de la Ciudad de Buenos Aires, la tipificación como Contravención de la intimidación, también como acción, y del hostigamiento “de modo amenazante”, en este caso como adjetivo.

3. La descripción precedente muestra un ámbito especialmente amplio y dispar de aplicación de la expresión amenaza en el Derecho penal. Siendo ello así debe realizarse un estudio matizado del concepto. A saber, no se hace referencia a la misma acción cuando el

legislador recurre a la expresión amenaza como medio coactivo, cuando lo hace como fin en sí misma o, finalmente, cuando la utiliza como adjetivo de otras conductas.

Desde esa perspectiva, aunque el tema merece un análisis mucho más detenido que no puede realizarse en este trabajo, se puede sostener que en cada una de esas funciones que el legislador le asigna a la expresión amenaza se está refiriendo a un nivel distinto de la misma.

Una cosa es amenazar en sentido coloquial, es decir simplemente poner en perspectiva de otra persona un mal, ya sea contra ella o contra una persona “cercana” a ella y otra cosa es una amenaza en sentido penal, o si se prefiere, una amenaza jurídico-penalmente relevante.

A su vez, puede precisarse aún más la idea y afirmar que existen entre las amenazas jurídico-penalmente relevantes distintos niveles o velocidades. A saber, las amenazas más graves que cuando además ponen una condición pueden constituir los medios coactivos a los que hace referencia el artículo 119 si la condición es sexual; o el artículo 168 si la condición es económica, eso por seguir con los ejemplos anteriormente citados. También puede tratarse de una coacción del 149 bis segundo párrafo o finalmente de una amenaza simple del 149 bis primer párrafo. Ahora bien, cuando la amenaza, aun siendo penalmente-relevante, no cumple con los requisitos que deben exigirse para ser un medio coactivo o típica de coacciones no necesariamente estaríamos ante una conducta atípica, sino que por el contrario podría tratarse de un delito de amenazas simples que se convierte de ese modo en un tipo residual o de recogida[26].

4. La conclusión a la que se podría llegar, si el razonamiento anterior fuese correcto, es que existen en la legislación penal argentina y en concreto en la aplicable en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tres velocidades o niveles de amenaza. A saber, a. las amenazas más relevantes que pueden dar lugar a delitos donde se las exige como medios coactivos -delitos sexuales, extorsión y coacciones-, o como amenazas simples en sí mismas; b. amenazas que no cumplen los requisitos de las anteriores pero que de modo residual pueden ser imputadas como amenazas simples del 149 bis; y finalmente, c. amenazas o intimidaciones que no llegan a cumplir los requisitos mínimos como para ser relevantes en ámbito penal, pero sí en el contravencional pudiendo ser castigadas como intimidaciones o como hostigamientos “de modo amenazante”.

Claro que existe una cuarta velocidad, aunque extraña al Derecho penal y contravencional, integrado por las amenazas -en sentido coloquial- sin relevancia jurídica.

b. La estructura típica de la contravención del art. 52 Cód. Contravencional CABA

1. El art. 52 del Código de Contravenciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires describe tres acciones claramente diferentes entre sí. A saber, la acción de intimidar; la acción de hostigar -de modo amenazante- y la acción de maltratar físicamente[27].

2. El análisis de la contravención de maltrato físico es interesante fundamentalmente para construir su límite con el delito de lesiones y la contravención de pelea, pero no será analizada en este trabajo[28].

Por su parte, las contravenciones de intimidación y, muy especialmente, la de hostigamiento -de modo amenazante- presentan interesantes puntos de análisis dogmático y requieren de un esfuerzo interpretativo para distinguirlas de la figura de las amenazas del art. 149 bis del Cód Penal[29].

3. El objetivo nuclear del trabajo es, justamente, analizar este segundo aspecto intentando aportar algo de luz a los límites entre la figura del hostigamiento del Código de Contravenciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el delito de amenazas tipificado en el Código penal argentino.

i. Problemas de interpretación de la figura

1. La propia configuración del tipo de la figura del art. 52 del Cc presenta algunos puntos complejos para su interpretación. Entre ellos, es quizás el más relevante el de la amplitud de la regulación de las conductas típicas[30] y ello, en particular, por la inclusión de la expresión «de modo amenazante» para el hostigamiento[31].

La primera lectura de la figura lleva rápidamente a sostener que las posibles conductas de hostigamiento serán absorbidas por el tipo penal de amenazas, y ello es así porque cualquier conducta destinada a alarmar o amedrentar a una persona, como claramente establece el art. 149 bis de Cp, es delito de amenaza y ya no una mera contravención[32].

2. La primera conclusión en este sentido debe necesariamente ser que la regulación actual del art. 52 de Cc es inadecuada y requiere de una inmediata modificación que excluya del tipo la expresión «de modo amenazante». Con tal medida se facilitaría, por una parte la construcción del límite necesario entre la figura del hostigamiento y la figura de las amenazas, en definitiva se ayudaría a la determinación, en este contexto, entre delitos y contravenciones. Y por otra parte, tendría mayor sentido la existencia de la acción de intimidar como acción distinta a la de hostigar.

Mientras la inclusión exista, el esfuerzo interpretativo pasa por determinar cuándo una conducta de hostigamiento lo es de modo amenazante, sin llegar a generar alarma o amedrantamiento en el sujeto pasivo que posicione la conducta en el ámbito de las amenazas típicas del Cp. Ello es así, porque como claramente sostiene Martín la figura en estudio se construye sobre un requisito positivo -que el hostigamiento sea de modo amenazante- y un requisito negativo -que la conducta no constituya delito de amenazas del art. 149 bis del Cp-[33].

3. La dogmática penal, más allá de las propuestas de lege ferenda, está obligada a ofrecer la interpretación más razonable y justa de los preceptos. Esa es, de hecho, su función principal. En ese sentido, corresponde interpretar la contravención de hostigamiento a la luz del sistema sancionatorio en su conjunto de modo tal de distinguirla del delito de amenazas del Cp y con ello delimitar su ámbito de aplicación.

ii. La correcta interpretación del delito de amenazas del art. 149 bis Cód. Penal y su relación con la contravención del art. 52 de Cód. Contravencional CABA

1. El delito de amenazas del primer párrafo del art. 149 bis del Cód. Penal es un delito de carácter formal, es decir que se configura la conducta típica con el uso mismo de las

amenazas[34]. Pues bien, de allí puede extraerse que el mal anunciado constituye en el delito de amenazas un fin en sí mismo[35].

2. Los delitos dolosos de comisión pueden ser clasificados en dos subgrupos, a saber, aquellos en los que el sujeto activo actúa «contra» el sujeto pasivo y aquellos en los cuales, por el contrario, actúa «con» el sujeto pasivo[36]. En otras palabras, las formas de autoría se dividen en tipificaciones de autoría inmediata o directa, cuando el actuar «contra la voluntad de la víctima» pertenece ya conceptualmente al tipo objetivo; y tipificaciones de autoría mediata o indirecta, cuando el tipo objetivo requiere actuar «con la voluntad de la víctima»[37].

A saber, representan ejemplos de tipificaciones de autoría inmediata el delito de hurto, el delito de violación de domicilio, el delito de homicidio; mientras que constituyen ejemplos de tipificación de autoría mediata el delito de estafa, el delito de chantaje, el delito de extorsión[38]. Según Aguirre Obarrio en los delitos realizados con la voluntad de la víctima el sujeto activo pretende que otra persona, la víctima, realice una acción, es decir que «el delincuente obra para motivar a otra persona»[39].

El tipo penal de amenazas del primer párrafo del art. 149 bis Cód. Penal describe conductas en las que el autor poniendo en perspectiva un mal actúa «contra la voluntad del sujeto pasivo» con la intención o dolo directo de amedrentarlo o alarmarlo[40]. Esto significa que la víctima -aunque no de modo central como en el delito de coacciones- asume un rol importante en el estudio de la construcción típica de esta clase de conductas. Ahora bien, ello no significa tomar necesariamente en consideración las especiales características o debilidades de la víctima. Por el contrario, partir desde la perspectiva de la víctima implica analizar la situación objetiva en la cual el sujeto pasivo se encuentra y valorar sus propios aportes para la comisión del hecho[41].

3. Analizar los tipos a la luz de los aportes de la víctima implica sostener que en el delito de coacciones el sujeto pasivo está en una situación de necesidad[42], mientras que en el delito de amenazas sujeto pasivo está en una situación de metus[43]. Ello es así porque en el delito de amenazas el sujeto pasivo es colocado en una situación de miedo generada por la actuación que «en su contra» aportó el sujeto activo; mientras que en las coacciones, la actuación «con la voluntad del sujeto pasivo» puede fácilmente vislumbrarse desde la situación de necesidad generada por la amenaza del autor que obliga a la víctima a elegir entre dos males[44].

En ese sentido, lo que se tipifica en el delito de amenazas no es el uso propiamente de la amenaza sino más bien la situación de miedo o temor que a futuro limita la libertad del proceso de deliberación del sujeto pasivo. Mientras que, por su parte, en las coacciones, que se tipifican para evitar posibles limitaciones de la libertad de ejecutar decisiones, tampoco se tipifica el uso de amenazas, sino que por el contrario se reprime el simple hecho de colocar a un sujeto en una «situación de necesidad»[45].

4. La contravención de hostigamiento, de igual modo que el delito de amenazas, describe conductas en las que el autor poniendo en perspectiva un mal -intimidando- u hostigando de modo amenazante o maltratando físicamente actúa «contra la voluntad del sujeto pasivo».

El hecho de que las amenazas del Cód. Penal y los hostigamientos del Cc pertenezcan a la misma constelación de casos hace inaplicable la posible distinción entre acciones realizadas “con” y “contra” la víctima como criterios de diferenciación de las conductas[46]. Sin embargo, vuelve a resaltar la validez de la propuesta como criterio de distinción de la amenazas con las coacciones, como también de la contravención en estudio y las coacciones o los tipos penales que requieren medios coactivos sobre los ya se hizo referencia.

5. La distinción debe necesariamente construirse entonces a partir de criterios objetivos que expliquen la alarma y amedrentamiento -necesarios en el delito de amenazas- y el modo amenazante de realización del hostigamiento o la intimidación -necesarios en la contravención correspondiente-.

El análisis de la jurisprudencia del fuero Criminal y Correccional de la Ciudad de Buenos Aires, como claramente sostiene Martín, ha venido procurando limitar las conductas típicas de amenazas para aquellos casos de cierta entidad, no siendo suficiente cualquier anuncio de sufrir un mal futuro[47].

Sin embargo, al mismo tiempo la acción de hostigar viene, por decirlo de alguna manera, adjetivada[48]. A saber, no puede tratarse de cualquier clase de hostigamiento sino que por el contrario se requiere que sea ejecutado de “un modo amenazante”[49].

La doctrina tradicional venía, en general, haciendo referencias a la expresión hostigar como la acción de molestar, perseguir o acosar a una persona[50]. También se sostenía que se trataba de acciones tendientes a generar molestias o temores e incidir en la realización de acciones futuras, con la particularidad de que debe tratarse de «conductas agresivas que generen intranquilidad»[51].

La doctrina que con más detenimiento se ha ocupado de la figura del hostigamiento parece haber encontrado un camino de solución recurriendo a sinónimos de la expresión “hostigamiento” y en particular recurriendo a la expresión “acoso”. En esa lógica han explicado el hostigamiento por la sistematicidad, reiteración, frecuencia e insistencia de las acciones; definiéndolo como «una pluralidad de conductas de diversa naturaleza a través de las que se persigue y fatiga a una persona, ocasionándole molestias o trabajos»[52].

Ahora bien, el Diccionario de la RAE define la acción de hostigar como la conducta de «molestar a alguien o burlarse de él insistentemente», sin mención alguna a la acción de “acosar”. Si bien es cierto que otros diccionarios de habla hispana presentan la expresión “hostigamiento” como sinónimo de “acoso”, entiendo que es iniciar un camino por la tangente explicar un concepto a la luz del desarrollo dogmático de otro que tiene diferencias significativas. A tal punto ello es así que el “acoso” tanto en materia sexual como laboral ha sido regulado como delito en varios ordenamientos jurídicos; mientras que el hostigamiento, como tal, es una acción discutida -por su bajo grado de lesividad- en el propio contexto de las contravenciones.

6. Ahora bien, a esta altura del análisis puede afirmarse que la acción de hostigar y el modo amenazante en que debe realizarse corresponden a dos niveles de análisis diferente. Por una parte está la acción y por otra el adjetivo que la regulación exige de dicha acción; a saber, que sea amenazante.

Este tema es especialmente importante a la luz de cierta jurisprudencia que venía sosteniendo la necesidad de dos acciones[53]. Por una parte la acción de hostigar y por otra la acción de amenazar. Esta postura de la jurisprudencia fue fuertemente criticada sosteniendo, por una parte que el tipo exigía solo la acción de hostigar de modo amenazante y por otra afirmando que si se daban las dos acciones, al existir amenazas la conducta caería necesariamente en el delito del 149 bis del Cp perdiendo aplicabilidad la contravención de hostigamiento[54].

Sin embargo, compartiendo el primer aspecto, creo que no es correcta la consideración de que en todos aquellos casos que exista la acción de amenazar se estará automáticamente en presencia del tipo del art. 149 bis del Cód. Penal. Existen amenazas -puesta en perspectiva de un mal- típicas y atípicas del delito de amenazas propiamente dichas, siendo estas últimas acciones que podrían adherirse a la acción de hostigar.

Pongamos un ejemplo, Juan insulta constantemente a Pedro, ambos compañeros de trabajo de igual jerarquía, y le anuncia que se quedará sin empleo si no le cubre sus guardias. Sistemáticamente y de modo semanal le hace el mismo planteo. Está claro que el anuncio del mal -despido- es una amenaza que Juan le profiere a Pedro; sin embargo, no se trata de una amenaza típica toda vez que no es Juan la persona formalmente legitimada para realizar dicho despido. Ello no significa que no se trate de una amenaza, sino que se trata de una amenaza atípica a la luz del art. 149 bis Cód. Penal.

7. Parte de la doctrina que explicaba la acción de hostigar a la luz del concepto de acoso y de la sistematicidad, reiteración, frecuencia e insistencia de las acciones vuelve a recurrir al mismo criterio para explicar el adjetivo «de modo amenazante». A saber, apelando en este caso a la figura española de los malos tratos se recurre a la reiteración y frecuencia de los sucesos como elementos para determinar la seriedad y fuerza amenazante con respecto al bien jurídico[55].

Sin embargo, hasta donde alcanzo a ver, si se recurre a la frecuencia y reiteración de las acciones para construir la existencia de “hostigamiento”, no resulta razonable volver a los mismos elementos para demostrar que éste fue de modo amenazante. A saber, la frecuencia y reiteración sirven para probar que hubo hostigamiento o, en su defecto, para probar que éste fue amenazante; pero nunca para demostrar ambas cosas.

8. La acción de hostigar es de modo amenazante cuando pone en perspectiva un mal[56] y en ese punto, no se distingue de las amenazas propiamente dichas[57]. En general la acción de hostigar se realizara a través de acciones sistemáticas, frecuentes y repetidas en el tiempo; mientras que la amenaza se realizará en un solo acto poniendo en perspectiva la realización de un mal en el futuro. Pero nada impide que un hostigamiento se pueda realizar mediante una sola acción o una amenaza a través de varias acciones.

El criterio de distinción entre modo amenazante y amenazada propiamente dicha debe extraerse de la propia redacción de la figura del art. 52 Cód. Contravencional. Pues allí se expresa claramente que el hecho será hostigamiento «siempre que no constituya delito». Ello significa que el hostigamiento es de modo amenazante cuando se concreta mediante amenazas -expresas o tácitas- que no pueden ser encuadradas en la figura del art. 149 bis. A saber, cuando el mal puesto en perspectiva no es de suficiente gravedad, cuando el mal es de imposible cumplimiento -tanto física como jurídicamente-, cuando la realización del

mal no depende de la voluntad del que amenaza, o incluso cuando el “mal” es justo[58]. En este último caso se piensa por ejemplo en aquellos supuestos en que el autor molesta insistentemente a la víctima con iniciarle acciones legales a las que tiene derecho pero que nunca se concretan.

Por ejemplo, el propietario que ante la falta de pago del alquiler hostiga mediante insultos y malos tratos sistemáticamente con la amenaza de iniciar una acción de desalojo al inquilino, mal que finalmente nunca se concreta.

Ello es así porque el precepto legal, al exigir el modo amenazante, requiere la existencia de “temor” en el ánimo del sujeto pasivo[59]. Dicho temor sólo puede darse en el hostigamiento cuando se está en presencia de molestias graves.

Dicho esto surge como consecuencia necesaria la determinación de los criterios de decisión sobre la gravedad de las molestias. Es decir, quien y como determina si una acción concreta de molestar es lo suficientemente grave como para ser considerada una acción de hostigar a la luz del art. 52 Cc, sin superar los límites de gravedad que podrían, en su caso, llevarla a encuadrar en el delito de amenazas.

La jurisprudencia, como generalmente ocurre, parece inclinarse por la realización de un juicio de valor desde la postura de un sujeto imparcial[60]. Este criterio ha sido extraído a partir de una reinterpretación poco fiel de la idea original de Schafftein para determinar el peligro en las situaciones de posible estado de necesidad[61]. Creo sin embargo que este criterio puede mejorarse recurriendo a otras estructuras del Derecho penal pero que exceden el contenido de este trabajo[62].

VI. Reflexiones finales [\[arriba\]](#)

1. La redacción actual de la figura del hostigamiento del art. 52 de Cód. Contravencional de CABA requiere de una pronta reforma. En ese contexto corresponde, en primer lugar, determinar con mucha mayor claridad cuál es el bien jurídico que se pretende proteger con la tipificación del hostigamiento como contravención.

En segundo lugar, para que el tipo permita incluir conductas generales de hostigamiento y no se solape con conductas de mayor gravedad que podrían, en su caso, ser encuadradas en el delito de amenazas del art. 149 bis del Cód. Penal es necesario quitar de la regulación la exigencia «de modo amenazante». Ello también ayudaría a distinguir la acción de intimidar de la acción de hostigar reguladas en el mismo precepto. Todo ello independientemente de la propuesta de interpretación que se plantea en este trabajo hasta que la figura sea reformada.

En tercer lugar, conviene una redacción donde el hostigamiento y la intimidación se distingan del maltrato físico. Éste último está llamado a proteger un bien jurídico claramente distinto, partiendo de la idea de que no se comparte la ampliación de la integridad física abarcando en ella tanto salud física como psíquica.

2. El límite legislativo entre las amenazas y el hostigamiento puede construirse a partir de dos opciones.

La primera opción, de reforma a nivel local, es quitar “el modo amenazante” de la figura del hostigamiento; mientras que la segunda opción, de reforma a nivel Nacional, es agregar adjetivos a la amenaza -en particular al mal puesto en perspectiva en ella- del 149 bis del Cód. Penal. Si bien la jurisprudencia ha construido un sistema restrictivo de las amenazas típicas[63] exigiendo, entre otras cosas que la amenaza sea un mal determinado, grave, injusto, futuro, posible y dependiente de la voluntad de quien lo pone en perspectiva es necesaria mayor precisión ya desde la propia técnica legislativa, fundamentalmente, en la exigencia de gravedad[64].

Ello se ve claramente a la luz del Derecho comparado. A saber, por poner sólo dos ejemplos, el Cód. Penal español de 1995 al regular las amenazas en su art. 169 exige que el mal puesto en perspectiva sea constitutivo de delito, y no de cualquier clase de delito sino de aquellos que expresamente y numerus clausus describe en el propio tipo objetivo. Por su parte el StGB en §241 prevé la necesidad de la amenaza “... con la comisión de un crimen dirigido contra él o contra una persona cercana a él...”.

Esta segunda opción, de reforma a nivel del Cód. Penal permitiría, restringiendo las amenazas típicas, ampliar el ámbito de aplicación del hostigamiento -de modo amenazante-

Ambos caminos son posibles, pero lo que es seguro es que la sistemática del sistema sancionatorio de las situaciones intimidatorias producidas en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires hoy es difícilmente explicable.

3. La contravención del art. 52 del Código Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires regula tres acciones distintas. A saber, la de intimidar, hostigar de modo amenazante y la de maltratar físicamente.

4. La acción de intimidar sólo puede realizarse a través de una amenaza, pues entre ambas existe una relación de causa a efecto.

La intimidación entendida como efecto psicológico -temor, miedo, amedrentamiento, etc.- producido en el sujeto pasivo debe necesariamente generarse a través de una amenaza. Es decir, entre amenaza e intimidación existe una relación causal -amenaza (causa) e intimidación (efecto)-[65].

Sólo puede intimidarse a través de amenazas que no constituyan por sí mismas un delito del art. 149 bis del Cód. Penal.

5. Hostigar -de modo amenazante- se parece y mucho a intimidar. Estas conductas se dan en general cuando hay repetición de acciones -hostigamiento- con puesta en perspectiva de males -de modo amenazante-. Ahora bien, el modo amenazante solo puede darse a través de amenazas, que al igual que en el caso de la conducta de intimidar, no deben constituir por sí mismas un delito del art. 149 bis del Cód. Penal.

6. Por lo tanto sólo puede ser hostigamiento, a la luz de regulación legal vigente, las acciones donde se pongan en perspectivas males que, por no cumplir con algunos de los

requisitos -de momento jurisprudencial y doctrinalmente exigidos- no se pueda estar en presencia de un delito de amenazas.

Bibliografía

Aguirre Obarrio, Eduardo, El delito de chantaje, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

Antolisei, Francesco, Manuale di Diritto penale. Parte Speciale-I, 13 ed. a cargo de Luigi Conti, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1999.

Bacigalupo, Enrique, Estudios sobre la parte especial del Derecho penal, 2ª ed., Akal, Madrid, 1994.

Blanke, Nikolas, Das qualifizierte Nötigungsmittel der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Gafahrbegriffs des Strafgesetzbuches, Duncker & Humblot, Berlin, 2006.

Cavaliere, Carla/ Buján, Javier, Derecho contravencional y procedimiento, Ábaco, Buenos Aires, 2003.

Cevasco, Luis/ Fernández, Walter, Derecho contravencional de la Ciudad de Buenos Aires, Di Placido, Buenos Aires, 2000.

Cianciardo, Juan, «Los límites del sistema normativo», en Revista de Derecho, Universidad de Piura, vol. 5, (2004), pp. 421-451.

Corral Talciani, Hernán, Cómo hacer un tesis en Derecho. Curso de metodología a la investigación jurídica, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.

Frisch, Wolfgang, Comportamiento típico e imputación del resultado, (trad. Joaquín Cuello Contreras/ José Luís Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

Gimbernat Ordeig, Enrique, «Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria», en Gimbernat Ordeig, Enrique, Estudios de Derecho penal, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 287-305. También en ADPCP, (1969), fascículo 3, pp. 489-509.

Gimbernat Ordeig, Enrique, Problemas actuales de Derecho penal y procesal, Salamanca, 1971.

González Guerra, Carlos M., «“¿Coacción, amenaza o libertad?”. Una propuesta de distinción entre los tipos penales de amenazas y coacciones», en Revista de Derecho penal y Procesal penal, Lexis Nexis, núm. 2/2007 Febrero, pp. 213-226.

Allanar la voluntad. Delimitación de la intimidación como medio coactivo en los delitos sexuales. Tesis Doctoral-UPF- Barcelona, 2011 (en prensa).

Hervada, Javier, Introducción crítica al derecho natural, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2008.

Larenz, Karl, Metodología de la Ciencia del Derecho, (trad. Marcelino Rodríguez Molinero), 2da edición española de la 4ta alemana, editorial Ariel, Barcelona, 1994.

Mañalich, Juan P., Nötigung und Verantwortung. Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff in Strafrecht, Nomos, Bonn, 2009.

Martín, Adrián N., «El tipo contravencional “Hostigar de modo amenazante” (Algunas notas sobre su interpretación, aplicabilidad y diferenciación respecto del delito de amenazas)», en Delitos, contravenciones y faltas de la ciudad de Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, (2005),pp. 93-121.

Martínez Doral, José M. La estructura del conocimiento jurídico, Universidad de Navarra, Pamplona, 1963

Montiel, Juan Pablo / Ramírez Ludeña, Lorena, «De camareros estudiantes de biología a jueces biólogos. A propósito de la sentencia del BGH sobre los hongos alucinógenos y la deferencia a los expertos en el ámbito penal», en InDret, enero 2010, pp. 1-27.

Orrego Sánchez, Cristóbal, «Presentación», en Javier Hervada, Introducción crítica al derecho natural, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2008.

Riggi, Eduardo J., Interpretación y ley penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley, Atelier, Barcelona, 2010.

Robles Planas, Ricardo, «Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal» en Andrew von Hirsch/ Kurt Seelman/ Wolfgang Wohlers/ Ricardo Robles Planas, Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 19-47.

Romero, Gladis, El tipo de interpretación del delito de estafa, Fabián di Plácido, Buenos Aires, 1999.

Romero, Gladis, El delito de estafa, Hammurabi, Buenos Aires, 1998.

Roxin, Claus, Derecho penal. Parte general, tomo I, (trad. Diego Manuel Luzón Peña/ Miguel Díaz y García Conlledo/ Javier Vicente Remesal), Cívitas, Madrid, reimpresión 2001.

Silva Sánchez, Jesús María, Tiempos de Derecho penal, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2009.

-; «La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas», en Eduardo Montealegre Lynett/ José A. Caro John (Ed.), El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo.

Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 201-213.

-; «¡Hay jueces en Berlín! (y en Karlsruhe)», en Indret, núm. 1, 2007.

-; «Sobre la «interpretación» teleológica en Derecho penal», en Miguel Díaz y García Conlledo/ Juan A. García Amado, Estudios de filosofía del Derecho penal, Bogotá, 2006, pp. 365-395.

Suay Hernández, Celia «Ausencia de consentimiento e intimidación en el delito de violación», en LL, (1992-1), pp. 1062-1077.

Vázquez, Marcelo/ Aboso, Gustavo, Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 1999.

von Hirsch, Andrew / Seelman, Kurt/ Wohlers, Wolfgang / Robles Planas, Ricardo, Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo, Atelier, Barcelona, 2012.

* Abogado UBA. Doctor en Derecho penal y Ciencias penales por la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona-España), Profesor Asociado a tiempo completo de la Universidad Austral; Vicedecano de la Facultad de Derecho y Director Ejecutivo de la Maestría en Derecho penal de la misma universidad.

Este trabajo se corresponde, en parte, con las clases que tuve oportunidad de dictar en el contexto del «Programa de Aproximación a la Justicia Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires» en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal -2010, 2011 y 2012-. Muchas de las ideas que aquí se plasman fueron discutidas y confrontadas con los asistentes a ese programa. A ellos y a mi buen amigo y colega Eduardo Javier Riggi, organizador y director del programa, mi especial agradecimiento.

[1] Enrique Gimbernat Ordeig, Problemas actuales de Derecho penal y procesal, Salamanca, 1971, p. 106. Es interesante recordar que estas palabras del profesor español que ponen de manifiesto las ventajas del pensamiento dogmático han sido citadas por el propio Claus Roxin, Derecho penal. Parte general, tomo I, (trad. Diego Manuel Luzón Peña/ Miguel Díaz y García Conlledo/ Javier Vicente Remesal), Civitas, Madrid, reimpresión 2001, §7, p. 207 (marg. 31).

[2] La doctrina penal mayoritaria, con buen criterio, considera inadecuado hablar de lagunas de punibilidad, toda vez que los principios de legalidad y reserva como puntos de referencia indiscutible del Derecho penal moderno llevan a sostener que en él no existen lagunas y, en su caso, si existe interés político criminal en perseguir determinadas conductas ello debe realizarse desde la propia legislación penal mediante su incorporación expresa. Sin embargo, a la luz de las necesidades político-criminales no es incorrecto recurrir a esa expresión. Con detalle sobre las lagunas de punibilidad y la interpretación de la ley vid., el profundo trabajo, Eduardo J. Riggi, Interpretación y ley penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley, Atelier, Barcelona, 2010.

- [3] Cristóbal Orrego Sánchez, «Presentación», en Javier Hervada, Introducción crítica al derecho natural, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2008, pp. 17 ss.
- [4] Hernán Corral Talciani, Cómo hacer un tesis en Derecho. Curso de metodología a la investigación jurídica, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 85. El conocimiento científico en Derecho ha sido presentado por José M. Martínez Doral, La estructura del conocimiento jurídico, Universidad de Navarra, Pamplona, 1963, pp. 42 y ss en tres niveles, a saber, a) el conocimiento prudencial, b) el conocimiento científico y c) el filosófico. Especialmente claro sobre los niveles del conocimiento jurídico, Hervada, Introducción..., op. cit.
- [5] Cfr., entre otros, Karl Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho, (trad. Marcelino Rodríguez Molinero), 2da edición española de la 4ta alemana, editorial Ariel, Barcelona, 1994.p. 235; Martínez Doral, La estructura..., p. 128; Corral Talciani, Cómo hacer..., p. 83.
- [6] Wolfgang Frisch, Comportamiento típico e imputación del resultado, (trad. Joaquín Cuello Contreras / José Luis Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 175 al desarrollar la temática de las conductas que posibilitan autodaños de personas responsables -en concreto en aquellos ámbitos donde la víctima tiene margen de libertad- sostiene gráficamente que «...proteger a personas de las consecuencias de sus propias actividades peligrosas, prohibiendo a terceros determinadas acciones posibilitadoras o favorecedoras, conduce a no respetar la libertad de desarrollarse de la víctima que se trata de proteger y se manifiesta frente a una persona responsable como una tutela imposible de plantear».
- [7] Cfr., explicando sencillamente esta metodología, en otros, Righi, Derecho penal..., p. 177.
- [8] Cfr. Jesús María Silva Sánchez, La expansión del Derecho penal. Aspecto de la Política Criminal en las sociedad posindustriales, 3ra ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2011.
- [9] Mucho se ha dicho sobre la necesidad de la dogmática penal, entre todas esas afirmaciones me resulta especialmente interesante la de Silva Sánchez, Tiempos de Derecho penal, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2009, pp. 28 y 29 «La subsistencia de la dogmática (...) se halla íntimamente ligada a la concepción de ésta como una disciplina que tiene que ver con la construcción, reconstrucción y sistematización de reglas para llevar a cabo una imputación de responsabilidad penal conforme a Derecho, segura e igualitaria».
- [10] La frase pertenece al Juez de la Corte Suprema de los EEUU, Antonin Gregory Scalia, «The rule of law as a law of rule», University of Chicago Law Review, (1989), p. 1179.
- [11] Entrevista a Robert Alexy, «Sobre reglas y principios», en La Ley -Argentina- (30 de octubre 2008), (traducción de Pilar Zambrano), pp. 1-3.
- [12] En ese sentido, Jesús María Silva Sánchez, «La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas», en Eduardo Montealegre Lynett/ José A. Caro John (Ed.), El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 201-206 sostiene que «La garantía derivada de la obtención de usos aplicativos estables en el ámbito judicial y, consiguientemente, de sentencias previsibles, se convierte, entonces, en lo esencial».
- [13] Ricardo Robles Planas, «Introducción a la edición española. Dogmática de los límites al Derecho penal» en Andrew von Hirsch/ Kurt Seelman/ Wolfgang Wohlers/ Ricardo Robles Planas, Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 19-22.
- [14] Jesús María Silva Sánchez, «¡Hay jueces en Berlín! (y en Karlsruhe)», en Indret, núm. 1, 2007.
- [15] Cfr. Lothar Kuhlen, La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales, (trad. Nuria Pastor Muñoz), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012.
- [16] Kuhlen, La interpretación conforme..., p. 99 no ve riesgo en desarrollo admisible del

Derecho siempre que el mismo «... no infrinja ni el sentido literal ni una decisión legislativa claramente reconocible».

[17] Kuhlen, La interpretación conforme..., p. 143.

[18] Sobre este tema, en detalle, Andrew von Hirsch/ Kurt Seelman/ Wolfgang Wohlers/ Ricardo Robles Planas, Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo, Atelier, Barcelona, 2012, con especial caridad, vid. el prólogo a dicha obra de Jesús María Silva Sánchez, p. 14

[19] Juan Pablo Montiel/ Lorena Ramírez Ludeña, «De camareros estudiantes de biología a jueces biólogos. A propósito de la sentencia del BGH sobre los hongos alucinógenos y la deferencia a los expertos en el ámbito penal», en InDret, enero 2010, pp. 1-8 y 9.

[20] Con la misma crítica cfr. Martín, «El tipo contravencional...», pp. 93-97.

[21] Martín, «El tipo contravencional...», pp. 93-109.

[22] Cfr. Martín, «El tipo contravencional...», pp. 93-121.

[23] Martín, «El tipo contravencional...», pp. 93-109 y ss.

[24] Cfr. Carlos M. González Guerra, «¿Coacción, amenaza o libertad?». Una propuesta de distinción entre los tipos penales de amenazas y coacciones», en Revista de Derecho penal y Procesal penal, Lexis Nexis, núm. 2/2007 Febrero, pp. 213-226.

[25] Existe en la doctrina un interesante debate -sobre el que no podremos detenernos aquí- con respecto a los conceptos de amenaza e intimidación y especial sobre si ellos son sinónimos o si por el contrario hacen referencia a conductas diferentes. A saber, si la amenaza es la causa -analizando la conducta del autor- y la intimidación el efecto -analizando la reacción producida en la víctima-. Sobre este tema, vid., entre otros en la discusión española, Celia Suay Hernández, «Ausencia de consentimiento e intimidación en el delito de violación», en LL, (1992-1), pp. 1062-1077.

[26] Sobre los requisitos que deben cumplir la amenaza y en especial sobre el carácter grave de la misma para adquirir relevancia jurídico-penal como medio coactivo vid., entre otros, Carlos M. González Guerra, Allandar la voluntad. Delimitación de la intimidación como medio coactivo en los delitos sexuales. Tesis Doctoral-UPF- Barcelona, 2011 (en prensa).

[27] En ese sentido también la jurisprudencia, Cámara Penal, Contravencional y de Faltas, sala I, “M., J. A. s/inf. art. 52”, de 20 de abril de 2010; Cámara Penal, Contravencional y de faltas, sala I, “Silva Antunez, Omar s/inf. art. 52”, de 25 de agosto de 2006.

[28] En igual sentido, Martín, «El tipo contravencional...», pp. 93-121.

[29] La similitud de la descripción típica de la contravención de hostigamiento y el delito de amenazas ha traído importantes problemas de competencia en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a modo de ejemplo, vid. Cámara Penal, Contravencional y de Faltas, sala I, “Soca Cáseres, Ruben William. s/inf. art. 52”, de 27 de diciembre de 2010.

[30] Eso ya había sido puesto de manifiesto por algunos de los legisladores de 2004. En ese sentido, resultan gráficas las palabras de la diputada Polimeni citadas por Adrián N. Martín, «El tipo contravencional...», pp. 93-96-97 «... quiero dejar sentada mi preocupación respecto de que (...) los conceptos de “hostigar”, “maltratar” e “intimidar” queden al criterio interpretativo de la autoridad competente. Reitero: quiero dejar sentada mi preocupación porque estos conceptos son bastante amplios y pueden llegar a generar inconvenientes».

[31] En este sentido, Martín, «El tipo contravencional...», pp. 93-97.

[32] En esa línea, Luis Cevasco/ Walter Fernández, Derecho contravencional de la Ciudad de Buenos Aires, Di Placido, Buenos Aires, 2000, p. 122.

[33] Martín, «El tipo contravencional...», pp. 93-98 y 99.

[34] En este sentido, cfr. Soler, p. 82. En este sentido, aunque diferenciando el carácter formal del delito de amenaza, sostiene Francesco Antolisei, Manuale di Diritto penale. Parte Speciale-I, 13 ed. a cargo de Luigi Conti, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1999, p. 143 (nota 170) que para buena parte de la jurisprudencia italiana «Nel senso que la violenza privata

importa un evento di danno (l'essersi l'altrui volontà estrinsecata in un comportamento coartato), laddove basta alla minaccia un "evento di pericolo inmanente alla stessa azione"».

[35] Mientras que en el delito de coacciones el mal anunciado (amenaza) no es más que un medio con el que se pretende un fin más amplio; a saber, obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo en contra de su voluntad.

[36] En profundidad sobre este tema vid., por todos, González Guerra, «"¿Coacción, amenaza o libertad?"...», op.cit. Wolfgang Frisch, Comportamiento típico e imputación del resultado, (trad. Joaquín Cuello Contreras/ José Luís Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 165 y ss. se refiere al grupo de casos de delitos de actuación "con la víctima" como conductas de "autodaño".

[37] Este planteo pertenece a Urs Kindhäuser, La estafa como autoría mediata tipificada, trad. de Jorge F. Perdomo Torres, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, quien explica el delito de estafa del StGB equiparando la conducta del estafador con la de un autor mediato que utiliza a la víctima como instrumento (por engaño) contra sí misma.

[38] Las notables similitudes estructurales entre el delito de estafa y el delito de chantaje han sido claramente puesta de manifiesto en nuestro país por Eduardo Aguirre Obarrio El delito de chantaje, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, p. 86:

«... el estafador es una suerte de psicólogo práctico y de acuerdo con las condiciones con que él tenga para urdir trampas, seleccionará el tipo de persona que puede ser capaz de caer en ellas (...) El chantajista está en una situación parecida. Pero se diferencia del estafador en que, en lugar de serenidad para ocultar sus propósitos, tiene que manifestarlos convincentemente (...) Él también precisa saber algo de la mente de la víctima. Más no tanto de su credibilidad y avidez (que interesan al estafador) como de sus miedos, de la forma de reaccionar ante ellos y de su resistencia frente a las amenazas, que no son de tipo físico, como las hay en las extorsiones comunes y pueden darse en los robos, sino de males concernientes al honor o a los secretos de la víctima, en cuanto sean susceptibles de afectar su relación con determinadas personas o grupos cuyo trato y opinión sólo a ella le interesan» (el destacado me pertenece).

[39] Cfr. Aguirre Obarrio El delito..., pp. 261 y ss. § 3.13.

[40] Desde una perspectiva completamente diferente el tipo penal de coacciones del segundo párrafo del art. 149 bis describe conductas en la que el autor actúa «con la voluntad de la víctima» con la intención o dolo directo de que realice u omita un acción determinada.

[41] C2ªCrim. de Santa Rosa, 11/041997, "J. E. G.", c. 126/95 JPBA, t. 100, p. 71 y Donna, El Código penal..., p. 751: «La idoneidad de la coacción (art. 149 bis, segundo párrafo del Código penal) debe ser medida en sí misma en relación abstracta con el hombre común; no siendo indispensable que sea precisamente aquel a quien se haya dirigido se haya alarmado».

[42] Hruschka, «La coacción...», pp. 197-199: «Coacción es (...) siempre el empleo de un medio coactivo que lleva al coaccionado a una situación de necesidad con la que se causa la correspondiente reacción o que al menos debe poder causarla». La equiparación entre coacción y Necessitation ya había sido desarrollada por Kant en su Metafísica de las costumbre, AA, vol. VI, 1. 12-15.

[43] González Guerra, «"¿Coacción, amenaza o libertad?"...», pp.

[44] En ese sentido puede resultar claro el esquema del delito de coacción propuesto por Hruschka, «La coacción...», pp. 197-200 a la luz del §240 párrafo 1 del StGB «La característica decisiva de la coacción es (...) la relación final (objetiva o al menos tenida en cuenta por la intención del autor) entre la acción coactiva, la situación de necesidad surgida de la acción coactiva y la reacción del coaccionado que surge de la situación de necesidad».

[45] Sin llegar a plantear directamente que la víctima de un delito de coacciones se halla en una situación de necesidad Jakobs, pp. 461-461 sostiene que: «en el ámbito de las coacciones cometidas por medio de amenazas que hayan surtido efecto, el comportamiento consistente en ceder sigue siendo ciertamente un comportamiento voluntario de la víctima, pero ésta incluye en su planificación la resistencia del autor y, teniendo en cuenta la amenaza, intenta salvar la mayor libertad posible en términos relativos».

También en el contexto del delito de extorsión ha planteado Joachim Hruschka, «La conducta de la víctima como clave para un sistema de los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción», (trad. de Pablo Sánchez-Ostiz), en Joachim Hruschka, Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación, Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 219-219 que «Comparando los elementos de la extorsión con los del tipo de estafa, aquella consiste en el empleo de violencia o amenaza de un mal relevante, en virtud de las cuales el afectado se ve en una situación de necesidad, ante la que lleva a cabo un acto de disposición patrimonial experimentando así un perjuicio patrimonial».

[46] Con detalle sobre este criterio para la distinción del delito de coacciones y el delito de amenazas González Guerra, «“¿Coacción, amenaza o libertad?”...», op. cit.

[47] Martín, «El tipo contravencional...», pp. 93-101. También la jurisprudencia mantiene esta línea argumental, entre otras, Cámara Pena, Contravencional y de Faltas, sala III, “Gutiérrez, Alex Gustavo s/inf. art(s). 52”; de 20 de mayo de 2008.

[48] Martín, «El tipo contravencional...», pp. 93-102.

[49] En ese sentido se ha expresado la jurisprudencia, Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I, B., C. S/inf. Art. 52 Cc, de 6 de junio de 2011 «a su vez, se requiere la calidad de amenazante de la conducta, la cual implica “dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer mal a otro”; en igual sentido, Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala III, Romanelli, Claudio Marcelo s/inf. Art. 38 Cc, de 31 de mayo de 2005. Es importante aclarar aquí que, desafortunadamente, parte de la jurisprudencia suele sostener que el adjetivo -de modo amenazante- no sólo se exige para el hostigamiento, sino también para la intimidación vid., entre otros, Cámara Pena, Contravencional y de Faltas, sala III, “Gutiérrez, Alex Gustavo s/inf. art(s). 52”; de 20 de mayo de 2008.

[50] En ese sentido, vid., Carla Cavalieri/ Javier Buján, Derecho contravencional y procedimiento, Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 258.

[51] Cfr. Marcelo Vazquez/ Gustavo Aboso, Código Contravencional de la Ciudad de Buenos Aires, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 1999, pp. 152 y ss.

[52] Martín, «El tipo contravencional...», pp. 93-111 y ss.

[53] Martín, «El tipo contravencional...», pp. 93-102.

[54] Martín, «El tipo contravencional...», pp. 93-102.

[55] Martín, «El tipo contravencional...», pp. 93-114.

[56] La jurisprudencia viene sosteniendo que para considerar al hostigamiento como amenazante es necesario que el autor de a entender con actos o con palabras, que quiere hacer un mal a otro; en ese sentido, Cámara Penal, Contravencional y de Faltas, sala I, “M., J. A. s/inf. art. 52”, de 20 de abril de 2010; Cámara Penal, Contravencional y de Faltas, sala I, “Silva Antunez, Omar s/inf. art. 52”, de 25 de agosto de 2006; Cámara Penal, Contravencional y de Faltas, “Romanelli, Claudio Marcelo s/inf. art. 38”, de 31 de mayo de 2005.

[57] La dificultad de distinguir entre la contravención de hostigamiento y el delito de amenazas es claramente puesta de manifiesto también en la propia jurisprudencia. Vid., entre otros, Cámara Penal, Contravencional y de Faltas, “Álvarez, Faustina s/inf. art. 52”, de 27 de agosto de 2007.

[58] Claro que hablar de mal justo resulta en principio inconsistente, pero se está haciendo referencia con ello a aquellos casos donde el autor amenaza a la víctima con iniciar acciones -jurídicas o meramente fácticas- para las que está perfectamente legitimado.

[59] En este sentido, Cámara Penal, Contravencional y de Faltas, sala III, “Gutiérrez, Alex Gustavo s/inf. art(s). 52”, de 20 de mayo de 2008; Cámara Penal, Contravencional y de faltas, sala I, “Silva Antunez, Omar s/inf. art. 52”, de 25 de agosto de 2006.

[60] Cámara Pena, Contravencional y de Faltas, sala III, “Gutiérrez, Alex Gustavo s/inf. art(s). 52”, de 20 de mayo de 2008 «... el juicio de valor no puede realizarse desde la subjetividad del denunciante ni del imputado, sino desde la postura de un sujeto imparcial que tome en cuenta los sentimientos provocados por la acción imputada, sin extender su apreciación a hechos o circunstancias concomitantes con el mismo».

[61] Schaffstein, Bruns-FS, 1978, pp. 89 y ss (marg. 106) quien determina el peligro con base en «... el juicio objetivo del observador inteligente del sector del tráfico del agente, que disponga también de los conocimientos especiales de éste». En esa misma línea, en detalle, Nikolas Blanke, *Das qualifizierte Nötigungsmittel der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Gefahrbegriffs des Strafgesetzbuches*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, p. 245.

[62] En detalle sobre este tema vid., González Guerra, *Allanar la voluntad...*, op. cit.

[63] Tal construcción jurisprudencial tendiente a crear adjetivos calificativos de la amenaza con el fin de adecuar la redacción típica, de modo restrictivo, a las necesidades político criminales encuentra, a mi modo de ver, un sólido argumento en la estructura de la dicotómica creación entre tipo de texto y tipo de interpretación, cfr. Enrique Bacigalupo, *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1994, p. 8. En nuestro país también han recurrido a esta funcional distinción, con relación al delito de estafa, Gladis Romero, *El tipo de interpretación del delito de estafa*, Fabián di Plácido, Buenos Aires, 1999; la misma, *El delito de estafa*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 111, «...Lo dicho permite sostener que el tipo de texto se apoya en una comprensión de la ley que permanece en las cercanías del sentido original de las palabras. El texto de interpretaciones producto de una comprensión de la ley en la que “el sentido particular de las palabras retrocede cuando el sentido total de la disposición lo exige en función de la aplicación del Derecho». En el contexto del delito de chantaje, sobre este tema, vid. Aguirre Obarrio, *El delito...*, pp. 253-254. Una explicación similar en Riggi, *Interpretación y ley penal...*, pp. 60 y ss. Sosteniendo que el juez«... a partir del texto legal, estaría en condiciones de descubrir el programa normativo embrionado por el legislador. Éste le permitirá concretar la norma jurídica que se encuentra detrás del texto».

[64] En ese sentido, de modo meramente ejemplificativo, vid. Cámara Federal de San Martín, sala I, 28/03/1994, “L.J.R.” c. 374 “Aunque la redacción actualmente no contiene los adjetivos de “injusta y grave” con que anteriormente se calificaba a las amenazas, ellas no han desaparecido de la tipicidad”. En importante recordar que la redacción anterior del delito de amenazas proveniente de la Ley 17.567 además de tener una pena menor -1 mes a 1 año-, exigía expresamente que la amenaza fuese injusta y grave.

[65] Este tema ha sido especialmente discutido en España en torno a la interpretación del concepto de intimidación como medio coactivo en los delitos sexuales. Expresamente en contra de esta posición vid., por todos, Celia Suay Hernández, «Ausencia de consentimiento...», pp. 1062-1077. A favor, exigiendo amenaza como requisito imprescindible para la existencia de intimidación vid., por todos, Enrique Gimbernat Ordeig, «Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria», en Enrique Gimbernat Ordeig, *Estudios de*

Derecho penal, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 287-305. También en ADPCP, (1969), fascículo 3, pp. 489-509.

© Copyright: Universidad Austral